

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA DISCRECIONALIDAD DE LOS INSPECTORES DE TRABAJO Y SUS
CONSECUENCIAS EN LA CLASE TRABAJADORA**

EDUARDO ALFREDO MARROQUÍN VELÁSQUEZ

GUATEMALA, NOVIEMBRE 2012

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA DISCRECIONALIDAD DE LOS INSPECTORES DE TRABAJO Y SUS
CONSECUENCIAS EN LA CLASE TRABAJADORA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

EDUARDO ALFREDO MARROQUÍN VELÁSQUEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre 2012

HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidente: Lic. Marco Tulio Escobar Herrera
Vocal: Lic. Edgardo Enrique Enríquez
Secretario: Licda. Edna Mariflor Irungaray López

Segunda Fase:

Presidente: Lic. David Sentés Luna
Vocal: Licda. Blanca Odilia Alfaro Guerra
Secretario: Licda. Mirsa Eugenia Irungaray López

RAZÓN: Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público)



2ª. Calle 4-47 zona 1, Escuintla, Escuintla.
Lic. Neftalí Rivera Barrientos
Tel. 57039677
Colegiado No. 3935

Guatemala, 2 de noviembre de 2010.

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.

Apreciable Licenciado Castillo:

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Su despacho.
Firma 

De conformidad con las actuaciones emanadas de dicha unidad de tesis, procedí a asesorar el trabajo de tesis, intitulado: "LA DISCRECIONALIDAD DE LOS INSPECTORES DE TRABAJO Y SUS CONSECUENCIAS EN LA CLASE TRABAJADORA ", tema investigado por el Bachiller: Eduardo Alfredo Marroquín Velásquez en consecuencia me permito emitir el siguiente;

DICTAMEN:

- 1) El estudiante en mención realizó las correcciones tanto de forma como de fondo del proyecto de tesis que tuve a bien asesorar, habiendo observado las recomendaciones que se le hicieran al respecto y también en cuanto al desarrollo de cada uno de los temas de la misma, el cual tiene concordancia con el tema propuesto por el Bachiller habiendo utilizado los procedimientos científicos en la investigación, todo ello mediante un lenguaje altamente técnico y una redacción adecuada; considero además que el estudiante hizo uso de los recursos que nos provee el método de investigación científica, ya que desde el planteamiento del problema lo enfoca con un interés jurídico y social, aportando una investigación que determina el impacto, que tiene en la clase trabajadora la aplicación de la discrecionalidad que tienen los inspectores de trabajo, hay que considerar que de

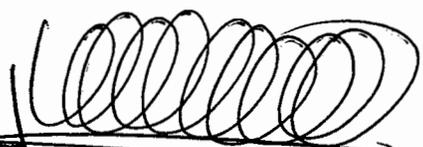
2ª. Calle 4-47 zona 1, Escuintla, Escuintla.
Lic. Neftalí Rivera Barrientos
Tel. 57039677
Colegiado No. 3935

conformidad con el tema propuesto, conlleva a la preocupación de que los Inspectores de Trabajo utilicen métodos antijurídicos en lo que se relaciona con la Discrecionalidad, la cual debe ser jurídica y no personal, tal y como lo plasma el estudiante atinadamente en sus recomendaciones, con el solo propósito de resolver conflictos laborales, y que por consiguiente los Inspectores de Trabajos no pasan sobre el derecho laboral sin observar los principios filosóficos que inspiran el Derecho Laboral Guatemalteco, verbigracia la irrenunciabilidad de los derechos laborales hasta por si mismo por parte de los trabajadores.

- 2) Es por ello que el Bachiller atendió el grado de teorización que implica el tema, utilizo correctamente la técnica de investigación bibliográfica, recurriendo a fuentes de consulta de diversos documentos que se fueron conformando durante la investigación. Considero además que el presente trabajo de tesis será una excelente fuente de consulta para estudiosos del derecho. Así mismo en sus conclusiones y recomendaciones son acordes al tema de investigación ya desarrollado ya que a las conclusiones da respuesta con las recomendaciones.

En consecuencia la investigación del Bachiller Eduardo Alfredo Marroquín Velásquez reúne los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público; por consiguiente se emite DICTAMEN FAVORABLE, a efecto que el mismo pueda continuar con el tramite correspondiente para su posterior evaluación.

Atentamente,



Neftalí Rivera Barrientos
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.

UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS Y SOCIALES. Guatemala, diez de marzo de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **MARÍA TERESA PÉREZ GÓMEZ DE ALDANA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **EDUARDO ALFREDO MARROQUÍN VELÁSQUEZ**, Intitulado: **“LA DISCRECIONALIDAD DE LOS INSPECTORES DE TRABAJO Y SUS CONSECUENCIAS EN LA CLASE TRABAJADORA”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes”.


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
CMCM/ brsp.





Licenciada MARIA TERESA PEREZ ALDANA
ABOGADO Y NOTARIO
6ta. AVENIDA 7-68 ZONA 1 TELEFONO 53765537
Colegiado No. 1651

Guatemala, 11 de junio de 2011.

Licenciado
CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
 Jefe de la Unidad de Tesis
 Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
 Universidad de San Carlos de Guatemala
 Su despacho.

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
 Universidad de San Carlos de Guatemala
 Su despacho.
 Firma: 

Apreciable Licenciado Castro Monroy:

Por este medio le informo que con base a la resolución de fecha diez de marzo del año dos mil once, emitida aceptándome como revisor del trabajo de investigación del Bachiller **EDUARDO ALFREDO MARROQUÍN VELÁSQUEZ** intitulado **“LA DISCRECIONALIDAD DE LOS INSPECTORES DE TRABAJO Y SUS CONSECUENCIAS EN LA CLASE TRABAJADORA”** procedí a revisar dicho trabajo, el que trata un tema jurídico y social que afecta en gran parte a la clase trabajadora, la cual es la parte más débil de toda relación laboral. En relación al tema investigado, manifiesto que revisé y analice los temas tratados, considerando emitir las recomendaciones y correcciones necesarias, por lo que rindo el presente:

DICTAMEN:

1. Como primer punto puedo indicar que el Bachiller investigó detenidamente, acerca del tema tratado de cómo son las consecuencias que tiene la discrecionalidad de los Inspectores de Trabajo en sus funciones administrativas, siendo el contenido final de la tesis de un carácter analítico, técnico y científico.
2. El estudiante utilizó los métodos y técnicas adecuadas, con el objeto de obtener una información cierta y valedera, las cuales, en mi opinión, fueron aplicados de forma adecuada y de acuerdo a las instrucciones que se le dieran al estudiante.

Licenciada MARIA TERESA PEREZ ALDANA
ABOGADO Y NOTARIO
6ta. AVENIDA 7-68 ZONA 1 TELEFONO 53765537
Colegiado No. 1651

3. Con base en los métodos descritos el estudiante logró emitir sus conclusiones y recomendaciones respecto al tema, adecuándose a hechos reales que se presentan en el tema de los Inspectores de Trabajo y las consecuencias que tienen sus actuaciones en sus funciones administrativas y las consecuencias que generan en la clase trabajadora, contribuyendo así a establecer la incidencia que tiene la discrecionalidad de los inspectores de trabajo en los derechos de la clase trabajadora.
4. Así mismo de conformidad con el método analítico, descriptivo y jurídico, el primero para estudiar y analizar la doctrina aplicable y el segundo debido a que la investigación propuesta se basa en hechos actuales y directos, y el tercero utilizado en la interpretación de leyes indicadas en el tema propuesto. Y las técnicas a las que recurrió fueron la bibliográfica y documental, utilizadas al recopilar y seleccionar adecuadamente el material de referencia.
5. Así también el Bachiller Marroquín Velásquez, utilizó las técnicas documental y bibliográfica por medio de las cuales profundizó su investigación merece también mención el hecho de que manejó los métodos inductivo y deductivo. El trabajo de investigación al ser debidamente revisado cumple con todos los requisitos exigidos en cuestión de redacción, y las reglas básicas de ortografía.

En consecuencia la investigación del Bachiller Eduardo Alfredo Marroquín Velásquez reúne los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público; por consiguiente se emite DICTAMEN FAVORABLE, para continuar con el procedimiento de rigor.

Atentamente,





FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 24 de septiembre de 2012.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante EDUARDO ALFREDO MARROQUÍN VELÁSQUEZ, titulado LA DISCRETIONALIDAD DE LOS INSPECTORES DE TRABAJO Y SUS CONSECUENCIAS EN LA CLASE TRABAJADORA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/iyr

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'BAMO/iyr'.

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



Rosario



DEDICATORIA



A DIOS: Ser supremo, gracias por darme la oportunidad, sabiduría e inteligencia para culminar el objetivo tan deseado.

A MIS PADRES: Benedicto Marroquín Aguilar (+) y Elba Lidia Velásquez de Marroquín, gracias por darme la vida, todo el apoyo recibido, los principios, valores y ayuda durante mi vida, para concluir los estudios.

A MIS HERMANOS: Por la confianza, respeto, apoyo, y ser parte importante en mi vida.

A MI ESPOSA: Virna Lisette Gil Zeledón de Marroquín, parte importante de este triunfo gracias por todo el apoyo, confianza y motivación, en todo momento y por estar siempre a mi lado.

A MIS HIJOS: La razón de mi vida, mi inspiración para el logro de este objetivo y que sea para ellos una motivación para su futuro.

A: Todos los profesionales que de una u otra manera me brindaron su apoyo.

A: La Tricentenario y Gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por forjarme como profesional.



INDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Ministerio de trabajo y previsión social.....	1
1.1 Estructura organizativa de la inspección de trabajo.....	2
1.2 Normativa relacionada a la Organización Internacional del Trabajo....	6
1.3. Inspecciones del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.....	17

CAPÍTULO II

2. Teoría de la discrecionalidad.....	31
2.1. La legalidad.....	33
2.2. Discrecionalidad administrativa.....	36

CAPÍTULO III

3. La complejidad del fenómeno, discrecionalidad jurídica.....	47
3.1. El origen de la discrecionalidad.....	56
3.2. La discrecionalidad como libertad.....	60
3.3. La indeterminación del derecho.....	65

CAPÍTULO IV

4. La discrecionalidad y el abuso de derecho.....	75
4.1 Antecedentes históricos.....	80
4.2 El abuso del derecho en cuestiones de trabajo y seguridad social....	83
4.3. La discrecionalidad de los inspectores de trabajo y sus consecuencias en la clase trabajadora.....	86
4.4. Análisis del lado oscuro del derecho y la utilidad del concepto de	



	Pág.
abuso.....	95
CONCLUSIONES.....	101
RECOMENDACIONES.....	103
BIBLIOGRAFÍA.....	105



INTRODUCCIÓN

Atendiendo la advertencia de altos líderes sindicales, y trabajadores que entre los problemas de fondo, sobresale la preocupación por una práctica nociva derivada equivocadamente de la discrecionalidad, expresada en negociaciones patrono e inspector y la falsa potestad de conciliar a las partes en la misma empresa, desnaturalizando la función de la inspectoría cuyo procedimiento correcto es prevenir al patrono a través del faccionar el acta para luego canalizarla al Departamento de Inspectoría General del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, en donde legalmente puede ventilarse una conciliación si es el caso.

Uno de los efectos graves de dicha práctica conciliatoria por parte de los inspectores, es que, cuando en algunas empresas la situación inspeccionada es muy conflictiva, ese espacio conciliatorio otorgado por el inspector, le da tiempo al patrono, incluso para cambiar la razón social y dejar sin efecto la denuncia, o en otro caso llegar a un arreglo con los trabajadores inferior al mínimo que fija la ley, verbigracia de la necesidad que tiene el trabajador de su empleo y por temor a perder su fuente de trabajo.

Para determinar el trabajo de las inspecciones de oficio de no tener un grado de sistematicidad o permanencia como las de denuncia, sino más bien obedecen a una política de gobierno para temas puntuales como inspección de pago de salario mínimo, aguinaldo, bono catorce, realizándose en períodos específicos del año y están ligadas a decisiones políticas, por tanto, fue necesario plantear la hipótesis La discrecionalidad por parte de los Inspectores de Trabajo en el Derecho laboral que se inscribe en sus actuaciones es producto del bajo nivel de conocimiento jurídico que tienen en materia laboral, utilizando la conciliación como un método alternativo en la solución de los conflictos laborales, dejando por un lado la tutelaridad del derecho laboral, y por consiguiente perjudicando a los trabajadores en sus derechos adquiridos.

En la elaboración de la presente investigación fue necesario aplicar una técnica para el análisis de la estructura del tipo laboral, con el fin de obtener los elementos materiales probatorios pertinentes, conducentes y, sobre todo, útiles a la investigación. Iniciando de la formulación de hipótesis que determinará los objetivos de la investigación y verificados, se podrá elaborar una teoría del caso.

En la ejecución de la investigación, se empleo el método científico toda vez que la presente tiene un enfoque cualitativo, además del método inductivo partiendo de las opiniones de los expertos en derecho laboral para llegar a una conclusión; las técnicas de investigación utilizadas fueron las fichas bibliográficas.

Para su comprensión el trabajo de investigación se compone por cuatro capítulos; el primer capítulo, comprende acerca del Ministerio de trabajo y previsión social su estructura organizativa sobre la inspección de trabajo, la normativa relacionada a la Organización Internacional del Trabajo y las inspecciones del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social; el segundo capítulo, se relaciona con la teoría de la discrecionalidad, la legalidad, y la discrecionalidad administrativa; el tercer capítulo, indica la complejidad del fenómeno de la discrecionalidad jurídica, el origen de la discrecionalidad como libertad, y la indeterminación del derecho; el cuarto capítulo, comprende la discrecionalidad y el abuso del derecho, qué es abuso del derecho, sus antecedentes históricos, la discrecionalidad de los inspectores de trabajo y sus consecuencias en la clase trabajadora; el abuso del derecho en cuestiones de trabajo y seguridad social, como también un análisis del lado oscuro del derecho y la utilidad del concepto de abuso.

El presente trabajo nace como un aporte, para que los Inspectores de Trabajo se orienten o tomen conciencia del por qué de su actividad, evitando en sí, el abuso y sobre todo la legalidad que deben de tomar al resolver de acuerdo a legislación laboral y además tomar en cuenta los Tratados de la Organización Internacional del Trabajo.



CAPÍTULO I

1. Ministerio de trabajo y previsión social

El Ministerio de Trabajo y Previsión Social, es la institución del Estado de Guatemala encargada de velar y promover el cumplimiento eficiente y eficaz de la legislación, políticas y programas relativos al trabajo y la previsión social, en beneficio de la sociedad y busca ser un ministerio que promueva la cultura de respeto a la legislación laboral y el bienestar de la sociedad. Lo que da cumplimiento a lo que se establece en la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 193. Ministerios. Para el despacho de los negocios del Organismo Ejecutivo, habrá los ministerios que la misma señale. Así mismo indica la Ley del Organismo Ejecutivo Decreto 114-97, en el Artículo 40. Corresponde al Ministerio de Trabajo y Previsión Social. Hacer cumplir el régimen jurídico relativo al trabajo la formación técnica y profesional y la previsión social; para ello, tiene a su cargo las siguientes funciones:

- a) Formular la política laboral, salarial y de salud e higiene ocupacional del país.
- b) Promover y armonizar las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores, prevenir los conflictos laborales e intervenir, de conformidad con la ley, en la solución extrajudicial de estos y proporcionar el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos laborales; todo ello, de conformidad con la ley.
- c) Estudiar, discutir y, si fuere de beneficio para el país, recomendar la ratificación y velar por el conocimiento y la aplicación de los convenios internacionales de trabajo.
- d) (Derogado)



- e) En coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, representar al Estado en los organismos internacionales relacionados con asuntos de su competencia y en los procesos de negociación de convenios internacionales sobre el trabajo, así como velar por la aplicación de los que estuvieran vigentes.
- f) Administrar, descentralizadamente, sistemas de información actualizada sobre migración, oferta y demanda en el mercado laboral, para diseñar mecanismos que faciliten la movilidad de inserción de la fuerza laboral en el mercado de trabajo.
- g) Velar por el cumplimiento de la legislación laboral en relación con la mujer, el niño y otros grupos vulnerables de trabajadores.
- h) Diseñar la política correspondiente a la capacitación técnica y profesional de los trabajadores. La ejecución de los programas de capacitación será competencia de los órganos privados y oficiales correspondientes.
- i) Formular y velar por la ejecución de la política de previsión social y prevención de accidentes de trabajo.

1.1 Estructura organizativa de la inspección de trabajo

El reglamento orgánico interno del ministerio de trabajo y previsión social, indica en el Artículo cinco su estructura administrativa. Al nivel de las funciones sustantivas se encuentra la Inspección General de Trabajo, con rango de dirección general. En el manual de organización de la inspección de trabajo se presentan las funciones, que son:

- a) Realizar auditorías laborales y administrativas.



- b) Realizar revisiones de higiene y seguridad ambiental en centros de trabajo.
- c) Prevenir a patronos y empleados para que cumplan con dignidad y respeto las leyes laborales, convenios, pactos colectivos y otras disposiciones que favorezcan la relación laboral.
- d) Velar por la equidad en las relaciones sociales de producción.
- e) Proteger la maternidad y lactancia de la mujer trabajadora.
- f) Participar como representante mediador del Ministerio en los conflictos laborales, individual o colectivo de carácter jurídico cuando figuren mujeres y menores o se trate de acciones de hecho.
- g) Asesorar técnicamente al Ministerio y evacuar consultas sobre la forma en que deben ser aplicadas las disposiciones legales de su competencia.¹
- h) Sancionar a los infractores de las leyes laborales nacionales, convenios y tratados internacionales.
- i) Informar al despacho ministerial de las situaciones laborales especiales que se manifiesten en el ámbito laboral.

La inspección general de trabajo, se constituye como un órgano de asesoría técnica del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, junto a la dirección superior, la Procuraduría de la Defensa del Trabajador, la Dirección General de Trabajo, la Dirección General de Previsión Social, la Dirección General de Capacitación y Formación Profesional, la Dirección General de Recreación del Trabajador del Estado y la Dirección General del Empleo. Está constituida por:

¹ <http://www.mintrabajo.gov.gt/org/funciones/inspeccion/funciones/manual-de-organizacion-igt-24-06-2011>



- a) El inspector general de trabajo, que es la autoridad superior delegada por despacho ministerial en las funciones de inspección de asuntos laborales y es el responsable de cumplir y velar porque se cumplan las funciones que le acreditan el Código de Trabajo, leyes, acuerdos y reglamentos de previsión social.

- b) Los sub inspectores generales de trabajo, que ostentan la jerarquía inmediata inferior después del inspector general, a quién representan o sustituyen por ausencia de éste. Tienen las mismas atribuciones del inspector general, a quién apoyan en las actividades de coordinación y gerencia de funciones y actividades. Los inspectores operan el área metropolitana como sub inspector general de trabajo en el área metropolitana y el sub inspector general de trabajo en el área departamental.

- c) La secretaria de la inspección general, es un puesto de trabajo creado para la ejecución de las actividades secretariales e información de la inspección general de trabajo.

- d) La sección de dictámenes y opiniones jurídicas laborales, es un equipo de trabajo responsable de elaborar estudios jurídicos relativos a consultas sobre asuntos laborales, en consideración analítica de la inspección general. Se encarga además de hacer el seguimiento y participar en los procesos judiciales de imposición de multas ante el organismo jurisdiccional.



- e) La sección de fiscalía o visitaduría laboral, se integra por un cuerpo de inspectores de trabajo, quienes se encargan de realizar visitas a empresas, para verificar el cumplimiento de las leyes, reglamentos, y acuerdos de trabajo y previsión social

- f) La sección de conciliación laboral, está a cargo de un cuerpo de inspectores de trabajo, que se encarga de atender las demandas administrativas laborales, que interponen trabajadores, por: despido, cesación de contrato, o conclusión de relación laboral. Su objetivo principal es velar porque los patronos, trabajadores individuales y organizados, cumplan, respeten las leyes, convenios colectivos y reglamentos, que norman las condiciones de trabajo y previsión social en vigor o que se emitan en lo futuro.

