

## EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN SEDE JURISDICCIONAL

Por Jean Claude Tron Petit

### 1. Qué es discrecionalidad

La exposición de motivos de la Ley de Jurisdicción Contencioso- Administrativa de 1956 española (García 2005: 155) dice con encomiable precisión, 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.*

En ese contexto se tiene que todo poder discrecional —entendido como potestad— es atribuido por el ordenamiento. Resulta entonces que no hay discrecionalidad al margen de la ley ya que la potestad de optar, la habilitación disyuntiva entre varias opciones, todas igualmente válidas y aceptables, debe estar prevista y, por ende, sometida al orden jurídico.

Alonso (1998: 223) dice que:

*La discrecionalidad es la libertad electiva de que en ocasiones disponen los poderes públicos para decidir lo que estimen más conveniente de acuerdo con las circunstancias de cada caso, cuando la razón de ser de esa libertad sea distinta de la existencia de límites en el razonamiento jurídico y del legítimo ámbito de las pretensio-*

*Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

*nes de las partes, de modo que cuando la misma existe se dan diversas soluciones jurídicamente válidas.*

Un aspecto que se debe excluir, es enfáticamente la discrecionalidad de juicio, entendida como la interpretación de las nociones y conceptos que se prevén en las normas.<sup>1</sup>

Pero sucede que, 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;<sup>2</sup>
- Técnica;
- Margen de elección o apreciación para atribuir las consecuencias normativas por razones de oportunidad o conveniencia;<sup>3</sup>
- Interpretar y aplicar conceptos jurídicos indeterminados; y,
- Actos de la Administración no sujetos a control jurisdiccional.<sup>4</sup>

Las decisiones adoptadas según criterios políticos son las únicas, auténticas y puras, expresiones de discrecionalidad. Por esa razón, escapan a cualquier tipo de control en sede judicial, en tanto no es jurídico su núcleo esencial. Este criterio es el que informa a la tesis siguiente:

***CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LAS CUESTIONES MERAMENTE POLÍTICAS NO SON SUSCEPTIBLES DE ANÁ-***

<sup>1</sup> No se trata de una potestad para elegir, una de entre varias opciones, solo hay una conclusión pero no es evidente y, por tanto, esa alternativa es la que debe descubrirse o construirse para el caso particular.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> En este aspecto cabría diferenciar actos discrecionales por razones sustanciales esto es, los que admiten dos o más soluciones válidas, cualquiera de ellas; de los no justiciables —no sujetos a control judicial— por razones jurídico-formales. La tendencia en el auténtico y funcional Estado de Derecho es que siempre exista ese control, aunque con matices de intensidad.

*El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional - Jean Claude Tron Petit*

*LISIS 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 involucren 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.<sup>5</sup>*

Fernando Sainz (1976: 304-306 y 347) comenta que la potestad decisoria discrecional suele fundarse en cualquiera de los siguientes supuestos:

- Naturaleza del objeto o tema sobre el que se decide y puede ser a partir de:
  - ◆ Cuestiones importantes o difíciles que no permiten predeterminar ni preveer soluciones jurídicas; o bien,
  - ◆ Dificultad técnica o valorativa para conocer o enjuiciar.
- Posición institucional de la Administración, para configurar *per se* el orden social. En estos casos la libertad conferida a las autoridades es relativa, en mayor o menor proporción.
- La norma jurídica no formula un criterio de decisión, por lo que el vacío o hueco debe ser llenado con el óptimo o la solución más conveniente para el interés público.

<sup>5</sup> No. Registro: 169,915 / Tesis aislada / Materia(s):Constitucional / Novena Época / Instancia: Primera Sala / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / Tomo: XXVII, Abril de 2008 / Tesis: 1a. XXXV/2008 / Página: 1780.

*Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

- El criterio decisorio es político.

Para concluir, resulta que, en términos generales, la decisión discrecional es aquella que se toma entre dos o más soluciones, todas igualmente válidas para el Derecho.<sup>6</sup>

*a) Aspectos reglados y discrecionales en el acto discrecional*

Los actos administrativos emitidos conforme a potestades discrecionales, usualmente combinan algunos elementos reglados y otros de carácter discrecional.

Los primeros consisten en aspectos tales como:

- Potestad atribuida a la Administración y su extensión;<sup>7</sup>
- Competencia;
- Procedimiento que debe preceder al dictado del acto;
- Fines para los cuales el orden jurídico confiere facultades discrecionales;
- Motivación en aspectos formales y de racionalidad;
- Tiempo, ocasión y forma de ejercicio de las atribuciones;
- Fondo parcialmente reglado (personas, quantum, etc.); y,
- Hechos determinantes del presupuesto y aplicación de principios.

Cabe puntualizar que la potestad y margen de elección y decisión pueden estar dirigidos, bien sea a los medios conferidos a la autoridad o, en su caso, a los fines que deba satisfacer.

Los segundos, esto es, los elementos de carácter discrecional, tienen como sustancia o temática:

---

<sup>6</sup> (Sainz 1976: 304).

<sup>7</sup> Son múltiples los casos en que el fin está reglado y la elección de medios es facultad discrecional.

*El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional - Jean Claude Tron Petit*

- Facultades normativas;
- Determinaciones y soluciones en aspectos técnicos, especialmente complejos;
- Decisiones políticas;
- Temas en los que el orden jurídico, aparentemente, no ha previsto una alternativa;<sup>8</sup>
- Circunstancias y prácticas donde es preciso determinar criterios de oportunidad y mérito, en casos concretos, a efecto de hacer dúctil la respuesta de la Administración, especialmente en lo concerniente a eficiencia y obtener las mejores y más plausibles consecuencias.<sup>9</sup> Estas ideas se aprecian en el esquema 1

#### *b) Discrecionalidad política y técnica*

La discrecionalidad política, esencialmente, consiste en elegir o construir políticas públicas adecuadas, oportunas y con mérito para así atender de la mejor manera necesidades de los ciudadanos, lo que implica ponderar intereses concretos en casos particulares con el fin de obtener las mejores consecuencias, lo que es propio, característico y exclusivo de los actos de gobierno, no así de la Administración.

La única posibilidad de control judicial y sólo será a nivel superficial, es cuando tales actos o decisiones impliquen un atropello desproporcionado, irrazonable e innecesario de los derechos fundamentales, donde el tribunal constitucional respectivo, podrá intervenir con extrema cautela. Esto sucede cuando se lleguen a violentar, sin justificación ni razón, los fines constitucionales, por y para los que se concedió la amplia potestad.

Con especial referencia a la función legislativa que implica, *per se*, construir políticas públicas y estratégicamente orientar las actividades

<sup>8</sup> Las tendencias más actuales y progresistas establecen siempre un control de legitimidad de la justicia material que ponga en evidencia una actitud y conducta responsable y plausible de las autoridades, lo que determinará la razonabilidad de su actuar.

<sup>9</sup> Existe la previsión legal de varios cursos de acción, todos correctos, existiendo libertad de elección entre las diferentes opciones, todas igualmente válidas. En conclusión, se dan diferentes grados, niveles y segmentos de discrecionalidad o control judicial

*Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

sociales, los tribunales mexicanos han reconocido, en el tema específico de política tributaria, un rango de autonomía de los legisladores:

*IMPUESTOS. EXISTE DISCRECIONALIDAD LEGISLATIVA PARA DETERMINAR SU OBJETO, SIEMPRE Y CUANDO SEAN PROPORCIONALES Y EQUITATIVOS.- En cuanto a la elección del objeto de los impuestos, existe discrecionalidad absoluta a favor del legislador para decidir, desde un punto de vista político, cuáles son los supuestos de hecho o de derecho que, de realizarse, determinan la causación de un impuesto, eligiendo discrecionalmente las fuentes de riqueza con que se ha de cubrir el monto de las contribuciones. Esto es lo que se conoce como política fiscal, la cual corresponde al Congreso, ya sea el federal o el local respectivo. En este sentido, la condición y única limitante constitucional al legislador, consiste en que las contribuciones sean proporcionales y equitativas y no lleguen a ser exorbitantes y ruinosas según lo dispone el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Federal. Por tanto, el Estado, al establecer las contribuciones, grava la riqueza de los particulares, la que conforme a la técnica fiscal puede manifestarse a través de la obtención de ingresos, la propiedad de un patrimonio o capital, o la realización de gastos o erogaciones destinados a adquirir bienes o servicios.<sup>10</sup>*

Un ejemplo de potestades relativas o no puras es la facultad reglamentaria de la Administración, donde puede proveer a la ejecución de las leyes, creando reglas en aspectos o temas omitidos o deficientemente atendidos por el legislador pero sin sobrepasar el contenido o marco fijado por la ley, atendiendo siempre los principios de reserva, preferencia y no innovación.

En cambio, la discrecionalidad técnica se entiende<sup>11</sup> como una dificultad

<sup>10</sup> No. Registro: 187,208 / Tesis aislada / Materia(s): Administrativa / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / XV, Abril de 2002 / Tesis: I.4o.A.332 A / Página: 1272. En igual sentido también la tesis: No. Registro: 900,229 / Jurisprudencia / Materia(s): Constitucional / Octava Época / Instancia: Pleno / Fuente: Apéndice 2000 / Tomo I, Const., Jurisprudencia SCJN / Tesis: 229 / Página: 273 / Genealogía: Gaceta número 19-21, Pág. 49. / Semanario Judicial de la Federación, Tomo IV, Primera Parte, Pág. 129, tesis P./J.38 (número oficial 12/89). / APENDICE '95: TESIS 148 PG. 151.

