

## BIBLIOGRAFÍA

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder* ..... 243

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, España, Editorial Civitas, 2a. ed. 1979, 99 p.

En este pequeño volumen, que no obstante su brevedad contiene reflexiones muy importantes sobre la justicia administrativa de nuestra época, el destacado jurista español examina con la precisión y la profundidad que caracterizan sus estudios, el desarrollo de la lucha que se inició a partir de la Revolución francesa para someter al cada vez más vigoroso poder de la Administración, al control del organismo judicial.

El profesor García Enterría señala con agudeza, que el nacimiento del instrumento que actualmente se ha calificado como contencioso administrativo surge de una paradoja derivada de la idea de la separación estricta entre la administración y la justicia, que lleva a la creación del Consejo de Estado, que en su primera época comienza como un control interno de la administración sobre su aparato, ya que la propia administración, será la que enjuicie el comportamiento de los administradores.

Este desenvolvimiento de la justicia administrativa se ha transformado de un control interno de la administración, en un instrumento procesal aplicado por auténticos jueces, es decir, en heterocontrol en concepto del destacado tratadista español, ya que constituye un control jurisdiccional puro y simple, en interés de los demandantes, salvo en los supuestos excepcionales de acciones populares.

Esta situación es lo que motiva el repliegue de la administración sobre sus propios prerrogativas y a que ésta presente la exigencia formal de que determinadas que le son propias han de quedar inmunes a la fiscalización de los jueces, y por ello, afirma con toda razón el profesor García de Enterría, la historia de la reducción de estas inmunidades, y de esta constante resistencia que la administración ha opuesto a la exigencia de un control judicial plenario de sus actos mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación, debe considerarse, en general, como la historia misma del derecho administrativo.

El autor ilustra su pensamiento con la experiencia de la legislación española y señala que en el año de 1952, cuando se dictó el texto refundido de la Ley de lo contencioso-administrativo, se establecieron los tres grandes círculos de actuación administrativa inmune a la fiscalización judicial: *los actos discrecionales; los actos políticos, y los actos normativos o reglamentos*, y si bien la ley actualmente en vigor de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, hizo un enorme esfuerzo para limitar estos tres círculos de inmunidad, dicho esfuerzo no fue ni pudo ser completo, y corresponde a la jurisprudencia ampliar paulatinamente la esfera de competencia de los tribunales, como lo hizo en Francia el Consejo de Estado.

El profesor García de Enterría examina con gran precisión estos tres sectores, empezando por el poder discrecional de la administración, haciendo suya la frase del jurista suizo Hans Huber, en el sentido de que esta institución constituye el verdadero caballo de Troya en el seno del derecho administrativo de un Estado de derecho.

En una primera etapa se excluía en su totalidad los actos discrecionales del examen de los organismos judiciales, no obstante que es raro el acto administrativo donde no exista un elemento de discrecionalidad, y así ocurrió con la ley española en su texto de 1952, pero tanto la doctrina como la jurisprudencia francesas, observaron, que, en todo acto discrecional hay elementos reglados como son los relativos a la misma existencia de la potestad de cuyo ejercicio dinamiza el acto; la extensión concreta de esta potestad, que es imposible que sea totalmente indeterminada; y finalmente, la competencia para ejercerla.

El segundo gran proceso de reducción llega más allá y significa un extraordinario progreso, al constatarse que el fin de las potestades discrecionales es también un elemento reglado de las mismas, y en esta observación se apoya la técnica de control de la *desviación de poder*, creado y desarrollado en forma admirable por el Consejo de Estado francés, ya que no obstante haberse iniciado hace más de un siglo, ha sido adoptado tardíamente por el derecho español, según lo señala el profesor García de Enterría, y por nuestra parte podemos afirmar que en el derecho mexicano se ha consagrado todavía en época más reciente y además en forma incompleta, por lo que se refiere a la materia tributaria, si consideramos que el Código fiscal federal vigente, que entró en vigor en abril de 1967, admite en su artículo 228, inciso d), como causa de anulación de una resolución o de un procedimiento administrativo, el desvío de poder sólo por lo que se refiere a las sanciones.

