

EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL PODER JUDICIAL

DR. MIGUELÁNGEL GARCÍA DOMÍNGUEZ

I. Introducción

Quiero iniciar recordando a muchos de ustedes que, en mi historia personal, hay importantes razones profesionales y académicas para reconocer la valía de los tribunales administrativos, que está lejos de mi pensamiento la idea de que se dañe a tan importante institución mexicana.

Durante muchos años, en el ejercicio privado de mi profesión, litigué ante el Tribunal Fiscal de la Federación; muchos años ejercí la docencia en diversas instituciones de educación superior, enseñando Derecho Fiscal, Derecho Procesal Fiscal y Derecho Penal Fiscal; durante más de tres años fui Director del Seminario de Derecho Fiscal en la Facultad de Derecho de la UNAM; y durante poco más de siete años fui Primer Subprocurador Fiscal de la Federación, seis de ellos como responsable del área de litigio; en esta época tuve la oportunidad de colaborar en el proyecto de regionalización del tribunal fiscal. Poco tiempo después intervine decisivamente en la creación del tribunal de lo contencioso administrativo de Guanajuato.

Insisto, no solo no quiero que se dañe a tan querida institución, por el contrario, mi planteamiento tiende a perfeccionarla, como parte de un contexto y tomando en cuenta la coyuntura política que se vive en el país.

En nuestro país hay diversos tribunales y diversas funciones jurisdiccionales dentro del Poder Ejecutivo y nuestra propuesta es que pasen al ámbito del Poder Judicial.

Creo firmemente, además, que el tribunal Fiscal de la Federación podría perfeccionarse al pasar del ámbito del Poder Ejecutivo al del Poder Judicial; es decir, no temo que tal transferencia de ubicación le pueda perjudicar en lo absoluto; por el contrario, podría beneficiarlo notablemente.

II. Constitucionalismo

1.-Concepto y características

Desde el punto de vista político, el constitucionalismo describe los principios ideológicos particulares que están en la base de toda constitución y de su organización interna.

Por otra parte, la ciencia jurídica usa el adjetivo «constitucional» contraponiéndolo al de «absoluto» en relación con el sistema de gobierno; es decir, «constitucional» indica la forma de Estado basada en la separación de Poderes, en el cual el Poder está compartido.

Con una fórmula bastante amplia se ha dicho que el constitucionalismo es la técnica de la libertad, es decir, la técnica jurídica a través de la cual se les asegura a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos individuales, al mismo tiempo que el Estado se coloca en la posición de no poderlos violar. Y si bien las técnicas varían con los tiempos y los países, el ideal de las libertades del ciudadano sigue siendo el fin último que ha de alcanzarse con tales técnicas.

El constitucionalismo se desarrolla en gobiernos cuyo Poder está en manos del pueblo, que elige al parlamento, el que a su vez nombra al Ejecutivo, o que también el pueblo elige al titular del Ejecutivo, que como jefe del Estado y jefe del gobierno no es responsable ante el parlamento, no obstante lo cual éste conserva un margen de Poder más o menos amplio que es necesario para el funcionamiento de pesos y contrapesos entre los distintos órganos constitucionales.¹

¹ Bobbio, Norberto y Matteucci, Nicola, Diccionario de Política, Siglo XXI Editores, México 1984, Vol. 1, 880 pp, pág. 388, Voz: «Constitucionalismo»

La ciencia política, en la parte que se ocupa de la ingeniería constitucional, ha realizado una obra lenta pero inflexible de depuración de los valores que estaban originalmente implícitos en las palabras «constitución» y «constitucional», como consecuencia, el término «constitucionalismo» no es hoy un término neutro para un uso meramente descriptivo, pues su significado engloba tales valores que constituyen un complejo de concepciones políticas y de valores morales que no le dan como contenido sus características permanentes.

2.-Soberanía Nacional

Antes de la revolución francesa, la soberanía era atributo del monarca. Los Poderes estaban concentrados en su persona ya que legislaba y gobernaba a través de sus ministros, y los jueces impartían justicia en su nombre y representación.²

Por eso, Montesquieu afirmó que el régimen político donde los Poderes estuvieran confundidos y depositados en una sola persona o corporación era un régimen tiránico.

La teoría constitucional combinó las ideas de soberanía popular de Rousseau con la idea de Montesquieu sobre la división de Poderes.

Actualmente se estima que es la autoridad suprema del Poder público que reside en el pueblo y se ejerce por medio de sus órganos constitucionales representativos.

La soberanía es la fuerza cohesiva que mantiene unida a toda la sociedad.

El pueblo, como soberano tiene el monopolio de la creación del derecho a través del Poder Legislativo; el monopolio de la fuerza o de la coerción física por conducto del Poder Ejecutivo; y el monopolio de la resolución de los conflictos a través del Poder Judicial.

Aunque se considera que la soberanía es el supremo Poder político que corresponde al pueblo, y que es unitario e indispensable

² Bobbio, Norberto y Matteucci, Nicola, Diccionario de Política, Siglo XXI Editores, México 1985, Vol. II, Voz: «Soberanía», pág. 1536

ble, se estima que debe dividirse su ejercicio en las tres funciones clásicas del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) entre los tres representantes o grupos de representantes de ese Poder soberano que corresponde al pueblo.

La exigencia de atribuir esas funciones a tres órganos distintos se planteó como una necesidad ineludible para asegurar una defensa eficaz contra el despotismo. Desde luego, la separación de Poderes no puede entenderse como una actitud separatista rígida.

Las características de la soberanía, según Bodino, son: absoluta, perpetua, indivisible, inalienable e imprescriptible. La soberanía es absoluta porque no está limitada por las leyes. Es perpetua porque es un atributo intrínseco al Poder de la organización política y no coincide con el de las personas físicas que la ejercen; es indivisible porque corresponde exclusiva y únicamente al pueblo; es inalienable e imprescriptible ya que el Poder público es una función pública y, por tanto, indisponible.

3.-División del Poder

Una de las técnicas del constitucionalismo es la división del Poder, la definición más conocida de constitucionalismo es la que lo identifica con la división del Poder o, en su formulación jurídica, con la separación de Poderes. En relación con esta identificación hay un antecedente muy acreditado, *La Declaración des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, que establecía en su artículo 16: «Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos y determinada la separación de los Poderes no tiene constitución».

En armonía con esta definición, todavía hoy las ciencias jurídica y política identifican el constitucionalismo con la separación de los Poderes, con el sistema de frenos y de contrapesos, con la balanza que establece el equilibrio de los Poderes del Estado.

Como afirma Carl Friedrich, el absolutismo, en todas sus formas, prevé la concentración en el ejercicio del Poder; por el contrario, el constitucionalismo, con la división del Poder, asegura un sistema de frenos eficaces a la acción del gobierno, lo que permite asegurar el *fair-play* y hace responsable de ello al gobierno.

