

LOS CONCEPTOS DE LA DEFENSA ANTE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Carlos Alberto Burgoa Toledo*

SUMARIO

1. El acto administrativo 2. La defensa como derecho 3. Efectividad primaria y efectividad secundaria 4. La forma y la sustancia de la defensa 5. Bibliografía

1. *El acto administrativo*

El presente trabajo es un estudio meramente formal de los diferentes conceptos que envuelven a la defensa de los particulares frente a los actos de la Administración Pública. No se trata de un estudio sustancial, pues la ley evidentemente varía de país a país y de región a región. No obstante, se hace uso de algunos ejemplos de la legislación mexicana, a fin de ilustrarlo mejor.

Tenemos así que la defensa de los particulares frente a la Administración Pública surge por la emisión de actos de ésta última.

En efecto, los particulares, en su dinámica diaria con las diversas autoridades de la administración pública, se encuentran sujetos a los actos que éstas emiten, de allí que se les identifique como *sujetos pasivos* de la relación jurídica con el Estado, pues es precisamente la *sujeción* la que determina su estatus dentro jurídico respecto de aquél.¹²

* Doctor en Derecho por la UNAM, Coordinador del Posgrado en Derecho de la FES Acatlán UNAM, Profesor de la Universidad Panamericana.

¹ El estatus jurídico de una persona, en Derecho, es un elemento óntico que denota su condición creada conforme al discurso del legislador.

² “Lo ‘status giuridico’ è lo status che suppone una causa della quale è effetto e che, ove non sia esso stesso una regola, è previsto da una regola che suppone a sua volta una causa.” Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris, teoria del diritto de la democrazia, I. Teoria del diritto*, Roma, Editori Laterza, 2007, p. 343.

De esta manera, las autoridades emiten sus actos con la exigencia legal perenne de ser competentes y que funden y motiven la causa del mismo. Cuando las autoridades actúan con iniciativa propia, acorde a las facultades que tienen por ley, el acto es siempre *unilateral*, y sólo cuando el particular emite su derecho de petición el acto de la autoridad se convierte en *bilateral*.

Sin embargo, la administración pública cuenta con un elemento adicional respecto de los particulares: la *autotutela ejecutiva*,³ en virtud de la cual, si aquello que ordena el acto no se cumple de manera espontánea por parte de los particulares (como sucede, por ejemplo, con la determinación de un adeudo fiscal), las autoridades tienen la facultad –reconocida por ley– para ejecutar su acto sin la necesidad de autorización de otro poder del mismo Estado. Esto es, la administración puede ejercer violencia sobre el particular, la cual legal pues surge como función⁴ tutelada por el propio Derecho, lo que no sucede respecto de los particulares, quienes sólo pueden ejercer violencia respecto de sus homólogos y respecto de la administración pública a través de otro órgano del propio Estado (como sería, por ejemplo, a través de los Tribunales de la materia).⁵

³ “Como ya hemos adelantado, esta segunda expresión de autotutela va más allá que la anterior: aparte de eximirse a la Administración de la carga de obtener una sentencia ejecutiva, facultándola para el uso directo o de su propia coacción sin necesidad de recabar el apoyo de la coacción judicialmente administrada... En el terreno de la ejecución está especialmente subrayada la prohibición de inmisión judicial, la constitución de este ámbito de autotutela como un ámbito necesario reservado formalmente a la Administración, que los jueces no pueden interferir sino por la vía estricta que permite el recurso contencioso-administrativo.” García de Enterría Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* Tomo I, Madrid, Ed. Civitas, 2000, pp. 511-513.

⁴ “*Funzione è qualunque potere imputato a un soggetto con l’obbligo di esercitarlo per soddisfare le aspettative e gli interessi di altri soggetti.*” Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris, teoria del diritto de la democrazia, I. Teoria del diritto*, Roma, Editori Laterza, 2007, p. 603.

⁵ Según Javier Torres Nafarrate: “La violencia del Estado se utiliza para apaciguar violencia que proviene de otros lados –con más o menos éxito, como se sabe, pero siempre en apoyo precisamente a dicha expectativa-. Al concepto de violencia se le une una autorreferencia negativa y consecuentemente una paradoja: la violencia debe servir para hacer abortar la violencia. En el concepto de fuerza pública está incluida la exclusión de violencia. El concepto en cierra lo mismo violencia incluida que violencia excluida y es por consiguiente un concepto paradójico. Con el concepto de fuerza pública (o directamente traducido del alemán: violencia de Estado) se designa una solución de la paradoja. Esto conduce, en terminología actual, a la distinción violencia legítima/violencia ilegítima y postula la fuerza pública que su violencia es legítima. En esta medida la legitimidad pertenece a las características conceptuales de la violencia impuesta por el Estado –independientemente de cómo se le fundamente y de las controversias que surjan después-... Si no hubiera violencia ilegítima latente (o virtual) que se opusiera, tampoco habría violencia legítima por parte del Estado.” en *Luhmann: la política como sistema*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 213-214.