En criterios recientes la SCJN ha reconocido que alcanzar los fines extrafiscales previstos en la Constitución legitima también a la política tributaria.

<sup>11</sup> De entre varios conceptos o aproximaciones que existen respecto al mismo.

*El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional - Jean Claude Tron Petit*

tad<sup>12</sup> para recurrir a expertos que habiliten al «juez promedio» a fin de analizar, evaluar, sustituir y asumir plenamente el control sobre lo resuelto por la autoridad administrativa.<sup>13</sup> Estas razones impiden o imposibilitan calificar de manera plena las apreciaciones de carácter técnico en lo sustancial, lo que requeriría disponer y aplicar conocimientos especializados, fundamentalmente para apreciar los hechos del caso y verificar si se satisfacen las condiciones del supuesto.

Por tanto, el juez determina hasta donde puede fiscalizar<sup>14</sup> y matiza aspectos donde reconoce a la Administración un margen cognoscitivo de apreciación y de decisión exclusivo. La razón es obvia, el control judicial es de contenido jurídico y no puede inmiscuirse o invadir aspectos técnicos, respecto de los cuales el juez es incapaz de conocer y poder así evaluar fundadamente una sustancia que sólo es accesible para expertos.

En este sentido el TS define sintéticamente lo que sí es competencia judicial aún en casos de discrecionalidad técnica, en los siguientes términos:

*Como es bien sabido, dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate.*

Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de

<sup>12</sup> A efecto de conocer y decidir.

<sup>13</sup> En muchos casos sucede que la norma de reconocimiento hace jurídicos aspectos que pertenecen a otras disciplinas y entonces las decisiones que debe tomar el juez debieran de ser como las de un experto o entendido en aspectos tales como economía, contabilidad y finanzas, mercadotecnia, telecomunicaciones, ambiental, ciencia política, etc. Todo esto por supuesto que son obstáculos insuperables por lo que si hay una razonabilidad y motivación formal adecuada, el control judicial se reduce al mínimo, esa es la idea que permea en el *deference* norteamericano.

<sup>14</sup> Esto significa que la profundidad de su evaluación se limita a los aspectos jurídicos formales.

*Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate.<sup>15</sup>

Estas ideas coinciden con lo resuelto por el Pleno de la SCJN en el asunto que dio origen a la jurisprudencia P./J. 49/2000 en los términos siguientes:

*Efectivamente, se ha señalado en reiteradas ocasiones que el ejercicio de las facultades discrecionales que tengan atribuidas las autoridades, si bien supone un juicio subjetivo de la autoridad que la ejerce y, en esa medida, lo relativo a dichos juicios subjetivos escapan al control del órgano jurisdiccional, toda vez que los Jueces no están facultados para sustituirse al criterio prudencial de otras autoridades, dicho principio no implica de manera alguna que se encuentren liberadas de fundar y motivar debidamente sus resoluciones ni mucho menos, o que puedan actuar en forma arbitraria o caprichosa, de tal manera que el Juez podrá anular el ejercicio de esta facultad en la medida en que el juicio subjetivo no sea razonable sino arbitrario o cuando sea notoriamente injusto o inequitativo, o bien, cuando omita tomar en consideración circunstancias de hecho o éstas sean alteradas injustificadamente, así como cuando el razonamiento sea ilógico o viole los principios generales del derecho.<sup>16</sup>*

Otra idea que inspira a ciertos criterios jurisprudenciales es que algunos entes de la Administración son los únicos capacitados en temas altamente especializados y ajenos al Derecho; en ese contexto, se tiene una especial deferencia a sus decisiones en lo concerniente a conocimientos propios y decisiones de su singular competencia.<sup>17</sup>

Estas ideas se complementan con decisiones del legislador, que basado en los principios de separación de poderes y democrático, confiere esferas de libertad a determinados órganos para diseñar políticas públicas.

<sup>15</sup> Id Cendoj 289 79 130072008100578, Sentencia del TS, Sala de lo Contencioso, Madrid de 4 de junio de 2008, Recurso de casación 452/2004.

<sup>16</sup> No. Registro: 6281 / Novena Época / Instancia: Pleno / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / Tomo: XI, Febrero de 2000 / Página: 811.

<sup>17</sup> En este sentido la institución del «deference» norteamericano.



*El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional - Jean Claude Tron Petit*

*c) Discrecionalidad cognitiva y conceptos jurídicos indeterminados, análisis de hechos y su calificación en casos particulares*

Los conceptos jurídicos indeterminados son categorías legales, sin límites precisos, que contienen criterios, estándares, directrices o referentes para obligar a que la autoridad califique y decida, si las circunstancias específicas de casos concretos, satisfacen o no el supuesto legal con variados matices de ductilidad o flexibilidad.

De ahí, la idea de aportar fórmulas abstractizantes donde es imposible o desaconsejable predeterminedar una solución reglada y exacta; en cambio, se pretende obtener la mejor alternativa posible, con óptima eficiencia, buscando o construyendo la calificación para cada caso en particular.

El TS sobre el tema expresa que:

*«el cual es configurado por la Ley como un supuesto que permite una sola solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho, o una única interpretación acorde con la finalidad de la norma, atendidas las circunstancias reales del caso, por lo que su alcance ha de fijarse en vista a hechos plenamente acreditados».*<sup>18</sup>

Esta «movilidad» en la operación intelectual<sup>19</sup> de las circunstancias, para concluir si se satisface o no el criterio normativo, obliga a motivar de manera “reforzada” a fin de dar cuenta de cómo se ejerció la liberalidad o discrecionalidad cognitiva.

Dicen Atienza y Ruiz (2000: 41) que, usualmente, el legislador guía la conducta mediante un concepto jurídico indeterminado, ordenado o prohibiendo acciones que merezcan una cierta calificación valorativa pero sin determinar, en términos de propiedades descriptivas, cuáles son las condiciones de aplicación de la calificación valorativa en cuestión.

En ese contexto, cuando se aplica un concepto indeterminado, será menester concretar y reducir la vaguedad o ambigüedad tanto del compo-

<sup>18</sup> STS 1166/2005 del 7/5/2008, Id Cendoj: 28079130032008100182.

<sup>19</sup> Que obliga a la autoridad a expresar lo que cree, juzga, estima o aprecia en el caso concreto, dentro de un margen controlable de razonabilidad.

*Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

nente valorativo<sup>20</sup> como del descriptivo respecto de las circunstancias o elementos sobre los que se aplica la ponderación<sup>21</sup> motivando adecuadamente el *iter* decisonal.<sup>22</sup>

Interés público en concepto jurídico indeterminado con alta dosis de discrecionalidad

Es común advertir un contenido nuclear del concepto, al que la doctrina denomina zona de certeza, pero asociada, aparece una zona de incertidumbre que debe ser concretada en cada caso, si es que la descripción lo permite, en referencia a circunstancias particulares.

El concepto de interés público implica gran vaguedad, al mismo tiempo que es polifacético y ambiguo por lo que genera múltiples comentarios, tanto en la jurisprudencia como la doctrina.

Comenta Sainz (1976: 313-332) que son intereses públicos o generales de todos los individuos,<sup>23</sup> de ahí su preferencia y que ninguno disponga de ellos como suyos.<sup>24</sup> Pero además el concepto puede tener una doble función y naturaleza según se le estime como:

- Principio político, de naturaleza indefinida que es menester construir con un criterio de discrecionalidad.

En este enfoque se contempla a las ideas elementales de la organización política que son los grandes referentes de valores, principios y fines que determinan y orientan como elegir y elaborar las políticas públicas.

Rigen especialmente las ponderaciones basadas en mérito y oportunidad para definir que se entiende por interés público, lo que, en ocasio-

<sup>20</sup> Un ejemplo puede ser la proporcionalidad, equidad o el abuso.

<sup>21</sup> También para ejemplificar cabe traer a colación la «capacidad contributiva» o el «poder sustancial» en un determinado mercado relevante como evidencias de descripciones con alto nivel de vaguedad. En los casos que se asocian ambos problemas es posible hablar de «vaguedad radical».

<sup>22</sup> Puede ser el caso que la descripción normativa sea tan amplia que el legislador no cumpliría con su función delimitadora y dejaría en total libertad al ejecutivo para decidir, lo cual incidiría en la inconstitucionalidad del precepto dictado en blanco y sin un mínimo de seguridad jurídica, STC 40/1998 del 19/2/1998.

<sup>23</sup> Pudiera decirse son tanto de carácter transindividual como individual, además de irreductibles y, en ocasiones, indisponibles.

<sup>24</sup> No son susceptibles de apropiación o disfrute individual.

*El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional - Jean Claude Tron Petit*

nes, el legislador encomienda a la Administración, tal es el caso típico de las agencias norteamericanas.

- Concepto jurídico, son los fines que dirigen y orientan la actividad administrativa, expresados de manera abstracta y de carácter indeterminado pero concretable en circunstancias específicas donde debe ser interpretado aunque haciendo uso de referentes evolutivos y ponderaciones.

Son referencias a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen bien precisados, En esa medida, son criterios útiles y necesarios para resolver conflictos en casos concretos que, por tanto, es menester definir al momento de aplicarse para armonizar intereses contrapuestos o en tensión, basados en confrontar el interés público y la realidad o circunstancias específicas.

