

Por:
Luis Gerardo
Rodríguez Lozano*

LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Resumen

El objeto de estudio de este artículo es la inactividad administrativa en la esfera de la administración pública cuando se expresa mediante dos figuras jurídicas de silencio administrativo: silencio negativo (negativa ficta) y silencio positivo (positiva ficta), que representan una violación a los deberes de actuación que le establece la norma procedimental a la administración pública. Desafortunadamente esta problemática no se ha abordado de manera sistemática y metodológica, lo que impide establecer claramente un marco teórico conceptual que explique y proponga soluciones al problema de la inactividad administrativa. La obligación de resolver es un deber concreto de la Administración de resolver las peticiones que se plantean en los procedimientos administrativos, así como de notificar la resolución resultante del procedimiento, pero la violación del texto de la Constitución no es causa de inactividad administrativa, así que no es admisible equiparar al silencio administrativo con el derecho de petición pues lo que tutela el artículo 8 es el deber de respuesta más eso no significa que se repare el daño producido por la omisión. El silencio negativo (negativa ficta) se caracteriza por el efecto que se le da a la negativa a responder las peticiones el cual tiene un carácter de desestimación a lo solicitado por el peticionario. El silencio positivo (positiva ficta) consiste en un acto administrativo presunto, el legislador buscó establecer una equivalencia respecto del acto administrativo que fuese equiparable a la autorización expresa que suple, pero como el acto carece de legitimidad produce inseguridad jurídica para el administrado.

Palabras clave: inactividad administrativa, negativa ficta, positiva ficta, silencio administrativo, derecho de petición.

Abstract

The object of study of this article is the administrative inactivity in the sphere of public administration, when it is expressed by two legal figures of administrative silence: negative silence and positive silence, both represent a violation of the duties of action

* Profesor de tiempo completo de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL). Doctor y maestro en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Investigador miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel 1, gerardorodriguezmx@yahoo.com.mx

established by the procedural rule of the public administration. Unfortunately, this problematic has not been addressed in a systematic and methodological manner, which makes it impossible to clearly establish a conceptual and theoretical framework that could explain and propose solutions to the problem of administrative inactivity. The obligation to resolve is a specific duty of the Administration to resolve the requests that arise in the administrative procedures, as well to notify the resolution resulting from the procedure, but the violation of the constitutional norm is not a cause of administrative inactivity, so isn't admissible to equate the administrative silence with the right of petition, since what article 8 protects is the duty to respond but that doesn't mean that the damaged caused by the omission is repaired. The negative silence is characterized by the effect that is given to the refusal to respond the requests, and at the same time rejects the request of the petitioner. The positive silence consists in a presumptive act, the lawmaker sought to establish equivalence with respect the administrative act that would be comparable to the affirmative authorization that substitutes, but the act lacking of legitimacy produce legal uncertainty for the administrated.

Key words: administrative inactivity, administrative silence, negative silence, positive silence, right of petition.

Sumario

I. LA INDEBIDA INERCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 1. UN ACERCAMIENTO AL CONCEPTO DE INACTIVIDAD JURÍDICA, 2. LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA, II. LA OBLIGACIÓN DE RESOLVER, 1. EL SILENCIO NEGATIVO, 2. LA POSITIVA FICTA Y CORRUPCIÓN, III. CONCLUSIONES, IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA INDEBIDA INERCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Es ya un lugar común en la doctrina jurídica-administrativa conceptuar al silencio administrativo como una forma de inactividad que acontece en la Administración pública; y de forma muy concreta y específica, como la omisión de la Administración pública ante una petición del particular. A esta conducta silente se le conoce como silencio administrativo.

1. UN ACERCAMIENTO AL CONCEPTO DE INACTIVIDAD JURÍDICA

La comprensión del concepto de inactividad administrativa implica previamente comprender las significaciones de la inactividad jurídica, lo que da lugar a un panorama más

amplio al estudio de la conducta denominada inactividad administrativa en el campo del Derecho administrativo, que es el tema que nos ocupa, al ser el silencio de la administración una causa de la inactividad jurídica que equivale a una falla en la decisión o decisiones de la autoridad administrativa y que deriva por lo tanto en consecuencias de derecho para él particular/administrado.

Es en este sentido que Héctor Fix-Zamudio señala que la inactividad de la administración pública que a menudo se presenta en la actuación administrativa como una patología que se genera ante la actitud pasiva y a nuestro entender omisa a dar respuesta en tiempo y forma a las peticiones del administrado genera a menudo daños y prejuicios de gravedad a los administrados que forman parte del proceso administrativo, y esto a causa de la falta de buena regulación en los procesos administrativos, que la autoridad incurre en una falta en su deber de resolver las peticiones, de tal forma que:

Esta conducta omisiva de las autoridades administrativas ha dado lugar a la institución que se denomina silencio administrativo, que algunas leyes administrativas regulan en nuestro ordenamiento, pero en forma disímbola y sin criterio preciso sobre sus efectos, a la inversa de lo que ocurre con otras legislaciones, que reglamentan la institución de forma adecuada, y que además ha sido objeto de un amplio desarrollo doctrinal y jurisprudencial. Un ejemplo en esta materia lo podemos advertir en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia.¹

Las omisiones de las autoridades no pueden ser vistas como una solución para las denegaciones de las peticiones de los administrados. Es una realidad palpable como lo señala Héctor Fix-Zamudio, la imprecisión con la que el ordenamiento jurídico administrativo mexicano ha abordado la figura del silencio administrativo, por lo que resulta vital que se emprenda una revisión de fondo sobre esta figura para estar en posibilidades de otorgarle un matiz más justo en aras de favorecer al administrado, que es quien finalmente soporta los abusos constantes de la autoridad administrativa. En efecto, la inactividad normativa, al implicar una ausencia en el actuar del ente encargado para dictar las normas competentes es un factor que abona a la conducta patológica de la administración pública, en donde una de sus manifestaciones es su falta de respuesta ante la petición del ciudadano.

Una valoración a los efectos que produce la inactividad normativa se puede observar en que todo lo no regulado adecuadamente dentro del mundo jurídico pertenece al mundo de lo no jurídico al resultarle indiferente al derecho ciertas conductas

¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor. La necesidad de una ley de procedimiento administrativo y de la responsabilidad patrimonial de la administración pública en el distrito federal, Memoria del Colegio Nacional, México, 1993, p. 250.

que prefiere mantenerlas al margen del ordenamiento jurídico; en definitiva, la indiferencia a regular adecuadamente ciertas figuras jurídicas conlleva la implicación de una autentica conducta silente, ya que pudiendo obrar, la administración pública opta por la pasividad, lo que sin duda tendrá afectaciones en la vida jurídica de los administrados en su relación con la administración pública, por consiguiente la omisión en la falta de respuesta de la administración es signo de un deficiente funcionamiento de esta, que agravia al administrado y uno de estos graves perjuicios para Alejandro Nieto García se pueden constatar en el desgobierno:

Mal gobierno es el establecimiento o fijación de unas políticas públicas erróneas y mala administración es su gestión o realización desahortada. El desgobierno supone una condición distinta puesto que lleva consigo la nota de intencionalidad y no la mera ignorancia o incapacidad que provocan un mal gobierno o una mala administración. Un buen gobierno puede estar mal administrado como uno malo puede estar bien gestionado. El objetivo esencial, la última finalidad, de las políticas públicas es mejorar el desarrollo económico y cultural del pueblo: están enderezadas, por tanto, al servicio de los ciudadanos, bien sea directamente (fomento de la riqueza nacional o mejora de su distribución) o bien indirectamente (fortalecimiento de la independencia internacional o del aparato público, que luego redundarán en el beneficio del pueblo).²

Según Agustín Gordillo cuando la administración incurre en estas conductas de omisión, no solamente agravia al particular, por no cernirse al derecho positivo que debería tener como centro de protección al administrado, además, le impide, si es que aplica en el procedimiento acceder a una instancia ulterior o recurso, o como ocurre cuando la administración funciona como única instancia produce que el administrado no esté en condiciones para acceder a la fundamentación legal del acto que le haya sido negado. En ambas situaciones se produce una incertidumbre jurídica para el administrado.³ Por eso, para Gordillo, la reincidencia continua de la Administración para manifestar expresamente sus actos es signo de: “falta o carencia de voluntad de la administración”⁴, es decir, que la ausencia de voluntad de la Administración puede significar incapacidad, ineptitud, deficiencia de autogobierno de sí misma, tal como ocurre con cualquier ente, y es

² NIETO GARCÍA, Alejandro. El desgobierno de lo público, Ariel, Madrid, 2008, p. 31.

³ GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo: el acto administrativo, Vol. 3, F.D.A., Buenos Aires, 2007, p. 98.

⁴ GORDILLO, Agustín. 2007, p. 100.

que la administración es en sí misma una superestructura bajo la cual estas señales indican su statu quo; si es el de un gobierno eficiente o el de un desgobierno interno que la desborda.

El cumplimiento eficiente, la transparencia del procedimiento administrativo, la aplicación del derecho administrativo sancionador, la tutela de los intereses del administrado y la expectativa de imparcialidad de la Administración en sus decisiones, son, entre otros, los desafíos centrales que los modelos que las Administraciones han debido enfrentar para cumplir con sus funciones públicas y proporcionar mejores servicios públicos al ciudadano, pero la actividad administrativa no es ajena a un procesamiento interno en el que siempre interviene el factor humano, por consiguiente, en las reformas de la Administración pública deben estar implícitas como un objetivo a corregir o paliar, las prácticas de la Administración que es necesario modificar para responder al incremento de peticiones y procedimientos; por lo que es en el procedimiento administrativo en donde reside el núcleo del problema que la Administración enfrenta para hacer más eficiente y operativo su funcionamiento y así otorgar las aptitudes a sus operadores jurídicos para dar respuesta a las peticiones y procedimientos que involucran a particulares y poder cumplir con su obligación de resolver. La parte más oscura de acceso para el administrado se encuentra entre el deber ser de la norma administrativa y el ser que práctica la administración, así que la sobrerregulación no es una alternativa suficiente, por eso el Estado social ha sido particularmente sensible a los temas que impactan en la actividad administrativa.

Que los deberes de actuar por parte del Estado social resultan particularmente relevantes al administrado es un tema bastante estudiado, como bien comenta Marcos Gómez Puente: “El Estado Social exige formular una teoría que, sin abandonar la perspectiva garantista ponga mayor hincapié en la necesidad de que se lleve a cabo el actuar administrativo”⁵, ya que es indudablemente, el actuar administrativo lo que otorga solvencia a los fines del Estado entre los que destaca de manera fundamental el fin general de satisfacer las necesidades de la colectividad. En ese sentido podemos ver que la Administración pública es un vehículo esencial para la consecución de estos fines, y por ende contribuye para dar la legitimidad que requiere todo proyecto estatal que circule por las avenidas de la Administración pública⁶. Y ante estos obje-

⁵ GÓMEZ PUENTE, Marcos. Defensor del Pueblo y Administración Tributaria, Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez, Universidad de Cantabria, Facultad de Derecho, Cantabria, 1993, p. 240.

⁶ Para Vicenç Aguado Cudolà este proceso histórico estatal encuentra su origen: “En la aparición del Estado Social de Derecho en el constitucionalismo occidental configura unos poderes públicos intervencionistas, avocados a la actividad. Fundamentalmente es la conjunción de los artículos 1.1 y 9.2 de la Constitución Española de 1978 la que sitúa a los poderes públicos en una situación dinámica al tener que promover condiciones y remover obstáculos para conseguir los objetivos marcados por la propia norma constitucional. También se utiliza indistintamente en diversas partes de su articulado las expresiones “actuación” y “actividad” de la Administración,

tivos del deber ser de la Administración pública no hay nada más contrario a estos fines que la pasividad administrativa significa la actitud omisa del aparato de dar cumplimiento a sus deberes; por tanto, la inactividad jurídica es síntoma de una deficiencia del gobierno de la Administración.

2. LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

La inactividad jurídica en sentido lato vulnera la seguridad humana y la seguridad jurídica, pero la inactividad administrativa es su consecuencia más concreta en términos del impacto cotidiano que tienen los entes administrativos en la vida cotidiana de los Administrados. Estos tipos de conductas patológicas se presentan a menudo en la administración pública y su característica más evidente en consideración de Marcos Gómez Puente: “Partiendo de la definición de inactividad administrativa propuesta más atrás (omisión por la administración de toda actividad, jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible”.⁷ Expresadas las cosas de esta manera, la inactividad administrativa se concreta en la falta del deber de actuar por parte de la Administración ante una petición por parte del administrado, y en este sentido es claro en sus manifestaciones sobre esta problemática, Alejandro Nieto García quien en aras de una mayor claridad divide la cuestión en dos aspectos, inactividad formal y material:

El concepto de inactividad material se corresponde con la idea ordinaria de la misma: es una pasividad, un no hacer de la Administración en el marco de sus

si bien fundamentalmente desde la perspectiva de su control jurisdiccional. Pero es sobre todo el artículo 103.1 de la Constitución Española quien establece la posición constitucional de la administración pública al señalar que sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho. En este precepto se contempla la actuación administrativa, sometida a unos principios constitucionales, como un instrumento con el cual servir los intereses generales cuya gestión se encomienda a la Administración Pública”. AGUADO I CUDOLA, Vicenc. Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 135. La problemática en este punto queda saldada con el sometimiento de los actos al derecho, aunque aquí vale la pena retomar la cuestión de que es indispensable para estos logros un marco jurídico que encuentre conexión con estos fines para que en el accionar de la norma se encuentre la realización plena de estos importantes fines que consagra el Estado de derecho, el que como bien señala Diego Valadés Ríos: “El problema del Estado de Derecho es una de las cuestiones más relevantes de los sistemas constitucionales. El constitucionalismo tiene, entre otros objetivos, el de la certidumbre de los derechos reconocidos y garantizados por la norma suprema. Esta certidumbre se traduce en que las normas aprobadas conforme a la propia Constitución se aplicarán sin excepción tantas veces como se produzcan los supuestos que ellas mismas prevean. En este sentido, todo acto que se aleje del cumplimiento puntual de la norma es considerado a su vez como contrario al Estado de derecho”. VALADÉS RÍOS, Diego. “La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho”, OROZCO, Wistano y VÁZQUEZ, Rodolfo. Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina, Siglo XXI, México, 2002, p. 129.