En las recomendaciones para Guatemala establecidas en el documento, la dimensión laboral en Centroamérica y la república Dominicana. Construyendo sobre el progreso y reforzando el cumplimiento y potenciando las capacidades, se explicitó la necesidad de “dotar a la inspección de trabajo de estatuto de servicio civil y aumentar sus salarios, capacitación y equipamiento, así como continuar y complementar el estudio de reclasificación de puestos y salarios que se inició en 2003.”²

Otras deficiencias reconocidas internacionalmente por el Estado de Guatemala son:

- Politización de la inspección general de trabajo a través de los nombramientos de inspectores de trabajo

- Altos niveles de corrupción

² Ministerio de Trabajo y Previsión Social. **Memorias período agosto 2007**. Pág. 45

- 
- Falta de credibilidad de la institución
 - Falta de poder coercitivo.

1.2 Normativa relacionada a la Organización Internacional del Trabajo

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece que el Estado participará en convenios y tratados internacionales o regionales que se refieran a asuntos de trabajo y que concedan a los trabajadores mejores protecciones o condiciones. En tales casos, lo establecido en dichos convenios y tratados se considerará como parte de los derechos mínimos de que gozan los trabajadores de la República de Guatemala. Desde el año 1919, el Estado de Guatemala ha sido miembro fundador de la Organización Internacional del Trabajo, ratificando hasta la fecha.

De los 72 convenios de la Organización Internacional del Trabajo, de los cuales 67 aún siguen vigentes. Guatemala ha ratificado los Convenios números 81 y 129 relativos a la inspección de trabajo, el primero en 1952 y el segundo en 1994.

La Organización Internacional del Trabajo, ha publicado en 2008 los últimos comentarios relativos a la aplicación de dichos convenios. La necesidad de mejorar las condiciones de servicio de los inspectores del trabajo con miras a que se respeten los principios deontológicos de la profesión se encuentra reflejada tanto en las observaciones realizadas al Convenio número 81, como en las del Convenio número 129.



Se aconseja para ello la incorporación de disposiciones en la legislación que prohíban a los inspectores tener intereses en los establecimientos bajo su control, y la garantía de unos niveles de remuneración y perspectivas de carrera apropiadas. Asimismo, se requiere en cuanto a ambos convenios explicación acerca de la función de los inspectores en los procedimientos de detección y represión de las infracciones.

Respecto al "Convenio número 81, establece la necesidad de mejorar las condiciones de trabajo de los inspectores mediante la concesión de recursos para, entre otros fines, contratar más personal y conseguir medios materiales. Además, es preciso garantizar la formación que los inspectores reciben al ingresar en el cuerpo, a fin de que contribuyan a la mejora de la legislación. Otra observación a la aplicación del citado convenio es la falta de protección para algunas categorías de inspectores."³

En cuanto al Convenio número 129, además de lo ya mencionado, la Comisión indica que los inspectores del trabajo en la agricultura no poseen la formación necesaria para ejercer sus funciones de investigación de tipo técnico y científico. Por último, se solicita información acerca del reforzamiento de los equipos e instrumentos de investigación técnica de los inspectores que ejercen en la agricultura.

a) Instituciones tripartitas: El Convenio número 144 sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo) fue ratificado por Guatemala en 1989. La Comisión Nacional de Seguridad y Salud Ocupacional, para Guatemala es un ente tripartito

³. Juan Manuel Sepúlveda Malbrán. **Oficina Internacional del Trabajo**. Pág. 29



creado por el Ministerio de Trabajo y Previsión Social en el año 2000. En 2002 se formula el Acuerdo de Santo Domingo, para adoptar una agenda laboral subregional tripartita, del que Guatemala es parte.

En 2004 entra en vigor el Acuerdo gubernativo número 285-2004 por el que se crea la Comisión Tripartita sobre Asuntos Internacionales de Trabajo. Está integrada por representantes del gobierno de la república, empleadores y trabajadores, a través de sus organizaciones más representativas, para asegurar consultas efectivas y opinar en lo relativo a la promoción de la aplicación de las normas internacionales del trabajo, conforme al Convenio 144.

La Comisión cuenta con varios foros y subcomisiones, entre ellos el de Inspección de Trabajo. En junio de 2005, Guatemala, entre otros países, firmó en Tegucigalpa la Declaración Tripartita para el Fomento del Empleo y el Trabajo Decente en Centroamérica y república Dominicana. Uno de los puntos de la declaración trató acerca de la necesidad de fortalecimiento de las funciones y capacidades del sistema de inspección de trabajo. Una de las últimas actuaciones en pro del diálogo social en Guatemala ha sido la instalación en 2008 de un sistema nacional permanente de diálogo, inspirado en los principios emanados de los Acuerdos de Paz.

b) Situación actual de la inspección de trabajo. estructura y funciones: La inspección de condiciones y medio ambiente de trabajo en Guatemala es generalista y se realiza a través de los inspectores y técnicos del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, a

cargo de la Inspección General del Trabajo y la Dirección General de Previsión Social y de la inspectoría en materia de seguridad social y seguridad y salud en el trabajo del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.

Sus funciones son generales y atribuidas en el Código de Trabajo y en materia de salud en el Reglamento General sobre Higiene y Seguridad en el Trabajo y comprenden la realización de visitas de inspección, conciliación y asesoría técnica del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, evacuación de consultas de empleadores y trabajadores contempladas en los Artículos 278 y 279 del Código de Trabajo así como la aprobación de reglamentos interiores de trabajo.

c) La inspección general del trabajo: La Inspección General del Trabajo, desarrolla sus actividades en el área metropolitana en cuatro áreas:

- Cálculo de prestaciones laborales, Actas iniciales y conciliación. Se encarga de realizar los cálculos de prestaciones laborales a solicitud de los trabajadores, citar a los empleadores para reuniones de conciliación a través de la unidad de actas iniciales y realizar las conciliaciones entre empleadores y trabajadores a cargo de los inspectores de trabajo que actúan exclusivamente como conciliadores con el objeto de llegar a acuerdos.

Estos acuerdos son aprobados por la Inspectoría General del Trabajo, y tienen mérito ejecutivo, por lo que pueden ser ejecutados en vía judicial en caso de incumplimiento.



La unidad de cálculo de prestaciones laborales, cuenta con dos trabajadores operativos y dos practicantes y se encarga de atender a los trabajadores proyectando una liquidación de prestaciones. Mismo que realiza las citaciones cuenta con tres inspectores y un trabajador operativo.

La sección de conciliaciones contempla dieciocho inspectores de trabajo que realizan exclusivamente funciones de conciliación, de los cuales dos actúan como supervisores.

- Sección de visitaduría y consultas. Realiza la fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral cuando el vínculo laboral se encuentra vigente tanto en el sector privado como en el público. Tiene asignados veintitrés inspectores pero por diferentes razones sólo diecisiete realizan inspecciones.

Del total de inspectores, dos actúan como supervisores. Los inspectores no están asignados en grupos y realizan todo tipo de inspecciones. No obstante, para realizar sus funciones la sección de visitaduría tiene tres unidades temáticas, unidad especial de inspectores para atender los casos de trabajadores de la industria de la maquila y la unidad de inspectores de trabajo para atender casos de trabajadores menores de 18 años.

Además se realizan actividades a través de una unidad especial, para la atención de casos multisectoriales, que se realizan con otras dependencias del Estado. No hay una asignación permanente de inspectores a estas unidades sino que depende de la



programación de actividades, actuando así a través de un coordinador en cada una de ellas. Esta sección también está encargada de absolver consultas y proporcionar información a trabajadores y empleadores, por aquellos inspectores que no realizan visitas a centros de trabajo sino que permanecen en las oficinas del ministerio para esos efectos. La sección de visitaduría también ejerce las dos presidencias de las comisiones paritarias del salario mínimo.

- Sección de asesoría jurídica, procuración judicial y reglamentos interiores de trabajo. No se encuentra prevista formalmente en el organigrama funcional del Ministerio de Trabajo y Previsión Social. Se encarga de brindar asesoría a la inspección general de trabajo, asume la procuración de las demandas judiciales de incidentes para la imposición de multas en el poder judicial actuando como parte y revisa los reglamentos interiores de trabajo para la respectiva aprobación de la inspección general de trabajo, así como la elaboración de las consultas que deben ser evacuadas por la inspección general de trabajo, la cual está integrada por un profesional de derecho y nueve inspectores de los cuales seis para la procuración judicial y tres para el trámite de aprobación de reglamentos interiores.
- Notificaciones. Realizan las notificaciones de las citas para conciliaciones, actas de inspección, informes sobre el inicio de los incidentes judiciales y de las actuaciones de la inspección general de trabajo. Las notificaciones son realizadas por nueve inspectores de trabajo. A nivel descentralizado se reproduce la misma estructura pero cuando se trata de departamentales muy pequeñas las funciones se consolidan



en los inspectores. El trámite del incidente judicial por imposición de sanciones es seguido y realizado directamente por el inspector visitador. En realidad, del total de la plantilla de inspectores de trabajo sólo unos diecisiete funcionarios en la ciudad de Guatemala ejercen funciones de inspección a través de la visitaduría conforme a lo prescrito en las normas internacionales; lo mismo ocurre a nivel descentralizado en las oficinas departamentales.

La Inspectoría general de trabajo, “a través de la sección de visitaduría en la ciudad capital ha recibido 3.214 denuncias para la actuación de inspección del trabajo. En las regiones se han tramitado 2,128 casos, lo que hace un total de 5,342 procesos de inspección a nivel nacional.”⁴

La “estadística de conciliaciones muestra la ciudad capital con 5,521 casos atendidos y en las regiones 3,264 casos haciendo un total de 8,785 casos. Esta información refleja una mayor actividad de la conciliación en cuanto a la atención de casos en una proporción cercana a un caso de inspección por dos de conciliación.”⁵

- d) La dirección general de previsión social: dentro del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, se encuentra estructurada en seis departamentos de carácter técnico,
- Departamento de atención al trabajador con discapacidad. Con cinco personas está encargado de los temas de no discriminación, promoción e inserción a través de trabajo autónomo de los discapacitados;

⁴ Oficina Internacional del Trabajo. **Diagnóstico de la situación de la inspección del trabajo en Guatemala.** Pág. 10

⁵ **Ibíd.**

- 
- Departamento de pueblos indígenas. Con dos funcionarios encargados de sensibilización y capacitación en el tema;
 - Departamento de promoción de la mujer trabajadora, que además de sensibilizar y apoyar, con seis integrantes, educan, acompañan a las personas con problemas y asesoran en derechos laborales a las mujeres trabajadoras, dando seguimiento incluso a las denuncias en la inspección general de trabajo. Brindan formación a los funcionarios del Ministerio de Trabajo y Previsión Social en temas que le son propios;
 - La unidad de protección del adolescente trabajador, que con seis personas busca la erradicación del trabajo infantil a través de la prevención, educación, información, envío a la inspección en caso de posibles problemas, entre otros, y trabaja en relación directa con la unidad de inspección destinada al trabajo infantil.
 - Departamento del adulto mayor, encargado de supervisar programas de aporte económico, especialmente el bono para adultos en casos de extrema pobreza. Cuenta con casi sesenta funcionarios;
 - Departamento de higiene y seguridad ocupacional. Formado por ocho funcionarios en la ciudad de Guatemala y cuya funciones esenciales son asesorar a empresas sobre riesgos, educar en prevención y crear comités bipartitos de seguridad e higiene en las empresas.

- 
- La función técnica de seguridad y salud, es encomendada a los técnicos que realizan visitas de asesoría a pedido de parte, la empresa, un trabajador o incluso algún departamento del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, o programadas de oficio.

Aplican como texto básico el reglamento de seguridad e higiene en el trabajo del 28 de diciembre de 1957, en el Artículo 11 establece que “corresponde al Ministerio de Trabajo y al Instituto Guatemalteco de Seguro Social aplicar de forma coordinada la higiene y seguridad, asesorando, dotando de recursos técnicos, investigando accidentes de trabajo o enfermedades profesionales y promoviendo creaciones de seguridad e higiene, atribuyendo a los empleadores el deber de cumplir con las recomendaciones y facilitar las inspecciones.”

Son ocho funcionarios los que en colaboración con la inspección general de trabajo, realizan las funciones del ministerio a este respecto. “Realizan visitas preventivas cubriendo sólo la ciudad de Guatemala aunque tres representantes en los departamentos del Quiché, Escuintla y Jutiapa. Su coordinación con la inspección de trabajo es insuficiente, y aunque a veces actúan en conjunto, aunque no más del 20% del total de las visitas. Sin perjuicio de las obligaciones del Código de Trabajo y del Reglamento de Seguridad e Higiene, así como de los Convenios internacionales ratificados por el país, los accidentes de trabajo no se comunican oficialmente de hecho no se comunican a ninguna dependencia del Ministerio de Trabajo y Previsión Social ni de la administración pública y no existe un listado legal de enfermedades profesionales.



Se trata de un departamento preventivo y educacional. No realiza ninguna acción en el sector agrícola y la falta de medios afecta las actuaciones fuera de la capital.”⁶

e) Visitas de inspección de la visitaduría de la inspección general del trabajo: La inspección se realiza luego de recibir una denuncia por escrito, verbal, por teléfono, por correo electrónico o por una decisión de la propia. Pueden ser ordenadas como consecuencia de una denuncia o de oficio. En el área metropolitana el trabajador, trabajadores o los sindicatos pueden presentar sus quejas directamente en las oficinas del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, a través de inspectores encargados de la recepción de las denuncias, en el mismo ambiente en que se realiza el cálculo de prestaciones laborales y se programan las conciliaciones.

Es así que dos inspectores reciben las consultas de los trabajadores e ingresan la solicitud en un programa de computación en el que en forma automática se indica el nombre del inspector. También existen inspectores que atienden emergencias y hacen turnos. Las inspecciones se realizan como consecuencia de una denuncia y no a través de una planificación.

Prácticamente el 90% de las actuaciones son a solicitud de parte. Para la visita el inspector se identifica con su credencial y presenta además una orden de inspección, procediendo a realizar las entrevistas y a solicitar información y documentación. Si encuentra infracciones, realiza una prevención que consiste en advertir la infracción y fijar un plazo, en forma discrecional en atención a cada caso, para que se cumpla la

⁶ **Ibíd.**

recomendación bajo apercibimiento de inicio del procedimiento para la imposición de sanción.

Luego de la segunda visita reinspección y de otorgar audiencia al empleador, que se hace en la misma acta de reinspección, si se verifica que continúa el incumplimiento corresponde hacer un memorial de incidente que contiene encabezado, hechos de actuaciones, razonamiento lógico jurídico, fundamentos y conclusiones; es decir realizan un nuevo informe para presentar la demanda a través del procedimiento de incidente judicial que debería ser más breve que el procedimiento ordinario.

Por lo general, pueden hacerse más de dos visitas, incluso en algunos casos se llega al exceso de realizar hasta ocho visitas. Ello depende del inspector de trabajo y de la materia de que se trate. El memorial de incidente es notificado al patrono a través de los inspectores notificadores y luego se organiza un expediente para ser presentado ante el poder judicial como un incidente judicial a fin de que se proceda a la imposición de la sanción y multa.

Obstrucciones La obstrucción aparece regulada de forma tácita y sin definición expresa en el Artículo 281 inciso f) del Código de Trabajo y plantea un trámite general. Es una consecuencia de la obligación del empleador de atender y dar facilidades al inspector y es la infracción a esta obligación la que configura una obstrucción. Debe notificarse al empleador de la obstrucción en el momento de la visita o se fija un aviso en la puerta a fin de cautelar el derecho de defensa de la empresa. Luego se hace un memorial de



incidente que pasa a asesoría jurídica y que es presentado al juzgado de trabajo y previsión social para tramitarse como un incidente judicial de imposición de multa.

- f) Las visitas de los técnicos de seguridad e higiene ocupacional: La visita de carácter preventivo se practica siguiendo una guía de verificación sectorial y termina con un pliego de recomendaciones con propuestas y plazos que se entregan a la empresa y que se registra de forma manual, sin que se cruce o combine con cualquier otro registro de la inspección general. Pueden hacer reinspecciones hasta cuatro veces y si existe incumplimiento o consideran que ha existido negligencia lo comunican a la inspección para que prevenga e inicie el trámite de sanción.

1.3. Inspecciones del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social

Los inspectores de la división de inspección patronal del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, tras recibir la orden de servicio visitan la empresa una o dos veces, pudiendo la segunda requerir que se les aporte documentación o se cite a los representantes para que asistan a las dependencias del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.

En caso de incumplimiento y sin perjuicio de la acción administrativa pueden proceder al registro de oficio del trabajador en la seguridad social. “Los inspectores de seguridad e higiene visitan la empresa y actúan por programación (90%) efectuando un 10% de visitas por denuncia y tan solo un uno por ciento de visitas se practican de manera

conjunta con la inspección de trabajo. No pueden sancionar sino que emiten un Informe y dan plazos para que corrijan las deficiencias, visitando hasta tres veces la empresa antes de remitir el expediente a la Inspección General de Trabajo para el inicio del trámite de imposición de multa. Para el año 2007 se realizaron 2,772 primeras inspecciones y 3,265 reinspecciones, haciendo un total de 6,037 actuaciones inspectoras. Las dos inspecciones del seguro social apenas coordinan su actuación con la Inspección General de Trabajo y con los técnicos de la Dirección General de Previsión Social, siendo la colaboración prácticamente inexistente.”⁷

- a) Recursos materiales: Los inspectores de trabajo pueden acceder a un número reducido de vehículos pero deben esperar a la asignación correspondiente y proceder a una programación de actividades de acuerdo con esta asignación.

- b) Multas y procedimiento sancionador: En acatamiento de la sentencia de la Corte de Constitucionalidad de tres de agosto de 2004, el Departamento de Visitaduría de la Inspección General de Trabajo no aplica directamente sanciones. En caso de encontrar violaciones a las normas laborales procede, discrecionalmente salvo que se trate de una primera visita donde esta obligado a prevenir o advertir al empleador de que debe dar cumplimiento a determinada obligación dentro de un plazo establecido, dejándose constancia en un acta. Al vencimiento del plazo se practica una reinspección en la que se verifica si se cumplió con la prevención efectuada; no obstante, en algunos casos se ha advertido un uso excesivo de reinspecciones que

⁷ **Ibíd.**

alargan innecesariamente el procedimiento, sobre todo en los casos de conflictos colectivos, en los que se practican hasta ocho o diez visitas de inspección.”⁸

Si persiste el incumplimiento detectado el inspector de trabajo elabora un memorial de incidente con el objeto que el expediente sea remitido al Organismo Judicial para que se le imponga la sanción correspondiente por haber incurrido en falta laboral.

A partir de este momento las actuaciones de la inspección se centran en la imposición de la multa, sin volverse a hacer énfasis en el cumplimiento de la infracción detectada, ni en la vía administrativa ni en la judicial. Esto ocurre a pesar que el Artículo 271, inciso d), señala que “La imposición de la sanción es independiente y no exime al infractor del cumplimiento de sus obligaciones contractuales o legales; y el inciso e) del mismo Artículo señala expresamente que Además del pago de las sanciones impuestas, el infractor queda obligado a subsanar la irregularidad en el plazo final que fije la misma resolución, de la cual se enviará copia certificada a la Inspección General de Trabajo para que se verifique su cumplimiento.”

