

Miguel Alejandro López Olvera*

Retos y reflexiones sobre los órganos de justicia administrativa local

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación tiene por objeto mostrar algunas de las deficiencias y problemas que se presentan actualmente en los órganos encargados de la justicia administrativa en México. Son muchas las complicaciones que existen dentro de los juicios que se siguen en contra de la administración pública; no pretendemos estudiar todas las deficiencias ni todos los problemas, sólo algunos que consideramos más evidentes y urgentes de solucionar.

Además, como explicamos a continuación, el proceso judicial en materia administrativa en México encuentra entre las instituciones que componen su cauce, ciertos dogmas que han sido introducidos sin ninguna reflexión. Algunos de estos dogmas son contrarios a la Constitución y a los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Algunas de las deficiencias y de los problemas son fallas en la infraestructura; número reducido de tribunales y juzgados en proporción a la masa de causas, cuyo índice de litigiosidad ha experimentado un aumento alarmante en los últimos meses; déficit en los medios materiales-económicos con los que se desenvuelve la administración de justicia en materia administrativa; desfase entre la rapidez de los asuntos y el ritmo que lleva la estructura social y las respuestas con que, técnicamente, la ciencia y la política procesal concurren a abastecerlas. De allí un grado de morosidad y un consumo de tiempo físico excesivo para la composición de los litigios, todo lo cual suscita en la población y en los abogados una fuerte y sostenida preocupación.

Veamos a continuación, cada uno de estos problemas y deficiencias.

* Agradezco la colaboración de Erick Zavala Gallardo, en la búsqueda y recopilación de los documentos constitucionales y legislativos analizados en este trabajo.

II. FALTA DE UN NÚMERO RAZONABLE DE JUZGADOS Y JUECES

1. El acceso a la jurisdicción y la habilitación de un número razonable de tribunales y jueces

El acceso a la jurisdicción representa uno de los pilares fundamentales del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. De esta manera, para una eficaz prestación de justicia es necesaria la posibilidad de acceder a ella a través de los órganos jurisdiccionales.

Así, la primera y básica manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva es la de establecer tribunales dotados de todos los elementos materiales (instalaciones, computadoras, papel, etcétera) y humanos (jueces, secretarios, etcétera).¹ Si no hay tribunales ni jueces a dónde acudir en demanda de las pretensiones, el derecho a la tutela judicial efectiva se verá, por obvias razones, vedado. Por ello, no solamente debe haber un número suficiente de tribunales, sino de tribunales y jueces, para revisar y despachar todas las causas que lleguen a su conocimiento en el tiempo que marca la ley.

Afirma Valeria Zayat que el derecho a la tutela judicial efectiva

no se agota con la posibilidad de acceder al órgano jurisdiccional. Implica la obligación del Estado de constituir los órganos (tribunales) y asignarles competencia; como así también, de establecer un debido proceso, cuya principal característica será la de posibilitar una real defensa en juicio.²

Un incremento adecuado del número de juzgados en materia administrativa podría proporcionar al sistema judicial mexicano la capacidad necesaria para hacer frente a las demandas potenciales.

2. Crear más juzgados y habilitar más jueces de acuerdo al grado de litigiosidad, extensión territorial y densidad poblacional

El problema de la cantidad de tribunales resulta clave para la organización de la justicia en materia administrativa. La tendencia al incremento de las cau-

¹ GÓMEZ SANTAMARÍA, Ma. de los Ángeles, “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas como derecho fundamental”, *Justicia 90*, Barcelona, número IV, 1990, p. 886. Afirma que “Se observa, pues, que junto a las necesarias reformas procesales, hoy es imprescindible dotar a nuestra administración de justicia de medios materiales y personales ‘suficientes’, con unas estructuras racionales y con una oficina judicial acomodada a los tiempos actuales”.

² ZAYAT, Valeria E., “La suspensión del acto administrativo impugnado en la administración: ¿regla o excepción?”, *Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 15 de octubre de 2001, p. 6.

sas en esta materia es común en todos los Estados del mundo. Debe habilitarse un número razonable de juzgados en materia administrativa con relación a la población de cada país.³

Afirma Agustín Gordillo que “Esta necesaria correspondencia del número de jueces con la población [...], da la medida exacta del acceso a la justicia o su denegación y privación”.⁴

Si la estructura operativa de los juzgados no responde a los procesos que deben ejecutar, o éstos no guardan consonancia con el marco legal definido, con sus propósitos institucionales o con las expectativas que su comunidad tiene acerca de la justicia, se produce un desajuste que afecta la efectividad del trabajo judicial o, al menos, la percepción ciudadana sobre su trabajo.⁵

El artículo 172 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires es acorde con los planteamientos antes expresados, pues establece que se puede incrementar el número de los tribunales que conocen de causas en materia administrativa dependiendo del “grado de litigiosidad, la extensión territorial y la población respectiva”.

Es decir, el número de juzgados existentes dependerá del grado de litigiosidad y la extensión territorial en relación con la población.

En similares términos el artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, establece que “el territorio nacional se dividirá en las regiones con los límites territoriales que determine la Sala Superior, conforme a las cargas de trabajo y los requerimientos de administración de justicia”.

Por ello, hay que aumentar el número de jueces en materia administrativa con base en los referentes antes mencionados.

El interés de los particulares en defender sus derechos frente a la administración [...], [hace] necesario que existan jueces **suficientes** que en tiempo **razonable**

³ ORTIZ, Ricardo Miguel, “El nuevo fuero contencioso administrativo”, en BOTASSI, Carlos A. (coord), *El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires*, La Plata, Librería Editora Platense, 2000, p. 46.

⁴ GORDILLO, Agustín, “Prólogo”, OBARRIO, Mauricio, *De cómo fui juez*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1988, p. 15; LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, “El proceso administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa de México”, *El Derecho*, Buenos Aires, 1 de diciembre de 2006, pp. 3-9.

⁵ ESPINOSA, Aldo, “Variaciones alrededor de una estructura”, *Sistemas judiciales*, Buenos Aires, CEJA-INECIP, Año 3, número 5, p. 17.

puedan darle una decisión, buena o mala, adversa o favorable, sobre el **fondo** de la cuestión.⁶

Actualmente, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa cuenta con una Sala Superior que se integra con once magistrados y salas regionales que se integran con tres magistrados cada una.

Por su parte, en los estados de la República mexicana, la situación es la siguiente:

Aguascalientes. Tiene una población de 944,285 habitantes y cuenta con un Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se integra con un magistrado, un secretario general de acuerdos y los secretarios de estudio, actuarios, auxiliares y servidores administrativos que sean necesarios para el buen despacho de los asuntos de su competencia.

Baja California. Tiene una población de 2,487,367 habitantes y cuenta con un Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se integra con tres magistrados numerarios y dos magistrados supernumerarios, con un secretario general de acuerdos y los secretarios auxiliares, actuarios y demás personal jurídico y administrativo que requiera el servicio.

Baja California Sur. Tiene una población de 424,041 habitantes y cuenta con una Sala Civil y Administrativa adscrita al Tribunal Superior de Justicia del estado y se integra con tres magistrados.

Campeche. Tiene una población de 690,689 habitantes y cuenta con una sala administrativa adscrita al Tribunal Superior de Justicia del estado que se integra con tres magistrados numerarios, un secretario de acuerdos, dos secretarios auxiliares, un actuario, un oficial de partes y el personal subalterno que exija el servicio y fije el presupuesto.

Coahuila. Tiene una población de 2,298,070 habitantes y cuenta con un Tribunal de lo Contencioso Administrativo que funciona con una Sala Superior y Salas Distritales, la Sala Superior se integra por tres magistrados numerarios y tres magistrados supernumerarios.

Colima. Tiene una población de 542,627 habitantes y cuenta con un Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se integra por un magistrado propietario con el carácter de presidente, los secretarios, actuarios y el personal auxiliar que se requieran y se encuentren previstos en el presupuesto correspondiente, además, se integra con dos magistrados supernumerarios.

Chiapas. Tiene una población de 3,920,892 habitantes y cuenta con dos salas civiles que conocen de las materias civil, familiar y administrativa y están adscritas al

⁶ GORDILLO, Agustín, *op. cit.*, (nota 4), p. 14.

Supremo Tribunal de Justicia del estado y se integran con tres magistrados cada una.

Chihuahua. Tiene una población de 3,052,907 habitantes y no cuenta con Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Distrito Federal. Tiene una población de 8,605,239 habitantes y cuenta con un Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se compone de una sala superior integrada por siete magistrados, y por tres salas ordinarias integradas con tres magistrados cada una, de las cuales una tiene como competencia exclusiva la materia de uso de suelo.

Durango. Tiene una población de 1,448,661 habitantes y según su Constitución cuenta con un Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Guanajuato. Tiene una población de 4,663,032 habitantes y cuenta con un Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se compone de cuatro salas integradas por un magistrado numerario y magistrados supernumerarios.