Montesquieu en el *Esprit des lois* (1748) afirmó- «Todo estaría perdido si una única persona, o un único cuerpo de notables, de nobles o del pueblo, ejerciera estos tres Poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de castigar los delitos o resolver las controversias privadas».³

Se afirma que el constitucionalismo consiste en la división del Poder, a fin de impedir cualquier arbitrariedad; y la aversión a la arbitrariedad es el fin último del constitucionalismo. Se tienen dos modos de dividir el Poder: una división horizontal del Poder en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y otra división vertical constituida por el federalismo y el municipalismo.

4.-Garantismo

Al principio de separación de los Poderes, se agregó en 1800 un principio hoy identificado con el constitucionalismo: el garantismo francés.

El garantismo, que tiene su principal teórico en Benjamín Constant, acentúa al máximo la interpretación de la voluntad general, la exigencia de tutelar en el plano constitucional, los derechos fundamentales del individuo, es decir la libertad personal, la libertad de imprenta, la libertad religiosa y la inviolabilidad de la propiedad privada.

De esta manera, la organización del Estado debe estar orientada por la exigencia de garantizar tanto la limitación por la ley del ejercicio del Poder, como la de garantizar una esfera de autonomía del individuo que el Estado no puede violar. Esto lleva a una reinterpretación del concepto negativo de la soberanía, en que ni el pueblo ni sus representantes pueden disponer soberanamente de la existencia de los individuos.

Además, esta soberanía limitada es ejercida, aun en el plano jurídico, por distintos órganos separados depositarios del Poder. Por otra parte, la separación de Poderes se plantea con mayor grado de complejidad; en efecto, el Poder Ejecutivo es políticamente responsable frente al parlamento; el Legislativo está confiado a dos cámaras; se refuerza el Poder Judicial con

³ Op. Cit., Voz «Constitucionalismo». pág. 390

la inamovilidad de los jueces. Se plantea un Poder neutro que tiene la función de supervisar que cada uno de los otros Poderes obren de acuerdo con su respectivo ámbito de competencia, resolviendo los posibles choques y conflictos, también se plantea un «Poder municipal» que no depende del Poder central; y en oposición a la idea de la república «única e indivisible» se reafirma la tradición federalista, la cual requiere de centros de autogobierno y, por lo tanto, de resistencia a las ambiciones del Poder central.

Como fundamento de este complejo balance de órganos-Poderes y como garantía del respeto a los derechos del individuo, se establece la libertad política, la que se ejerce a través de la libertad de imprenta, que tiene la finalidad de sensibilizar a la opinión pública y, a través de ella, al parlamento, participando así en la voluntad del Estado.⁴

5.-Estado de derecho

Por otra parte, se afirma que el constitucionalismo representa el gobierno de las leyes y no de los hombres, de la racionalidad del derecho y no de la fuerza del Poder.

En resumen, el término «limitar el Poder» tiene un valor implícito: la defensa de los derechos del hombre, del individuo, del ciudadano.

El constitucionalismo implica pues, no sólo separación de Poderes y garantías, sino también Estado de derecho o *Rechtstaat* o *Rule of law*.⁵

En 1800 se incorpora también al concepto de constitucionalismo el principio alemán del Estado de derecho o *Rechtstaat*.

La idea del *Rechtstaat* nace en Prusia en 1700 con la codificación promovida por Federico II, que difunde el ideal de la certeza de la ley, justamente cuando la formación de una compleja máquina burocrática pone cotidianamente al ciudadano en contacto con la administración pública, y por lo tanto con sus posibles abusos.

⁴ Op. Cit. Pág. Voz «Constitucionalismo», págs. 393 y 39

⁵ Op. Cit. Pág. Voz «Constitucionalismo», pág. 389

Según esta teoría, el Estado persigue sus fines sólo por medio de las formas y dentro de los límites del derecho, y éste debe garantizar a los ciudadanos la certeza de su libertad jurídica; nace así la exigencia de un control constante de la acción de los órganos del Estado para que no violen las normas abstractas y generales de la ley ni menos de la constitución.

El control de su actividad asegura la sumisión de los órganos del Estado al derecho para garantizar y hacer eficaces las libertades jurídicas del ciudadano.

El Estado de derecho es un modo de ejercer la fuerza, y el derecho constituye un verdadero y eficaz límite a esa fuerza y al modo de manifestarse, aunque siempre habrá que tenerse cuidado de evitar que se llegue a una forma de despotismo jurídico por medio de una *lex in fraudem legis*,

Por ello es importante que, conforme a la cultura inglesa, se remarque siempre en la ley, tanto en lo material como en lo formal, *la ratio* y no solamente la *voluntas*.⁶

6.-Estado de derecho y el *Rule of Law*

El principio del Estado de derecho se complementa con el *rule of law* inglés. La experiencia constitucional inglesa está centrada en torno a este principio.

La expresión se afirma en Inglaterra en 1600, retornando ampliamente temas medievales, para afirmar la igualdad de los ciudadanos ingleses frente a la ley y combatir toda arbitrariedad del gobierno que perjudique sus derechos.

En la base del *rule of law* se encuentra una experiencia cultural y política del derecho que es típica de Inglaterra. Mientras la cultura alemana y la continental, dirigidas por sus propios supuestos teóricos a unificar Estado y derecho, la inglesa ignora el concepto de Estado y usa en su lugar el de «gobierno» que comprende las tres funciones clásicas. Por otro lado, siempre se ha afirmado la autonomía del derecho por encima del gobierno, o la necesidad de subordinar el gobierno al derecho.

⁶ Op. Cit., Voz: «Constitucionalismo», pág. 394 y 395

Esto ha sido posible no sólo por la independencia de los jueces respecto del Poder político, sino, sobre todo, por el particular carácter del derecho inglés en el que junto a normas de producción legislativa-parlamentarias, *el common law* es un derecho del cual los jueces son creadores, conservadores y depositarios; en efecto, ellos continúan juzgando remitiéndose a los antecedentes Judiciales, o interpretando las leyes del parlamento según los principios generales immanentes al *common law*.

Aunque en 1700 la afirmación de la omnipotencia parlamentaria restringió la supremacía del *common law* que, a principios de 1600, permitía a los jueces declarar nulas y faltas de eficacia a las leyes del parlamento que fueran contrarias al derecho y la razón, sin embargo todavía demuestran su eficacia por la autoeliminación que hace el parlamento de su omnipotencia.

El rule of law es un principio fundamental de la constitución inglesa que implica la exclusión de todo Poder arbitrario, lo que trae como consecuencia la igualdad de los ciudadanos con el gobierno frente a los tribunales.

Por otra parte, se considera que las normas contenidas en las leyes constitucionales no son la fuente sino la consecuencia de los derechos subjetivos de los individuos como son definidos y garantizados por los tribunales.⁷

7.-El gobierno limitado

La supremacía de la ley es un tema común a las democracias constitucionales.

Hoy el derecho es la expresión de la puntual y consciente voluntad soberana del pueblo explicitada a través de un órgano *ad hoc*, es decir, una asamblea representativa.

El derecho es un mandato de la mayoría; es un instrumento con el cual el Estado democrático interviene en la sociedad para mantener la paz social y para prevenir las necesidades futuras.