Al darse por agotada la vía administrativa el trabajador debe paralelamente acudir al Organismo Judicial para plantear su demanda a fin de obtener atención a su reclamo, en forma independiente al trámite de incidente judicial seguido por los inspectores de Trabajo para la imposición de la multa. El trabajador de escasos recursos tiene la posibilidad de solicitar la asistencia de la Procuraduría de Defensa del Trabajador del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, que se encarga de tramitar procesos ante el

⁸ Corte de Constitucionalidad. **sentencia tres de agosto de 2004**. Pág. 1



Organismo Judicial. En lo que respecta a las inspecciones sobre seguridad y salud en el trabajo que son practicadas por personal de la Dirección General de Previsión Social, a las que se les denomina visitas técnicas”, tienen la particularidad que no concluyen en prevención o advertencia, pues los técnicos sólo tienen la facultad de efectuar recomendaciones en el caso de encontrar incumplimientos de la legislación sobre seguridad y salud en el trabajo.

En casos extremos recurren a la Inspección General del Trabajo, para que un inspector del Departamento de Visitaduría efectúe la prevención y elabore el posterior memorial de incidente, cuenta con un Departamento de Asesoría Jurídica que, entre otros aspectos, se encarga de preparar los expedientes que se remiten a los Juzgados de Trabajo del Organismo Judicial, que en el momento son ocho en la ciudad de Guatemala, aunque muy próximamente se duplicarán en número. Al momento de la elaboración de este informe la Asesoría Jurídica “gestiona 6,807 expedientes en trámite por la vía de incidentes judiciales ante el Organismo Judicial para la imposición de las sanciones, algunos iniciados en el año 2004, en tanto que 869 casos estaban siendo preparados para la presentación de la correspondiente demanda ante los Juzgados de Trabajo. Para la admisión de la demanda en vía incidental debe elaborarse una demanda judicial con todas las formalidades que la Ley del Organismo Judicial requiere, que es suscrita por el Inspector de Trabajo que elaboró el acta de inspección. Adicionalmente, se debe acreditar su condición de funcionario activo del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, acompañar todas las pruebas que acrediten que efectivamente se ha constatado una violación de la legislación laboral. Si no se cumple



con alguna de las numerosas formalidades el expediente no es admitido a trámite en el Organismo Judicial.”⁹

Lo importante en todos estos casos los inspectores de trabajo, se convierten en litigantes ante el Organismo Judicial en virtud de ser ellos los que tienen que suscribir el memorial de incidente; se han dado casos en que inspectores han sido sancionados a título personal por el Organismo Judicial por su actuación como litigantes, en lugar que sea la Inspección General de Trabajo la que promueva tales acciones.

Esta atribución y requisito de admisión de los incidentes habría sido requerido por el Organismo Judicial en aplicación del artículo 280°, inciso e) del Código, según el cual vencido el plazo el inspector levantará acta y dará audiencia al empleador y promoverá la acción administrativa; y en el Artículo 415 del Código de Trabajo conforme al cual el Ministerio de Trabajo y Previsión Social a través de la Inspección General del Trabajo tiene acción directa para promover y resolver acciones contra las faltas y contra las leyes de Trabajo y Previsión Social.

Además de lo expresado, deben acompañarse cinco copias con la presentación de la demanda. En Ciudad de Guatemala y en las Oficinas Departamentales los inspectores de trabajo que practicaron las visitas deben encargarse de la redacción de las demandas o memoriales de incidente. En la ciudad de Guatemala el departamento de Asesoría Jurídica de la Inspección General de Trabajo, conformado por nueve personas de los cuales seis son inspectores de trabajo sin contar a la Asesora Jurídica-, es el que

⁹ Ibid.



se encarga de la posterior tramitación una vez que ha recibido el memorial de incidente del inspector de trabajo que practicó la visita, lo que implica asumir el impulso del proceso y la presentación de toda clase de recursos para que el procedimiento culmine. En las oficinas departamentales, son los 17 propios inspectores que realizaron la visita, los que se encargan de la tramitación judicial de los procesos.

En ciudad de Guatemala el promedio de duración de los procesos judiciales es de un año para la primera instancia y de medio año en la segunda instancia, pero los más antiguos datan hasta de cuatro años. Debido a los exigentes requisitos formales para la admisión a trámite de los incidentes y al escaso número de personal del departamento de asesoría jurídica, así como de los inspectores de trabajo que además de sus visitas a centros de trabajo deben encargarse de la redacción de los memoriales de incidentes, la Inspección General de Trabajo se toma aproximadamente seis meses para interponer los incidentes ante los juzgados de trabajo.

En el Artículo 271, inciso a) del Código del Trabajo prevé que la acción para iniciar el procedimiento y la sanción administrativa prescriben en seis meses, por lo que si la Inspección General de Trabajo se demora más de ese plazo, no son admitidos a trámite los incidentes. Estos plazos son aún mayores cuando el Juez de Trabajo no es del criterio que tales procesos se deban tramitar por la vía del incidente prevista en el Artículo 135 y siguientes de la Ley del Organismo Judicial, sino a través de la vía ordinaria. El trámite incidental es aplicable a toda cuestión accesoria que sobrevenga y que no tenga señalado por la ley un procedimiento específico, pero debe darse

audiencia al empleador y posteriormente abrirse a prueba el proceso para recibirse las ofrecidas al promover el incidente como al evacuar la audiencia.

Se pueden realizar hasta dos audiencias para el examen de las pruebas, luego de lo cual el juez resuelve el incidente mediante sentencia que es apelable ante la Corte de Apelaciones con sede en la ciudad de Guatemala. A pesar que el trámite judicial por vía de incidente es aparentemente sencillo y breve, está sujeto en muchos casos a acciones dilatorias como recursos de nulidad y hasta recursos de amparo constitucional, en la medida que la legislación procesal vigente en el país ha establecido que no hay ámbito en que no sea susceptible su interposición. Si fuere éste el caso el proceso incidental de imposición de sanciones se paraliza al menos por dos años hasta que el recurso de amparo se resuelva.

En estos procesos se aplica la regla de que el juez no puede subsanar las deficiencias de las partes. De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 271 del Código de Trabajo, el monto de las multas es entre tres y catorce salarios mínimos mensuales vigentes para actividades no agrícolas (actualmente es de Q. 48.50 diarios o Q. 1,455 mensuales, lo que equivale a USD 6.37 diarios o USD 191.10 mensuales). cuando se trata de una disposición prohibitiva; entre tres y doce salarios mínimos mensuales cuando se trata de una disposición preceptiva; entre seis y catorce salarios mínimos mensuales cuando se trata de disposiciones sobre higiene y seguridad en el trabajo; entre dos y diez salarios mínimos mensuales si se trata de disposiciones referentes a huelga o paro en el caso de empleadores y de uno a cinco salarios mínimos mensuales en el caso de



trabajadores; y para cualquier otra violación disposición preceptiva del Código, entre dos y nueve salarios mínimos mensuales en el caso de empleadores, y entre diez y veinte salarios mínimos diarios, si se trata de trabajadores. La obstrucción a la visita de inspección no está tratada ni sancionada de manera especial por el Código de Trabajo, contribuyendo a que la Inspección General del Trabajo, enfrente a menudo casos de resistencia injustificada a la vigilancia del cumplimiento de sus disposiciones.

En el Artículo 281, inciso c) del Código de Trabajo, establece que en tales casos debe recurrirse al Organismo Judicial, lo que se hace a través del mismo trámite incidental antes descrito con todas las dificultades que éste ofrece y que no es disuasorio por falta de efectividad. Esta norma también señala que pueden solicitar el auxilio de las autoridades o agentes de policía en el caso que se les impida el ingreso a los inspectores de trabajo, pero esta facultad no es utilizada, pues en los casos que sí se hizo, la negativa también alcanza a la policía.

En la oficina departamental de Escuintla, se analizó un expediente en que ante la obstrucción denunciada al Organismo Judicial en vía incidental se había impuesto una sanción en sólo dos meses, pero no se había dispuesto la realización de nueva visita de inspección en el mismo centro de trabajo por falta de personal y por exceso de trabajo.

Como se señaló anteriormente, de acuerdo en el Artículo 271, inciso e) del Código de Trabajo, además del pago de las sanciones impuestas, el infractor queda obligado a subsanar la irregularidad en el plazo final que fije la misma resolución, de la cual se

enviara copia certificada a la Inspeccion General del Trabajo para que verifique su cumplimiento. No obstante, en la práctica esta disposición no se cumple.

j) Registro de empresas: La Inspección General de Trabajo, no tiene acceso a información del registro de empleadores del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social ni a alguna base de datos de la administración tributaria. Tampoco tiene acceso al registro mercantil (inscripción de empresas) que permita formar una base de datos para el seguimiento de las empresas y la atención de las inspecciones. Existe un Sistema de Información Laboral, que sólo es de aplicación para el seguimiento de los casos de inspecciones en la visitaduría pero no opera como registro de empresas, sino de información sobre cada expediente abierto para la inspección. Este sistema se aplica en la ciudad capital y en algunas de las regiones pero no está interconectado y únicamente brinda información sobre cada caso. No tiene información sobre casos anteriores, que permita conocer la situación de cada empresa.

El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, cuenta con un importante registro informatizado de empresas que supera las 120 000. Este registro es utilizado por la División de Inspección Patronal y por la Sección de Seguridad e Higiene Ocupacional. En éste se registran todas las afiliaciones de oficio, los informes de recaudación y toda información relativa a la seguridad social de la empresa. Los datos no se comparten con otras instituciones. La Sección de Seguridad e Higiene accede al mismo registro de empresas y ha documentado incidencias en relación a 32.000 empresas registradas.

g) Tripartismo e inspección del trabajo: En la Comisión Tripartita sobre Asuntos Internacionales de Trabajo se ha formado una subcomisión denominada Foro de Discusiones relativas a la Inspección General del Trabajo en la que se han presentado diferentes propuestas realizadas por los actores tripartitos, así como la elaboración de una hoja de auto evaluación de empresas que se encuentra en la página web del Ministerio. Los empleadores consideran que la función de la Inspección General de Trabajo no debe resumirse a una labor de fiscalización, sino también debe comprender una labor de prevención y de asistencia técnica.

En este sentido, los empleadores expresaron su interés en una mejora de la efectividad de la inspección del trabajo a través de proceso de profesionalización y de unificación de criterios administrativos. Los empleadores han propuesto la creación de una Inspección General de Trabajo que sea fortalecida y autónoma, una superintendencia en la que los actores sociales tendrían mas peso. Los empleadores consideran el desarrollo del formato de auto-evaluación como instrumento de agilización y simplificación de los trámites y han insistido sobre las experiencias exitosas de resolución alternativa de conflictos, en el Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

Insisten igualmente en reforzar la acción de la comisión tripartita dándole mas poder dentro del marco del sistema de inspección. Los trabajadores consideran que la inspección no responde a la obligación de tutelar los derechos de los trabajadores tanto por una evidente falta de recursos como por la falta de conocimiento técnico y capacitación de los inspectores. Los trabajadores subrayaron los compromisos del libro



blanco relativos al fortalecimiento de la inspección del trabajo. “Señalaron igualmente que la corrupción es un problema mayor y que la insuficiencia de los salarios la facilita. De igual forma indicaron que no existe competencia en materia de seguridad y salud y sectores como el agrícola se ven muy perjudicados. También manifestaron que la visita programada no se realiza en la práctica y que esto resta eficacia.”¹⁰

En general, consideran que hay una cultura de incumplimiento. El Ministerio debe otorgar a la Inspección General de Trabajo un presupuesto suficiente y hacer selecciones profesionales por oposición real. En cuanto al procedimiento sancionador, los trabajadores creen que la Inspección General de Trabajo tiene que mejorar su capacidad de sanción por vía administrativa.

a) Patrono: Doctrinariamente, se le conoce como: “La persona que emplea obreros en trabajo u obra de manos.”¹¹

b) Trabajador: “Quien trabaja; todo aquel que realiza una labor socialmente útil. Laborioso o aplicado al trabajo. Obrero; el que realiza una tarea manual. Jornalero. Todo el que cumple esfuerzo físico o intelectual, con objeto de satisfacer una necesidad económicamente útil, aun cuando no logre el resultado. La parte retribuida en el contrato de trabajo. Laboralmente, trabajador es quien presta un servicio o realiza una labor por cuenta de otro, subordinado a él, bajo su dirección y con cierta continuidad. Se le ha denominado también proletario, en cuanto persona

¹⁰ **Ibíd.**

¹¹ Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Pág. 129.



o clase que sólo cuenta para vivir con el producto de su trabajo. También deudor de trabajo, acreedor de salario, asalariado, jornalero, operario y obrero, este último como oposición al empleado.”¹²

- c) Inspector de trabajo: “Nombre que recibe el funcionario de la rama laboral, cuya función es velar por el cumplimiento de las leyes, reglamentos y órdenes que en su caso corresponda, advertir a los infractores o negligentes, hacer las oportunas denuncias, imponer las correcciones prevenidas y estimular la superación en el desempeño de las tareas”.¹³

La responsabilidad de estos funcionarios del Ministerio de Trabajo y Previsión Social se encuentra establecida en el Artículo 273 del Código de Trabajo que establece: “Si las infracciones, violaciones o incumplimientos a que se refiere en el Artículo 272, así como todos los otros previstos en las demás leyes de trabajo o de previsión social, son cometidos, animados o tolerados por funcionarios o trabajadores al servicio del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, de cualquier otro organismo relacionado con las actividades de éste, o de los Tribunales de Trabajo y Previsión Social, además de la sanción correspondiente, los culpables deben ser destituidos de sus respectivos cargos sin pérdida de tiempo.

¹² Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 253

¹³ **Ibíd.** Pág. 398



Quedan a salvo, en cuanto a la sanción imponible, lo dicho en disposiciones especiales, así como las mayores responsabilidades penales y civiles que en contra de los culpables puedan declarar los tribunales comunes”.

En la legislación laboral no existe una definición de Inspector de Trabajo ya que únicamente se refiere a este simplemente como Inspector de Trabajo y le asigna funciones y responsabilidades, tal y como lo establece el Artículo 278. “La Inspección General de Trabajo, por medio de su cuerpo de inspectores y trabajadores sociales, debe velar porque patronos y trabajadores y organizaciones sindicales, cumplan y respeten las leyes, convenios colectivos y reglamentos que normen las condiciones de trabajo y previsión social en vigor o que se emitan en lo futuro.”





CAPÍTULO II

2. Teoría de la discrecionalidad

La discreción se entiende como “sano juicio, tino al expresarse o al proceder a discreción constituye locución adverbial con dos sentidos muy dispares; en el encomiable significa al arbitrio o buen juicio de alguien; y en el otro, condenable, expresa al antojo, al capricho y con exceso o abuso.”¹⁴

En cuanto a discrecional también el profesor Cabanellas establece que “Lo que se ejecuta con libertad y sensatez. En derecho administrativo se califica de discrecional la potestad gubernativa, o de las autoridades en general, que no se encuentra reglada, la no sujeta por la ley o reglamento a una determinada y concreta actitud. Tal concepto resulta primordial en materia contencioso administrativa, pues el recurso de esta índole sólo procede contra las resoluciones dictadas en virtud de la facultad reglamentaria; mientras los perjuicios derivados de las facultades discrecionales se encuentra en principio excluidos de reclamación, por constituir el ámbito propio de las atribuciones de los funcionarios. Sin embargo y por influencia del Consejo de Estados Franceses, y como freno ante la arbitrariedad, se ha introducido la garantía del recurso por abuso o desviación de poder en la esfera administrativa, cuando de las atribuciones se usa con el propósito exclusivo de dañar a otro o apartándose manifiestamente del espíritu de las disposiciones.”¹⁵

¹⁴ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 719.

¹⁵ **Ibid.** Pág. 719.

De lo descrito anteriormente se analiza en relación a la discrecionalidad y legalidad, lo cual se considera es un aporte a la presente investigación por lo que a continuación se describe lo escrito cualquier sociedad humana, independientemente del grado de civilización en que se encuentre, necesita un orden determinado. Este orden no es arbitrario ni causal, sino el fruto de la observancia de aquella norma jurídica, regla de conducta cuyo fin es el cumplimiento de un precepto legal.

La norma jurídica "es aquella regla que, según la convicción declarada de una comunidad, debe determinar exteriormente, y de modo incondicionado, la libre voluntad humana. Pero cuándo se hable de norma jurídica se establece la existencia de otras normas, por cuanto el calificativo de jurídico da a entender el ámbito de aplicación de aquéllas, que son obligatorias, por encerrar disposiciones de Derecho. Aun cuándo corrientemente se identifiquen ley norma jurídica, aquella no es sino una de las formas de manifestarse ésta, que más exacto sería acercarse a las fuentes del Derecho, por cuanto todas ellas crean normas de eficacia jurídica y legalidad: calidad de legal o proveniente de la ley. Legitimidad. licitud. Régimen político fundamental de un Estado, especialmente el establecido por su constitución, que a los efectos de organizar la vida en sociedad se crean. La legalidad es el requisito de observar ese determinado orden, ese sistema de normas jurídicas, todo lo cual asegura una conducta adecuada de los ciudadanos y evita las acciones arbitrarias."¹⁶

Dicho cumplimiento que bien podemos entender dentro del amplio marco de ejecución que tienen a su cargo los órganos administrativos de la sociedad. Si bien, la legalidad

¹⁶ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 36



no se convierte en concepto muerto, ha sufrido transformaciones que han llevado al “Sociedad jurídicamente organizada, capaz de imponer la autoridad de la ley en el interior y afirmar su personalidad y responsabilidad frente a las similares exteriores. Conjunto de los poderes públicos; acepción en que se asimila con gobierno, del cual se diferencia en cuanto este constituye la encarnación personal de aquel, su órgano ejecutivo a dotar de ciertas potestades discrecionales a algunos de sus órganos para agilizar el proceso de aplicación de la norma. El margen o la necesaria interrelación entre la legalidad y la discrecionalidad administrativa, sin negar la esencia de ambos fenómenos constituyen el objeto de este trabajo.”¹⁷

2.1. La legalidad

El rasgo que mejor tipifica “al estado de derecho, que es el estado constitucional, es la sujeción de todos sus actos a la ley, asegurándose así, el imperio de ésta. Significa, la supremacía absoluta o predominio de la ley opuesto a la influencia del poder arbitrario y excluye la existencia de lo arbitrario.”¹⁸

En este sentido, el imperio de la ley se opone a todos los sistemas de gobierno por personas investidas de poderes amplios, arbitrarios o discrecionales. El principio fundamental está basado en que son las leyes y no los hombres que gobiernan. Dicho principio se formula sobre la base de que ningún órgano del Estado puede adoptar una decisión individual que no sea conforme a una disposición por vía general anteriormente

¹⁷ **Ibíd.** Pág. 114.

¹⁸ López Álvarez, Valentín. **La discrecionalidad administrativa.** Pág. 139



dictada, esto es, que una decisión individual no puede ser jamás adoptada sino dentro de los límites determinados por una ley material anterior, es así un principio esencialmente protector del individuo.

“Todo el proceso de surgimiento de las normas del derecho administrativo estuvo antecedido por un amplio movimiento de oposición al absolutismo que comenzó en el plano de las ideas. Entre sus principales exponentes aparecen los ideales de Montesquieu con su tesis sobre la tripartición de poderes y con la formulación del principio de legalidad se ocupa a partir de entender que la soberanía reside en el pueblo y se manifiesta por las leyes, emanación de la voluntad general. Las leyes se distinguen por su generalidad de las otras manifestaciones de poder público, existiendo una diferencia entre estas y los otros actos de poder: el grado de su fuerza jurídica, teniendo como explicación que la ley es un acto de soberanía inicial e incondicionado, mientras que los otros actos nacen de un poder que la ley creó y que la misma ley condicionó al respeto de los mandatos y prohibiciones contenidos en las propias leyes. En pocas palabras sería que todo quede sometido a la ley.”¹⁹

El principio de legalidad fue sometido a revisión, por variadas causas, entre ellas el temor a la vuelta a los regímenes totalitarios y por otra parte la pérdida de confianza en los parlamentos, dando lugar a una nueva corriente que estimaba la necesidad de limitar el poder del legislador, al cual debe imponerse la obligación de respetar los valores fundamentales del pueblo y se insertan así los jueces y tribunales constitucionales.