Guerrero. Tiene una población de 3,079,649 habitantes y cuenta con un Tribunal de los Contencioso Administrativo que funciona con una sala superior y ocho salas regionales, la sala superior se integra por cinco magistrados y las salas regionales con un magistrado

Hidalgo. Tiene una población de 2,235,591 habitantes y cuenta con un Tribunal Fiscal Administrativo que se integra con tres magistrados.

Jalisco. Tiene una población de 6,322,002 habitantes y cuenta con un Tribunal de lo Administrativo que se compone con el pleno del Tribunal que se integra con seis magistrados, el presidente del Tribunal y seis salas unitarias integradas con un magistrado cada una, la secretaría general de acuerdos, los secretarios de cada sala, los actuarios y el personal administrativo que requiera para su buen funcionamiento.

México. Tiene una población de 13,096,686 habitantes y cuenta con un Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se compone por una sala superior que se integra con siete magistrados y cinco salas regionales unitarias.

Michoacán. Tiene una población de 3,985,667 habitantes y no cuenta con Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Morelos. Tiene una población de 1,555,296 habitantes y cuenta con un Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se integra por tres magistrados propietarios y tres suplentes.

Nayarit. Tiene una población de 920,185 habitantes y cuenta con un Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se integra por una sala colegiada con sede en la capital del estado, compuesta de tres magistrados que resolverán en pleno.

Nuevo León. Tiene una población de 3,834,141 habitantes y cuenta con un Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se compone con tres salas unitarias, de las cuales una será la sala superior a cargo del presidente del Tribunal, y dos salas ordinarias, primera y segunda, a cargo de cada uno de los dos magistrados res-

tantes, y cuenta, además, con un secretario general de acuerdos, secretarios de estudio y cuenta, actuarios, y personal técnico administrativo.

Oaxaca. Tiene una población de 3,438,765 habitantes y cuenta con un Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se integra por el pleno, la presidencia, las salas, los magistrados, un secretario general de acuerdos, los secretarios de acuerdos de las salas, un director administrativo, la coordinación de asesores de lo contencioso administrativo, la coordinación de capacitación y mejoramiento en materia jurídico-administrativa, los jueces instructores de lo contencioso administrativo, y los empleados y auxiliares técnicos que determine el presupuesto.

Puebla. Tiene una población de 5,076,686 habitantes y no tiene Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Querétaro. Tiene una población de 1,404,306 habitantes y cuenta con un Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se integra por la sala unitaria, los juzgados de lo contencioso administrativo, la oficialía mayor y la defensoría de oficio.

Quintana Roo. Tiene una población de 874,963 habitantes y cuenta con una sala constitucional y administrativa adscrita al Tribunal Superior de Justicia del estado que se integra con el magistrado de número que el Pleno designe, actuará con el o los secretarios de acuerdos designados para ello y se auxiliará con los secretarios de estudio y cuenta, actuarios y personal administrativo adscrito a la sala.

San Luis Potosí. Tiene una población de 2,299,360 habitantes y cuenta con un Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se integra con cuando menos tres magistrados propietarios y tres supernumerarios, y funciona en pleno y en salas.

Sinaloa. Tiene una población de 2,536,844 habitantes y cuenta con un Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se integra por lo menos, por seis magistrados propietarios y los supernumerarios que determine el Gobernador Constitucional del estado y ejercerá sus funciones con una sala superior y por lo menos con tres salas regionales unitarias.

Sonora. Tiene una población de 2,216,969 habitantes y no cuenta con Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Tabasco. Tiene una población de 1,891,829 habitantes y cuenta con Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se integra por el pleno, la presidencia y cuatro salas unitarias, que podrán ser regionalizadas, de acuerdo a las necesidades del servicio, conforme lo determine el pleno.

Tamaulipas. Tiene una población de 2,753,222 habitantes y no cuenta con Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Tlaxcala. Tiene una población de 962,646 habitantes y cuenta con una sala electoral-administrativa adscrita al Tribunal Superior de Justicia que se integra por tres magistrados.

Veracruz. Tiene una población de 6,908,975 habitantes y cuenta con un Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se compone con seis magistrados, de los cuales, tres integran la sala superior y los tres restantes integran tres salas regionales unitarias

Yucatán. Tiene una población de 1,658,210 habitantes y cuenta con un Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se integra con un magistrado, secretarios de estudio y proyectos, de cuenta y acuerdos, y el actuario, además, dicho Tribunal cuenta con un defensor de oficio y el personal técnico y administrativo que señale el presupuesto de egresos del estado.

Zacatecas. Tiene una población de 1,353,610 habitantes y cuenta con un Tribunal de lo Contencioso Administrativo integrado por un magistrado.

Como podemos observar, la justicia administrativa federal y estatal en México es deficiente en cuanto al número de tribunales y jueces en relación con la el número de habitantes, por lo cual, actualmente las particularidades que enmarcan la tramitación de los expedientes es inevitablemente la lentitud y los frecuentes retrasos, postergando de esta manera el dictado de la sentencia que ponga fin a la controversia entre la administración pública y el administrado.

Es necesario, para dar cumplimiento a las disposiciones de orden constitucional e internacional, que también es derecho interno, cumplir con el derecho a la tutela judicial efectiva, establecer más tribunales de lo contencioso administrativo, es decir, adecuar el número de jueces a la realidad actual de la cantidad de causas, de modo tal que su número sea proporcional tanto a nivel federal como en los distintos estados de la República. Pocos jueces atendiendo una gran cantidad de juicios, da como resultado lentitud e ineficacia, en suma privación de justicia.

Un incremento adecuado del número de salas y de magistrados del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, así como de jueces y tribunales de lo contencioso administrativo en los estados y la instalación de los respectivos tribunales de lo contencioso administrativo en los estados que no se han creado, podría proporcionar al sistema de control judicial de la administración pública en su conjunto, la capacidad necesaria para hacer frente a las demandas actuales, aún sin entrar a considerar el número requerido para atender a las potenciales.

3. Una causa para tomar en cuenta

El 24 de enero de 1983 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió el asunto “Zimmerman y Steiner”, en el que por unanimidad sentenció a Suiza por el atraso de causas que había en los tribunales de ese país.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aplicando el artículo 6, primer párrafo de la Convención Europea de Derechos Humanos, que está redactado en similares términos que el artículo 8, primer párrafo de la Conven-

ción Americana de Derechos Humanos, condenó a Suiza por violación al derecho a tener una sentencia en un plazo razonable (en el caso, el proceso administrativo tardó casi tres años y medio), no por negligencia de sus magistrados, sino del legislador en no crear oportunamente los tribunales a medida que aumentaban las causas. Pese a los reclamos y a las excusas formuladas por el Tribunal nacional actuante, el Tribunal Europeo consideró que la razón principal de la duración del proceso residió en la forma en que el Tribunal local desempeñó sus tareas.⁷

La cuestión, entonces, es qué harán nuestros legisladores, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación en este asunto en que el legislador ha sido remiso, por ejemplo, en la creación de más tribunales en materia administrativa para que no haya una violación al artículo 8, primer párrafo de la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto otorga la garantía de tener sentencia “dentro de un plazo razonable”.

Ahora que nuestros tribunales contencioso administrativos se encuentran abarrotados de causas, se les han agregado nuevas competencias como la de conocer de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial del Estado, lo que ha traído como natural consecuencia, el retraso del dictado de las sentencias en el tiempo que establece la ley.

Las garantías constitucionales del debido proceso o de la efectiva tutela de los derechos e intereses del justiciable demandan en el conjunto de los tribunales una imprescindible descarga en el volumen de los asuntos a fin de dimensionarlo en un registro humanamente atendible.⁸

III. EL TIEMPO Y LOS MEDIOS PERSONALES Y MATERIALES

1. El tiempo en el proceso administrativo

Los factores que influyen en la crisis funcional de la justicia administrativa son frecuentemente de carácter acumulativo. Así, un proceso largo y costoso puede desembocar o no en una sentencia favorable para el administrado, pero aún si le es favorable su ejecución se demora adicionalmente por la falta de voluntad y habilidad de la administración pública para evitar su cumplimiento, o simplemente porque ésta no dispone o alega no disponer, de los medios o de

⁷ MORELLO, Augusto M., *La Corte Suprema en acción*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, p. 98.

⁸ *Ibidem*, p. 97.

las oportunidades necesarias. El tironeo no tiene fin y si el juez no se pone firme la sentencia no se cumple nunca.

Resulta oportuno recordar que postergar *sine die* la resolución de cualquier caso importa privación de justicia, toda vez que si la sentencia pudiera diferirse sin término previsible, la decisión referente al caso controvertido arrojará la disvaliosa conclusión de que los derechos podrían quedar indefinidamente sin reconocimiento, con grave e injustificado perjuicio para quienes lo invocan.⁹

Una solución que a primera vista parecería adecuada para enfrentar el problema de la lentitud de los tribunales consistiría en la introducción de procedimientos de urgencia para aquellas demandas cuya demora de conocimiento supone prácticamente su rechazo.

