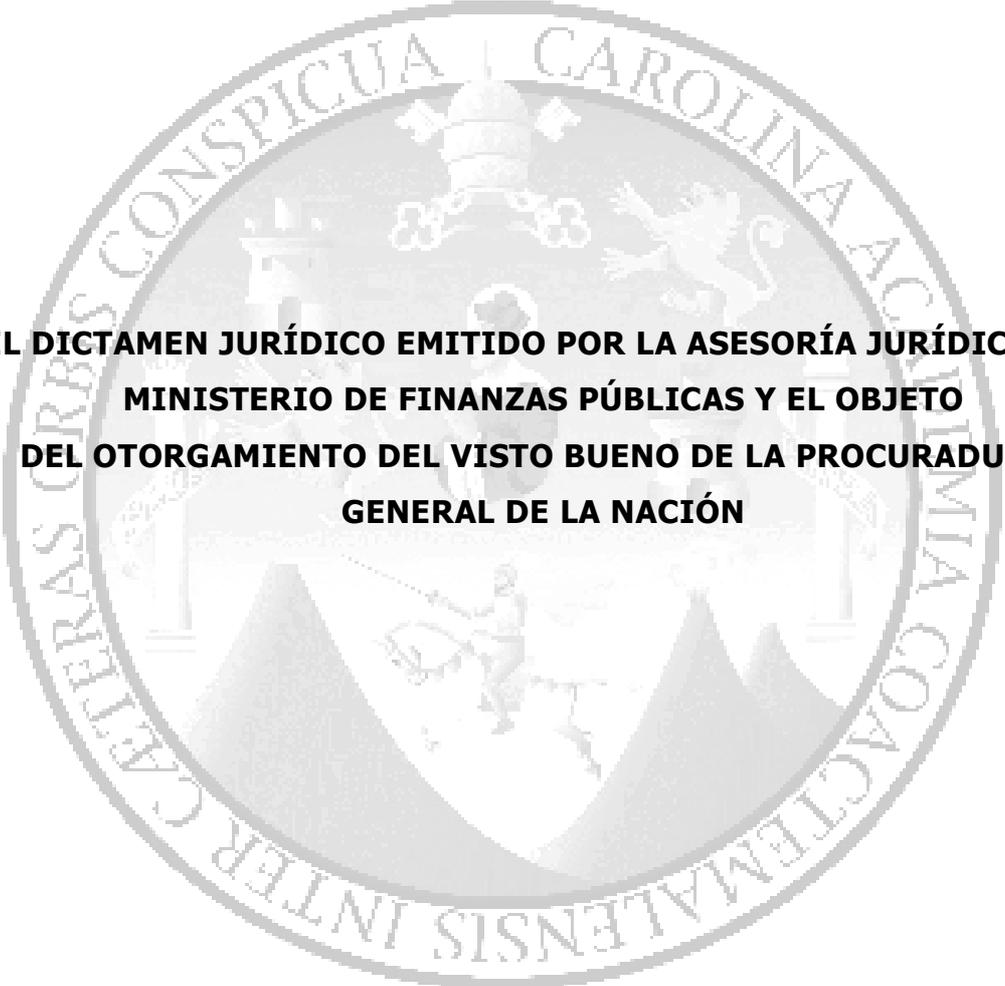


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a figure holding a staff, surrounded by various symbols including a crown, a lion, and a cross. The Latin motto "SICUT ERAS CAROLINA ACCESSIT" is inscribed around the perimeter of the seal.

**EL DICTAMEN JURÍDICO EMITIDO POR LA ASESORÍA JURÍDICA DEL
MINISTERIO DE FINANZAS PÚBLICAS Y EL OBJETO
DEL OTORGAMIENTO DEL VISTO BUENO DE LA PROCURADURÍA
GENERAL DE LA NACIÓN**

SILVIA MARISOL SANDOVAL ALARCÓN

GUATEMALA, AGOSTO DE 2007.

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

**EL DICTAMEN JURÍDICO EMITIDO POR LA ASESORÍA JURÍDICA DEL
MINISTERIO DE FINANZAS PÚBLICAS Y EL OBJETO
DEL OTORGAMIENTO DEL VISTO BUENO DE LA PROCURADURÍA
GENERAL DE LA NACIÓN**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por:

SILVIA MARISOL SANDOVAL ALARCÓN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto de 2007.

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. José Luis De León Melgar
Vocal: Lic. Oscar Mauricio Villalta González
Secretaria: Licda. Benicia Contreras Calderón

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Julio Zenteno Barillas
Vocal: Lic. Roberto Paz Alvarez
Secretaria: Licda. Crysta Ruiz Castillo de Juárez

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.)

DEDICATORIA

- AL SUPREMO ABOGADO:** Que nunca pierda un caso, a "Jesucristo el juez justo de toda la tierra, amante del derecho y que juzga con justicia, porque de su boca viene el conocimiento y la inteligencia". (Is. 61:8; 1ª. Jn. 2:1; Gen. 18:25; Prov. 2:6).
- A MI ESPOSO:** Jorge Escobar Carías, gracias por tu comprensión y por tus desvelos a mi lado y por esas palabras silenciosas de aliento para lograr este triunfo, te amo.
- A MIS PADRES:** Pompilio Sandoval Jacinto (+) que aunque hoy no estés presente, si lo estuvieras, se que este laurel en mi vida sería tu gozo, gracias por las oraciones que en vida hiciste a mi favor, por tu esfuerzo y entrega hacia mi como heredera de tus bendiciones.
Aura Alarcón de Sandoval, gracias por ser soporte y apoyo a mi lado en todo momento y por tu confianza hacia mi.
- A MI FAMILIA:** Especialmente a mis hermanos: Nidia, Byron, Ligia (+) y Ana; y a mis sobrinos: Kevin y Geraldine, a quienes hoy quiero honrar por ser cada uno parte de mi vida.
- A MIS AMIGOS:** Shisha, Karina, Mitzy (+), Emilce, Shenny, Johanna, Miguel y Giovanni, gracias por su amistad y apoyo en los momentos que lo he necesitado.
- A MIS PASTORES:** Que Dios recompense sus oraciones y apoyo espiritual.
- A LOS PROFESIONALES:** Dr. Herberth Álvarez Pineda; Ing. Henry España Morales; y Licenciados: Neftalí Alarcón Sandoval, Rosa María Juárez Velásquez y Mario Efraín Flores Barrientos, gracias por su apoyo.
- A MI UNIVERSIDAD:** La tricentaria San Carlos de Guatemala, de las mejores entre el mundo; especialmente, a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, con euforia y orgullo egreso de sus aulas, las que me permitieron empezar a formarme como profesional para bendecir esta hermosa nación.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. La administración pública.....	1
1.1 Definición.....	1
1.2. El Organismo Ejecutivo dentro de la estructura del Estado de Guatemala.....	5
1.3. Clases de función administrativa.....	9
1.3.1. Administración de planificación.....	10
1.3.2. Administración ejecutiva.....	11
1.3.3. Administración de control.....	12
1.3.4. La asesoría.....	13
1.3.4.1 Antecedentes históricos.....	13
1.3.4.2 Definición.....	15
1.3.4.3 Origen.....	18
1.3.4.4 Clasificación.....	22
1.3.4.5 Regulación legal.....	23
1.3.4.6 La asesoría como fuente principal para la correcta toma de decisiones en los organismos del Estado.....	25

CAPÍTULO II

	Pág.
2. El dictamen: notas generales.....	27
2.1. Definición.....	27
2.2. Objeto.....	29
2.3. Clasificación.....	30
2.3.1. En cuanto a la materia que se analiza, se divide en:.....	30
2.3.1.1. Técnico.....	30
2.3.1.2. Jurídico o legal.....	32
2.3.1.3. Técnico-jurídico.....	35
2.3.2. En cuanto a la forma de requerimiento, se divide en:.....	36
2.3.2.1. De oficio.....	36
2.3.2.2. Requerido.....	37
2.3.3. En cuanto a la cantidad de asesores que participan en la emisión del dictamen, se divide en:.....	38
2.3.3.1. Individual.....	38
2.3.3.2. Conjunto o colegiado.....	39
2.3.3.2.1. Interinstitucional.....	42
2.3.4. En cuanto a los efectos del dictamen, se divide en:.....	43
2.3.4.1. Facultativos.....	43
2.3.4.2. Obligatorios.....	45
2.3.4.3. Vinculantes.....	48
2.4. Naturaleza jurídica.....	52
2.5. Asuntos sometidos a consulta jurídica a través del dictamen.....	56
2.6. Características.....	57
2.6.1. Es independiente de la decisión que se opte en el acto administrativo.....	57
2.6.2. Es público.....	58
2.6.3. No produce efectos jurídicos.....	58

	Pág.
2.6.4. Es documento público.....	59
2.6.5. No se notifica.....	60
2.6.6. No es solemne ni formal.....	61
2.6.7. Sienta criterio.....	61
2.7. El dictamen y la opinión jurídica.....	63

CAPÍTULO III

3. Elaboración y principios del dictamen jurídico.....	67
3.1. Elaboración.....	67
3.1.1. El silogismo jurídico como base en la elaboración del dictamen.	68
3.2. Estructura.....	74
3.3. Contenido.....	75
3.3.1. Aspectos generales.....	80
3.3.2. Vicios al emitir dictámenes jurídicos.....	80
3.4. El asesor o consultor jurídico como principal elaborador del dictamen.	81
3.4.1. Definición.....	81
3.4.2. Clases.....	83
3.4.3. Características y requisitos.....	83
3.4.4. Funciones principales del asesor jurídico.....	84
3.4.5. Naturaleza jurídica.....	84
3.4.6. Regulación legal.....	87
3.4.7. Responsabilidad al emitir el dictamen.....	88
3.5. Principios legales que deben observarse al emitir un dictamen.....	90
3.5.1. De legalidad.....	92
3.5.2. De elaboración escrita.....	93
3.5.3. De celeridad y sencillez.....	94
3.5.4. De petición.....	95

	Pág.
3.5.5. De eficacia o eficiencia.....	96
3.5.6. De gratuidad.....	97
3.5.7. De solidaridad.....	98
3.5.8. De transparencia.....	99
3.5.9. De probidad.....	101
3.5.10. De publicidad.....	102
3.5.11. De lógica jurídica.....	103
3.6. Validez e importancia del dictamen.....	105

CAPÍTULO IV

4. El dictamen jurídico emitido por la Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas y el objeto del otorgamiento del visto bueno de la Procuraduría General de la Nación.....	111
4.1. El Ministerio de Finanzas Públicas.....	111
4.1.1. Historia.....	111
4.2. La Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas.....	113
4.2.1. Antecedentes.....	114
4.2.2. Fundamento legal.....	117
4.2.3. Estructura organizacional.....	117
4.2.4. Otras atribuciones.....	120
4.2.5. Asuntos que se someten a consulta a través del dictamen u opinión.....	121
4.3. El elemento personal que interviene en la emisión del dictamen jurídico emitido en la Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas.....	122
4.3.1. El requirente.....	123
4.3.2. El asesor jurídico ponente.....	123

	Pág.
4.3.3. El jefe del departamento.....	124
4.3.4. El director.....	125
4.4. La Procuraduría General de la Nación.....	127
4.4.1. Antecedentes.....	127
4.4.2. Regulación legal.....	129
4.4.3. Funciones y disposiciones específicas.....	130
4.5. El visto bueno otorgado por la Procuraduría General de la Nación.....	131
4.5.1. Concepto.....	131
4.5.2. Fundamento legal.....	132
4.5.3. Formas de emitir el visto bueno.....	134
4.6. Objeto del otorgamiento del visto bueno otorgado de la Procuraduría General de la Nación.....	136
4.6.1. Revisión.....	137
4.6.2. Uniformidad.....	138
4.6.3. Concordancia.....	140
4.6.4. Control.....	140
4.6.5. Orientación.....	141
4.6.6. Firmeza.....	141
4.6.7. Protección.....	142
4.6.8. Certeza jurídica.....	142
4.6.9. Respaldo.....	143
CONCLUSIONES.....	145
RECOMENDACIONES.....	147
BIBLIOGRAFÍA.....	149

INTRODUCCIÓN

Para cumplir con su fin supremo, que es el bien común, el Estado de Guatemala está conformado por tres organismos a saber: Legislativo, Ejecutivo y Judicial; los cuales se fundamentan en la Constitución Política de la República como la ley suprema que norma la estructura del Estado y demás leyes ordinarias.

El Organismo Ejecutivo está compuesto por secretarías, gobernaciones departamentales, comisiones temporales, gabinetes específicos y ministerios de Estado, entre otros; estos últimos están creados para el despacho de los negocios de dicho organismo, con atribuciones y competencias reguladas en las leyes respectivas. Actualmente en Guatemala hay 13 ministerios, entre ellos, el Ministerio de Finanzas Públicas.

En el presente estudio nos referiremos a la Unidad de Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas, como órgano asesor y consultor, primero porque en la mayoría de actos dentro de dicho ministerio, el dictamen jurídico es indudablemente de suma importancia para aconsejar, recomendar, proponer, asesorar y orientar al funcionario público que a diario toma decisiones dentro del actuar administrativo y para que ese actuar esté apegado a la ley, lo cual se hace tal como se indicó, a través del dictamen u opinión; y segundo, porque en la mayor parte de países, la función de asesoramiento y consultoría en materia legal nace vinculada a los ministerios de Hacienda Pública o Finanzas del Estado.

Es oportuno manifestar que no hay una definición legal del dictamen, sino únicamente la alusión al mismo, dentro de lo procesal civil y mercantil encontramos la prueba de dictamen de expertos, en el campo legislativo encontramos los dictámenes e informes de las comisiones de la Ley del Organismo Legislativo, los cuales tienen enfoque hacia la emisión de decretos o leyes o en caso del veto presidencial; por último hallamos dictámenes de particulares, tal el

caso de profesionales de la Contaduría y Auditoría, de manera que es necesario señalar que nos referiremos a los dictámenes que se originan en el Organismo Ejecutivo y especialmente, a los emitidos en la Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas.

Nace el afán como profesional del derecho, de elaborar un estudio a fondo que comprende, entre otros temas, el objeto, clasificación, naturaleza jurídica, características, elaboración, estructura, contenido, principios y aplicación de las diferentes clases de dictámenes en Guatemala, pretendiendo a través del mismo, dar a conocer la fuerza legal del dictamen jurídico, como figura dentro del Derecho Administrativo que, vale la pena ser expuesto con amplitud, ya que actualmente no existen normas específicas al respecto.

Se evidencia, por tanto, que el dictamen jurídico emitido por la Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas, cumple una función de carácter consultivo que consiste en una mera opinión, consejo o recomendación que puede, o no, ser tomada en cuenta por la administración activa al momento de resolver los distintos problemas que se le plantean y el visto bueno que la Procuraduría General de la Nación le otorga al mismo, le confiere uniformidad, orientación, firmeza, protección, certeza y respaldo jurídico, entre otros, y no un carácter vinculante como en la práctica administrativa lo consideran algunos asesores.

En el desarrollo de esta obra, se exponen cuatro capítulos: en principio, la Administración Pública, que aunque no es el propósito principal de este estudio, se consideró importante definirla, ya que para profundizar acerca del dictamen jurídico, es necesario puntualizar al respecto; seguidamente se desarrolla un capítulo con algunas notas generales del dictamen, tales como definición, objeto, clasificación, naturaleza jurídica, características y otros; el tercer capítulo se refiere a los elementos del dictamen jurídico, tales como su elaboración, estructura, contenido, validez y principios legales que deben observarse en su

emisión, y; en el último capítulo, como asunto principal del presente trabajo de tesis, se expone el dictamen jurídico emitido por la Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas, y el objeto del otorgamiento del visto bueno de la Procuraduría General de la Nación a éstos.

Durante el proceso de investigación y elaboración de este estudio, fueron razonadas algunas posiciones teóricas, tales como el acto administrativo, la función administrativa, el silogismo y la lógica jurídica, entre otras, exponiéndose algunas críticas y opiniones al respecto.

Finalmente, es oportuno manifestar que esta obra que ahora se presenta, incluye un profundo agradecimiento a la Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas, por coadyuvar al nacimiento de la misma, por ello se ofrece como una aportación específica a dicho cuerpo de consultores, en torno a aspectos que se consideran básicos del dictamen jurídico para la toma de decisiones; así también se destina a todo asesor y órgano consultor que se interese por esta rama tan poco estudiada en la administración pública guatemalteca, puesto que contarán con un material provechoso para resaltar la validez e importancia del dictamen jurídico en su valiosa función de aconsejar.

