

LOS PRESUPUESTOS PROCESALES Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA *

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Plazo para presentar la demanda*. III. *El principio solve et repete*. IV. *Acto administrativo previo*. V. *Agotamiento de la instancia administrativa*.

I. INTRODUCCIÓN

Los presupuestos procesales son los requisitos o condiciones que deben cumplirse para la iniciación o desarrollo válido de un proceso.

La corriente más generalizada considera que los presupuestos procesales en sentido estricto son los relativos a la validez del proceso o la relación jurídico-procesal, y entre ellos “pueden mencionarse como los más importantes, los relativos a la competencia del juzgador, al igual que a la capacidad procesal, representación o personería, legitimación e interés jurídico de las partes”.¹

Otra postura considera que los presupuestos procesales

...son aquellas condiciones para que se consiga del tribunal un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable al actor, sobre la demanda. Tales presupuestos son, entre otros: *a*) que exista un órgano estatal regularmente investido de jurisdicción y que este órgano sea objetivamente competente en la causa determinada y subjetivamente capaz de juzgarla, *b*) que las partes tengan capacidad de serlo.²

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Fix-Zamudio, Héctor, “Presupuestos procesales”, *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, UNAM-Porrúa, 2001, p. 3002.

² Pesci Feltri, Mario, “Presupuestos procesales y requisitos constitutivos de la acción en el proceso de amparo”, *Revista de Derecho Público*, núm. 50, abril-junio de 1992, p. 35.

En el proceso administrativo, como en todos los demás procesos (civil, laboral, penal, etcétera), se exigen algunos requisitos o presupuestos procesales comunes para admitir la acción; pero en materia administrativa, además se exigen otros requisitos que establecen puntualmente las leyes específicas.

De los presupuestos procesales que han de concurrir para que el juez administrativo pueda verificar si el acto, objeto de impugnación, incurre en alguna infracción del ordenamiento, la doctrina ha fijado su atención en cuatro de ellos, por constituir gravísimos obstáculos de un eficaz control jurisdiccional de la actividad administrativa: *a)* los plazos para presentar la demanda; *b)* el principio *solve et repete*; *c)* la exigencia del acto administrativo previo, y *d)* el agotamiento de la vía administrativa.³

II. PLAZO PARA PRESENTAR LA DEMANDA

1. *Planteamiento*

El establecimiento del plazo para presentar la demanda en el proceso contencioso administrativo constituye una de las prerrogativas tradicionales de la administración pública, que se justifica, según la doctrina, por la necesidad de que las actuaciones administrativas tengan cierta estabilidad en beneficio de la seguridad jurídica, y que se materializa en la exigencia legal de que como condición de admisibilidad de la demanda, y que se ejerzan en un lapso, vencido el cual los actos adquieran firmeza y no puedan ser impugnados.

En efecto, según algunos doctrinarios, la regulación de los plazos establecidos para interponer la demanda en contra de la administración pública se justifican por la necesidad de otorgar seguridad jurídica al administrado, ya que de esta manera se da estabilidad y certidumbre a la actividad administrativa⁴ para que continúe con su desenvolvimiento normal; además, la administración pública debe conocer el periodo dentro del cual sus actos pueden ser atacados y las consecuencias que de ello se deriven.⁵

También se ha justificado su establecimiento señalando que son una derivación de los principios de presunción de legitimidad y ejecutividad pro-

³ González Pérez, Jesús, *Administración pública y libertad*, 2a. ed., México, UNAM, 2006, p. 87.

⁴ Marcer, Ernesto Alberto, *Demandas contra el Estado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, p. 166; Argañaraz, Manuel J., *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Lex, 1988, p. 93.

⁵ Perrino, Pablo Esteban, “El plazo para deducir la pretensión procesal administrativa y el derecho a la tutela judicial efectiva”, *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Dike, 2004, t. X, p. 291.

pia de los actos administrativos, y que resulta necesario asegurar su estabilidad y dotar de agilidad a la acción administrativa, no obstaculizándola por intereses privados, frente a los fines públicos comprometidos y la seguridad jurídica en juego.

Los problemas que se presentan son, por una parte, que el establecimiento de un plazo general para presentar la demanda ante los tribunales va en contra de normas supranacionales y constitucionales, en vigor; y por la otra, que al vencerse estos plazos, el particular pierde el derecho a demandar al Estado.⁶

La existencia de un plazo general para presentar la demanda, consideramos, es incompatible con el sistema jurídico mexicano, ya que el derecho de acceso a la justicia nace directamente de la Constitución sin ningún tipo de limitación temporal; justamente, el establecimiento de plazos generales para demandar a la administración pública es contrario a los principios y normas, tanto supranacionales como constitucionales, de tutela judicial efectiva, debido proceso, entre otros.

2. *Los plazos en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo*

El establecimiento de plazos, como está regulado actualmente en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, para interponer la demanda ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, es violatorio del principio constitucional de igualdad ante la ley, en tanto que la autoridad administrativa tiene un plazo mayor para interponer su demanda, y el particular un plazo muy corto; y por ende, se compromete la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, dada la exigüidad de dichos plazos.⁷

El artículo 13 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo establece que “la demanda se presentará por escrito directamente ante la sala regional competente, dentro de los plazos que a continuación se indican: I. De cuarenta y cinco días...”, para el particular; “III. De cinco años cuando las autoridades demanden la modificación o nulidad de una resolución favorable a un particular...”.