No sin razón Jesús González Pérez afirma que “la lentitud constituye uno de los males endémicos del proceso administrativo”.¹⁰ Tanto tardan los procesos que muchas veces, “en lugar de pan, se entrega una piedra”.¹¹ La justicia administrativa debe ser rápida para ser eficaz, y ella debe ser eficaz para estar de conformidad con el Estado de Derecho y con las exigencias constitucionales.

La experiencia demuestra que una justicia con capacidad resolutoria que cumplimente las dos finalidades del derecho —pacificación comunitaria y satisfacción aceptable de los intereses en conflicto— fortalece el reconocimiento social de aquélla, y ese prestigio construye un dique protector contra la eventual presión política.¹²

2. Medios personales y materiales en los tribunales

El buen funcionamiento judicial es un valor republicano fundamental. Por eso es necesaria tanto la modernización de los procedimientos, para hacerlos ágiles y efectivos, como la disponibilidad de recursos materiales y humanos para garantizar el acceso a la justicia a todos los ciudadanos.

⁹ *Idem.*

¹⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 1989, p. 212.

¹¹ ORTIZ-ÁLVAREZ, Luis A., “El derecho a la tutela judicial efectiva y la suspensión de efectos de actos administrativos denegatorios”, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núms. 57-58, 1994, p. 122.

¹² GARBARINO, Pablo Adrián, “Una propuesta integral de reforma judicial”, en LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro y VOCOS CONESA, Juan Martín (coords), *Perspectivas del derecho público en el umbral del siglo XXI*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. 177.

Una de las quejas más frecuentes que recibe el sistema de control jurisdiccional de la administración pública es su lentitud o ineficacia en la resolución de las causas.

Las salas regionales de los tribunales de lo contencioso y los juzgados en materia administrativa pueden mejorar sus rendimientos con los mismos efectivos, humanos y materiales, si se adopta un método de trabajo más eficaz. Para ello es preciso un equipamiento adecuado que permita economizar y racionalizar las tareas, de ahí la preocupación sobre la dotación de medios informáticos a la administración de justicia.

Por ello, los medios personales, jueces, magistrados y funcionarios de apoyo deberán ser reforzados si son insuficientes.

Todo tribunal debe seguir el ritmo de la vida contemporánea y valerse de los avances tecnológicos y los medios electrónicos modernos para facilitar sus comunicaciones con las partes procesales, de modo que dichas comunicaciones operen con la fluidez y celeridad debidas.¹³

La experiencia internacional es muy rica en la agilización de los procedimientos encarados para dar curso a situaciones conflictivas de la vida cotidiana, que no encuentran en los canales ordinarios una vía idónea de resolución. Al mismo tiempo, se puede aligerar la carga de los tribunales comunes.

Cualquier reforma, no obstante, no puede eludir la asunción de los costos que implica dotar a la justicia administrativa de los recursos materiales y humanos indispensables para una labor eficiente.

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

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.

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 inde-

¹³ CIDH, Caso Paniagua Morales, Guatemala, párrafo 35.

fensión 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.

2. Acto administrativo previo

El principio general tradicional para que pueda iniciarse el proceso administrativo ha sido el de la necesidad de que la administración pública haya adoptado una decisión formal, como requisito previo para que pueda abrirse dicho proceso.

En efecto, la mayoría de las legislaciones de los estados y la federal que regulan la expedición del acto administrativo así como el procedimiento administrativo, establecen como requisito del acto administrativo, que éste conste por escrito.

En otras palabras, para que el 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.

Es decir, 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. Éste es un aspecto tomado de los sistemas continentales europeos.

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.¹⁴

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, aunque poco a poco se ha ido corrigiendo en muchas legislaciones de otros países, de manera que no se convierta en un obstáculo al acceso a la justicia.¹⁵

¹⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Administración pública y libertad*, México, UNAM-IJ, 1971, p. 83.

¹⁵ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., "Consideraciones sobre el contencioso-administrativo como un derecho constitucional a la tutela judicial frente a la Administración", *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 49, enero-marzo de 1992, p. 6.

El viejo dogma de la jurisdicción revisora es una articulación del 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.¹⁶

Este principio es un reflejo clásico del poder de la autotutela de la administración pública y que implica su prerrogativa de que sólo después que ella decida formalmente un asunto mediante un acto administrativo es que puede ser llevada a juicio.¹⁷

En el nuevo sistema, es la pretensión procesal, con sus variables admitidas y no el acto administrativo denegatorio de derechos, el objeto del proceso.¹⁸

3. Jurisdicción revisora

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 previo a centrarse en la protección jurídica de los derechos en juego, haya acto o haya omisión de la administración pública.¹⁹

¹⁶ LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro y SANTIAGO SÁNCHEZ, Javier, “El proceso administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa de México”, en LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (coord), *Estudios de derecho procesal administrativo México-Argentina*, México, Porrúa, 2007, pp. 223 a 241; 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.

¹⁷ BREWER-CARÍAS, Allan R., *op. cit.* (nota 15), p. 6.

¹⁸ Gordillo, Agustín, *op. cit.* (nota 16), p. 25. Nos explica: “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”.

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.²⁰

Así por 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, no el acto impugnado.²¹

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 este 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 como exclusivamente revisor, sino que tiene un pleno poder de controlar la actividad administrativa.²²

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 huma-

¹⁹ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, “Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España”, en CIENFUEGOS SALGADO, David y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (coords), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho procesal*, México, IIJ, 2005, p. 312.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La justicia administrativa en el cambio de siglo*, México, FUNDAP, 2003, p. 56.

²¹ GORDILLO, Agustín, *op. cit.* (nota 16), p. 21.

²² PEÑARRUBIA, Joaquín María, “Proceso al acto, carácter revisor de la jurisdicción y eliminación de obstáculos para el acceso a los tribunales: tres sentencias del tribunal constitucional 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.

nos, 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.²³

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 sólo los derechos perdidos o soslayados en épocas pasadas, sino la justicia en todas sus proyecciones, tal como lo proclama el artículo 17 de nuestra Constitución.

Por ello, se deben suprimir conceptos que son propios de otros regímenes jurídicos diferentes y ajenos al mexicano, que impiden alcanzar una verdadera tutela judicial. En palabras de Inés D'Argenio, podemos decir que

El desafío de esta época consiste en abandonar los atavismos que marcan un solo curso de interpretación y comprender, definitivamente, que se puede elaborar una concepción institucional diferente de la justicia administrativa en el marco de nuestro ordenamiento jurídico.²⁴

V. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

1. Planteamiento

El agotamiento de la vía administrativa es uno 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.²⁵

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 administra-

²³ GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*. Tomo 3. El acto administrativo, 8ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2004, Introducción, p. 7.

²⁴ D'ARGENIO, Inés, *La justicia administrativa en Argentina. Situación actual. Necesidad de su adaptación a nuestro sistema institucional*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. 33.

²⁵ BREWER-CARÍAS, Allan R., *op. cit.* (nota 15), p. 8.

tiva como presupuesto procesal, de manera que permita el acceso a la vía judicial sólo cuando la administración pública no tiene más nada que decir sobre el asunto, por haberse agotado las instancias administrativas.²⁶

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 el instituto del agotamiento de la vía administrativa nacieron en Francia en el siglo XIX. Dicho instituto del agotamiento de la vía administrativa, 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”;²⁷ 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”.²⁸

Lejos de esa concepción anticuada que era la de agotar todos los medios o recursos administrativos que previera la ley de la materia, hoy, 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 a opción del administrado agotar dichos medios o recursos administrativos o acudir directamente a los tribunales.

²⁶ PRADO MONCADA, Rafael G., “Comentarios sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en el sistema jurídico administrativo venezolano”, *Lex. Difusión y análisis*, México, año VII, núm. 92, febrero de 2003, p. 30.

²⁷ *García de Enterría*, Eduardo, *op. cit.* (nota 20), p. 79.

²⁸ *Ibidem*, p. 80.

La generalidad —casi unanimidad— 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.