CAPÍTULO I

1. La administración pública

1.1. Definición

Existen múltiples definiciones de Administración Pública, aunque no es el propósito principal de este estudio, se considera que es importante determinar algunas de ellas, toda vez que para profundizar acerca del dictamen jurídico, es necesario entender previamente el significado de la Administración Pública. A continuación se mencionan algunas concepciones de diferentes autores:

García Oviedo y Martínez Useros citado por el profesor guatemalteco Hugo Haroldo Calderón Morales, analizan a la administración desde dos puntos de vista indicando que: *"la administración en sentido objetivo es realización de actividades hacia un fin, y como quiera que esta pueda ser de diversa índole, la discriminación del mismo producirá el siguiente resultado: si el fin gestionado es de índole privada nos hallaremos ante una actividad administrativa de tal carácter, mientras que la administración pública supondrá la producción de un fin público; siendo la primera extraña a la materia de nuestra disciplina, ya que el contenido de ésta gravita en torno a la actividad dirigida a la satisfacción de fines de interés público."*¹

También citado por Calderón Morales, el profesor Gabino Fraga, señala que *"la satisfacción de los intereses colectivos por medio de la función administrativa la realiza el Estado y que para ello se organiza en una forma especial. La organización especial de que habla constituye la*

1) Calderón Morales, Hugo Haroldo, **Derecho administrativo I**, pág. 6.

Administración Pública". Asimismo señala que "La Administración Pública debe entenderse desde el punto de vista FORMAL como el organismo público que ha recibido del poder político la competencia y los medios necesarios para la satisfacción de los intereses generales y que desde el punto de vista MATERIAL es la actividad de este organismo considerado en sus problemas de gestión y de existencia propia tanto en sus relaciones con otros organismos semejantes como con los particulares para asegurar la ejecución de su misión."

Por su parte, el autor Miguel Acosta Romero, en su tratado de Derecho Administrativo considera que "la administración pública es la parte de los órganos del Estado que dependen directa, o indirectamente, del Poder Ejecutivo, tiene a su cargo toda la actividad estatal que no desarrollan los otros poderes (Legislativo y Judicial), su acción es continua y permanente, siempre persigue el interés público, adopta una forma de organización jerarquizada y cuenta con: a) elementos personales; b) elementos patrimoniales; c) estructura jurídica, y d) procedimientos técnicos".

El tratadista F. Garrido Falla en su obra, "La administración como objeto de ciencias jurídicas y no jurídicas", conceptualiza la administración pública como "el conjunto de medios de acción, sean directos o indirectos, sean humanos, materiales o morales, de los cuales dispone el Gobierno nacional para lograr los propósitos y llevar a cabo las tareas de interés público que no cumplan las empresas privadas o los particulares y que determinan los Poderes Constitucionales, legalmente dedicados a escoger y definir la Política General de la Nación"

Al analizar la definición del profesor Hugo Calderón Morales, se considera que contiene elementos muy importantes para explicar la

Administración Pública, principalmente porque la misma es acorde con la legislación guatemalteca, ya que la considera como: *"El conjunto de Órganos Administrativos que desarrollan una actividad para el logro de un fin (Bienestar General), a través de los Servicios Públicos (que es el medio de que dispone la Administración Pública para lograr el bienestar General), regulada en su estructura y funcionamiento, normalmente por el Derecho Administrativo."* En tal sentido, es importante manifestar que lo único que no se comparte, es el criterio de que el Derecho Administrativo regula la estructura y funcionamiento de la Administración Pública, ya que son las leyes, principalmente la Constitución Política de la República de Guatemala, la que regula la actividad del Estado; en consecuencia, el contenido del Derecho Administrativo es la doctrina para interpretar correctamente las leyes.

El Diccionario de la Universidad Nacional Autónoma de México -UNAM-, puntualiza al respecto que *"la Administración Pública es el contenido esencial de la actividad correspondiente al Poder Ejecutivo, y se refiere a las actividades de gestión, que el titular de la misma desempeña sobre los bienes del Estado para suministrarlos de forma inmediata y permanente, a la satisfacción de las necesidades públicas y lograr con ello el bien general; dicha atribución tiende a la realización de un servicio público, y se somete al marco jurídico especializado que norma su ejercicio y se concretiza mediante la emisión y realización del contenido de actos administrativos emitidos exprofeso."*²

El Diccionario de la Real Academia Española define la administración pública como la *"Organización ordenada a la gestión de los servicios y a la ejecución de las leyes en una esfera política determinada, con*

2) De la Fuente, Juan Ramón, **Diccionario de la Universidad Nacional Autónoma de México**, <http://www.tuobra.unam.mx>. Consulta: 19/08/2006.

independencia del poder legislativo y el poder judicial. Conjunto de organismos encargados de cumplir esta función”.

Al cotejar y analizar las definiciones de Administración Pública antes expuestas, se identifican cuatro elementos importantes que servirán para emitir una definición más, siendo estos: 1) Desarrollo de una actividad; 2) Actividad que realiza el Estado (órganos administrativos); 3) Un fin; y 4) A través de los servicios públicos.

Con base en los elementos antes señalados, podemos definir la Administración Pública como “la actividad permanente y regulada del Estado, a través de los órganos administrativos jerarquizados, para satisfacer las necesidades de la población y así cumplir con el bien común a través de los servicios públicos, debiéndose utilizar adecuadamente los bienes estatales.”

No está demás indicar por qué y para qué se organiza el Estado; de conformidad con el Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala, *“El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común”*, y el preámbulo de esa ley suprema señala que el Estado es el responsable de promover el bien común.

Es oportuno aclarar que el bien común no es el único fin del Estado, pero sí el principal y el Estado lo realiza a través de los servicios públicos, que para el profesor Castillo González son *“la actividad de interés general que desarrolla la administración pública.”* Al bien común, también se le llama: fin público, necesidades del grupo social, intereses

generales, interés público, bienestar general, necesidades públicas o bien general.

Por tanto, podemos definir el bien común como "un entorno o estado, en el que las necesidades de los habitantes de un Estado son satisfechas y como seres humanos se desenvuelven dignamente; prestando la administración pública esos servicios asistenciales tales como la educación, salud, seguridad, etc. Es pues, el bien común esa actividad por la que el Estado realiza su propósito o fin supremo."

1.2. **El Organismo Ejecutivo dentro de la estructura del Estado de Guatemala**

Los organismos que integran el Estado de Guatemala, se fundamentan en la Constitución Política de la República, como la ley suprema que norma la estructura del Estado, así como en las leyes del Organismo Legislativo, el Judicial y el Ejecutivo.

El Organismo Ejecutivo está regulado en el Artículo 141 de la Constitución Política de la República, en los Artículos del 182 al 202 del Decreto número 114-97 del Congreso de la República, Ley del Organismo Ejecutivo; esta última ley desarrolla los preceptos constitucionales sobre la organización, atribuciones y funcionamiento de dicho organismo.

De conformidad con el Artículo 5 de la Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto 114-97 del Congreso de la República de Guatemala, *"el Organismo Ejecutivo se integra, con los órganos que dispone la Constitución Política, la presente y demás leyes. Según su función los*

*mismos podrán ser deliberativos, **consultivos** (El resaltado es propio), de contralor y ejecutivos".* El mismo artículo señala que integran el Organismo Ejecutivo:

- **Los Ministerios** (El resaltado es propio).
- Las Secretarías de la Presidencia.
- Las dependencias.
- Las gobernaciones departamentales.
- Los órganos que administrativa o jerárquicamente dependen de la Presidencia de la República.
- Las Comisiones Temporales.
- Los Comités Temporales de la Presidencia, y
- Los Gabinetes Específicos.

Como se indicó en el párrafo anterior, dentro de la integración del Organismo Ejecutivo están los ministerios de Estado, los cuales de conformidad con el Artículo 193 de la Constitución Política, están creados para el despacho de los negocios de dicho organismo, con las atribuciones y competencias que la ley les señale. Esas competencias están reguladas principalmente en la Constitución Política de la República de Guatemala, la Ley del Organismo Ejecutivo y el respectivo Reglamento Orgánico Interno Ministerial.

El profesor guatemalteco, Jorge Mario Castillo González comenta en su libro, Constitución Política de la República de Guatemala, que ministerio *"es la organización pública jerárquica (en cuanto "organización" es la ordenación sistemática de funcionarios y empleados públicos que, con sus actividades y decisiones, cumplen tareas, metas, objetivos, programas, y obtienen resultados)." Así también señala que ministro "es la persona individual al servicio de la organización denominada:*

"Ministerio de Estado". El Ministro representa al Gobierno en la solución de problemas y en la ejecución de los negocios políticos y administrativos del Organismo Ejecutivo. Los ministros encabezan las organizaciones más importantes del Organismo Ejecutivo, y se consideran indispensables para gobernar. El Ministro es el principal gerente o el ejecutivo de mayor importancia del Gobierno."

Así pues, *"El gobierno de una nación estará dividido en partes funcionales llamadas ministerios."*³

Por lo que, los ministerios de Estado son *"los órganos ejecutivos, unipersonales y centralizados. Son órganos ejecutivos porque ejercen competencia, es decir que deciden y ejecutan; unipersonales porque el órgano está dirigido por una sola persona (el Ministro); y centralizados, porque pertenecen a la escala jerárquica del Organismo Ejecutivo, dependiendo directamente del Presidente de la República por competencias y del Vicepresidente de la República por coordinación."*⁴

En el Artículo 19 del Decreto 114-97 del Congreso de la República, Ley del Organismo Ejecutivo, se mencionan los 13 ministerios que para el despacho de los negocios del Organismo Ejecutivo la ley señala, entre ellos, el Ministerio de Finanzas Públicas, que en el artículo 35 de ese cuerpo legal establece que, *"le corresponde cumplir y hacer cumplir todo lo relativo al régimen jurídico hacendario del Estado, incluyendo la recaudación y administración de los ingresos fiscales, la gestión de financiamiento interno y externo, la ejecución presupuestaria y el registro y control de los bienes que constituyen el patrimonio del Estado"*.

3) **Enciclopedia libre Wikipedia**, <http://es.wikipedia.org>., Consulta: 10/02/2007.

4) Balbé, Manuel y otros, **Manual de derecho administrativo**, pág. 135.

Tal y como lo señala el profesor Castillo González son *"Los Ministros, Viceministros y Directores, considerados los principales ejecutivos del Gobierno, encabezan los ministerios. Cada Ministerio de Estado, tiene a su cargo una determinada competencia y atribuciones. Esta competencia permite a cada ministerio participar en la planificación, organización, dirección y control de Gobierno."*

En ese sentido cabe señalar la importancia administrativa de los ministerios pues, como señala Castillo González, ***"preparan y ejecutan las decisiones políticas y administrativas del Ejecutivo y del Presidente de la República,"*** (El resaltado es propio) *basándose en la Constitución y las leyes. Las decisiones del Presidente de la República, deben ser refrendadas (firmadas) por cada Ministro de Estado, para que tengan validez jurídica."* (El resaltado es propio).

Asimismo indica que *"En un tiempo, los ministros fueron consejeros e informantes del presidente de la República, en asuntos políticos y administrativos, apoyándose en una organización técnica con el fin de impulsar programas y políticas oficiales. Actualmente, el Ministro es un colaborador del Presidente"*.

Es decir, los ministros como ya fue apuntado, *"preparan y ejecutan las decisiones políticas y administrativas del Presidente"*; y estos toman esas decisiones, auxiliándose de la Dirección Administrativa competente, pues ésta *"realiza investigaciones, estudios y proyectos. Redactan informes, oficios, memorándum y dictámenes jurídicos y técnicos"*, etc., ya que para que las decisiones del Presidente tengan validez, se requiere el refrendo del ministro de Estado y para que el ministro refrende, generalmente solicitará la opinión o consejo legal de la Asesoría Jurídica competente, quien lo emitirá a través del dictamen o la opinión jurídica.

1.3. Clases de función administrativa

Dentro de la Administración Pública existen cuatro clases de administración o formas de administrar, *"la planificación, la Administración Ejecutiva, la Administración de Control y la Asesoría."*⁵

El autor español, Antonio Rodríguez, define la función administrativa como un *"conjunto de actividades afines, dirigidas a proporcionar a las unidades de una organización los recursos y servicios necesarios para hacer factible la operación institucional, la actividad preponderante que desarrolla la Administración Pública en el ejercicio de sus atribuciones."* También como el *"Conjunto de actos administrativos realizados en cumplimiento de normas o leyes llevadas a cabo por un órgano responsable del sector público."*

El Diccionario de Letras define la función administrativa como *"aquella actividad dirigida a la ejecución de las políticas diseñadas por el Estado (o gobierno en sentido amplio) para el cumplimiento de sus fines"*.⁶

En cuanto a las definiciones anteriores, se deben tener en cuenta dos términos importantes: función y Estado; "función" se refiere al género de aquello que queremos indagar. Como todo género próximo significa potencialidad e indeterminación. Etimológicamente, expresa actividad o acción de un órgano. Con el término "Estado" especificamos formalmente al género función, determinándola en uno de sus modos peculiares de ser. El sujeto al cual se atribuye la expresión no es otro que el órgano Estado y la acción o actividad a considerar es la que desarrolla este ente moral. Atendiendo a su significado literal, el tema "funciones del Estado" ofrece, a la consideración de nuestro intelecto, aquellas acciones (sean estos actos meramente declarativos o

5) Calderón Morales, Hugo Haroldo, **Derecho administrativo I**, pág. 26.

6) **Diccionario de letras**, enlaces.ucv.cl/educacioncivica/diccional/letras/a.htm. Consulta: 15/03/07.

puramente materiales) a través de los cuales el Estado, en tanto que tal, desarrolla mediante sus órganos constitutivos, en orden a la satisfacción de su fin especificativo: el bien común.

En tal sentido, se comparte el criterio del autor argentino José Roberto Dromi, quien manifiesta que dentro de las clases de función administrativa, la doctrina ha propuesto variadas clasificaciones de ésta *"en razón de la materia, la organización, los efectos jurídicos, la estructura orgánica y la regulación normativa"*. En razón de la materia o naturaleza de la actividad, señala que la función administrativa puede ser: *activa, consultiva o de control."*

A continuación, se explica qué es la Planificación, la Administración Ejecutiva, la Administración de Control y la Asesoría, aunque esta última es la de mayor interés para nuestro estudio, pues ella desarrolla parte de la actividad del Estado a través de sus órganos administrativos, por medio de la asesoría o consultoría que se materializa en el documento denominado opinión y/o dictamen jurídico,⁷ el cual es objeto de nuestra investigación; sin embargo, es necesario mencionar someramente cada una de ellas para poder puntualizar más adelante sobre la función asesora, que también se conoce como consultiva, de asesoría, consultora o consultoría.

1.3.1. **Administración de planificación**

"La planificación implica ver hacia el futuro, hacer estudio con todos los métodos y técnicas de la necesidades y las soluciones a esas necesidades. Es en general la planificación, establecer

7) En el capítulo II, punto 2.7. pág. 63 de este estudio, se explican detalladamente los términos dictamen y opinión.

las necesidades y las soluciones para cubrir las necesidades. (Sic.) ⁸

El jurista guatemalteco Jorge Mario Castillo, ampliamente explica la planificación, sin hacer una clasificación de la función administrativa, y la define como *"un proceso para determinar objetivos y definir la mejor forma de alcanzarlos. "la mejor forma" se refiere a los medios, es decir, "cómo se debe hacer", pero también se refiere a los fines, es decir, "qué es lo que tiene que hacerse para alcanzar los objetivos"*.

1.3.2. **Administración ejecutiva**

"Es aquella Administración que decide y ejecuta. La Administración ejecutiva es la que realmente tiene y ejerce la Competencia Administrativa, es la que tiene la facultad legal para poder actuar, a través de las decisiones, actos o resoluciones administrativas. Sólo la administración Ejecutiva decide y Ejecuta, pues dentro de la Administración Pública existen otros órganos que no deciden ni ejecutan, por ejemplo los órganos de control, los órganos asesores, Etc. (sic).

*El ejemplo de órganos ejecutivos el Presidente de la República (Sic), Ministros de Estado, Directores Generales, Concejos Municipales, etc."*⁹

Como ya se indicó, el profesor Castillo González no especifica una clasificación de la función administrativa, pero emplea un capítulo para explicar la toma de decisiones en la administración

8) Calderón Morales, Hugo Haroldo, **Derecho administrativo I**, pág. 27.