Por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente; es decir, en

⁶ López Olvera, Miguel Alejandro, *La instancia administrativa*, Buenos Aires, UNAM-Ediar, 2008, p. 79.

⁷ Diez, Horacio Pedro, “El plazo de caducidad para demandar al Estado (el artículo 25 de la Ley 19.549)”, *Control de la administración pública. Administrativo, legislativo y judicial*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2003, p. 232.

conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país, a modo de obtener su armonización y concordancia entre sí, especialmente con los principios y garantías establecidos tanto en la Constitución federal como en los tratados internacionales de derechos humanos.

No es posible que los jueces, encargados de interpretar y de aplicar las normas jurídicas en el caso concreto, tomen en cuenta el sentido literal de normas inferiores a la Constitución haciendo abstracción del contexto de aplicación de las normas supranacionales, constitucionales, del objeto y fin de estas normas.⁸

Los jueces deben tomar sus resoluciones apegadas al marco constitucional y supranacional, siempre en beneficio del administrado; por ejemplo, en una tesis del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito se decidió que

Para el examen de la constitucionalidad del decreto expedido por el presidente de la República, mediante el que se transforma Banco Mexicano Somex, de sociedad nacional de crédito a sociedad anónima, es irrelevante la circunstancia de que se haya incumplido el plazo para su expedición establecido en el artículo séptimo transitorio de la Ley de Instituciones de Crédito, vigente a partir del 19 de julio de 1990, toda vez que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de tal decreto radica en las facultades conferidas al citado mandatario por el artículo 89, fracción I, de la carta magna, lo que no guarda relación alguna con el cumplimiento del plazo a que alude aquel dispositivo legal, pues el solo transcurso o vencimiento de este no puede limitar el ejercicio de la facultad del Ejecutivo Federal con base en la cual emitió el decreto en cuestión.⁹

Lo mismo sucede con los administrados, se debe privilegiar el derecho de fondo que se está debatiendo, los jueces deben estudiar el fondo del asunto, verificar si efectivamente el administrado tiene razón, y no desechar la demanda por simples formalidades.

La efectividad de las normas de jerarquía superior es de fundamental importancia en un orden jurídico, y puede ocurrir que la falta de efectividad de una disposición afecte su existencia como norma jurídica.¹⁰

La inobservancia de ciertas formalidades no siempre es relevante, pues lo esencial en un proceso judicial es que se preserven las condiciones nece-

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), caso Paniagua Morales, Guatemala, párrafo 42; todas las sentencias se pueden consultar en www.corteidh.or.cr

⁹ Tesis XIV. 2o. J/11, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. V, mayo de 1997, p. 516.

¹⁰ CIDH, caso Garrido y Baigorra, Argentina, párrafo 70.

sarias para que los derechos procesales de las partes no sean disminuidos o desequilibrados, que se alcancen los fines para los cuales han sido diseñados los distintos procedimientos.¹¹

Desde luego, no proponemos que los particulares, a través de sus abogados, acudan a los tribunales el día y hora que más les convenga, pues esto también sería violatorio de principios constitucionales; por el contrario, que los jueces valoren situaciones específicas, analizándolas a la luz de los principios de razonabilidad, tutela judicial efectiva, acceso a la justicia, etcétera.

3. *La tutela judicial efectiva y los plazos para interponer la demanda*

Podemos afirmar que el simple transcurso del tiempo “no puede convertir en legal lo que es ilegal, y menos aún, puede dar estabilidad a decisiones que por ejemplo, estén viciadas de nulidad absoluta o violen derechos constitucionales”.¹²

En opinión de Daniel Márquez Gómez, el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Establece que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia, es muy importante recalcarlo, justicia, no legalidad, lo que implica una satisfacción plena de las pretensiones que aduzca el promoverte ante los órganos encargados de la administración de justicia, lo que va más allá de la simple tutela judicial, entendida como el acceso a la jurisdicción. Esa justicia debe estar pronta a obrar y libre de todo estorbo, como se desprende de los dos significados de la palabra “expedita”; además, debe ser impartida en los plazos y términos que imponga la ley. Por otra parte, los sujetos obligados: los tribunales, deben emitir sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Esto es, las decisiones jurisdiccionales deben estar listas en los plazos que establece la ley, agotar los puntos sujetos a debate y constituir verdaderos monumentos a la justicia, sin cargarse a favor de ninguna de las partes contendientes.

Esto significa que constitucionalmente todos los habitantes del país tenemos derecho a una tutela judicial efectiva. Esta tutela se impone a la administración activa y a los tribunales administrativos, atendiendo a que la Constitución plasma los derechos mínimos de los administrados frente al poder público.

¹¹ CIDH, caso Velásquez Rodríguez, párrafo 33.

¹² Brewer-Carías, Allan Randolph, “Consideraciones sobre el contencioso-administrativo como un derecho constitucional a la tutela judicial frente a la administración”, *Revista de Derecho Público*, p. 9.

Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Pueden ser dispensadas ciertas formalidades a condición de que exista equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica”;¹³ en este sentido, se puede aplicar lo dicho por la Corte referido a los plazos razonables; es decir, se podría, en los casos presentados extemporáneamente, aplicar el concepto y los elementos que ha elaborado la CIDH sobre el “plazo razonable”.

En efecto, el artículo 8.1 de la Convención se refiere a los plazos razonables; este no es un concepto de definición sencilla, según la CIDH; pero se pueden invocar, para precisar, los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos, en los cuales se analizó este concepto, pues el artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial al artículo 6o. del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; de acuerdo con la CIDH, citando a su similar europea, se deben tomar en cuenta tres elementos que determinan la razonabilidad del plazo para interponer la demanda: “a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades”.¹⁴

III. EL PRINCIPIO *SOLVE ET REPETE*

1. *Planteamiento*

Otro de los presupuestos procesales, o requisitos de admisibilidad del proceso administrativo, es la exigencia del principio *solve et repete*, o pago previo, cuando el acto que se pretende impugnar contiene la obligación de pagar una cantidad al fisco.

Dicho principio se aplica, según la autoridad administrativa, en razón de la necesidad que tiene el Estado de percibir, sin dilación, los recursos tributarios, pues la actividad administrativa es continua y necesaria, y presupone la percepción regular de los ingresos fiscales para prever el funcionamiento de los servicios públicos.

Otro argumento de la autoridad es que si la impugnación del acto administrativo que determina el pago de una cantidad al fisco impide el cobro de esa cantidad mientras se tramita el juicio, causa un perjuicio a la financiación normal del gasto público, que es esencial para la existencia del Estado; que además, “con la suspensión del acto impugnado, se afectaba el

¹³ CIDH, caso Castillo Petruzzi, Perú, párrafo 78.

¹⁴ CIDH, caso Genie Lacayo, Nicaragua, párrafo 77.

cálculo de recursos que se efectúa cada año al elaborar el presupuesto”;¹⁵ en este sentido, afirma Jesús González Pérez:

A la administración financiera no le basta el privilegio de la ejecutoriedad de sus actos, no le bastaba la posibilidad de utilizar todos los poderosos aparatos coactivos a su disposición para que se cumplan sus mandatos, sino que llegó a establecer que el cumplimiento del acto era un requisito procesal para que los tribunales pudieran examinar la pretensión deducida contra el mismo.¹⁶

Se trata, en efecto, de una derivación práctica de la no suspensión de los efectos del acto administrativo, configurado como una prerrogativa de la administración, sin ningún fundamento jurídico sólido, y cuya finalidad consiste en garantizar drásticamente, y sin piedad, la recaudación de los tributos, así como también la presión directa de las sanciones administrativas, actuando en defensa de los intereses inmediatos de la administración pública, contemplados con una mirada miope sin trascendentalismo alguno.¹⁷

Además de los argumentos anteriores, otro de los efectos fundamentales del principio *solve et repete* es el de constituir un requisito de admisibilidad del proceso judicial en materia administrativa, que además viola el principio de acceso a la justicia, en clara contradicción con lo que establecen tanto la Constitución como los tratados internacionales sobre derechos humanos.

2. Origen y evolución

Este privilegio de la administración pública tuvo su origen en el derecho romano, y de ahí pasó a la legislación de algunos países europeos, entre los cuales se encuentran Italia y España.

En Italia, por ejemplo, la Ley de Procedimientos Administrativos, del 20 de marzo de 1865, establecía en su artículo sexto: “En toda controversia sobre impuestos los actos de oposición para ser admisibles en juicio deberán acompañarse con el certificado de pago del impuesto, excepto el caso en que se trate de reclamo de suplemento”.

Después de más de un siglo de aplicar la regla del *solve et repete*, por parte de los tribunales italianos, la Corte Constitucional, por sentencia del 31 de marzo de 1961, lo declaró inconstitucional, argumentando que el principio era contrario a los artículos 30., 24 y 113 de la Constitución, que establecen el derecho de igualdad y acceso a la justicia.

¹⁵ Balbín, Carlos F. (dir.), *Código contencioso administrativo y tributario de la ciudad de Buenos Aires. Comentado y concordado*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2003, p. 119.

¹⁶ González Pérez, Jesús, *op. cit.*, p. 87.

¹⁷ Brewer Carías, Allan-Randolph, *op. cit.*, p. 24.

En España, la regla *solve et repete* fue introducida por la Ley de Procedimiento Administrativo de 1888, también conocida como Ley Santamaría de Paredes.

Pero en 1983 el tribunal Constitucional español¹⁸ declaró inconstitucional la regla *solve et repete*, argumentando que

El artículo 24.1 de la Constitución española, que garantiza a todos la tutela efectiva judicial de sus derechos e intereses mediante el acceso al proceso y a los recursos previstos en la ley, sólo puede limitarse en aras de otro derecho o libertad fundamental constitucionalmente protegido. Si este es el caso en lo que respecta a la consignación del importe de la condena, no sucede lo mismo en relación al recargo del 20 por 100 sobre tal importe, ya que, cualquiera que sea el destino de esta carga, su cuantía es desproporcionada y gravosa, y cumple una función en último extremo sancionadora con base objetiva, y obstaculiza gravemente el derecho a la tutela judicial en su aspecto de acceso al recurso, lo que no se ajusta al contenido esencial del derecho establecido en el artículo 53.2 de la Constitución española.