La motivación es siempre exigible para explicar y justificar la interpretación atribuida de la norma en su correlación con la calificación de los hechos. No obstante se debe reconocer a favor de la autoridad un cierto margen de apreciación para que adopte la mejor solución. No es una libertad de opinión sino una dificultad de prueba para conocer cual es la solución que la norma postula.<sup>25</sup>

El objetivo es elegir o describir que hechos o alternativas son acordes al interés público.

Con palabras de García de Enterría (2002: 460) se entiende al interés público como un instrumento conceptual que reduce la discrecionalidad y evita arbitrariedad del decisor en tanto lo obliga a motivar —explicar y justificar— en casos concretos.

Es indiscutible que al ser juicios disyuntivos, su aplicación sólo admite llegar a la «única solución justa»; en cambio, el ejercicio de una potestad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente correctas desde la perspectiva del derecho.

En efecto y no obstante ser un concepto hueco, tal espacio se debe lle-

<sup>25</sup> Sainz (1976: 347-348)

*Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

nar con referencias a un caso; no basta con decir que hay interés público, hay que concretar en qué consiste, ante circunstancias peculiares. Ese concepto hueco debe ser llenado de contenido aplicando las circunstancias específicas del caso<sup>26</sup>

A partir de estas precisiones es factible distinguir al interés público como:

- a) razón para la discrecionalidad política de,
- b) un concepto jurídico indeterminado pero que debe ser concretado y es la base del ejercicio de facultades regladas, plenamente controlables en sede judicial.

Comenta Brewer (2007: 106), un caso donde la autoridad administrativa revoca una visa y el correspondiente criterio del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela<sup>27</sup> donde puntualiza la zona de penumbra entre la indeterminación y la discrecionalidad, aduciendo que:

*...el acto revocatorio de la visa cuando está soportado en razones de interés público, es un acto de naturaleza administrativa, que colinda entre los denominados actos administrativos soportados en la potestad discrecional y los actos administrativos cuyo sustento es un concepto jurídico indeterminado. Es decir, tiene una mixtura por tener propiedades de ambos, y allí discurre.*

En cuanto al fondo del asunto, la Sala distinguió:

*...la potestad discrecional (es decir), facultad que otorga la ley a la autoridad administrativa para escoger entre varias soluciones igualmente autorizadas ex lege en un caso concreto (donde en más de las veces será por razones de oportunidad que se tome o no la decisión); y los actos que atienden a conceptos jurídicos indeterminados... que sólo admiten una justa solución, es decir, que el ordenamiento jurídico sólo permite o autoriza una específica resolución con absoluta exclusión de otras.*

<sup>26</sup> Serrano (2007).

<sup>27</sup> Criterio de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, 9 de octubre de 2001.

*El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional - Jean Claude Tron Petit*

Y más adelante agrega, que al ser manifiesta la situación trasgresora del interés público,<sup>28</sup> resulta que:

*...se pasa a la segunda fase, donde la administración con su arbitrio dispondrá o no la pertinencia de la revocatoria de la visa, a su entera discreción. Y sin lugar a dudas en el marco de la norma tal ejercicio es potestativo, ya que bien puede escoger por no revocar la visa y así permitir la permanencia legal del ciudadano de que se trate, sin perjuicio que los hechos violentadores del orden jurídico pueda comportar para el transgresor sanciones de otra índole (verbigracia, penas privativas de libertad por estar incurso en hechos penalmente sancionales).<sup>29</sup>*

Serrano (2007) plantea un paradigma difícil de afrontar y es cuando para motivar un acto discrecional se usa un concepto jurídico indeterminado. Concluye que habiendo varias motivaciones igualmente justas, debemos elegir una de ellas, sabiendo que la contraria es igualmente justa. Al final, la motivación de actos se reduce exclusivamente a “exponer un motivo”, cualquiera que este sea (casi siempre lícito, pero a veces inconfesable).

En relación con el tema de cómo y en qué momento se puede concretar el sentido y alcance de los conceptos jurídicos indeterminados son elocuentes las siguientes razones del Pleno de la SCJN:

*Sin embargo, ha de tenerse presente que el lenguaje jurídico, al igual que el lenguaje común, no escapa de la indeterminación que es propia de ciertos vocablos cuya definición abstracta adquiere un sentido específico sólo cuando es posible aplicarla en un caso concreto; sirva de ejemplo la cita de numerosos conceptos jurídicos -que algún sector de la doctrina califica como conceptos jurídicos indeterminados- de uso frecuente en los textos legales o inclusive en la jurisprudencia de este Alto Tribunal, tales como “orden público”, “interés social”, “extrema necesidad”, “ruinosidad”, “utilidad pública”, “apariencia del buen derecho”, “importancia y trascendencia”, “bien común”, los cuales adquieren un significado preciso y concreto sólo en presencia de las circunstancias específicas de cada caso particular.*

<sup>28</sup> Entendido como un concepto jurídico indeterminado.

<sup>29</sup> Ahora la aplicación del interés público para decidir la suerte del sujeto ya es una facultad discrecional.

*Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

*Cuándo una medida es contraria al orden público, cuándo un acto es contrario al interés general, cuándo un asunto es de importancia y trascendencia, cuándo un particular goza de la apariencia del buen derecho, cuándo una edificación se halla en estado de ruinosidad, cuándo una persona se halla en extrema necesidad, son cuestiones que no pueden resolverse a través de una definición formal de los conceptos, sino únicamente mediante el examen de los casos particulares respecto de los cuales se plantea su aplicación.*

*Ocurre en estos casos que el legislador se ve precisado a emplear estos conceptos jurídicos indeterminados porque la solución de un asunto concreto depende justamente de la apreciación particular de las circunstancias que a él concurran, lo cual de ninguna manera significa que se deje en manos de la autoridad administrativa la facultad de dictar libremente o incluso arbitrariamente la resolución que corresponda, pues en todos estos casos, el ejercicio de la función administrativa está sometida al control de las garantías de fundamentación y motivación que presiden el desarrollo no sólo de las facultades regladas o discrecionales, sino también de aquellas en que ha de hacerse uso del arbitrio.<sup>30</sup>*

Los problemas de interpretación y aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados han sido objeto de pronunciamiento de la jurisprudencia mexicana en los términos siguientes:

**CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. LA FORMA DE ACTUALIZARLOS AL CASO CONCRETO EXIGE UN PROCESO ARGUMENTATIVO QUE DEBE REDUCIR LA DISCRETIONALIDAD Y LAS APRECIACIONES SUBJETIVAS, ELIMINANDO LA ARBITRARIEDAD.-** *Definir un concepto jurídico indeterminado puede ser complejo y requerir de una especial valoración, sobre todo cuando el lenguaje empleado en su redacción implique conceptos científicos, tecnológicos, axiológicos, económicos, políticos, sociológicos o de otras disciplinas, pues de suyo requiere acudir a ellas. Frente a tal caso es menester acudir a valores, principios e intereses que resulten compatibles con el fin de los actos administrativos para esclarecer el contenido y alcance de dichos*

<sup>30</sup> No. Registro: 6668 / Novena Época / Instancia: Pleno / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / Tomo: XII, Julio de 2000 / Página: 278, A R 2617/96, fallado en sesión del 15 de mayo de 2000.

*conceptos. Por tanto, la subsunción puede ser discutible y opinable e implica estar en zonas de incertidumbre decisoria o probabilidad que necesariamente conducen a una discrecionalidad cognitiva o de juicio. Sin embargo, tener que sortear tales imprecisiones y vaguedad en la apreciación intelectual y cognoscitiva no es en realidad un caso de discrecionalidad ni de apreciaciones subjetivas. Efectivamente, al tenor de la intelección de los fines de la norma, aunado a la estimación de valores, políticas, principios e intereses en conflicto, todo ello situado en su contexto e interactuando, se obtiene que la autoridad debe encontrar una solución o respuesta en el caso concreto. Para completar la idea conviene distinguir que los conceptos jurídicos indeterminados pueden ser: a) Conceptos de experiencia que consisten en apreciar hechos; la competencia del Juez es ilimitada y b) Conceptos de valor donde además de apreciar los hechos, se implican juicios de valor que pueden ser técnicos, por ejemplo, impacto ambiental, interés público, utilidad pública. Ello exige un proceso argumentativo en el que entran en juego valoraciones político-morales vigentes en el medio social pues sólo así es posible adscribir un significado a los conceptos indeterminados frente a la situación prevaleciente, de suerte que la autoridad debe motivar cómo es que valoró y connotó, hecho y derecho, ya que a pesar de las apariencias se trata de un esquema condicional en el que se debe aplicar la regla a través de la subsunción y asignación de las consecuencias que el fin de la norma exige atender -intención y propósito del sistema normativo-. Así pues, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados reduce la discrecionalidad administrativa, eliminando la arbitrariedad de todo aquello que deba ser juzgado en términos de legalidad o justicia, pues la interpretación del concepto no necesariamente deriva del texto de la disposición que lo establece, sino del sentido contextual del ordenamiento.<sup>31</sup>*

### **CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS O FLEXIBLES. LA FALTA DE UNA DESCRIPCIÓN PORMENORIZADA DE LOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS DE MODO, TIEMPO Y LUGAR PARA VALORARLOS Y FIJAR SU**

<sup>31</sup> No. Registro: 177,342 / Tesis aislada / Materia(s): Común / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / XXII, Septiembre de 2005 / Tesis: 1.4o.A.59 K / Página: 1431.