9) *Ibid*, pág. 27.

pública, por lo que a continuación señalamos algunas generalidades acerca del tema:

*"Los funcionarios y los empleados públicos, dependiendo de su poder y de su responsabilidad, toman decisiones. En su calidad de miembros de la organización pública, están obligados a tomar decisiones como parte de su poder y de su responsabilidad. El ejercicio de las funciones administrativas obliga a tomar decisiones. **¿Qué es la toma de decisiones?** Es un proceso en que funcionario y empleado público escoge entre dos o más opciones. Los funcionarios y empleados públicos, en su organización y en su nivel toman toda clase de decisiones."*¹⁰

1.3.3. **Administración de control**

"Es aquella encargada que las tareas administrativas se realicen de conformidad con las normas establecidas, se trata de órganos con independencia de funciones dentro de estos órganos encontramos la Contraloría General de Cuentas, que se encarga de vigilar que los funcionarios y empleados públicos manejen los fondos con probidad y de conformidad con las normas establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado; El Procurador de los Derechos Humanos, que vigila y garantiza que los funcionarios y empleados públicos respeten los derechos humanos, garantizados por la Constitución Política de la República y convenios internacionales; La corte (Sic) de Constitucionalidad, que vigila que los funcionarios y empleados públicos respeten los preceptos constitucionales; El Congreso de

10) Castillo González, **Derecho administrativo**, pág. 346.

la República, que controla la actividad de los Ministros de Estado, a través del Juicio Político o Interpelación.”¹¹

Por su parte, el profesor Jorge Mario Castillo González al tenor del apartado de Control Administrativo, subraya en su obra Derecho Administrativo, que *"Es un proceso de monitoreo de las actividades para asegurar el cumplimiento como fue planeado y corregir errores o desviaciones"* y señala como elementos del control *"la medición del desempeño real, la comparación del desempeño real con el estándar y las medidas administrativas."*

1.3.4. **La asesoría**

Esta última clase de función administrativa es en la que nos enfocaremos con más detalle, ya que es a donde apunta el objetivo de nuestra obra, en tal sentido veamos algunas generalidades importantes al respecto:

1.3.4.1 **Antecedentes históricos**

El tratadista español Eduardo García de Enterría, en su libro La Administración Española explica que *"la aplicación estricta del principio napoleónico determinaba, en efecto, consecuencias extraordinariamente rígidas para la configuración de los órganos consultivos y que actualmente, el órgano consultivo es un órgano sustantivo, es decir, un órgano que se constituye sobre sí mismo, independientemente, para la función también sustantiva de aconsejar, si*

11) Calderón Morales, Hugo Haroldo, **Derecho administrativo**, pág. 27.

*permite formar (y exige) una alta competencia técnica, **hace necesariamente formales y solemnes las relaciones de los órganos consultivos con los órganos activos:** (El resaltado es propio) por una parte, el órgano debe requerir formalmente la consulta, y el hecho de que ésta tenga que venir de un órgano independiente implica que el consejo ha de darse precisamente en forma de "dictamen"; el dictamen escrito y solemne determina una limitación del papel del consejo en la formación de la decisión administrativa, pues resulta que, por una parte, la consulta ha de concentrarse a un tema determinado, en una fase también concreta de su resolución, sin que, por ende, otros problemas normalmente conexos, o simplemente los avatares de la ejecución del consejo, caso de ser éste aceptado, puedan ser objeto del parecer del órgano consultivo."*

Se comparte lo externado por el tratadista García de Enterría, en cuanto a que las relaciones de los órganos consultivos, con los órganos activos son formales y solemnes, porque efectivamente hay una relación estrecha entre el que formula la consulta con el que la evacua y entre ambos debe haber confianza, veracidad, capacidad, experiencia, etc. para que las decisiones que se tomen sean las más apropiadas a las circunstancias.

Es oportuno acotar que, desde un punto de vista meramente formal, no se considera como solemne el

dictamen, pues en el mismo no hay saturación de formalismos, y en cuanto a que *"el órgano debe requerir formalmente la consulta"*, es suficiente comentar que ese requerimiento puede hacerse tanto verbal como escrito. Más adelante se desarrolla ampliamente este punto.¹²

1.3.4.2 **Definición**

La Asesoría consiste en los *"Órganos que desarrollan una actividad importante dentro de la administración pública y sirven para aconsejar o asesorar al órgano ejecutivo sobre la conveniencia legal y técnica de las decisiones que tomará quien tiene o ejerce la competencia administrativa. Esta asesoría se hace a través de la simple opinión o del dictamen"*.¹³

No se comparte la designación de "simple opinión" que hace el profesor Hugo Calderón, ya que tanto la opinión como el dictamen son base para tomar decisiones en la administración pública, además son órganos que desarrollan una actividad importante, porque de una correcta o errónea asesoría se pueden tomar acertadas o equivocadas decisiones. Además el mismo autor al principio de su enunciado cataloga a la Asesoría como órganos que desarrollan una "actividad importante", por lo que se estima que esa actividad importante es a través de la útil y provechosa opinión.

12) Ver capítulo II, punto 2.3.2.2., pág.37, de este estudio.

13) Calderón Morales, Hugo Haroldo, **Derecho administrativo**, pág. 27.

Por su parte, el argentino José Roberto Dromi, designa esta clase de función administrativa, como **consultiva** y la define como *"la actividad administrativa desarrollada por órganos competentes que, por intermedio de dictámenes, informes, opiniones y pareceres técnico-jurídicos, asesoran a los órganos que ejercen la función administrativa activa, el obrar estatal es tan amplio, que para poder decidir con acierto en las variadas y complejas materias se hace necesaria la colaboración de órganos de consulta técnicos y profesionales que ilustran, con sus pareceres, a los órganos activos sobre actos o resoluciones que deben adoptar en el cumplimiento de sus funciones."*

Miguel S. Marienhoff señala que la administración consultiva *"Es una actividad "preparatoria" de la manifestación "activa" de la Administración. Consiste en una función de colaboración. Por eso es que generalmente aparecen vinculadas estas dos formas de la actividad administrativa.*

La actividad "consultiva" se justifica por el carácter técnico -en su amplio sentido- que revisten ciertas decisiones administrativas. Con ello tiéndese a lograr el mayor acierto en la decisión."

En cuanto a las tres definiciones anteriores, cabe comentar que cada uno de los autores, mencionan elementos importantes en cuanto a la asesoría; Dromi, por su parte la califica como una actividad administrativa, y en nuestro medio, la asesoría es una

actividad administrativa ya que la mayor cantidad de asesores son empleados públicos y están dentro de la jerarquía administrativa de las instituciones del Estado; Calderón la nombra como órganos que aconsejan o asesoran al órgano ejecutivo, siendo oportuno comentar que en nuestro medio, actualmente no sólo el Organismo Ejecutivo tiene asesores o consultores, también hay en las entidades descentralizadas y autónomas, por ejemplo la Superintendencia de Administración Tributaria -SAT-, la Procuraduría de Derechos Humanos -PDH-, la Procuraduría General de la Nación -PGN-, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social -IGSS-, etc.; y Marienhoff califica a la Asesoría como actividad consultiva, y en nuestro medio la Asesoría es también un cuerpo consultor que da su parecer profesional sobre determinado asunto; lo cierto es que todos coinciden en que se trata de asesorar desde el punto de vista técnico y/o legal en el que se emite un consejo por medio de dictámenes u opiniones que solicita el órgano activo de la administración pública, para obrar con acierto en el cumplimiento efectivo de sus funciones.

La licenciada guatemalteca Edith Deras, señala que las entidades y órganos de consulta y de control político y jurídico *"son aquellos encargados de aconsejar, asesorar u opinar sobre los procedimientos, resoluciones y actos que la administración ejecutiva*

debe emitir.”¹⁴

Con base en las definiciones citadas, se puede decir que los órganos consultivos o asesores son muy importantes y tienen como fines principales emitir consejos de carácter técnico o jurídico, por medio de dictámenes u opiniones en la administración pública, coadyuvando con ello para la correcta y oportuna toma de decisiones, en beneficio de los administrados.

1.3.4.3 **Origen**

El profesor español José Ramón Parada Vázquez refiere en su libro “Administración consultiva y de control” un capítulo sobre el Asesoramiento Jurídico, señalando al respecto que *“Sin perjuicio de antecedentes de índole diversa en uno y otro ramo de la Administración, puede afirmarse que los servicios de asesoramiento jurídico de carácter general nacen vinculados a los Ministerios de Hacienda.*

En Francia: (El resaltado es propio) *Así ha ocurrido, en efecto, en Francia, desde que un Decreto de 18 de diciembre de 1869 convirtió al Agente Judicial del tesoro, dependiente del Ministerio de Finanzas, en consejero jurídico de las Administraciones y servicios públicos del Estado. Esta función se ejerce a través de la Jefatura del Servicio Contencioso, con sede central y departamental, que emplea a abogados libres no*

14) www.estuderecho.com, Proyecto Estuderecho.com, Consulta: 03/03/07

funcionarios. Le corresponde estudiar los proyectos de disposiciones generales que se le someten y dar solución a las dificultades jurídicas planteadas por el Ministro de Finanzas, lo mismo que por otros ministerios o administraciones. La solución preconizada (apoyada o recomendada) por el servicio contencioso no tiene más valor que el de un simple informe. Bajo la dependencia también del Ministerio de Finanzas, y con el objeto de asociar a la función de asesoramiento jurídico del Estado las más prestigiosas figuras de las profesiones jurídicas, se creó en 1918 (Decreto de 18 de noviembre, modificado por otro de 31 de diciembre de 1952) un Comité Consultivo Contencioso, que preside el Decano de la Facultad de Derecho de París, y del que forman parte como miembros de derecho: los batonnier (Presidente o Decanos) de los Colegios de Abogados ante el Consejo de Estado, Corte de Casación y Apelación de París y el Jefe del Servicio de lo Contencioso del Agente Judicial del Tesoro, que actúa como Secretario. El Ministro de Finanzas nombra a los miembros electivos entre Magistrados, miembros del Tribunal de Cuentas, Inspectores de Finanzas, Profesores de las Facultades de Derecho, Abogados ante el Consejo de Estado y Abogados de París que presten servicio a la Agencia del Tesoro. El Comité informa, en pleno o en comisiones, de los asuntos que le somete el Ministro de Finanzas y el Agente Judicial del Tesoro por delegación de aquél.

En Italia, (El resaltado es propio) *el asesoramiento jurídico de la Administración corre a cargo de L'Avvocatura dello Statu, inicialmente Avvocatura Erariale, dependiente del Ministerio de Finanzas, y ahora directamente subordinada a la Presidencia del Consejo de Ministros. L'Avvocatura dello Statu tiene dos niveles orgánicos (generale e distritali) y está servida por letrados seleccionados mediante concurso-oposición entre los ya pertenecientes a otros cuerpos del Estado (procuradores del Estado, Magistrados civiles, Magistrados militares, del Tribunal de Cuentas) o abogados con experiencia profesional.*

En España: (El resaltado es propio) *En la Administración española el servicio de asesoramiento jurídico nació también en el Ministerio de Hacienda y en su Dirección General de lo Contencioso, servido por un cuerpo de funcionarios, el Cuerpo de Abogados del Estado, con unidades orgánicas -Abogacías del Estado- en todos los Departamentos ministeriales, en algunos Organismos autónomos y en todas las delegaciones Provinciales de Hacienda con funciones de asesoramiento en este Ministerio, en el que se les confía además una función operativa de liquidación e inspección sobre el impuesto de derechos reales, hoy de transmisiones patrimoniales. Con posterioridad, los Abogados del Estado conseguirán extender su función de asesoramiento a otros ramos de la Administración, y asumirán también su representación y defensa en juicio, desplazando a los Fiscales.*

Pero el asesoramiento jurídico no ha sido competencia exclusiva de la Dirección General de lo Contencioso y del Cuerpo de Abogados del Estado. En el Ministerio de Justicia la función asesora corría a cargo de los Cuerpos de Letrados de la Dirección General de los Registro y del Notariado y del Cuerpo de Letrados del Ministerio de Justicia; igualmente en la Administración militar el asesoramiento jurídico está encomendado a los Cuerpos Jurídicos de los Ministerios del Ejército, Marina y Aire, cuyos miembros, Auditores, en la actualidad integrados todos en el Cuerpo Jurídico de la defensa, asumen también las funciones propias de la Justicia militar.

Los Reales Decretos 849 y 850 de 5 de junio de 1985 han alterado este panorama. Así, de una parte, el Cuerpo de Abogados del Estado se refundió con los Cuerpos de Letrados del Ministerio de Justicia y Letrados del Consejo de Estado. De otra, se creó en el Ministerio de Justicia la Dirección General de los Servicios Jurídicos del Estado, que asume las funciones que antes tenía la Dirección General de lo Contencioso del Ministerio de Hacienda. Asimismo en cada uno de los Ministerios se crea un Servicio Jurídico con un nivel Orgánico de Subdirección General.”

Por su parte, la licenciada Edith Deras, respecto al origen del asesoramiento jurídico manifiesta que *“este tienen origen, como producto de la labor que tiene que desarrollar la Administración, pues los órganos*

administrativos ejercen funciones especializadas en donde requieren que especialistas en las distintas disciplinas de la ciencia y la técnica se encuentren presentes a efecto de asesorar a los ejecutivos.”¹⁵

1.3.4.4 **Clasificación**

De los tratadistas mencionados respecto a la asesoría, el doctor argentino Miguel S. Marienhoff es el único que hace una clasificación respecto a los órganos consultivos, puntualizando que *"generalmente son colegiados, pero pueden ser "individuales"*. Y señala que *"Cuando dichos órganos revisten carácter colegiado, reciben el nombre de "consejos", "juntas", "comisiones", etc."*.

Los órganos de referencia, sean individuales o colegiados, pueden ser "permanentes" o sólo "transitorios", e incluso "ad-hoc".

En las administraciones simples o sencillas las operaciones de administración activa y consultiva pueden o suelen hallarse a cargo del mismo personal u órgano; pero cuando la actividad del Estado se torna compleja, resulta conveniente la existencia de órganos consultivos específicos."

Por su parte la licenciada Edith Deras hace una clasificación respecto a la Consulta o Asesoramiento y señala que las tres más importantes son: *"a) la consulta*

15) www.alianzaestudiantil.org, Proyecto Estuderecho.com 18/03/07

jurídica que consiste principalmente, en la asesoría o consejo que proviene a través del dictamen jurídico, tiene como finalidad que el órgano ejecutivo al dictar sus resoluciones o actos se apeguen a las normas legales vigentes. Se desarrolla especialmente por los Abogados adscritos a la Procuraduría General de la Nación; b) La consulta técnica que es la desarrollada por personas versadas en materias especializadas de la ciencia y la técnica, y en buena medida son la base para el desarrollo de las instituciones, se lleva a cabo por personas que tienen la atribución de aconsejar al órgano ejecutivo a efecto que las resoluciones administrativas se apeguen estrictamente a normas técnicas; y c) La consulta política que es la que se desarrollada por personas especializadas en política, en acciones de gobierno para que estas sean aplicadas para el bienestar general.” ¹⁶

1.3.4.5 Regulación legal

En Guatemala, la asesoría o consultoría legal se encuentra regulada en varias leyes, comenzando por la Constitución Política de la República, principalmente el Artículo 252, que regula que la Procuraduría General de la Nación, es quien tiene a su cargo la función de **asesoría y consultoría** de los órganos y entidades estatales.

16) www.alianzaestudiantil.org, Proyecto Estuderecho.com Consulta: 11/02/07.

Además, el Decreto 512 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Orgánica del Ministerio Público, que fue derogado parcialmente (lo concerniente a la Fiscalía¹⁷) por el Decreto 40-94 del Congreso de la República, quedando vigente lo concerniente a la procuraduría y la consultoría, artículos del 34 al 45 de la referida ley, que regula el capítulo "De la Consultoría", pues es la Procuraduría General de la Nación, la institución que tiene a su cargo la asesoría y consultoría a los Ministerios de Estado y dependencias del Organismo Ejecutivo en todos aquellos asuntos en que, sin tener intervención obligatoria, se le mande oír.

Es importante mencionar el Decreto número 114-97 del Congreso de la República, Ley del Organismo Ejecutivo, pues compete a este organismo el ejercicio de la función administrativa y como lo regula el Artículo cinco "*El Organismo Ejecutivo se integra de los órganos que dispone la Constitución Política, la presente y demás leyes. Según su función, los mismos podrán ser deliberativos, **consultivos** (El resaltado es propio), de contralor y ejecutivos, al igual que podrán confluir en un órgano administrativo más de uno de dichos atributos.*" Dentro de esos órganos consultivos encontramos las Secretarías de la Presidencia y las Asesorías Jurídicas de los Ministerios de Estado.