2. *Los recursos administrativos*

Desde un punto de vista etimológico, la palabra “recurso” deriva del vocablo latín *recursus* (marca hacia atrás, acción y efecto de recurrir), los recursos son “los remedios o medios de protección del individuo para impugnar los actos —*lato sensu*— y hechos administrativos que lo afectan y defender sus derechos frente a la administración”.²⁹

Los ordenamientos jurídicos suelen regular, como presupuesto del proceso o como simple potestad del particular afectado, unos medios de impugnación ante la propia administración pública, que son los recursos administrativos. Recursos, en cuanto se deducen en relación con una decisión de un órgano público; administrativos, en cuanto se deducen ante un órgano de este carácter.³⁰

El recurso administrativo es toda impugnación en término de un acto administrativo, interpuesto por quien tenga un derecho jurídicamente protegido, sea derecho subjetivo o interés legítimo, con objeto de que el órgano que lo emitió, el superior jerárquico o el órgano que ejerce el control de tutela o jerarquía atenuada proceda a revocar, modificar o sanear el acto administrativo cuestionado.³¹

Es un medio de impugnación de actos administrativos de alcance particular que debe ser interpuesto en un plazo determinado para obtener de la autoridad que dictó el acto, su superior jerárquico o aquella que ejerza sobre la primera el control de tutela, la revocación, sustitución o modificación del acto impugnado.³²

²⁹ GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*. Tomo 4. El procedimiento administrativo, 8ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2004, cap. III, p. 1; LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, “El recurso administrativo como mecanismo de control de la administración pública”, en CISNEROS FARÍAS, Germán, FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (coords), *Control de la administración pública*. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, México, UNAM, 2007, pp. 223-241.

³⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La justicia administrativa en España*, Madrid, Civitas, 1974, p. 32.

³¹ CANOSA, Armando N., “Los recursos”, en AA. VV., *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1998, p. 98.

³² MONTI, Laura, “El agotamiento de la instancia administrativa”, en AA. VV., *Control de la administración pública. Administrativo, legislativo y judicial*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2003, p. 211.

3. *Los problemas prácticos de los recursos administrativos*

Los sistemas jurídicos que se dicen tener características de un Estado de Derecho contienen una serie de medidas o remedios que realmente son eficaces para proteger a los particulares frente a las arbitrariedades e ilegalidades de la administración pública.

En este sentido, las leyes que establecen alguna relación entre la administración pública y los administrados, también tienen que regular algún remedio en caso de que el administrado se quiera inconformar con la decisión de la administración pública.

El problema que se presenta con los recursos administrativos, en la práctica, es que lejos de facilitar la protección jurídica de los particulares frente a los actos de la administración pública, los recursos se han convertido en obstáculos o trampas donde el administrado se pierde por la exigencia de requisitos y formalidades, desde nuestro punto de vista, innecesarios.

Incluso, hay autores que, llevando a los extremos su opinión, ha propuesto su desaparición. El argumento que utilizan es “la ineficacia práctica de estos medios de impugnación, al convertirse en recursos dilatorios”.³³ Ello es así en el derecho mexicano al igual que en el latinoamericano. Y es que, en ocasiones, al interponer los recursos, pocas veces se logra que la autoridad administrativa, “alejándose de cuestiones de imágenes a sus superiores, reconozca la violación formal o de fondo a la que ha incurrido”,³⁴ y revoque o modifique el acto administrativo que se impugnó, en beneficio del particular originalmente afectado en sus derechos o intereses.

En realidad, sostiene Canosa, el sistema recursivo, tal como está en la mente de los funcionarios y de los agentes, no resulta de mucha utilidad; ya que no permite alcanzar los objetivos tenidos en cuenta al momento de su concepción.³⁵

4. *Opcionalidad de los recursos*

En la actualidad, el legislador debe tener una visión más global de las situaciones que pretende regular, tomar en cuenta la realidad en la que regirá la nueva norma jurídica, sus efectos, su impacto tanto en el interior del país como fuera de él.

³³ ESTRADA ROMERO, Sergio Saúl, “Opcionalidad de los recursos administrativos previos al procedimiento contencioso administrativo”, *Memoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de México*, Toluca, México, núm. 9, mayo-junio de 1995, p. 131.

³⁴ *Idem*.

³⁵ CANOSA, Armando N., *op. cit.* (nota 31), p. 101.

Por ello, las modernas regulaciones sobre el procedimiento administrativo y, especialmente, sobre los recursos administrativos, se están encaminado hacia la opcionalidad de dichos medios de impugnación de los actos administrativos.

Cuando la administración dicta un acto administrativo, cualquiera que sea el órgano administrativo del que proceda, en nuestros días, se admite en la mayoría de las ocasiones, la posibilidad de acudir a la misma administración pública o a los tribunales, en defensa de los derechos que por el dictado de dicho acto administrativo se hayan lesionado.

En la mayoría de las ocasiones el administrado, lesionado por los actos administrativos dictados por la administración pública, tiene la convicción de que nada logrará en este vía, que no tiene sentido retrasar más el momento de acudir a los estrados del contencioso o del Poder Judicial, con la exigencia de un recurso que constituirá un trámite inútil.³⁶

Las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva se han hecho social, legislativa, doctrinaria y jurisprudencialmente cada día más intensas, siendo cada vez más intolerable el mantenimiento del carácter obligatorio de las vías administrativas, las cuales en la práctica suelen ser ineficaces y, por tanto, una carga excesiva.³⁷

El sistema jurídico debe otorgar al administrado la opción de acudir, si él lo prefiere, ante los órganos de la administración pública, cuando el ciudadano considere que la solución a su reclamo puede encontrar buen camino en sede administrativa.

Por el contrario, si tiene la convicción de que de nada le servirá acudir a esta instancia, no tiene sentido seguir perdiendo el tiempo, demorando el momento de acudir al proceso. Aún más, si la práctica cotidiana demuestra la inutilidad de este tipo de remedios no tiene ningún sentido establecer un sistema de recursos, sometidos a distinto régimen jurídico, con las consiguientes dudas y dificultades a la hora de tener que agotar la vía administrativa. Por ello, consideramos que sería conveniente “un único recurso administrativo y potestativo”.³⁸

Ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

³⁶ Véase GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “La Constitución y la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, año 11, 1999, pp. 43 y ss.

³⁷ PRADO MONCADA, Rafael G., *op. cit.* (nota 26), p. 30.

³⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *op. cit.* (nota 36), pp. 43 y ss.

En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable.³⁹

También se ha argumentado que “Los recursos son ilusorios cuando se demuestra su inutilidad en la práctica”.⁴⁰ Es decir, la existencia de muchos recursos regulados por el ordenamiento jurídico no demuestra que el sistema funcione adecuadamente. Los recursos fueron creados con la finalidad de que la administración revise muy bien el acto que va a dictar, no para hacer perder el tiempo al administrado y después no darle la razón, donde se evidencia que sí la tenía.

Afortunadamente, tanto en el ámbito federal como en los ámbitos locales, las leyes que regula el procedimiento administrativo ya establecen la opcionalidad de sus recursos. Aunque todavía se observa que en algunas materias es obligatorio agotar el recurso administrativo.

5. Unificación de los recursos administrativos

En la actualidad, en México, están vigentes cientos de leyes federales y miles de leyes locales. En algunas de estas leyes se regulan recursos específicos para la impugnación de actos administrativos en sede administrativa.

Asimismo, en los últimos años se viene hablando de medidas de simplificación administrativa, que buscan dar al administrado facilidad en todas sus gestiones gubernamentales, a fin de disminuir lo obeso del sistema administrativo.

Y es que, en muchas ocasiones, ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el acudir a los recursos administrativos “se convierte en una formalidad que carece de sentido”.⁴¹

Consideramos que bastaría un solo tipo de recurso administrativo, tanto a nivel federal como en las respectivas entidades federativas, con un procedimiento simple desprovisto de formalidades, como las que a veces revisten los

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), Caso Velásquez Rodríguez, párrafo 64. Se pueden consultar todas las sentencias en www.corteidh.or.cr

⁴⁰ CIDH, Caso IVCHER BRONSTEIN, Perú, párrafo 137.

⁴¹ CIDH, Caso VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ, párrafo 68.

procesos o juicios ante los tribunales, para lograr un verdadero instrumento eficaz a los fines apuntados.⁴²

VI. LOS PLAZOS PARA IMPUGNAR⁴³

1. *Planteamiento*

Otra prerrogativa tradicional de la administración pública, que según la doctrina y la jurisprudencia se justifica por la necesidad de que las actuaciones administrativas tengan cierta estabilidad en beneficio de la seguridad jurídica, es la que se materializa en la exigencia legal de que como condición de admisibilidad de la acción administrativa ésta deba ejercerse en un lapso de tiempo, vencido el cual los actos adquieren firmeza y ya no pueden ser impugnados.⁴⁴

Las diferentes leyes que regulan el proceso contencioso administrativo tanto en el ámbito federal como en los ámbitos locales, establecen plazos generales para interponer la demanda de 10,⁴⁵ 15,⁴⁶ 30⁴⁷ o 45⁴⁸ días.

Los problemas que se presentan son, por una parte, que al vencerse estos plazos el particular pierde el derecho a demandar a la administración pública, y por la otra, que el establecimiento de este tipo de plazos va en contra de normas supranacionales y constitucionales actualmente en vigor. Es decir, la caducidad de la acción administrativa por transcurrir un lapso de 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.⁴⁹

⁴² NAVA NEGRETE, Alfonso, “Recursos administrativos”, en *Justicia administrativa*, México, Trillas, 1988, p. 43.