¹⁹ Fernández Bulté, Julio. *Teoría del Estado y del derecho. Teoría del derecho*. Pág. 83



En los países en los que todas las leyes sin distinción tienen valor jurídico máximo, soberano, pues no quedan subordinadas a ningún otro acto jurídico, y a ellas se subordinan todas las demás actuaciones jurídicas, manteniéndose vigente el principio de legalidad en toda su amplitud. La noción de legalidad tomó un nuevo auge en los países del extinto campo socialista, entendiéndose la legalidad dentro de los estrechos límites del cumplimiento estricto de la ley por parte del Estado y el resto de las, organización es así como por los ciudadanos, pero este concepto fue sometido a transformaciones convirtiéndose en un principio de existencia política.

La legalidad se define como "una forma de existencia de la sociedad políticamente organizada, como un método de dirección estatal, en realidad el único posible, mediante el cual se abandonan la arbitrariedad, el voluntarismo y el autoritarismo, y la sociedad es conducida por la ley que representa los grandes intereses y proyectos de la mayoría."²⁰

Cuando en un país triunfa la revolución y se implanta un nuevo tipo de Estado, junto con él desaparece el viejo ordenamiento legal con la consabida necesidad de establecer un nuevo ordenamiento y el establecimiento de principios que rectoraran la estricta observancia de dichas normas.

Todos los órganos del Estado, sus dirigentes, funcionarios y empleados, actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias y tienen la obligación de observar estrictamente la legalidad socialista y velar por su respeto en la vida de toda la

²⁰ **Ibíd.** Pág. 85



sociedad. Siendo así, constituye imperativo constitucional la observancia del ordenamiento jurídico de todos los órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones, pero también de los ciudadanos y de todos en general.

2.2. Discrecionalidad administrativa

El paradigma propio del orden constitucional que rige el Estado social de derecho, ayuda a comprender que el ejercicio del poder público debe ser practicado conforme a los estrictos principios y normas derivadas del imperio de la Ley, no existiendo por tanto, actividad pública o funcionario que tenga plena libertad para ejercer sus funciones, las cuales se hallan debidamente regladas en las normativas respectivas.

Sin embargo, como las actividades que cumple la administración pública son múltiples y crecientes, la ley no siempre logra determinar los límites precisos dentro de los cuales debe actuar la administración en su quehacer cotidiano, es por ello entonces que el ordenamiento jurídico atribuye a la administración dos tipos de potestades administrativas: las regladas y las discrecionales.

- La potestad reglada es aquella que se halla debidamente normada por el ordenamiento jurídico; en consecuencia, es la misma ley la que determina cuál es la autoridad que debe actuar, en qué momento y la forma como ha de proceder, por lo tanto no cabe que la autoridad pueda hacer uso de una valoración subjetiva, por tanto "La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en

presencia de dicho supuesto y su contenido no puede ser configurado libremente por la administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia Ley ha revisto sobre ese contenido de modo preciso y completo."²¹

- Por el contrario, la potestad discrecional otorga un margen de libertad de apreciación de la autoridad, quien realizando una valoración un tanto subjetiva ejerce sus potestades en casos concretos. Ahora bien, el margen de libertad del que goza la administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no es extra legal, sino por el contrario remitido por la ley, no hay discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la ley haya dispuesto.

La discrecionalidad no constituye una potestad extralegal, sino más bien, el ejercicio de una potestad debidamente atribuida por el ordenamiento jurídico a favor de determinada función, vale decir, la potestad discrecional es tal, sólo cuando la norma legal la determina de esa manera. En consecuencia, la discrecionalidad no puede ser total sino parcial, pues, debe observar y respetar determinados elementos que la ley señala.

Por otra parte, "la discrecionalidad no constituye un concepto opuesto a lo reglado, porque, aunque en principio parezca contradictorio, toda potestad discrecional debe observar ciertos elementos esenciales para que se considere como tal, dichos elementos son: la existencia misma de la potestad, su ejercicio dentro de una determinada extensión; la competencia de un órgano determinado; y, el fin,

²¹ Manov. G: **Teoría marxista leninista del Estado y el derecho**. Pág. 121



caracterizado porque toda potestad pública está conferida para la consecución de finalidades públicas.”²²

Es importante distinguir a la discrecionalidad de la arbitrariedad, estas categorías constituyen conceptos jurídicos totalmente diferentes y opuestos. La discrecionalidad es el ejercicio de potestades previstas en la ley, pero con cierta libertad de acción, escogiendo la opción que más convenga a la administración. En este caso, la administración toma su decisión en atención a la complejidad y variación de los casos sometidos a su conocimiento, aplicando el criterio que crea más justo a la situación concreta, observando claro está los criterios generales establecidos en la ley.

La discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, sino el ejercicio de una potestad legal que posibilita a la administración una estimación subjetiva, que le permita arribar a diferentes soluciones, pero siempre respetando los elementos reglados que se encuentren presentes en la potestad. Y sobre todo, entendiendo que la solución que se adopte debe necesariamente cumplir la finalidad considerada por la Ley, y en todo caso la finalidad pública, de la utilidad o interés general.

Por el contrario, “la arbitrariedad se caracteriza por patentizar el capricho de quien ostenta el poder, en determinados casos. Lo arbitrario está en contra del principio constitucional de seguridad jurídica, puesto que el administrado se ve imposibilitado de actuar libremente por el temor a ser sancionado por el simple capricho o antojo de la autoridad, por lo tanto, la arbitrariedad no constituye una potestad reconocida por el

²² **Ibíd.**



derecho, sino mas bien, una definición que se halla fuera del derecho o, como se señala, una manifestación de poder social ajena al derecho.”²³

El elemento que permite diferenciar la potestad discrecional de la arbitrariedad constituye la motivación, ya que en cualquier acto discrecional, la autoridad está obligada a expresar los motivos de su decisión, cosa que no ocurre con la arbitrariedad, pues resulta absurdo exigir una motivación a quien actúa al margen de la ley.

En concreto, “la potestad discrecional de la administración en la producción de actos no reglados por el derecho administrativo únicamente se justifica en la presunción de racionalidad con que aquélla se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos y valores a tener en cuenta en su decisión, de tal suerte que la actividad discrecional no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquélla persigue.”²⁴.

Cuando se refiere a la discrecionalidad y al principio de legalidad, estamos planteando la obligatoriedad de todos los órganos del Estado de someterse a los preceptos en ley establecidos, y obviamente a este principio no escapan los órganos administrativos. En cuanto a si toda actividad administrativa debe estar vinculada o autorizada por una ley

²³ **Ibid.**

²⁴ **Ibid.**

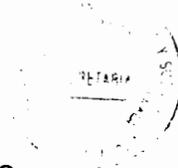


se plantean diversos criterios. “La respuesta no puede ser discutida, puesto que no ha de ser razonable que toda la actividad administrativa sea objeto de previsión legal, allí donde la actividad administrativa va en línea de ampliar derechos y esferas de actuación del particular no parece estar justificado ese rigor de vinculación positiva a la ley, mientras que por el contrario, la vinculación positiva es requisito esencial de toda actividad que comporte limitación de libertad.”²⁵

Históricamente la tesis de que toda actividad administrativa debe estar positivamente vinculada o autorizada por una ley, tiene por objeto asegurar la primacía del parlamento sobre la administración, que de esta forma no disponía de márgenes propios de maniobra. “Para esta concepción el rey o poder ejecutivo no tiene más opción que la de ejecutar las leyes y decretos del cuerpo legislativo y por ello ninguna iniciativa administrativa resulta válida sin el manto legal.”²⁶

Por el contrario la doctrina de vinculación negativa de la administración pública a la ley formal, es decir, que la ley no es requisito o presupuesto habilitante de la actividad administrativa sino la frontera que marca sus límites de actuación, arranca históricamente del principio monárquico o de prevalencia del ejecutivo sobre el parlamento que se percibe a partir del bonapartismo. Esta concepción llevaba la idea de que la actividad administrativa no vinculada por la ley era esencialmente discrecional y, por ellos, exenta de controles judiciales.

²⁵ Parada, Ramón. **Derecho administrativo**. Pág. 152
²⁶ **Ibíd.**



En la actualidad, por disímiles razones que van desde las críticas del formalismo kelseniano, para el que no pueden existir espacios jurídicos exentos, hasta motivaciones políticas como las nuevas tendencias democráticas, unidas siempre a la prevalencia del parlamento sobre el ejecutivo, se ha producido un renacimiento de la tesis de la vinculación positiva. De esta forma toda limitación de la libertad o la propiedad exige una previa habilitación legal.

La exigencia de la vinculación positiva con extraordinario rigor. La administración pública, afirman, necesita de un respaldo normativo explícito. “Criterio que a partir de la necesidad de la ley que permita la potestad discrecional, el actuar discrecional de la administración en una determinada esfera, sin embargo tampoco podemos olvidar que la potestad discrecional es precisamente fruto de la imposibilidad de la ley de regular cada caso concreto en el espectro amplio y rico de la vida en sociedad, a partir de sus características de generalidad. Pero lo que si no deja dudas es que la discrecionalidad ha de ser resultado de una normativa autorizante que deja a su decisión la solución de un determinado asunto sobre la base de la valoración de ciertas categorías también precisadas en ley.”²⁷

a) Control de la potestad discrecional: El control de la discrecionalidad se enfrenta a los desafíos que presuponen los cambios acaecidos en la organización y funciones del aparato estatal, por un lado, requiriendo una mayor libertad de acción ante una

²⁷ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. **Curso de derecho administrativo I**. Pág. 63



realidad compleja, pero por otro necesitando de un control que "ilumine" ese mismo actuar y lo torne jurídica y políticamente responsable.

El hecho de que un acto administrativo pueda o deba ser objeto de control más que nada es una necesidad que tributa a la fiscalización de su ente productor y de los límites que enmarcan dicha discrecionalidad.

Una de las principales controversias relacionada con el control del ejercicio de la potestad discrecional se "refiere a la posibilidad de ejercer este control por parte de las autoridades judiciales. Al respecto en el derecho comparado los criterios están divididos, por una parte están aquellos que sí incluyen la posibilidad que el juez de lo contencioso administrativo resuelva los conflictos derivados de actos discrecionales, mientras que por otro lado, se considera que estas cuestiones no deben ser objeto de revisión por parte de la autoridad judicial."²⁸

Acerca del alcance del control jurisdiccional de la actividad discrecional "desde un punto de vista teórico práctico, coincidiendo en el reconocimiento de la plena vigencia del estado de derecho y su correspondiente exigencia de control por parte de los jueces, pero diferenciándose en cuanto a las modalidades e intensidad de dicho control. Así se reconoce que al estar sometida la actividad administrativa al derecho, hace que las potestades discrecionales sean controlables por los jueces. Para ello, la jurisprudencia

²⁸ **Ibíd.**



ha tomado las categorías construidas desde la doctrina principalmente ha determinado diversos elementos de control de los actos discrecionales.”²⁹

El ordenamiento jurídico, indica de las cuestiones provenientes de la potestad discrecional no son impugnables ante el orden jurisdiccional de lo contencioso administrativo, sin embargo y pese a que en la legislación, aparentemente las potestades discrecionales no se hallan sujetas al control jurisdiccional, la doctrina y la jurisprudencia de otras legislaciones reconocen ya que en todo acto discrecional concurren elementos reglados, los mismos que son perfectamente controlables, así por ejemplo, la existencia de la potestad discrecional, su extensión, la competencia para ejercerla y la finalidad a que debe responder, lo cual hacen el acto susceptible de impugnación.

En este sentido “se debe señalar que se puede ejercer control jurisdiccional sobre los siguientes elementos del acto discrecional:”³⁰

- a) La motivación, elemento indispensable para evitar incurrir en la arbitrariedad;
- b) La competencia de la autoridad u órgano que ejerce la potestad discrecional, pues, la potestad discrecional está conferida a un órgano determinado con exclusión de los demás;
- c) La extensión de la facultad conferida por la ley;

²⁹ Sánchez Morón, Miguel. **Discrecionalidad administrativa y control judicial**. Pág. 92.

³⁰ **Ibíd.**

- d) El fin, puesto que la facultad discrecional ha sido otorgada para una finalidad específica el interés público y cualquier otro fin diferente, configura el llamado "vicio de desviación de poder"; y,
- e) Los hechos determinados, es decir, aquellos que constituyen el presupuesto fáctico para que actué la administración en ejercicio de su facultad discrecional.

Por otro lado, no es el judicial el único tipo de control existente en la doctrina, encontramos también el control gubernamental y el interno. El primero de ellos es el realizado por los órganos del Estado, y el segundo por cualquier órgano o funcionario de la propia administración y de jerarquía superior al que emitió el acto.

Todo lo cual significa que en una sociedad el auge de la corrupción podría o está directamente relacionado con la concentración de poder de los órganos administrativos en materia discrecional, esto es, en función de dictar actos discrecionales, con una falta total de apego a la legalidad.

Se enuncia la idea de que la discrecionalidad utilizada dentro de marcos poco legales puede convertirse en un arma de doble filo. lo que hace necesario e imprescindible su control, eso sin intentar excluir la idea de que los agentes administrativos no escapan a su naturaleza humana, que no excluyen las equivocaciones o algo más que eso. Sin embargo cuando ese monopolio de la discrecionalidad se ejerce teniendo en cuenta la transparencia que sería semejante a valorarla como legalidad la discrecionalidad entra

a jugar su papel como dinamizadora de la acción de la administración.”³¹



³¹ Grethel Arias Gayoso Jorge y Luis Borges Frias. **Discrecionalidad**. Pág. 96



CAPÍTULO III

3. La complejidad del fenómeno, discrecionalidad jurídica

Esta complejidad ha sido señalada en innumerables ocasiones; del mismo modo que han sido innumerables los intentos por arrojar algo de luz sobre el mismo. “Pero estos análisis han sido desarrollados de un modo que podría calificar como unilateral: o bien desde la perspectiva de la discrecionalidad judicial, o bien desde la perspectiva de la discrecionalidad administrativa, y ello aunque en muchos casos parece darse por sentado administrativa las discusiones se han planteado respecto a actos discrecionales de la administración o en qué consiste ámbito de la función jurisdiccional, las discusiones son en algún sentido más elementales o básicas, pues se trata de determinar si existe o no discrecionalidad judicial, discusión. En este contexto, el objetivo del trabajo es doble.”³²

En primer lugar pretende poner en conexión los análisis llevados a cabo en estas dos esferas, con el objetivo de determinar si es posible seguir considerando que desde ambas perspectivas se está hablando de un mismo concepto de discrecionalidad. “Una vez contestada esta cuestión en sentido negativo tal y como se anuncia en el título del artículo, el trabajo pretende, en segundo lugar, ofrecer algunas notas para hacer constar que se trata de un fenómeno unitario. Conviene notar que los intereses perseguidos desde cada una de esas perspectivas son además claramente distintos. En el ámbito de la actividad la cuestión de si cabe o no el control jurisdiccional y cómo

³² Sáinz Moreno, Fernando. **Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad**. Pág. 77

debería ejercitarse tal control. Sin embargo, en el que presupone plantearse en que consiste la discrecionalización de uno de esos conceptos de discrecionalidad.³³

De una aproximación un tanto tosca al fenómeno de la discrecionalidad jurídica, que permitirá ubicar las polémicas que giran en torno al mismo, valiéndome para ello de los dos siguientes elementos que aparecen constantes en los distintos análisis de la discrecionalidad jurídica: por un lado, la libertad que tiene un órgano jurídico en la toma de decisiones para elegir entre diferentes opciones; y, por otro lado, el que esa libertad no es absoluta, sino que se encuentra delimitada por un cierto marco normativo.

Tomando como punto de partida esta aproximación al concepto de discrecionalidad, creo que es fácil de explicar el hecho de que el ámbito clásico de las discusiones a propósito de este fenómeno ha sido el de la esfera del derecho administrativo. Dentro del paradigma formalista, la discrecionalidad se encuentra restringida a determinados actos de la administración. El poder legislativo y el poder judicial desempeñarían unos roles muy definidos y excluyentes entre sí: el poder legislativo crea el derecho, y el judicial se limita a aplicarlo.

Desde esta perspectiva, respecto a los actos del legislador no cabría indicar de discrecionalidad porque se trata de un órgano soberano y que gozaría, por tanto, de una completa libertad. Faltaría, entonces, el elemento de ciertos límites normativos que, junto al margen de libertad, suele caracterizar a la discrecionalidad. Mientras que

³³ *Ibid.*

respecto a los actos de los órganos jurisdiccionales la situación sería polémica a propósito de si puede hablarse de discrecionalidad también en esos otros ámbitos.

En este sentido, quizás se pueda tomar como punto de partida sobre el fenómeno de la discrecionalidad completamente la opuesta. La actividad judicial se limita, para esta concepción, a reproducir lo contenido en la ley, el juez sería la boca de la ley, y lo que faltaría aquí para hablar de discrecionalidad sería precisamente cualquier margen de libertad. Sin embargo, y como era de esperar, en el momento en que estos presupuestos son cuestionados, las discusiones en torno a la discrecionalidad.

Como es de sobra conocido, para Kelsen "el sistema jurídico se estructura en forma de pirámide: cada norma extrae su validez de la norma jerárquicamente superior; y ello porque la norma de grado superior regula el procedimiento por el que debe producirse la norma de grado inferior y, en mayor o menor medida, también su contenido. La relación entre la grado superior y la inferior del orden jurídico es, para este autor, una relación de determinación. Pero esta determinación nunca va a ser en su opinión completa bien porque intencionalmente se quiera facultar a los órganos inferiores a colmar la indeterminación, o bien debido a defectos no intencional del derecho y que por tanto, se presenta en todas las gradas del ordenamiento. En este sentido, para Kelsen no existirá diferencia cualitativa, sino meramente cuantitativa, entre la discrecionalidad que se ejerce en la elaboración de una ley conforme a la Constitución y la que se ejerce al dictar una sentencia judicial o un acto administrativo."³⁴

³⁴ Peces-Barbara. G. **Derechos Fundamentales. Teoría general.** Pág. 94

()

Este autor considera, así, que los conceptos de aplicación y de creación de derecho son siempre correlativos ocasionales, como la ambigüedad, las contradicciones, etc.). De este modo, en ningún caso el derecho positivo va a permitir, para Kelsen, individualizar una única solución correcta. La interpretación necesaria para llevar a cabo la aplicación del derecho ha de ser, entonces, necesariamente un acto de voluntad y no sólo de conocimiento. La determinación del sentido de una norma para su aplicación al caso sera, por tanto, fruto de una decisión libre, de una decisión no vinculada por el ordenamiento, en definitiva, de una decisión discrecional. La discrecionalidad es así, en la construcción de Kelsen, un fenómeno inherente a todo proceso.

A partir de Kelsen, "la discusión ius filosófica a propósito de la discrecionalidad se ha centrado durante mucho tiempo casi exclusivamente en el ámbito judicial. De este modo, uno de los rasgos fundamentales que se toman en cuenta, entonces habrá que aceptar la existencia de límites a la potestad legislativa; límites que vienen establecidos por las normas constitucionales, de modo que la actividad legislativa caracterizar y clasificar a las distintas teorías del derecho es precisamente su postura respecto al problema de si existe o no discrecionalidad judicial. Se tendrían teorías radicales, como las de los realistas, para las que los jueces gozan de discrecionalidad en todos los casos siendo ellos los verdaderos creadores del derecho; posiciones moderadas, según las cuales los jueces gozarían de discrecionalidad sólo en algunos casos: los difíciles; y posiciones absolutistas según las cuales los jueces no gozarían de



discrecionalidad en ningún o prácticamente ningún caso, cuyo ejemplo más prototípico sería la teoría de Dworkin con su tesis de la única respuesta correcta.³⁵

En el ámbito legislativo, la revitalización de las discusiones a propósito de la discrecionalidad ha sido, sin embargo, mucho más reciente. Se indica que el tema ha cobrado interés teórico debido al replanteamiento de los roles que desempeña el poder legislativo y el poder judicial en el actual Estado constitucional.