El particular no puede generar violencia o ejercer su fuerza en contra de sus homólogos y/o de la administración pública salvo a través del Estado. Por ejemplo, para el cobro de un adeudo, una persona no puede realizar un embargo por cuenta propia a su deudor pues dicha actuación, además de ser ilegal, sería ilegítima, ya que se requiere forzosamente la intervención del Estado.

Así, el Estado es el único que puede ejercer violencia en contra de los particulares y se convierte en una *obligación* cuando es procedente conforme a la ley en aras de lograr una justicia correctiva. En resumen, el particular no puede ejercer violencia en contra de sus homólogos salvo en un caso excepcional inmanente a la materia penal: la legítima defensa. No obstante, en la materia administrativa siempre se encuentra sujeto a la violencia que legítimamente ejerce el Estado. Por eso es que podemos concluir hasta este punto que fuera de la excepción penal, el particular, para forzar a sus homólogos (en una relación horizontal) requiere del Estado (en una relación vertical) para que éste fuerce a sus deudores, acreedores o cualquier otro adjetivo que se les dé, lo que se confirma que no están legitimados para ejercer violencia.

Así es, a diferencia de lo sucede en materia penal, por ejemplo, con una orden de aprehensión, en donde el Estado –poder ejecutivo- sí requiere de una orden de otro poder –judicial-, en la materia administrativa no es así pues las autoridades pueden realizar visitas domiciliarias o practicar embargos sobre los bienes de los particulares simplemente con la orden que ellos mismos emitan, sin requerir autorización del poder judicial, por lo que hasta este punto es cuestionable la *autotutela ejecutiva* del Estado y la *heterotutela ejecutiva* de los particulares, lo que nos lleva a la siguiente reflexión:

¿Acaso el Estado no debe legitimar también sus actos acorde a la división de poderes? La respuesta es que la administración pública –para el caso mexicano- sí se apoya en otro poder pero no de forma posterior sino de forma anterior, a través del poder legislativo. Basta leer, por ejemplo, el artículo 8 de la Ley Federal

de Procedimiento Administrativo en México, entre otros de igual índole, para advertir que los actos de la autoridad tienen fuerza desde inicio:

Artículo 8.- El acto administrativo será válido hasta en tanto su invalidez no haya sido declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según sea el caso.

Por lo tanto, la validez de los actos administrativos en México es *a priori* y no *a posteriori*. Dado lo cual, si el particular no decide defenderse en contra del mismo, el acto es ajeno a toda discusión y la autoridad puede ejecutarlo -sin revisión previa- en la esfera jurídica del particular.⁶

En virtud de ello, se demuestran que en México se mezclan la *separación de poderes* y la *división de poderes* pese a que la Constitución pugna por la segunda, pues mientras el Poder Ejecutivo en México sí puede, por ejemplo, proponer junto con el Senado el nombramiento de ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (fracción XVIII del artículo 89 *ibídem*) y hacer observaciones a una ley antes de promulgarla (diez días para ello acorde al inciso B del artículo 72), el Poder Ejecutivo no puede ser restringido en su *autotutela ejecutiva* por cuanto a la rama administrativa respecta, lo que lleva a la necesidad de defensa de los particulares frente a los actos de las autoridades administrativas, la cual denota en cierta forma el derecho de resistencia y de audiencia que tienen las personas frente al Estado.