En seguida, el excelente estudio del profesor García de Enterría examina otros instrumentos más sustanciales sobre las potestades discrecionales, y en esta dirección señala tres categorías: a) el *control de los hechos determinantes*, ya que toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto de la norma de cuya aplicación se trata; b) en segundo lugar, recuerda la *diferencia entre discrecionalidad y aquellos que los juristas alemanes califican como los conceptos jurídicos indeterminados*, los cuales se contienen en las llamadas normas flexibles y son consustanciales a toda técnica jurídica, pero en el derecho público, en virtud de un error común y tradicional, se han confundido con la existencia de poderes discrecionales, no obstante que dichos conceptos indeterminados no dan lugar a soluciones alternativas sino que su calificación en una circunstancia concreta, no puede ser más que una, es decir, se da o no se da el concepto, o sea para citar algunos ejemplos, o hay justo precio, utilidad pública, ur-

gencia, circunstancias excepcionales, orden público, etcétera, o no las hay; y c) la tercera técnica de control de las facultades discrecionales, está representada por los *principios generales del derecho*, y si partimos del principio de que la administración no es un poder soberano, no puede pretender apartar en un caso concreto utilizando una potestad discrecional, la exigencia particular y determinada que dinamiza de un principio general de derecho operante (dentro de la comunidad que se contempla), en la materia de que se trate.

En este último sentido, el distinguido administrativista español afirma certeramente que las posibilidades de un control judicial de los poderes discrecionales por los principios generales del derecho son muy extensas, ya que pueden señalarse entre otros los de iniquidad manifiesta; irracionalidad; buena fe; proporcionalidad de los medios a los fines; el de la naturaleza de las cosas, y el fundamental de la igualdad, este último considerado como uno de los fundamentos de la justicia administrativa. Por lo que se refiere al derecho mexicano, en época muy reciente se inicia la aceptación de estos mecanismos técnicos de control de los actos administrativos discrecionales, en cuanto el artículo 22, fracción IV, de la Ley del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del Distrito Federal de 1971, considera como causas de nulidad de los actos impugnados: "Arbitrariedad, desproporción desigualdad, injusticia manifiesta, o cualquiera otra causa similar."

El segundo gran sector de las materias inmunes a la jurisdicción contencioso-administrativas, es el relativo a los *actos políticos*, y al respecto señala el profesor García de Enterría, que si bien la ley española de 1956 ha pretendido restringir el significado práctico de estos actos políticos, no ha escapado a la fuerza de la tradición, en cuanto considera como actos políticos del gobierno, que no pueden ser sometidos al examen de los organismos judiciales, a aquellos que afecten a la defensa del territorio nacional, las relaciones internacionales, la seguridad interior del Estado y el mando u organización militar.

En este sector, el distinguido tratadista español penetra muy hondo en los complejos problemas que ha producido el intento para determinar, así sea con aproximación, el concepto de los actos de gobierno; pues como lo señala el propio autor, al insistirse sobre la diferencia cualitativa entre política y administración, se está diciendo algo obvio, pero debe considerarse una petición de principio pretender arrancar de esta diferencia material una división de régimen jurídico, tan grave, además como la definitiva exclusión del derecho administrativo de todo un sector de actos que inicialmente se nos presentan como actos propios del sujeto en que la administración consiste, por lo que de la lista tradicional de los llamados actos de gobierno, los únicos que sí pueden calificarse como tales, en concepto del

autor, son exclusivamente dos: los actos de relación internacional cumplidos por los órganos superiores del gobierno y en segundo lugar, los actos de relación interconstitucional de los propios órganos superiores, los que están excluidos de la apreciación judicial, en virtud de que no son actos de la administración.

En este sentido, el profesor García de Enterría señala cómo en el derecho francés, animado por una vivaz y sutil jurisprudencia, la doctrina de los actos de gobierno ha desaparecido, ya que se excluyen del examen judicial únicamente las relaciones gobierno-parlamento y las relaciones internacionales, por la razón de que no se consideran actividades administrativas; y en otros países, la eliminación de la doctrina de los actos de gobierno o políticos, en su tradicional expresión, ha sido el resultado de una técnica constitucional explícita, que se califica como cláusula general de competencia de los tribunales, y así los artículos 132 de la Constitución austriaca; 113 de la italiana, y 19, párrafo iv, de la Ley Fundamental de Bonn, disponen que los ciudadanos pueden impugnar ante los propios tribunales a todos los actos de la administración.