Si se acepta que la constitución es fuente de derecho y que, por tanto, penetra en el razonamiento jurídico ordinario no puede seguir considerándose como completamente soberana. Conviene señalar que, tanto las discusiones a propósito de si existe discrecionalidad judicial, como las relativas a si resulta adecuado hablar de discrecionalidad del legislador parecen operar con el presupuesto de que existe un concepto claro de discrecionalidad, cuyo paradigma vendría dado por la discrecionalidad en el ámbito administrativo. Sin embargo, creo que el presupuesto con el que parece aquí operarse de que el concepto de discrecionalidad que se usa en el ámbito administrativo es claro, o al menos unívoco, es erróneo, para darse cuenta de ello, basta echar una ojeada a las distintas discusiones que al respecto mantiene la dogmática administrativista.

³⁵ *Ibíd.* Pág. 94



a) Algunas aproximaciones a la discrecionalidad jurídica: algunas de las aproximaciones más frecuentes que es posible encontrar, tanto entre los filósofos del derecho como entre los dogmáticos fundamentalmente administrativistas a propósito de la discrecionalidad jurídica, con el objetivo de extraer de ahí los elementos que usualmente se utilizan para su definición y sobre los que más adelante me detendré. En los trabajos a propósito de la discrecionalidad se puede encontrar fundamentalmente dos perspectivas de análisis o dicho de otro modo, dos cuestiones recurrentes que suelen adoptar los distintos análisis de este fenómeno. La discrecionalidad, o la posibilidad de control de los actos discrecionales; y, por otro lado, que tampoco parece que puedan, al menos en principio, tratarse como cuestiones consideradas de este modo, en el sentido de que consideran posible, por ejemplo, que alguien que no tenga discrecionalidad, ejerza discrecionalidad.

La primera perspectiva "es la que se ocupa de que es o en que consiste la discrecionalidad, es decir, qué es lo que hace un órgano cuando actúa discrecionalmente. Y la segunda es la que aborda la cuestión de cómo surge o cuándo podemos decir que un órgano posee discrecionalidad, es decir, el origen o las fuentes de la discrecionalidad. Por supuesto esta clara distinción entre ambas perspectivas es aquí utilizada simplemente con fines expositivos; hay que tener en cuenta que podría considerarse que, por un lado, estas dos cuestiones no son las únicas relevantes a la hora de hablar de discrecionalidad."³⁶

³⁶ Ibid.



- b) En qué consiste la discrecionalidad: Respecto a la primera perspectiva, y como ya antes señalé, resulta prácticamente unánime la idea de que la discrecionalidad es un cierto margen de libertad en la toma de decisiones. Sin embargo, y como no podía ser de otro modo, esta unanimidad empieza a desvanecerse a la hora de precisar algo más en qué consiste dicha libertad.

- c) La elección entre varias alternativas: Una de las respuestas más frecuentes a la pregunta acerca de en qué consiste la discrecionalidad es la que sostiene que la misma viene dada por la existencia de varias soluciones igualmente válidas para el derecho, entre las cuales el órgano decisor tendría que elegir. La discrecionalidad es así concebida como el poder o la facultad de elegir entre dos o más cursos de acción, cada uno de los cuales es concebido como permisible por el sistema de referencia del que se trate; en el caso, el derecho.

Si la discrecionalidad “es la libertad de elegir entre varias alternativas acordes con el derecho, entonces para que ésta exista tendrá que haber más de una, pero el número de alternativas disponibles puede ser muy diverso y la discrecionalidad es vista, por tanto, para muchos de los autores que optan por esta caracterización, como un fenómeno graduable en función del número de alternativas disponibles.”³⁷

Así, por ejemplo, se lleva a cabo “una distinción que él mismo considera como relativa entre lo que llama discrecionalidad estrecha que se daría cuando el número de

³⁷ *Ibid.*



opciones entre las que puede elegir el órgano decisor son pocas y discrecionalidad amplia, cuando hay disponibles muchas opciones.”³⁸

d) La ausencia de estándares jurídicos aplicables: Otra de las caracterizaciones frecuentes de la discrecionalidad es la que la define como la ausencia de estándares jurídicos que guíen la toma de decisión, por ejemplo, “indica que la discrecionalidad en sentido fuerte se daría cuando un funcionario, en lo que respecta a algún problema, simplemente no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión. Y, en un sentido similar, en ocasiones se traza un concepto general de discrecionalidad en términos de elección entre diferentes alternativas sobre la base de criterios extrajurídicos.”³⁹

La discrecionalidad haría referencia, pues, a “la adopción de decisiones de forma desvinculada del ordenamiento jurídico. Este tipo de aproximación se plasma en afirmaciones del tipo donde termina el derecho, empieza la discrecionalidad. Ésta parece ser también, al menos en principio, la idea que subyace a la clásica contraposición de los administrativistas entre potestades regladas y discrecionales: la discrecionalidad parece surgir, por tanto, como una ausencia de regulación para el ejercicio de ciertas potestades.”⁴⁰

A partir de esta caracterización surge la pregunta de cómo debe actuar entonces el sujeto que goza de discrecionalidad; en qué debe basar su decisión. Las respuestas

³⁸ Barak, Aharon. **Judicial Discretion**. Págs. 8 y 9
³⁹ Dworkin, Ronald. **Los derechos en serio**. Pág. 66
⁴⁰ Davis, Kenneth Culp. **Discretionary Justice**. Pág. 3.



que encontramos aquí son muy variadas. Algunos autores han remarcado la idea de que, al no existir estándares jurídicos que guíen la decisión, el órgano habrá de actuar sobre las razones que él piense que son correctas. Otros señalan que el hecho de que no existan tales estándares jurídicos no implica que el órgano sea completamente “libre”, sino que dicha libertad es “relativa” a un determinado sistema, en este caso, el sistema jurídico, pero que el órgano puede estar vinculado por otro tipo de estándares, por ejemplo, de racionalidad práctica.

e) La ausencia de enjuiciabilidad o el carácter último de la decisión: “Un tercer rasgo que aparece en los trabajos sobre discrecionalidad es el de la ausencia de enjuiciabilidad o el carácter último de una decisión. Aunque pocos autores definen la discrecionalidad directamente a partir de este elemento, es frecuente encontrar clasificaciones que lo toman en cuenta. Así, por ejemplo, algunos proponen hablar de discrecionalidad provisional cuando un funcionario público es libre para tomar una elección entre posibles cursos de acción, pero esta decisión está sujeta a revisión y posible anulación por otro órgano; y de discrecionalidad absoluta o última cuando ninguna otra autoridad puede revisar la elección hecha, incluso si es arbitraria o irrazonable.”⁴¹

En ocasiones, este rasgo de ausencia de enjuiciabilidad se ve como consecuencia, si no necesaria, al menos bastante plausible, de los anteriores rasgos de la discrecionalidad. Así, se considera que si un órgano decisor puede ejercer juicios entre alternativas permisibles, entonces “normalmente” otros no estarán autorizados o serán

⁴¹ Ibid.



capaces de revisar o anular las decisiones. Ésta es también la opinión de muchos administrativistas, para los cuales, si la potestad discrecional supone la atribución a la Administración de una cierta libertad de decisión a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso, entonces un poder tal parece rechazar, por hipótesis, cualquier tipo de control que, de admitirse, desmentiría la libertad que el término 'discrecional' proclama.

Por último, hay autores para los que no existiría tal conexión entre los rasgos antes recogidos y éste que se está ahora analizando. Se trataría de cuestiones independientes y que configurarían diversos sentidos del término discrecionalidad. “De esta opinión sería, por ejemplo, para quien uno de los sentidos débiles que adopta el término discrecionalidad es precisamente aquél que hace referencia a que la decisión de alguien es definitiva, en el sentido de que ninguna autoridad superior puede revisarla y anularla, como la decisión del juez de línea de si un jugador está fuera de juego.”⁴²

3.1. El origen de la discrecionalidad

La segunda perspectiva desde la que se aborda la discrecionalidad es la de su origen: cuándo o por qué puede decirse que un órgano posee discrecionalidad. En este sentido, por ejemplo, señala que “una caracterización adecuada de la discrecionalidad debe contener, junto al elemento de cierta libertad de elección, una referencia al modo en que esa libertad es generada; no basta con que se dé una elección, sino que es necesario que se trate de una decisión legítima y considera que esta legitimación puede

⁴² Dworkin, Ronald. **Ob. Cit.** Pág. 99.



darse de dos maneras: puede aparecer o bien como consecuencia de conferir un poder, o bien como resultado de alguna ausencia o indeterminación de los materiales jurídicos.”⁴³

Y, en efecto, la mayoría de las aproximaciones a la discrecionalidad suelen mencionar estas dos fuentes, pero mientras que algunos análisis las utilizan como modos indistintos en que puede surgir un mismo fenómeno; otros establecen, a partir de ellas, distintos tipos de discrecionalidad; y hay quienes también se ocupan de estos dos expedientes, pero para mostrar que la auténtica discrecionalidad se vincula sólo con uno de ellos con la delegación de un poder.

Entre los que consideran indistinta la discrecionalidad originada por uno u otro expediente se encuentra, por ejemplo, “a Kelsen y a Hart. Como es sabido, para Kelsen la relación entre una grada superior y una inferior del ordenamiento es una relación de determinación. Pero esta determinación nunca puede ser completa, existiendo siempre un margen de libre discrecionalidad para el órgano aplicador. Kelsen considera que la indeterminación puede ser de dos tipos: intencional o no intencional. La primera hace referencia a los casos en que las normas, por voluntad de sus creadores facultan, expresa o implícitamente, a los órganos a los que corresponde su aplicación a cubrir esa indeterminación, pero el mismo efecto tendrían, en su opinión, los casos en que la indeterminación se genera de manera no intencional, debido a los defectos que afectan a las normas jurídicas.”⁴⁴

⁴³ Bell, John. **Discretionary decision making**. Pág. 89.

⁴⁴ Hart, Herbert. **El concepto de derecho**. Pág. 122



Por su parte, “la indeterminación es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales; no sería posible y ni siquiera deseable una situación entre otros dos tipos de indeterminación: la inevitable indeterminación semántica, y una indeterminación más radical, que sería aquélla en la que se quiere dejar un margen de discrecionalidad a los órganos inferiores, porque se considera imposible prever, siquiera aproximadamente, las circunstancias que podrán afectar al caso concreto y que deberán ser consideradas a la hora de adoptar la decisión. En la que las reglas fueran tan detalladas que, de antemano, estuviera siempre resuelto si son o no aplicables a cada caso particular, de modo que nunca se hiciera necesario, en el momento de su aplicación efectiva, una nueva elección entre distintas alternativas. En su opinión pueden distinguirse “⁴⁵

Hay también autores que parten de la dualidad antes señalada para establecer clasificaciones de la discrecionalidad, considerando que hay un tipo de discrecionalidad que sería el que se origina por la delegación explícita de un poder de decisión, a la que llaman discrecionalidad formal o fuerte; y otro tipo, que sería el que surge de las imprecisiones o indeterminaciones del derecho la discrecionalidad informal o instrumental. Las diferencias suelen presentarse como meramente cuantitativas; se dice que, en los supuestos de discrecionalidad implícita, los estándares que resultan aplicables en la toma de decisión son normalmente más y por ello el grado de discrecionalidad es menor que en los casos de discrecionalidad explícita.

⁴⁵ *Ibid.*



Por último nos encontramos con autores, fundamentalmente administrativistas, para los que la discrecionalidad sólo surgiría en presencia de una atribución o delegación previa por parte del derecho de un poder. Se excluye así la posibilidad de que aparezca como consecuencia de meras imprecisiones normativas. En este sentido, resulta ya clásica aunque no unánime, la contraposición entre, por un lado, el mero margen de apreciación provocado por el uso de los conceptos jurídicos indeterminados y, por otro lado, la auténtica discrecionalidad.”⁴⁶

A partir del análisis de estas distintas aproximaciones se pueden extraerse una serie de lugares comunes a propósito de la discrecionalidad jurídica que vendrían a condensarse en su caracterización como un cierto margen de libertad en la toma de decisiones, que surge o bien como consecuencia de la indeterminación del derecho o bien de la delegación de un poder; de modo que las nociones que subyacen a la mayoría de las caracterizaciones de este fenómeno son la noción de libertad, la de indeterminación del derecho y la de poder.

Dado que ninguna de ellas se caracteriza precisamente por su simplicidad, no ha de extrañar la falta de univocidad de las definiciones de la discrecionalidad construidas a partir de ellas y las innumerables e interminables disputas que se generan en torno a este fenómeno. Por eso, creo que es necesario detenerse a analizar estos tres conceptos.

⁴⁶ Sáenz Moreno, Fernando. **Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa.** Pág. 129

3.2. La discrecionalidad como libertad

El elemento de libertad en la toma de decisiones se presenta probablemente como el rasgo central en la mayoría de los análisis de la discrecionalidad. Es también una idea unánimemente compartida el que se trata de una libertad que no es absoluta, sino que tiene ciertos límites, que vendrían impuestos por un perímetro normativo que rodea a la libertad. “Ésta es precisamente la idea a la que aludió con la ya famosa metáfora del agujero de la rosquilla: sólo tiene sentido referirse al agujero (que sería el margen de libertad en presencia de la rosquilla, que sería el perímetro normativo.”⁴⁷

Pero más allá de la imagen sugerida por esta metáfora, no queda nada claro qué quiere decir que la discrecionalidad consiste en un margen de libertad; y, en este sentido, es fácil percatarse de que la unanimidad desaparece en cuanto se trata de precisar algo más esta idea. Ahora bien, esta falta de unanimidad no es de extrañar si tomamos en cuenta que el concepto de libertad no es ni mucho menos ni unívoco ni claro, ni siquiera cuando se predica de los individuos, que constituirían, por así decir, su ámbito de referencia primario; con lo cual, mucho menos puede ser claro cuando de lo que se predica es, como en el caso de la discrecionalidad, de órganos jurídicos. Pero repasemos primero los distintos sentidos que se adscriben a la libertad personal.

Resulta inevitable hacer referencia aquí a “la distinción de entre los sentidos negativo y positivo de libertad. En su concepción negativa, la libertad es simplemente el ámbito en

⁴⁷ DWORKIN, Ronald (1989): OB. CIT



el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros. Este sentido hace referencia a un concepto relacional, de modo que un sujeto es libre o no, en relación con un determinado sujeto y una determinada acción. El segundo sentido, el de "libertad positiva", se conecta con la idea de autonomía; se trata de poder ordenar las acciones de acuerdo con normas que el sujeto se dicta a sí mismo.⁴⁸

Parece que las dos primeras maneras de caracterizar la discrecionalidad a las que antes se hizo referencia, como posibilidad de elección entre varias alternativas o como ausencia de estándares jurídicos, son normalmente entendidas como aplicaciones de la idea de libertad negativa: como permiso o ausencia de obstáculos para decidir en uno u otro sentido.

Sin embargo, creo que sería posible interpretar la discrecionalidad de un modo más cercano a la idea de libertad positiva, remarcando no la idea de que el órgano decisor puede hacer lo que quiera, sino que es a él a quien corresponde determinar qué curso de acción emprender concretando para ello los estándares que guían la toma de decisión.

Esta manera de entender la libertad no nos reenvía a la idea de permiso, sino a la de responsabilidad. Y, la discrecionalidad así entendida no implica necesariamente ni la existencia de diversas opciones acordes con el Derecho, ni la ausencia de estándares jurídicos que guíen la toma de decisión.

⁴⁸ Berlin, Isaiah. **Dos conceptos de libertad**. Pág. 187.

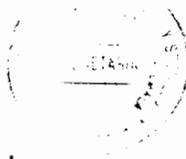
"Una concepción de la discrecionalidad vinculada a la idea de libertad negativa, habría que considerar que, del mismo modo que este concepto hace referencia a una determinada acción, la discrecionalidad así entendida será la libertad de adoptar cada una de las decisiones que se consideran acordes con el derecho."⁴⁹

Pero si esto es así, para hablar de discrecionalidad será necesario identificar previamente las opciones entre las que el juez o el funcionario deben elegir y, en este sentido, la discrecionalidad surgirá tras una actividad reconstructiva del derecho que lleve a la constatación de esta pluralidad de opciones. Sin embargo, si se manifiesta de libertad en el otro sentido, más cercano al de libertad positiva, es decir, remarcando que es el órgano decisor quien ha de concretar las guías de su conducta, lo que es calificado como libre en este otro sentido no es una acción en particular, sino algo que podríamos considerar como previo: la adopción de los estándares que conducirán a la determinación de la o las alternativas disponibles. La discrecionalidad entendida de este modo es detectable antes de la identificación de las alternativas que finalmente se considerarán acordes con el derecho.

De los rasgos que se "suelen vincular a la discrecionalidad, las conexiones de la libertad con el tercero, el carácter último o no enjuiciable de una decisión. Esta conexión puede entenderse de dos maneras distintas. La primera es la que considera que la libertad en que consiste la discrecionalidad radica precisamente en la falta de control o de enjuiciamiento de la decisión discrecional."⁵⁰

⁴⁹ **Ibid.**

⁵⁰ **Ibid.**



La ausencia de control, es la que genera o implica la discrecionalidad o libertad, de la decisión. Para el otro tipo de conexión, las relaciones funcionan en el sentido inverso; se trata de considerar que, si una decisión es jurídicamente discrecional y por lo tanto, en algún sentido, libre, entonces la misma no puede estar sujeta a control o revisión por algún otro órgano jurídico, puesto que no habría nada que controlar o revisar desde el punto de vista del derecho.

En el primer caso, la libertad en la que consiste la discrecionalidad es entendida como ausencia de enjuiciabilidad. Pero esta idea me parece rechazable: el que una decisión no esté sujeta a control o sea última no implica que la misma sea libre en cualquiera de los sentidos usuales de este término, si fuera así, no tendría sentido afirmar que una decisión de este tipo está equivocada.

El que una decisión sea última, o que no quepa sobre ella el control de algún otro órgano jurídico, no equivale a decir que la misma sea infalible, y ello aunque es posible que la afirmación de que un órgano se equivocó al adoptar una decisión carezca de consecuencias prácticas dentro del sistema. Por eso, creo que sería preferible no hablar de discrecionalidad en estos casos; se trata de un uso que no es homogéneo con ninguno de los otros y que sólo hace referencia a atribuciones competenciales relativas a quién corresponde declarar, en última instancia, qué es lo que prescribe el derecho. Ahora qué ocurre si se entiende la conexión de manera inversa: si una decisión es jurídicamente discrecional y por tanto, en algún sentido, libre, entonces sobre ella o sobre el aspecto discrecional de la misma— no puede llevarse a cabo control jurídico,

pues la libertad implicaría que no hay nada que resulte jurídicamente controlable.”⁵¹

Sí la discrecionalidad se entiende como un margen de libertad negativa. Sí se considera que cuando un órgano tiene discrecionalidad goza de libertad para tomar una decisión concreta, en el sentido de que el ordenamiento le concede un permiso para optar entre distintas opciones, entonces, sea cual sea su decisión, si está dentro del margen permitido no habrá nada censurable desde el punto de vista jurídico.