⁶ Lo que no sucede, verbigracia, en España, en donde aún con la presunción de legalidad de los actos de autoridad (*favor acti*) el Estado debe legitimar su *autotutela* con una orden judicial, incluso –también– en caso de oposición del particular. “El núcleo del procedimiento de apremio, en cuanto dirigido a obtener por la fuerza la satisfacción del crédito resultante del acto administrativo que se ejecuta, se concreta en el embargo de los bienes del deudor en cantidad suficiente para cubrir el importe total de la deuda y por la orden que prevé con carácter general el artículo 1.447 LEC (artículo 131 LGT). Si para hacer efectivo este embargo fuera necesario entrar en el domicilio del deudor, es necesaria autorización del juez de paz, comarcal o municipal, que debe otorgarla a solicitud del Recaudador en veinticuatro horas, previa exhibición del documento acreditativo del crédito o de la relación de deudores providenciados de apremio (artículos 130 LGT y 15 RGR)... A partir de ahí, la Sentencia concluye que si la ejecución forzosa requiere la entrada o registro en el domicilio de una persona, cuya inviolabilidad protege el artículo 18.2 de la Constitución, no basta la resolución administrativa (ni tampoco judicial) que ordene la ejecución para proceder al ingreso del domicilio del afectado, por lo que, si éste niega su permiso, <<debe obtenerse una nueva resolución judicial que autorice la entrada y las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas>>.” García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, pp. 778, 784.

2. La defensa como derecho

La defensa del particular contra los actos de la administración pública puede ser en dos sentidos: tanto en forma administrativa a través de recursos interpuestos ante la propia autoridad que dictó el acto, como en forma jurisdiccional a través de la interposición de demandas ante los tribunales de la materia, lo cual tiene su sustento en la naturaleza jurídica de la propia administración pública.

La distribución de las competencias entre los poderes del Estado puede proyectarse sobre los ejes temporales de las decisiones colectivas de la siguiente forma: la práctica de las decisiones judiciales puede entenderse como acción orientada al pasado, que queda vinculada a las decisiones del legislador político solidificadas en derecho vigente, mientras que el legislador toma decisiones orientadas al futuro que ligan la acción futura, y la Administración hace frente a problemas que apremian en la actualidad.⁷

El hecho de que la Administración esté fundamentalmente inmersa en un presente cambiante (el Legislativo está volcado al futuro y el Judicial al pasado) postula, en principio, a favor de la libre revocabilidad de sus actos con el fin de ajustar éstos a las cambiantes circunstancias.⁸

Es por eso que las leyes señalen que los recursos administrativos son de interposición optativa, esto es, que los particulares pueden elegir entre iniciar una contienda contra la administración pública a través del recurso o directamente a través del juicio, a elección del particular, pues en verdad, la naturaleza de un recurso administrativo es más una oportunidad para la autoridad que para el particular, dado que éste puede hacer uso del imperio de los Tribunales desde inicio sin la necesidad de agotar la etapa administrativa-oficiosa previa.

⁷ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, pp. 63-65.

⁸ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* t. I, Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 652.

Sin embargo, para que surja la defensa se requiere de la conjunción de dos elementos: por un lado, la ilegalidad de un acto de autoridad en donde lo reprochable es la mala o falta de aplicación del Derecho (derivado ya sea de indebida interpretación de la ley o malos argumentos cognitivos de la misma), y por otro lado, el perjuicio que el acto administrativo de la autoridad causa en el particular, lo que se resume en la díada Derechos-hechos, esto es, que por mala aplicación –o inaplicación- del Derecho se crean perjuicios de hechos, dando lugar a la siguiente fórmula:

$$\text{Derecho de defensa} = \text{ilegalidad} + \text{perjuicio}^9$$

De aquí que el hecho del desconocimiento por la Administración de la libertad del ciudadano de no estar sometido más que a la Ley, lo que nuestra jurisprudencia llama el <<perjuicio>> o la negación de una ventaja, el *grief* de la jurisprudencia francesa, no es un simple requisito procesal, o una exigencia de simple <<seriedad>> en el planteamiento del litigio. Por el contrario, es la base misma de ese derecho subjetivo, que pretende justamente la eliminación de ese perjuicio o de ese *grief* si se demuestra injusto, demostración que debe hacerse sobre la justificación de la ilegalidad del ataque administrativo.¹⁰

Si faltase el segundo elemento (el perjuicio), la defensa no tendrá oportunidad de surgir pues no existirá interés jurídico del particular para hacer notar la ilegalidad del acto de la autoridad. El perjuicio es por tanto el elemento esencial-fundamental para la defensa que denota la violencia hacia otro derecho del particular por parte de la administración pública. Por eso es que la defensa es llamada como un derecho que “se pone de pie” ante la afectación de otro derecho.

Bajo esta temática tenemos que el otro derecho del particular que es violado con el acto de la administración pública constituye una *garantía primaria*, mientras que la defensa es el derecho del particular que constituye su *garantía secundaria*. “Llamaré *garantías primarias* o *sustanciales* a las garantías consistentes en las

⁹ Cfr. Burgoa Toledo, Carlos Alberto, El poder tributario frente a la Constitución, México, Ed. Sicco, 2009, pp. 89 y ss.