17) Disposiciones derogatorias, Artículo 90 del Decreto número 40-94 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Orgánica del Ministerio Público.

1.3.4.6 **La asesoría como fuente principal para la correcta toma de decisiones en los organismos del Estado**

Debido al aumento de las actividades y funciones en la administración central, surge paralelamente la necesidad de crear de forma permanente el asesoramiento jurídico y técnico, requiriéndose las consultas sobre temas de vasta importancia, ya que conforme avanza la administración central avanza la necesidad de estos órganos consultores para que, permanentemente coadyuven en la toma de decisiones dentro de la institución; esto conlleva a dar la importancia que merece un cuerpo consultor, tanto así que en la actualidad, dentro de las diferentes instituciones de la administración central, en su jerarquía, las asesorías jurídicas son parte principal al cumplir su misión de emitir dictámenes y asesorar a los organismos estatales para la toma de decisiones.

Como bien lo indica, la citada licenciada Edith Deras, *"la atribución de la asesoría, es básicamente la de asesorar o aconsejar a los órganos ejecutivos antes que éstos emitan una resolución administrativa, emitiendo para ello el dictamen."*¹⁸

En Guatemala la actividad asesora para cumplir su función de aconsejar a los órganos de la administración activa, se hace a través del dictamen o la opinión; en

18) www.alianzaestudiantil.org, Proyecto Estuderecho.com. Consulta: 11/02/07.

tal virtud, el capítulo siguiente de este estudio desarrolla detalladamente el mismo, para adentrarnos al propósito de nuestra obra.

CAPÍTULO II

2. El dictamen. Notas generales

2.1. Definición

En cuanto a la definición del dictamen, es menester aclarar que en nuestra legislación guatemalteca no existe una definición al respecto, sino que únicamente se hace alusión al mismo y se regula en algunos casos, quiénes y cuándo se debe emitir.

En ese sentido es necesario acudir a otra fuente del derecho, cual es la doctrina y así, encontramos a algunos autores que definen el dictamen de la siguiente manera:

Para el profesor Jorge Mario Castillo González dictamen *"Es la opinión jurídica del Abogado sobre determinada materia o asunto. En todo dictamen jurídico, la opinión del Abogado se "requiere" en el sentido de que la opinión jurídica se solicita. El hecho de que un dictamen no se base en el requerimiento no afecta la validez de la opinión jurídica"*.

A su vez el profesor Hugo Haroldo Calderón Morales señala que *"Significa dictamen el **ESTUDIO** jurídico o técnico sobre un expediente o asunto determinado, el cual es emitido por una persona versada en la materia que se trate."*

El Diccionario de la lengua española señala: *"Dictamen (Del lat. dictāmen). Opinión y juicio que se forma o emite sobre algo. Consultar,*

conferir y determinar lo que se debe hacer. Consultar lo que se debe ejecutar o seguir en algún caso dudoso.”¹⁹

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual del autor Guillermo Cabanellas, define el dictamen como *“un informe u opinión verbal o por escrito que expone un letrado, a petición del cliente, acerca de un problema jurídico o sometido a su consideración. El dictamen constituye la respuesta técnica a la consulta del interesado.”*

Manuel Ossorio, en el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales expresa que dictamen es *“la opinión o consejo de un organismo o autoridad acerca de una cuestión. Parecer técnico de un Abogado sobre un caso que se consulta; en especial, cuando se concreta por escrito.”*

José Alberto Garrone en su Diccionario Manual Jurídico define el dictamen como *“la opinión del jurista sobre el problema legal sometido a su consideración.”*

No está demás mencionar la definición del Diccionario Jurídico, Terminología Legal, Aforismos y Locuciones Latinas del Portal de Abogados que explica el dictamen como *“el informe emitido por perito en una determinada materia sobre asunto sometido a su consideración.”²⁰*

Articulando las definiciones del dictamen, de los autores antes mencionados, es importante señalar cinco aspectos elementales que determinan que el mismo es:

19) **Diccionario de la lengua española ESPASA**, Vigésima segunda edición, sugerencias@espasa.es

20) www.portaldeabogados.com

- Estudio u opinión jurídica o técnica.
- Es emitido por una persona versada o letrada en la materia.
- Sobre un expediente, asunto o caso.
- Es requerido.
- Para dar una respuesta o determinar lo que se debe hacer al respecto.

Con base en lo antes apuntado, a continuación se define el dictamen como "El estudio u opinión jurídica o técnica, el cual es requerido sobre un expediente, asunto o caso específico y que, al ser emitido por una persona versada o letrada en la materia, sirve para dar una respuesta, resolver un asunto o determinar lo que se debe hacer al respecto."

2.2. Objeto

Las autoridades administrativas superiores de las instituciones del Estado, deben tomar decisiones que son obligatorias, de acuerdo a las facultades que la ley les confiere y esas decisiones se basan en un consejo u opinión, que se ha solicitado y el cual se materializa a través del dictamen u opinión jurídica. Uno de los instrumentos legales mediante el cual se formalizan esas decisiones administrativas, o lo que en doctrina se conoce como actos administrativos, es la resolución, pero su sustentación fue el dictamen emitido por el órgano consultor.

Sin más amplitud al respecto se puede decir que, el fin o intento principal a que se encamina el dictamen es *"que la autoridad activa, ya sea administrativa o judicial cuente con elementos válidos que le sirvan de base para tomar la decisión final y resolver el asunto que le ha sido planteado."*²¹

21) Castillo González, Jorge Mario, **Derecho administrativo**, pág. 26

2.3. Clasificación

Legalmente no existe una clasificación del dictamen, pero doctrinariamente algunos tratadistas coinciden en encasillarlo de una manera general en: facultativo, obligatorio y vinculante; para efectos de nuestro estudio, se ha realizado una clasificación atendiendo distintos puntos de vista, de la siguiente manera:

2.3.1. En cuanto a la materia que se analiza, se divide en:

2.3.1.1. Técnico

Calderón Morales comenta que "aunque el dictamen de un Abogado es Jurídico, también dentro de la administración pueden darse los dictámenes eminentemente técnicos, no necesariamente jurídicos".

Al respecto vale comentar que esta clase de dictamen se refiere a aspectos puramente técnicos en los que la observancia de normas jurídicas es secundaria, no lo principal. Por ejemplo la calificación de un asunto técnico, los avalúos, las mediciones, asuntos periciales (prueba del ADN), etc.

No está demás citar ejemplos de dictámenes técnicos que están regulados en nuestra legislación, siendo los siguientes:

- El Artículo 165, literal i) de la Constitución Política de la Republica de Guatemala regula "*La declaración*

*de incapacidad física o mental del Presidente de la República para el ejercicio del cargo, debe fundarse en el **dictamen** (El resaltado es propio) previo de una comisión de cinco médicos, designados por la Junta Directiva del Colegio respectivo a solicitud del Congreso."*

- El Artículo 241 de la Carta Magna establece: *"Rendición de Cuentas del Estado, en el que el Organismo Ejecutivo presentará anualmente al Congreso de la República la rendición de cuentas del Estado, el ministerio respectivo formulará la liquidación del presupuesto anual y la someterá a conocimiento de la Contraloría General de Cuentas dentro de los tres primeros meses de cada año. Recibida la liquidación la Contraloría General de Cuentas rendirá informe y **emitirá dictamen** (El resaltado es propio) en un plazo no mayor de dos meses, debiendo remitirlos al Congreso de la República, el que aprobará o improbará la liquidación."*

- El Artículo 4 del Decreto número 31-2002 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, regula: *"Atribuciones. La Contraloría General de Cuentas tiene las atribuciones siguientes: a... b... c... ...p) De acuerdo con las características de las entidades sujetas a examen, la Contraloría General de Cuentas podrá contratar especialistas de otras*

*disciplinas profesionales para que participen en las auditorías, debiendo estos **emitir un Dictamen Técnico** (El resaltado es propio) de acuerdo con su especialidad."*

- El Artículo 28 del Decreto 12-2002, Código Municipal señala que "*La creación de un municipio requiere: a)... b)... c)... ...f) Que se haya emitido **dictamen técnico** (El resaltado es propio) favorable por parte de la Secretaría de Planificación y Programación de la Presidencia, considerando los insumos técnicos y de información de las instituciones y dependencias pertinentes.*

Consiste pues, el dictamen técnico, en emitir una opinión o consejo en lo relativo a diferentes disciplinas de la ciencia y de la técnica, este tipo de dictamen tiene gran importancia en la administración pública, ya que las actividades que desarrolla la misma, son de diversa índole, siendo necesario obtener el pronunciamiento respectivo.

2.3.1.2. Jurídico o legal

Como ya se indicó, el dictamen es el estudio u opinión jurídica o técnica, el cual es solicitado en virtud de un problema específico y que, al ser emitido por una persona versada o letrada en la materia sirve para dar una respuesta o determinar lo que se debe hacer al respecto.

En ese sentido el dictamen jurídico, a diferencia del dictamen técnico es imprescindible el análisis de la ley para emitir la opinión o el criterio legal. Aunque en el dictamen técnico, se citan normas, no analiza disposiciones normativas.

Se comparte el criterio del profesor Calderón Morales que manifiesta que *"a veces no coinciden el dictamen técnico con el jurídico"*, ya que puede existir discrepancia entre el uno y el otro o bien pueden coincidir.

El dictamen jurídico se refiere a la opinión o consejo que se emite para asesorar a un funcionario público ejecutivo, en cuanto a aspectos de leyes y reglamentos en los expedientes y su aplicación, en donde debe haber una decisión, un acto o una resolución administrativa.

Algunos ejemplos de dictámenes jurídicos que están regulados en nuestra legislación, son los siguientes:

- El Decreto número 6-91 del Congreso de la República de Guatemala, Código Tributario, en el Artículo 159 regula el trámite de los recursos, al respecto dispone: *"El Ministerio de Finanzas Públicas (actualmente corresponde a la Superintendencia de Administración Tributaria -SAT-), al recibir las actuaciones que motivaron el recurso de revocatoria o después de la presentación del recurso de reposición, recabará*

dictamen de la Unidad de Dictámenes en Recursos Administrativos de la Dirección Superior del Ministerio o de la dependencia a la que éste acuerde asignar... Entiéndase que ese dictamen es de carácter eminentemente legal, por referirse a una figura legal como es el recurso administrativo.

- El Artículo 7 del Decreto número 1-98 del Congreso de la República, Ley Orgánica de la Superintendencia de Administración Tributaria, regula, como funciones específicas del Directorio de la SAT: "...a) Emitir **opinión** (El resaltado es propio) *previa a su presentación sobre toda iniciativa de ley que presente el Organismo Ejecutivo en materia tributaria o que pudiere afectar la recaudación tributaria. Dicha opinión deberá incluir las implicaciones y los efectos fiscales, administrativos y **económicos de las normas propuestas***" (El resaltado es propio).
- El Decreto número 101-97 del Congreso de la República, Ley Orgánica del Presupuesto, en el Artículo 32, regula que las transferencias y modificaciones presupuestarias se realizarán "1. *Por medio de acuerdo gubernativo refrendado por los titulares de las instituciones afectadas. Cuando el traslado sea de una institución a otra, previo **dictamen favorable*** (El resaltado es propio) *del Ministerio de Finanzas Públicas*". Y el Artículo 78 dispone que la fijación de dietas debe autorizarse por medio de Acuerdo Gubernativo, "*previo **dictamen*** (El resaltado es propio) *favorable del Ministerio de Finanzas Públicas.*"

Es pues, el dictamen jurídico o legal, aquel consejo relativo al análisis de la ley, con el apoyo de la doctrina y la jurisprudencia, en donde el interés principal es el estudio acucioso, con el fin de que las leyes se apliquen correctamente. Como se indicó anteriormente, este tipo de dictamen es importante en la administración pública, ya que orienta al que lo solicita para la correcta toma de decisiones.

2.3.1.3. Técnico-jurídico

Es la integración de los dictámenes jurídico y técnico. En este tipo de dictamen, se dan las opiniones conjuntas donde hay un pronunciamiento tanto en aspectos legales, como técnicos.

El Acuerdo Gubernativo número 318-2003, Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría de Cuentas, en el Artículo 6 dispone que la Comisión Asesora "*se encargará del estudio de los asuntos que por su naturaleza requieran dictamen técnico o legal,*"... haciendo una separación en este tipo de dictámenes.

A pesar de que la ley no especifica ejemplos de este tipo de dictámenes, cabe mencionar que en el Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas en el Artículo 23 regula entre las atribuciones de la Dirección de Asuntos Jurídicos "*a) Ser el órgano **técnico-jurídico** (El resaltado es propio), consultor y asesor de la Contraloría en materia legal y hacendaría;*" y

el Artículo 16 del Acuerdo Gubernativo número 382-2001, Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas, regula que *"Son atribuciones de la Asesoría Jurídica, por medio de sus abogados, los siguientes:... 1) Ser el órgano **técnico**, consultor y asesor del Ministerio en **materia legal**;"*(El resaltado es propio). Es decir, que en ambos casos se puede observar que hay una relación entre ambas áreas (lo técnico y lo jurídico), además en la práctica, la administración pública requiere constantemente el dictamen técnico-jurídico, pues en él se concreta el consejo legal y técnico y permite la agilización de los expedientes administrativos, evitando el excesivo traslado de expedientes entre varias dependencias.

2.3.2. En cuanto a la forma de requerimiento, se divide en:

2.3.2.1. De oficio

Es el dictamen emitido sin previo requerimiento por parte de la autoridad interesada en el consejo legal.

El profesor Jorge Mario Castillo González, en el material del Curso de Derecho Administrativo, impartido en el Ministerio de Finanzas Públicas, considera que *"el formalismo de que la opinión jurídica del Abogado **es requerida** en el sentido de que "es solicitada" por el funcionario. Este formalismo excluye la opinión de oficio y tiene su base en la dependencia del Abogado al funcionario ejecutivo. El*

Abogado, de oficio puede dar consejos o sugerencias, en forma directa, oral, o por medio de memo escrito, sin impedimento legal”.

Cabe considerar que el dictamen de oficio no está excluido en la práctica administrativa, por ejemplo el Director de la Asesoría Jurídica de cualquier organismo del Estado, tiene conocimiento por un medio de Comunicación Social, de un asunto que compete a la institución para la cual presta sus servicios, investiga y obtiene la información, luego procede a emitir el dictamen juntamente con un asesor jurídico y lo somete a conocimiento de la autoridad superior respectiva. En este caso no hubo requerimiento ni escrito, pero el dictamen fue emitido por el órgano asesor.

2.3.2.2. Requerido

Es el dictamen que para ser emitido, previamente debe existir un requerimiento, ya sea en forma verbal o por escrito por parte de la autoridad interesada en el consejo legal.

El profesor Castillo González manifiesta que la opinión del Abogado se requiere, es decir se pide o es a ruego y que *“Si un dictamen jurídico no se basa en el previo requerimiento, lo cual no es usual, en nada afecta la validez de la opinión jurídica y la responsabilidad del Abogado.”*

Es de hacer notar que en la práctica, la solicitud para que se emita un dictamen puede ser escrita, a través del oficio, el memorandum, la providencia, la hoja de trámite, el correo electrónico, etc.; o bien puede ser solicitado en forma verbal. Lo más conveniente por seguridad jurídica, es que sea por escrito (cuando es requerido), aunque para resolver los casos o expedientes se hacen más burocráticos los procedimientos administrativos, que en Guatemala prevalece lo escrito.

2.3.3. En cuanto a la cantidad de asesores que participan en la emisión del dictamen, se divide en:

2.3.3.1. Individual

Es aquel en el cual para su emisión, participa solamente un asesor jurídico.

El profesor Castillo González, define los dictámenes personales o individuales como aquellos que *"los prepara personalmente un Abogado"*. Es de hacer notar que, si bien es cierto, que los prepara personalmente un abogado, aparte del asesor jurídico ponente, también lo firma el Jefe del Departamento (que se divide así según la estructura administrativa), obviamente el Director de la Unidad, Dirección o Gerencia Legal, porque debe haber un control

jerárquico por ser la autoridad inmediata superior la que otorga el visto bueno de ese dictamen.

2.3.3.2. Conjunto o colegiado

Puede decirse que el dictamen conjunto es aquel que lo emite no un único asesor jurídico ponente, sino dos o más asesores de diferentes Cuerpos Consultores, quienes consensúan criterios y en forma conjunta, dan un solo consejo legal.