Y, además:

...constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos, que sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginen con el derecho a la justicia, o que no aparezcan como justificados y proporcionados conforme a las finalidades para que se establecen, que deben, en todo caso, ser adecuadas al espíritu constitucional.

Precisamente esta consideración es la que llevó a la jurisprudencia española a calificar de inconstitucional la norma que establecía el requisito del pago previo.¹⁹

En Argentina, el principio *solve et repete* fue incorporado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; así, el máximo tribunal lo estableció como exigencia en acciones que tenían por objeto la impugnación de tributos locales, con objeto de no dificultar o paralizar el desenvolvimiento normal del gobierno.

En ese sentido, la Corte argentina consideró que la percepción inmediata de la renta podría verse frustrada si el contribuyente, por vía de apelación o por otro medio, pudiera eludir o diferir su pago.²⁰

¹⁸ Sentencia aprobada el 25 de enero de 1983, publicada en el *BOE*, núm. 41, del 17 de febrero de 1983, <http://www.tribunalconstitucional.es/jc.htm>.

¹⁹ González Pérez, Jesús, *op. cit.*, p. 90.

²⁰ Véase SCJN, fallo 101:175.

Los motivos que se han argumentado para defender la regla *solve et repete* en Argentina están basados en que dicho instituto constituye un privilegio del fisco, instituido con la finalidad práctica de asegurar la percepción normal de la renta pública; otros sostienen que la exigencia del pago previo es derivación de los principios de legitimidad y ejecutoriedad del acto administrativo.

Pablo Fernández Lamela sostiene que

Aceptar la legitimidad del previo pago de la multa administrativa para poder recurrir a los órganos judiciales implicaría avasallar las bases mismas del Estado de derecho. Significaría, en definitiva, ir en contra de las garantías más elementales, que constituyen el acervo jurídico común de los pueblos de occidente.²¹

3. *El solve et repete en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo*

En nuestro país, el artículo 28, fracciones IV y VI, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, contienen la figura jurídica del principio *solve et repete*, al establecer que

El demandante podrá solicitar la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, cuando la autoridad ejecutora niegue la suspensión, rechace la garantía ofrecida o reinicie la ejecución, cumpliendo con los siguientes requisitos...

IV. Ofrecer garantía suficiente mediante billete de depósito o póliza de fianza expedida por institución autorizada, para reparar el daño o indemnizar los perjuicios que pudieran ocasionarse a la demandada o a terceros con la suspensión si no se obtiene sentencia favorable en el juicio contencioso administrativo...

VI. Tratándose de la solicitud de la suspensión de la ejecución en contra de actos relativos a determinación, liquidación, ejecución o cobro de contribuciones o créditos de naturaleza fiscal, procederá la suspensión del acto reclamado, la que surtirá efectos si se ha constituido o se constituye la garantía del interés fiscal ante la autoridad ejecutora por cualquiera de los medios permitidos por las leyes fiscales aplicables.

El órgano jurisdiccional está facultado para reducir el monto de la garantía, en los siguientes casos:

a) Si el monto de los créditos excediere la capacidad económica del quejoso, y

²¹ Fernández Lamela, Pablo M., “El *solve et repete* es inconstitucional”, *Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 12 de febrero de 2001, p. 11.

b) Si se tratase de tercero distinto al sujeto obligado de manera directa o solidaria al pago del crédito.

De acuerdo con la lectura de las disposiciones anteriores, consideramos que deben evaluarse situaciones patrimoniales fundamentalmente concretas de los particulares, a fin de evitar que ese previo pago se traduzca, a causa de la falta comprobada e inculpable de los medios pertinentes para enfrentar la erogación, en un menoscabo real del derecho de defensa en juicio.

Podemos decir que en la actualidad el principio *solve et repete* constituye un privilegio de la administración pública que atenta contra el principio de igualdad de las partes en el proceso²² y ante la ley, ya que en muchas ocasiones el contribuyente está obligado a pagar antes de haber podido demostrar la inexistencia de la deuda.²³

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos opina que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia “no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva”,²⁴

También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales. Esta última situación se agrava en la medida en que para forzar el pago procedan las autoridades a embargar los bienes del deudor o a quitarle la posibilidad de ejercer el comercio.²⁵

Con todo, sostiene Agustín Gordillo que el Pacto de San José de Costa Rica concede una suerte de medida cautelar de pleno derecho, al establecer que no se puede exigir el pago previo como condición de cuestionar un tributo.²⁶

²² Afirma González Pérez que “Mucho —y muy importante— es lo que se ha dicho en contra de este injustificado privilegio procesal de la administración pública, pero entre todas las críticas destaca una, en nuestra opinión irrefutable, que pugna abiertamente con el principio tan elemental, como el de igualdad”. *Op. cit.*, p. 87.