⁷ Op. Cit., Voz: «Constitucionalismo», págs. 395 y 396

El principio de la supremacía de la ley, la afirmación de que todo Poder político debe ser legalmente limitado es un principio fundamental que constituye la mayor aportación del medioevo al constitucionalismo.

Son tres las características principales por medio de las cuales se aplica hoy el principio del gobierno limitado. En primer lugar, por medio de una constitución escrita, que contiene una serie de normas jurídicas orgánicamente vinculadas entre sí, que regulan no sólo el funcionamiento de los órganos del Estado, sino que consagran los derechos de los ciudadanos, establecidos como límites del Poder del Estado. La constitución extrae su legitimidad de dos elementos: tanto del contenido mismo de las normas que se imponen por su intrínseca racionalidad y justicia, como por su fuente formal, es decir, por emanar de la directa voluntad soberana del pueblo a través de una asamblea constituyente.

En segundo lugar, la moderna constitución tiene un carácter rígido e inelástico, es decir, que sus normas no pueden ser modificadas por la normal voluntad legislativa, porque son jerárquicamente superiores a las normas ordinarias dado que el Poder constituyente es superior al Poder Legislativo.

Por lo tanto, para modificar la constitución es necesario un procedimiento particular, el cual requiere una mayoría calificada.⁸

Una tercera característica es la más importante de todas, porque hace eficaz la supremacía de la constitución. Se trata del Poder Judicial en su conjunto, como en América, o de un órgano *ad hoc*, como en Italia; en suma de una corte constitucional, de un órgano Judicial, que además de resolver los conflictos entre los distintos órganos del Estado, controla la justicia de la ley, es decir su conformidad con las normas fundamentales. La existencia de este órgano es esencial, pues de otra manera contra la violación de la constitución por parte del gobierno-mayoría, no habría ningún remedio.

⁸ Op. Cit, Voz: «Constitucionalismo», págs.400 y 401

Esta nueva definición de constitucionalismo se basa en la contraposición entre derecho y Poder, racionalidad y fuerza. Se parte de la neta distinción entre constitución y gobierno.

La constitución, justamente porque es antecedente y superior al gobierno, puede limitar su Poder; y cada vez que sea violada, el gobierno se hace anticonstitucional, arbitrario, en suma: ilegítimo.

El concepto de gobierno limitado es distinto del de separación de los Poderes. En efecto, este principio se reduce a reglas de procedimiento a través de las cuales se expresa de modo legítimo el Poder de la mayoría. Pero, cada vez que las reglas sean respetadas y haya concordancia entre los diversos órganos del Estado, la voluntad de la mayoría parlamentaria es omnipotente, y no hay leyes que puedan limitarla.

En cambio, el Poder limitado por la ley, en la medida que no establece solamente reglas de procedimiento para la formación de la voluntad legislativa sino que también le impone límites legales bien precisos en la constitución, y los hace eficaces a través de un órgano no político que tiene la función Judicial de controlar si la voluntad de la mayoría, como se expresa en una ley, está o no de acuerdo con la constitución y, en el caso de que no lo esté, de declarar nula y falta de eficacia tal ley.

Así, en un sistema político representativo, en el que funciona el principio de gobierno limitado, la función Judicial tiene un peso de mayor importancia en la relación del equilibrio constitucional que en uno que sólo esté fundado en la mera separación de Poderes.

Por ello, es tan importante, en adición al principio de división de Poderes el tema de la independencia Judicial en relación con el principio de gobierno limitado, ya que únicamente así éste puede encontrar su verdadera ejecución, precisamente porque la primacía del derecho, o de la *jurisdictio*, sobre el Poder impone el reforzamiento de la función que tiene, justamente, la tarea de custodiar el derecho.

Este traslado del equilibrio constitucional del Poder Legislativo al Poder Judicial, esta nueva relación entre Poder y derecho, no

es todavía clara y evidente en nuestra cultura política, a pesar de los avances de la democracia.

En el pasado, la garantía contra el Poder arbitrario se encontró sobre todo en los cuerpos representativos que controlaban al gobierno. Hoy, en cambio, para encontrar una nueva garantía contra el Poder arbitrario, para tutelar a los ciudadanos, es necesario que el Poder Judicial ejerza la supremacía de la constitución y de la ley sobre el gobierno.⁹

8.-Constitucionalismo y democracia

Por otra parte, en un sistema constitucional en el que esté en vigor el principio de gobierno limitado, existen normas, como las de la constitución, que una mayoría simple del 51 por ciento de los votos no las puede cambiar, sino que son necesarios el 67 por ciento de los votos. Además, están las normas que consagran los derechos del hombre y del ciudadano, que ninguna mayoría puede abolir.

En este caso no se trata de que eventualmente la voluntad de la mayoría esté obligada a someterse a la voluntad de la minoría, pues debe tenerse presente que con la Constitución el pueblo soberano pretende establecer límites al poder que, con las elecciones, normalmente delega en sus representantes, de modo que ésta es solamente una aparente limitación del principio democrático, pues en realidad se trata solo de una limitación funcional a la propia existencia de la democracia.

Como afirmó Luigi Einaudi en 1945, «Estos frenos tienen como objetivo limitar la libertad de legislar y de operar de los estratos políticos gobernantes elegidos por la mayoría de los electores limitando sus Poderes; los frenos tutelan la mayoría de quien de otra manera actuaría en su nombre y, procediendo así, implícitamente tutelan la mayoría».

Se puede identificar al constitucionalismo con la democracia, pues es difícil imaginar una democracia no constitucional.

⁹ Op. Cit., Voz: «Constitucionalismo», pág. 401

El pensamiento democrático ha tenido un problema esencial, el de demostrar que la soberanía es un derecho inalienable e imprescriptible del pueblo y, en consecuencia, ha buscado o favorecido que al pueblo se le dé no solo la titularidad sino también el concreto ejercicio del Poder soberano. Y como es imposible en un Estado moderno la democracia directa, se han creado en los países más democráticos la iniciativa legislativa popular: el referéndum y el plebiscito.

Tanto los constitucionalistas como los demócratas han buscado precisar el contenido de la palabra libertad.

Para los constitucionalistas la palabra libertad tiene un significado esencialmente jurídico, y sería, por lo tanto, más adecuado hablar en plural de las libertades jurídicamente protegidas contra el Poder de la mayoría. En cambio, para los demócratas, la libertad es, en primer lugar, un valor ético; es una Libertad en singular, que se ejerce solamente a través del Estado, es decir a través de la directa participación en la cosa pública.

En otras palabras, los constitucionalistas reivindican para el individuo una amplia esfera de licitud y, por tanto, imponen al Estado no impedir el ejercicio de estos derechos. Los demócratas, en cambio, quieren la directa participación de toda la comunidad en la formación de la voluntad del Estado, de modo que ésta coincida con la voluntad misma del pueblo. Así, al obedecer al Estado, los ciudadanos se obedecen sólo a sí mismos; es ésta la mística de la voluntad general.