⁴³ Sobre este importante tema, véase el excelente artículo de MAIRAL, Héctor A., “Los plazos de caducidad en el derecho administrativo argentino”, en AA. VV., *Derecho procesal administrativo*. GONZÁLES PÉREZ, Jesús. Homenaje, Buenos Aires, Hammurabi, t. 1, 2004, pp. 881 a 916.

⁴⁴ Véase, entre muchos otros SCJN, Fallos, 179: 249; 316:2454; 318:441.

⁴⁵ Es el caso de Chiapas,

⁴⁶ Es el caso de Aguascalientes, Baja California, Colima, Distrito Federal, Durango, México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Nayarit, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Tabasco, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

⁴⁷ Es el caso de Baja California Sur, Jalisco, Nuevo León, Oaxaca y San Luis Potosí.

⁴⁸ Es el caso de Campeche y de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

⁴⁹ BREWER-CARÍAS, Allan R., *op. cit.* (nota 15), p. 9.

2. Los plazos generales y su incompatibilidad con las normas supranacionales y constitucionales

El establecimiento de plazos 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.

La inobservancia de ciertas formalidades no siempre es relevante, pues lo esencial es que se preserven las condiciones necesarias para que los derechos procesales de las partes no sean disminuidos o desequilibrados, y para que se alcancen los fines para los cuales han sido diseñados los distintos procedimientos.⁵⁰

Como ya hemos apuntado en el capítulo primero de la primera parte de este trabajo, de acuerdo con los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados parte no pueden dictar ningún tipo de norma jurídica (leyes, reglamentos, actos administrativos, sentencia, etcétera) que viole los derechos, libertades, normas y principios reconocidos en la Convención y en la Constitución federal.⁵¹

El establecimiento de plazos para interponer la demanda es contrario al principio de legalidad del obrar administrativo,

el que cede frente a la teoría del acto consentido; [...] se consagra una situación violatoria del principio constitucional de igualdad ante la ley, en tanto el Estado no está sujeto a plazos de caducidad cuando tuviere la calidad de parte actora; [...] se compromete la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, dada la exigüidad de dichos plazos.⁵²

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 apli-

⁵⁰ Véase CIDH, Caso VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ, párrafo 33.

⁵¹ “Los Estados parte en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella. Tampoco pueden los estados dejar de tomar las medidas legislativas “o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”, en los términos del artículo 2 de la Convención. Estas medidas son las necesarias para “garantizar el libre y pleno ejercicio” de dichos derechos y libertades, en los términos del artículo 1.1 de la misma”. CIDH, Caso CESTI HURTADO, Perú, párrafo 166.

⁵² DIEZ, Horacio Pedro, “El plazo de caducidad para demandar al Estado (El artículo 25 de la Ley N° 19.549)”, en AA. VV., *Control de la administración pública. Administrativo, legislativo y judicial*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2003, p. 232.

cación de las normas supranacionales y constitucionales y del objeto y fin de estas normas.⁵³

La existencia de un plazo general de caducidad 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.

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.⁵⁴

3. *Justificación de los plazos*

Según algunos doctrinarios, la regulación de los plazos establecidos para interponer la demanda en contra de la administración pública se justifica por la necesidad de otorgar seguridad jurídica al administrado, ya que de esta manera se da estabilidad y certidumbre a la actividad administrativa,⁵⁵ ya que ésta continúa con su normal desenvolvimiento; además de que la administración pública debe conocer el periodo dentro del cual sus actos pueden ser atacados y las consecuencias que de ello pudieran derivarse.⁵⁶ Pero la realidad es que el establecimiento de los plazos únicamente da seguridad jurídica a los funcionarios de la administración pública y a ésta, no al derecho.

También se ha justificado su establecimiento, señalando que:

son una derivación de la presunción de legitimidad propia de los actos administrativos, 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.⁵⁷

Afirma Mairal que las razones de seguridad jurídica que se argumentan para defender el sistema de caducidad de los plazos para interponer la demanda:

⁵³ CIDH, Caso PANIAGUA MORALES, Guatemala, párrafo 42.

⁵⁴ CIDH, Caso GARRIDO Y BAIGORRA, Argentina, párrafo 70.

⁵⁵ Véase MARCER, Ernesto Alberto, *Demandas contra el Estado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, p. 166; ARGANARAS, Manuel J., “Tratado de lo contencioso administrativo”, Buenos Aires, *Lex*, 1988, p. 93.

⁵⁶ Véase PERRINO, Pablo Esteban, “El plazo para deducir la pretensión procesal administrativa y el derecho a la tutela judicial efectiva”, en AA. VV., *Estudios de derecho administrativo. X. El proceso administrativo en la República Argentina*, Buenos Aires, Ediciones Dike, 2004, p. 291.

⁵⁷ CSJN, “Gypobras S. A. c/Nación Argentina (Ministerio de Educación y Justicia)”, sentencia del 5 de abril de 1995.

pueden ser valederas en Francia, donde los efectos de la sentencia anulatoria se extienden *erga omnes*, ya que sería injusto que los beneficiarios del acto impugnado por ilegítimo continuarían durante años en la incertidumbre acerca de la validez y estabilidad de tales beneficios.⁵⁸

Pero no tiene igual peso en el régimen mexicano en que priva el efecto relativo de la cosa juzgada.

Además de las anteriores consideraciones, podemos decir que el establecimiento de este tipo de plazos es contrario al principio de igualdad, ya que cuando la administración pública es la que demanda al administrado, ésta lo puede hacer dentro de los 5 años posteriores a la expedición del acto administrativo; en cambio, cuando el administrado demanda a la administración pública deberá hacerlo en el breve plazo que le impone la ley.⁵⁹

4. *Eliminación de los plazos generales para demandar al Estado*

En este apartado, se propone la eliminación de los plazos para demandar a la administración pública. Únicamente, aclaramos, se está proponiendo la supresión para este caso. Los plazos que se establecen para seguir el curso del proceso deben ser, si acaso, revisados, pero no eliminados, pues en esos casos sí se estaría en presencia de una inseguridad jurídica.

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”.⁶⁰

En este sentido, se puede aplicar lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos referido a los plazos razonables. Es decir, se podrían eliminar los plazos que actualmente contemplan las leyes para interponer la demanda en contra de la administración pública, y aplicar el concepto y los elementos que ha elaborado la Corte Interamericana sobre un “plazo razonable”.

En efecto, el artículo 8.1 de la Convención se refiere a los plazos razonables. Éste no es un concepto de sencilla definición, ha dicho la Corte In-

⁵⁸ MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984, vol. I, p. 384.

⁵⁹ Afirman BIANCHI ALBERTO B. y TAWIL, Guido S., *Proceso administrativo y constitucional*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración [s.a], p. 35. que “La inexistencia de un plazo de caducidad para accionar en el supuesto en que el Estado es parte actora implica una desigualdad injustificada —en tanto su aplicación depende no de la naturaleza del acto o de su vicio sino de la persona que invoca la nulidad— y priva de todo sustento a aquéllos que justifican la existencia de tales plazos en razones de seguridad jurídica”.

⁶⁰ CIDH, Caso Castillo Petruzzi, Perú, párrafo 78.

teramericana; 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 este artículo 8.1 de la Convención Americana es equivalente en lo esencial al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Interamericana, citando a la Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: “a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades”.⁶¹

VII. 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.

El principio *solve et repete* es una derivación del principio de la no suspensión de los efectos del acto administrativo a pesar de la impugnación.⁶² Se lo encuentra vigente, aunque morigerado, no sólo en el derecho mexicano tanto en el ámbito federal como en las entidades federativas, sino también en otros países.

De la ejecutividad el acto administrativo y subsiguiente posibilidad, en su caso, de ejecución forzosa, se ha llegado a extraer la consecuencia de que la impugnación de cualquier acto administrativo que implique la obligación de pagar un crédito a favor del fisco sólo es posible si el particular previamente garantiza el pago de la deuda que se discute.⁶³

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

⁶¹ CIDH, Caso Genie Lacayo, Nicaragua, párrafo 77.

⁶² BREWER CARÍAS, Allan-Randolph, “Aspectos de la ejecutividad y de la ejecutoriedad de los actos administrativos fiscales y la aplicación del principio solve et repete”, *La Justicia*, México, t. XXVI, núm. 451, diciembre de 1967, p. 24.

⁶³ *Idem*.

el cumplimiento del acto era un requisito procesal para que los tribunales pudieran examinar la pretensión deducida contra el mismo.⁶⁴

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 fundamento jurídico sólido alguno, y cuya finalidad consiste en garantizar drásticamente y sin piedad la recaudación de los tributos, 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.⁶⁵

El argumento que utiliza la autoridad para justificar la vigencia de esta prerrogativa es que dicho principio se aplica 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 ella presupone la percepción regular de los ingresos fiscales para prever el funcionamiento de los servicios públicos.