²³ Afirma Enrique Lavié Pico que no puede mencionarse como argumento, para fundar el previo pago de la multa, la existencia de un interés de tipo fiscal materializado en la rápida y efectiva percepción monetaria, habida cuenta que en un Estado de derecho aquello que debe prevalecer es el valor de “justicia”, y en consecuencia, una sanción pecuniaria no puede ser impuesta sin la posibilidad de ejercitar el efectivo control judicial. Lavié Pico, Enrique, “Consideraciones generales acerca de la «exigencia del pago previo de una multa para habilitar la instancia judicial»”, *La Ley*, 12 de febrero de 2001, p. 13.

²⁴ CIDH, caso Cantos, párrafo 55.

²⁵ *Idem*.

²⁶ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 8a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2006, t. II, p. 35.

Los tratados que han sido incorporados al sistema jurídico mexicano establecen el derecho al libre acceso de la función jurisdiccional y a la tutela judicial efectiva; y una interpretación o consideración contraria o restrictiva implicaría vulnerar la propia Constitución.

En la actualidad consideramos que el principio *solve et repete* resulta inconstitucional, ya que viola las disposiciones supranacionales y constitucionales, que establecen las garantías de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

Por ello, coincidimos con Fernández Lamela cuando expresa que la exigencia del previo pago “es inconstitucional, pues es violatoria de principios fundamentales y básicos” —que es el de la presunción de inocencia y el del acceso a la justicia por un medio llano y expedito—,²⁷ contenidos en la Constitución federal y en tratados internacionales sobre derechos humanos que nuestro país ha incorporado a su derecho interno.

La regla *solve et repete* constituye un privilegio injustificable a favor del fisco, en franco abandono en el derecho comparado, e incluso, como vimos anteriormente, en el caso de algunos países, como Italia, España y Argentina, se encuentra en conflicto con principios, garantías y derechos fundamentales de jerarquía constitucional; y dicho dogma, que se había desarrollado como un privilegio de la administración pública, progresivamente ha sido cuestionado y eliminado en los países antes mencionados.

Es necesario, como analizamos en este punto, que el legislador derogue esta figura jurídica de las leyes mexicanas, pues viola, como apuntamos, los principios constitucionales y supranacionales.

Coincidimos con la opinión del profesor Brewer-Carías, en el sentido de que “La jurisdicción contencioso-administrativa debe verse básicamente como un instrumento judicial destinado a asegurar la protección del administrado frente a la administración y contra las arbitrariedades de los funcionarios, y no como un instrumento judicial para proteger a la administración frente a los ciudadanos”.²⁸

IV. ACTO ADMINISTRATIVO PREVIO

1. *Planteamiento*

El acto administrativo ha sido por muchos años un paradigma para el derecho administrativo; el dictado de un acto administrativo por parte de la

²⁷ Fernández Lamela, Pablo M., *op. cit.*, p. 11.

²⁸ Brewer-Carías, Allan R., *op. cit.*, p. 5.

administración pública, para poder acceder a la justicia, ha sido una de las trabas más importantes en los últimos tiempos.

Recordemos que la noción de acto administrativo nace en Francia, como limitación al control judicial de la administración.²⁹

Nos vino del origen francés del derecho administrativo que el contralor de la actividad administrativa tuviera como eje el control del acto administrativo: como estrella del proceso; era el llamado “carácter revisor” del acto administrativo que tenía la justicia procesal administrativa. En los sistemas constitucionales contemporáneos como el nuestro, y en el sistema interamericano e internacional de derechos humanos, el eje del sistema de control es el acceso a la tutela judicial efectiva... son las pretensiones procesales del individuo, no el acto impugnado.³⁰

Este privilegio a favor de la administración pública, consistente en la necesidad de un acto administrativo previo a toda acción judicial contra la administración pública, poco a poco se ha ido corrigiendo en muchas legislaciones de otros países, de manera que no se convierta en un obstáculo para el acceso a la justicia.³¹

El problema que se presenta en la actualidad es que en algunos casos la actitud omisiva o material de la administración puede dejar en estado de indefensión al administrado, por no contar con el acto administrativo; en estos casos el administrado tendrá que esperar a que la administración pública dicte el acto administrativo, o que se configure el supuesto de silencio administrativo para poder acudir a la justicia.³²

2. Acto administrativo previo

El viejo dogma de la jurisdicción revisora es una articulación de carácter objetivo del recurso contencioso administrativo, y de la técnica del proceso al acto; recordemos que la noción de acto administrativo nace en Francia como limitación al control judicial de la administración;³³ es decir,

²⁹ Gordillo, Agustín, “El acto administrativo”, en Botassi, Carlos A. (coord.), *El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires*, La Plata, Librería Editora Platense, 2000, p. 20.

³⁰ *Ibidem*, p. 25.

³¹ Brewer-Carías, Allan R., *op. cit.*, p. 6.

³² Vocos Conesa, Juan Martín, “La acción judicial de amparo por mora de la administración pública”, en Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Miguel Alejandro (coords.), *Derecho procesal. Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*, México, UNAM, 2005, pp. 353 y ss.