⁷ GÓMEZ PUENTE, Marcos. La inactividad de la administración, Aranzadi – Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 148.

competencias ordinarias. La inactividad formal se refiere, por su parte, a la pasividad de la Administración dentro de un procedimiento, es la simple no contestación a una petición de los particulares⁸.

En tanto que para María Teresa Mata Sierra: “...la inactividad de la administración es una conducta ilegal contraria a la vocación de servicio que la Administración tiene atribuida constitucionalmente, que infringe la confianza de los ciudadanos en las instituciones y menoscaba el correcto funcionamiento del Estado de Derecho”⁹. Todas estas definiciones tienen en común una omisión voluntaria por parte de la Administración de no actuar, aun cuando debe, sea material, es decir, un incumplimiento de la administración de sus deberes ordinarios o formal, la inactividad de la administración en un procedimiento administrativo específico; de las manifestaciones más comunes de inactividad de la Administración esta es la más vinculada con el derecho de petición, ambas (la inactividad formal y material) producen un resultado genérico, consistente en el menoscabo en las peticiones del administrado.

El objeto técnico de la diferenciación de estos dos tipos de inactividad de la Administración permite una mejor comprensión del gran abanico que abre la conducta omisiva de la Administración; provee al administrado o peticionario, de mejores elementos para conocer el alcance de sus derechos y entender el procedimiento; no debe utilizarse en detrimento de él administrado ni tampoco para disminuir la eficiencia y la imparcialidad del procedimiento; por ello es necesario que el administrado este apercibido del procedimiento y de sus etapas, ello es en consecuencia un signo del eficiente funcionamiento de la Administración y del procedimiento administrativo como una institución garante de los derechos y deberes del administrado.

II. LA OBLIGACIÓN DE RESOLVER

La Ley Federal de Procedimiento Administrativo establece de forma clara en el artículo 16, fracción X, un derecho de respuesta por parte de las autoridades administrativas, que dispone:

“Dictar resolución expresa sobre cuantas peticiones le formulen; así como en los procedimientos iniciados de oficio, cuya instrucción y resolución afecte a terceros, debiendo

⁸ NIETO GARCÍA, Alejandro. “La inactividad de la administración y el recurso contencioso administrativo”, Documentación Administrativa, Número 208, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986, p. 233. Asimismo, idéntico artículo es posible encontrarlo en el número 37 (enero - abril de 1962), de la Revista de Administración Pública, editada actualmente por el Centro de Estudios Constitucionales.

⁹ MATA SIERRA, María Teresa. Las garantías de los ciudadanos frente a la inactividad de la administración tributaria, Lex Nova - Thomson Reuters, Pamplona, 2014, p. 50.

*dictarla dentro del plazo fijado por la ley”.*¹⁰ *La obligación de resolver es un deber concreto de la Administración de resolver las peticiones que se plantean en los procedimientos administrativos, así como de notificar la resolución resultante del procedimiento; por eso según palabras de Aguado i Cudolà el derecho y la obligación conllevan: “la obligación de resolver como exigencia del derecho de petición.”*¹¹

En razón de lo anterior se puede apuntar que esta obligación de resolver que plantea la legislación administrativa encuentra conexión con el artículo 8 de la Constitución, segundo párrafo, que dispone: “A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene la obligación de hacerlo conocer en breve termino al peticionario.”¹² Del texto de nuestra Carta Magna se desprende que la Administración pública tiene el deber de dar respuesta en breve termino, así como hacerlo del conocimiento del peticionario, esto de entrada ya plantea de inmediato ciertas complicaciones para el administrado: la principal es que la falta de respuesta en consideración a la violación del artículo 8 de la Constitución no encuadra dentro del supuesto de la negativa ficta, en pocas palabras, la violación del texto de la Constitución no es causa de inactividad administrativa, lo que es destacado por Alina del Carmen Nettel Barrera:

Ya hemos apuntado que existen serias discrepancias en la constitucionalidad de la figura del silencio administrativo en México, discrepancias que la jurisprudencia constitucional ha intentado solventar para darle funcionalidad a esta figura jurídica. El argumento principal de los tribunales federales para evitar la confrontación del silencio administrativo con los postulados constitucionales es que el derecho de petición y el silencio administrativo son dos figuras que se excluyen mutuamente como apuntábamos líneas arriba. Es decir, la negativa ficta excluye la violación del artículo 8° constitucional puesto que ya no habría agravio que reparar a través del juicio de garantías al producirse la desestimación por silencio. Pero la producción del silencio negativo como presupuesto procesal para formular una acción de nulidad ante los tribunales administrativos no elimina, la vía procesal del juicio de garantías constitucionales.¹³

¹⁰ Ley Federal de Procedimiento Administrativo, DOF 09-04-2012.

¹¹ AGUADO CUDOLÀ, Vicenç. 2001, p. 200.

¹² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF 29-01-2016.

¹³ NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. Obligación de resolver, silencio administrativo y responsabilidad patrimonial por inactividad, Atelier, Barcelona, 2012, p. 171.

Lo que se advierte de los puntales y agudos señalamientos de Nettel Barrera es la incompatibilidad de la inactividad administrativa y el derecho de petición, lo que hace ver que estamos en presencia de dos vías distintas para combatir la negativa ficta o la violación del artículo 8 de la Constitución, en donde lo interesante es observar la visión más garantista del juicio contencioso-administrativo que el amparo, a esta paradoja se refiere Nettel Barrera como:

...la dogmatización del juicio de amparo y por otro la exclusión del principio de definitividad que permite la impugnación de la inactividad administrativa por la vulneración directa del derecho de petición en ausencia de acto fundado y motivado, ha tenido como resultado que se tienda a considerar al proceso contencioso administrativo como ineficaz. Sin embargo, no habrá de hablarse de ineficacia ya que los efectos del contencioso administrativo pueden ser mucho más eficaces que los del juicio de amparo, sino de una mera costumbre derogatoria, dada la tradición administrativista mexicana de reclamar el control de la administración por vía del juicio de amparo. Qué duda cabe que cuando se habla de la ineficacia del juicio contencioso administrativo se representa una vez más la sombra de la tradición y el dogma del juicio de garantías. La existencia de dos vías de impugnación, de distinta naturaleza y de distinto alcance, no debe implicar que se desconozca su origen mutuo. En este sentido, por el contrario, una configuración de la doctrina legal coherente con el derecho de petición exige que ambas figuras se comprometan recíprocamente, a través de la jurisprudencia y, a favor de la mejor y más rápida tutela jurisdiccional, sentándose las bases de una reforma que fortalezca la procuración de justicia por los tribunales administrativos.¹⁴

Añadamos que en el ordenamiento jurídico mexicano el derecho de petición establecido en el artículo 8 de la Constitución viene a representar el núcleo total del acceso a la administración pública para el administrado, al imponer la norma una obligación de respuesta con su correspondiente notificación al interesado, en este tenor de ideas, se impone la postura que considera que la violación al de-