Evidentemente, éstas no son doctrinas contradictorias, aunque aparezcan distintas en el plano conceptual.¹⁰

Hoy no conocemos otra forma posible de democracia que no sea la constitucional. En efecto, la libertad positiva de participar en la formación de la voluntad del Estado tiene, como necesaria condición, el no impedimento por parte del Estado de los derechos de libertad de expresión, de imprenta, de asociación, de religión, etcétera, porque de otra manera irían desapareciendo las mismas condiciones de una autónoma

¹⁰ Op. Cit., Voz: «Constitucionalismo», pág. 402

participación en la formación de la voluntad del Estado como ocurre en los regímenes totalitarios, donde los grupos en el Poder organizan desde lo alto la presencia controlada de las masas en las elecciones. Es más, la democracia ha sido definida como el gobierno de la mayoría.

Pero si esta mayoría tuviera un Poder absoluto e ilimitado podría subvertir las reglas del juego y destruir así las bases mismas de la democracia; esto es posible porque la institución misma de la representación, que limita el principio democrático, entraña el peligro de que la voluntad de los diputados y senadores no siempre coincida con la voluntad de la mayoría de los electores. Por tanto, hoy el constitucionalismo es el modo concreto a través del cual se realiza un sistema democrático representativo.¹¹

III. La Constitución de México y la División de Poderes

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se consagran todos los principios esenciales establecidos en el constitucionalismo; por supuesto, entre ellos está el principio de división de Poderes.

En efecto, en el artículo 49 la Constitución establece que el Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y que no podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación.

De acuerdo con el principio de división o separación de Poderes, cada una de las tres funciones se debe ejercer separadamente por órganos estatales diferentes, de tal manera que su desempeño no se concentre en uno solo como ocurre en los regímenes monárquicos absolutos o en los autocráticos o dictatoriales. División implica, pues, separación de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial de tal modo que su respectivo ejercicio se deposita en órganos distintos, interdependientes, y cuya actuación conjunta entraña el ejercicio del Poder público del Estado.¹²

¹¹ Op. Cit., Voz: «Constitucionalismo», pág. 403

¹² Burgoa, Ignacio, «Derecho Constitucional Mexicano», Ed. Porrúa, México 1991, pág. 579 y Carpizo, Jorge, «Estudios Constitucionales», Ed. Porrúa y UNAM, México 1991, pág. 452

El principio de división de Poderes no postula tres Poderes soberanos, sino tres funciones o actividades en que se manifiesta el Poder público del Estado que es uno solo, la calificación del Poder del Estado como Legislativo, Ejecutivo y Judicial deriva de la índole jurídica de los actos de autoridad en que se traduce, o sea, de los resultados de su ejercicio. Este principio entraña, consiguientemente, la atribución de la capacidad jurídica para realizar los distintos actos de autoridad a diversos órganos del Estado, es decir la distribución de las tres funciones de imperio entre los tres Poderes, sin que su ejercicio pueda resumirse o concentrarse en un solo órgano estatal.¹³

Se sostiene que no hay división de Poderes sino que existe un solo Poder que no se divide para su ejercicio; así, lo que está dividido es el ejercicio del Poder.

El Poder Ejecutivo, en su carácter de función, se manifiesta en innumerables actos de autoridad de índole administrativa, los cuales presentan las notas contrarias a las de la ley, es decir, son actos concretos, particularizados e individualizados.

El elemento concreción implica que el acto administrativo se emite, se dicta o se realiza para uno o varios casos numéricamente determinados, denotando la particularidad y la individualidad que el mismo acto rige para las situaciones inherentes a dichos casos y para los sujetos de diferente naturaleza que en ella sean protagonistas. Que conforme a estos elementos intrínsecos, el acto administrativo sólo tiene operatividad en tales casos, situaciones o sujetos, sin extenderse más allá del ámbito concreto en relación con el cual se haya producido.¹⁴

Por otra parte, los elementos concreción, particularidad e individualidad también peculiarizan al acto jurisdiccional frente al acto Legislativo. Sin embargo, aunque el acto jurisdiccional y el acto administrativo ostentan las mismas notas intrínsecas que los diferencian de la ley en su sentido material, el acto administrativo no se motiva por ningún conflicto, controversia o cuestión contenciosa, ni, consiguientemente, tiene como fina-

¹³ Burgoa, Ignacio, Op. Cit. pág. 580 y 581

¹⁴ Op. Cit. pág. 787

lidad resolver o dirimir ninguna situación conflictiva concreta. Que, por lo contrario, el acto jurisdiccional tiene como objetivo primordial la solución jurídica de una controversia, solución en la que «se dice el derecho» entre los contendientes o sujetos del conflicto o cuestión contenciosa, locución de la que deriva el calificativo «jurisdiccional».

Además, «... entre el acto Legislativo, el acto administrativo y el acto jurisdiccional median nítidas diferencias, mismas que se proyectan a las funciones o «Poderes» respectivos del Estado, Ahora bien, «la división o separación de Poderes»... sustancialmente y con propiedad jurídica entraña la distribución de dichas funciones entre diferentes grupos de órganos estatales a efecto de que opere, entre ellos, el sistema de equilibrio o de frenos y contrapesos que caracteriza al régimen democrático.

De las anteriores consideraciones se desprende la conclusión de que el Poder Ejecutivo, también llamado administrativo, implica la función pública que se traduce en múltiples y diversos actos de autoridad de carácter concreto, particular e individualizado, sin que su motivación y finalidad estriben, respectivamente, en la preexistencia de un conflicto, controversia o cuestión contenciosa de índole jurídica, ni en la solución correspondiente.

Sin embargo, los autores mexicanos de derecho constitucional sostienen que el principio de «división o separación de Poderes» no es rígido ni inflexible, pues, se dice, admite temperamentos y excepciones.

Que según estas modalidades, las tres funciones en que se manifiesta el Poder público del Estado, que es unitario, no se depositan exclusiva ni excluyentemente en los órganos estatales que sean formalmente Legislativos, administrativos o Judiciales. Que tales órganos, independientemente de su naturaleza formal, pueden desempeñar funciones que no corresponden a su respectiva índole. Así, por virtud de los citados temperamentos o excepciones, que deben estar consignados en la Constitución, puede estar ubicado un tribunal dentro del ámbito del Poder Ejecutivo, como ocurre actualmente con

el Tribunal Fiscal de la Federación y, en general, con los tribunales contencioso administrativos locales.

IV. La Garantía de Audiencia

El artículo 14 constitucional, establece la garantía de audiencia, que se integra con cuatro garantías específicas, de seguridad jurídica, necesariamente concurrentes y que son: el juicio previo a la privación; que dicho juicio se siga ante tribunales establecidos con antelación; que en el mismo se observen las formalidades procesales esenciales, y que el hecho que diere origen al citado juicio se regule por leyes vigentes con anterioridad.¹⁵

La primera de las mencionadas garantías se comprende en la expresión mediante juicio inserta en el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución. El concepto de «juicio», equivale a la idea de procedimiento, es decir, de una secuela de actos concatenados entre sí afectos a un fin común que les proporciona unidad. Ese fin estriba en la realización del acto jurisdiccional por excelencia, o sea, en una resolución que establezca la dicción del derecho en el conflicto jurídico que origina el procedimiento. El concepto de «juicio» empleado en el artículo 14 constitucional, segundo párrafo, es denotativo de función jurisdiccional.¹⁶

Aunque hay procedimientos que pueden sustanciarse ante autoridad administrativa, los juicios necesariamente deben sustanciarse ante autoridades formal y materialmente judiciales.