¹⁰ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* t. II, Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 51.

obligaciones o prohibiciones que corresponde a los derechos subjetivos garantizados. Llamaré *garantías secundarias* o jurisdiccionales a las obligaciones, por parte de los órganos judiciales, de asociar la sanción o de declarar la nulidad cuando se constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo caso, actos no válidos que violen los derechos subjetivos.”¹¹

Las *garantías primarias* se refieren a los derechos subjetivos –ya sea como inmunidad o como potestad-, y en tal virtud constituyen siempre una *acción* o una *omisión* a favor del titular del derecho o a cargo del Estado encargado de respetarlo o satisfacerlo (siguiendo los signos lógicos: PERx o PER|x –*permiso a o permiso a no-* si son escritos como facultativos; y OBLx o PHBx –*obligación a o prohibición a-* si son escritos como expectativas positivas -derechos sociales- o como expectativas negativas -derechos individuales-, respectivamente).¹²

Las *garantías secundarias*, a su vez, se refieren a la declaración de nulidad o a la condena de responsabilidad y en tal virtud, constituyen siempre una *acción* (un "hacer" o una obligación) por parte del Estado para restituir el goce de los derechos subjetivos de las personas (OBLx). Lo cual se muestra de la siguiente manera:

Garantías Primarias		Garantías Secundarias	
<i>Permiso a</i> PERx (modalidad)	Acción	Obligación (OBLx)	Acción
<i>Obligación a</i> OBLx (expectativa)			
<i>Permiso a no</i> PER x (modalidad)	Omisión		
<i>Prohibición a</i> PHBx (expectativa)			

Un derecho subjetivo conferido por ley es una *garantía primaria* puesto que deónticamente existe la disposición atributiva (tanto de permisión positiva como de

¹¹ Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Ed. Trotta, 2008, p. 64.

¹² En los signos lógicos, he utilizado para la *variable subjetiva* la letra minúscula “x”, mientras que para la *constante predicativa* he utilizado las tres mayúsculas que corresponden a cada modalidad deóntica (PER –permiso-, OBL –obligación- y PHB –prohibición-).

permisión negativa) a favor de un sujeto que es titular de él. Por tanto, las garantías secundarias constituyen la obligación del Estado para restituir la garantía primaria de los particulares, en el entendido de que ello en verdad es procedente, dado lo cual, podemos realizar dos referencias conceptuales:

a) Las garantías primarias son *facultativas*,¹³ lo que implica el permiso positivo y el permiso negativo de los derechos de los particulares, y las garantías secundarias son *obligatorias*¹⁴ para el Estado, en el entendido de que debe pronunciarse sobre el caso particular en donde se alegue violación a las primeras, entendiendo por dicha obligación a la conducta positiva de resolver una contienda –pues evidentemente un Tribunal jamás podrá quedarse callado ni la ley podrá arrogarle la posibilidad de silencio desestimatorio ni de negativa ficta-. Dicha obligación de resolver una contienda se agota sólo con el pronunciamiento de resolución o sentencia, más no debe ser entendida como obligación de resolverla conforme a lo pedido por el particular, pues ello dependerá de las particularidades de cada caso, por lo que la obligación de dar respuesta a las peticiones de justicia de los particulares se denota como *obligación formal*, mientras que el contenido de la respuesta –ya sea favorable o desfavorable para el particular- se denota como *obligación sustancial* que se da al resolverse cada caso (“*case by case*”), lo que no es materia de este trabajo pero se menciona para dejar más en claro la noción de la garantía primaria que envuelve a la defensa como derecho.¹⁵

b) Las garantías primarias, siguiendo la denominación Aristotélica, denotan por tanto la justicia distributiva, mientras que las garantías secundarias, denotan la justicia correctiva.

¹³ “Facoltativo è ciò di cui sono permesse sia la commissione che l’omissione” Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris, teoria del diritto de la democrazia, 1. Teoria del diritto*, Roma, Editori Laterza, 2007, p. 121.

¹⁴ “Obbligatorio è ciò di cui è permessa la commissione e non è permessa l’omissione” *idem*.

¹⁵ “Los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Convengo en llamar *garantías primarias* a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y *garantías secundarias* a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias.” Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 43.

3. Efectividad primaria y efectividad secundaria

El acto administrativo, en su carácter definitivo y no instrumental, contiene una orden o mandamiento específico para la persona a quien se dirige. En consecuencia, el acto administrativo, a diferencia de la ley que es general y abstracta, establece una orden o mandamiento particular y concreto.

