

## FACULTADES DISCRECIONALES DEL PODER EJECUTIVO, SEGÚN LA CONSTITUCIÓN

Aurora ARNAIZ AMIGO

### 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Comencemos fijando las acepciones de algunos términos o vocablos básicos, como son la del poder político, al que consideramos un poder político jurídicamente organizado.

Es fundamental fijar las diferencias entre representación política y mandato. Así, para el primero nos atenemos al artículo 39 constitucional que declara que la soberanía reside esencial y originalmente en el pueblo; que todo poder público emana de él, quien tiene el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno, artículo cuyo último párrafo posiblemente amerite su reforma en los términos de incluir: "alterar o modificar las reformas políticas de Estado y de gobierno". Y así, fijamos seguidamente que las formas políticas de Estado se refieren a como se integran los elementos constitutivos del mismo: pueblo, territorio y poder político supremos. Es decir, se refiere a la existencia ya sea del Estado unitario simple centralista, cuyas tipologías son fáciles de captar porque conllevan una teoría general, contrariamente a las formas compuestas de estados, difíciles de obtener una tipología general, ya sea de la Confederación de Estados, de los Estados Unidos o de la forma federal, porque en la práctica las formas compuestas de estados son muy peculiares en cada país y, en consecuencia, es dificultoso presentar una teoría general tipológica.

Lo que queda muy claro del artículo 39, es que la soberanía nacional reside en el pueblo, y el adjetivo esencial como el adverbio originalmente, implican que el concepto de la soberanía no es una categoría histórica, sino una esencia que origina tanto las formas de Estado como las de gobierno. En consecuencia, el poder constituyente que elabora una nueva constitución tiene el amplio concepto de representar al pueblo en su misión de transformar los principios generales, o sea la consuetudo-jurídica en la ley fundamental del pueblo y del Estado.

De aquí que tan solo el poder constituyente actúe como representante del pueblo representado; una vez elaborada la Constitución los funcionarios están en el poder pero no son el poder, como atinadamente expresa Herman Heller; son pues mandatarios del mandante pueblo, y deberán ser obedecidos en tanto actúen en el marco de la Constitución; en consecuencia, los gobernados tienen la obligación de obediencia a los poderes públicos.

El poder discrecional de acuerdo con la doctrina y como comprobaremos con el análisis de la Constitución mexicana vigente, es un poder legal y legítimo, no arbitrario, y que si bien podemos considerarlo una facultad extraordinaria, que en su caso tiene el Poder Ejecutivo, sin embargo, la facultad discrecional presenta caracteres diferenciales.

Se ha dicho que sin duda el problema de la discrecionalidad es uno de los más difíciles que encuentra el jurista especializado en el derecho constitucional.<sup>1</sup> Y también lo es para el politólogo.

Considera Miguel Ángel Bercaitz que las facultades discrecionales reconocidas en la Constitución, presentan como primer fundamento el administrativo, ya que deben de estar normadas por la Constitución, así como por sus leyes orgánicas y estatutos públicos. Lo que sí es fundamental en la facultad discrecional es su reconocimiento preciso y concreto en la Norma Fundamental, ya que dicha autorización es fundamental en el señalamiento de la autoridad competente. Se trata de la facultad de poder decidir o no decidir frente a un caso concreto. De aquí que Hauriov haya afirmado “no hay acto discrecional; hay un cierto poder discrecional de la administración que se encuentra más o menos en todos los actos”,<sup>2</sup> afirmación un tanto confusa, porque sabido es que el funcionario público en cualquiera de los niveles de su puesto, puede ser pasivo o activo en la toma de decisiones, pero lo que diferencia a esta situación de las facultades discrecionales es que la propia Constitución declara la libertad del jefe del Poder Ejecutivo para actuar o no. Se trata de una decisión opcional.

La doctrina francesa es amplia en la precisión de las facultades discrecionales de las autoridades políticas. En una interpretación amplia señala que todo acto administrativo puede ser considerado poder discrecional “cuando el control discrecional resulta inadmisibles, ya que... la doctrina moderna ha superado el tabú de que los actos administrativos dictados en ejercicio de facultades discrecionales no se encuentran sujetos a control constitucional.”<sup>3</sup>

Por razones de espacio nos vemos precisados a no ahondar en las denominadas teorías de los motivos y la del interés de actuar por parte de la administración, pero sí nos interesa señalar que la redacción de una facultad discrecional consti-

1 Bercaitz, Miguel Ángel, *Anuario del Instituto de Derecho Público*, año 1949, t. 9., p. 431, según nota bibliográfica al calce en la Enciclopedia Política Omeba, Buenos Aires, 1981, tomo XI, p. 807.