Para su elaboración, es necesario realizar estudios y discusiones de las leyes vigentes de interés fiscal, administrativo, financiero o de acuerdo al asunto o expediente de que se trate, con la intervención de las dependencias que participan, con el propósito de tomar en cuenta diferentes opiniones y unificar los criterios en un único dictamen.

Los dictámenes son conjuntos *"Si los prepara un equipo de Abogados"* ²² y este tipo de dictámenes *"agilizan el trámite del expediente si en su preparación participan los Abogados de varias oficinas públicas, por ejemplo, de varios Ministros de Estado"*. ²³

22) Castillo González, Jorge Mario, **Material del curso derecho administrativo, impartido en el Ministerio de Finanzas Públicas, tomado del tomo II, del libro Derecho procesal administrativo guatemalteco**, pág. 15.

23) Ibid. Pág. 15

A su vez, el profesor Castillo González, hace mención de un ejemplo en este tipo de dictámenes: *“Un asunto laboral que deba resolver el Ministerio de Trabajo, la Oficina Nacional de Servicio Civil, la Dirección Técnica del Presupuesto y la Dirección de Contabilidad del Estado, que requiera el dictamen de cada oficina, puede agilizarse con un dictamen conjunto preparado por los Abogados, emitiendo un dictamen en lugar de varios dictámenes personales.”*

Sería conveniente agregar a este ejemplo la Unidad de Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas, por ser la dependencia encargada de velar porque se cumplan las acciones de consultoría y asesoría en materia legal al Ministro, Viceministros, Direcciones, Unidades y demás dependencias Administrativas de ese Ministerio, con el objeto que las actuaciones institucionales estén apegadas a la ley, además emite dictámenes conjuntos con varias Direcciones del Ministerio de Finanzas Públicas, así como con otras instituciones o dependencias del Estado o del Gobierno, a lo que vale agregar que en doctrina ha quedado recogido que en el Ministerio de Hacienda Pública o Finanzas del Estado es donde surge la función de asesoría, como ya fue expuesto.²⁴

También manifiesta el licenciado Castillo González que *“El Ministerio responsable de la resolución administrativa o el Ministerio en el cual se origina la*

24) Ver antecedentes históricos de la asesoría, punto 1.3.4.1 pág. 13 de este estudio.

gestión, puede requerir el dictamen conjunto a las dependencias u oficinas que deban participar. Este requerimiento puede hacerse vía oficio, correo electrónico, fax o cualquier otro medio de comunicación. En el dictamen conjunto pueden participar profesionales no jurídicos, economistas y auditores, por ejemplo, que conjuntamente con los Abogados darán una opinión completa del asunto."

No obstante que ya fue expuesta la diferencia entre el dictamen técnico y el jurídico, es común que el dictamen conjunto sea también técnico-jurídico porque en él participan profesionales de otras especialidades, además del Derecho, pero que obviamente prevalece lo legal, porque el actuar de los funcionarios y empleados públicos siempre debe estar apegados a la ley.

El dictamen conjunto frecuentemente se emite en el Ministerio de Finanzas Públicas entre dos o más direcciones sobre un mismo expediente, asunto o caso, economizando con ello tiempo y recursos, además se cumple con los principios administrativos de celeridad y rapidez.

El profesor Jorge Mario Castillo señala al respecto que *"es posible pedir a un equipo de asesores que cada uno elabore un dictamen relacionado al mismo asunto, o bien puede realizarse uno solo y ello depende del criterio de la autoridad solicitar a varios*

abogados para que opinen separadamente sobre un mismo asunto. La autoridad puede hacerlo y elegir el que bien le parezca". En tal caso, y por una apropiada actuación ética, es de considerar este proceder, pues el objeto del dictamen es transmitir un consejo ajustado a derecho y no a determinada conveniencia.

2.3.3.2.1. Interinstitucional

Dentro del dictamen conjunto, encontramos la opinión interinstitucional, que consiste en el consejo emitido conjuntamente por diferentes instituciones de la administración pública sobre un asunto o caso (ejemplo: salud, educación, seguridad, etc.), con el fin de unificar criterios; así como agilizar un expediente administrativo, toda vez que ello evita el traslado de expedientes para obtener pronunciamiento de cada institución y permite observar el principio de celeridad dentro de la administración pública.

Es decir, los entes legales de varias instituciones autónomas, centralizadas o descentralizadas, dictaminan en forma conjunta sobre un asunto que involucra a varias entidades del Estado, por ejemplo,

en el caso de la salud de los guatemaltecos, en la que interviene el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, el Ministerio de la Defensa Nacional por tener a su cargo el Centro Médico Militar y obviamente el Ministerio de Finanzas Públicas, a través de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y la Asesoría Jurídica, emiten una opinión conjunta interinstitucional relacionada a la modificación de un artículo de la Ley de Contrataciones del Estado, ya que por dicha modificación se pueden ver afectados todas las entidades referidas.

2.3.4. En cuanto a los efectos del dictamen, se divide en:

2.3.4.1. Facultativos

Para exponer sobre este tipo de dictámenes, es necesario apoyarse en la doctrina, al respecto se hace mención de algunas definiciones:

El tratadista argentino Miguel S. Marienhoff, dice que los dictámenes facultativos *"son los que la Administración no está obligada a requerir, por lo*

que, si voluntariamente los solicita, no está obligada a aceptar sus conclusiones."

Castillo González acerca del dictamen facultativo dice que *"en cuanto el funcionario no tiene obligación de requerir dictamen para tomar su decisión, por no haber disposición legal que le imponga la obligación de requerir dictamen, pero en el supuesto de que el funcionario requiere dictamen, por considerarlo conveniente, al tener el dictamen podrá aceptar o no la opinión del Abogado."*

Para el profesor Hugo Calderón el dictamen facultativo es *"aquel a través del cual el administrador queda en libertad de pedirlo, la Ley no obliga a pedirlo ni a que el administrador tenga que basar su actuación o su resolución final en el dictamen."*

En base a estas definiciones, se puede señalar algunas características específicas de los dictámenes facultativos:

- La administración no está obligada a requerirlo.
- No existe disposición legal que obligue a requerir el dictamen.
- No existe obligación de aceptar las conclusiones y opiniones, es decir puede o no, aceptarse el consejo emitido.

Con base en las características indicadas, es pertinente definir el dictamen facultativo como *"el dictamen que solicita el funcionario o empleado público de forma voluntaria y este también tiene la libertad de basar su actuación o resolución en el mismo, por lo tanto el asesor jurídico que lo emite, no adquiere ningún tipo de responsabilidad"*.

2.3.4.2. Obligatorios

También señalamos algunas definiciones de la doctrina sobre este tipo de dictámenes:

Los dictámenes obligatorios *"son los que, si bien la Administración está obligada a solicitar, no está obligada a conformarse a ellos."*²⁵

Castillo González dice que *"en cuanto el funcionario sí tiene obligación de requerir dictamen por así disponerlo la ley, pero al contar con el dictamen, con libertad podrá aceptar o no aceptar la opinión del Abogado. Si el funcionario acepta la opinión del Abogado, el Abogado es responsable de la resolución administrativa. Si el funcionario no acepta la opinión del Abogado, el funcionario es responsable de la resolución administrativa; el Abogado queda libre de toda responsabilidad."*

25) Marienhoff, Miguel S., **Administración consultiva**, pág. 96.

"En este dictamen la ley obliga a que el administrador requiera el dictamen pero no obliga a que en la decisión se tome obligadamente el contenido del mismo". ²⁶

Cabe señalar algunos aspectos en cuanto a los dictámenes obligatorios, siendo estos:

- Son ordenados por la ley.
- Hay obligación de solicitarlos.
- El funcionario que requiere el dictamen tendrá libertad para aceptar o no el consejo.
- Su ausencia puede ser motivo de nulidad del acto administrativo.

En consecuencia, se puede decir que el dictamen obligatorio *"es aquel que la administración está obligada a solicitar por disposición de la ley; empero no hay obligatoriedad de resolver conforme a lo que se opinó en el mismo."*

Nuestra legislación regula algunos dictámenes obligatorios, siendo oportuno señalar además de los ejemplos indicados en el apartado de dictamen legal o jurídico, ²⁷ los siguientes:

- El Artículo 175 de la Constitución Política de la República que en su parte conducente establece:

26) Calderón Morales, Hugo Haroldo, **Derecho administrativo I**, pág. 28.

27) Ver punto 2.3.1.2., pág. 32 de este estudio, el tema "Dictamen jurídico o legal".

*"Las leyes calificadas como constitucionales requieren, para su reforma, el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso, previo **dictamen** (El resaltado es propio) favorable de la Corte de Constitucionalidad."*

- El Decreto 119-96 del Congreso de la República, Ley de lo Contencioso Administrativo en el Artículo 12, establece: *"Encontrándose los antecedentes en el órgano que deba conocer de los recursos de revocatoria o reposición, se correrán las siguientes audiencias: A... B. **Al órgano asesor, técnico o legal**, (El resaltado es propio) que corresponda, según la naturaleza del expediente..."*

- El Decreto número 31-2002 del Congreso de la República, Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, en su artículo 4 señala: *"Atribuciones. La Contraloría General de Cuentas tiene las atribuciones siguientes:... e) Auditar, **emitir dictamen** (El resaltado es propio) y rendir informe de los estados financieros, ejecución y liquidación del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado, y los de las entidades autónomas y descentralizadas, enviando los informes correspondientes al Congreso de la República, dentro del plazo constitucional;..."*

- El artículo 25, de la ley referida en el párrafo anterior, también regula: *"Informes al Congreso. El Contralor General de Cuentas... presentará anualmente, en un plazo máximo de 150 días después de cierre del ejercicio fiscal anterior, un informe y **dictamen** (El resaltado es propio) de los resultados de la auditoría practicada a los estados financieros y ejecución presupuestaria de ingresos y gastos de los organismos del Estado...*
- El Acuerdo Gubernativo No. 318-2003, Reglamento de la Ley Orgánica de La Contraloría General de Cuentas en su artículo 23 literal d) regula: *"La Dirección de Asuntos Jurídicos será la responsable de las acciones legales, procuración y asesoría que se desprendan de la función institucional... d) Emitir los respectivos **dictámenes** (El resaltado es propio) u opiniones de conformidad con la ley, con relación a consultas en materia legal y hacendaria..."*.

2.3.4.3. Vinculantes

El dictamen es vinculante *"En cuanto el funcionario por disposición de la ley está obligado a requerir el dictamen jurídico e igualmente obligado a resolver de acuerdo con la opinión del Abogado".²⁸*

28) Castillo González, Jorge Mario, **Material del curso derecho administrativo, impartido en el Ministerio de Finanzas Públicas, tomado del tomo II, del libro Derecho procesal administrativo guatemalteco**, pág. 17.

"Serían los que la Administración está obligada a requerir y a aceptar sus conclusiones".²⁹

El jurista Miguel S. Marienhoff, discrepa con lo señalado por Errico Presutti, a quien cita en su libro *Administración Consultiva*, y menciona que *"en el supuesto de dictámenes vinculantes, si la Administración no requiere el dictamen o no sigue sus conclusiones, tal comportamiento vicia de legitimidad el respectivo acto."* Discrepando al respecto porque *"Ningún dictamen de órganos "consultivos" puede tener semejante alcance; si la ley le atribuyese tales efectos, el dictamen dejará de tener carácter "consultivo", debiéndose regir entonces por otras reglas. La "esencia" de tales dictámenes y la índole de las funciones de dichos órganos excluye aquellos efectos. En ningún caso la Administración activa está obligada a seguir las conclusiones del dictamen de un órgano consultivo, tanto más cuanto, como quedó expresado precedentemente, en la especie el único responsable de la resolución es el órgano activo que la emite; esta conclusión la comparten destacados expositores extranjeros y nacionales"*.

El profesor Calderón Morales, en su explicación indica que el dictamen vinculante es *"en el que la ley obliga a pedir el dictamen al órgano consultivo y también obliga a basar su resolución o acto administrativo en el dictamen. Esta clase de dictámenes es*

29) Marienhoff, Miguel S., **Administración consultiva**, pág. 96.

cuestionable, por cuanto la responsabilidad en las decisiones administrativas es del administrador y da la impresión que si los dictámenes fueran todos vinculantes no le queda al órgano con competencia la decisión sino quedaría en manos del consultor la decisión final y sin ningún tipo de responsabilidad frente a particulares”.

Por su parte, el profesor guatemalteco Omar Ricardo Barrios Osorio, expone que *"dictamen vinculante es aquel en que la ley obliga al órgano consultivo que lo pida y a basar su resolución o acto administrativo en el mismo”.*

Como lo hicimos en los otros tipos de dictámenes, es importante puntualizar las circunstancias legales que revisten al dictamen vinculante y que le dan tal calidad, ellos son:

- Son ordenados por la ley.
- Hay obligación de requerirlo.
- El funcionario que requiere el dictamen está obligado a aceptar el consejo u opinión.
- Su ausencia puede ser motivo de responsabilidad personal del funcionario que no acepta la opinión o consejo.
- La ley obliga a resolver conforme al dictamen.
- De no resolver en base a lo opinado, puede producirse vicio en el acto administrativo.

En tal sentido, se puede explicar el dictamen vinculante como "aquel en el que el administrador (funcionario o empleado público) está obligado a requerirlo al órgano consultor o asesor, en virtud que la ley así lo regula, y este debe basar su actuar o resolver en lo opinado, porque de no hacerlo, provocaría vicio en el acto administrativo."

Es importante ampliarnos en este tipo de dictámenes pues algunos profesionales son del criterio que en Guatemala sí existen los dictámenes vinculantes.

El profesor Hugo Calderón señala que *"esta clase de dictámenes no existe en Guatemala, y que únicamente se da el caso de los dictámenes facultativos y los obligatorios."* Igual consideración hace el profesor Barrios Osorio, al considerar que *"no existe esta clase de dictámenes en Guatemala"*.

De conformidad con el Artículo 3 del Decreto No. 119-96 del Congreso de la República, Ley de lo Contencioso Administrativo en su parte conducente literalmente indica: *"Forma. Las resoluciones administrativas serán emitidas por autoridad competente, con cita de las normas legales o reglamentarias en que se fundamenta. **Es prohibido tomar como resolución los dictámenes que haya emitido un órgano de asesoría técnica o legal"**.* (El resaltado es propio).

En cuanto a la prohibición que señala la norma citada, es oportuno comentar que el funcionario puede "apoyarse" en el dictamen para emitir la resolución, pero de conformidad con la ley, el dictamen desde ningún punto de vista puede reemplazar una resolución administrativa o pública, mejor dicho no puede tomar como resolución, ya que el dictamen es opinión o consejo, en cambio la resolución es disposición o decisión.

2.4. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del dictamen radica en establecer si el mismo es o no, un acto administrativo.

*"Desde este punto de vista, se puede decir que el dictamen no es un acto administrativo por que (Sic) no produce efectos jurídicos, lo que produce los efectos jurídicos es la resolución final y notificada al particular, por el funcionario que tiene la competencia administrativa. En consecuencia, el dictamen por sí solo se puede decir que es un simple hecho administrativo".*³⁰

De forma diferente opina el jurista argentino José Roberto Dromi, quien considera que *"Son simples actos de la administración las propuestas y los dictámenes"*.

Para tener una noción y poder proponer un punto de vista respecto a la naturaleza jurídica del dictamen, es decir si es acto o hecho administrativo, es

30) Calderón Morales, Hugo Haroldo, **Derecho administrativo I**, pág. 30.

necesario tener clara la acepción de ambos términos, por lo que a continuación se citan algunas definiciones de diferentes autores:

Para la profesora española Mariana A. Berrittella, el acto administrativo *"es la concepción intelectual del hecho administrativo (Ej. Ordenar la construcción de una oficina). Jurídicamente tiene presunción de legitimidad, por lo que determina la obligación del particular de cumplirlo y el nacimiento de los términos de impugnación y caducidad. Puede ser objeto de nulidad. Son impugnados mediante los recursos administrativos"*.³¹

Por su parte el doctor argentino Agustín Gordillo, en su Tratado de Derecho Administrativo, hace una división para explicar el acto administrativo definiendo los actos jurídicos y no jurídicos y los hechos jurídicos y no jurídicos. Define a los actos no jurídicos como *"decisiones de la administración que no producen efecto jurídico alguno"* da como ejemplo al funcionario asesor que decide emitir determinada opinión en un informe o dictamen.

Asimismo manifiesta que *"los actos jurídicos son las decisiones o declaraciones que producen un efecto jurídico, el nacimiento, modificación o extinción de un derecho o un deber; los hechos no jurídicos son todas las actuaciones materiales de la administración que no producen un efecto jurídico directo; y los hechos jurídicos produce el efecto jurídico"*.