³³ Gordillo, Agustín, *op. cit.*, p. 20.

que si la actuación de la administración pública no se ha manifestado en un acto administrativo expreso, el administrado está obligado, previo al proceso administrativo, a exigir de la administración pública un pronunciamiento formal. Este es un aspecto tomado de los sistemas continentales europeos ya mencionados.

Se decía —y en muchos casos se dice— que si no hay acto administrativo la justicia no puede entrar al estudio del conflicto entre la administración pública y el administrado, no importando que se lesionen los derechos del ciudadano.

Este principio es un reflejo clásico del poder de la autotutela de la administración pública, y que implica la prerrogativa de que solo después que ella decida formalmente un asunto, mediante un acto administrativo, es que puede ser llevada a juicio.³⁴

El principio general tradicional en el “contencioso administrativo” ha sido el de la necesidad de que la administración pública haya adoptado una decisión formal, como requisito previo para que pueda abrirse el proceso administrativo; en otras palabras, el principio general de agotamiento de la vía administrativa ha exigido que para que un administrado pueda llevar a juicio a la administración pública ésta tiene que haber emitido una decisión formal previa sobre el asunto, la cual debe traducirse en un acto administrativo.

3. *Jurisdicción revisora*

Afirma Agustín Gordillo que en el nuevo sistema es la pretensión procesal, con sus variables admitidas y no el acto administrativo denegatorio de derechos, el objeto del proceso.³⁵

La falsa creencia, derivada del contencioso administrativo francés, en el sentido de que se trataba de un proceso al acto que concluía con la estimación o desestimación del recurso interpuesto contra él ha hecho caer a un sector de la doctrina de la primera mitad del siglo pasado, y a buena parte de la legislación procesal, en el error de suponer que el contencioso administrativo consistía en una suerte de revisión en segunda instancia, de una decisión administrativa previa, limitada, como tal, a las pretensiones planteadas en sede del poder administrador. Pero el derecho comparado ha comenzado a reaccionar.

Refiriéndose al caso español, comenta Rodríguez-Arana: “La jurisdicción contencioso administrativa ha pasado de ser sólo revisora de un acto

³⁴ Brewer-Carías, Allan R., *op. cit.*, p. 6.

³⁵ Gordillo, Agustín, *op. cit.*, p. 25.

previo, a centrarse en la protección jurídica de los derechos en juego, haya acto o haya omisión de la administración pública”.³⁶

La profunda transformación que ha experimentado la justicia administrativa, “que de ser objetiva ha pasado a ser... la expresión de un verdadero derecho subjetivo de protección del ciudadano frente al poder, explica, y a la vez mide, esa generalización o universalización de que ha sido objeto”.³⁷

Al respecto, comenta González Pérez:

Que exista una decisión que exprese la voluntad administrativa constituye, en las distintas regulaciones del proceso administrativo, un presupuesto procesal. Lo que supone poner en manos de la administración un arma valiosísima para impedir o retrasar el acceso a la vía jurisdiccional de las pretensiones del particular.³⁸

Así de pronto, se acepta que el fundamento de la justicia administrativa no es hoy la función revisora del acto administrativo, que la tutela judicial procede contra cualquier tipo de comportamiento u omisión administrativa, que lo central es la pretensión procesal, y no el acto impugnado.³⁹

El mantenimiento del principio revisor del acto administrativo, dentro del sistema jurídico mexicano, carece en la actualidad de todo fundamento, tanto constitucional como supranacional, además de que representa un impedimento a la realización de la justicia material, y por lo tanto debe ser eliminado del ordenamiento jurídico.

En tal sentido, el dogma revisor ha venido actuando como una cortina de humo que le impide al juez la visión sobre la pretensión procesal, constituyendo una barrera que no le permite decidir sobre el contenido material de la pretensión, transformando el resultado de los procesos en sentencias que eluden el juzgamiento pleno de la pretensión.

Por ello, en la actualidad el proceso administrativo no puede ser considerado exclusivamente revisor, sino que tiene un pleno poder de controlar la actividad administrativa.⁴⁰

³⁶ Rodríguez-Arana, Jaime, “Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso administrativa en España”, en Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Miguel Alejandro (coords.), *op. cit.* p. 312.

³⁷ García de Enterría, Eduardo, *La justicia administrativa en el cambio de siglo*, México, Fundap, 2003, p. 56.

³⁸ González Pérez, Jesús, *Administración pública y libertad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1971, p. 83.

³⁹ Gordillo, Agustín, *op. cit.*, p. 21.

⁴⁰ Peñarubia, Joaquín María, “Proceso al acto, carácter revisor de la jurisdicción y eliminación de obstáculos para el acceso a los tribunales: tres sentencias del tribunal consti-

Al dejarse frontalmente de lado el carácter pretendidamente revisor de la justicia administrativa, cambian muchas soluciones: el agotamiento de la vía, de ser una regla, pasa a ser una excepción. En los sistemas constitucionales contemporáneos como el nuestro y en el sistema interamericano e internacional de derechos humanos, el eje del sistema de control es el acceso a la tutela judicial efectiva. Dentro de ésta, el centro de análisis son las pretensiones procesales del individuo, no el acto impugnado.⁴¹

El derecho administrativo del siglo XXI implicará todo un desafío, y es probable que en muchos campos vayamos a asistir al quiebre definitivo del dogma revisor, lo que implicará, sin duda, recuperar no solo los derechos perdidos o soslayados en épocas pasadas, sino la justicia en todas sus proyecciones, tal como lo establece el artículo 17 de la Constitución: “pronta, expedita, imparcial y completa”.