*ALCANCE Y SENTIDO ES UN HECHO QUE PUEDE SUBSANARSE AL MOMENTO DE APLICARLOS SIN QUE ELLO IMPLIQUE QUE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA PUEDA DICTAR SUS RESOLUCIONES EN FORMA ARBITRARIA.- Los conceptos jurídicos indeterminados o flexibles aunque en apariencia carecen de una definición concreta, son peculiares en las leyes que, al ser generales, impersonales y abstractas, tienen que incluir términos universales ante la imposibilidad de un casuismo riguroso. Por tanto, la compleja indeterminación de tales enunciados ha de ser dotada de contenido concreto mediante la aplicación, correlación, calificación y ponderación de los hechos o circunstancias específicas de modo, tiempo y lugar prevalecientes en el momento en que se realice su valoración, y que puedan resultar congruentes con su expresión genérica. Así, esa definición en abstracto, de conceptos laxos o inciertos (precio justo, justicia, autonomía) cuyo contenido puede ser científico, tecnológico, axiológico, económico, político, sociológico o perteneciente a otras disciplinas a las que es menester acudir, adquiere un significado específico, preciso y concreto en presencia de las circunstancias definidas en cada caso particular; esto es, al ser contextualizadas con los hechos del caso, es posible verificar si se obtienen o no los objetivos y fines que deben alcanzar y derivar las consecuencias respectivas, que tomando en cuenta los intereses en conflicto permitan encontrar una solución concreta y práctica, por lo que la aparente vaguedad por falta de una descripción pormenorizada que no detalla los citados medios para una predeterminación a priori del alcance, sentido o contenido limitativo del concepto, es un hecho que puede subsanarse al momento de ser aplicado y no implica dejar en manos de la autoridad la facultad de dictar arbitrariamente la resolución correspondiente, pues el ejercicio de la función administrativa está sometido al control de las garantías de fundamentación y motivación tanto en los casos de las facultades regladas como en el de aquellas donde ha de hacerse uso del arbitrio o la discreción, explicitando mediante un procedimiento argumentativo por qué los hechos o circunstancias particulares encuadran en la hipótesis normativa que, entonces sí, resulta concretada al momento de subsumir los acontecimientos y motivar de esa manera la decisión, evitando visos de arbitrariedad.<sup>32</sup>*

<sup>32</sup> No. Registro: 172,068 / Tesis aislada / Materia(s): Administrativa / Novena Época / Instancia:



*El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional - Jean Claude Tron Petit*

*d) Arbitrariedad, ausencia de referentes o controles*

Como antes apunté, la indeterminación de los conceptos jurídicos tiene límites, pues 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.

Si esto no sucede así, es obvio que la norma habilitante adolece de inconstitucionalidad, tal como la SCJN ha establecido.

*PERMISOS DE RADIODIFUSIÓN. EL ARTÍCULO 20 DE LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISIÓN, EN CUANTO CONCEDE DISCRECIONALIDAD EN EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES CONFERIDAS A LA SECRETARÍA DE COMUNICACIONES Y TRANSPORTES PARA EL OTORGAMIENTO DE AQUÉLLOS, VIOLA LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA.- El citado precepto establece que el procedimiento para el otorgamiento de los permisos de radiodifusión se sujetará a lo siguiente: “I. Los solicitantes deberán presentar, cuando menos, la información a que se refieren las fracciones I, III, IV y V del artículo 17-E de esta Ley, así como un programa de desarrollo y servicio de la estación; II. De considerarlo necesario, la Secretaría podrá sostener entrevistas con los interesados que hubiesen cumplido, en su caso, con los requisitos exigidos, para que aporten información adicional con relación a su solicitud. Lo anterior, sin perjuicio de la demás información que la Secretaría considere necesario recabar de otras autoridades o instancias, pa-*

---

Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / XXVI, Julio de 2007 / Tesis: I.4o.A.594 A / Página: 2472.

En este sentido y especialmente destacando la necesidad de acudir a la significación o apreciación financiera de hechos relacionados con aspectos deducibles para efectos del Impuesto sobre la Renta las tesis de jurisprudencia siguientes: RENTA. EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN XVI, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, AL INCLUIR LA EXPRESIÓN “NOTORIA IMPOSIBILIDAD PRÁCTICA DE COBRO”, NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA (LEGISLACIÓN VIGENTE EN 2005), No. Registro: 170,030 / Tesis aislada / Materia(s): Constitucional, Administrativa / Novena Época / Instancia: Primera Sala / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / Tomo: XXVII, Marzo de 2008 / Tesis: 1a. XXIII/2008 / Página: 126.

En similar sentido y criterio la tesis: No. Registro: 177,479 / Tesis aislada / Materia(s): Administrativa / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / XXII, Agosto de 2005 / Tesis: I.4o.A.500 A / Página: 2004.

*Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

*ra el cabal conocimiento de las características de cada solicitud, del solicitante y de su idoneidad para recibir el permiso de que se trate. III. Cumplidos los requisitos exigidos y considerando la función social de la radiodifusión, la Secretaría resolverá a su juicio sobre el otorgamiento del permiso.”. Ahora bien, las citadas fracciones I y III en cuanto señalan “cuando menos” y “a su juicio”, respectivamente, así como la primera parte de la fracción II, violan los principios de legalidad y seguridad jurídica contenidos en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al conceder a la autoridad un amplio margen de discrecionalidad para solicitar la información y exigir los requisitos que considere convenientes, aun cuando no se relacionen con los contemplados en el artículo 17-E de la Ley Federal de Radio y Televisión, así como para decidir en qué casos sostendrá entrevistas con los interesados y qué información adicional recabará en esas entrevistas y, por último, para decidir a cuáles de los solicitantes que hayan reunido los requisitos legales otorgará o negará el permiso. Ello es así porque, la ausencia de reglas específicas y criterios objetivos propicia la arbitrariedad en el ejercicio de las facultades otorgadas a la autoridad y coloca a los solicitantes de los permisos en un grave estado de incertidumbre.<sup>33</sup>*

En tratándose del procedimiento de fiscalización, el Código Fiscal de la Federación establece la concurrencia de facultades regladas y discrecionales que deben ser controlables cuando no se atiende el fin del acto.

El problema es que la ley no prevé ese fin lo que da pauta a la arbitrariedad -discrecionalidad sin control- por falta de un referente respecto la legitimidad del acto.

Esto sucede, entre otros casos, cuando la intromisión a los domicilios particulares de los gobernados 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 ple-

<sup>33</sup> No. Registro: 170,666 / Jurisprudencia / Materia(s): Constitucional, Administrativa / Novena Época / Instancia: Pleno / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / XXVI, Diciembre de 2007 / Tesis: P./J. 55/2007 / Página: 1083.

*El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional - Jean Claude Tron Petit*

no derecho o absoluta<sup>34</sup> precisamente cuando se dan los abusos aludidos, llegando al grado, incluso, de adjudicar inconstitucionalidad a los preceptos que faculden 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, veri-*

<sup>34</sup> Siguiendo en parte la connotación dada por la jurisprudencia española.

*ficar, 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.*<sup>35</sup>

## 2. Motivación

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.

El criterio siguiente expresa la *ratio* y funciones que la institución debe satisfacer, especialmente la de permitir cuestionar excesos o errores:

*FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL ASPECTO FORMAL DE LA GARANTÍA Y SU FINALIDAD SE TRADUCEN EN EXPLICAR, JUSTIFICAR, POSIBILITAR LA DEFENSA Y COMUNICAR LA DECISIÓN.- El contenido formal de la garantía de legalidad prevista en el artículo 16 constitucional relativa a la fundamentación y motivación tiene como propósito primordial y ratio que el justiciable conozca el “para qué” de la conducta de la autoridad, lo que se traduce en darle a conocer en detalle y de manera completa la esencia de todas las circunstancias y condiciones que determinaron el acto de voluntad, de manera que sea evidente y muy claro para el afectado poder cuestionar y controvertir el mérito de la decisión, permitiéndole una real y auténtica defensa. Por tanto, no basta que el acto de autoridad apenas observe una*

<sup>35</sup> Registro No. 170145 / Localización: Novena Época / Instancia: Primera Sala / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / XXVII, Febrero de 2008 / Página: 467 / Tesis: 1a./J. 11/2008 / Jurisprudencia / Materia(s): Constitucional, Administrativa.

*El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional - Jean Claude Tron Petit*

*motivación pro forma pero de una manera incongruente, insuficiente o imprecisa, que impida la finalidad del conocimiento, comprobación y defensa pertinente, ni es válido exigirle una amplitud o abundancia superflua, pues es suficiente la expresión de lo estrictamente necesario para explicar, justificar y posibilitar la defensa, así como para comunicar la decisión a efecto de que se considere debidamente fundado y motivado, exponiendo los hechos relevantes para decidir, citando la norma habilitante y un argumento mínimo pero suficiente para acreditar el razonamiento del que se deduzca la relación de pertenencia lógica de los hechos al derecho invocado, que es la subsunción.<sup>36</sup>*

Las ideas que anteceden se aprecian en el esquema 2

*a) Motivación peculiar en casos de discrecionalidad técnica y política*

La adecuada motivación de los actos administrativos como cualquier argumento, requiere el fundamento en reglas o generalizaciones aplicables a hechos concretos. Para el evento que contenido corresponda a temas técnicos o políticos, deberán aplicarse precisamente regulaciones pertinentes a la materia, tales como reglas técnicas, generalizaciones o máximas de experiencia y principios de la ciencia, además que la sana crítica debe imperar en la apreciación de los hechos.