2 *Ibid.*, p. 809.

3 *Ibidem.*

tucional obliga a usar el término *podrá*, es decir, la autoridad competente puede o no tomar la determinación de actuar o no actuar mientras que la diferencia de una obligación de autoridad no figura la opción sino que los verbos están redactados en el tiempo imperativo. Es un tener que hacer ante el caso concreto. De aquí que, básicamente, las facultades discrecionales de los altos poderes políticos impliquen un acto administrativo. Y aquí, también, que la doctrina francesa ya hoy clásica, perteneciente a los tratadistas de principio de nuestro siglo consideren que los actos administrativos no son materia de revisión jurisdiccional, puesto que no existe el fundamento de un derecho subjetivo. Pero autores como Laferriere rectifican a Michoud al defender que “contra los actos dictados en ejercicio del poder discrecional se pueden invocar siempre los agravios de incompetencia, el vicio de forma y también la desviación de poder”.<sup>4</sup>

Partiendo de que toda la actividad administrativa es legal, y teniendo las facultades discrecionales un fundamento administrativo sin la menor duda, corresponde a la autoridad que en un caso concreto actúa de acuerdo con la facultad discrecional observar “las normas legales de competencia y de forma, y realizar el acto según el fin de la ley”.<sup>5</sup>

Posiblemente, de las posiciones doctrinarias que venimos manejando, sea un buen comodín analizar dichos actos a la luz de los conceptos de competencia y de forma fundamentados en una atribución optativa legal.

Siguiendo con el análisis del poder discrecional nos preguntamos sobre quien lo otorga. Sin duda, de acuerdo con el artículo 39, el pueblo, o sea su representante como poder constituyente dedicado a elaborar una constitución.

Pero ¿cuándo las atribuciones del jefe del Ejecutivo son administrativas y cuándo políticas? O lo que es lo mismo ¿cuándo un actuar en los altos titulares de los tres poderes, a saber Ejecutivo, Legislativo y Judicial, es discrecional ante el caso concreto? Hay dos artículos muy precisos en la Constitución mexicana vigente relacionados con el interrogante que acabamos de hacer; son los artículos 29, 33 y posiblemente, el 131. El primero pone el punto final a la parte dogmático-declarativa de la Constitución mexicana vigente. Se trata de la facultad que la Constitución reconoce al presidente de los Estados Unidos Mexicanos, quien

podrá suspender en todo el país o en lugar determinado, las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo.

Previamente, en el comienzo del artículo hay un control jurisdiccional sobre la decisión presidencial, puesto que si bien podrá suspender las garantías cuya

4 *Ibid.*, p. 815.

5 Bielsa, administrativista citado por Miguel Ángel Bercaitz, *ob. cit.*, p. 815.

suspensión está motivada para hacer frente rápida y fácilmente a la situación, el presidente de los Estados Unidos Mexicanos habrá de decidir “de acuerdo con los Titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso de la Unión, y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente”.

Por consiguiente si bien el jefe del Ejecutivo “podrá suspender...”, ello es así de acuerdo con las instituciones políticas (titulares de las secretarías de Estado) administrativas (departamentos administrativos), la Procuraduría General de la República (autoridad que representa a la sociedad política) y del Congreso de la Unión, o Comisión Permanente (autoridades legislativas), las cuales aprobarán o no la propuesta de autorización a la suspensión, pues se trata de un control jurisdiccional preciso a la propuesta presidencial. Sin embargo, la redacción final del artículo 29 implica un control jerárquico del Legislativo al declarar que “el Ejecutivo haga frente a la situación”.

Sobre el artículo 33, que tiene su antecedente en la Constitución mexicana de 1957, hacemos la consideración previa que es un artículo muy especial, peculiar y casi privativo del derecho constitucional mexicano a lo que nuestro modesto conocimiento alcanza. Dicho artículo limita la amplia afirmación del artículo 1º de la Constitución mexicana vigente y que a su vez tiene su antecedente histórico también en el artículo 1º de 1957. El artículo 1º declara que “en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.

Esta amplia afirmación del artículo 1º está limitada por el artículo 8º en el que quedan excluidos los extranjeros del derecho de petición en materia política, ya que en dicho artículo se afirma que “en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República”, párrafo que está relacionado directamente con el artículo 33, donde se afirma que “el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional inmediatamente y sin necesidad ni juicio previo a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente. Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país”.