Una autoridad es formal y materialmente jurisdiccional, cuando su actuación principal estriba en decir el derecho y pertenezca al Poder Judicial local o federal.¹⁷

El juicio de que habla el artículo 14 constitucional en su segundo párrafo solo puede desenvolverse válidamente ante autoridades judiciales que lo sean formal o materialmente hablando.

¹⁵ Burgoa, Ignacio, «Las Garantías Individuales», Ed. Porrúa, México, 1993, pág. 537 y 548

¹⁶ Op. Cit. Pág. 549

¹⁷ Ibidem, pág. 550

A través de la segunda garantía específica de seguridad jurídica que concurre en la integración de la audiencia, el juicio debe seguirse ante tribunales previamente establecidos. Esta exigencia corrobora la garantía implicada en el artículo 13 constitucional, en el sentido de que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales.¹⁸

La tercera garantía específica integrante de la audiencia consiste en que el juicio previo al acto de privación deben cumplirse las formalidades procesales esenciales.

Las formalidades mencionadas encuentran su razón de ser en la propia naturaleza de todo procedimiento en el que se desarrolle una función jurisdiccional, esto es, en el que se pretenda resolver un conflicto jurídico.

La decisión de un conflicto jurídico impone la inaplazable necesidad de conocer éste, y para que el tribunal tenga real y verdadero conocimiento del mismo, se requiere que el sujeto que lo promueve manifieste sus pretensiones. La autoridad que va a dirimir dicho conflicto, tiene como obligación ineludible, inherente a toda función jurisdiccional, la de otorgar la oportunidad de defensa para que la persona que vaya a ser víctima de un acto de privación externe sus pretensiones opositoras al mismo. Es por ello por lo que cualquier ordenamiento adjetivo, bien sea civil, penal o administrativo, que regula la función jurisdiccional debe necesariamente estatuir la mencionada oportunidad de defensa u oposición.

Como toda resolución jurisdiccional debe decir el derecho en un conflicto jurídico apegándose a la verdad o realidad, y no bastando para ello la sola formación de la controversia (*litis* en sentido judicial) mediante la formulación de la oposición del presunto afectado, es menester que a éste se le conceda la oportunidad de probar los hechos en los que finque sus pretensiones opositoras (oportunidad probatoria). Pero además, debe tener oportunidad de intervenir en igualdad de condiciones con su contraria, en lo que se refiere al ofrecimiento y desahogo de las pruebas de la otra parte.

¹⁸ Ibid, pág. 555

En sentido inverso, si una ley procesal sólo consigna como formalidad una de tales oportunidades, indiscutiblemente tendrá el vicio de inconstitucionalidad al auspiciar una privación sin establecer la concurrencia necesaria de ambas ocasiones indispensables para la debida culminación de la función multicitada.

La oportunidad probatoria, se manifiesta en diferentes elementos del procedimiento, tales como la audiencia o la dilación probatorios, así como en todas las reglas que conciernen al ofrecimiento, rendición o desahogo y valoración de probanzas.¹⁹

La cuarta garantía específica de seguridad jurídica que configura la de audiencia estriba en que el fallo o resolución culminatoria del juicio o procedimiento, en que se desarrolle la función jurisdiccional, deba pronunciarse conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho que constituya la causa eficiente de la privación. Esta garantía específica corrobora la contenida en el párrafo primero del artículo 14 constitucional, o sea, la de la no retroactividad legal y, por tanto, opera respecto a las normas sustantivas que deban aplicarse para decir el derecho en el conflicto jurídico.²⁰

V. El Sistema Político Mexicano

A partir de que el presidente Lázaro Cárdenas resolvió su conflicto con el expresidente Plutarco Elías Calles, enviándolo al exilio en 1935, el sistema político mexicano giró alrededor de dos ejes complementarios: un partido político hegemónico cuyo jefe real era el presidente de la república (quien nombraba libremente al Comité Ejecutivo Nacional), lo cual le permitía designar a gobernadores, legisladores federales y los principales presidentes municipales, con lo que tenía en sus manos al Congreso de la Unión. El sistema federal se deterioró porque los gobernadores eran funcionarios de confianza del presidente. Al no tener ningún contrapeso en el Senado, el presidente nombraba con libertad a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y estos aceptaban la «sugerencia» presidencial acerca de quién debía presidir la Corte.²¹

¹⁹ Op.. Cit.. pág. 556 y 557

²⁰ Ibidem, pág. 558

²¹ Carpizo, Jorge, «Estudios constitucionales», Ed. Porrúa y UNAM. México, 1991, pág. 319 y 5.5

El partido hegemónico se integraba por sectores, y las principales organizaciones laborales, campesinas y populares pertenecían a él: sus líderes eran parte de la elite política y su obediencia se premiaba con gubernaturas, senadurías, diputaciones y magistraturas. La vida política estaba cercana a la paz de los sepulcros, especialmente cuando el presidencialismo mexicano alcanzó su máximo esplendor.²²

Los gobernadores reproducían en sus entidades el esquema presidencial.

La pobreza de amplios sectores de la sociedad fue creciendo, entre otras causas, por las crisis económicas recurrentes. La gran desigualdad social que siempre ha existido se profundizó, de manera que los ricos cada vez fueron menos y más ricos y los pobres fueron más y más pobres.²³

La permanencia en el Poder de un solo partido y el hecho de que durante tantos años la alternancia política no era posible, trajeron consigo corrupción e impunidad que crecieron terriblemente e invadieron todos los rincones del país.

Desde el presidente municipal de un pueblo pequeño hasta el presidente de la república, sabían que su sucesor, por regla general los protegería como salvaguarda del sistema y del partido político hegemónico. Esa era una de las reglas fundamentales del sistema.²⁴

La corrupción tenía un amplio margen de tolerancia social, porque mucha gente esperaba que le tocara su turno. Se robaban el presupuesto, pero también se realizaban negocios aprovechándose del cargo; al dejarlo se tenía frecuentemente una fortuna ilícita que podía ser inmensa. A los que no aprovechaban la oportunidad se les consideraba tontos y, normalmente, enemigos potenciales.²⁵

²² Carpizo, Jorge, «Anatomía de perversidades», Ed. Nuevo Siglo-Aguilar, México 2000, pág. 83.

²³ Op. Cit. pág. 84

²⁴ Carpizo, Jorge, «Anatomía de perversidades», Ed. Nuevo Siglo-Aguilar, México 2000, pág. 84

²⁵ Op. Cit. pág. 84

En esa época se acuñó la frase de que un político pobre era un pobre político.