En este sentido la SCJN previene sobre la razonabilidad y equilibrio que exige, por un lado, el libre ejercicio de facultades discrecionales y, por otro, una adecuada y pertinente motivación que de cuenta y justifique la legitimidad de las actuaciones.

**COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES. EL ARTÍCULO 9o.-A, FRACCIÓN XI, DE LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES, QUE PREVE SUS FACULTADES DISCRECIONALES PARA ESTABLECER OBLIGACIONES ESPECÍFICAS RELACIONADAS CON TARIFAS, CALIDAD DE SERVICIO E INFORMACIÓN A CIERTOS CONCESIONARIOS, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.- El mencionado principio, contenido en el artículo 16 de la Constitución Po-**

<sup>36</sup> No. Registro: 175,082 / Jurisprudencia / Materia(s): Común / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / XXIII, Mayo de 2006 / Tesis: I.4o.A. J/43 / Página: 1531

*Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

*lítica de los Estados Unidos Mexicanos, establece que las autoridades sólo pueden actuar cuando la ley se los permite, en la forma y términos determinados por ésta. Ahora bien, las facultades discrecionales de la autoridad administrativa pueden estar expresamente señaladas en la ley, o bien, encontrarse implícitamente contenidas en el marco regulatorio que la rige, caracterizándose aquéllas por la libertad de apreciación que se otorga a la autoridad para actuar o abstenerse de hacerlo, con el propósito de lograr la finalidad que la ley señale. Esto es, la autoridad podrá elegir el tiempo y circunstancias en que aplica la ley, sin que ello suponga una autorización legislativa para una actuación arbitraria, pues sus actos estarán siempre acotados por los lineamientos que la ley establece y sujetos a los requisitos constitucionales de fundamentación y motivación. En tal virtud, el artículo 9o.-A, fracción XI, de la Ley Federal de Telecomunicaciones, que prevé la facultad discrecional de la Comisión Federal de Telecomunicaciones para establecer obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información, no viola el mencionado principio de legalidad, pues dicha facultad se entiende acotada por la norma misma, que limita la materia respecto de la cual ésta se concede, esto es, tarifas, calidad de servicio e información, impidiendo con ello que los concesionarios queden en estado de incertidumbre respecto a los aspectos sobre los que se podrán imponer las obligaciones específicas.<sup>37</sup>*

*b) Ponderación de principios, derechos fundamentales, intereses y hechos*

Tanto en el Derecho Constitucional como en el Administrativo, es peculiar que la fundamentación de los actos de autoridad deba hacerse conforme a valores, principios, estándares y directrices, bien sea porque

<sup>37</sup> No. Registro: 170,843 / Jurisprudencia / Materia(s): Constitucional, Administrativa / Novena Época / Instancia: Pleno / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / XXVI, Diciembre de 2007 / Tesis: P./J. 50/2007 / Página: 960.

En este mismo sentido la tesis de rubro: EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA. EL ARTÍCULO 126 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN QUE FACULTA A LA SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN PARA DETERMINAR EL PERIODO DURANTE EL CUAL EL EXTRANJERO NO DEBERÁ REINGRESAR AL PAÍS, NO VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA, No. Registro: 171,180 / Tesis aislada / Materia(s): Constitucional, Administrativa / Novena Época / Instancia: Primera Sala / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / XXVI, Octubre de 2007 / Tesis: 1a. CCXVII/2007 / Página: 190.

*El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional - Jean Claude Tron Petit*

falten reglas o por excesiva vaguedad e indeterminación que les resulta característica.

Los tribunales mexicanos han adoptado el método de ponderación basado en la proporcionalidad, surgido a partir de sentencias señeras del Tribunal Constitucional alemán y ya de uso frecuente en Europa y América Latina, con el fin de construir las reglas para ser aplicadas a la solución de casos particulares.

Como ejemplo las recientes tesis que enseguida se citan:

*RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS.- Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna; b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y, c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Así, el juzgador debe determinar en cada caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es, en primer lugar, admisible dadas las previsiones constitucionales, en segundo lugar, si es el medio necesario para proteger esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir*

*Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

*opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y en tercer lugar, si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones de tratamiento que pueden considerarse proporcionales. De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática.<sup>38</sup>*

*c) Calificación de los hechos*

Los hechos de un caso que, en realidad, son todas las circunstancias concretas y particulares, asumen la forma y presentación de un enunciado.<sup>39</sup>

A partir de esos acontecimientos, conductas, estado de cosas y sucesos en general, lo que incluye aspectos jurídicos —premisa fáctica— se decide si es posible o no subsumirlos en generalizaciones o leyes —premisa normativa— para atribuirles consecuencias.

La calificación o valoración de los hechos es la culminación de un procedimiento que se torna importante, peculiar y complejo en los casos de conceptos jurídicos indeterminados. En esencia, consiste en identificar el concepto jurídico implícito en las circunstancias particulares de los hechos en cuestión. Vannier (2001: 151) Esta interpretación y valoración de las circunstancias, en su contexto y finalidad, debe ser explicada y justificada mediante el argumento pertinente.

<sup>38</sup> No. Registro: 169,209 / Tesis aislada / Materia(s):Constitucional / Novena Época / Instancia: Primera Sala / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / Tomo: XVIII, Julio de 2008 / Tesis: 1a. LXVI/2008 / Página: 462.

En este mismo sentido las tesis jurisprudenciales: SALUD. EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL RELATIVA NO VIOLA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, No. Registro: 169,195 / Tesis aislada / Materia(s):Constitucional, Administrativa / Novena Época / Instancia: Primera Sala / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / Tomo: XXVIII, Julio de 2008 / Tesis: 1a. LIX/2008 / Página: 463 y RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DE TRABAJO. EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD PREVÉ UNA RESTRICCIÓN VÁLIDA A LA LIBERTAD DE TRABAJO DE LOS MÉDICOS, No. Registro: 169,210 / Tesis aislada / Materia(s):Constitucional, Laboral / Novena Época / Instancia: Primera Sala / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / Tomo: XVIII, Julio de 2008 / Tesis: 1a. LXIV/2008 / Página: 461.

<sup>39</sup> Estos enunciados son estratégicamente contruidos por las partes a manera de “*story*” (dicen los juristas norteamericanos) que resulte ser verosímil y probable para convencer al juzgador.



*El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional - Jean Claude Tron Petit*

En una acertada expresión del juez García Ramírez<sup>40</sup> dice que es la

*“necesidad de apreciar la racionalidad, oportunidad, necesidad, pertinencia y proporcionalidad de hechos determinados, desde la perspectiva de los derechos humanos.”*

Este proceso requiere evaluar y concluir sobre la acreditación,<sup>41</sup> apreciación<sup>42</sup> y calificación<sup>43</sup> de los elementos de la premisa fáctica.

### **3. Nivel e intensidad en la motivación y control judicial.**

Aunque con efectos semejantes a la discrecionalidad, conviene distinguir una institución cercana y concurrente que es la intensidad del control judicial. Bajo esa premisa, en ocasiones, puede resultar complejo y difícil entender a cabalidad el tema de la discrecionalidad y control judicial de los actos administrativos, en la medida que concurren tres instituciones<sup>44</sup> con efectos equivalentes aunque con una naturaleza y causas en ocasiones diferentes pero en otras semejantes.<sup>45</sup> Favor de consultar el esquema 3

<sup>40</sup> www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc\_garcia\_155\_esp.doc.

<sup>41</sup> Prueba de que los elementos del enunciado existen o son probables en el entorno fáctico.

<sup>42</sup> Es interpretar, definir o precisar el significado, naturaleza y funcionalidad de las circunstancias del caso. Esta evaluación requiere tomar en cuenta máximas de experiencia, peculiaridades y reglas de su naturaleza sustancial, objetivos, consecuencias, propósitos, efectos y sana crítica. El objetivo es apreciarlos en su esencia pero en relación y para referirlos luego con los fines que la norma recoge. Sustancia vs. Forma es un conflicto que se da cuando la realidad ha sido encubierta con apariencias legales para intentar una determinada apreciación.

<sup>43</sup> Es la realidad pero desde el punto de vista de la norma que puede condicionar la percepción de los hechos y éstos dan sentido a la regla sobre todo cuando es indeterminada. La calificación valorativa de los hechos se da sobre valores, directrices o preferencias del ordenamiento. Es el plano intelectual-normativo de la realidad. Es entonces cuando se concretan los objetivos de la norma, conforme a circunstancias concretas y sólo entonces es posible puntualizar y ponderar que hechos son subsumibles y con cuáles consecuencias. Definir que alternativa satisface de mejor manera el interés público requiere llegar a este momento.

<sup>44</sup> A) Potestades discrecionales, B) regladas con variantes de motivación y C) control judicial con diferentes intensidades.

<sup>45</sup> Ejemplos de ello son el bien tutelado que amerita al mismo tiempo un control de legitimidad intenso y posibilidades de plena cognición por el juzgador de criterios valorativos; en otras que la óptima solución permite elegir, disyuntivamente, de entre varias alternativas y dificultades cognitivas para el juez sobre naturaleza y aspectos ontológicos de alguna realidad o institución. Otras veces la expresa decisión que sea cierta autoridad quien decida por razones de índole democrático, en fin, una amplia variedad de matices y combinaciones que no se han podido clasificar adecuadamente.

*Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

La protección o tutela judicial equitativa, basada en el principio de igualdad, ha sido instrumentada por la jurisprudencia norteamericana a través de la cláusula *equal protection*. Consiste en aplicar distintos niveles de intervención y control judicial en los «escrutinios» o «*tests*» de igualdad —estrictos, intermedios o débiles— a través de una escala de intensidades para graduar la eficacia del principio de igualdad en distintos supuestos.

Se estiman como especialmente sensibles, los supuestos de probables o potenciales discriminaciones que pueden darse, entre otros casos, cuando se elige por oposición a un candidato para un puesto excluyendo a otros.

En este sentido la Primera Sala de la SCJN ha sostenido:

*ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES.- Acorde con las consideraciones sustentadas por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 1a. CXXXIII/2004, de rubro: "IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).", siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación. De igual manera, en aquellos asuntos en que el texto constitucional limita la discrecionalidad del Congreso o del Ejecutivo, la intervención y control del tribunal constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por ella. Para este Alto Tribunal es claro que la fuerza normativa del principio democrático y del principio de separación de poderes tiene como consecuencia obvia que los otros órganos del Estado -y entre ellos, el juzgador constitucional- deben respetar la libertad de configuración con que cuentan el Congreso y el Ejecutivo, en el marco de sus atribuciones. Conforme a lo anterior, la severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte de los autores de la norma. De esta manera, resulta evi-*

*El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional - Jean Claude Tron Petit*

*dente que la Constitución Federal exige una modulación del juicio de igualdad, sin que eso implique ninguna renuncia de la Corte al estricto ejercicio de sus competencias de control. Por el contrario, en el caso de normatividad con efectos económicos o tributarios, por regla general, la intensidad del análisis constitucional debe ser poco estricta, con el fin de no vulnerar la libertad política del legislador, en campos como el económico, en donde la propia Constitución establece una amplia capacidad de intervención y regulación diferenciada del Estado, considerando que, cuando el texto constitucional establece un margen de discrecionalidad en ciertas materias, eso significa que las posibilidades de injerencia del Juez constitucional son menores y, por ende, la intensidad de su control se ve limitada. En tales esferas, un control muy estricto llevaría al Juez constitucional a sustituir la competencia legislativa del Congreso -o la extraordinaria que puede corresponder al Ejecutivo-, pues no es función del Poder Judicial Federal, sino de los órganos políticos, entrar a analizar si esas clasificaciones económicas son las mejores o si éstas resultan necesarias.<sup>46</sup>*

*a) Motivación reforzada y exhaustiva, escrutinio estricto.*

La jurisprudencia mexicana ha establecido, como un supuesto de máxima intensidad en el control, las decisiones que ratifican o no a un funcionario judicial.<sup>47</sup> Es en razón de la importante carga de discrecionalidad, asociada con el riesgo de eventuales discriminaciones en que la autoridad decisora pudiera incurrir, que debe dar cuenta de su arbitrio y del balanceo que haya hecho de circunstancias relevantes, explicando y justificando el *iter* decisorio y valorativo a través de una motivación reforzada.

**RATIFICACIÓN O REELECCIÓN DE FUNCIONARIOS JUDICIALES LOCALES. SU FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN.-** *Las garantías constitucionales de fundamentación y motivación, tratándose de los actos de las autoridades encargadas de emitir los dictámenes de ratificación de Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados, deben surtirse de la*

<sup>36</sup> No. Registro: 173,957 / Jurisprudencia / Materia(s): Constitucional / Novena Época / Instancia: Primera Sala / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / XXIV, Noviembre de 2006 / Tesis: 1a./J. 84/2006 / Página: 29.

<sup>47</sup> Especialmente cuando ello implica crear un *status* de privilegio a un sujeto a cambio de desestimar a otros.

*siguiente manera: 1. Debe existir una norma legal que otorgue a dicha autoridad la facultad de actuar en determinado sentido, es decir, debe respetarse la delimitación constitucional y legal de la esfera competencial de las autoridades. 2. La referida autoridad debe desplegar su actuación como lo establezca la ley, y en caso de que no exista disposición alguna en ese sentido, podrá determinarse por aquélla, pero siempre en pleno respeto al artículo 116, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 3. Deben existir los antecedentes fácticos o circunstancias de hecho que permitan colegir que procedía que las autoridades emisoras del acto actuaran en ese sentido, es decir, que se den los supuestos de hecho necesarios para activar el ejercicio de esas competencias. 4. En la emisión del acto deben explicarse sustantiva y expresamente, así como de una manera objetiva y razonable, los motivos por los que la autoridad emisora determinó la ratificación o no ratificación de los funcionarios judiciales correspondientes y, además, deberá realizarse en forma personalizada e individualizada, refiriéndose a la actuación en el desempeño del cargo de cada uno de ellos, es decir, debe existir una motivación reforzada de los actos de autoridad. 5. La emisión del dictamen de ratificación o no ratificación es obligatoria y deberá realizarse por escrito, con la finalidad de que tanto el funcionario judicial que se encuentre en el supuesto, como la sociedad, tengan pleno conocimiento respecto de los motivos por los que la autoridad competente determinó ratificar o no a dicho funcionario judicial, por tanto, la decisión correspondiente debe hacerse del conocimiento del funcionario, mediante notificación personal, y de la sociedad en general, mediante su publicación en el Periódico Oficial de la entidad.<sup>48</sup>*

*b) Apreciaciones económicas, escrutinio débil.*

Cuando el contenido de los actos administrativos es de elevada complejidad técnica, ante la dificultad de prueba o de conocer y evaluar adecuadamente una realidad fáctica inaccesible para no expertos, la tendencia aconseja que el control judicial se limite a corregir procedimientos ilógicos, abusivos o arbitrarios, a través de verificar que se acaten los

<sup>48</sup> No. Registro: 175,819 / Jurisprudencia / Materia(s):Constitucional / Novena Época / Instancia: Pleno / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / Tomo: XXIII, Febrero de 2006 / Tesis: P./J. 24/2006 / Página: 1534.

*El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional - Jean Claude Tron Petit*

principios que deben regir la actividad administrativa y se cumpla con las reglas de la sana crítica y aplicar máximas de experiencia que hagan razonable lo decidido.

El TJCE ha definido el criterio de cómo y hasta donde debe ejercerse control judicial respecto de la motivación en asuntos donde el contenido son temas económicos complejos, como un supuesto de discrecionalidad técnica, en los siguientes términos:

*57 A este respecto, el juez que conoce de un recurso de anulación de una decisión de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, ejerce un control completo del examen efectuado por la Comisión (sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión, 42/84, Rec. p. 2545, apartado 34, y sentencia Bayer/Comisión, citada en el apartado 47 de la presente sentencia, apartado 62), salvo si dicho examen incluye apreciaciones económicas complejas, en cuyo caso el control se limita a la verificación de la inexistencia de desviación de poder, del cumplimiento de las normas de procedimiento y de motivación, así como de la exactitud material de los hechos y la falta de error manifiesto en su apreciación (sentencia Remia y otros/Comisión, antes citada, apartado 34, y sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 55 de la presente sentencia, apartado 279).*

*58 Por otro lado, este control se ejerce exclusivamente en relación con los elementos de hecho y de Derecho existentes en la fecha en que se adoptó la decisión impugnada, sin perjuicio de la posibilidad que se reconoce a las partes, en el ejercicio de su derecho de defensa, de completarlos con pruebas que sean posteriores a dicha fecha, pero que hayan sido específicamente preparadas con el fin de impugnar o de afianzar dicha decisión.<sup>49</sup>*

En un reciente caso mexicano, donde la litis consistió en definir y establecer los límites del control judicial que debe ejercerse sobre la motivación, en casos de apreciaciones económicas complejas, relacionado con establecer, determinar y medir el mercado relevante, efectuadas

<sup>49</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Cuarta ampliada) de 27 de septiembre de 2006 En el asunto T-168/01, GlaxoSmithKline Services Unlimited, anteriormente Glaxo Wellcome plc.

*Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

por la Comisión Federal de Competencia, se hicieron las consideraciones siguientes:

*Lo anterior, considerando que la Comisión Federal de Competencia es un órgano desconcentrado y especializado de la Administración Pública Federal, que en sus decisiones aplica un margen de discrecionalidad, entendido como libertad para apreciar, del que ha sido investida para ponderar las circunstancias de hecho y actuar de manera concurrente con la finalidad perseguida por el legislador, prevista en la Ley Federal de Competencia Económica.*

*Es decir, en el contexto de su actividad son peculiares las valoraciones de tipo económico, sobre cuestiones de hecho, de derecho e incluso de actitudes subjetivas o una mezcla de todas éstas, pero buscando siempre la consecución de una finalidad permitida por la Constitución que es evitar se realicen prácticas monopólicas, a través del control y sanción de conductas ilegítimas.*

*Es así que el control judicial ejercido sobre tales actos de la autoridad, debe efectuarse bajo un parámetro de razonabilidad y de proporcionalidad de la decisión asumida, para no anular o limitar la discrecionalidad de la autoridad y que eficientemente ejerza de manera precisa y detallada su potestad y facultades de apreciación y decisión. En efecto, tal escrutinio debe ser para controlar el marco de legalidad y de legitimidad que establecen los artículos 16 constitucional y 51, fracción V, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, específicamente exigiendo que el ejercicio de facultades discrecionales coincida y sea armónica con la obtención de los fines y las consecuencias que el orden jurídico consagra.*

*En estos casos, para conciliar y ponderar el mandato legislativo de reconocer autonomía a la autoridad especializada, a la vez de controlar el dictado de actos que puedan ser arbitrarios, es que se justifica un control judicial pero sobre la referida base de criterios de razonabilidad y de proporcionalidad, observando y, en su caso, controlando que no ocurra una violación a derechos fundamentales, lo que acontecería cuando no se respetaron las normas de procedimiento y de motivación, haya inexactitud material de los hechos o sea evidente un error manifiesto de apreciación, en la medi-*

*El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional - Jean Claude Tron Petit*

*da que tales vicios trascendieran en notoria arbitrariedad o desproporción en el ejercicio de la facultad concedida incurriendo así en desvío de poder.<sup>50</sup>*

### *c) Motivación razonable y acertada*

En España se critican y evalúan los alcances o límites del TC en cuanto a la profundidad y extensión del análisis de la motivación, ante el debate y disyuntiva de si debe respetar lo decidido, *prima facie*, por otras autoridades, sean judiciales o administrativas; o en cambio, puede sustituir lo resuelto por ellas.