Sin embargo, creo que esta consecuencia no se sigue si se aparta de esta caracterización de la discrecionalidad, y se opta por una más próxima a la idea de libertad positiva, y que se reenvía más a la idea de responsabilidad que a la de permiso. Conviene llamar la atención, por último, sobre un riesgo que implica hablar en términos de libertad para caracterizar ciertos actos de los órganos públicos. Hay que ser conscientes de que cuando la libertad se predica de los individuos, la misma se conecta con ideales personales.

Pero sí es posible que la referencia a la libertad personal, como realización de la propia voluntad o desarrollo de la autonomía, baste para justificar una acción individual que caiga en el marco de la libertad reconocida; en los casos en los que la libertad se predica de los órganos públicos, parece que esa justificación resulta insuficiente. No hay ninguna razón para pensar que el hecho de que los órganos públicos tengan un margen de actuación libre o discrecional sea, por ello mismo, algo valioso, sino que habrá de ser valorado y justificado siempre de manera instrumental.

⁵¹ Hart, Herbert *Ob. Cit* Pág 99



3.3. La indeterminación del derecho

Las referencias a la indeterminación del derecho en relación con la discrecionalidad aparecían al abordar la cuestión de su origen. Cómo algunos consideran que toda discrecionalidad es fruto de la indeterminación; mientras que, para otros, la indeterminación del derecho sería en todo caso sólo una de sus posibles fuentes. Parece claro que, al menos en este contexto, se trata de un concepto el de indeterminación del derecho que puede usarse en dos sentidos.

El primero es un sentido vinculado a la aplicación del derecho, llama la atención “sobre el hecho de que, en la operación de subsunción de hechos particulares bajo rúbricas clasificatorias generales, se produce inevitablemente la dualidad entre un núcleo de certeza y una zona de penumbra, donde la aplicabilidad de la norma está indeterminada.”⁵²

Este fenómeno de la indeterminación del derecho es en ocasiones analizado a partir de la falta de valor de verdad de ciertas proposiciones jurídicas; “un sistema normativo estará indeterminado cuando las proposiciones jurídicas referidas a un estado de cosas carezcan de valor de verdad.”⁵³

El problema se plantea, por tanto, a la hora de establecer la aplicabilidad de una norma a un caso, bien sea individual o genérico. Aquí se suelen incluir todos los problemas

⁵² **Ibid.**

⁵³ Moreso, José Juan. **La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución**. Pág. 142



semánticos que afectan a las normas, y también los ocasionados por contradicciones, lagunas, etc. Utilizando de nuevo el análisis de Hart, habría que decir “que se trata de una indeterminación relativa: no se producirá en todos los casos en los que la norma se aplique, sino únicamente en aquéllos que caigan en la zona de penumbra; y, además, la consideración de que un caso es fácil o difícil es una tarea que sólo pueda realizarse a la luz de las circunstancias del propio caso y, en este sentido, también se puede decir que esta indeterminación será siempre relativa a un caso.”⁵⁴

Este primer sentido de indeterminación “el que encaja con los supuestos a los que antes denominamos indeterminación como imprecisión, pero sin embargo no parece ser éste el sentido que subyace a aquellos otros casos a los que Kelsen se refería como indeterminación intencional y algunos de los que Hart consideraba como indeterminación más radical y que podían verse como la delegación de un poder de decisión. Kelsen pone el siguiente ejemplo: una ley sanitaria establece que, al estallar una epidemia, el órgano administrativo tiene que determinar las medidas a adoptar para evitar la expansión de la enfermedad.”⁵⁵

Aquí de lo que se predica la indeterminación no es de la aplicabilidad de una determinada norma a un caso; no se trata de que una proposición acerca del derecho carezca de valor de verdad, sino que es la propia norma la que no determina cuál sea la conducta a realizar en los casos a los que ella misma se refiere. Esta conducta no pretende estar, por tanto, determinada de antemano en la norma, sino que será el

⁵⁴ **Ibid.**

⁵⁵ Peces-Barbara. G. **Derechos fundamentales. Teoría general.** Pág. 94



destinatario el que, a la luz de las circunstancias del caso, no se conecta con un problema de subsunción: no se trata de que esté indeterminado el valor de verdad de caso, sino que lo que está indeterminado es lo que la norma exige para los casos todos en que ella es aplicable.

Esta indeterminación existirá por tanto independientemente de su puesta en relación con los casos. Cuál sea la conducta más adecuada para conseguir el fin perseguido por la norma; y creo que es en este sentido en el que se dice que este tipo de indeterminación opera como una delegación de poder.

Por ello mismo, “la proposición que describe la aplicabilidad de la norma a un para los autores que manejaban un concepto estricto de indeterminación, que correspondería al primero de los sentidos aquí señalados, la indeterminación es vista como una de las fuentes de discrecionalidad o como no generadora, en absoluto, de discrecionalidad. Por el contrario, aquellos autores que sostenían un concepto amplio de indeterminación y que consideraban que la discrecionalidad surgía siempre como consecuencia de la indeterminación del Derecho, lo que hacían era unificar los sentidos que aquí hemos distinguido.”⁵⁶

Al destacar ahora que estos dos sentidos de indeterminación del derecho se predicen de cosas distintas y que creo que puede resultar distorsionador tratarlos conjuntamente.

⁵⁶ Hart, Herbert. **Ob. Cit.** Pág. 133.

En el primer caso, y dado que la indeterminación es siempre relativa a un caso, puede considerarse que la discrecionalidad a ella vinculada aparecerá en relación con los casos; es decir, no tiene sentido hablar de discrecionalidad si no es frente a un caso. Este tipo de indeterminación surge en los llamados casos difíciles o las lagunas del sistema jurídico.

Se trata de calificar estados de cosas de acuerdo con el derecho existente, y esta tarea estará por tanto orientada hacia el pasado, en el sentido de que la actividad que se requiere aquí será una actividad interpretativa del derecho, que implica una tarea reconstructiva del Derecho preexistente.

El segundo sentido de indeterminación, sin embargo, no se predica del estatus normativo de un determinado caso, sino que lo que está indeterminado en el sentido de no fijado, es la conducta que la norma exigirá en todos los casos en los que sea aplicable. Para saber si la norma origina discrecionalidad en este sentido no habrá que esperar a que se planteen real o imaginariamente los casos a los que la norma se refiere. Por otro lado, para superar esta indeterminación no bastará con llevar a cabo una actividad interpretativa.

La norma puede haber indicado, sin dejar lugar a dudas, que el órgano administrativo tiene el deber de adoptar medidas para evitar la expansión de la epidemia, y puede que nos encontremos con un caso claro de epidemia en el que no se duda que la norma resulta aplicable. Lo que será necesario en estos casos es una actividad de



especificación o desarrollo del derecho existente, pero que no sería adecuado calificar como interpretación. La justificación de este tipo de decisiones estará orientada a diferencia de lo que ocurre con las interpretaciones hacia el futuro, hacia las consecuencias.

La noción de poder. Pueden distinguirse dos contextos en los que la misma aparecía ligada a la discrecionalidad. El primero era el relativo a la cuestión de en qué consiste la discrecionalidad, y en él se consideraba que la discrecionalidad venía dada por el hecho de poder decidir entre varias alternativas.

El segundo era el del origen de la discrecionalidad; algunos autores consideraban aquí que el modo de generar discrecionalidad, o al menos, uno de los modos era, precisamente, la delegación de un determinado poder de decisión. Es fácil percatarse de que el sentido con que se usa el término poder en uno y otro contexto es distinto.

Aí partir de que la expresión poder indica, en general, la posibilidad o capacidad de hacer algo. A su vez, y como especificación de ese significado general, cuando el término se utiliza como sustantivo, suele indicar la posibilidad o capacidad de actuar interfiriendo en conductas ajenas.

Respecto al primero de estos sentidos, hay que notar que la posibilidad o capacidad de hacer algo puede ser muy diversa, dependiendo del tipo de constreñimiento o impedimento del que se predica la ausencia. Por lo que aquí interesa, se puede



distinguir entre una posibilidad o capacidad material, que existiría cuando un individuo carece de impedimentos o constreñimientos físicos para realizar una acción; y una posibilidad o capacidad normativa, que haría referencia a la ausencia de impedimentos o constreñimientos provenientes de normas.

El primero poder fáctico y al segundo poder deóntico. Ahora bien, esta dualidad entre el sentido fáctico y deóntico del puede requiere de alguna matización si lo que nos interesa como es nuestro caso no son acciones naturales, sino institucionales. En ellas, el equivalente a la posibilidad material” que algunos han bautizado como posibilidad anankástica o thética de ejecución depende de la existencia de un cierto tipo de normas, las llamadas normas constitutivas.

Así, por ejemplo, no se podría hipotecar una casa, si no existieran reglas que constituyesen la hipoteca y que se confiriesen dicho poder. Pero la dualidad entre los sentidos del puede se sigue manteniendo. Y así, es posible que una acción de hacer en este sentido, anankástico, no pueda hacerla en sentido deóntico, es posible que el ordenamiento jurídico prohíba hipotecar la casa en ciertas circunstancias en las que se encuentra.

Ahora a los contextos en que aparecía la noción de poder en relación con la discrecionalidad. En el primero se decía que la discrecionalidad consiste en poder elegir entre más de una alternativa. Parece que aquí se está haciendo referencia al poder en sentido deóntico: se estaría diciendo que el sistema jurídico ni obliga ni prohíbe al



órgano decisor llevar a cabo la acción a que nos referimos.

Todos los actos de los órganos públicos son ejercicio de poderes en este sentido. Esta noción de poder como competencia no nos sirve para distinguir los actos discrecionales de los que no lo son.

Se necesita determinar qué tipo de poder es “el poder discrecional se vuelve al sentido de poder que se ha considerado como especificación del sentido general: la capacidad de actuar interfiriendo en conductas ajenas. Partiré de la siguiente definición de poder en este sentido: A tiene poder sobre B cuando A tiene la capacidad de afectar a los intereses de B.”⁵⁷

Se trata, obviamente, de un tipo de relación asimétrica, pues se produce una situación de desigualdad entre los sujetos, pero eso no implica que el ejercicio del poder suponga siempre una ventaja legítima a favor de quien lo posee.

El hecho de que un sujeto tenga poder en este sentido puede deberse a factores muy diversos la fortaleza, el carisma, los recursos económicos y entre ellos el que existan reglas que confieran al sujeto el poder de producir un resultado normativo, modificando así el estatus normativo de ciertos individuos y afectando de este modo sus intereses. Pero cualquier regla que confiere poder otorga la capacidad de producir un resultado normativo y consiguientemente de afectar intereses implica que sus titulares pueden

⁵⁷ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. **Las piezas del derecho. Una teoría de los enunciados jurídicos.** Pág. 15.

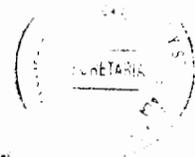


afectar unilateralmente intereses de otros, no simplemente haciendo valer las evaluaciones o ponderaciones de intereses previstas en normas intereses, se trata por tanto de un sentido de poder más resultado normativo.

La cuestión de qué tipo de poder es el que se califica como discrecional. La respuesta que tradicionalmente se ha dado es la que contrapone los poderes discrecionales a los poderes reglados. Los poderes discrecionales, se indica, son poderes no reglados.

La discreción son poderes no reglados sólo en el sentido de que no están regulados por un determinado tipo de normas: las reglas de acción; pero no en el sentido de que no estén regulados jurídicamente. Para defender esta tesis sostendré que sí hay un tipo de poder distinto en el caso de los poderes discrecionales frente a los poderes reglados y la diferencia entre ambos radica en el modo en que se afectan los intereses en juego, en los casos de ejercicio de poderes de uno y otro tipo. Los poderes discrecionales preexistentes, sino introduciendo nuevas evaluaciones de material que la mera competencia formal de producir un resultado.

En resumen se encuentran dos fenómenos distintos bajo el rótulo discrecionalidad para cada una de las nociones analizadas he distinguido fundamentalmente dos sentidos que pueden vincularse con el fenómeno de la discrecionalidad. Al indica de la discrecionalidad como libertad, distinguí entre un sentido conectado con la idea de libertad negativa como permiso para optar entre las distintas alternativas acordes con el derecho y un sentido conectado con la idea de libertad positiva remarcando que es el



órgano decisor el responsable de concretar los estándares que van a guiar la toma de decisión.

Respecto a la noción de indeterminación, distinguí entre la indeterminación como fenómeno ligado a la aplicación del derecho a los casos y que haría referencia a un problema de subsunción; y la indeterminación como la cualidad de ciertas normas que no fijan de antemano la conducta a realizar que operaba como una delegación de un poder de decisión.

Por último, respecto a la noción de poder, y dejando al margen el sentido de posibilidad deóntica, que reconduce a la idea de libertad negativa, distinguí entre poder en sentido formal, como competencia o posibilidad de producir un resultado normativo, y poder en un sentido más material, que implicaba, además del sentido anterior, la posibilidad de introducir en el sistema jurídico nuevas evaluaciones de intereses.

A partir de aquí, se analiza que puede encontrarse una cierta conexión entre, por un lado, los primeros sentidos distinguidos para cada uno de estos tres conceptos y, por otro lado, los segundos sentidos, que cada una de estas combinaciones hace referencia a un fenómeno de naturaleza distinta y que vendría a configurar un sentido distinto del término discrecionalidad. El primero al que se llamara discrecionalidad, se vincula con la idea de libertad entendida como permiso o ausencia de impedimentos para elegir entre distintas alternativas, el origen de esta discrecionalidad viene dado por la indeterminación del derecho, entendida como un problema en la subsunción de un caso



en el supuesto de hecho de una norma y, por último, las referencias a la idea de poder vendrían a señalar aquí únicamente que el órgano que actúa “discrecionalmente” es el que tiene la capacidad o competencia formal para adoptar la decisión.

Por otro lado, el segundo fenómeno , se vincula con un sentido de libertad más próximo a la idea de libertad positiva (remarcando que es al sujeto decisor el responsable de determinar qué curso de acción emprender), con la indeterminación del Derecho entendida como la cualidad que no pretende sintetizar los rasgos caracterizadores de esos dos sentidos de discrecionalidad: haber sido fijada en la norma cuál sea la conducta a seguir y con el poder en el sentido que incluye la posibilidad de introducir nuevas evaluaciones de intereses. El siguiente cuadro:⁵⁸

DISCRECIONALIDAD (1)		DISCRECIONALIDAD (2)	
LIBERTAD	Libertad negativa (permiso)	Libertad positiva (responsabilidad)	
INDETERMINACIÓN	Problema de subsunción	Cualidad de no haber sido fijado (delegación)	
PODER	Competencia formal	Introducción nuevas evaluaciones de intereses	

⁵⁸ Isabel Lifante Vidal. **Dos conceptos de discrecionalidad jurídica.** Pág. 28



CAPÍTULO IV

4. La discrecionalidad y el abuso de derecho

Al manifestar el ejercicio de un derecho, excediendo los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho se ha conferido. En el derecho moderno ha terminado por imponerse la teoría del abuso del derecho no sólo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia y en algunas leyes.

En otras palabras, se ha impuesto definitivamente una concepción relativa de los derechos subjetivos, ya no son potestades absolutas, incausadas, de los particulares. Se ha discutido acerca de los orígenes históricos de esta institución. Se sostiene que la idea estuvo ya en germen en el derecho romano y que algunas leyes de las partidas involucraban una aplicación del concepto.

Pero lo cierto es que “la concepción científica de la teoría y su aplicación práctica con carácter general es una conquista muy reciente. La idea comenzó a penetrar tímidamente en la jurisprudencia francesa a fines del siglo pasado, y desde entonces ha tenido un desarrollo magnífico y fecundo. El abuso del derecho se ha abierto camino en el pensamiento contemporáneo, no sin vencer serias resistencias.”⁵⁹

⁵⁹ Luzzati, Claudio. **Discretion and indeterminacy in Kelsen's Theory of legal interpretation.** Pág. 123.



Los juristas liberales han mirado con indisimulada desconfianza esta institución. Para ellos, las libertades humanas fincan en el respeto incondicional de los textos legales. Solo la ley puede y debe marcar el límite de las actividades del hombre; mientras las personas actúan dentro de aquellos límites, no hay por que investigar su intención o preocuparse por el perjuicio sufrido por terceros.

De lo contrario, no habría derechos; todos estaríamos sometidos a la arbitrariedad de los poderes públicos, la libertad y la seguridad quedarían pérdidas y el espíritu de iniciativa ahogado. Es necesario que se tenga algo seguro como base para desenvolver sus actividades, que sepan de una manera clara y definida que es lo que pueden y lo que no pueden hacer. Y la única manera de fijar de un modo cierto ese campo de acción es la ley. No obstante la fuerza lógica de estos argumentos, la teoría del abuso del derecho se ha abierto paso con pie firme.

Podrá discutirse el acierto lógico y gramatical de la expresión abuso del derecho, pero lo que no cabe discutir ya es que no se puede permitir el ejercicio de los derechos más allá de los límites de la buena fe. Los derechos no pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la voluntad de dañar al prójimo, de la mala fe; tienen un espíritu, que es la razón por la cual la ley los ha concedido; es evidentemente ilegítimo ejercerlos en contra de los fines que inspiraron la ley.

El derecho no puede amparar ese proceder inmoral. No creemos justificados los temores de quienes piensan que esta facultad, en manos de los jueces, pueda

convertirse en un instrumento de inseguridad jurídica y en una manera de negar a los hombres los derechos que la ley les reconoce. Además, los jueces no pueden proceder arbitrariamente; están unidos por la disciplina del cuerpo y por la jerarquía de su organización. Y cuando los tribunales superiores niegan licitud a la conducta de una persona que ha ejercido un derecho reconocido por la ley, declarando que ha habido abuso, será porque su dignidad de magistrado y su sentido moral imponen necesariamente esa solución.

Es muy elocuente la prudencia con que los jueces del mundo entero han usado de este poder; es preciso dejar sentado que la experiencia práctica ha demostrado la inconsistencia de los temores manifestados por los adversarios de esta teoría, que hoy se baten en franca retirada.

a) Legislación comparada: “El principio del abuso de derecho ha quedado incorporado al derecho positivo de Alemania regulado en el Código Civil, Artículo uno; en Suiza dentro del Código Obligaciones, regulado en el Artículo dos; en Rusia en el Código Civil, en el Artículo uno, Polonia dentro del Código Civil, en el Artículo 160, en Perú en el Código Civil, en el Artículo dos, en Venezuela dentro del Código Civil, en el Artículo 1185, en el Líbano regulado en el Código Civil, en el Artículo 124, en Turquía en el Código Civil, en el Artículo dos. En otros países la legislación ha callado, pero la jurisprudencia ha incorporado el principio al derecho nacional, como en Francia, Bélgica, Chile, España.”⁶⁰

⁶⁰ Espinoza Espinoza, Juan. **Algo más sobre el abuso del derecho**. Pág. 6.



En éste último país, los tribunales fueron muy reacios para aceptar la teoría hasta un importantísimo fallo del tribunal supremo. Inclusive los tribunales ingleses y estadounidenses, tan apegados a su individualismo, han empezado a hacer importantes concesiones a la idea del abuso. Cabe destacar, por su acierto técnico, la fórmula del proyecto de código francoitaliano de las obligaciones, que reúne los criterios moral y finalista para fijar el concepto del abuso del derecho: "cualquier hecho culposo que ocasiona daño a otros obliga al que lo ha cometido a resarcir el daño."⁶¹

Debe igualmente reparacion aquel que ha causado un daño a otro excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho le ha sido conferido. La crítica fundamental que se le ha formulado, y por cierto que por autorizadas voces, es la de que si hay derecho, no puede haber abuso, que implica ilicitud, que es su antinomia. Pero sin entrar, ya que no cabe en la índole de esta obra, en el análisis de todas las razones que se han dado, en uno u otro sentido, a lo largo de la divergencia, ampliando un concepto ya expresado, que el error ha consistido en debatir en torno de un problema motivado por la impropiedad de una denominación, por un lado, y por la forma equivocada, carente de imaginación, en la que, por el otro, se la interpreta.