También se argumenta 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 normal financiación del gasto público, que es esencial para la existencia del Estado. Se decía que “con la suspensión del acto impugnado, se afectaba el cálculo de recursos que se efectúa cada año al elaborar el presupuesto”.⁶⁶

Sin embargo, 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 proceso⁶⁷ 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.

La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, estimó que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva.

⁶⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *op. cit.* (nota 14), p. 84.

⁶⁵ BREWER CARÍAS, Allan-Randolph, *op. cit.*, (nota 62), p. 24.

⁶⁶ Véase 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.

⁶⁷ 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”. Véase GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *op. cit.*, (nota 14), p. 84.

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.⁶⁸

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 administrativo, que viola el acceso a la justicia, en clara contradicción con lo que establecen tanto la Constitución como los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Las leyes que regulan el proceso contencioso administrativo en las entidades federativas, la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo y la Ley de Amparo, también establecen este presupuesto procesal.

2. *El solve et repete y las normas supranacionales y constitucionales*

Recordemos también que los tratados sobre derechos humanos, que han sido incorporados al sistema jurídico interno establecen el derecho al libre acceso a la justicia, y que “una interpretación o consideración contraria o restrictiva implicaría vulnerar la Constitución en sí misma, en la medida que las normas antes citadas no sólo integran la Carta Magna sino que además cuentan con una jerarquía superior a las leyes”.⁶⁹

Con todo, sostiene Agustín Gordillo, 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 previo pago como condición de cuestionar un tributo.⁷⁰

Deben evaluarse fundamentalmente situaciones patrimoniales 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 real menoscabo del derecho de defensa en juicio.

Los tratados que han sido incorporados al sistema jurídico mexicano establecen el derecho a un libre acceso a la función jurisdiccional y a la tutela judicial efectiva, y “una interpretación o consideración contraria o restrictiva, im-

⁶⁸ Véase CIDH, Caso Cantos, párrafo 55.

⁶⁹ LAVIÉ PICO, Enrique, “Consideraciones generales acerca de la ‘exigencia del pago previo de una multa para habilitar la instancia judicial’”, Suplemento de jurisprudencia de derecho administrativo, Buenos Aires, *La Ley*, 12 de febrero de 2001, p. 14.

⁷⁰ GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*. Tomo 2. *La defensa del usuario y del administrado*, 8ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2006, cap. XIII, p. 35.

plicaría vulnerar la Constitución en sí misma, en la medida que las normas antes citadas no sólo integran la Carta Magna sino que además cuentan con una jerarquía superior a las leyes”.⁷¹

3. *Eliminación del requisito solve et repete*

En la actualidad, 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 de 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 —cual es el de la presunción de inocencia y el del acceso a la justicia por un medio llano y expedito—”⁷² contenidos en la Constitución nacional y en pactos internacionales sobre derechos humanos que el país ha incorporado a su derecho interno.

El principio, que se había desarrollado como un privilegio de la administración pública, progresivamente ha sido cuestionado en todas partes. Así, el Tribunal Constitucional Italiano, en 1973, lo declaró inconstitucional, y en España, después de promulgada la Constitución de 1978, que garantiza el derecho a obtener tutela efectiva de los jueces en el ejercicio de derechos e intereses legítimos, también, en 1983 fue considerado inconstitucional.⁷³

VIII. LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. *Planteamiento*

Las medidas cautelares son actos procesales del órgano judicial adoptados en el curso de un proceso o previamente a él, a pedido de un interesado o de oficio para asegurar bienes, derechos, pruebas o mantener situaciones de hecho.⁷⁴

⁷¹ LAVIÉ PICO, Enrique, *op. cit.*, (nota 69), p. 14.

⁷² 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. Véase también CNFed. Contencioso administrativo, Sala IV, “Frimca S.A. – R.Q.U. – c Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación”, sentencia del 28 de diciembre de 1998.

⁷³ BREWER-CARÍAS, Allan R., *op. cit.*, (nota 15), p. 12.

⁷⁴ LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, “Las medidas cautelares en el proceso administrativo en Argentina”, en LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (coord), *Estudios en homenaje a don Alfonso Nava Negrete. En sus 45 años de docencia*, México, UNAM, 2006, pp. 97-120; DIEZ, Manuel María, con la colaboración de Tomás Hutchinson, *Derecho procesal administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1996, pp. 311 y 312. Comenta: “Al objeto de garantizar la situación y derechos del litigan-

Son instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a los bienes, derechos o a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación del proceso.⁷⁵ También pueden ser utilizadas para dar justicia anticipada o autónoma, como es el caso de las medidas cautelares autónomas en Argentina.

Tanto la Ley de Amparo como las diversas leyes que regulan algún aspecto del proceso administrativo son los textos jurídicos que contemplan enunciados a partir de los cuales el juzgador puede desarrollar, en el ejercicio de su jurisdicción, las garantías o principios de tutela judicial efectiva, acceso a la justicia, entre otras, contenidas en la Constitución nacional. De esta manera, y siguiendo la idea anterior, podemos afirmar que el proceso en materia administrativa es un instrumento de tutela del derecho, cuya extensión depende del alcance que el juez entienda que debe dar la tutela jurisdiccional bajo su imperio. Ahora bien, siendo necesario que el derecho no sucumba o se transforme en una verdadera ficción ante el proceso o sea que con el fin de que este instrumento de tutela cumpla, oportuna y debidamente, con su noble cometido, resulta indispensable que otro instrumento asegure, en lo posible, sus resultados o su eficacia. Para realizar este objetivo es que se justifica y existe el proceso cautelar.⁷⁶

En la actualidad, el principal problema que se presenta en el proceso judicial en materia administrativa, es el de la lentitud de los procesos, lo cual trae aparejado un riesgo cierto de que mientras se “aguarda su normal desenlace, se alteren las circunstancias fácticas y jurídicas existentes al momento en que se reclamó la intervención del órgano jurisdiccional, con lo cual se tornan iluso-

tes desde que plantea su pretensión en sede administrativa o judicial hasta la terminación del juicio, es necesario acordar al peticionante algunas facultades cuyo ejercicio le permita poder ejecutar a su tiempo los derechos que eventualmente pueden reconocérsele en la sentencia, para que éstos no resulten ilusorios”. GALLEGOS FEDRIANI, Pablo Oscar, “Control judicial de la administración. Medidas cautelares”, en AA. VV., *Derecho procesal administrativo*. Jesús González Pérez homenaje, Buenos Aires, Hammurabi, t. 1, 2004, p. 728. Por su parte, considera que las medidas cautelares “son actos procesales del órgano judicial adoptados en el curso de un proceso —en el caso administrativo— o previamente a él, a pedido de un interesado para asegurar bienes o pruebas y mantener situaciones de hecho, como un anticipo de la garantía judicial de la defensa de la persona y de los bienes y para no tornar ilusorias las sentencias de los jueces”.

⁷⁵ FIX-ZAMUDIO, Héctor y OVALLE FAVELA, José, “Derecho procesal”, *El derecho en México. Una visión de conjunto*, México, UNAM, t. III, 1991, p. 1268.

⁷⁶ SNOPEK, Guillermo, *Medidas cautelares en contra de la administración pública*, La Plata, Librería Editora Platense, 1985, p. 44.

rias e ineficaces las resoluciones judiciales destinadas a restablecer la observancia del derecho”.⁷⁷

Consideran Fix-Zamudio y Ovalle Favela que las medidas cautelares son una de las categorías esenciales del derecho procesal, “ya que el lapso inevitable (que en la práctica llega a convertirse frecuentemente en una dilación a veces considerable por el enorme rezago que padecen nuestros tribunales) por el cual se prolonga el procedimiento hasta la resolución definitiva de la controversia”, hace indispensable la utilización de estas medidas cautelares para evitar que se haga inútil la sentencia de fondo.⁷⁸

Esta situación impone, entonces, el dictado de veloces resoluciones preventivas o cautelares para asegurar los bienes y las personas involucradas en la litis y el mantenimiento de los estados de hecho y de derecho vigentes al momento en que se promovió la demanda o se formuló la petición extracontenciosa, de modo que el pronunciamiento de la sentencia definitiva pueda resultar de cumplimiento posible o revista interés para el justiciable.⁷⁹

Consideramos, además, que las medidas cautelares constituyen un anticipo de la garantía jurisdiccional otorgada para defensa de la persona y de sus derechos. Así, las medidas cautelares y la pretensión principal, contenida en la demanda, se encuentran vinculadas a fin de cumplir la función de aseguramiento del derecho reclamado.