*Con todo, si se quisiera delimitar con mayor precisión los dos órdenes jurisdiccionales en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva y se pretendiera reducir al máximo las tensiones –que siempre existirán- entre ambas jurisdicciones podría resultar conveniente que el TC dejase de aplicar el test de legalidad ordinaria, limitase al máximo la utilización del test de razonabilidad reforzada (9) y sustituyese el test de razonabilidad jurídica por el de razonabilidad lógica, mediante el que desde criterios extraídos de la lógica común, sin entrar en valoraciones jurídicas, se enjuicia si las premisas de las que se parte en las resoluciones judiciales recurridas son lógicamente absurdas, si el razonamiento sufre quiebras lógicas y si las conclusiones incurren en incoherencias lógicas, ya que, como ha afirmado el propio TC en varias Sentencias, este es el único modo de hacer compatible el control constitucional de las resoluciones judiciales en el ámbito de los derechos a la tutela judicial efectiva con las premisas constantemente reiteradas en la jurisprudencia constitucional conforme a las cuales el art. 24.1 CE no consagra un derecho al acierto judicial, ni el recurso de amparo es una última instancia procesal ni constituye un cauce para corregir posibles errores en la selección, interpretación y aplicación de las normas. Es además un modo de evitar duplicidades, es decir, de conseguir que la actividad de control desempeñada por el TC sea cualitativamente distinta a la desempeñada por los órganos judiciales (10). Aunque debe aceptarse que la deli-*

<sup>50</sup> R.A. 479/2006 relativo al amparo en revisión interpuesto por Yoli de Acapulco, sociedad anónima de capital variable, fallado el dieciocho de junio de dos mil ocho por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

*Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

*mitación entre los tests de razonamiento jurídico y razonamiento lógico es sin duda lábil.*<sup>51</sup>

#### *d) Deference y discrecionalidad técnica*

A partir de estas ideas surge también el principio de otorgar cierta deferencia a la libertad de apreciación y decisión de ciertas autoridades, que determina matizar la intensidad del análisis judicial constitucional a partir de parámetros débiles que respeten el margen de discrecionalidad o libertad de apreciación concedida para la consecución de una finalidad perseguida por el orden jurídico. Es así que en el *deference* norteamericano y la discrecionalidad técnica europea resulta peculiar la matización del nivel del escrutinio o control judicial, dependiendo de la naturaleza técnica o política de pronunciamientos o decisiones, bien sean de la Administración, del judicial o del legislativo.

## 4. Desvío de poder

Ejercer facultades discrecionales tiene como límite atender a los fines o consecuencias para los cuales fueron concedidas, según el artículo 51, fracción V, de la LFPCA. Complementariamente, el artículo 3, fracción III, de la LFPA agrega que esa finalidad es de interés público y sin que puedan concurrir fines distintos. A primera vista, esos fines o consecuencias son aplicaciones o concreciones de las políticas públicas que la Administración debe llevar a cabo, requisito esencial para legitimar la discrecionalidad.

Dice Dromi (2001: 263) que los agentes públicos deben actuar cumpliendo el fin de la norma que otorga las atribuciones y sus actos tener en mira la finalidad prevista por el ordenamiento normativo. Trae a colación una sentencia argentina que dice:

*El fin del acto administrativo debe enraizarse e integrarse con el fin último que la ley se propuso al otorgar la potestad en cuyo ejercicio aquél se dictó, y en tal sentido debe precisarse que el fin del acto es un presupuesto de legalidad. Es por ello que la desviación de poder se configura siempre que el órgano administrativo persiga con el acto que dicta, un fin distinto al señalado por el legislador.*<sup>52</sup>

<sup>51</sup> <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/semrecamp-poncvp.htm>

<sup>52</sup> C Fed. Córdoba, Sala Civ Com, 23/6/82, LL, 1983-A-256



*El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional - Jean Claude Tron Petit*

Comentan Atienza y Ruiz Manero (Atienza y Ruiz 2000: 91 y ss.) que el exceso de poder es un medio de control del poder público que puede darse en tres vertientes: a) competencia del órgano, b) forma del acto y c) fin para el que se confiere una potestad basada en facultades discrecionales, esto es, la consecuencia del acto.

Como un elemento de este género, está el desvío de poder (*le détournement de pouvoir*) de origen jurisprudencial, que surge como reacción del Consejo de Estado francés frente al formalismo jurídico, para someter los actos administrativos discrecionales al control judicial. Es así que a partir de la segunda mitad del siglo XIX comenzó a anular ciertos actos de la Administración por entender que el poder conferido se había ejercido para un fin distinto al previsto.

Como ilustración viene al caso citar la cita de un paradigmático caso de la jurisprudencia francesa:

*“Un buen ejemplo de esta nueva construcción -escribe Carmen Chinchilla-lo constituyen los famosos arrêts Lesbats de 15 de febrero de 1864 y de 17 de junio de 1986. En ellos, el Consejo de Estado declaró que si un prefecto utilizaba la potestad de regular la permanencia y circulación de vehículos en las plazas cercanas a la estación de ferrocarril, para asegurar el monopolio de la única empresa que tenía un contrato con la Compañía de Ferrocarriles, cometía un exceso de poder, ya que estaba usando la autoridad para un fin diverso de aquél que el legislador había concedido”. La novedad con respecto a la anterior situación es que la idea de desviación aparece ahora no como un simple exceso de poder en el sentido de que una autoridad ha desbordado lo que sería la esfera propia de su competencia, sino como el ejercicio de la competencia para lograr un fin no previsto por el legislador.*<sup>53</sup>

Actualmente en España, hay varias técnicas de control, siendo la más extendida la relativa a los conceptos jurídicos indeterminados; sin embargo, para la discrecionalidad pura hay una decadencia en el uso de la institución del desvío de poder, ante el hallazgo de otras técnicas, tales como el control de los hechos determinantes y a partir de los principios generales de Derecho.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> Atienza y Ruiz (2001: 99).

<sup>54</sup> García y Fernández (2002: 468).

*Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

La desviación de poder es la respuesta ante un positivismo jurídico que es incapaz de dar cuenta del control de la discrecionalidad. Es así que acoge la noción de «ordenamiento jurídico» propuesto por *Santi Romano* que concibe al Derecho como ordenamiento e incluye las ideas de función o de fin y de unidad entre los elementos que lo componen, siendo las normas o reglas, los medios mediante los que se cumplen los fines de la institución; Dicho en otras palabras, se considera al Derecho en un doble plano: el de las reglas y el de los principios.

Para Atienza y Ruiz Manero la desviación de poder consiste en que un órgano administrativo es facultado por una regla para que, en las circunstancias X, realice una acción que produce como resultado una disposición jurídica o un acto administrativo que es adecuado para obtener un cierto estado de cosas. Sin embargo, hay casos, bajo circunstancias X', en que las consecuencias de tal estado o fin son inaceptables, provocando un daño injustificado o un beneficio indebido.

Cabe aclarar que, en estos casos, no hay una regla que prohíba el resultado, aunque si pueda haber una regla o siempre existirá un principio que prohíba o limite como excesivo e ilegítimo el fin o estado de cosas alcanzado.