¹⁴ NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. 2012, p. 173. En este sentido es muy aleccionadora la reflexión de Mariano Azuela Guitrón: "No dudo que alguno de los presentes que no sea licenciado en derecho, se pregunte sobre el sentido de un Tribunal de lo Contencioso Administrativo, si ya existía un juez de distrito. Al respecto diré que si bien resulta más solemne y hermoso escuchar una sentencia que diga: "La Justicia de la Unión Ampara y protege" ... a oír que: "Se nulifica la resolución" ... no son las impresiones emotivas las que dan la solución correcta a los problemas". NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. 2012, p. 173.

recho de petición no implica la producción de la negativa ficta como a continuación se puede observar en la siguiente jurisprudencia:

DERECHO DE PETICIÓN. LA FALTA DE RESPUESTA EN EL PLAZO DE CUARENTA Y CINCO DÍAS HÁBILES O INCLUSIVE DURANTE EL TRÁMITE DEL JUICIO DE GARANTÍAS O SU REVISIÓN, CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN A ESA GARANTÍA INDIVIDUAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ DE IGNACIO LA LLAVE). El artículo 8º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla el ejercicio del derecho de petición, siempre que se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa, y establece que: "...A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario"; mientras que el artículo 7º de la Constitución Política del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, otorga a la autoridad un plazo de 45 días hábiles para dar respuesta a una petición hecha por el gobernador. En esas condiciones, el breve término a que alude tal derecho de petición, debe guardar relación con el plazo antes mencionado; de ahí que, si la autoridad responsable no acredita haber contestado la petición del quejoso, en ese término, ni durante el transcurso del juicio de amparo o en su revisión es evidente la violación a esa garantía individual consagrada en el invocado artículo 8º constitucional.¹⁵

La inactividad de la administración sin duda tiene sus efectos como violación a un derecho fundamental que este caso es el artículo 8 de la Constitución, lo confuso en este caso es que el artículo 8 tiene sus paradojas, pues este permite dos formas de control de la inactividad, una en vía constitucional y otra en la jurisdicción ordinaria. En efecto, nuestra jurisprudencia mexicana indica que la violación al derecho de petición y la negativa ficta son dos fenómenos jurídicos diversos que marcan confusión para la defensa de las peticiones del administrado.

La redacción que permite observar el artículo 8 de la Constitución, no confiere ningún tipo de relación entre el derecho de petición y la negativa ficta que se puede combatir vía jurisdicción ordinaria — tribunal fiscal o contencioso administrativo —, lo que se ve es todo lo contrario, el combate de un derecho fundamental constitucional a través del juicio de amparo.

¹⁵ Tesis VII.2o.C.14 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIV, octubre de 2006, p. 1379.

Por lo tanto, si el derecho de petición como un derecho fundamental en donde la eventual violación de este se llegue a considerar la actualización de la negativa ficta y por tanto su combate en vía de justicia constitucional, en tal caso la jurisdicción ordinaria administrativa quedaría de carácter especializado, lo cual produciría inmediatamente un sin sentido de ser de la tutela de la jurisdicción ordinaria en casos de inactividad de la administración, por lo tanto las legislaciones en materia procesal administrativa que establezcan la regulación de la negativa ficta también perderían su sustento de viabilidad. Es esto, lo que se destaca explícitamente de los razonamientos jurídicos-administrativos de Nettel Barrera, quien propone lo siguiente:

Pero existe otra opción, admitir la producción de la negativa ficta, fuera del texto constitucional, en las normas de procedimiento administrativo, como una garantía anexa al derecho de petición para permitir al ciudadano recurrir ante la justicia ordinaria. Esta vía puede ser más efectiva que el juicio de garantías, no sólo por la carga de trabajo de los tribunales federales de control constitucional sino porque también hay que tomar en cuenta que el resultado será obligar a la autoridad administrativa a dictar una resolución que, finalmente, puede ser negativa y llevará al interesado a acudir nuevamente a los tribunales para su impugnación. Si se recurre directamente la negativa ficta, los tribunales podrán conocer el fondo del asunto al fijarse la litis con la contestación de la demanda¹⁶.

En suma, no es admisible equiparar la negativa ficta con el derecho de petición, como se ha podido ver ambas figuras tienen su origen en dos situaciones muy diversas. En el primer caso el silencio negativo surge dentro de un proceso administrativo y se encuentra regulado en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y su impugnación es en la jurisdicción contencioso administrativa, donde a menudo el administrado encuentra una respuesta garantista a la omisión de respuesta. La otra vía es constitucional y la autoridad tiene un deber de responder a la petición, pero esto no implica que esa respuesta a pesar de existir la violación constitucional de un derecho le permita al administrado una reparación garantista a su petición no atendida en la vía constitucional, lo que tutela el artículo 8 es el deber de respuesta más eso no significa que se repare el daño que se causa con la omisión.

Recientemente Nettel Barrera ha aclarado su concepción sobre la vinculación entre la negativa ficta y el derecho de petición. A su juicio, cuando el derecho de petición se

¹⁶ NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. 2012, p. 169.

encuentra separado de la vida práctica en la que se encuentran inmersos los administrados, cuando no forma parte integral de esta praxis, cuando el discurso jurídico-filosófico de los derechos humanos, en este caso, particularmente, me refiero al derecho de petición, en el caso de que no se transforme en el ejercicio práctico cotidiano con valor de utilidad garantista, éste resulta del todo un derecho ineficaz por su falta de trascendencia en la esfera jurídica de los administrados.¹⁷

Nettel Barrera en este sentido, se enfrenta a la representación del derecho de petición como deber de respuesta para la Administración pública reducido a su contenido meramente conceptual e infortunadamente sin relación directa en ningún caso con el silencio administrativo en sentido negativo. Es por eso que la profesora Nettel Barrera afirma en su libro «*Obligación de resolver, silencio administrativo y responsabilidad patrimonial por inactividad*», que cuando el discurso de los derechos humanos se convierte simplemente en discurso filosófico que no se integra en una forma de vida práctica que busque atender el aspecto sufriente del administrado se observa una profunda alteración en la esencia y sentido de pertenencia del derecho hacia la justicia.¹⁸ En estos casos el derecho comienza a parecerse a una disciplina de carácter fundamentalmente doméstico, y el jurista que se asume como un legitimador de estas patologías se transforma en un artista de la razón, interesado tan solo, en la simple especulación de los juegos del poder que utilizan al derecho para legitimar los comportamientos más infames contra la dignidad del ser humano. No se trata de dedicarse a continuas y cotidianas especulaciones teóricas, sino que hay que esforzarse y pensar en dignificar al administrado. Pero hoy en día que el Estado y sus instituciones desafortunadamente cada día están más al servicio de intereses transnacionales y por ende en completo divorcio de las causas justas, se podría decir que quien combate estas patologías tiene condición de exaltado al pretender vivir coherentemente con los altos y supremos fines éticos del derecho.

La jurisprudencia también se muestra evasiva en cuanto a darle fuerza al derecho de petición, pues sus pronunciamientos son evasivos, tal como se puede ver a continuación:

NEGATIVA FICTA. LA AUTORIDAD, AL CONTESTAR LA DEMANDA DE NULIDAD, NO PUEDE PLANTEAR ASPECTOS PROCESALES PARA SUSTENTAR SU RESOLUCIÓN. El artículo 37, primer párrafo del Código Fiscal de la Federación establece la figura jurídica de la negativa ficta, conforma a la cual el silencio de la

¹⁷ NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. 2012, p. 168.