En tales condiciones, pasar de la generalidad de la ley a la particularidad del acto afecta la *variable subjetiva óntica*, pues el acto puede ser emitido a “Juan” a “Pedro” o a “Luís” y en tal sentido, el sujeto destinatario del acto cambia constantemente, mientras que pasar de la abstracción de la ley a la concreción del acto mantiene la *constante predicativa deóntica*, pues ya sea “Juan”, “Pedro” o “Luís”, todos ellos estarán siempre “obligados” a realizar lo que el acto indica en seguimiento de lo que la ley –en igual sentido- ordena o prohíbe, es decir, se mantiene la modalidad deóntica (de obligación o de prohibición) pero varía el sujeto óntico.

Es por eso que la ley puede ser cumplida –cuando versa sobre obligaciones- o respetada –cuando versa sobre prohibiciones- de manera espontánea o de manera coactiva para ser de esta forma efectiva.

La efectividad de la ley se encuentra íntimamente ligada con las garantías primarias y las garantías secundarias.

El cumplimiento –o adhesión- espontáneo de la ley se refiere al <<aspecto interno de la efectividad>>, la cual se da por una *razón primaria* para cumplir u observarla, derivado de convicciones propias –religiosas, políticas o morales- de las personas y del Estado denotando la *autonomía* de ellos y la efectividad de las garantías primarias. Si la ley establece una obligación, el particular y la administración pública tendrán una *razón jurídica para actuar* espontáneamente, como sería por ejemplo, el pago de impuestos derivado del temor a la sanción pecuniaria o la

devolución de los mismos a los contribuyentes derivado del temor a la sanción administrativa por no hacerla siendo procedente; y si la ley establece una prohibición, el individuo y la administración pública tendrán una *razón jurídica para no actuar*, como sería, por ejemplo, no tirar basura o no cruzar un semáforo con luz roja derivado del temor a la imposición de multas, al igual que la autoridad no emitirá actos arbitrarios que no estén fundados ni motivados dado el riesgo inminente de que el funcionario público sea sancionado. En este caso, las garantías primarias son de alta efectividad mientras que las garantías secundarias no, porque no se requieren aplicar.

El cumplimiento por coacción se refiere al <<aspecto externo de la efectividad de la ley>>, que es la *razón secundaria* de cumplir u observarla derivado del acto de autoridad (generalmente jurisdiccional) que declara la nulidad del acto o impone la responsabilidad al infractor por incumplimiento, en donde ni el gobernado ni el Estado actúan por convicción propia sino por la orden de un Tribunal, Juzgado o Corte, lo que denota la *heteronomía* de las personas y de la administración pública, y que da lugar a la efectividad de las garantías secundarias. Por ejemplo, con el Procedimiento Administrativo de Ejecución, el pago público de los gobernados se logra por coacción del Estado más no por convicción del individuo así como también las autoridades, después de un juicio contencioso-administrativo reconocerán un derecho al gobernado porque así lo ordena la sentencia del Tribunal de la materia. En este caso las garantías secundarias son de alta efectividad porque se llevan a cabo, mientras que las garantías primarias son inefectivas porque no se cumplieron ni observaron.¹⁶

Vemos que en la razón primaria existe el autoconvencimiento de los destinatarios de la ley y por tanto, existe *efectividad primaria*, mientras que en la razón

¹⁶ “Insomma, le ragioni primarie sono assicurate, essenzialmente, dal fatto che le norme sono... significati socialmente condivisi e riflettono quindi un qualche grado di spontaneo consenso e perciò di *auto-nomia* dei soggetti cui sono destinate... Viceversa, le ragioni secondarie sono del tutto indipendenti dal valore associato dai destinatari a ciò che prescrive la norma primaria, ossia dal senso (più o meno) comune intorno alla loro giustizia o ragionevolezza. Si fondano, interamente, sull’*etero-nomia* del diritto.” Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia, 1. Teoria del diritto*, Roma, Editori Laterza, 2007, pp. 704-705.

secundaria no existe dicho autoconvencimiento y por tanto, es un acto externo - administrativo o jurisdiccional- el que fuerza al cumplimiento de la ley, en cuyo caso existe *efectividad secundaria*.