El último círculo de inmunidad frente a los tribunales administrativos ha sido el de los *poderes normativos*, ya que toda la tradición revolucionaria montó la idea del Estado de derecho, poniendo el énfasis en un esquema simple: la sumisión de la administración a la ley; pero esta ley, que se consideraba como el mayor escudo de la libertad, es un hecho que ha pasado a ser uno de sus enemigos más temibles, tomando en cuenta, además, que la administración se ha apoderado en todas partes de las facultades normativas, no sólo en virtud de su potestad reglamentaria, sino incluso fuera de este supuesto, por las varias formas de delegaciones legislativas, cada vez más intensas y generalizadas, de ahí que sea fundamental para la sociedad actual organizar técnicas eficaces de control respecto de estos poderes normativos de la propia administración.

Señala el profesor García de Enterría que una innovación de la Ley de la jurisdicción contenciosa española de 1956, ha sido la de instaurar por vez primera el recurso directo contra los reglamentos, pero por otra parte, falta, a juicio del autor, una configuración definitiva de ese fundamental recurso, ausencia que la jurisprudencia no se ha decidido a colmar.

El distinguido tratadista, después de este examen tan penetrante sobre la lucha incesante que todavía no termina, para someter la administración a la justicia, formula la conclusión que compartimos plenamente, de que el *poder administrativo es de suyo un poder esencial y universalmente justiciable*, en virtud, entre otras razones, de que no es un poder soberano.

Consideramos de una gran utilidad la lectura de este magnífico estudio del profesor García de Enterría, particularmente por los juristas mexicanos, ya

que se observa en nuestra bibliografía una escasez manifiesta de estudios sobre la justicia administrativa mexicana, no obstante la trascendencia que tiene esta fundamental institución para la defensa de los derechos de los administrados, en una época que se caracteriza en todas partes, y por supuesto en nuestro país, por un crecimiento, a veces desorbitado pero inevitable, de la actividad administrativa.

Héctor FIX-ZAMUDIO

GÓMEZ GÓMEZ, Amalia, *Visitas de la Real Hacienda novohispana en el reinado de Felipe V*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos de Sevilla, C.S.I.C., 1979, p. 273.

Uno de los aspectos más importantes y menos estudiados de la historia de la administración española en el México colonial es sin duda el relativo a la Real Hacienda novohispana. La obra que aquí se reseña cubre en parte esta laguna al ofrecer un minucioso y detallado estudio de las visitas que por orden de la Corona española se hicieron a ésta durante el reinado de Felipe V.

Su autora, la doctora Amalia Gómez Gómez, realizó una exhaustiva investigación en los acervos del Archivo General de Indias de Sevilla logrando con ella el doctorado en historia con calificación de "sobresaliente *cum laude*". El resultado de esta investigación es publicado ahora bajo los auspicios del Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España, con un prólogo del destacado historiador sevillano Luis Navarro García.

Se encuentra dividida en tres partes que abarcan: la visita general de don Antonio de Pagave de 1710 a 1715; la pesquisa de don Prudencio Antonio de Palacios contra los oficiales reales de México en 1716 y su actuación como fiscal de la Audiencia de la capital novohispana en el periodo comprendido entre 1723-1733 y, por último, la visita general de don Pedro Domingo de Contreras de 1729 a 1733. Un cuarto de siglo que representan una verdadera reestructuración en el régimen hacendario de Nueva España. "Hacia 1735, nos dice la autora, cuando se cierra este ciclo de visitas y pesquisas, se pone de manifiesto un hecho: la mejora cualitativa del aparato fiscal, lograda tanto por una mayor selección del funcionariado como por el perfeccionamiento y actualización de los reglamentos, lo cual, sin duda, es uno de los factores de crecimiento de los ingresos de Corona, que en este momento se hace patente."

Personaje central de esta reforma fue sin duda, Prudencio Antonio de Palacios, quien con una actuación de casi veinte años, dejó su impronta en el ámbito jurídico novohispano; primero como pesquisidor y después como