¹⁸ NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. 2012, p. 156.

autoridad ante una instancia o petición formulada por el contribuyente, extendido por un plazo ininterrumpido de 3 meses, genera la presunción legal de que resolvió de manera negativa, es decir, contra los intereses del peticionario, circunstancia que provoca el derecho procesal a interponer los medios de defensa pertinentes contra esa negativa tacita o bien, contra los intereses del peticionario, circunstancia que provoca el derecho procesal a interponer los medios de defensa pertinentes contra esa negativa tacita o bien, a esperar a que la autoridad dicte la resolución respectiva; de ahí que el referido numeral prevé una ficción legal, en virtud de la cual la falta de resolución por el silencio de la autoridad produce la desestimación del fondo de las pretensiones del particular, lo que se traduce necesariamente en una denegación tacita del contenido material de su petición.¹⁹

Respaldarse en el contenido tácito por parte de la respuesta de la autoridad conlleva a un abuso de la posición preponderante que la Administración guarda en la relación con el administrado. Respecto al carácter diverso del derecho de petición y la negativa ficta, la jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito se encargó de hacer una puntual descripción de estas dos importantes figuras jurídicas, ya que como se puede apreciar:

El derecho de petición consignado en el artículo 8º constitucional consiste en que a toda petición formulada por escrito en forma pacífica y respetuosa deberá recaer una contestación también por escrito, congruente, a lo solicitado, la cual deberá hacerse sobre al peticionario en breve término; en cambio, la negativa ficta regulada en el artículo 37 del Código Fiscal de la Federación no tiene como finalidad obligar a las autoridades a resolver en forma expresa sino que ante la falta de contestación de las autoridades fiscales, por más de tres meses, a una petición que se les formula, se considera, por ficción de la ley, como una resolución negativa. En consecuencia, no puede establecerse, ante dos supuestos jurídicos diversos, que la negativa ficta implique también una violación al artículo 8º constitucional, porque una excluye a la otra.²⁰

Frente a este horizonte que presenta la doctrina jurídico-administrativa, no debemos sorprendernos al constatar que en la realidad actual conforme se han

¹⁹ Tesis 2a./J. 166/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIV, diciembre de 2006, p. 203.

²⁰ Tesis: I. lo. A. J/2, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.VI, octubre de 1997, p. 663.

ido perfeccionando los mecanismos de defensa protectores de los derechos y libertades de los administrados, el derecho de petición se percibe como un instrumento jurídico poco útil para el administrado, pese al reconocimiento que hacen de este derecho múltiples ordenamientos constitucionales.

De un estudio serio de este derecho encontramos muchas dudas para clasificarlo como un auténtico derecho público subjetivo, al ser su contenido constitucional muy vago y farragoso como para aportarle al ciudadano alguna ventaja dentro de un procedimiento constitucional, pues en un proceso administrativo es muy claro que su injerencia es nula, en tanto no se busque una revitalización de este derecho que impacte favorablemente en el ámbito constitucional-administrativo, en tanto eso no sucede, el derecho petición no tiene sentido de funcionalidad que contribuya a combatir la corrupción que genera la inactividad administrativa. En suma, la tutela del derecho de petición va de la mano de una Administración pública eficiente y funcional.

1. *EL SILENCIO NEGATIVO*

El efecto de atribuirle un sentido negativo, de desestimación al silencio administrativo que se genera a raíz de la pasividad de la administración en su respuesta tiene su origen y actuación muy concreto en donde esta ficción administrativa se relaciona íntimamente al recurso contencioso-administrativo, tutelándose de esta forma una revisión posterior del acto previo, ya que según la expresión del español Jesús Gonzales Pérez:

El silencio administrativo negativo aparece, pues, como una simple presunción legal, como una ficción que la ley establece a favor del administrado, que puede entender desestimada su petición o recurso, a los solos efectos de poder deducir frente a la denegación presunta la presunción admisible. El silencio administrativo no tiene otro alcance que el puramente procesal de dejar abierto el plazo a los tribunales, considerándose cumplido el requisito previo, pese a la inactividad de la administración.²¹

De la formulación de González Pérez se desprende que el silencio administrativo, aun cuando procesa de una parte preponderante como lo es la Administración su existencia no está supeditada a la resolución de la controversia ante los tribunales competentes, por lo que, puede decirse que del silencio negativo no surge un acto administrativo, al no manifestarse de ninguna forma la voluntad

²¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Derecho procesal administrativo mexicano, Porrúa, México, 1997, p. 149.

de la Administración, y la legislación no sustituye de manera directa esa voluntad, por supuesto que no se trata de ninguna manera que la ley presuma la voluntad de la Administración cuando esta se muestra irresponsable a responder las peticiones que se le plantean, siendo así las cosas, lo que se puede ver es el efecto que se le da a la negativa a responder las peticiones el cual es un carácter de desestimación a lo solicitado por el peticionario.

Sustancialmente el carácter de ficción que surge de la no acción de la administración es un vicio que tiene por finalidad mantener en la opacidad las respuestas de la Administración, y esto deja ver el carácter indolente y corruptor de la Administración que no siente ninguna necesidad de responder las peticiones del particular, este vicio patológico de la Administración se presenta como consecuencia de los privilegios e inmunidades con que cuenta la administración, esto se puede constatar si se está de acuerdo en que a la omisión de la respuesta se le suele considerar a menudo como un remedio procesal mediante la respuesta ficta que surge de la ficción administrativa que a su vez se origina en la inactividad de la Administración. La opacidad que origina la inactividad tiene consecuencias, no solamente en la funcionalidad del derecho de la Administración también produce desconfianza de la sociedad hacia la Administración y esto conlleva a que la opacidad determine no de forma afortunada las relaciones Estado-sociedad, mismas que han sido abordadas por la teoría política, la filosofía del derecho y otras ramas jurídicas relacionadas con el derecho administrativo.

La desconfianza hacia la Administración deriva de la falta de conocimiento de ella, de su opacidad y menosprecio por la transparencia. Sobre el particular resulta muy certero el juicio del tratadista español Fernando Garrido Falla quien considera que: "...no puede haber problema de interpretación de la voluntad de la administración cuando justamente lo que falta es la voluntad administrativa"²².

Por tanto, de lo que se trata es de una simple ficción²³ jurídica, que le permite a los administrados la posibilidad de defenderse al estar en condiciones de acceder a la jurisdicción administrativa, por la falta de respuesta de la autoridad, sin embargo, este derecho se extingue una vez obtenida la resolución judicial ya sea que afirme o confirme el acto impugnado.

²² GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de derecho administrativo, tomo I, duodécima edición, Tecnos, Madrid, 1994, p. 91.

²³ "Las ficciones jurídicas son construcciones ideales que se hacen en las normas de derecho, a las que se les asigna un valor hipotético o instrumental, debido a su aptitud para facilitar una concepción jurídica o para provocar una realidad deseada e inexistente, considerada preferible a la actual y con la finalidad de facilitar la aplicación de los preceptos jurídicos, son instituciones de la regla jurídica, legal o consuetudinaria, en virtud de la cual se simula que sucedió algo no sucedido o que aconteció aquello que realmente tuvo lugar. Es una mentira convencional que engendra una especie de verdad jurídica, más positiva y menos discutible que la verdad real". Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, duodécima edición, Porrúa - Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998, pp. 1440-1441.

