

CAPITULO 2

FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Cuando definimos la función administrativa, indicamos que constituye una función del Estado que se realiza bajo un orden Jurídico, este ultimo elemento significa que dicha función se desarrolla sometida al llamado principio de legalidad que precisamente consiste en que ningún órgano del Estado puede tomar una decisión individual que no sea conforme a una disposición general anteriormente dictada. es decir, la legalidad significa, como lo señala el maestro Dr. Gabino Fraga, en su obra al citar a vedel, "Conforme con el derecho y es un sinónimo de regularidad jurídica"⁴

El principio de legalidad se puede entender desde un punto de vista material, en cuyo caso su alcance es en que la norma en que se funde cualquier decisión individual tiene que ser una norma de carácter abstracto e impersonal. Puede también ser tomado en su sentido formal, significándose entonces que además de ser una ley desde el punto de vista material, la norma bajo la cual se realce el acto individual debe también tener las caracteres de una ley desde el punto de vista formal, es decir, que debe de ser una disposición expedida por el poder que conforme al régimen constitucional esté normalmente encargado de la formación de las leyes.

El principio de que ningún órgano del Estado puede realizar actos individuales que no estén previstos ni autorizados por disposición general anterior tiene en todos los estados modernos un carácter casi absoluto; pues salvo el caso de facultad discrecional, en ningún otro y por ningún motivo es posible hacer excepción a este principio fundamental.

Como la actitud del Estado resolviendo casos individuales sin sujeción a normas generales constituye la definición clásica del despotismo, y como esta noción es contraria a todos los sistemas constitucionales modernos, se ha considerado que el principio de legalidad desde el punto de vista material no debe sufrir, fuera de lo señalado, ninguna excepción.

Sin embargo consideramos que no hay violación del principio de la legalidad desde el punto de vista cuando la administración se funda en los principios generales de derecho, como por ejemplo el principio de audiencia, el de igualdad ante la ley y las cargas públicas, el de enriquecimiento sin causa, etc.

Pero no sucede lo mismo con el principio de legalidad desde el punto de vista formal, pues en este aspecto, y por consideraciones practicas de muy diversa naturaleza, son admitidas numerosas excepciones, de tal modo que, dentro del régimen constitucional de los Estados contemporáneos basta que la disposición sea materialmente legislativa para que el acto individual pueda realizarse a su amparo

⁴ Dr. Gabino Fraga, Derecho Administrativo 36 Edición, 1997 Pág. 99.

cualquiera que sea el órgano de donde proviene aquella disposición y siempre que el órgano tenga competencia para dictar la norma.

De manera que si la función administrativa consiste en la ejecución de actos que determinan situaciones para casos individuales, el principio de legalidad a que nos hemos referido impone como fuente de derecho administrativo en primer término las normas jurídicas de carácter general. Entre ellas se cuenta en lugar preponderante la ley, cuyos caracteres, desde el punto de vista formal como desde el punto de vista material, hemos examinado con todo detenimiento al hacer el estudio de la función legislativa.

Es natural que cuando en una disposición concurren los caracteres material y formal de la ley, ésta debe ser considerada como la fuente más importante del derecho administrativo.

Indicamos en el punto anterior que la única excepción al principio material de la legalidad ocurría en los casos en que la administración se encuentra revisada con la llamada facultad discrecional. Por ello consideramos oportuno precisar desde luego la naturaleza campo de aplicación y límites de dicha facultad.

Hay poder discrecional para la administración cuando la ley o el reglamento, previendo para la administración cierta competencia, en ocasión de una relación de derecho con un particular, dejan a la administración un poder libre de aplicación para decidir si debe obrar o abastecerse, en que momento debe obrar, como debe obrar y que contenido va a dar a su actuación. El poder discrecional consiste pues, en una libre apreciación dejada a la administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer.

Esa facultad debe distinguirse del poder arbitrario, pues mientras este representa la voluntad personal del titular de un órgano administrativo que obra impulsado por sus pasiones, sus caprichos o sus preferencias, aquella, aun que constituye la esfera libre de la actuación de una autoridad, tiene un origen legítimo, como lo es la autorización legislativa y un límite que en el caso extremo en que no este señalado en la misma ley o implícito en el sistema que ésta adopta, existe siempre el interés general que constituye la única finalidad que pueden perseguir las autoridades administrativas. Por esta razón, mientras una orden arbitraria carece en todo caso de fundamento legal, la orden dictada en uso de la facultad discrecional podrá satisfacer los requisitos del art. 16 Constitucional de fundar motivar la causa legal del procedimiento.