La corrupción fue permeando a otras capas sociales: los empresarios que hacían negocios con el gobierno; los dueños de medios de comunicación que obtenían beneficios indebidos de diversa índole; los comunicadores que recibían «chayotes»; los líderes sindicales que aceptaban sobornos de los patrones y que se convertían en contratistas; los ciudadanos que preferían dar «mordida» al policía o al burócrata, a pagar una multa y realizar normalmente un trámite, los jueces que fueron comprados por una de las partes en el juicio, etcétera. Así, la corrupción y la impunidad se fueron extendiendo y haciéndose más grandes en la seguridad de que nada pasaría.²⁶

Como bien se ha dicho, el presidente de la república tenía un Poder casi absoluto, con pocos límites, sin el equilibrio real de los otros dos Poderes y sin la posibilidad de alternancia en el Poder.²⁷

Los graves fenómenos de corrupción e impunidad avanzaron hasta los estratos más altos de la política, del empresariado, de las finanzas, de los medios de comunicación masiva, debido a que el Poder no tenía contrapesos, entre ellos el de la posibilidad de la alternancia.²⁸

VI. La Crisis Derivada del Sistema Político

Es evidente el crecimiento expansivo de la ilegalidad en la vida pública de México que ha afectado en general a los sectores político, empresarial, al sistema bancario y, al mismo tiempo, a extensas capas de población ligadas al mundo de la política por tupidas redes clientelares, por conveniencia o incluso solo por resignación, en la práctica de la corrupción. Así, tras la fachada del Estado de derecho, se ha desarrollado un infra-Estado clandestino, con sus propios códigos y sus propios impuestos, organizado en centros de Poder semiocultos, en contradicción con todos los principios de la democracia, desde el de legalidad al de publicidad y transparencia, del de

²⁶ Ibidem, pág. 84 y 85

²⁷ Ibid, pág. 85

²⁸ Ibid, pág. 85

representatividad a los de responsabilidad política y control popular del funcionamiento del Poder.²⁹

Dicha situación ha dado lugar a una demanda social de legalidad que se va fortaleciendo. A pesar de su difusión social y su arraigo, el conocimiento de la ilegalidad de los Poderes públicos en la impresionante extensión de sus verdaderas dimensiones ha traído como consecuencia la pérdida de toda legitimación política del partido que gobernó el país durante 71 años, lo que le costó que el 2 de julio del 2000 perdiera la elección presidencial.³⁰

El caso mexicano representa un caso patológico, pero constituye un problema común de los Estados contemporáneos, generado, por una parte, por la masiva expansión de sus funciones en la vida social y económica, y de los correlativos espacios de discrecionalidad y, por otra, de la reducción de la capacidad regulatoria del derecho, la inadecuación y la falta de efectividad de sus técnicas de garantías y por la tendencia del Poder político a liberarse de los controles jurídicos, y a desplazarse a sedes invisibles y extra constitucionales.³¹

Esta crisis del derecho se ve agravada por la inflación legislativa y por la inestabilidad de la ley, que es frecuentemente modificada, lo que produce una creciente falta de certeza que favorece la adicción a la ilegalidad, que es a veces inevitable en ese contexto.

Efectivamente la inflación de la ley da origen a una creciente falta de certeza, oscuridad y dificultad de conocimiento del derecho que favorece la adicción a la ilegalidad y resta credibilidad y eficacia a la aplicación del derecho y ofrece, en consecuencia, el mejor caldo de cultivo a la corrupción y a la arbitrariedad, lo que reduce la efectividad de las garantías individuales y erosiona junto con éstas los fundamentos axiológicos del servicio público.³²

²⁹ Ibid, pág. 85

³⁰ Ferrajoli, Luigi, «Derecho y Razón», Ed. Trotta, Madrid 2000, pág. 9

³¹ Op. Cit. pág. 9 y 104 Ibidem, pág. 10

³² Ferrajoli, Luigi, «Derecho y Razón», Ed. Trotta, Madrid 2000, pág. 10

La propuesta que hacemos en este trabajo pretende ser una contribución a la reflexión sobre las alternativas democráticas a esta crisis que sacude simultáneamente a la razón jurídica y al Estado de derecho. La hipótesis teórica en que se basa es la existencia de un nexo indisoluble entre garantía de los derechos fundamentales, división de Poderes y democracia.³³

Creemos firmemente que sólo la radicalización en la aplicación de los principios constitucionales, en especial los de división de Poderes y de responsabilidad efectiva de los servidores públicos, puede garantizar el respeto integral de los derechos fundamentales del hombre y el avance de nuestra naciente democracia. Sólo así se puede conjugar garantismo, eficiencia y certeza jurídica. En fin, sólo un efectivo pluralismo institucional y una rígida separación de Poderes pueden garantizar la rehabilitación de la legalidad en la esfera pública según el paradigma del Estado democrático de derecho.³⁴

En México debe lograrse un cambio radical en materia de justicia que rompa con nuestra tradicional realidad, fortaleciendo la completa integración institucional del Poder Judicial con todos los órganos que imparten justicia y dándole una plena autonomía, pero estableciendo un sistema rígido de responsabilidad.³⁵

La primacía de la Constitución como sistema de límites y de vínculos para todas las autoridades, contra las recurrentes tentaciones de subvertirio, debe fortalecerse poniendo las reglas constitucionales fuera de manos de mayorías históricamente obedientes al Presidente de la República; esto debe reconocerse como una dimensión esencial de la democracia, no menos, e incluso más importante que su dimensión político-electoral.³⁶

En virtud a ese principio sustancial, el derecho debe vincular a los Poderes públicos no solo en lo relativo a la forma de su ejercicio, o sea, a los procesos de toma de decisiones, sino también a su sustancia, es decir, en lo que se refiere a los contenidos que las decisiones no deben o deben tener. Estos vínculos de sustancial

³³ Op. Cit. pág. 10

³⁴ Ibidem, pág. 10 y 11

³⁵ Ibid, pág. 10

³⁶ Ferrajoli, Luigi, «Derecho y Razón», Ed. Trotta, Madrid 2000, pág. 10

no son otra cosa que las garantías de los derechos fundamentales, desde los derechos de libertad hasta los derechos sociales, cuya estipulación ha introducido en la estructura misma del principio de legalidad propio del actual estado constitucional del derecho, una racionalidad sustancial que se ha añadido a la racionalidad formal basada en la omnipotencia del legislador de mayoría.³⁷

La división de Poderes y la independencia de la magistratura, que en su formulación clásica descansaba en el principio liberal de que todo Poder, si no resulta limitado por otros Poderes, tiende a convertirse en absoluto, resulta así anclado a un fundamento ulterior que puede denominarse «democrático sustancial»; la igualdad de los ciudadanos y de los derechos fundamentales de todos. De ahí podemos sostener que la crisis mexicana del derecho muestra la degeneración de la democracia que proviene de la carencia de una real división de Poderes y del extravío del principio de legalidad; así como de la insuficiencia de límites y de control de la legalidad del Poder ejercido por una judicatura independiente.³⁸

VII. Los Tribunales Administrativos

1.- El nacimiento del tribunal administrativo en Francia.