Al no existir una voluntad de la Administración ni la disposición de la ley de suplir esa falta de voluntad dentro del proceso administrativo, en tal caso es muy claro que no puede haber ningún tipo de acto presunto, mucho menos de acto administrativo alguno. Efectivamente el silencio administrativo tiene más desventajas que ventajas al apartarse del mundo de lo real y establecerse en un mundo de ficción.

Por otra parte, es importante señalar que de la negativa de la autoridad a responder no debe existir plazo alguno para combatirla por parte del administrado, ya que esto le permite al administrado una situación garantista dentro de toda la incerteza que genera esta patología que se presenta a raíz de la inactividad de la Administración, claro este supuesto solo tendrá validez en tanto la administración no emita alguna resolución. Es muy claro que este tipo de silencio no permite la inferencia de algún tipo de voluntad administrativa. Esta sencillamente no aparece por ningún lado, ya que no se ha notificado nada al respecto, y tampoco publicado nada, en este sentido, subsiste el deber de la administración de manifestarse mediante una resolución.

Lo trascendente del silencio negativo para la praxis en la que se ve inmerso el administrado radica en que de no estar contemplada dicha figura, como una expresión de denegación tácita de la voluntad de la Administración, la reclamación del particular en jurisdicción administrativa carecería de total sentido, y enmarcaría una indefensión al ciudadano en sus mecanismos de defensa administrativos, porque el acto demorado de la Administración en este hipotético supuesto impediría el acceso a la vía administrativa procesal. Así las cosas, la naturaleza del silencio administrativo negativo se encuentra en la exigencia de contar con un acto previo, que permita el acceso a la jurisdicción administrativa.

Esto tiene su importancia en que bajo las circunstancias señaladas el silencio negativo pese a ser una ficción y por tanto una nada jurídica termina diciendo mucho sin proponérselo, ya que cobra la vitalidad de la conversión de pasar de simple ficción a ser parte de un instrumento procesal de defensa de los derechos del administrado, lo interesante es que toda esta vitalidad se da pese a no constituirse acto administrativo alguno, pero logrando una importancia y trascendencia de primer orden.

Para aportar claridad a la figura del silencio administrativo negativo y su problemática debemos considerar que esta aparece por vez primera en el Código Fiscal de la Federación, el artículo 37 determina el silencio negativo ante los siguientes supuestos: “Las instancias o peticiones que se formulen a las autoridades fiscales deberán ser resueltas en un plazo de tres meses; transcurrido dicho plazo sin que se notifique la resolución, el interesado podrá considerar que la autoridad resolvió negativamente e interponer los medios de defensa en cualquier tiempo posterior a dicho plazo, mientras no se dicte la resolución, o bien, esperar a que ésta se dicte,” y desde esos momentos el legislador le otorga un fuerte carácter

procesal a esta figura jurídica, en este sentido, hay que añadir que en materia procesal administrativa, desde sus primeros momentos, el Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa y los Contenciosos Administrativos estatales consideran la fase procesal como un proceso al acto, lo que significa que ante la falta de acto no hay proceso. Aquí radica la importancia de contar con la figura del silencio administrativo negativo que hace posible la vía procesal mediante ese carácter ficto, que al administrado le permite un acceso a la defensa de sus derechos que le conculca la inactividad de la Administración, allí reside la enorme importancia de la ficción administrativa que entraña el acto presunto.

La jurisprudencia mexicana le otorga rango de presunción al silencio administrativo a través de la ficción. En relación a ello, el Poder Judicial Federal se ha encargado de reconocer como a lo largo del tiempo desde que aparece contemplada dicha figura en el Código fiscal, es a efecto de que por medio de la ficción negativa darle al particular la posibilidad de impugnar la inacción de la Administración en la jurisdicción administrativa que goza del carácter de especialidad para estos efectos. Sobre esta idea que desprende que el silencio administrativo tiene como propósito permitir que el particular se defienda en sus pretensiones, Gabino Fraga señala: “Hay casos en los cuales, aun cuando la voluntad de la administración no se exprese en ninguna forma, se presupone su existencia. En este caso nos encontramos frente al problema que tanto ha preocupado a la doctrina sobre el silencio de la administración.” Así las cosas, se puede ver:

NEGATIVA FICTA. NO DEBE SOBRESERSE EN EL JUICIO DE NULIDAD CON BASE EN QUE EL SILENCIO DE LA AUTORIDAD FISCAL PROVIENE DEL DERECHO DE PETICIÓN CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 8o. CONSTITUCIONAL. El derecho de petición consignado en el artículo 8o. constitucional consiste en que a toda petición formulada por escrito en forma pacífica y respetuosa deberá recaer una contestación también por escrito, congruente con lo solicitado, la cual deberá hacerse saber al peticionario en breve término; en cambio, la negativa ficta regulada en el artículo 37 del Código Fiscal de la Federación no tiene como finalidad obligar a las autoridades a resolver en forma expresa sino que ante la falta de contestación de las autoridades fiscales, por más de tres meses, a una petición que se les formule y que tenga por objeto obtener un derecho en materia fiscal, se considera, por ficción de la ley, como una resolución negativa. En ese sentido, no puede establecerse, ante dos supuestos jurídicos diversos, que la negativa ficta implique también una

violación al artículo 8o. constitucional, porque una excluye a la otra. De consiguiente, cualquier petición formulada por el contribuyente a la autoridad fiscal dentro de un procedimiento de visita domiciliaria conforme lo dispone el artículo 37 del Código Fiscal de la Federación, precepto que no establece límites a su ejercicio por cuanto hace a la materia y al momento en que se formule, siempre que no se trate del ejercicio de una instancia prevista en el propio procedimiento de visita domiciliaria y que no sea resuelta en el término de tres meses, se considerará como una resolución negativa ficta, la cual causa un agravio en materia fiscal; por tanto, en su contra procede el juicio de nulidad con fundamento en la fracción IV del artículo 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.²⁴

En relación con la figura de la negativa ficta esta también se encuentra regulada en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, artículo 17, que expresa lo siguiente: “Salvo que en otra disposición legal o administrativa de carácter general se establezca otro plazo, no podrá exceder de tres meses el tiempo para que la dependencia u organismo descentralizado resuelva lo que corresponda. Transcurrido el plazo aplicable, se entenderán las resoluciones en sentido negativo al promovente, a menos que en otra disposición legal o administrativa de carácter general se prevea lo contrario.”²⁵ La legislación en comentario no dispone de manera expresa y precisa el régimen jurídico de impugnación de la negativa ficta, excepto cuando hace mención a la interposición de un recurso administrativo no resuelto favorablemente a los intereses del peticionario en el término que establece la legislación que es de tres meses, en tal caso, el promovente entiende desestimado su pretensión administrativa, y podrá hacer uso del recurso administrativo el que se considera potestativo, en tal situación los plazos no son definitivos, y la Ley Federal de Procedimiento Administrativo cuando aborda los plazos de interposición de la demanda no dice nada acerca de la negativa ficta.