Desde el primer punto de vista, la autoridad debe tener una competencia ligada por la ley y no un poder discrecional, en todos aquellos casos referidos a las garantías individuales, en que la constitución exige que dichas garantías solo puedan afectarse por mandato de la ley.

En todo caso si se otorga una facultad discrecional, se producirá el resultado dichos casos si se otorgan una facultad discrecional, se produciría el resultado de que la administración sustituiría al poder legislativo, violándose así el principio de la reserva de la ley según el cual es exclusiva de la competencia del poder que normalmente está encargado de legislar, la regulación de ciertas materias por normas generales.

Desde el segundo punto de vista o sea el relativo a la fundación que desempeña la facultad discrecional, debemos decir que, como dicha función consiste en dar flexibilidad a la ley para adaptarla a circunstancias imprevistas o para permitir que la administración haga una apreciación técnica de los elementos que concurren en un caso determinado o pueda, por ultimo, hacer equitativa la aplicación de la ley, el dominio de dicha facultad debe extenderse a aquellos casos en los cuales exista la posibilidad de muy variadas ocurrencias en que realmente concurren elementos cuya apreciación técnica no pueda ser regulada de antemano, o en que por ultimo, el principio de igualdad ante la ley quede mejor protegido por una estimación de cada caso individual.

Se denomina fuente el lugar donde brota el agua a la superficie terrestre. Consecuentemente, se denomina fuente del Derecho, y en nuestro caso, Fuente del Derecho Administrativo, al lugar de donde brota o emana el Derecho Administrativo.

Mucho se ha discutido respecto a las fuentes del Derecho, y en ocasiones se les ha confundido con el procedimiento por medio del cual se forma el Derecho.

Se entiende como fuente del derecho los procedimientos por los cuales se elaboran las reglas del derecho, en este caso como en otros similares, estamos colocados frente a una concepción equivocada, pues se considera que la fuente del Derecho Administrativo, ni de ninguna rama puede ser considerada o equiparase al procedimiento por medio del cual, se elaboran las reglas del Derecho. Considero, asimismo que el tema de que se trata ha motivado algunas confusiones, y que no ha quedado plenamente resuelto el problema, pues todavía existen confusiones de lo que es realmente la fuente del derecho, pero que aun así lo expuesto por distintos autores es posible presentar una concepción general sobre las fuentes del Derecho Administrativo.

En términos generales, se ha definido a la fuente del Derecho Administrativo, como los procedimientos, formas, actos y medios de creación e interpretación, dando origen a los principios y leyes que constituyen el Derecho Administrativo, se debe establecer que existen diferencia entre las fuentes del conocimiento jurídico y las fuentes del derecho considerado a las primeras como aquellas a las que acude el estudioso para desentrañar el hecho, el fenómeno o materia del conocimiento, y que pueden ser directas o indirectas.

El término "Fuente del Derecho" es un término multívoco que ha dado lugar a diferentes concepciones, de las cuales cuando menos tres, han sido tipificadas de manera diferente, y que son:

- a) Fuentes del Conocimiento Jurídico
- b) Fuentes de la Ley
- c) Fuentes del Derecho.

Las citadas en el inciso a).

Son consideradas como “aquellas a las que acude el estudioso para tratar de desentrañar el hecho, fenómeno o materia del conocimiento y pueden ser directas o indirectas. Las primeras le proporcionan el conocimiento de manera inmediata; las segundas de manera mediata”.

Para la tipificación de las señaladas en los incisos b) y c), debe tomarse en consideración que la Ley y el Derecho no son términos o conceptos equivalentes en su totalidad, pues debe reconocerse que toda Ley es Derecho mas no todo el Derecho es Ley.

Aun cuando se ha objetado, sigue aceptándose la clásica división de las fuentes del derecho en:

- * Formales
- * Materiales e
- * Históricas

Respecto a las fuentes del Derecho, El tratadista Miguel Galindo Camacho, sostiene en su obra citando al autor, Miguel Acosta Romero, que: “Fuentes del Derecho Creación y Supletoriedad. Al hablar de las fuentes del derecho es necesario en nuestra opinión, distinguir dos situaciones que son de importancia:

CREACION DE LA NORMA

Supletoriedad, de la norma en su interpretación, ejecución y aplicación cuando tiene algunas o no prevé determinadas situaciones.