La efectividad de las garantías primarias es *invisible* porque no se requiere de ningún documento o acto formal, ya sea acto administrativo o sentencia, que haga las veces de constancia de su cumplimiento (por ejemplo, detenerse ante la luz roja de un semáforo no produce un acto de autoridad administrativa ni contrato por parte del particular, así como tampoco sucede cuando el particular tira la basura – doméstica o industrial- en los lugares señalados por la ley); sin embargo, la efectividad de las garantía secundarias sí es *visible*, porque sí requiere de un documento o acto formal para hacer constar su cumplimiento (tal y como sería, por ejemplo, la resolución a un recurso administrativo o la emisión de sentencia de un Tribunal las cuales constan por escrito).¹⁷

Por tanto, con los conceptos que hasta ahora tenemos, es posible decir que aquello que busca la defensa de los particulares es lograr una justicia correctiva para dar efectividad a las garantías primarias a través del ejercicio de las garantías secundarias.

4. *La forma y la sustancia de la defensa*

Para entender las dos dimensiones de la defensa, es importante identificar dos conceptos fundamentales: la *esfera de lo decidible* y la *esfera de lo indecidible*.

Existen tópicos que el legislador ordinario puede decidir libremente sin obstáculos. Son tópicos relacionados a cuestiones de forma que no afectan la sustancia de las

¹⁷ "... ciò che importa è soprattutto l'effettività primaria, che certamente è giuridicamente <<invisible>>, consistentno nell'osservanza delle norme, di solito priva di effetti giuridici; mentre l'effettività secondaria, certamente più visibile, è solo un'effettività sussidiaria, che interviene incaso di ineffettività primaria; la quale è anch'essa, del resto, più visibile dell'effettività primaria, ma solo in quanto venga portata alla luce dall'effettività secondaria." Ferrajoli, Luigi "In torno a *Principia iuris*. Questioni epistemologiche e questioni teoriche" en Paolo Di Lucia (coord.) *Assiomática del normativo, Fisologia crítica del dirrito in Luigi Ferrajoli*, Milán, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Dirrito, 2011, p. 276-277.

figuras jurídicas, a lo cual se le llama *esfera de lo decidible*, en tanto que la sustancia de dichas figura jurídicas se refiere a lo que el legislador no puede decidir –o no puede decidir no hacer- dado que previamente fue establecido ya por el constituyente, a lo cual se le llama *esfera de lo indecidible*.

La *esfera de lo decidible* se refiere a <<quién>> realiza los actos/procedimientos legales, a <<cómo>> se llevan a cabo dichos actos/procedimientos y a <<cuánto>> - en tiempo o en dinero- implica su realización, mientras que la *esfera de lo indecidible* se refiere únicamente a <<qué>> es lo que se dice en el acto/procedimiento previsto por ley.¹⁸

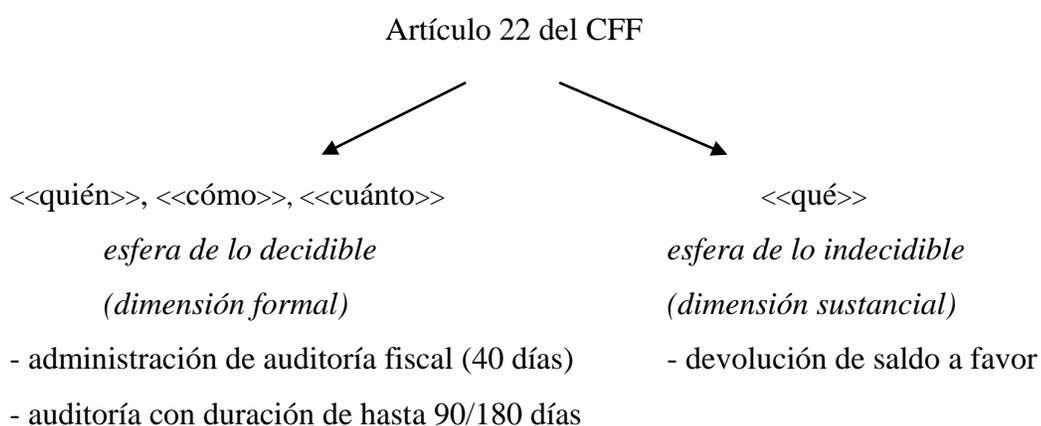
Pensemos, por ejemplo, en las devoluciones de saldos a favor que prevé el artículo 22 del Código Fiscal de la Federación en México. Hasta hace algunos años la oficina de devoluciones y compensaciones pertenecía a la Administración de Recaudación del Servicio de Administración Tributaria, cuyo trámite tardaba máximo cuarenta días; sin embargo, hoy en día, a colación de las reformas al artículo 22, dicha área pertenece a la Administración de Auditoría Fiscal para abreviar los casos en que se dude de la devolución y se deba realizar una auditoría cuya duración no debe ser mayor a noventa días o incluso ciento ochenta días en caso de que se requiera realizar una compulsas con terceros relacionados con el solicitante de la devolución.¹⁹