V. AGOTAMIENTO DE LA INSTANCIA ADMINISTRATIVA

1. *Planteamiento*

El agotamiento de la vía administrativa es otro de los dogmas del derecho administrativo que aún sigue vigente en la mayoría de los sistemas jurídicos latinoamericanos; el requisito del agotamiento previo de la vía administrativa sugiere la acción que debe desarrollar el presunto agraviado por las actuaciones de la administración, de agotar los medios o recursos administrativos determinados por ley, ante la administración pública.⁴²

El principio general de autotutela de la administración pública, que desemboca en la prerrogativa de la existencia de un acto administrativo, previo al acceso a la justicia, tradicionalmente se ha manifestado también en otra prerrogativa de la administración, que impide al particular acudir directamente a la justicia contra un acto administrativo que no cause estado; es decir, que no sea la última palabra que al respecto pueda pronunciar la administración. En otras palabras, se trata de la prerrogativa del agotamiento de la vía administrativa como presupuesto procesal, de manera que permita el acceso a la vía jurisdiccional solo cuando la administración pú-

tucional sobre la administración y el derecho a la tutela judicial efectiva”, *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 91, julio-septiembre de 1996, pp. 485 y 486.

⁴¹ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 8a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2004, t. III, p. 7.

⁴² Brewer-Carías, Allan R., *op. cit.*, p. 8.

blica no tiene nada más que decir sobre el asunto, por haberse agotado las instancias administrativas.⁴³

Desde su aparición en Francia, como un privilegio de la administración para ser juzgada hasta nuestros días, dicha prerrogativa nos muestra cómo, y a pesar de la evolución del derecho, hoy en día juzgar a la administración sigue siendo una carrera con demasiados obstáculos.

La sanción de leyes de procedimiento administrativo ha sido un adelanto muy loable que asegura el apego de la administración al principio de juridicidad; sin embargo, en la mayoría de las ocasiones esa garantía, de la cual se vale el ciudadano para obtener sus peticiones ante la administración, se ha convertido en una carrera con tantos obstáculos, que dan como resultado, en muchas ocasiones, la violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Como sabemos, tanto el derecho administrativo como la institución del agotamiento de la vía administrativa nacieron en Francia en el siglo XIX; el agotamiento, manifestado en recursos administrativos, descansaba en dos principios característicos de la primera etapa del contencioso administrativo francés; primero, en la doctrina del ministro-juez, “que además de concentrar en esa autoridad la decisión definitiva, siendo meramente preparatorias los antecedentes, hacía del recurso contencioso una casación”;⁴⁴ y segundo, la vivencia extrema del principio de jerarquía, “recién generalizado por la administración napoleónica, que venía a corroborar que no había en realidad resolución administrativa recurrible en tanto que la cúspide de esa jerarquía no hubiese dicho la última palabra”.⁴⁵

Lejos de esa concepción anticuada, que era la de agotar todos los medios o recursos administrativos que previera la ley de la materia, actualmente, tanto las nuevas normas constitucionales como los instrumentos supranacionales que consagran el principio de la tutela judicial efectiva, en la mayoría de los países que han firmado dichos instrumentos, la tendencia apunta hacia la eliminación del dogma del agotamiento de la vía o instancia administrativa, dejando la opción al administrado de agotar los medios o recursos, o bien acudir directamente a los tribunales.

La generalidad —casi unánime— de la doctrina se muestra contraria al mantenimiento del agotamiento de la vía administrativa como presupuesto procesal, pues en la actualidad se ha demostrado que no tiene sentido el tradicional requisito procesal.

⁴³ Prado Moncada, Rafael G., “Comentarios sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en el sistema jurídico administrativo venezolano”, *Lex. Difusión y análisis*, año VII, núm. 92, febrero de 2003, p. 30.

⁴⁴ García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, p. 79.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 80.

Como primer punto diremos que a nivel federal o nacional encontramos en la actualidad que la legislación establece dos vías obligatorias que el administrado debe agotar para la instancia administrativa; la primera, conocida como vía reclamatoria, tuvo su origen tras la sanción de la Constitución nacional en 1853, y que sucesivas reformas, como veremos a continuación, la llevaron a convertirse en el llamado reclamo administrativo previo; y la segunda, conocida como vía recursiva o impugnatoria.

2. *El agotamiento de la vía administrativa en México*

El agotamiento de la vía administrativa en México está configurado en el principio llamado de definitividad, el cual consiste en que antes de acudir al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa deben agotarse todos los recursos o medios ordinarios de defensa existentes, consagrados en las leyes administrativas.

Este principio fue recogido inicialmente por la Ley de Amparo, y luego fue trasladado al proceso administrativo que se sigue en el tribunal administrativo antes mencionado.