Finalmente es importante establecer que la ficción negativa de respuesta de la Administración puede certificarse, tal como señala el mismo artículo 17 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo: “A *petición del interesado, se deberá expedir constancia de tal circunstancia dentro de los dos días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud respectiva ante quien deba resolver; igual constancia deberá expedirse cuando otras disposiciones prevean que transcurrido el plazo aplicable la resolución deba*

²⁴ Tesis: VI.Io.A.124 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVI, noviembre de 2002, p. 1153.

²⁵ Ley Federal de Procedimiento Administrativo, DOF 09-04-2012.

*entenderse en sentido positivo.*²⁶ Esto no se debe entender como un obstáculo para su impugnación, en este sentido, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo contempla en su artículo 15, fracción IV: *“Excepto cuando un procedimiento se tenga que dar vista a terceros, los interesados no estarán obligados a proporcionar datos o entregar juegos adicionales de documentos entregados previamente a la dependencia u organismo descentralizado de la administración pública federal ante la que realicen el trámite correspondiente, siempre y cuando señalen los datos de identificación del escrito en el que se citaron o con el que se acompañaron y el nuevo trámite lo realicen ante la propia dependencia u organismo descentralizado, aun y cuando lo hagan ante una unidad administrativa diversa, incluso si se trata de un órgano administrativo desconcentrado.”*²⁷

2. LA POSITIVA FICTA Y CORRUPCIÓN

La figura jurídica de la afirmativa ficta se enfrenta al dilema sobre si produce acto administrativo susceptible de ser impugnado en virtud de la vulneración del artículo 8 de la Constitución que contempla el derecho de petición, pero aquí cabe señalar en este punto, que el problema de la constitucionalidad del acto se sitúa en la negativa ficta. Este carácter complejo que presenta de entrada el silencio positivo nos hace plantearnos la interrogante sobre la necesidad de replantear a la negativa ficta dentro del marco del ordenamiento jurídico mexicano para que pueda asumir una función de plena viabilidad y legitimidad en la vía procesal que permiten los tribunales contenciosos administrativos. Y en lo que respecta a la afirmativa ficta esta también debe ser plenamente reflexionada sobre su regulación jurídica y eventuales vías de impugnación que contempla la legislación mexicana en materia administrativa, las cuales plantean bastantes interrogantes respecto a la utilidad que le plantea al administrado.

El legislador mexicano ha estimado que la positiva ficta tiene una naturaleza jurídica que consiste en el efecto de ficción de acto administrativo que genera, y así lo presupone la norma, pero lo que no queda claro son los alcances que posibilita esta ficción, como se puede observar en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, fracción XIV se hace mención a que el tribunal no es competente para certificar la positiva ficta cuando se trata de derechos de un tercero,²⁸ esto permite ver que la afirmativa ficta tiene un régimen distinto del acto, pues se considera que la desestimación expresa de una instancia que se sustenta en derechos de un tercero registrados administrativamente no implica la improcedencia del recurso administrativo, por tanto, este tipo de desestimaciones deben ser impugnadas.

²⁶ Ley Federal de Procedimiento Administrativo, DOF 09-04-2012.

²⁷ Ley Federal de Procedimiento Administrativo, DOF 09-04-2012.

²⁸ Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, DOF 03-06-2011.

Para Marcos Gómez Puente el silencio administrativo positivo debe contemplar ciertos requisitos que le permitan al particular la viabilidad y operatividad de esta figura jurídica a efecto de reparar la indebida inercia de la Administración:

La petición debía acompañarse los documentos legalmente exigidos. Esto era una exigencia irrelevante respecto del silencio negativo, puesto que jugaban lo mismo se hubieran presentado o no. La falta de aportación de documentos no justificaba la ausencia de resolución de la administración, a quien competía reclamarlos y, de no ser aportados, denegar lo solicitado o declarar caducado el expediente. Resulta que, a los solos efectos del recuso, puede considerarse equivalente a la resolución presunta. Pero cuando se trata del silencio positivo, la aportación de los documentos necesarios constituye una condición “sine qua non”, lo que tiene que ver con su objeto y finalidad. Como el negativo, el silencio positivo persigue la tutela de la posición subjetiva del interesado frente a la falta de resolución de la Administración y está concebido en beneficio de aquél. Su objeto, en cambio, es suplir la actividad omitida por la administración desplegando los mismos efectos que habría de desplegar el acto administrativo omitido, pero sin obviar los presupuestos facticos y jurídicos de éste. El silencio suple la omisión de la administración, pero no suple ni sana las omisiones del interesado, ni exime ni a éste ni aquélla del cumplimiento de la legalidad. De modo que, si el interesado no ha cumplido todos los requisitos exigibles en el caso concreto, el silencio será ineficaz²⁹.

El silencio positivo no sustituye los errores del administrado. Queda claro que una de las finalidades de la positiva ficta consiste en generar un acto administrativo presunto, de esta forma como señala Calvo Murillo: “...tiene el valor de acto expreso, lo que implica la imposibilidad para la administración de dictar un acto denegatorio de la instancia, al extinguir el acto dictado a través del silencio, salvo los casos en que el mismo ordenamiento, en vista de circunstancias especiales, le permita hacerlo”³⁰. En otras palabras, al administrado no se le niega instancia dependiendo, claro está del tipo de acto.

No hay duda de que lo que el legislador buscó en el caso de la afirmativa ficta es establecer una equivalencia respecto del acto administrativo que fuese equiparable a la autorización expresa que suple. Una de las complicaciones en este tipo de ficción

²⁹ GÓMEZ PUENTE, Marcos. 2011, p. 612.

³⁰ CALVO MURILLO, Virgilio. “El silencio positivo de la administración pública. Aspectos doctrinales jurisprudenciales y legales”, en *Revista de Ciencias*, 37, San José, Costa Rica, 1998, p. 75.

administrativa es que una vez producido ya no le era posible a la administración posicionar un sentido diferente al de la autorización, de ahí que se señale que la afirmativa ficta goza de la consideración de acto administrativo presunto.

Es por eso que si estamos de acuerdo en considerar a la afirmativa ficta como un acto administrativo presunto también debemos estar de acuerdo que la administración ya no podrá modificar el acto por uno de contenido diferente, por lo que este acto presunto adquiere firmeza y sentido de pertenencia al mundo jurídico del que ya no podrá salir salvo por las vías legales previstas para tal caso.

Una de las graves consecuencias patológicas de la afirmativa ficta es que lejos de terminar constituyéndose en un mecanismo de defensa le ocasiona muchos problemas al administrado, al tener que deducir el administrado si cuenta con un acto administrativo que le permita legitimar una instancia procesal de impugnación lo que lo coloca en una condición de fragilidad en cuanto a seguridad jurídica se refiere.