Los tribunales administrativos nacen en Francia debido a una desconfianza coyuntural hacia la actitud de los tribunales, porque se pensó que los tribunales Judiciales se opondrían a las profundas reformas administrativa y financiera que pretendía realizar la triunfante revolución francesa, la que temía el criterio conservador de los tribunales, a los que consideraba antirrevolucionarios.³⁹

2.- Los tribunales administrativos en México

En la época colonial, las Audiencias Reales de las Indias tenían competencia para conocer las reclamaciones de los particulares contra actos o decretos del virrey o de los gobernadores; las resoluciones de las audiencias podían

³⁷ Op, Cit. pág. 12

³⁸ Ibidem, pág. 12

³⁹ Carpizo, Jorge, «Estudios Constitucionales», Ed. Porrúa y UNAM, México 1991, pág.177

confirmar o revocar tales actos, pero el virrey o los gobernadores podían inconformarse contra tales fallos ante el Real Consejo de Indias.⁴⁰

La Real Ordenanza para el Establecimiento e Instrucción de Intendentes de Ejército y provincias en el reino de la Nueva España de 1786, creó la Junta Superior de Hacienda como corte de apelación especial que resolvía los litigios sobre rentas o en los que estuviera interesado el Real Erario.⁴¹

Ya en el México Independiente, el artículo 12 de la quinta ley constitucional de 1836, en sus fracciones VI y XX otorgó competencia a la Corte Suprema de Justicia para conocer de las disputas judiciales que se promovieran sobre contratos o negociaciones celebradas por el supremo gobierno o por su orden expresa de los asuntos contenciosos al patronato de que goza la nación.⁴²

En 1847 se creó el amparo, por medio del cual se controló judicialmente a la administración.⁴³

Las Bases para la Administración de la República de 1853 crearon un Consejo de Estado en el artículo 1° de la sección segunda, que tendría funciones en relación con los diversos ministerios gubernativos.⁴⁴

La ley para el arreglo de lo contencioso administrativo y su reglamento de mayo de 1853, redactadas por Teodosio Lares, le dieron al Consejo de Estado la función de tribunal administrativo de justicia retenida, similar al Consejo de Estado francés anterior a la ley de mayo de 1872.⁴⁵

El artículo primero de la Ley Lares estableció que no correspondía a la autoridad Judicial el conocimiento de las cuestiones

⁴⁰ Op. Cit. pág. 179

⁴¹ Ibidem, pág. 179

⁴² Ibid, pág. 179

⁴³ Carpizo, Jorge, «Estudios Constitucionales», Ed. Porrúa y UNAM, México 1991, pág.177

⁴⁴ Op. Cit, pág. 179 y 180

⁴⁵ Ibidem, pág. 180

administrativas, precisando en el artículo segundo cuáles eran esas cuestiones administrativas. En el artículo cuarto se estableció una sección de lo contencioso administrativo en el Consejo de Estado, integrado por cinco consejeros nombrados por el Presidente de la República. Esta sección del Consejo de Estado era competente para conocer en primer instancia de las controversias de lo contencioso administrativo sus decisiones podían ser revisadas por el Consejo de Ministros.⁴⁶

La Ley Lares tuvo corta vida porque el 21 de noviembre de 1855 se abolieron las normas sobre administración de justicia expedidas a partir de 1852.⁴⁷

El presidente Lázaro Cárdenas, el 27 de agosto de 1936, promulgó la ley de Justicia Fiscal, que creaba el Tribunal Fiscal de la Federación.⁴⁸

En esa época no existía base constitucional para fundar el Tribunal Fiscal de la Federación, pero el artículo 104 de la Constitución se reformó el 31 de diciembre de 1946 para que su fracción 1 quedara de la siguiente manera:

«En los juicios en que la federación está interesada las leyes podrán establecer recursos ante la Suprema Corte de Justicia contra las sentencias de segunda instancia o contra las de tribunales administrativos creados por la ley federal, siempre que dichos tribunales estén dotados de plena autonomía para dictar sus fallos».⁴⁹

La fracción 1 del artículo 104 constitucional se reformó de nuevo el 25 de octubre de 1967, para entrar en vigor el 28 de octubre de 1968, y en ella se estableció:

«Las leyes federales podrán instituir tribunales de lo contencioso administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos que tengan a su cargo dirimir controversias que se susciten entre la administración pública federal o del Distrito y Terri-

⁴⁶ Ibid, pág. 180

⁴⁷ Ibid, pág. 180

⁴⁸ Ibid, pág. 180

⁴⁹ Carpizo, Jorge, «Estudios Constitucionales», Ed. Porrúa y UNAM, México 1991. pág. 185 y 186

torios Federales y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones.

Procederá el recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación contra las resoluciones definitivas de dichos tribunales administrativos, solo en los casos que señalen las leyes federales, y siempre que esas resoluciones hayan sido dictadas como consecuencia de un recurso interpuesto dentro de la jurisdicción contencioso administrativa». ⁵⁰

Finalmente, el 29 de julio de 1987 se adicionó el artículo 73 constitucional con la fracción XXIX—H, que estableció:

«El Congreso tiene facultad para expedir leyes que instituyan tribunales de lo contencioso administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, y que tengan a su cargo dirimir controversias que se susciten entre la Administración Pública Federal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones».

El mismo decreto adicionó al artículo 104 la fracción 1—B y establece que:

Corresponde a los Tribunales de la Federación, conocer de los recursos que se interpongan contra las resoluciones definitivas de los tribunales contencioso administrativas a que se refieren la fracción XXIX del artículo 73 y la fracción IV, inciso e) del artículo 122 de la constitución, solo en los casos que señalen las leyes.

Por otra parte, en la fracción V del artículo 116 constitucional, se estableció que:

Las constituciones y leyes de los Estados podrán instituir tribunales de lo contencioso administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública

⁵⁰ Ibid, pág. 186

estatal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones.

A su vez, respecto del Distrito Federal, el artículo 122, inciso «C», base Quinta, previene que:

Existirá un tribunal de lo contencioso administrativo, que tendrá plena autonomía para dirimir las controversias entre los particulares y las autoridades de la Administración Pública local del Distrito Federal. Se determinarán las normas para su integración y atribuciones, mismas que serán desarrolladas por su ley orgánica.

VIII. Ubicación del Contencioso Administrativo Dentro del Poder Judicial

Esta pretende ser una convocatoria a la reflexión sobre los ideales morales que deben inspirar el derecho constitucional de México como nación civilizada y como país democrático; sobre la coherencia lógica que debe haber entre el todo y sus partes, entre el principio normativo superior de la división de Poderes y otras normas, aunque constitucionales, que lo contradicen, con lo que se pierde la unidad del sistema.

Recordemos que el constitucionalismo tiene como fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas de ejercicio arbitrario del Poder.