Y así lo ha manifestado también la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al considerar:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 107, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 73, fracción XV, de la Ley de Amparo, el juicio de garantías en materia administrativa es improcedente cuando la parte quejosa no agota, previamente, los medios o recursos ordinarios que establezca la ley del acto, por aplicación del principio de definitividad, excepto cuando esta ley exija mayores requisitos que los que señala la Ley de Amparo para conceder la suspensión.⁴⁶

En materia administrativa, el artículo 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo establece que

Los interesados afectados por los actos y resoluciones de las autoridades administrativas que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, podrán interponer el recurso de revisión, o cuando proceda, intentar la vía jurisdiccional que corresponda.

De acuerdo con la redacción de este artículo, podríamos pensar que es obligatorio, antes de acudir a la instancia del Tribunal Federal de Justicia

⁴⁶ Tesis 2a./J. 155/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XVII, enero de 2003, p. 576.

Fiscal y Administrativa o al juicio de amparo, agotar el recurso de revisión, previsto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo; sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en una tesis de jurisprudencia, sostuvo lo siguiente:

El artículo 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo otorga a los particulares afectados por los actos y resoluciones definitivas de las autoridades administrativas, la posibilidad de recurrirla, empleando el vocablo “podrán”, y posteriormente se prevé el empleo de una conjunción disyuntiva “o” que establece una facultad opcional del particular para intentar una u otra instancia; sin embargo, el legislador, al utilizar el vocablo “podrán” sólo da cumplimiento al imperativo constitucional de legítima defensa y garantía de audiencia al establecer para el afectado por una resolución, un camino o posibilidad de solicitar ante la autoridad inmediata superior de la responsable la revisión de dicha resolución; es decir, se da la oportunidad al particular de que en caso de no estar de acuerdo con la resolución pueda elegir entre recurrirla o no, lo que traería consigo, en este último supuesto, el consentimiento tácito de la citada resolución; el vocablo “podrán” (inflexión del verbo poder) significa, según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, tener expedita la facultad de potencia de hacer una cosa. Por otra parte, también se establece que la conjunción “o” necesariamente expresa una alternativa o separación entre los medios de impugnación de un acto administrativo; de tal manera que al separar la oración: “...podrán interponer recurso de revisión o intentar las vías judiciales...”, con la letra “o” se hizo una separación distributiva de dos elementos equivalentes entre sí en el sentido de que constituyen medios de defensa para el particular contra actos del Estado, es decir, el empleo de la “o” se debe interpretar como una posibilidad optativa o alternativa para que el afectado elija el medio de impugnación que sea de su voluntad, ya que le presenta la oportunidad de que en caso de no estar de acuerdo con la resolución por estimarla contraria a las disposiciones legales, pueda elegir entre interponer el recurso de revisión o bien, acudir a las instancias judiciales correspondientes; por lo tanto, no existe obligación para el particular de agotar el recurso de revisión previsto en el artículo 83, de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo antes de acudir al amparo o a la instancia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.⁴⁷

De igual manera, en el Distrito Federal

El inconforme con alguna determinación emitida por la administración pública del Distrito Federal, puede impugnarla a través del recurso o medio de

⁴⁷ Tesis: I. 1o. A.15 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. V, abril de 1997, p. 255; también en tesis por contradicción 2a./J. 139/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XI, junio de 2000, p. 61.

defensa previsto en la ley o reglamento, o impugnarla directamente ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, sin que ello signifique que si elige la primera opción esté relevado de agotar el juicio ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, pues es esta la última instancia y su determinación adquiere el carácter de definitiva, estando entonces en posibilidad de acudir al juicio de garantías.⁴⁸

4. *Consecuencias de la eliminación del agotamiento de la vía administrativa*

La consecuencia más importante respecto de la eliminación del dogma del agotamiento de la vía administrativa, o también conocido como principio de definitividad, es que ahora los ciudadanos acuden directamente al tribunal en busca de solución a sus problemas, lo cual ha causado un “abarratamiento” total del tribunal; ahora el problema ya no es la administración, sino que, ante un número significativo de causas que han ingresado al tribunal, es imposible analizar todos los asuntos en tiempo, y en consecuencia, dictar sentencia en los plazos establecidos por la legislación.

Los jueces y demás empleados de las distintas salas que componen el tribunal hacen esfuerzos sobrehumanos para poder analizar por lo menos un caso por día; es decir, hacer un proyecto de sentencia por día, como mínimo, obviamente contando sábado y domingo, para que el atraso no sea tan grande; sin embargo, y pese a los grandes esfuerzos que hacen todos los empleados del tribunal, el rezago de causas ya es notable.

En definitiva, los que interpretaron el artículo 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo no previeron las consecuencias que el fallo traería paralelamente; sin embargo, y pese a todo este congestionamiento judicial, debemos decir que consideramos muy acertado dicho pronunciamiento, pues de esta manera el sistema jurídico mexicano es congruente con los instrumentos supranacionales que consagran el principio de la tutela judicial efectiva, que también comprende el acceso directo a la justicia.

⁴⁸ Tesis I. 4o. A.212 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. V, mayo de 1997, p. 667.