Ante este escenario resulta que para aplicar adecuadamente la regla permisiva o directriz, en términos de que se cumpla en la mayor medida posible su eficacia y sin desvíos, es menester realizar un balance y ponderación tanto de los hechos o circunstancias de cada caso y a la luz de los principios que justifican el ejercicio, tanto de la norma que confiere poder como de la que limita las consecuencias resultantes. Este ejercicio, es indispensable para ajustar y controlar las referidas consecuencias a la luz de los valores y principios que inspiran al ordenamiento como sistema coherente. Una explicación grafica de lo dicho aparece en el esquema 4:

A partir del caso francés citado por Cinchilla, Atienza y Ruiz Manero demuestran el funcionamiento de su teoría en los siguientes términos:

1. *En primer lugar, existe una regla que permite al prefecto usar una norma que confiere poder: para regular la permanencia y la circulación de los vehículos en las inmediaciones de la estación de ferrocarriles.*

*El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional - Jean Claude Tron Petit*

2. *En segundo lugar, ninguna regla prohíbe al prefecto producir ese resultado normativo (regular de cierta manera la permanencia y circulación de vehículos), pero en el caso en cuestión, tal regulación tiene como consecuencia la producción de un daño (a las empresas que no tenían suscrito un contrato con la Compañía de Ferrocarriles) que resulta injustificado porque viola el principio de igualdad de trato, que sirve de límite a la directriz (lograr un funcionamiento eficiente del acceso al ferrocarril) que justifica la permisón concedida al prefecto para regular la permanencia y la circulación de los vehículos en las inmediaciones de la estación de ferrocarriles.*
3. *La manera en que el prefecto ha usado su poder normativo da lugar a una situación que infringe el principio de igualdad de trato, al crear una situación de monopolio en favor de una determinada empresa y en detrimento de las demás.*
4. *Finalmente, la prevalencia del principio de igualdad de trato genera la regla de que a la autoridad pública le está prohibido usar el poder de regular la permanencia y circulación de vehículos en las proximidades de la estación de forma que se establezca un régimen de monopolio para una de-terminada empresa.*

Íntimamente relacionado al tema de fin del acto, está acatar el principio de razonabilidad que exige valorar razonablemente las circunstancias de hecho y el derecho aplicable y disponer medidas proporcionalmente adecuadas al fin perseguido por el orden jurídico. Exige una motivación coherente con los principios generales del derecho, los propios del derecho administrativo y los fines que hubieran justificado el dictado de la normativa aplicable al caso.<sup>55</sup>

Este principio se extiende a cuestionar casos en que la autoridad no guarde sujeción a la ley o a la prueba, o razona falsamente, con lo cual el acto se funda en su sola voluntad, en su capricho personal, aparece la arbitrariedad como vicio de la voluntad.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Dromi (2001: 263).

<sup>56</sup> Idem (2001: 264).

## Bibliografía.

- Alonso Mas María José, (1998). *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Universitat de València.
- Atienza Manuel y Ruiz Manero Juan, (2000). *Ilícitos atípicos*, Madrid, Editorial Trotta.
- Bernal Pulido Carlos, (2005). *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Brewer-Carías Allan R., (2007). *La Técnica de los Conceptos Jurídicos Indeterminados como Mecanismo de Control Judicial de la Actividad Administrativa, dentro de la obra: Control de la Administración Pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, obra coordinada por Cisneros Farías, Germán, Fernández Ruiz, Jorge, y López Olvera, Miguel Alejandro IIJ UNAM
- Dromi Roberto, (2001). *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, (2002). *Curso de Derecho Administrativo I y II*, Madrid, Editorial Civitas.
- García de Enterría Eduardo, (2005). *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Madrid, Thomson-Civitas.
- García Ramírez Sergio, *Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Vargas Areco vs. Paraguay de 26 de septiembre de 2006* [www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc\\_garcia\\_155\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_garcia_155_esp.doc)
- Sainz Moreno Fernando, (1976). *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Editorial Civitas.
- Serrano Ferrer M<sup>a</sup> Esperanza, (2007) *Motivación de Conceptos Jurídicos Indeterminados: o es Interés Público o es Autonomía Local*, <http://www.administracionpublica.com/content/view/127/1/>

*El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional - Jean Claude Tron Petit*

- Suprema Corte de Justicia de la Nación, (2007) IUS 2007, Jurisprudencia y tesis Aisladas, Junio 1917-Diciembre 2007, México, DVD. (para la consulta de precedentes jurisprudenciales mexicanos citados en el trabajo).
- Vannier Guillaume, *Argumentation el droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2001.

Abreviaturas.

LFPA Ley Federal de Procedimiento Administrativo

LFPCA Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo

TC Tribunal Constitucional (España)

TJCE Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

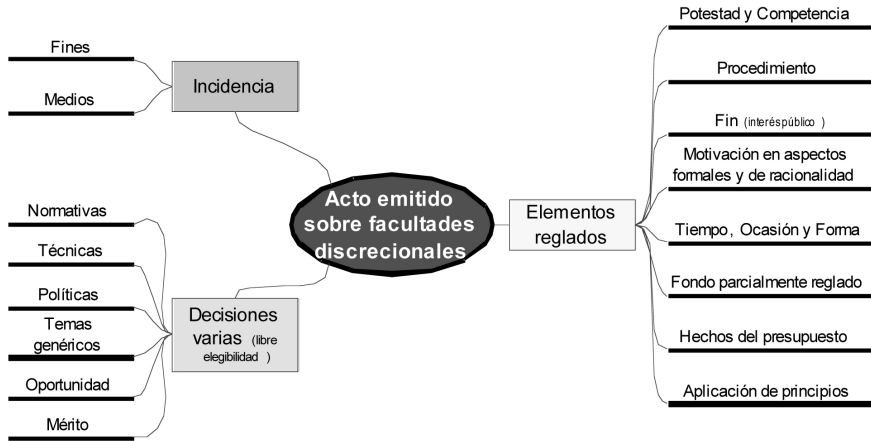
TS Tribunal Supremo (España)

SCJN Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)

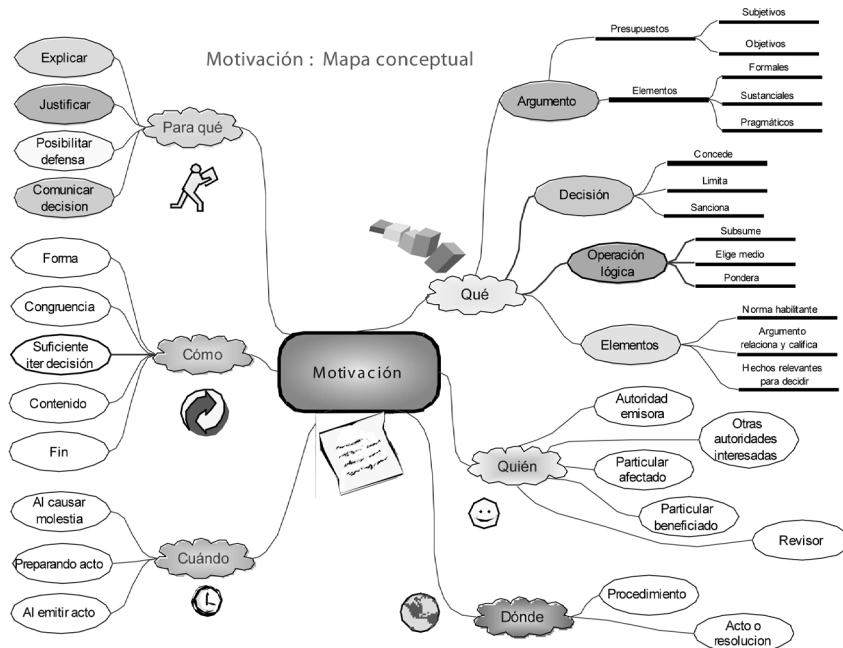
STC Sentencia del Tribunal Constitucional (España)

# Esquemas.

1.



2.

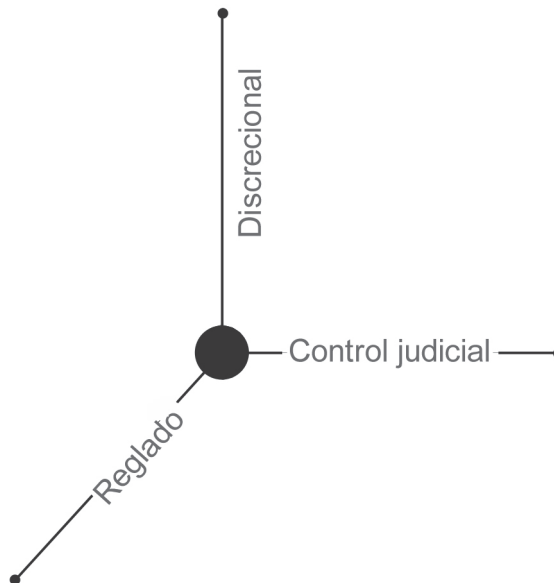


*El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional - Jean Claude Tron Petit*

### 3.

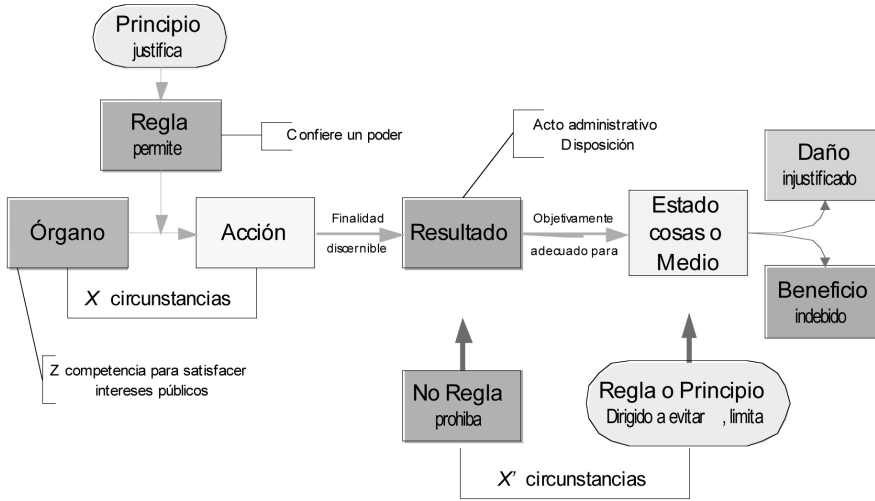


Esta misma idea se puede ilustrar como 3 ejes convergente que interactúan en reciprocidad.



Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

4.



Control discrecionalidad administrativa sede jurisdiccional