¹⁸ "*Esfera de lo indecidible* es una noción simétrica y complementaria de la de *esfera de lo decidible*... la esfera de lo decidible es la esfera de competencia de las funciones políticas de gobierno, las cuales incluyen, además de las funciones de gobierno propiamente dichas, las funciones legislativas igualmente legitimadas por la representación política obviamente respetando la constitución. Por el contrario, la esfera de lo indecidible pertenece a la competencia y está regida por las funciones y las instituciones de garantía, en las cuales se incluyen, además de las funciones y las instituciones judiciales, también las administrativas de garantía, igualmente legitimadas por la aplicación sustancial y no por el simple respeto de la ley. Los poderes públicos investidos de funciones de gobierno son de hecho *poderes de disposiciones* y de producción e innovación jurídicas, legitimados en cuanto tales por el consenso popular. Los que están investidos de funciones de garantía son por el contrario *poderes de cognición*, legitimados en cuanto tales por la aplicación de la ley, o sea, por la observancia de los presupuestos legales de las decisiones, ya sean judiciales o administrativas." Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Ed. Trotta, 2008, pp. 104,107.

¹⁹ Artículo 22.- Las autoridades fiscales devolverán las cantidades pagadas indebidamente y las que procedan conforme a las leyes fiscales...

Cuando se solicite la devolución, ésta deberá efectuarse dentro del plazo de cuarenta días siguientes a la fecha en que se presentó la solicitud ante la autoridad fiscal competente con todos los datos...

Como se observa, el *quién* (administración de recaudación y administración de auditoría fiscal), el *cómo* y el *cuánto* (plazo de cuarenta a noventa días por auditoría) es algo que se ha modificado y por tanto se ha *decidido* sin mayor problema, pues la sustancia, es decir, la obligación de devolver saldos a favor, es la misma y por tanto, es algo que *no se puede decidir*, pues es un derecho que no puede ni podrá eliminarse de la ley, con lo que se confirman ambas esferas y se puede mostrar como sigue:



De esta manera tenemos que en la impartición de justicia, los tribunales son *quienes* resuelven los juicios, la manera en *cómo* lo hacen es a través de juicios ordinarios, sumarios, ejecutivos, etc., y *cuánto* tiempo deben tardar los mismos es de acuerdo a los términos previstos por ley, mientras que aquello que hacen es precisamente impartir justicia a las desavenencias jurídicas entre particulares.

Con lo anterior, es posible cambiar el nombre al tribunal, cambiar la competencia de un tribunal a otro, al igual que es posible cambiar las normas de procedimiento

Quando con motivo de la solicitud de devolución la autoridad inicie facultades de comprobación con el objeto de comprobar la procedencia de la misma, los plazos a que hace referencia el párrafo sexto del presente artículo se suspenderán hasta que se emita la resolución en la que se resuelva la procedencia o no de la solicitud de devolución. El citado ejercicio de las facultades de comprobación concluirá dentro de un plazo máximo de noventa días contados a partir de la fecha en la que se notifique a los contribuyentes el inicio de dichas facultades. En el caso en el que la autoridad, para verificar la procedencia de la devolución, deba requerir información a terceros relacionados con el contribuyente, así como en el de los contribuyentes a que se refiere el apartado B del artículo 46-A de este Código, el plazo para concluir el ejercicio de facultades de comprobación será de ciento ochenta días contados a partir de la fecha en la que se notifique a los contribuyentes el inicio de dichas facultades...

y los plazos para la presentación de pruebas o incluso convertir a un juicio escrito en un juicio oral, todo lo cual corresponde a *quién* lo va a hacer, a *cómo* lo va a hacer y a *cuánto* tardará/costará/tomará en hacerse, por eso se llama *esfera de lo decidible*, porque libremente el legislador puede decidir cambiar estos puntos que son meramente de *forma*; sin embargo, no se puede decidir que ya no se impartirá justicia a los particulares, pues ello es su sustancia, es el fondo *que* denota del derecho de defensa, por eso se llama *esfera de lo indecidible*.