En el vocablo “el Ejecutivo” se sobreentiende la referencia al jefe del Ejecutivo pero si se tiene en cuenta que en los regímenes presidenciales de nuestro continente, los términos de la alta dirección política, oficial, difieren del sistema parlamentario europeo, hemos de admitir que el Poder Ejecutivo se integra por el presidente de la República y sus colaboradores más allegados (artículo 90, el que amerita nueva redacción en lo relativo a las entidades paraestatales).

También en el artículo 33 en el señalamiento al Ejecutivo de la Unión se sobreentiende la referencia al jefe de este Poder. La cuestión convendría ser esclarecida. Para nosotros, los artículos 91, 92 y 93 implican la integración del

gobierno, en sus términos a las órdenes del jefe del Ejecutivo, en el marco constitucional.

En la redacción del artículo 33 se emplea el término “*tendrá*”, el que junto con el “*podrá*” implican, al menos en principio, la facultad discrecional del titular del Poder Ejecutivo. En la redacción vigente de este artículo hay una ampliación de la facultad discrecional del jefe del Ejecutivo de México en relación con su antecedente en la Constitución de 1957, ya que en ésta se menciona al extranjero pernicioso, mientras que en el artículo 33 vigente se acentúa la cualidad optativa presidencial con la afirmación de “a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente”.

Sabido es que la Constitución de 1857 es el antecedente directo del artículo 29 vigente. Concretamente y después de reñidas discusiones entre las diversas tendencias del Constituyente de 1857, en las que intervinieron los diputados Zarco, Arriaga, Degollado, Guzmán, Ignacio Ramírez, Villalobos y Vallarta, entre otros, por fin el artículo fue aprobado por unanimidad de los 81 diputados del Constituyente. Quedó aprobado en los siguientes términos:

Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías otorgadas en la sección 1ª, título 1º de la presente Constitución, salvo en todo caso la facultad que el gobierno tiene para expeler al extranjero pernicioso. Tienen obligación de contribuir para los gastos públicos, de la manera que dispongan las leyes, y de obedecer y respetar las instituciones, leyes y autoridades del país, sujetándose a los fallos y sentencias de los tribunales, sin poder intentar otros recursos, que los que las leyes conceden a los mexicanos.

El embrión de su antecedente remoto se encuentra en los *Elementos constitucionales* de López Rayón de 1811, cuyo punto 19 declara que: “todos los vecinos de fuera que favorezcan la libertad e independencia de la Nación, serán recibidos bajo la protección de las leyes”. Los artículos 15 y 16 de los Tratados de Córdoba de 1821, también guardan cierta relación, no demasiado precisa, con el artículo 33 de 1857, puesto que la redacción de los *Elementos constitucionales* como los artículos de referencia de los Tratados de Córdoba están en consonancia con la problemática política que vivía el país y muy especialmente relacionados con los españoles y europeos avecindados en Nueva España.

Asimismo, se considera como un tercer antecedente el Acta de Casamata de febrero de 1823 y que como la anterior está dirigida a los europeos y extranjeros quienes si no se oponen al sistema de libertad de la Nueva España serán protegidos en sus personas y en sus propiedades. Pero sin duda alguna el denominado cuarto antecedente <sup>6</sup> es el más preciso tanto de los anteriores como de los que siguen

<sup>6</sup> Véase, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, tomo V, pp. 33-14.

hasta llegar a 1957, puesto que sus artículos 1º al 7º, 15, 20 y 21 del Decreto de Expulsión del País a los Extranjeros de 1829, conmina a que se cumpla el artículo 26 de los Tratados de Córdoba para que abandonen el territorio nacional. Según su artículo 15, “la separación de los españoles del territorio de la República sólo durará mientras la España no reconozca nuestra independencia”.

En las Bases Constitucionales de 1835 se conmina a los transeúntes y habitantes del territorio mexicano a que respeten las leyes y religión del país y en justa reciprocidad la nación les reconocerá sus derechos de acuerdo con el Derecho de Gentes y el Internacional.

La segunda Constitución centralista conocida como las Siete Leyes de 1836, su artículo 12 coincide con el segundo ya mencionado de las Bases Constitucionales. En 1840 en el proyecto de reforma de los artículos 21 y 22 de las Siete Leyes se declara en el artículo 21 la protección a los extranjeros introducidos legalmente en la República como por ejemplo la referente a su persona y bienes de acuerdo con las leyes mexicanas y con los tratados de sus respectivas naciones; podrán adquirir propiedades en la República siempre y cuando primero se naturalicen mexicanos y respeten la religión y las leyes de la República.