2. Las medidas cautelares como derivación de la tutela judicial efectiva

Los instrumentos cautelares encuentran su razón de ser en la tutela judicial efectiva, ya que ésta difícilmente puede concretarse sin medidas que aseguren el real cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso principal, o incluso eviten un dispendio jurisdiccional y eviten el proceso entero a través de la resolución anticipada en audiencia convocada de oficio por el juez.

El principio de la tutela cautelar, derivación de la tutela judicial efectiva, se presenta como límite infranqueable a la ejecutividad administrativa, con lo cual “las medidas cautelares ya no son medidas extraordinarias o excepcionales sino que, [...] se convierten ‘en instrumento de la tutela judicial ordinaria’,

⁷⁷ GALLEGOS FEDRIANI, Pablo Oscar, *op. cit.*, (nota 74), p. 728.

⁷⁸ FIX-ZAMUDIO, Héctor y Ovalle Favela, José, *op. cit.*, (nota 75), p. 1268.

⁷⁹ GALLEGOS FEDRIANI, Pablo Oscar, *op. cit.*, (nota 74), p. 728.

adquiriendo así una perspectiva constitucional que sitúa a las medidas cautelares en el denominado derecho administrativo constitucional”.⁸⁰

El derecho a la tutela cautelar se inserta en el marco jurídico más amplio del derecho a la tutela judicial efectiva, y adquiere una trascendencia de gran magnitud por la finalidad que lo inspira: asegurar la eficacia del proceso judicial y, con ella, la del derecho sustantivo.

Además, la tutela cautelar se inserta dentro de los principios supranacionales y constitucionales que enmarcan el proceso administrativo, como son la tutela judicial efectiva y acceso a la justicia, consagrados en la Constitución federal y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, como son, entre muchos otros, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así, las medidas cautelares podríamos conceptuarlas dentro del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que junto al amparo representarían medidas sencillas, rápidas y efectivas que protegen contra actos que violen los derechos fundamentales reconocidos por los tratados internacionales sobre derechos humanos, la Constitución, o las leyes.⁸¹

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, según se desprende de su propio texto, garantiza a toda persona el acceso a la justicia para hacer valer sus derechos, recayendo sobre el Estado, en este caso sobre la justicia, el deber de prevenir los posibles actos que imposibiliten, tornen ilusorias e ineficaces las resoluciones judiciales destinadas a restablecer la observancia del derecho.

La necesidad de asegurar la tutela cautelar es particularmente relevante en aquellos casos en que por otras razones de técnica procesal no sea posible acudir a otra vía sumarásima, como el amparo.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en reiteradas ocasiones que:

el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención.⁸²

⁸⁰ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *op. cit.*, (nota 19), p. 303.

⁸¹ Véase CIDH, Caso Blake, Guatemala, párrafo 101.

⁸² CIDH, Caso Cantoral Benavides, Perú, párrafo 163.

En otras palabras, “la tutela cautelar constituye un instrumento útil para evitar que la justicia pierda o deje en el camino su eficacia, sin la cual, por supuesto, deja de ser justicia”.⁸³

Con la expresión “tutela cautelar”, sostiene Snopek, se denominan tanto las medidas destinadas a asegurar provisionalmente no sólo el buen fin de un proceso, sino también todas aquellas otras que tienden a garantizar preventivamente lo que puede ser necesario para defender esos derechos o intereses legítimos, aun generales; ello aun cuando no se haya iniciado o sea menester deducir un proceso.⁸⁴

Para García de Enterría,

Existe un verdadero derecho fundamental a la tutela cautelar en el proceso administrativo, cuyo contenido será toda acción por parte del juzgador que exija la efectividad de la tutela en las situaciones particulares de que se trate, lo cual incluye, necesariamente, medidas positivas de protección, y no sólo suspensiones de actos administrativos.⁸⁵

3. La suspensión del acto administrativo como medida cautelar

El principio del debido proceso que contempla la Constitución federal en su artículo 18, comprende la garantía de la suspensión del acto administrativo, en cuanto dicha medida cautelar está encaminada a asegurar la eficacia del resultado del proceso.

Además, debemos mencionar que tanto la Ley de Amparo como las leyes que regulan el proceso contencioso administrativo en las entidades federativas, en materia de medidas cautelares están bastante desactualizadas, pues únicamente contemplan la suspensión de acto reclamado, siendo que las legislaciones más avanzadas también contemplan la adopción de medidas cautelares positivas.

La suspensión del acto administrativo constituye una medida cautelar, por lo tanto deben cumplirse los mismos presupuestos para poderla decretar, es decir, se debe analizar la verosimilitud del derecho invocado y el peligro de la demora, y por tratarse de medidas excepcionales frente a la administración

⁸³ PASTOR DE PEIROTTI, Irma y ORTIZ DE GALLARDO, María Inés del C., “Medidas cautelares en la justicia administrativa: fundamentos y alcances”, *Estudios de derecho administrativo*. X. *El proceso administrativo en la República Argentina*, Buenos Aires, Ediciones Dike, 2004, p. 433.

⁸⁴ SNOPEK, Guillermo, *Medidas cautelares en contra de la administración pública*, La Plata, Librería Editora Platense, 1985, p. 29.

⁸⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1995, p. 15.

debe tenerse en cuenta también la prevalencia del interés público y la susceptibilidad del grave daño al administrado.

La suspensión del acto administrativo constituye una medida cautelar, por lo tanto se rige en general por los mismos principios de admisibilidad, es decir, la verosimilitud del derecho invocado, el peligro de la demora y la contracautela con más el interés público que es el de la sociedad y no el de la administración, y la susceptibilidad del grave daño al administrado.⁸⁶

Esta medida cautelar no es sino una más entre todas las medidas cautelares, y como en todas las demás, es el juez el que debe valorar la adopción de la medida cautelar que, según las circunstancias, fuese necesaria y adecuada al caso, conforme a lo pedido por las partes o, más modernamente, reencausando de oficio la acción o el pedido, lo que constituye un ahorro de inútil dispendio jurisdiccional.

Por ello, creo que es necesario que se faculte al juzgador para dictar medidas cautelares de carácter positivo, como se establece por ejemplo, en Argentina, España y en la recién aprobada Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

También se debe tomar en cuenta, que la suspensión de los actos reclamados participa de la naturaleza de una medida cautelar, cuyos dos presupuestos más importantes son la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora.⁸⁷

La suspensión de los actos reclamados participa de la naturaleza de una medida cautelar, cuyos presupuestos son la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora. El primero de ellos se basa en un conocimiento superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso. Dicho requisito aplicado a la suspensión de los actos reclamados, implica que, para la concesión de la medida [...], basta la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el quejoso, de modo tal que, según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en la sentencia [...] se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado.⁸⁸

El principio del debido proceso que contempla la Constitución federal en su artículo 17 además de comprender implícitamente la garantía de la suspen-

⁸⁶ Véase GORDILLO, Agustín, *op. cit.*, (nota 70), cap. VI, parágrafo 5, p. 30.

⁸⁷ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, Novena época, Pleno, tomo III, abril de 1996, tesis P./J. 15/96, p. 16.

⁸⁸ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, Novena época, Pleno, tomo III, abril de 1996, tesis P./J. 15/96, p. 16.

sión del acto administrativo también se debe interpretar en el sentido de representar una facultad implícita para los jueces (cualquier juez) de dictar cualquier tipo de medida cautelar en cuanto dichas medidas cautelares están encaminadas a asegurar la eficacia del resultado del proceso y a evitar daños irreparables a los particulares en sus derechos, salud, patrimonio, libertad, etcétera.

Pero además, creo que los jueces en el juicio de amparo en materia administrativa y los jueces de los tribunales de lo contencioso administrativo de las entidades federativas administrativos si pueden ordenar la adopción de medidas cautelares de carácter positivo, pues el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece como obligación para los Estados parte la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.⁸⁹

La Corte Interamericana, siguiendo la idea anterior, ha establecido que los Estados tienen, como parte de sus obligaciones generales, un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello supone tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce.

Recordemos que la Convención Americana es un tratado internacional según el cual los Estados parte se obligan a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.⁹⁰

La Convención Americana y los distintos tratados sobre derechos humanos que han sido ratificados por nuestro país contienen una importante enumeración de principios, garantías individuales y derechos fundamentales, que en su gran mayoría constituyen un avance sobre el estado previo de nuestra legislación, y que además definen con mayor amplitud que nuestra Constitución muchos derechos individuales; ella tiene en primer lugar una importancia

⁸⁹ CIDH. Caso Castillo Petruzzi. Perú. Párrafo 207.