Ahora bien, la gran antítesis que domina toda la historia humana se da entre la libertad y el Poder, porque cuanto mayor es la libertad tanto menor es el Poder y viceversa, de ahí que sea buena toda solución que amplíe la esfera de la libertad y restrinja la del Poder, es decir, el Poder debe ser limitado a fin de permitir a cada uno gozar de la máxima libertad compatible con la igual libertad de todos los demás.⁵¹

La antítesis libertad-Poder da origen a todas las restantes; entre garantismo y decisionismo, y continuando con todas las que

⁵¹ Bobbio, Norberto y Matteucci, Nicola, Diccionario de Política, Siglo XXI Editores, México 1984, Vol. I, Prólogo, pág. 14

tienen conexión con ella: gobierno de los hombres y gobierno de leyes; entendiendo por éste tanto gobierno *sub lege* como *per lege*, con la ulterior distinción, fundamental, entre mera legalidad y estricta legalidad; Estado de derecho frente a Estado absoluto o despótico, formalismo frente a sustancialismo, el derecho del más débil frente al derecho del más fuerte, en pocas palabras, certeza frente a arbitrariedad.⁵²

Desde el punto de vista de la epistemología, podemos sostener que falta racionalidad a la decisión política de otorgar al Ejecutivo facultades jurisdiccionales, entre ellas, en materia fiscal y administrativa.

Tal decisión está fundada en el autoritarismo y la arbitrariedad, es decir en el abuso del Poder, pero no tiene un fundamento cognoscitivo que es el rango constitutivo del constitucionalismo y de sus principios, la soberanía popular, el garantismo, la división de Poderes, el Estado de derecho, el gobierno limitado y la democracia, que constituyen elementos de un sistema de minimización del Poder y de maximización del saber jurídico en cuanto condiciona la validez de las decisiones políticas a la razonabilidad controlable de sus motivaciones.⁵³

El modelo de división de Poderes que precisa el constitucionalismo ha de servir de criterio de valoración de la situación actual en el país, lo que nos permitirá juzgar hasta que punto la realidad mexicana esté lejos del modelo y cuáles son sus partes enfermas.⁵⁴

El modelo de división de Poderes debe ser entendido no solo como condición de la existencia del Estado liberal protector de los derechos del hombre, en general, y, en especial, de los derechos de libertad; también ha de interpretarse como una filosofía política que funda el Estado sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos, y que precisamente del reconocimiento y de la efectiva protección de esos derechos extrae su legitimidad.⁵⁵

⁵² Bobbio, Norberto, Op. Cit., Prólogo, pág. 14

⁵³ Ferrajoli, Luigi, «Derecho y Razón», Ed. Trotta, Madrid 2000, pág. 22

⁵⁴ Ferrajoli, Luigi, Op. Cit., pág. 16

⁵⁵ Bobbio, Norberto, Diccionario de Política, Siglo XXI Editores, México 1984, Vol. I, Prólogo, pág. 16

En efecto el principio de división de Poderes fue concebido y justificado por la filosofía jurídica como la técnica racionalmente más idónea para maximizar la libertad y minimizar la arbitrariedad.

El artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que «El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación...».

No obstante, en el contexto jurídico político de nuestro país, dentro del ámbito del Poder Ejecutivo Federal se encuentran ubicados los Tribunales Laborales Burocráticos, los Tribunales Agrarios y el Tribunal Fiscal de la Federación; pero también hay órganos administrativos que tienen a su cargo «juzgar» y «sentenciar» a penas de prisión a los menores de edad que han cometido delitos; asimismo, hay otros órganos administrativos que están facultados para modificar las sentencias dictadas por los jueces penales, reduciendo las condenas impuestas a los reos a los que conceden preliberaciones.

Todo ello, a mi parecer constituye una clara violación del principio de división de Poderes. En efecto, se da una evidente antinomia entre dicho principio constitucional y los órganos con facultades jurisdiccionales ubicados dentro del Poder Ejecutivo, aunque haya normas legales e incluso constitucionales que lo autoricen.

Debe tomarse en cuenta que la división de Poderes constituye no solo un principio de organización política sino un valor axiológico fundamental que debe cimentar un sistema congruente.

Ahora bien, tratándose en particular del Tribunal Fiscal de la Federación, su inclusión dentro del Poder Ejecutivo constituyó una imitación extralógica, porque en México, en el momento de su creación no se daban las circunstancias políticas que privaban al triunfo de la revolución francesa; en efecto, habían pasado ya varios años de la revolución mexicana, no se daba la desconfianza del Ejecutivo hacia la actitud de los tribunales, y el gobierno no consideraba a estos como antirrevolucionarios.

La justificación podríamos encontrarla, por una parte, en que se pretendió aprovechar el gran prestigio del Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Y, por otra, en que al Presidente le resultaba más aceptable la idea de acrecentar las facultades del Ejecutivo.

Sin embargo, debemos aprovechar el resultado del 2 de julio de 2000, para limitar las facultades del Ejecutivo a las de administración y conducción política quitándole todas las facultades jurisdiccionales para trasladarlas al Poder Judicial, a fin de darle plena vigencia al principio de división de Poderes.

Debe tomarse en cuenta que por el resultado de las últimas elecciones presidenciales, y de las dos más recientes elecciones al Congreso Federal, el actual Presidente de la República ya no es ni el jefe del partido hegemónico ni tiene una mayoría controlable en el Congreso.

En estas circunstancias será más fácil acotar al presidencialismo, máxime que el Presidente Lic. Vicente Fox se ha manifestado partidario de la idea. Además, el Presidente Fox ha reiterado en múltiples ocasiones que debe acabarse con la corrupción y la impunidad.

Es decir, estamos en óptimas condiciones para que la división de Poderes regrese a sus cauces ortodoxos, sin temperamentos ni excepciones, por lo que podría alcanzarse lo que en Europa se ha denominado «unicidad» o unidad de la jurisdicción, es decir, a la completa integración de todas las facultades jurisdiccionales dentro del Poder Judicial.

La integración del Tribunal Fiscal de la Federación en el Poder Judicial de la Federación no implicaría ningún perjuicio; es decir habría que mantener y mejorar la especialización de los juzgadores, mantener la especialización en la materia tributaria y crear una verdadera especialización en materia administrativa.

Esto permitiría fortalecer funcionalmente al Tribunal, convirtiéndolo en un verdadero tribunal administrativo y fiscal federal con dos áreas especializadas, una fiscal y otra administrativa.

Pero también habría que fortalecerle orgánicamente, convirtiéndolo en un tribunal de triple instancia -primera instancia- apelación y casación con ello, se evitaría la queja tan frecuente de litigantes y magistrados de que por una parte falta una verdadera segunda instancia y por otra, que los asuntos que son resueltos por los especialistas del Tribunal Fiscal, son revisados en amparos por magistrados federales con menor grado de especialización.

De esta manera se lograría también una completa simetría entre las partes en litigio, de cuya falta se queja frecuentemente la Secretaría de Hacienda, incorporar al tribunal Fiscal de la Federación no tendría porque destruir toda la tradición y el prestigio ganado por dicho tribunal; creo que seríamos muchos los mexicanos que cuidaríamos celosamente que el Tribunal Fiscal no se debilitara sino que se fortaleciera dentro del ámbito del Poder Judicial de la Federación.

Además, podría lograrse una mayor neutralidad en el nombramiento de magistrados; asimismo podría crearse un verdadero servicio civil de carrera o carrera Judicial para el tribunal.