El doctor Efraín Pérez Camacho, en su obra de Derecho Administrativo señala que el "Acto administrativo es una declaración unilateral realizada

31) www.gestiopolis.com, Instituto Superior de Educación, Administración y Desarrollo, Centro Universitario Villanueva, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid.

en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata”.

El doctor Rafael Bielsa, señala que acto administrativo es la *"decisión general o especial, de una autoridad administrativa en ejercicio de sus propias funciones, y que se refiere a derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de los particulares respecto a ellas"*

*"Todo acto administrativo requiere esencialmente la intervención de la Administración Pública, de ahí que no sea concebible un acto administrativo emitido exclusivamente por administrados o particulares. Un acto emitido exclusivamente por estos últimos, nunca podrá ser acto administrativo..."*³²

Por otra parte, el hecho administrativo, es definido por algunos autores de la siguiente manera:

Para el jurista Roberto Dromi el hecho administrativo consiste en *"la ejecución material de las decisiones que constituyen actos administrativos, por ejemplo la demolición de un muro o de una casa; ordenada por autoridad administrativa por alguna razón de interés público; el retiro de los obstáculos que se oponían al libre tránsito en una calle, etc."*

Para la profesora española Mariana A. Berrittella, el hecho administrativo *"Es el ejercicio de una actividad física de órganos de la Administración (Ej. Construir una oficina) Las actividades materiales, actuaciones físicas u operaciones técnicas realizadas en ejercicio de una función administrativa y cuyas consecuencias sean de carácter jurídico, constituyen hechos administrativos. Como carecen de presunción de legitimidad (no son ni*

32) Marienhoff, Miguel S., **Tratado de derecho administrativo**, tomo II.

legítimos ni ilegítimos), no pueden ser objeto de anulación, si pueden ser objeto de Vías de hecho administrativas.”³³

En base a las definiciones expuestas, a continuación se cotejan las principales características del acto administrativo con el dictamen jurídico:

Hay ejecutividad en el acto administrativo, es decir hay obligación de cumplirlo, en cambio en el dictamen u opinión jurídica, el requeriente no queda obligado a resolver conforme a lo opinado, pues el dictamen es independiente de la decisión que se opte en el acto administrativo y no hay una imposición a hacer lo que en el dictamen se aconseja.

El acto administrativo es susceptible de nulidad, por el contrario, el dictamen jurídico no puede ser objeto de nulidad, pues esta es una causa de ineficacia que deriva de la ausencia de los requisitos imprescindibles para su validez, y en el dictamen u opinión no se exigen esos requisitos.

El acto administrativo es impugnabile mediante los recursos administrativos y en el dictamen jurídico no existe el derecho de impugnación, pues este no puede contradecirse ni refutarse, ya que sólo transmite un consejo legal y no resuelve ninguna petición, en todo caso lo que impugnabile es la resolución que se emite.

El acto administrativo produce efectos jurídicos, el dictamen no es el que produce efectos jurídicos, sino es la decisión que tome la autoridad administrativa, la que produce efectos jurídicos.

Por lo antes expuesto, se puede decir que la naturaleza jurídica del dictamen radica en que el mismo es un hecho administrativo implícito en un acto

33) Vías de hecho administrativas: puramente material.

administrativo que es el que sí produce efectos jurídicos.

Es pues, la decisión tomada en base al consejo dado a través del dictamen emitido, el acto administrativo; y el consejo u opinión vertido a través del dictamen, el hecho administrativo.

Es oportuno indicar que aunque el consejo emitido en el dictamen, no obliga a resolver conforme a lo opinado, es a través del dictamen que se transmite un criterio técnico-jurídico que coadyuva para que las decisiones administrativas sean adecuadas; en ese sentido, entramos a analizar los asuntos principales sometidos a consulta, enfocándonos principalmente en la consulta jurídica por ser ésta objeto de nuestro estudio.

2.5. Asuntos sometidos a consulta jurídica a través del dictamen

Como se estudió en su oportunidad, los orígenes de las asesorías radica en los Ministerios de Hacienda o Finanzas Públicas, lo anterior se infiere porque los mismos dentro de la estructura administrativa del Estado, ocupan un lugar muy importante al resolver asuntos de trascendencia, ya que sin recursos financieros las instituciones no pueden cumplir con sus funciones o atribuciones.

Además de los Ministerios de Hacienda o Finanzas Públicas, existen otros ministerios a los que les compete ejecutar acciones con las cuales el Estado cumple con sus fines; para ello es menester que exista una estructura administrativa en la que no falte un órgano consultivo en materia legal.

Los órganos consultivos emiten dictámenes sobre cuanto asunto le sometan a consulta, es decir de diferentes materias, por ejemplo: contratación administrativa, en elaboración de los índices oficiales a efecto de la revisión

de precios en los contratos, anteproyectos de leyes orgánicas, proyectos de decretos, acuerdos, reglamentos, etc.

El jurista José Roberto Dromi señala un asunto muy importante que debe ser sometido a dictamen jurídico como es el conflicto de competencia y manifiesta que *"Cuando las normas que rigen la competencia son interpretadas en forma distinta por los eventuales encargados de aplicarlas, puede darse el caso de dos órganos que se consideren igualmente competentes o incompetentes para intervenir. Esta oposición de criterios determina el conflicto, cuestión o contienda de competencia."*

Los conflictos de competencia se resolverán sin otra sustanciación que el dictamen jurídico del órgano consultivo correspondiente y, si fuera necesario, el dictamen técnico que el caso requiera."

Sin hacer refutaciones al respecto, es importante señalar que lo expuesto demuestra la importancia que el dictamen tiene dentro del campo legal.

2.6. Características

Al respecto, se pueden señalar algunas particularidades tanto de forma como de fondo que el dictamen jurídico posee, entre ellas:

2.6.1. Es independiente de la decisión que se opte en el acto administrativo

El cuerpo consultor y asesor que emite el dictamen, se limita a dar su consejo u opinión respecto al asunto o expediente y la decisión que se opte, es independiente, es decir está separada

de la opinión, pues ambos son actos diferentes. Por ejemplo, un dictamen jurídico emitido por el asesor que opina que no es procedente el refrendo en un acuerdo gubernativo por parte del Ministro de Estado; no obstante lo opinado, el funcionario público toma la decisión de refrendar dicho acuerdo. La decisión tomada no fue la que se sugirió. El dictamen es independiente de la decisión que se opte en el acto administrativo.

2.6.2. Es público

Por la esfera en que se produce y por el carácter del sujeto u órgano de quien emana (asesor o cuerpo consultor), se puede decir que el dictamen es público, en oposición a lo privado, ya que los asuntos a tratar hacen referencia a los estratos estatales y surgen relaciones entre las personas particulares con los órganos que ostentan el poder público debiendo observar siempre el principio de que el interés social prevalece sobre el interés particular.

2.6.3. No produce efectos jurídicos

El dictamen por sí solo no produce efectos jurídicos, lo que sí produce efectos jurídicos es el acto administrativo que se realice con base en lo dictaminado.

El dictamen no produce efectos jurídicos, pues solamente es un análisis legal, aún cuando es aceptado por la autoridad a quien se dirige, lo que sí produce efectos jurídicos es la decisión que tome esa autoridad.

El dictamen ayuda a la autoridad que resuelve un asunto, a contar con mayores elementos que le permitan mejor resolver.

El profesor Calderón Morales, como ya se señaló en la naturaleza del dictamen jurídico manifiesta que *"el dictamen no es un acto administrativo por que (Sic) no produce efectos jurídicos, lo que produce los efectos jurídicos es la resolución final y notificada al particular, por el funcionario que tiene la competencia administrativa."*

2.6.4. Es documento público

El jurista guatemalteco Mario Aguirre Godoy señala que atendiendo a la persona de quien proceden los documentos son privados o públicos y manifiesta sobre estos últimos que *"generalmente aquí se incluyen los que proceden de Notarios, empleados y funcionarios públicos competentes y que están extendidos con las solemnidades requeridas por la ley".*³⁴ Asimismo señala que son documentos públicos, *"los autorizados por Notario en ejercicio y por los Jueces de Primera Instancia, en su caso, con las formalidades requeridas por la ley."*

El Diccionario de la Real Academia Española, define el documento público como *"El que, autorizado por funcionario competente para ello, acredita los hechos que refiere y su fecha."*³⁵

34) Godoy, Mario Aguirre, **Derecho procesal civil de Guatemala**, pág. 700.

35) www.rae.com. Vigésima tercera edición.

Es importante mencionar también que se define el documento público como *"las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales, los documentos autorizados por notario, las certificaciones expedidas por los Registradores y todos los documentos expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados."*³⁶

El dictamen como documento público da certeza y seguridad jurídica respecto a un asunto o caso.

2.6.5. No se notifica

Los dictámenes no se notifican, sino que se hacen del conocimiento, se hacen de su enterar al solicitante, por ejemplo a través de oficio cuando es entre Ministros, Secretarios, etc., o a través de un conocimiento cuando es de subordinados a Superiores.

No obstante, en la legislación guatemalteca existe una excepción a esta disposición y está regulada en el Artículo 127 del Decreto número 6-91 del Congreso de la República de Guatemala, Código Tributario, que literalmente regula *"Obligaciones de notificar. Toda audiencia, **opinión, dictamen** (El resaltado es propio) o resolución, debe hacerse saber a los interesados en la forma legal y sin ello no quedan obligados, ni se les puede afectar en sus derechos.*

También se notificará a las otras personas a quienes la resolución se refiera."

36) Consumer.es.eroki

2.6.6. No es solemne ni formal

Significa que el dictamen jurídico no es riguroso porque no está saturado de formalismos, ya que en el mismo, hay cierta flexibilidad, las omisiones y los yerros pueden ser corregidos por el asesor o la autoridad competente.

Es oportuno observar dos términos significativos: "solemne" y "formal"; el Diccionario de la Real Academia Española define lo solemne como *"Formal, grave, firme, válido, acompañado de circunstancias importantes o de todos los requisitos necesarios"* y la solemnidad en Derecho la define como el *"Conjunto de requisitos legales para la validez de los otorgamientos testamentarios y de otros instrumentos que la ley denomina públicos y solemnes."* Por otra parte, lo formal lo define como *"Cada uno de los requisitos para ejecutar algo. Modo de ejecutar con la exactitud debida un acto público."*

En tal sentido, es pues el dictamen conciso y lacónico, no metódico o rígido en cuanto a requisitos de forma y de fondo.

2.6.7. Sienta criterio

Es habitual decir dentro de la administración pública que el dictamen sienta criterio, lo que significa que el dictamen fundamenta una ponencia sobre un tema que se somete a opinión y que permite realizar una elección. Es decir, que sobre un criterio expuesto, se puede basar una decisión o un juicio de valor y que no es obligatorio para la toma de decisiones.

Aunque ese criterio no sea obligatorio, ayuda a la autoridad a contar con mayores elementos para resolver sobre un asunto, expediente o caso.

Al respecto el profesor Castillo González, manifiesta que *"El fundamento de todo dictamen jurídico es la independencia de criterio. El abogado emite su opinión con libertad, orientado por su ética personal y sus conocimientos jurídicos. En la administración pública se acostumbra decir que el dictamen **sienta criterio**. Esta afirmación obliga al Abogado a fundamentar su criterio en la investigación y en el estudio jurídico a efecto de que su opinión contenga argumentos doctrinarios (de fondo) o legales, reglamentarios y de procedimiento (de forma). El buen dictamen se basa en la cultura y experiencia del Abogado.*

El dictamen siempre contiene la opinión personal del Abogado, salvo que la opinión la produzca un equipo de abogados. El Abogado sienta "un criterio personal" que puede ser adoptado por una organización jurídica (una Dirección de Asuntos Jurídicos, por ejemplo)".

El Abogado asesor o consultor, es colaborador en la toma de decisiones, sienta criterios de interpretación de la ley y de normas jurídicas y plantea puntos de vista de diferentes asuntos, problemas o expedientes, por lo que debe estar consciente que el criterio que emita será importante para ayudar a guiar al requirente a través del dictamen u opinión.

2.7. El dictamen y la opinión jurídica

En principio, debemos señalar que doctrinariamente, algunos tratadistas consideran que el dictamen y la opinión son un mismo concepto, tal el caso del profesor Castillo González que en su libro Derecho Procesal Administrativo, se refiriere a un apartado que tituló "Dictamen Jurídico" y en el mismo hace una clasificación de las "*opiniones*", por lo que se infiere que ambos conceptos los considera sinónimos.

Caso contrario el del profesor Calderón Morales que en su obra Derecho Administrativo, señala que la Asesoría se hace a través de la simple opinión "o" del dictamen. Lo que denota una diferencia entre uno y el otro.

En nuestra legislación guatemalteca, no hay una diferencia al respecto, pero en la práctica administrativa, sí se utiliza el término opinión en algunos casos y en otros se utiliza el término dictamen, sin señalar similitudes o desigualdades entre ambos.

En la Constitución Política de la República de Guatemala, en algunos artículos se denomina dictamen y en otros se denomina opinión. Regula el dictamen en tres casos: **1)** Para la reforma de las leyes constitucionales se requiere, el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso, previo **dictamen** favorable de la Corte de Constitucionalidad;³⁷ **2)** En la declaratoria de incapacidad física o mental del Presidente de la República para el ejercicio del cargo, es atribución del Congreso de la República declarar esa incapacidad, la cual debe fundarse en **dictamen** previo de una comisión de cinco médicos, designados por la Junta

37) Artículo 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Directiva del Colegio respectivo;³⁸ y **3)** En cuanto a la rendición de cuentas del Estado, el Organismo Ejecutivo deberá presentar anualmente al Congreso de la República con la formulación de la liquidación del presupuesto anual por parte del Ministerio respectivo y la someterá a conocimiento de la Contraloría General de Cuentas quien rendirá informe y emitirá **dictamen** en un plazo no mayor de dos meses.³⁹

Con base en el capítulo de esta obra, respecto a las características de los dictámenes, es oportuno acotar que en los ejemplos señalados en el párrafo anterior, en el primero estamos frente a un dictamen jurídico y en los otros frente a dictámenes técnicos, pero en ambas disposiciones legales se utiliza el término "**dictamen**".

Asimismo, la citada Constitución, contiene cuatro normas en las que regula los casos en que debe emitirse una opinión: **1)** Para la creación de plazas adicionales de viceministros es necesaria la **opinión** favorable del Consejo de Ministros;⁴⁰ **2)** Si la inversión o el gasto, no se encuentran incluidos e identificados en el Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado aprobado para el ejercicio fiscal respectivo, el Presupuesto no podrá ampliarse por el Congreso de la República sin la **opinión** favorable del Organismo Ejecutivo;⁴¹ **3)** Entre las atribuciones específicas del Congreso, están la de fijar las características de la moneda, con **opinión** de la Junta Monetaria;⁴² y **4)** Entre las funciones de la Corte de Constitucionalidad están la de emitir

38) Artículo 165 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

39) Artículo 240 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

40) Artículo 200 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

41) Artículo 240 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

42) Artículo 170 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley, sobre la inconstitucionalidad de las leyes vetadas por el Ejecutivo⁴³.

Es importante que conozcamos las definiciones que la Real Academia Española establece de estos vocablos.

Define la opinión: "*(Del lat. opinio, -ōnis). 1. f. Dictamen o juicio que se forma de algo cuestionable*". Y define el dictamen: "*(Del lat. dictāmen). 1. m. Opinión y juicio que se forma o emite sobre algo.*"

Para el jurista Guillermo Cabanellas la opinión es "*Parecer, concepto, juicio, dictamen acerca de alguna cosa o asunto.*" Y señala también que la opinión es "*afirmación o informe del perito, entendido o experto en una materia, en que al juicio personal se suma como valoración el influjo técnico o de especialidad que se estima común, al menos en su base, a todos los colegas*".

Al analizar las definiciones que la Real Academia Española evoca, es nuestro criterio que tanto el dictamen como la opinión, son sinónimos. No obstante, el aspecto doctrinario citado, en la práctica y dado que en la Carta Magna se usan los dos términos, a manera de conclusión se presentan a continuación las diferencias entre ambos:

43) Artículo 272 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

DIFERENCIAS

DICTAMEN	OPINIÓN
Se emite cuando lo solicita una autoridad superior.	Se emite cuando lo solicita una autoridad de la misma jerarquía administrativa.
Se obtiene el visto bueno de la Procuraduría General de la Nación.	No se obtiene el visto bueno de la Procuraduría General de la Nación.
Es una consideración (de más apreciación).	Es una simple ponencia (siempre con valor legal).
Su contenido es con encabezado, asunto, antecedentes, consideraciones legales, análisis y opinión.	Debe realizarse en forma concisa y estudiada. (Sin tanto formalismo).
Es general, ya que se puede dictaminar sobre varias consultas formuladas, pero obviamente que sean del mismo tema.	Es específico, toda vez que se opina para un caso concreto.