⁹⁰ CIDH. Caso Las Palmeras. Colombia. Párrafo 32.

práctica como propósito normativo de acrecentamiento material del ámbito de libertad y de la esfera de derechos de los individuos.⁹¹

A partir de la incorporación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al sistema jurídico interno, ésta debe servir de guía para la interpretación tanto de los preceptos legales como de cualquier otra norma jurídica, en la medida en que México ratificó dicha Convención y reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En ese sentido, el artículo 29.a de la Convención Americana establece que ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

Una interpretación de la Convención Americana en el sentido de permitir que un Estado parte pueda retirar su reconocimiento de la competencia obligatoria del Tribunal, [...] implicaría la supresión del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, iría en contra de su objeto y propósito como tratado de derechos humanos, y privaría a todos los beneficiarios de la Convención de la garantía adicional de protección de tales derechos por medio de la actuación de su órgano jurisdiccional.⁹²

En la Convención Americana se establecen algunos principios que son de vigencia universal y por tanto de aplicación obligatoria y directa en el derecho interno, por lo cual, cualquier juez mexicano no debe olvidar, antes que nada, estudiar los tratados de derechos humanos, entre ellos la Convención, pues además de que jerárquicamente es una de las normas más importantes del sistema jurídico, estableció dos instancias para la defensa de los derechos humanos en América, que, consideramos, poco a poco irán tomando mayor protagonismo dentro de nuestro sistema jurídico.

⁹¹ GORDILLO, Agustín, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Derecho administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marínhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 250.

⁹² CIDH. Caso Ivcher Bronstein. Perú. Párrafo 41. Véase también CIDH. Caso del Tribunal Constitucional. Perú. Párrafo 40.

IX. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

1. Planteamiento

Este es un tema que ha suscitado debate desde siempre, pues como es obvio, se refiere a la efectividad de las condenas dictadas contra el Estado y, con ella, al efectivo resguardo del derecho de los particulares.

La ejecución de la sentencia es otro momento en que puede naufragar una vez más, los derechos del actor triunfante en la litis.

Así, durante mucho tiempo, en México, la regla fue la imposibilidad de ejecutar las sentencias que condenaban al Estado, como un privilegio de este último respecto de los particulares.

Asimismo, hay que abundar en que la tutela judicial efectiva representa el derecho del particular a que el Estado organice los medios necesarios para que el servicio de justicia sea prestado eficazmente, de tal manera que la actuación desarrollada sea susceptible de producir la finalidad buscada.⁹³

Siguiendo a Jesús González Pérez, podemos decir que el derecho a la tutela judicial efectiva se concreta en tres momentos diferentes del proceso: en el acceso a la jurisdicción, en el debido proceso y en la eficiencia de la sentencia.⁹⁴

2. Carácter fundamental de la ejecución

El derecho a la tutela judicial supone el derecho público subjetivo a acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o defenderse de ella, para que a través del debido proceso legal (*due proces of law*), se dicte en tiempo razonable una decisión judicial sustentada en los hechos del caso y conforme a derecho y sobre todo y fundamental, que en su caso, se ejecute esa decisión.⁹⁵ Sin la ejecución, todo lo demás no sirvió para casi nada.

⁹³ Véase GORDILLO, Agustín, *op. cit.*, (nota 70), cap. XIII, p. 1. En igual sentido, ZAYAT, Valeria E., “La suspensión del acto administrativo impugnado en la administración: ¿regla o excepción?”, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, Buenos Aires, *La Ley*, 15 de octubre de 2001, p. 6.

⁹⁴ Véase GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, Comentarios a la *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 3ª ed., Madrid, 1998, t. I, p. 17. Del mismo autor *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 2000, p. 59.

⁹⁵ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, novena época, Primera Sala, tesis 1ª. LIII/2004, t. XIX, mayo de 2004, p. 513. Rubro: “GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ALCANCES”.

El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es muy amplio, ya que despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la justicia; segundo, durante el desarrollo del proceso, y finalmente, al tiempo de ejecutarse la sentencia.⁹⁶

El derecho a la tutela judicial efectiva no se agota, simplemente, con la posibilidad de acceder al órgano jurisdiccional sino en que la eficacia real de la jurisdicción concretada en la sentencia no resulte ilusoria, es decir, que sea oportuna y eficaz.

Un régimen de ejecución de sentencias contra el Estado como el actualmente vigente que resulta tan complicado, extenso y proclive a ciertos intersticios de gran discrecionalidad administrativa, es susceptible de dejar sin contenido a la tutela judicial efectiva.⁹⁷

Vedar, de alguna forma, la posibilidad de los jueces de ejecutar sus mandatos implica el avasallamiento del derecho a la tutela judicial efectiva.⁹⁸

3. La ejecución de la sentencia y su cumplimiento efectivo

El principio de tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 17 de la Constitución federal y en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece el derecho de las personas de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional y obtener de ellos una sentencia relativa a los derechos de los litigantes.⁹⁹

Un problema que frecuentemente se presenta, es el relativo a la negativa de la autoridad demandada a cumplir con una obligación de hacer que se le impuso en la sentencia, como puede ser, el otorgamiento de un permiso o de una autorización que deba emitir, porque fue condenada a otorgarlo y conminada para que cumpla con la sentencia.¹⁰⁰

⁹⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 2000, p. 59.

⁹⁷ MURATORIO, Jorge I., “Ejecución de sentencia contra el Estado”, en AA. VV., *Control de la administración pública. Administrativo, legislativo y judicial*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2003, p. 808.

⁹⁸ ABERASTURY, Pedro (h), “La ejecución de sentencias contra el Estado”, en AA. VV., *Derecho procesal administrativo*. Jesús González Pérez homenaje, Buenos Aires, Hammurabi, t. 2, 2004, p. 1712.

⁹⁹ CSJN, “DAHLGREN, Jorge Eric c/ CÁCERES, Raúl Edgardo y/o ATECH. s/ querella”, sentencia del 10 de diciembre de 1996.

¹⁰⁰ TREVIÑO GARZA, Adolfo J., *Tratado de derecho contencioso administrativo*, México, Porrúa, 2004, p. 250.

Hasta hace unos años y en opinión de Iturbe Rivas, la sentencia era meramente declarativa. Es decir, afirmaba este autor, “el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa se limita a resolver que la resolución impugnada no produce efecto legal alguno, sin imponer a la autoridad demandada una obligación específica”.¹⁰¹

Pero con la nueva Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo el Tribunal puede hacer cumplir por sus propios medios con una obligación de hacer, impuesta a la autoridad demandada, otorgando en su rebeldía el permiso o la autorización que fue condenada a expedir.¹⁰²

Es por ello que el juez tiene el poder de hacer ejecutar lo juzgado, imponiendo, si es necesario, multas o sanciones administrativas,¹⁰³ tal como ocurre ya en muchas de las entidades federativas, donde las respectivas leyes facultan al juez para obligar a la administración pública a que cumpla por lo ordenado en la sentencia.

4. La ejecución de la sentencia: opiniones para hacerla efectiva

Las decisiones judiciales, afirma Gelli, valen por lo que deciden, por los efectos que producen sobre conflictos futuros y por la resonancia social de los argumentos empleados, si resultan consistentes con el sistema y construyen principios de largo alcance.¹⁰⁴

En la medida que el Estado desconozca o no se encuentre sujeto a los mandatos judiciales, no podemos afirmar que nos encontramos frente a un Estado de Derecho.

Parte de un buen gobierno:

es tener justicia que lo controle y le anule sus actos cuando los perciba ilegítimos. [...] un órgano de control que sirva de algo, debe precisamente criticar y en su caso invalidar la acción del gobierno de turno a tiempo, y no llegar con su sentencia recién cuando el gobierno ya cambió, y la sentencia sólo alcanza al gobierno anterior.¹⁰⁵

¹⁰¹ ITURBE RIVAS, Arturo, *Elementos de derecho procesal administrativo*, México, Porrúa, 2004, p. 193.

¹⁰² Véase el artículo 58 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

¹⁰³ HUTCHINSON, Tomás, “El proceso de ejecución de sentencias contra el Estado en Argentina”, en *Documentación administrativa*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, núm. 269-270, mayo-diciembre de 2004, p. 115.

¹⁰⁴ GELLI, María Angélica, “Las fuentes de ‘poder’ de la Corte Suprema”, *Revista Jurídica La Ley*, tomo 2003-E, Buenos Aires, *La Ley*, p. 1318.

¹⁰⁵ GORDILLO, Agustín, *op. cit.*, (nota 4), p. 11.

El derecho a la tutela judicial efectiva debe asegurar al justiciable la obtención de una resolución judicial, favorable o desfavorable, sobre el fondo de la pretensión deducida, a lo que podemos agregar que esa resolución se produzca dentro de los plazos establecidos por la ley para que el órgano jurisdiccional la dicte y se dé una plena eficacia al momento de ejecución de las resoluciones.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Véase GORDILLO, Agustín, “Axel en la justicia administrativa de la Provincia de Buenos Aires”, *RAP DIGITAL*, Circular letter del 9 de abril de 2004, pp. 1 a 5. Se puede consultar en www.revistarap.com.ar.