El octavo antecedente del artículo que analizamos, presenta una redacción muy parecida a la del artículo 29 de 1857. Se trata del primer proyecto de Constitución Política de la República mexicana en sus artículos 8º, 11 y 13. Aun cuando en dicho proyecto se concede como primera obligación del extranjero respetar la religión que se profese en la República, en el noveno antecedente elaborado por la comisión constituyente de 1852, se declara “que una ley general arreglará la condición de los extranjeros”. Es de fecha 26 de agosto de 1842. A finales de este año en noviembre se insiste sobre la ley general que arregle la condición de los extranjeros.

En 1843 se sancionará la más importante Constitución centralista denominada Bases Orgánicas. Con anterioridad, en dos decretos del 19 y 23 de diciembre de 1842, respectivamente se especifica en su artículo 10 que “los extranjeros gozarán de los derechos que les conceden las leyes y sus distintos tratados”. El texto más cercano a 1857 es el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana del 20 de mayo de 1856, de redacción prolija donde se dan instrucciones al gobierno para fijar las diferencias de los extranjeros respecto de los ciudadanos mexicanos y por último en este rastreo que hemos empleado desde los antecedentes remotos a los inmediatos, tenemos el artículo 38 del proyecto de Constitución política de la República mexicana del 16 de junio de 1856, cuya relación es básica para comprender el ya antecedente inmediato de la Constitución de 1857 que hemos transcrito. Pero sin duda alguna, en el mensaje y proyecto de Constitución de Venustiano Carranza del 1º de diciembre de 1816 se respeta el artículo 33 de 1857 con la salvedad de que se omite el término pernicioso al declarar que,

El Ejecutivo de la unión tendrá *la facultad* exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional y sin necesidad de juicio previo a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente. Las determinaciones que el Ejecutivo dictare en uso de esta facultad, no tendrán recurso alguno. Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país; tampoco podrán adquirir en él bienes raíces, si no manifiestan antes, ante la Secretaría de Relaciones, que renuncian a su calidad de extranjero y a la protección de sus gobiernos en todo lo que a dichos bienes se refiere, quedando enteramente sujetos, respecto de ellos, a las leyes y autoridades de la Nación.

Luego es, en este mensaje y proyecto, cuando aparecen la facultad discrecional del Poder ejecutivo. Ya que todavía en el artículo 86 de las Bases Orgánicas de 1843 declara que son obligaciones del presidente: expeler de la República a los extranjeros no naturalizados perniciosos a ella.

De excepcional importancia para las facultades discrecionales del Poder Ejecutivo es el artículo 131. En él figura una tercera facultad discrecional del Poder Ejecutivo, en la que se declara: “el Ejecutivo *podrá ser* facultado por el Congreso de la Unión, para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación o importación expedidas por el propio Congreso”.

Si se analiza este párrafo se comprenderá que hay en él dos facultades discrecionales. La primera que podemos denominar como originaria pertenece al Congreso, ya que son las dos cámaras las que podrán autorizar al ejecutivo para las tareas que acabamos de señalar y podríamos considerar que el Ejecutivo podrá aceptar o no la facultad acordada por el Congreso, pero sin embargo, desconcierta el que en el último punto del artículo se diga que: “el propio Ejecutivo al enviar al Congreso el presupuesto de cada año, se someterá a su aprobación *el uso que hubiese hecho de la facultad concedida*”.

Si se interpreta la facultad discrecional del Congreso en favor del Ejecutivo como obligación imperante de aceptación del Ejecutivo, en este caso habría que afirmar que el Congreso tiene un control de revisión sobre la aplicación concedida. Sin embargo, el término “uso” es ambiguo, puesto que el Ejecutivo de aceptar la comisión el Congreso revisará la aplicación de la facultad concedida. Queda sobreentendido que el vocablo uso está aplicado en el sinónimo de práctica, por lo que la designación del Congreso está tomada en la segunda acepción del vocablo uso, como ejercicio o práctica general de una cosa, no así en la cuarta acepción como empleo continuado y habitual, por razones obvias, aun cuando los sinónimos del vocablo uso son, además del de práctica, el de hábito o costumbre. De aquí que consideremos la redacción del artículo 131 en su punto segundo, como ambigua por no especificarse que el Ejecutivo habrá o tendría que aceptar; contraria a podía aceptar la autorización del Congreso. Por lo tanto, hay, en el primer caso, una subordinación del Poder Ejecutivo al Poder Legislativo, pues se trataría de una desconcentración administrativa no de una

intradescenconcentración administrativa, y no de descentralización de facultades, por lo que las atribuciones del órgano legislativo quedarían como originarias.