Para el administrado la utilidad de afirmativa ficta como mecanismo de defensa es muy dudosa por el carácter de incerteza de legalidad en que se encuentra inmersa esta figura, al ser toda una interrogante de cómo se puede acudir a combatir este vicio en los tribunales, precisamente el carácter presunto de este acto vuelve difícil y azaroso el que se impugne ante tribunales. Aun cuando queramos asumir la existencia de un acto presunto, el no contar con documento escrito que haga constar que se concede lo solicitado deja al administrado en una fuerte situación de inseguridad jurídica, puesto que, aunado a la falta de acto, también se tiene que agregar que no se cuenta un procedimiento siendo esto demasiado grave y perjudicial para el administrado, pues como afirma Alina del Carmen Nettel Barrera:

La confusión a que da lugar la producción de la positiva ficta como beneficiosa a los intereses de los particulares (a pesar de que en realidad implica la vulneración del derecho de respuesta tan flagrante como la negativa ficta) parece cubrir el conflicto de legitimidad frente al ejercicio del derecho de petición. Y probablemente este hecho favorezca que los legisladores planteen al silencio positivo en términos simples y poco pormenorizados como figura jurídica evitando pronunciarse sobre la naturaleza de ésta. Queda así indeterminado en la mayoría de los casos el alcance y la protección del producto del silencio con efectos estimatorios³¹.

Mientras que para Cienfuegos Salgado, la afirmativa ficta o silencio positivo representaría una ventaja para el administrado ya que la no respuesta de la Admi-

³¹ NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. 2012, p.184.

nistración por significar la admisión de la solicitud o de la petición en sus palabras significa certidumbre para la petición del administrado.³²

Tanto la positiva ficta como la negativa ficta tienen consecuencias para los administrados, y en materia de derecho de petición, la indeterminación de su definición legal deja inoperante la voluntad del artículo 8° de la Constitución que consagra el derecho de petición. Por otra parte, esta ventaja del administrado representa según Cienfuegos Salgado, la obligación de la Administración de revisar la totalidad de las solicitudes, ya que del silencio positivo emana una responsabilidad de la Administración por los derechos y beneficios accedidos al administrado.³³

De todo lo dicho podemos concluir que la afirmativa ficta como un mecanismo que le aporte alguna ventaja al administrado y al interés público, para combatir la inactividad administrativa formal en determinados sectores es una realidad que constituye una verdadera ironía, que no es otra cosa que un llamado a la reflexión jurídica para aportar propuestas de solución a esta patología que resulta en un verdadero atentado al Estado de derecho porque genera fuerte inseguridad jurídica e ingobernabilidad.

III. CONCLUSIONES

Primera: La Administración pública tiene la obligación de resolver peticiones de particulares de acuerdo al artículo 16, fracción 10 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.³⁹² Esto implica deberes de actuación de la Administración, por lo que la inactividad administrativa viola los referidos preceptos legales aludidos, además, viola el artículo 8 Constitucional que protege el derecho de petición de los administrados.

Segunda: La inactividad de la administración produce corrupción, porque la ausencia de procedimiento administrativo no genera acto administrativo, sobra decir que el administrado permanece en una situación de indefensión, ya que la certeza y la seguridad jurídica del administrado constituyen derechos/principios que deben informar al procedimiento administrativo, la vulneración de cualquiera de ellos lesiona el interés jurídico del administrado y pervierte el funcionamiento de la Administración, dado que los derechos y principios son interdependientes.

³² CIENFUEGOS SALGADO, David. El derecho de petición en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, p. 253

³³ CIENFUEGOS SALGADO, David. 2004, p. 253.

³⁹² Ley Federal de Procedimiento Administrativo, DOF 09-04-2012.

Tercera: Desde la perspectiva del respeto, promoción, protección y garantía de los derechos humanos que prima en el derecho mexicano tras las reformas constitucionales en materia de derechos humanos de junio de 2011, el control de la inactividad administrativa es irrenunciable y exige sea atendido puntualmente por la doctrina administrativa con el fin de proveer un marco jurídico conceptual, que reconozca las deficiencias del sistema y proponga un parámetro de actuación administrativa y judicial coherente con la protección de los derechos humanos.

Cuarta: La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su redacción actual, ordena la superación de los paradigmas clásicos del sistema de garantías constitucionales permitiéndose la modificación del sistema, proveyendo una cobertura y tutela más amplia de los derechos humanos reconocidos en el ordenamiento jurídico mexicano como derechos fundamentales y los derechos humanos reconocidos en las convenciones suscritas por México.

Quinta: Las dos medidas que el silencio administrativo adquiere pueden ser de carácter positivo o negativo, en ambas subsiste una abstención de la autoridad en su respuesta.

Sexta: El silencio o negativa ficta: esta abstención presume el acto como negativo, y crea una ficción jurídica que hace las veces de acto administrativo que permite el pleno acceso a la jurisdicción administrativa al administrado.

Séptima: La afirmativa ficta no se lleva a cabo teniendo como finalidad el beneficio del administrado, contrariamente, lo que pretende es seguir postergando vicios institucionales, opacidad en las decisiones, evitar rendición de cuentas y el aparato documental y probatorio que conceda certeza jurídica de la legalidad del procedimiento.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CUDOLÀ, Vicenç. Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- CALVO MURILLO, Virgilio. “El silencio positivo de la administración pública. Aspectos doctrinales jurisprudenciales y legales”, en Revista de Ciencias, 37, San José, Costa Rica, 1998.
- CIENFUEGOS SALGADO, David. El derecho de petición en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004.

- Código Fiscal de la Federación, DOF-17-06-2016.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF 29-01-2016.
- Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, duodécima edición, Porrúa - Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. La necesidad de una ley de procedimiento administrativo y de la responsabilidad patrimonial de la administración pública en el distrito federal, Memoria del Colegio Nacional, México, 1993.
- GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de derecho administrativo, tomo I, duodécima edición, Tecnos, Madrid, 1994.
- GÓMEZ PUENTE, Marcos. Defensor del Pueblo y Administración Tributaria, Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez, Universidad de Cantabria, Facultad de Derecho, Cantabria, 1993.
- GÓMEZ PUENTE, Marcos. La inactividad de la administración, Aranzadi - Thomson Reuters, Navarra, 2011.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Derecho procesal administrativo mexicano, Porrúa, México, 1997.
- GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo: el acto administrativo, Vol. 3, F.D.A., Buenos Aires, 2007.
- Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, DOF 03-06-2011.
- Ley Federal de Procedimiento Administrativo, DOF 09-04-2012.
- MATA SIERRA, María Teresa. Las garantías de los ciudadanos frente a la inactividad de la administración tributaria, Lex Nova - Thomson Reuters, Pamplona, 2014.
- NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. Obligación de resolver, silencio administrativo y responsabilidad patrimonial por inactividad, Atelier, Barcelona, 2012.
- NIETO GARCÍA, Alejandro. "La inactividad de la administración y el recurso contencioso administrativo", Documentación Administrativa, Número 208, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986.
- NIETO GARCÍA, Alejandro. El desgobierno de lo público, Ariel, Madrid, 2008.
- Tesis VII.2o.C.14 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIV, octubre de 2006.
- Tesis 2a./J. 166/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIV, diciembre de 2006.
- Tesis: I.1o. A. J/2, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.VI, octubre de 1997.

- Tesis: VI.1o.A.124 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVI, noviembre de 2002.

VALADÉS RÍOS, Diego. “La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho”, OROZCO, Wistano y VÁZQUEZ, Rodolfo. Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina, Siglo XXI, México, 2002.