CAPÍTULO III

3. Elaboración y principios del dictamen jurídico

3.1. Elaboración

En su obra de Derecho Administrativo, el profesor Castillo González señala una sección sobre ¿cómo hacer un dictamen?, ¿cómo redactarlo? o ¿cuál es su forma? y numera algunos aspectos que deben ser base del dictamen jurídico, siendo los siguientes:

- *La investigación de hechos y documentos.*
- *La recopilación de información.*
- *El estudio de la doctrina jurídica.*
- *La interpretación de leyes y reglamentos.* (También tratados internacionales, ratificados por Guatemala).
- *La investigación de campo.* (El abogado debe salir del escritorio).

Asimismo, Castillo señala que *"El dictamen se redacta en prosa, con párrafos breves, con claridad y precisión, como el Abogado crea conveniente. No existe una forma o modelo, una estructura al estilo del "machote" o un "patrón" que deba seguirse. Lo realmente importante en los dictámenes jurídicos, no es la forma sino los argumentos legales y jurídicos que se emplearan en la resolución administrativa"*.

Al respecto se considera que, si bien es cierto la prosa no está sujeta a una composición específica, es menester utilizar un lenguaje jurídico y claro, para que sea entendible para el que se dirige y el que lo lee, ya que no necesariamente serán personas con conocimiento en leyes; además no se comparte el criterio que la redacción del dictamen debe ser "como el abogado crea conveniente"; lo anterior porque es importante tomar en cuenta las sugerencias de la autoridad que dirige el órgano consultivo, no obstante debe respetarse la redacción del asesor como principal elaborador del consejo legal.

Si bien es cierto dijo que el asesor debe tomar en cuenta algunos aspectos para elaborar el dictamen, también debe pretender dar respuestas sobre cuestiones que se le consultan, basadas en ley y en torno a soluciones prácticas, por lo que el asesor debe entender e interpretar las leyes. Ello lo logrará a través del análisis, la reflexión y la argumentación razonable para presentar objetivamente la opinión o consejo legal que emite, por lo que se considera que esta forma de argüir debe hacerla a través del razonamiento jurídico.

3.1.1. El silogismo jurídico como base en la elaboración del dictamen

El Diccionario de la Real Academia Española, define "razonamiento" como una *"Serie de conceptos encaminados a demostrar algo o a persuadir o mover a oyentes o lectores. Y "razonar" lo define como "Discurrir, ordenando ideas en la mente para llegar a una conclusión. Antes de decidirte, razona un poco. Exponer, aducir las razones o documentos en que se apoyan dictámenes, cuentas, etc."*

El razonamiento, también se define como *"un conjunto de actividades mentales consistentes en conectar unas ideas con otras de acuerdo a ciertas reglas o también puede referirse al estudio de ese proceso. En sentido amplio, se entiende por razonamiento la facultad humana que permite resolver problemas.*

*Se llama también razonamiento al resultado de la actividad mental de razonar, es decir, un conjunto de proposiciones enlazadas entre sí que dan apoyo o justifican una idea. El razonamiento se corresponde con la actividad verbal de argumentar. En otras palabras, un argumento es la expresión verbal de un razonamiento."*⁴⁴

Para el doctor peruano Raúl Callirgos Velarde, *"La posibilidad de poder argumentar nuestra posición, de dar razones de nuestra convicción, no es otra cosa que la capacidad desarrollada para presentar de manera objetiva y en aplicación de las normas jurídicas vigentes (aplicables a todos por igual, de textura abierta y susceptibles de ser ambiguas o vagas), una cadena de argumentos que tienen como fin sustentar sólidamente una posición.*

*Este proceso de razonamiento, denominado razonamiento jurídico, implica considerar la aplicación de reglas de la lógica que permitan garantizar la coherencia lógica interna del conjunto de argumentos que relacionados entre sí, permiten arribar a una conclusión; estamos así frente al concepto de inferencia."*⁴⁵

Callirgos, manifiesta también que a mediados del siglo XX, para los autores estudiosos del silogismo jurídico, *"el único modelo correcto de razonar para los abogados y demás operadores del derecho era el*

44) Enciclopedia libre Wikipedia, <http://es.wikipedia.org>, Consulta: 10/02/2007.

45) Razonamiento jurídico y la lógica, www.amag.edu.pe.

de la subsunción normativa, es decir la construcción de una inferencia (silogismo jurídico), en la que la premisa mayor correspondía al marco normativo vigente y la premisa menor a los hechos verificados en la realidad a los cuales la norma era aplicable, siendo la conclusión la consecuencia jurídica prevista y para quienes la justificación o motivación jurídicas se agotaban en esta operación lógica. Está fuera de discusión que el rol de la lógica ocupa una posición muy importante al momento de analizar la validez del razonamiento de un operador del derecho. Ello por cuanto el razonamiento jurídico no escapa del razonamiento contrario, los planteamientos y conclusiones a las que lleguen los abogados y demás operadores jurídicos serían arbitrarios, sin llegar jamás a satisfacer las necesidades de objetividad y racionalidad que la ciudadanía exige en la aplicación de las leyes.”

Por otra parte, manifiesta que *"la aplicación de la lógica al razonamiento de los abogados se ha representado con un modelo de raciocinio. Este modelo denominado "silogismo jurídico" fue formulado por Aristóteles y se define como el "Argumento que consta de tres proposiciones, la última de las cuales se deduce necesariamente de las otras dos."*⁴⁶ Está compuesto de dos premisas (una mayor y una menor) y una conclusión la cual deriva de aquéllas. La conclusión es válida si las premisas lo son y si la conclusión se deriva de ellas.

Para nuestro estudio es importante establecer el significado de los términos premisas mayor y menor y la conclusión en la construcción del razonamiento, a manera de aplicación en cuanto a los preceptos

46) **Diccionario de la Real Academia Española**, 22a. edición.

para emitir un dictamen u opinión, de acuerdo a lo que los estudiosos de la lógica jurídica señalan, de la siguiente manera:⁴⁷

- **Premisa mayor:** Está constituida por el principio jurídico, se obtiene de la ley complementada con la doctrina y la jurisprudencia. Es decir, son los conceptos legales concretados del contenido que integra el fondo del asunto. Por citar algunos ejemplos: fideicomiso estatal, adjudicación de bien inmueble, convenio para traslado de recursos, etc. La premisa mayor esta constituida por el principio o norma jurídica.
- **Premisa menor:** Está constituida por la situación jurídica que realiza los hechos analizados, los cuales se obtienen por el análisis extraído de documentos, información, el expediente y sus antecedentes.
- **Conclusión:** Está constituida por la opinión misma, el consejo legal con sus recomendaciones y propuestas. La adecuación del hecho o situación jurídica examinada, a la norma legal. Es el encuadramiento de los hechos a la norma jurídica.

Así pues, el silogismo consta de dos premisas, en los que se comparan tres términos, de cuya comparación se obtiene un nuevo juicio como conclusión; aplicándolo al dictamen se puede ejemplificar de la siguiente manera:

La premisa mayor que es la norma jurídica: Es el Artículo 1 del Decreto 25-2004 del Congreso de la República de Guatemala, que *"autoriza la adjudicación y venta de fincas o fracciones de fincas inscritas en los Registros de la Propiedad a nombre del Estado y*

47) Hernández Gil, Antonio, **El abogado y el razonamiento jurídico**, Suc. de Rivadeneyra, Madrid.

adscritos al Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda provenientes del extinto Banco Nacional de la Vivienda, que estén ocupadas por familias en situación de pobreza o extrema pobreza, lo cual debe determinarse a través del estudio socioeconómico respectivo, destinadas exclusivamente para vivienda..."; el Artículo 4 establece que "Se beneficiará a todo grupo familiar que demuestre: 1. Que ha ocupado el inmueble en forma pacífica, pública, de buena fe, por un período no menor a un año contado antes de la vigencia de esta ley y que hubiere iniciado trámite o solicitud antes del 31 de diciembre de 2003; 2. Ser guatemalteco; y, 3. Que no posea ni sea propietario de otro inmueble."; y el Artículo 5, señala que "Con la solicitud que presenten ante la Unidad para el Desarrollo de Vivienda Popular del Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda designada para la adjudicación de dichos bienes inmuebles, los interesados deben acompañar: a) Fotocopia de las cédulas de vecindad, con sus modificaciones, de los mayores de edad que forman parte del Grupo Familiar; b) Fotocopia de las certificaciones recientes de partida de nacimiento de los hijos e hijas menores de edad, quienes deben ser integrados con derecho al mismo patrimonio familiar; c) Constancia de carencia de bienes extendida por la Dirección General de Catastro y Avalúos de Bienes Inmuebles del Ministerio de Finanzas Públicas, del solicitante y de los que integran el grupo familiar; y, d) Certificación de ingresos firmada por el patrono, encargado del personal, representante legal o contador, de los miembros del grupo familiar que trabajen."

La premisa menor que es la situación: Juan Luis Pérez Pérez, ocupa una vivienda en una fincas inscritas en el Registro de la Propiedad a nombre del Estado, la situación de él y su familia es de extrema pobreza, lo cual se determinó a través del estudio

socioeconómico respectivo, ha destinado exclusivamente para su vivienda y la de su familia, ha demostrado que ha ocupado el inmueble en forma pacífica, pública, de buena fe, desde el 14 de febrero de 1999 e inició el trámite el 11 de enero de 2003; además es guatemalteco y no posee ni es propietario de otro inmueble; además a acompañado la documentación que la ley le requiere.

La conclusión que es el encuadramiento de los hechos a la norma jurídica: La norma legal (premisa mayor), se adecúa a la situación actual de Juan Luis Pérez Pérez (premisa menor); en tal sentido en el apartado de opinión, se emite dictamen favorable.

Es de considerar que el razonamiento a través del silogismo jurídico es fundamento para aplicar a todos los casos que se le presenten al asesor jurídico ponente, debiendo este, tomarse la tarea de buscar un conocimiento cierto que proporcione al requirente una base objetiva, neutral, lógicamente consistente, que le sea útil para tomar una ulterior decisión.

Aunque la teoría del silogismo jurídico no es fácil de explicar, se puede concretar a manera práctica algunos preceptos lógicos que el asesor debe tomar en cuenta en la elaboración del dictamen, entre estos:

Interpretar, contextualizar y analizar el expediente objeto del asunto. Aplicar los principios de la Lógica en el dictamen para la solución de problemas. Someter el asunto a una crítica fundamentada con la ley. ⁴⁸

48) Leite de Castro, Fabio Caprio, **Revista telemática de filosofía del derecho**, www.filosofíayderecho.com
Consulta: 02/02/07.

La función de la lógica en el razonamiento de los abogados asesores adquiere así gran relevancia, pues se convierte en una herramienta sumamente útil para elaborar dictámenes bien argumentados, sólidos, que puedan ser aceptados y que garanticen firmeza legal.

3.2. Estructura

Aunque, como lo indica Castillo González, no existe un patrón fijo en la estructura de un dictamen jurídico, sin embargo señala una estructura de cómo se redacta éste en la administración pública guatemalteca y al respecto manifiesta que el dictamen se redacta dividido en cuatro partes: "**1. Antecedentes:** el resumen del expediente o del asunto. **2. Exposición legal:** la cita de los artículos aplicables y la interpretación de cada uno reforzado con doctrina jurídica; **3. Conclusión:** la opinión del Abogado sobre lo que él considera procedente o improcedente desde el punto de vista jurídico y legal. **4. Recomendación:** sugerencia sobre que debe hacer el funcionario para resolver el asunto. La anterior estructura del dictamen jurídico se basa en una práctica administrativa guatemalteca, muy generalizada entre asesores y consultores".

Además, indica el profesor Castillo que "*Cualquiera que sea la estructura del dictamen, las partes realmente necesarias son tres: 1. Situar el problema:* fijar el objeto o asunto del dictamen, en un párrafo breve y concreto. **2. Analizar el problema jurídico:** estudiar la legislación y doctrina jurídica relacionada con el objeto o asunto, su aplicación, implicaciones, impacto, consecuencias, necesidades y beneficios. En esta parte del dictamen se establece la veracidad de los datos reunidos en el expediente y para el efecto se consulta archivos, registros, otros expedientes, se intercambia opiniones con personas relacionadas con el

*asunto, se interroga a los interesados y si fuera indispensable, se hacen inspecciones oculares. En resumen, el Abogado recaba suficiente información y la procesa para emitir una opinión sólida y firme. 3.- **Conclusión y recomendación.** La conclusión es la "opinión jurídica" del Abogado que proporciona al funcionario la base legal y jurídica para dictar la resolución administrativa. La recomendación se refiere a lo que sugiere al funcionario por su conveniencia y utilidad. Por ejemplo, si la conclusión es que debe redactarse un contrato ajustado a la ley, el Abogado recomienda tomar en cuenta el proyecto de contrato adjunto al dictamen, y si la conclusión es que debe redactarse un nuevo proyecto de reglamento tomando en cuenta las objeciones formuladas en el dictamen, el Abogado recomienda tener presente el proyecto de reglamento adjunto al dictamen. El Abogado no puede quedar como simple opinador jurídico, debe aportar soluciones prácticas y efectivas. Esta es la fórmula mágica que puede consolidar la imagen del Abogado útil, necesario, imprescindible... y que aparte de todo, consolida la legalidad y juridicidad en el país".*

Es muy importante el punto que señala el profesor Castillo, de "analizar el problema jurídico en la elaboración del dictamen", pero, en cuanto "al intercambio de opiniones con personas relacionadas con el asunto e interrogar a los interesados", cabe manifestar que no es recomendable, pues el asesor debe evitar tener contacto con los interesados, para que la opinión sea sin sesgos, basado únicamente en el análisis de la ley y emitir un dictamen objetivo e imparcial.

3.3. Contenido

Si bien es cierto que, en cuanto al contenido del dictamen jurídico no hay una forma establecida en el Derecho Administrativo, ni la ley regula que

deben cumplirse para su emisión con requisitos de forma y fondo, la práctica administrativa nos hace manifestar que, el asesor jurídico o abogado ponente debe sujetarse a ciertos requisitos, principios y generalidades que haga comprensible y útil el dictamen.

El asesor jurídico o abogado ponente cuenta con cierta libertad para emitir el dictamen jurídico, pero es recomendable que observe el silogismo jurídico, que como se expuso anteriormente, contiene una premisa mayor, una menor y la conclusión.

Al estudiar algunos aspectos señalados por el profesor Castillo González, relacionados con la elaboración del dictamen jurídico, se considera importante profundizar sobre este tópico ya que el mismo es significativo para nuestro estudio, en tal sentido a continuación señalamos algunos requisitos que debe contener todo dictamen jurídico:⁴⁹

- **Número:** Es importante identificar el dictamen correlativamente, con el número y año, para individualizarlo, máxime cuando en el órgano consultor se emiten en cantidades considerables; además la numeración correlativa ayuda a lograr la mayor funcionalidad en la distribución y el archivo y para permitir una fácil localización para futuras consultas.

49) Los requisitos señalados están basados en algunos dictámenes emitidos por la Unidad de Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas y del libro “Estudios de derecho público” en el apartado de “Instrumento públicos emanados de funcionarios” del jurista Rafael Bielsa; que si bien es cierto, en ningún momento especifica requisitos del dictamen jurídico, si señala algunos requisitos que el instrumento público y el acto auténtico en lo que respecta a actuaciones administrativas debe contener, los cuales se han aplicado a presente estudio. Páginas 180, 181, 186, 187 a 199.