El quid de la cuestión estriba en que la palabra derecho no debe tomarse en el sentido de orden jurídico, de derecho positivo, de norma o conjunto de normas, sino referida a los derechos subjetivos y, dentro de los mismos, al ejercicio de las facultades, pretensiones, etcétera, que integran su contenido.

⁶¹ *Ibíd.*



El derecho de propiedad que la ley acuerda sobre una cosa nunca puede ser abusivo, pero el ejercicio que de ese derecho se haga si puede llegar a serlo en determinadas circunstancias, como cuando ésta signado por la ilegitimidad, la mala fe, o cualquier otro factor claramente determinante del abuso.

Del reconocimiento de “los derechos subjetivos depende la dignidad de la existencia humana, pero no es posible, por otra parte, que los derechos subjetivos se desentiendan de la justicia; o que se desvíen del fin para el cual han sido reconocidos, y se utilicen, en cambio, como armas de agresión para sojuzgar y explotar a los demás. La ley no debe tolerar el abuso del derecho y así lo propugna toda la doctrina en el derecho comparado la ley establece una doble directiva en cuanto al criterio discriminatorio del ejercicio abusivo del derecho.”⁶²

- Hay abuso de derecho cuando se lo ejerce contrariamente al objeto de su institución, a su espíritu y a su finalidad; cuando se lo desvía del destino para el cual ha sido creado; cuando se contrarían los fines de su reconocimiento; y
- La segunda directiva implica la subordinación, en el ejercicio de un derecho, del orden jurídico al orden moral; por eso la ley califica de abusivo el ejercicio de un derecho que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

b) Ejercicio abusivo de los derechos: El ejercicio abusivo de los derechos se configura como un acto ilícito específico: se trata de un acto ilícito abusivo que, a diferencia del acto ilícito común en el cual se transgrede francamente la norma legal, implica

⁶² Igartua Salaverría, Juan. Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial. Pág. 95



una violación solapada del ordenamiento jurídico. La teoría que justifica la fuente de las obligaciones en análisis es conocida comúnmente como abuso del derecho.

Criticada acerbamente por Planiol, "quien la califica de logomaquia, dada al antinomia que contendría la fórmula se han propiciado otras denominaciones: abuso de los textos legales o reglas jurídicas; abuso de la libertad, acto abusivo disimulado bajo la apariencia del ejecutivo del derecho; actos emultivos, regulados en el Artículo 833, Código italiano de 1942; y, en general, se indica de actos abusivos. Se prefiere llamarla ejercicio abusivo de los derechos, por cuanto se adecua apropiadamente a la relatividad con que deben ejercerse los derechos subjetivos."⁶³

4.1 Antecedentes históricos

Producto de la colisión de "dos máximas igualmente respetables: *qui jure suo Utitur, Neminem laedit*, quien usa de su derecho, a nadie lesiona; y *neque malitiis indulgendum*, no hay que ser indulgente con la maldad, la teoría fue admitida en el derecho romano a través de textos de Gayo y de Paulo, según la doctrina prevaleciente. Para Josserand, también fue conocida y aplicada en el antiguo derecho francés."⁶⁴

- Legislación comparada: se agrupan los códigos civiles extranjeros de la siguiente manera. Los que consagran expresamente la teoría, calificándola: suizo regulado en el Artículo dos del Título Preliminar; japonés en el Artículo uno, turco

⁶³ Planiol, Marcel y Ripert, Gerges. **Tratado práctico de derecho civil francés**. Pág. 99

⁶⁴ González de Cancino, Emilssen. **Manual de derecho romano**. Pág. 168.



en el Artículo dos, peruano de 1936 regulado en el Artículo dos, Título Preliminar; los que, con carácter general, establecen directivas que implican un repudio a los actos abusivos, y aun su caracterización como tales: soviético regulado en el Art. uno; alemán parágrafo. 226; tailandés secciones cinco y 421; libanés de las obligaciones y contratos regulado en el Artículo 124; austriaco en el Artículo 1295, Polaco de las obligaciones en el Artículo 135, chino regulado en el Artículo 148, tunecino regulado en el Artículo 103, marroquí en el Artículo 94, del Distrito Federal mexicano regulado en el Artículo 1912, venezolano en el Artículo 1185, el guatemalteco de 1964 en el Artículo 1653, portugués de 1967 en el Artículo 334, y los que sin pronunciarse consagran disposiciones particulares, a través de las cuales la doctrina o la jurisprudencia de cada país ha admitido la viabilidad de la teoría: francés y belga en el Artículo 1382, el español en el Artículo 1902, brasileño Artículo 160, uruguayo en el Artículo 1321, panameño en el Artículo 1644, hondureño en el Artículo 2236, nicaragüense en el Artículo 2509, costarricense en el Artículo 1045, dominicano Artículos 1382 y 1383, salvadoreño en el Artículo 2080, chileno en los Artículos 582, 945, 2110 y SS; colombiano en los Artículos 178, 315, 628, 1002, ecuatoriano en los Artículos 2346, y boliviano en los Artículos 966 y 967.

- a) Teoría del abuso del derecho: "El pensamiento filosófico político cristiano-tradicional preparó el ambiente jurídico y favoreció la aparición en el sector privado de la

llamada teoría del abuso del derecho. Para esta concepción es menester distinguir entre uso y abuso de los derechos.⁶⁵

Sin duda procede afirmar con fuerza los derechos subjetivos porque de su reconocimiento depende la dignidad de la existencia humana, vivida en la plenitud de su dimensión personal. Pero no es posible dejar que los derechos subjetivos se desentiendan de la justicia o se desvíen del fin para el cual han sido reconocidos, y se utilicen, en cambio, como armas de agresión para que el titular de los derechos no puede ejercerlos en cualquier dirección, aun con un signo nocivo, o sin interés para él. La libertad, que está adscripta al ejercicio regular de los derechos, no se la debe considerar como un fin absoluto, al que sea menester sacrificar incluso al hombre mismo como lo exigían los ídolos fenicios.

Si es legítimo el uso de los derechos, no puede tolerarse su abuso, los derechos "tienen una misión social que cumplir, contra la cual no pueden rebelarse; no se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que esta los desborda al mismo tiempo que los justifica; cada uno de ellos tiene su razón de ser, su espíritu, del cual no podrían separarse. Si pueden ser utilizados."⁶⁶

No es en atención a un objeto cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar: no pueden ser legitimados sin más ni más, sino a sabiendas, para un fin legítimo y por razón de un motivo legítimo. Por

⁶⁵ Kelsen, Hans. **Ob. Cit.** Pág. 160.

⁶⁶ Josserand, Louis. **El espíritu de los derechos y su relatividad.** Pág. 166.



ejemplo, no podrían ser puestos en ningún caso al servicio de la malicia, de la mala fe, de la voluntad de perjudicar al prójimo; no pueden servir para realizar la injusticia; no pueden ser apartados de su vía regular; de hacerlo así sus titulares no los ejercitarían verdaderamente sino que abusarían de ellos, cometerían una irregularidad, un abuso de derechos de que serían responsables con relación a las víctimas posibles.

En suma, aun cuando se disienta acerca del criterio que permite calificar como abusivo el ejercicio de los derechos, ya no se duda de la validez del principio del abuso del derecho, no como una mera fuente de obligaciones, sino en el carácter de principio regulador de los derechos subjetivos que extiende su influencia a todo el orden jurídico.

4.2 El abuso del derecho en cuestiones de trabajo y seguridad social

Dentro de las facultades suficientes con que cuenta el patrono para organizar económica y técnicamente la empresa explotación o establecimiento, en la medida que no haya norma legal o convencional que imponga una determinada categoría remuneratoria al cargo que ocupa el trabajador en concreto, aquel puede asignar y distribuir responsabilidades y cometidos; retribuir a quienes los desempeñen en forma diferente y establecer niveles jerárquicos mientras no incurra en manifiesta arbitrariedad, irrazonabilidad o patente abuso de derecho.

El caso de una trabajadora que se encontraba en estado de gravidez, a quien su patrono la despidió sin causa justificada, posteriormente la trabajadora interpuso su



denuncia en la Inspección General de Trabajo de la ciudad de La Antigua Guatemala, por lo cual se constituye un Inspector de Trabajo; constituido el Inspector de Trabajo en las instalaciones de la empresa, le previene al patrono para que reinstale a la trabajadora en su mismo puesto de trabajo, quien indica que ya no quiere a la trabajadora en las instalaciones de la empresa, y que prefiere pagar sus prestaciones laborales, así mismo la trabajadora manifiesta que ya no se siente a gusto trabajando para su patrono, y que también ya no quiere volver a su lugar de trabajo. Por consiguiente el patrono le paga las prestaciones laborales que consisten en vacaciones, aguinaldo, bonificación anual para Trabajadores del Sector Privado y Público, así como la indemnización.

Y hacen un finiquito laboral en la propia acta del Inspector de Trabajo. Lo que viene a continuación deja en evidencia lo que argumento con la presente investigación, ya que supuestamente el patrono y trabajadora quedaron conformes con el acuerdo al que arribaron, pero no fue así, toda vez que el mismo es violatorio de los derechos adquiridos por la trabajadora así lo establece el Código de Trabajo Prohibiciones al empleador en el Artículo 151. Se prohíbe a los patronos:

Despedir a las trabajadoras que estuvieren en estado de embarazo o período de lactancia, quienes gozan de inamovilidad. Salvo que por causa justificada originada en falta grave a los deberes derivados del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 177 de este Código. En este caso, el patrono debe gestionar el despido ante los tribunales de trabajo para lo cual deberá comprobar la falta y no podrá hacer efectivo el mismo hasta no tener la autorización expresa y por escrito del tribunal.



En caso el patrono no cumpliera con la disposición anterior, la trabajadora podrá concurrir a los tribunales a ejercitar su derecho de reinstalación en el trabajo que venía desempeñando y tendrá derecho a que se le paguen los salarios dejados de devengar durante el tiempo que estuvo sin laborar.

Lo más grave de este caso laboral es que el Inspector de Trabajo acepto un convenio entre patrono y trabajadora que violento el derecho laboral, y dejo en desprotección tanto a la trabajadora como a su menor hijo que esta por nacer, que es a quién protege la legislación guatemalteca fruto de la concepción, pero ¿Por qué se vulnero el derecho? Si la trabajadora ya no quería continuar trabajando y el patrono tampoco la quería en la empresa, la respuesta deviene de la propia problemática, ya que los derechos de los trabajadores son irrenunciables hasta por si mismo, aunque haya firmado el acta del Inspector de Trabajo, y en cuanto al patrono le esta prohibido despedir a la trabajadora en estado de embarazo o de lactancia.

La trabajadora se asesoro correctamente y volvió a la Inspección de Trabajo a interponer su denuncia por segunda ocasión ya que sus derechos son irrenunciables, y quiere que se le paguen todos los salarios que tiene derecho a percibir hasta que termine el periodo de lactancia, que se le pague las prestaciones irrenunciables vacaciones, aguinaldo, bono 14, hasta que termine el periodo de lactancia, que se le pague la indemnización por el término del periodo de embarazo, pre y post natal y hasta el momento en que termine el periodo de lactancia.



Es el patrono quien no la quiere reinstalar y la trabajadora lo que exige es su inamovilidad durante todo este tiempo, caso contrario el patrono no acepta reinstalarla, debe cumplir con los pagos que ya se detallaron, ya que lo que protege la legislación quafemalfeca el ser que esta por nacer y se le debe garantizar los medios de sustentación para que pueda sobrevivir.

Para finalizar entonces se indica que la trabajadora tenia razón ya que sus derechos fueron violados por parte del patrono y el Inspector de Trabajo, es por ello que puedo indicar que se debe aplicar entonces la condición más beneficiosa para los trabajadores ya que esta tiende a superar lo establecido en la ley laboral, en contraposición con los caprichos de los patronos que creen que pueden vulnerar los derechos de sus empleados.

4.3. La discrecionalidad de los inspectores de trabajo y sus consecuencias en la clase trabajadora.

Entre los problemas de fondo que advierten altos líderes sindicales y trabajadores, sobresale la preocupación por una práctica nociva derivada equivocadamente de la discrecionalidad, expresada en negociaciones patrono, inspector y la falsa potestad de conciliar a las partes en la misma empresa, desnaturalizando la función de la inspectoría cuyo procedimiento correcto es prevenir al patrono a través de faccionar el acta para luego canalizarla al departamento de Inspectoría General del Ministerio en donde legalmente puede ventilarse una conciliación si es el caso. Uno de los efectos



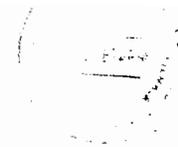
graves de dicha práctica conciliatoria por parte de los inspectores, es que, cuando en algunas empresas la situación inspeccionada es muy conflictiva, ese espacio conciliatorio otorgado por el inspector, le da tiempo al patrono, incluso para cambiar la razón social y dejar sin efecto la denuncia.

a) La negación al ingreso de inspectores: Se confirma la constante denegación de muchas empresas al ingreso de inspectores, con lo cual obstaculizan la labor de visitaduría laboral...La efectividad e impunidad de esa denegatoria se deriva de las debilidades o falta de voluntad del Estado para hacer cumplir el ordenamiento legal vigente. Un elemento que indudablemente reforzó la impunidad laboral fue la decisión de la Sala Constitucional de eliminarle al Ministerio la potestad de aplicar sanciones económicas directas a las empresas infractoras.

Esa actitud negativa, refleja una cultura tradicional típica de cómo el empresariado y terratenientes guatemaltecos manejan las relaciones de poder. Lo típico es no aceptar ni asumir, que el respeto a los derechos laborales, es una obligación que trata de compensar la innegable desigualdad entre el dueño de la empresa y la persona trabajadora. Para éstos, el ordenamiento jurídico laboral vigente y el régimen democrático del cual participan y se benefician, se convierten en una amenaza en el momento que se quiere supervisar o verificar sus obligaciones para con los y las trabajadoras. Por ello, muchas veces la labor de visitaduría laboral, en más de un caso se asume como una confrontación con el Estado, que se resuelve mediante un pulso de poder.



- b) Sanciones y prevenciones a las empresas: Varias opiniones autorizadas consultadas en este estudio confirman que durante la presente administración gubernamental, ninguna empresa ha sido sancionada por actos violatorios de derechos o infracciones legales que corresponde al poder judicial. Y en lo que sí compete al Ministerio de Trabajo y Previsión Social y la Inspección General de Trabajo, no hay información sobre la aplicación de prevenciones a empresas ni sobre empresas que han sido prevenidas. Se sintetiza como corolario, el hecho de que no haya sanciones, no implica que no deba haber prevenciones y de que no existan denuncias.
- c) Sanciones a inspectores: Es objetivamente comprobable que ningún Inspector ha sido sancionado hasta el momento por alguna anomalía en sus funciones, ni existe en su contra ninguna denuncia legal. Mientras tanto, la política del Ministerio y la Inspección General del Trabajo, es no sancionar a nadie, salvo faltas administrativas comunes a cualquier funcionario público que corresponde al régimen de Servicio Civil. Haciendo un balance, en la parte negativa, se muestra un clima de insatisfacción respecto a las actuaciones ilegales o indebidas de algunos inspectores que no son sancionadas y se infiere que los funcionarios de mayor antigüedad son más susceptibles a vicios que arrastran del pasado. En la parte positiva, se tiene certeza de que algunos inspectores mantienen la integridad y ética en el cumplimiento de sus funciones y que a pesar de la persistencia, ciertas prácticas cuestionables han disminuido en la actual administración.



b) Posiciones sobre la solución de problemas: Se constatan posicionamientos alrededor de tres perspectivas, con las que distintos actores consideran se debe afrontar las prácticas cuestionables dentro de la Inspección General de Trabajo:

- La posición más radical aboga por la depuración total de la institución, porque asume que las redes de corrupción están profundamente enraizadas y es imposible imprimir a los inspectores su función tutelar.

- Una perspectiva más juiciosa argumenta que no es la cantidad de inspectores la que resuelve las debilidades de tutelaridad del Estado frente a los trabajadores y trabajadoras, sino la calidad de los inspectores, refiriéndose a los niveles de formación y la conciencia política de los mismos.

- La tercera más instrumental y más cercana a los trabajadores/as expresa la necesidad de aumentar la cantidad de inspectores, mejorar sus salarios para que la IGT tenga capacidad de cobertura no solamente en las diferentes empresas de la ciudad capital, sino también en el nivel rural y que el inspector no se sienta tentado a caer en la corrupción.

c) Sobre la impunidad laboral: Entendida la impunidad laboral como: el sistemático incumplimiento de las normas laborales por parte de los empresarios, sin que tales infractores resulten sancionados por el Estado, a causa de omisiones o prácticas permisivas de los responsables de los órganos administrativos y jurisdiccionales,



generándose indefensión, desprotección y violación de los derechos laborales de las personas trabajadoras, por parte de los patronos.

d) El estudio ha logrado establecer: Que los patronos que mantienen una tradición de incumplimientos, violaciones e irrespeto de las leyes y los derechos laborales de las personas trabajadoras, son la fuente primaria y directa que incita la impunidad laboral en Guatemala. Incita cuando se vale de toda clase de mecanismos, artilugios para neutralizar o impedir que el Estado, a través de sus organismos competentes, fiscalice el cumplimiento de sus obligaciones laborales, recurriendo en la mayoría de casos a presiones indirectas, intimidaciones, sobornos y al tráfico de influencias políticas basadas principalmente en intereses económicos.

Además de organizar o intentar la organización de redes de información que les beneficia a través de estimular prácticas ilegales o antiéticas, dentro de entidades de indudable importancia como la Inspección General de Trabajo o el Ministerio de Trabajo y Previsión Social en general. Siendo únicamente las entidades de tutela administrativa y particularmente la Inspección General de Trabajo objeto de diagnóstico en esta primera etapa de monitoreo, se observa la existencia de algunos hechos y comportamientos institucionales propios de la inspectoría y visitadurías laborales que propician la no sanción contra quienes infringen las leyes laborales, por ejemplo, una visita en la que el Inspector hace acuerdos con el patrono.

Si bien, actualmente la sanción directa a las empresas no es responsabilidad del Ministerio de Trabajo, sino del Poder Judicial por su capacidad coercitiva, son



responsables directos por las prevenciones a las empresas. La indiferencia o no exigencia para cumplir con esa responsabilidad estaría contribuyendo a que los patronos actúen con impunidad.

e) Información y acceso: Se establece que la Inspección General de Trabajo, es una vasta fuente de información y datos primarios, suficientes por sí mismos para comprender el funcionamiento, la intensidad del trabajo que realiza, los aciertos y deficiencias de las labores de visitaduría e incluso, para hacer un mapeo del record empresarial en términos de cumplimiento o incumplimiento de leyes y derechos laborales.

La información limitada tiene que ver, por ejemplo, con el registro de actas de inspección, y la información restringida está relacionada principalmente con el registro de empresas denunciadas o de comprobado récord infractor. Para efectos de investigación, esa resistencia que hace inaccesible las fuentes documentales, reafirma el uso de un método cualitativo, basado en observación y entrevistas a informantes clave, como única opción, si se quiere desde una visión crítica y propositiva, comprender mejor la dinámica de una entidad que tutela y administra justicia laboral e identificar balances de debilidades y fortalezas que propicien mejoramientos institucionales.

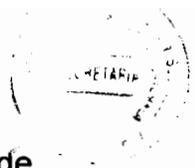
f) Problema estructural: Ante el reducido número de inspectores del que dispone la Inspección General de Trabajo y los exiguos salarios de los mismos, que reducen su



capacidad operativa lo cual por sus amplias repercusiones hacia las personas trabajadoras y su no contribución a un mejor clima institucional, no debe como ha ocurrido histórica y sistemáticamente pasar inadvertido dentro del Ministerio de Trabajo y de otros organismos gubernamentales decisorios. Es innegable que si existe la voluntad de cualificar la labor de inspección laboral, debe haber una respuesta más contundente, efectiva y racional para contrarrestar tal debilidad.