Podemos identificar a la *esfera de lo decidible* con el <<quién>>, el <<cómo>> y el <<cuánto>>, y a la *esfera de lo indecidible* la podemos identificar con el <<qué>>. La esfera de lo decidible se identifica con la *forma* y la esfera de lo indecidible con la *sustancia* (o fondo).²⁰ La esfera de lo decidible es la dimensión nomodinámica (en obviada a su constante cambio en la ley) y la esfera de lo indecidible es la dimensión nomoestática (en obviada a su fijeza dentro de la ley).

Esfera de lo decidible	=	quién, cómo, cuánto (<i>forma</i>)
Esfera de lo indecidible	=	qué (<i>sustancia</i>)

El <<quién>>, el <<cómo>> y el <<cuánto>>, son los límites personales, procedimentales y temporales de la competencia de la autoridad administrativa y se encuentran dentro de la dimensión nomodinámica, formal o esfera de lo decidible; no obstante, el <<qué>> se encuentra dentro de la dimensión nomoestática, sustancial o esfera de lo indecidible y determina la esencia y contenido de la defensa de los particulares, por lo que no es un elemento que no puede dejar de resolverse ni de decidirse, pues es la base sobre la cuál la Constitución establece el derecho de defensa (o derecho de audiencia para el contexto mexicano).

²⁰ “... accanto alla tradizionale dimensione *formale* espressa dalle forme rappresentative delle funzioni politiche di governo e relativa alla *sfera del decidibile*, anche una dimensione *sostanziale*, assicurata dai limiti e dai vincoli imposti a tale sfera dai diritti costituzionalmente stabiliti e relativa perciò a quella che ho chiamato la *sfera dell'indecidibile*: la sfera del non decidibile *che*, disegnata dai *diritti di libertà*, e la sfera del non decidibile *che non* disegnata dai *diritti sociali*.” Ferrajoli, Luigi "Dodici questioni intorno a Principia iuris" en Stefano Anastasia (coord.) *Diritto e democrazia nel pensiero de Luigi Ferrajoli*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2011, p. 180.

En este sentido, podemos afirmar que los ámbitos de validez personal (quién), espacial (en dónde) y temporal (cuándo) de la ley, conocidos a partir de la concepción kelseniana, son inmanentes a la *dimensión nomodinámica* y a la *esfera de lo decidible*, mientras que el ámbito de validez material (qué) de la ley es inmanente a la *dimensión nomoestática* y a la *esfera de lo indecidible*, tal y como se resume a continuación:

Tipo de dimensión y Tipo de esfera	Ámbito de validez de la norma	
Nomodinámica/decidible	Personal	Quién (es)
<i>Nomoestática/indecidible</i>	<i>Material</i>	<i>Qué</i>
Nomodinámica/decidible	Espacial	En dónde
Nomodinámica/decidible	Temporal	Cuándo

Es por eso que, por ejemplo, la fracción I del artículo 6 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo en México prevé ambos extremos al hablar de la indemnización que debe pagar la autoridad demandada al particular:

ARTÍCULO 6o.- ...

La autoridad demandada deberá indemnizar al particular afectado por el importe de los daños y perjuicios causados, cuando la unidad administrativa de dicho órgano cometa falta grave al dictar la resolución impugnada y no se allane al contestar la demanda en el concepto de impugnación de que se trata. Habrá falta grave cuando:

- I. Se anule por ausencia de fundamentación o de motivación, en cuanto al fondo o a la competencia.

Como puede advertirse, la ausencia de fundamentación o de motivación puede ser por cuanto al fondo o por cuanto a la competencia. Cuando se refiere por cuanto al fondo es la *sustancia* que es la *esfera de lo indecidible* (que no puede decidir la administración pública de manera distinta a lo que dice la ley, solamente la puede

interpretar), y cuando se refiere a la competencia se trata de la *esfera de lo decidible* (pues puede cambiar el titular del ente administrativo, previa modificación de la ley).

5. Bibliografía

ANASTASIA, Stefano (coord.) *Diritto e democrazia nel pensiero de Luigi Ferrajoli*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2011,

BURGOA TOLEDO, Carlos Alberto, *El poder tributario frente a la Constitución*, México, Ed. Sicco, 2009.

DI LUCIA, Paolo (coord.) *Assiomatica del normativo, Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milán, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2011.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 2004.

_____, *Democracia y garantismo*, Madrid, Ed. Trotta, 2008.

_____, *Principia iuris, teoria del diritto de la democrazia, 1. Teoria del diritto*, Roma, Editori Laterza, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo T. I*, Madrid, Ed. Civitas, 2000.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Ed. Trotta, 2005.

TORRES NAFARRATE, Javier, *Luhmann: la política como sistema*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2004.