A mayor abundamiento, el artículo 73 en su fracción VII es claro y preciso al señalar que, “el Congreso tiene facultad para imponer las contribuciones necesarias a cubrir el presupuesto”.

Asimismo, el artículo 89 no contempla la obligación del jefe del Ejecutivo para intervenir obligatoriamente en asuntos de la competencia del 131, salvo si aplicamos de este artículo 89 la fracción XX que declara “las demás que le confiere expresamente esta Constitución”.

Hay pues, una transferencia de facultades de la precisa y privativa del Poder Legislativo a la ambigua del Ejecutivo. Si se aplicara en sus estrictos términos el artículo 89, en ninguna de sus veinte fracciones se autoriza al Poder Ejecutivo para intervenir en materia de contribuciones.<sup>7</sup> El comienzo del artículo 131 señala que “es facultad privativa de la federación gravar las mercancías que se importen o exporten o pasen en tránsito por el territorio nacional”. La ubicación de este artículo 131 se encuentra en la zona neutra del título 7º denominado de las prevenciones generales que viene a ser algo así como la “gaveta” del sastre, en la que tienen cabida los retazos. Se toma en este título algún cabo que quedó suelto, en el contexto constitucional, en una miscelánea de materias. Allí están el 124, el 127 e incluso el 130.

Desde los tiempos de la Constitución de 1857 cuando se elevaron a garantía constitucional las Leyes de Reforma en 1873, muerto ya el presidente Juárez y por disposición del presidente Lerdo de Tejada donde también se incluyeron algunos cabos sueltos del contexto constitucional y que al igual que en el 17, se caracterizaron por la precisión. Por ejemplo, *el artículo 117* tan importante para el ejercicio práctico del federalismo mexicano y sobre todo *su artículo 123* antecedente directo del 130 vigente que declara: corresponde exclusivamente a los poderes liberales ejercer en materias de culto religioso y disciplina externa la intervención que designan las leyes.

Los antecedentes del artículo 131 constitucional provienen de la Constitución de 1857, cuyo artículo 124 declara que “para el día 1º de junio de 1858 quedarán abolidas las alcabalas y aduanas interiores en toda la República”. La reforma de este artículo procede del 22 de noviembre de 1886 por la que se prohíbe a los estados “imponer derechos por el tránsito de mercancías en la circulación interior”. En 1896 una segunda reforma insiste en declarar que “es facultad privativa de la federación gravar las mercancías que se exporten, importen o pasen de tránsito por el territorio nacional”.

Don Venustiano Carranza, en su ya mencionado Mensaje de Proyecto de Constitución, proyectó en su artículo 130 la facultad privativa de la Federación,

<sup>7</sup> Son XVIII, por dos derogadas.



pero en todas estas adiciones y reformas queda inconvencional mencionar que “es facultad privativa de la federación...” En 1917, la Suprema Corte de Justicia de la Nación fijó su criterio sobre el tan debatido artículo. En ella se acentúan las facultades de la federación en las materias señaladas y en los ámbitos estatales. En 1951, siendo el presidente de México Miguel Alemán Valdés, se publica en el *Diario Oficial* “la intervención del Ejecutivo en materia arancelaria. Facultad del presidente de la República para restringir la importación, exportación y tránsito dentro del país de artículos, productos y efectos”.

Seguidamente pasamos a comparar el texto original del artículo 131 en la Constitución de 1917 y el texto reformado en 1984.<sup>8</sup>

Texto vigente, diciembre 1984:

Artículo 131. Es facultad privativa de la Federación gravar las mercancías que se importen o exporten, o que pasen de tránsito por el territorio nacional, así como reglamentar en todo tiempo y aun prohibir por motivos de seguridad o de policía, la circulación en el interior de la República de toda clase de efectos, cualquiera que sea su procedencia; pero sin que la misma Federación pueda establecer, ni dictar, en el Distrito Federal, los impuestos y leyes que expresan las fracciones VI y VII del artículo 117.

El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso y para crear otras; así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquiera otro propósito, en beneficio del país. El propio Ejecutivo al enviar al Congreso el Presupuesto Fiscal de cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida.

<sup>8</sup> Para el análisis del artículo 131 constitucional se consultó también *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, op. cit., tomo XII, pp. 131-3 a la 131-10.