- g) Las inspecciones de oficio y a petición de parte: Las inspecciones de oficio según lo describen los entrevistados, no tienen un grado de sistematicidad o permanencia como las de denuncia y más bien obedecen a una política de gobierno para temas puntuales como inspección de pago de salario mínimo, aguinaldo y bono catorce y por tanto, se realizan en períodos específicos del año y están ligadas a decisiones políticas. Son, por lo tanto inefectivas para la vigilancia permanente del respeto a los derechos laborales. Por su parte, las inspecciones por denuncia son las que ocupan la atención principal de la Inspección General de Trabajo y prácticamente es en torno a ellas que se articula todo el funcionamiento de las visitadurías laborales y en ese sentido constituyen el punto neurálgico del que hacer de la Inspección General de Trabajo.

Por otra parte, se establece que en el área rural donde existen muchas fincas o empresas, ni siquiera hay inspectores y obviamente no hay manera de verificar los abusos o incumplimientos patronales.



- **Formas de realizar la visitaduría:** Se identifican dos tendencias en la atención de los/as inspectores/as a las denuncias realizadas por personas trabajadoras:

La atención es funcional debido a que el denunciante es un sindicato o dirigente sindical que conoce la ley y puede presionar tanto al inspector, la Inspección General de Trabajo o al Ministerio de Trabajo. Ello obliga al cumplimiento de los procedimientos administrativos conforme con la ley. En otras palabras, la atención es funcional cuando el trabajador afectado está asesorado por abogado, sindicato o federación.

La atención es disfuncional cuando viola el principio tutelar del Código de Trabajo y favorece al patrono, ya que al ser el denunciante de violación laboral un trabajador o trabajadora no asesorada, ni organizada, el inspector aplica una solución conciliatoria que en la mayoría de casos afecta al trabajador y no optan por prevenir a la empresa, tal como lo expresa uno de los entrevistados

- **Omisiones en las actas de inspección:** Se establecen tres razones por las que se incurre en omisiones en un acta de inspección:

Razones de orden institucional relacionados con la carencia de recursos, enfatizando particularmente la falta de personal, que supuestamente limita la dedicación y atención del inspector debido a la saturación y carga de trabajo.

Razones de carácter formativo, en las que se arguye ignorancia de algunos inspectores por falta de capacitación jurídica, lo cual repercute en la omisión de formalidades y en



deficiencias técnicas.

- Comportamientos inadecuados, que pueden interferir como trasfondo de las dos anteriores. En su aspecto más visible, éstos pueden manifestarse como negligencia, (o) mala voluntad y corrupción como señala un experimentado abogado laboralista, lo que parecería una negligencia del inspector muchas veces esconde una compensación por no hacerlo, es decir una compensación económica por parte de algún patrono.

En todo caso, lo que importa es corregir la práctica de omisiones, porque independientemente del fondo o trasfondo, el efecto es igual de pernicioso. No menos importante y fundamental, es hacer conciencia de que, cualquier omisión en el acta de visitaduría levantada por un inspector de trabajo, tiene consecuencias nefastas para el trabajador o trabajadora que reclama un derecho, porque humanamente y más cuando son casos de despido, repercute en el afectado como un drama familiar y una estigmatización social, mientras en las frías estadísticas se lo ve como un dato más.

- Realidad y efectos de la discrecionalidad: Las experiencias y lecciones aprendidas ponen de manifiesto que la discrecionalidad en el actuar de los inspectores, puede ser una fuente de buenas prácticas o una fuente de abusos y excesos. Y como (bien) señalaba una persona funcionaria de la Inspección dependiendo del grado de entrega del inspector con su trabajo, da espacio para interpretarse de maneras diferentes, como negligencia o como muestra de interés... Hay fuerte coincidencia



en considerar excesiva la discrecionalidad que se les otorga a los inspectores, sin reglamentación ni una supervisión adecuada

4.4. Análisis del lado oscuro del derecho y la utilidad del concepto de abuso

Reclamar derechos, principalmente en un intento por garantizar los derechos humanos o derechos fundamentales a escala planetaria, se ha hecho tan persistente que hace temer una inflación universal o una retórica vacía; sobre todo si se tiene en cuenta que la multiplicación de normas que prevén derechos no ha disminuido el riesgo de su violación, si acaso lo ha aumentado.

Por otra parte, el impulso dado a los derechos ha asumido casi únicamente formas pretenciosas: en el sentido de que las lógicas de propagación de los derechos a menudo han revelado raíces individualistas antes que la tendencia intrínseca a hacer justicia en relación con los individuos. Cada vez parece más difícil contener los derechos individuales en un marco coherente, en el horizonte de algún ordenamiento jurídico objetivo.

Igualmente problemáticas son, por ejemplo, las acciones afirmativas que imponen cuotas reservadas a las mujeres en las listas de candidatos a las elecciones políticas; situación en que la tutela de los derechos políticos sustanciales de algunos se traduce en la negación de los derechos políticos de igualdad de otros. Además, otro fenómeno que siempre reaparece y que es generalmente descrito como la negación de los



derechos en nombre del rule of law, ha tomado forma específica y adquirido carácter dominante en la experiencia jurídica del Estado de derecho continental europeo.

Aquí ha asumido los ropajes de un positivismo legalista, gracias al cual mantiene la defensa del imperativo *dura lex sed lex*; esto, vinculado a una concepción pre-constitucional de la separación de poderes, ha terminado por El abuso del derecho, del poder y del rule of law. Son los propios titulares de los derechos o los poderes los que cometen el abuso. No se trata de un abuso padecido por quien ve violados sus propios derechos, sino de un abuso cometido. Impedir al orden judicial la defensa por razón de principios de los derechos que no hayan sido regulados directamente por la ley.

En general, frente a fenómenos que en nombre de los derechos o en nombre de los vínculos puestos por el estado de derecho encubren violaciones a intereses ajenos, la referencia a la idea de abuso puede resultar un buen recurso en la medida en que es un instrumento conceptual muy útil. Y esto debido a que la perspectiva del abuso hace emerger la ilicitud de la lesión de un interés por parte del titular de un derecho o de un poder que actúa en aparente conformidad con una regla de derecho. Si se supera la ambigüedad de la correspondiente expresión anglosajona *abuse of rights*, la idea de abuso que en la lengua tiene sentido en lo posesivo subjetivo más que en lo posesivo objetivo, hace evidentes los efectos negativos del lado oscuro, de los derechos: efectos que se presentan cuando tales derechos son pensados como prerrogativas dotadas de una prioridad tendencialmente absoluta, y amenazan con ser comprendidos gracias a su carácter deontológico en sentido moralista, individualista, anti-institucional, etc.

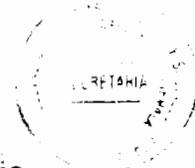


A decir verdad, es muy raro que se recurra al concepto de abuso para defender los derechos. Normalmente, siguiendo una vía opuesta señalada, más bien se les privilegia, “se subraya su inviolabilidad e inderogabilidad; contrario a esta postura, quien acude al concepto de abuso busca los límites al ejercicio concreto de los derechos o poderes lícitos. La estrategia coincide con la doctrina de los derechos como derechos morales capaces de atravesar las resistencias del derecho positivo: tal estrategia expresa una concepción monista de los principios jurídicos, que los entiende como justificación de derechos individuales y como cartas de triunfo frente a pretensiones opuestas; protege a los derechos como imperativos antes que a los valores, fines o bienes que los derechos aspiran a proteger; de tal modo se les pretende sustraer del riesgo de ser subordinados a social o a intereses colectivos. Con todo, no se ha dicho que esta estrategia sea, en todo caso, vencedora y preferible.”⁶⁷

Cuando la doctrina de los derechos como trump cards se presenta de forma ideológica amenaza con afirmarse, de igual modo, ideológicamente; ante lo cual se vuelve ciega a los abusos que se pueden cometer en nombre de los derechos, ya sea de parte de sus titulares directos, por parte de los jueces, o por los legisladores. Además, como escribió, es difícil imaginar en el ámbito europeo contemporáneo a cualquier filósofo del derecho serio que sustente, como lo ha hecho en “Taking Rights Seriously, que si alguien tiene derecho a algo, es equivocado el negárselo por parte del Estado, aunque hacerlo favoreciera el interés general.”⁶⁸

⁶⁷ Dworkin, Ronald. **Los derechos en serio**. Pág. 97

⁶⁸ **Ibid.**



En verdad, debemos reconocer que a veces podríamos tener razones. Por el contrario, los Estados Unidos son definidos como la tierra de los derechos para defender, más allá de posiciones como las del portador solitario de derechos lone rights-bearer, una actitud equilibrada basada en el lenguaje de la responsabilidad, ya sea desde el punto de vista de los particulares o del de las autoridades públicas. En algunos contextos no se puede evitar que la propia insistencia política sobre la solidaridad social pueda ser vista, como ha ocurrido precisamente en los Estados Unidos, como una injustificable limitación de los derechos de libertad o propiedad.

Como quiera que sea, efectivamente, un acento deontológico unilateral sobre los derechos que son debidos a cada uno si se malentendiera puede generar insensibilidad al problema del abuso de derechos por parte de su titular. Es cierto que hay circunstancias históricas y países en los que el problema prioritario es, por el contrario, precisamente la protección y la afirmación de los derechos, países que pudieran padecer retrasos acumulados o la persistencia de una tradición peculiar que, en ocasiones, ha sido definida como premoderna.

En tales casos, quizás se añora primordialmente una revolución de los derechos, se espera la liberación de los individuos del peso de los vínculos sociales, estatales e institucionales. En estos contextos nuevas constituciones, nuevos órdenes democráticos, garantías del rule of law, o la prioridad de los derechos individuales, hacen presión para instalarse inmediatamente y, al mismo tiempo, sin la larga maduración temporal que uno por uno los ha moldeado y arraigado en otros países de



occidente. Pero incluso en tales circunstancias es razonable negarles un tipo de status absoluto, lo mejor es buscar en cada situación razones para establecer relaciones recíprocas equilibradas.

En conjunto, la sensibilidad hacia la paradoja del rechazo de los derechos en nombre de los derechos o del rule of law, difícilmente puede recibir una respuesta adecuada desde la lógica unilateral, monista, que prevalece en la deontología de los derechos morales; por ello, es preferible recurrir a una tematización del concepto mismo de abuso de los derechos y de abuso del rule of law. En efecto, la idea de abuso induce a encontrar un límite del cual depende el abuso, un límite que contenga y frene las modalidades del ejercicio concreto de un derecho o del uso de un poder capaces de perjudicar intereses de un tercero, específicamente en aquellos espacios que se presentan como a) prima facie lícitos, b) no atrincherados por otras reglas.

El uso teórico del término abuso se hace en un sentido amplio, en la medida en que se refiere tanto a casos donde alguien ejercita un derecho individual, como a aquellos en los que se ejerce un legítimo poder público, sin ignorar por ello sus profundas diferencias.

En todo caso, a título de ejemplo, "la carta de los derechos fundamentales de Niza prevé el abuso del derecho subjetivo en el Artículo 54. El Código Civil portugués del 1996 prevé en el Artículo. 334 explícitamente el abuso de derecho por exceder los límites de la buena fe, de las buenas costumbres o el alejamiento de los objetivos



sociales o económicos. En España se ha hecho una codificación expresa sobre el abuso a causa de la reforma al Título Preliminar del Código Civil, en el Artículo siete más allá de requerir respeto general a la buena fe, declara que la ley no «protege el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. En Francia, en Alemania y en Italia el abuso no cuenta con una previsión explícita y es fruto de la creación jurisprudencial.»⁶⁹

⁶⁹ Gianluigi Palembolla. **El abuso del derecho, del poder y del rule of law.** Pág. 126

CONCLUSIONES

- 1) El goce de la discrecionalidad le permite al agente administrativo adoptar decisiones en un marco de legalidad tomando como base circunstancias que la ley no prevé. Y la administración en su actuar diario se enfrenta a la generalidad como una de las características de las leyes, y se vincula a multiplicidad de asuntos que no son iguales.
- 2) El establecimiento de un control sobre la discrecionalidad, ha sido objeto de debates, pero lo cierto es que a tan importantes decisiones, con el fin de proteger lo establecido en ley por su imperio natural, ha de implementarse todo el andamiaje tendiente a controlar la actividad de los agentes de la administración.
- 3) La discrecionalidad no implica un actuar arbitrario, ni ilegal, ya que su campo de aplicación toma como base precisamente lo establecido en la ley, potestad que es concebible en el marco de ese principio, que se encuentra conectada con la legalidad.
- 4) Lo denominado discrecionalidad, se concibe como un efecto colateral de la existencia de normas generales, y como un fenómeno periférico al ejercicio de la autoridad. La discrecionalidad jurídica ha de ser vista, como un fenómeno central para realizar una de las funciones esenciales de los derechos.



RECOMENDACIONES

- 1) El Ministerio de Trabajo y Previsión Social, a través de la Inspección General del Trabajo debe fomentar la discrecionalidad, aplicándola en el sentido de no perjudicar a patronos o trabajadores, siempre y cuando dicha discrecionalidad supere los derechos laborales sin que los tergiverse o disminuya.
- 2) La Inspección General de Trabajo, debe contar con un control o bien con personal especializado con el conocimiento de la discrecionalidad, en virtud que operen los lineamientos de las distintas delegaciones de trabajo, para evitar el abuso de derecho por parte de los Inspectores de Trabajo y no perjudiquen a los trabajadores.
- 3) La Inspección General de Trabajo, debe de instruir a los inspectores de trabajo para que actúen de conformidad con los principios que inspiran el derecho del trabajo, la equidad, la costumbre o el uso local, en armonía con la unidad de dichos principios.
- 4) La Inspección General de Trabajo, a través de su cuerpo de inspectores debe aplicar la discrecionalidad jurídica, tomando en cuenta el principio de la condición más beneficiosa para el trabajador, hasta donde éste llegue, partiendo de que los derechos tienen que ser respetados y que los mismos son irrenunciables.





BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. **Las piezas del Derecho. Una teoría de los enunciados jurídicos.** Barcelona, España. Ed. Ariel. 1986.
- BARAK, Aharon. **Judicial discretion.** Inglaterra. New Haven y London trad. Yadin Kaufmann, Yale University Press, 1989.
- BELL, John. **Discretionary decision making, a jurisprudential view.** Oxford. Estados Unidos. Keith Hawkins (ed.), The Uses of Discretion, Clarendon Press, 1992.
- BERLIN, Isaiah: **Dos conceptos de libertad**, trad. Julio Bayón, en Cuatro ensayos sobre la libertad, Alianza Editorial, Madrid, pp. 187-243 (original inglés de 1958).
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta. 1953.
- DAVIS, Kenneth Culp. **Discretionary justice.** A Preliminary Inquiry, Louisiana State University Press. 1969.
- DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio.** Barcelona. España, traductora Marta Guastavino, Ariel, 1989.
- ESPINOZA, ESPINOZA, Juan: **Algo más sobre el abuso del derecho y la arquitectura interpretativa del operador jurídico en materia de disolución y decaimiento del vínculo conyugal**, Argentina, Diálogo con la Jurisprudencia Gaceta Jurídica, Tomo N°. 06. 2002.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio: **Teoría del Estado y del derecho. Teoría del derecho.** La Habana, Cuba. Editorial Félix Varela. 2002
- LÓPEZ ÁLVAREZ, Valentín: **La discrecionalidad administrativa.** La Habana, Cuba. Revista Cubana de Derecho. Enero- Junio 2000. No. 15
- GRETHEL ARIAS, Gayoso Jorge Luis Borges Frias. **Discrecionalidad.** Revista. Santiago de Cuba. Cuba. Noviembre 2004.
- HART, Herbert L.A. **El concepto de derecho.** Buenos Aires, Argentina. trad. de Genaro R. Carrió, ed. Abeledo-Perrot, 1990.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. **Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial.** España. Revista Vasca de Administración Pública, n° 46 1996.
- JOSSERAND, LOUIS. **El espíritu de los derechos y su relatividad.** Puebla, México. EGLIO SÁNCHEZ LARIOS Y JOSÉ M. CAJICA (trads), Edit. José M. Cajica. 1946.



KELSEN, Hans **Teoría pura del derecho**. México. trad. de Roberto J. Vernengo de la segunda edición alemana (1960), UNAM, 1986.

KLITGAARD, Robert. **Information and incentives in institutional development**. Baltimore, State. Christopher Clague ed. Institutions and Economic Development. Johns Hopkins University Press, Baltimore. en prensa 1996.

LUZZATI, Claudio. **Discretion and indeterminacy in Kelsen's Theory of Legal**. Torino, Italia. Interpretation, en Letizia Gianformaggio (ed.), Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View, G. Giappichelli editore, 1990

MANOV. G. **Teoría marxista leninista del Estado y el derecho**. Ciudad de La Habana, Cuba. Editorial de Ciencias Sociales. 1981.

PARADA, Ramón. **Derecho administrativo. Parte general**. Madrid, España. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 1997.

PALOMBELLA, Gianluigi. **El abuso del derecho, del poder y del rule of law**. . Italia. Ed. Universidad de Parma. 1985

PLANIOL, MARCEL Y RIPERT, GEORGES. **Tratado práctico de derecho civil francés**. La Habana Cuba MARÍO DÍAZ CRUZ. (trad.), t. VI. Las obligaciones, La Habana, Cultural, 1936.

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**, Madrid, España: edición electrónica por José Antonio Millán y Rafael Millán. 1992.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, **Discrecionalidad administrativa y control judicial**. Madrid, España. Tecnos, Madrid. 1994.

SÁINZ MORENO, Fernando. **Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid, España. ed. Civitas, 1976.

SÁINZ MORENO, Fernando. **Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**, Madrid, España. Ed. Civitas. 1976.



www.ilo.org/dyn/natlexhttp://web.oit.or.cr Las organizaciones sindicales centroamericanas como actores del sistema de relaciones laborales. Juan Manuel Sepúlveda Malbrán. Oficina Internacional del Trabajo. San José. 2000

[www.wikipedia.org/wiki/Ministerio de Trabajo y Previsi3n Social](http://www.wikipedia.org/wiki/Ministerio_de_Trabajo_y_Previsi3n_Social). 24-06-2011

Legislaci3n:

Constituci3n Pol3tica de la Rep3blica de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

C3digo de Trabajo. Congreso de la Rep3blica de Guatemala. Decreto 1441 del 5 de mayo de 1971.

Ley del Organismo Ejecutivo. Decreto N3mero 114-97, del Congreso de la Rep3blica de Guatemala, de 13 de noviembre de 1997.

Reglamento Org3nico Interno del Ministerio del Trabajo y Previsi3n Social, Acuerdo Gubernativo n3m. 242-2003, de 29 de abril de 2003. Presidente de la Rep3blica de Guatemala en Consejo de Ministros

Acuerdo Gubernativo n3mero 83-2007 del 9 de marzo de 2007 que aprueba reformas al Acuerdo Gubernativo Numero 242-2003 de fecha 29 de abril de 2003. Presidente de la Rep3blica de Guatemala en Consejo de Ministros

Reglamento General sobre Higiene y Seguridad en el Trabajo, 28 de diciembre de 1957 del Presidente de la Rep3blica de Guatemala.

Ley del Servicio Civil. Congreso de la Rep3blica de Guatemala, Decreto n3mero 1748, 1968

Pacto Colectivo de Condiciones de Trabajo, Ministerio de Trabajo y Previsi3n Social y Sindicato General de Empleados del Ministerio de Trabajo y Previsi3n Social, Abril de 2008.