Creemos con ello enfatizar que para nosotros existen dos momentos en la creación del derecho y la norma. El primero será el momento mismo de su origen o de su creación. En cuyo caso resultarían Fuentes del derecho todas las circunstancias sociales, que en un momento dado, dan origen a la norma, ya sea en la mente del legislador o en la conciencia social. En este aspecto, creemos no cabe hablar de fuentes formales, reales o históricas sino que serán todos aquellos elementos de la sociedad que precisamente originan la norma; ejemplo de ello pudiera ser el del constituyente que, al formular su norma, se inspira y la origina en cualquier hecho social que considera pertinente en ese momento, así se trate de una sola idea, y no recurre necesariamente a la clasificación tripartita de las fuentes.”⁵

⁵ 5 Miguel Galindo Camacho, Derecho Administrativo, Tomo I, Cuarta Edición, Editorial Porrúa 2003, Pág.22

A pesar de que considero objetable la clasificación tradicional de las fuentes del Derecho en formales, materiales e históricas, diré que las primeras es decir.

a) Las Formales: Son fundamentalmente la ley en sentido estricto y aplicándolo es agregado por el Derecho aplicable, es decir, por el Derecho escrito o legislado, por la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina jurídica.

b) Las Fuentes Materiales: Están representadas por el conjunto de Fenómenos Sociales, o Socio-políticos que originan el Derecho positivo.

c) Las Históricas: Están representadas por datos que se recogen en devenir histórico de las sociales.

Resulta una tarea sumamente difícil considerar a las fuentes del Derecho administrativo desde los tres puntos de vista mencionados por separado, pues con frecuencia acontece que estos tres elementos se combinan para producir el Derecho, pues en todo caso se debe tomar en consideración, que si bien es cierto que el Derecho norma y conduce la conducta humana, en algunas ocasiones la conducta humana, es decir, la realidad social, genera a las normas Jurídicas.

Es evidente que nuestra época se caracteriza por evitar el divorcio entre la razón y la experiencia, pues ambas constituyen de manera importante métodos del conocimiento, y que más que excluirse, se complementan y esta postura permite advertir los aspectos negativos y positivos de la escuela del Derecho natural, así como de la escuela histórica del Derecho, y que de esta manera de concebir las cosas y utilizar los métodos también permite, en el caso del derecho administrativo, sostener que es indebido, por difícil e inútil tratar de establecer una precisa diferencia entre las fuentes del Derecho Administrativo, pues resulta confuso e inadecuado, por inútil que se traté de determinar si una fuente del Derecho Administrativo es formal, material e histórica, cuando considero que la fuente puede participar, al mismo tiempo, de estos tres elementos, que son los que en la realidad histórica se presentan como verdadera fuente del Derecho Administrativo.

LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SON LAS SIGUIENTES:

1.- La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y las de los Estados miembros de la Federación.

2.- Las Leyes tanto Federales, como Estatales, Así como los tratados Internacionales.

3.- El Derecho Internacional.

4.- La Jurisprudencia de los Tribunales Judiciales de la Federación y la de los Estados miembros de la misma, así como la de los Tribunales Administrativos de la Federación (Tribunal Fiscal de la Federación, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y Tribunal de lo Contencioso Electoral) Etc. así como la de los Tribunales Administrativos de los Estados de la Unión.

5.- Los Reglamentos administrativos, federales, estatales, y municipales.

6.- Las circulares, y oficios circulares de las autoridades administrativas, federales, estatales y municipales, así como el criterio de las mismas.

7.- Los convenios de Derecho Administrativo celebrados entre la Federación y los estados miembros de la misma o entre éstos entre si, así como los convenios, que de acuerdo a la Constitución, celebren los municipios.

8.- Los principios generales derivados del Derecho Administrativo.

9.- La doctrina de los tratadistas de Derecho Administrativo.

10.- Las ideas Político-sociales de los Gobernantes.

11.- Todos los hechos Socio-políticos que generan normas de Derecho Administrativo.

12 La Costumbre y el Uso.

También considero que esta clasificación o enumeración que se formula no es, por supuesto, exhaustiva, pues con la renovación y enriquecimiento que opera en el Derecho Administrativo, y el desprendimiento autonómico de varias ramas del Derecho Administrativo, que ya tiene su objeto propio, es evidente que las fuentes de producción del Derecho Administrativo incluye a múltiples e importantes ramas especializadas del mismo, se enriquecen las fuentes enumeradas.