- **Nombre de la autoridad u órgano consultor:** El dictamen debe contener la expresión o designación de la entidad de donde emana, lo que determina el órgano asesor creador del dictamen.
- **Lugar:** Es importante señalar el lugar de creación del dictamen, para determinar la competencia territorial y la certeza de la actuación. Indicar el lugar sirve para determinar la circunscripción territorial del órgano que emite el dictamen.
- **Fecha:** La fecha de emanación es esencial en todo dictamen, porque su validez empieza a partir de la fecha que se consigue en el mismo. En un dictamen sin fecha cierta no es posible determinar el ámbito temporal y no tiene punto de referencia sobre su existencia.
- **Asunto:** Es el contenido substancial de la cuestión sobre la que se opinará. Debe ser claro y breve; ya que tiene como fin ilustrar al lector sobre el objeto del dictamen y así el resto del contenido sea de fácil comprensión.
- **Antecedentes:** En este apartado debe identificarse el documento que contenga el requerimiento del dictamen y todos aquellos documentos contenidos en el expediente, que se consideren los más importantes, para que el lector comprenda cómo surge el acto administrativo y qué se persigue con la emisión de dicho dictamen. Además si se diera el inconveniente de la pérdida del expediente, el citar esos documentos en este apartado, de cierto modo dan una constancia de ese expediente y de que el dictamen no se emitió sin un respaldo documental.

- **Análisis legal:** Consiste en enumerar la legislación aplicable al caso concreto, citando el fundamento legal el que debe interpretar, apoyado con doctrina jurídica y jurisprudencia. Este requisito es importante en todo dictamen, pues es el respaldo legal en el que el asesor jurídico basa su opinión o criterio.

- **Doctrina:** Si es oportuno y si se relaciona con el asunto, es importante agregar la doctrina legal pertinente, puesto que ésta nos ayuda a ampliarnos en ideas u opiniones que han sido sustentadas por jurisconsultos, intérpretes del derecho y que han escrito sus criterios sobre un problema jurídico en base a su experiencia e investigación.

- **Análisis del caso concreto:** Este apartado es muy importante, el análisis debe ser claro y estar basado en las leyes citadas, en doctrina y jurisprudencia, si fuere procedente. El análisis del caso concreto será el que oriente al funcionario o empleado público en la correcta toma de decisiones. Un análisis poco entendible, podría dar lugar a interpretaciones ambiguas.

- **Opinión:** Debe indicar si desde el punto de vista legal, procede o no lo solicitado o requerido por el funcionario. También puede contener algunas recomendaciones y sugerencias o comentar si se acompaña alguna documentación. (Por ejemplo un proyecto).

- **Firma:** El acto de estampar la firma en el dictamen emitido, aparte de darle validez, le da al cuerpo consultor la calidad de autor del mismo. La firma es el signo gráfico particular que diferencia e individualiza; a través de ella, el asesor contrae la responsabilidad jurídica que el dictamen entraña, por ello debe ser puesta voluntaria

y conscientemente al pie o al final del texto no en un lugar marginal, para no dar lugar a cuestionamientos, ello dará autenticidad al dictamen.

Es recomendable que en las hojas que conforman el dictamen, se coloque la media firma o rúbrica, ya que ello da certeza de su autoría jurídica.

- **Nombre y cargo del asesor:** La indicación del nombre (nombre de pila y apellidos) y cargo del asesor, son requisitos que servirán para establecer la identidad del emisor de la opinión.
- **Visto bueno de la autoridad superior del órgano consultivo o asesor:** En este apartado, es importante aclarar que no se refiere al visto bueno de la Procuraduría General de la Nación, sino al consentimiento o aprobación por parte del funcionario que preside o dirige el órgano consultor o asesor, con el visto bueno se adhiere y controla el contenido del dictamen. Las firmas tanto del jefe del cuerpo de consultores como del funcionario director, los hará partícipes de la autoría del dictamen.
- **El sello:** Aunque no es un requisito legal, y no estamparlo definitivamente no perjudica el dictamen sello es una formalidad que por costumbre se ha implementado en la administración pública para evitar en lo posible la falsificación del documento.
- **Destinatario:** Este apartado es importante para identificar al requirente del dictamen, se puede colocar al principio o al final del contenido del mismo, debiendo anotar el nombre, cargo y dependencia de la persona a quien se dirige.

3.3.1. Aspectos generales

Se han detallado los requisitos de forma que se deben tener en cuenta para la elaboración del dictamen jurídico, ahora se señalan algunos aspectos generales a considerar al emitir el dictamen jurídico, por ejemplo:

- Investigar los hechos.
- Utilizar una redacción clara y precisa.
- Recopilar información tocante al asunto.
- Estudiar doctrina jurídica, pues entre más se estudia más se enriquecen los dictámenes.
- Interpretar correctamente las leyes y reglamentos
- Adjuntar al dictamen un duplicado para el archivo de la Procuraduría General de la Nación.⁵⁰
- Elaborar en papel en el que obre el membrete del órgano consultor.

3.3.2. Vicios al emitir dictámenes jurídicos

Tal y como lo señala el profesor Castillo González "*toda práctica evidencia ciertos vicios*" enumerando algunas incorrecciones comunes en la elaboración del dictamen jurídico, en tal sentido se desglosan a continuación esos vicios, para una fácil comprensión:

50) Artículo 38 del Decreto 512 del Congreso de la República de Guatemala.

- *"Convertir los antecedentes en un resumen completo de la totalidad del expediente.*
- *Citar literalmente las normas jurídicas sin analizar su aplicación, alcances, consecuencias y encaje con el problema planteado en el expediente.*
- *Concluir afirmado que el asunto es improcedente sin ofrecer opciones al funcionario.*
- *Recomendar que los trámites se inicien o se archiven sin tomar en cuenta costos, aspectos socio-económicos o valores como la justicia".*

3.4. El asesor o consultor jurídico como principal elaborador del dictamen

3.4.1. Definición

Sobre el particular la Enciclopedia Jurídica Omeba define el asesor así: *"Del latín assessor que, a su vez se deriva de assidere, asistir o ayudar. Asesor es, pues, la persona que asesora, es decir, que asiste o ayuda a otra con su consejo o dictamen. Especialmente se designa así al letrado que aconseja e ilustra con su opinión a un juez lego o a las personas que acuden a él en consulta."*

El Diccionario de la Real Academia Española contiene las siguientes acepciones del término asesor: *"dicho de un letrado que, por razón de oficio, debe aconsejar o ilustrar con su dictamen a un juez lego".* A su vez define el consultor como la persona *"Que da su parecer, consultado sobre algún asunto. Persona experta en una materia sobre la que asesora profesionalmente."*

Es pues el asesor, la persona leída o docta que asesora, que asiste y ayuda con su consejo u opinión a las personas que acuden a él en consulta. El Diccionario de sinónimos y antónimos Espasa lo conceptúa también como: consejero, consultor, guía legal, dictaminante, consejero asesor, consiliario y orientador legal.⁵¹

El Acuerdo Gubernativo número 197-2004, Normas de Ética del Organismo Ejecutivo, en el Artículo 3, literal D) define "*Asesor: Quien por virtud de un contrato, presta determinado servicio acorde a su conocimiento y experiencia en determinada rama técnica o profesional en el Organismo Ejecutivo.*"

Es importante mencionar también que se define al asesor o consultor como el "*profesional que provee de consejo experto en un dominio particular o área de experiencia, sea contabilidad, tecnología, ley, recursos humanos, ventas, medicina, finanzas, relaciones públicas, comunicación u otros.*"⁵²

Se concluye definiendo que el asesor es: La persona individual o jurídica que es contratada (el contrato puede ser administrativo o laboral) por una institución del Estado, a tiempo completo o por medio tiempo, para que asesore, aconseje o dictamine dentro del ámbito de su competencia, conforme a las funciones y atribuciones que le asigne la ley y el contrato respectivo a cambio de una remuneración u honorario.

51) Diccionario de sinónimos y antónimos Espasa-Calpe.

52) Enciclopedia libre Wikipedia, <http://es.wikipedia.org>, Consulta: 10/02/2007.

3.4.2. Clases

Legalmente no existe una clasificación de asesor o consultor, por lo que, es importante mencionar que hay tantos asesores o consultores como materias o especialidades, así por ejemplo: asesor en informática, política, de seguros, financiero, de imagen, nutricional, en investigaciones de mercado, de viajes, en Geología, en Economía, jurídico, etc.

En tal sentido, el presente estudio se orienta al asesor jurídico, por lo que se define como el profesional del Derecho, que provee de consejo legal a través del dictamen u opinión jurídica, debido a una solicitud del requeriente o de conformidad con la ley, para que su opinión sirva al que lo requiere para tomar decisiones además para consulta.

3.4.3. Características y requisitos

El Decreto 512 del Congreso de la República, en su Artículo 35 regula que *"Ejercerán la Consultoría: el Procurador General, el Jefe de Sección, los **abogados consultores** adscritos a los Ministerios y dependencias del Ejecutivo y cualesquiera otros **abogados** que llame el Procurador General para dictaminar en casos específicos."* (El resaltado es propio).

Además de ser abogado, hay ciertos requisitos que todo asesor jurídico debe tener, tales como: conocimiento de la legislación,

capacidad de análisis, buena redacción y ortografía, léxico jurídico, amplio criterio, probidad, etc.

3.4.4. Funciones principales del asesor jurídico

El asesor es una figura determinante en la buena labor consultiva, cumple con varias funciones, las cuales son determinadas y dirigidas por su superior, entre ellas: proporcionar consultoría y asesoría en materia legal; analizar y emitir opiniones y dictámenes jurídicos, lo que implica elaborar y/o revisar proyectos de leyes, reglamentos, acuerdos gubernativos, acuerdos, resoluciones, convenios administrativos, estudios jurídicos y/o doctrinarios, entre otros.

3.4.5. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del asesor jurídico o consultor radica en establecer si es un funcionario o empleado público.

La doctrina define al funcionario público como *"aquel trabajador que pertenece a un organismo del Estado, el cual puede representar a cualquier poder público que exista, ya sea el legislativo, el ejecutivo o el judicial.*

*Generalmente, estos organismos son el Gobierno, el Congreso o Parlamento, los tribunales, la Administración pública, y todos aquellos organismos que no pertenezcan al sector privado."*⁵³

El Ministerio de Salud de Lima, Perú considera empleado público a *"toda aquella persona que desempeña su trabajo en cualquiera de las*

53) Enciclopedia libre Wikipedia, <http://es.wikipedia.org.>, 18/02/2007.

*entidades que conforman la función pública, ya sea funcionario, interino, o personal laboral de planilla. La concepción de este término nace de la necesidad de encontrar una definición que agrupe e identifique a los diferentes grupos de trabajadores que prestan servicio en las distintas administraciones, ya sean ministerios, organismos autónomos, municipalidades e instituciones públicas.*⁵⁴

Se entiende por funcionario público *"el personal que labora en las diferentes instituciones públicas de un país"*.

En Guatemala la regulación legal de funcionario y empleado público, se encuentra en el Acuerdo Gubernativo número 18-98, de la Presidencia de la República, Reglamento de la Ley de Servicio Civil, y al referirse a los servidores públicos indica:

"...a) Funcionario Público. Es la persona individual que ocupa un cargo o puesto, en virtud de elección popular o nombramiento conforme a las leyes correspondientes, por el cual ejerce mando, autoridad, competencia legal y representación de carácter oficial de la dependencia o entidad estatal correspondiente; y,

b) Empleado Público: Es la persona individual que ocupa un puesto al servicio del Estado en las entidades o dependencias regidas por la Ley de Servicio Civil, en virtud de nombramiento o contrato expedidos de conformidad con las disposiciones legales, por el cual queda obligada a prestar sus servicios o a ejecutar una obra personalmente a cambio de un salario, bajo la dirección continuada del representante de la dependencia, entidad o institución donde presta sus servicios y bajo la subordinación inmediata del funcionario o su representante."

54) www.minsa.gob.pe/porta/, Ministerio de Salud, Lima, Perú. Consulta: 18/02/2007.

Asimismo está regulado en el Acuerdo Gubernativo número 197-2004, Normas de Ética del Organismo Ejecutivo, en el Artículo 3, que define "A)... B) *Funcionario Público: Quien por disposición de la ley, por elección popular o legítimo nombramiento ejerce cargo o autoridad, calidad, jurisdicción o representación, de carácter oficial en el Organismo Ejecutivo. C) Empleado Público: Quien sin facultades legales de propia determinación, realiza o ejecuta lo que se le ordena o manda o, de acuerdo a dicha subordinación, desempeña labores o funciones públicas en el Organismo Ejecutivo.*"

Al analizar las normas legales y las definiciones expuestas, se observan algunas diferencias entre funcionario y empleado público entre ellas: Mientras que el funcionario público ocupa un "cargo o puesto", el empleado público únicamente ocupa un "puesto y desempeña labores o funciones públicas"; el funcionario ocupa ese cargo o puesto en virtud de "elección popular o nombramiento", en cambio el empleado público ocupa ese puesto en virtud de "nombramiento o contrato"; y por último, el funcionario público "ejerce mando, autoridad, competencia legal y representación de carácter oficial" de la dependencia o entidad estatal correspondiente, mientras que el empleado público está "obligado a prestar sus servicios o a ejecutar una obra" personalmente a cambio de un salario, bajo la dirección respectiva.

Por lo antes expuesto, se puede decir que la naturaleza jurídica del asesor jurídico radica en que el mismo es empleado público, por ser una persona que presta sus servicios o ejecuta una función de

emitir dictámenes u opiniones conforme la autoridad donde presta sus servicios le requiera, sin que medie representación de carácter oficial de su parte ni ejerza mando, autoridad o competencia legal.

Es pues, el asesor jurídico que emite la opinión o el dictamen, el empleado público; y el director o representante del órgano asesor o consultor el funcionario público.

3.4.6. Regulación legal

El Organismo Ejecutivo, como parte del Estado de Guatemala, está conformado por ministerios, secretarías, fondos sociales, concejos, comisionados, etc.; en cada institución mencionada existe un órgano consultor o asesor, el mismo no puede funcionar si no es a través del nombramiento o la contratación de profesionales que cumplan con asesorar dentro del ámbito de su competencia.

El Artículo 36 del Decreto 512 del Congreso de la República señala que *"Se considerarán como Abogados consultores permanentes de la institución, todos aquellos que a cualquier título de asesores, trabajen en los Ministerios y dependencias del Ejecutivo, ya sea en oficinas jurídicas o en departamentos legales o consultivos. Se exceptúan los Consejos Técnicos aunque estén integrados por Abogados"*; siendo oportuno comentar que la ley denomina al asesor como "abogado consultor".

Asimismo el Artículo 37 del Decreto 512 en mención, regula que *"Los Ministerios y Oficinas que tengan abogados consultores a su*

servicio lo harán saber a la Procuraduría General de la Nación para que ésta los incorpore a su Sección de Consultoría, sin necesidad de Acuerdo o nombramiento especial.

El contenido de este artículo es importante, ya que los ministerios y oficinas que tienen abogados consultores deben cumplir con enviar los listados indicados a la Sección de Consultoría, pero también es necesario que en esa Procuraduría se lleve un registro, con el fin de constatar si los asesores se encuentran en calidad de colegiado activo o no, evitando con ello problemas diversos que podrían suscitarse como lo sería el de invalidar un dictamen u opinión porque al momento de emitirlo dicho abogado se encontraba inactivo en el colegio respectivo.

También es importante mencionar que de conformidad con el artículo 35 del Decreto 512 referido, en Guatemala ejercen la Consultoría:

- El Procurador General de la Nación.
- El Jefe de la Sección de Consultoría de la Procuraduría General de la Nación.
- Los abogados consultores adscritos a los Ministerios y dependencias del Ejecutivo, y
- Cualesquiera otros abogados que llame el Procurador General de la Nación para dictaminar en casos específicos.

3.4.7. Responsabilidad al emitir el dictamen

El dictamen que emita el órgano consultivo, no implica responsabilidad al asesor o al cuerpo consultor que lo emite, pues el asesor no ejecuta nada, sino que solamente opina, sugiere, aconseja o propone. El funcionario a quien se dirige el dictamen, es quien ejecuta el acto administrativo por medio de la resolución final.

Además, vale agregar que las leyes pueden interpretarse dependiendo el punto de vista del asesor, de ahí surgen varios criterios, los que puede que sean compartidos o no, por otra entidad del Estado, por un juez, etc. por lo tanto el asesor no puede ser responsable de su criterio, que otro lo puede tener diferente.

Se comparte el criterio del jurista guatemalteco Hugo Calderón Morales, al explicar que, en el caso del dictamen vinculante, *"la ley obliga a pedir el dictamen al órgano consultivo y también obliga a basar su resolución o acto administrativo en el dictamen. Esta clase de dictámenes es cuestionable, por cuanto la responsabilidad en las decisiones administrativas es del administrador y da la impresión que si los dictámenes fueran todos vinculantes no le queda al órgano con competencia la decisión sino quedaría en manos del consultor la decisión final y sin ningún tipo de responsabilidad frente a particulares"*.

Además como se ha indicado en este estudio, el propósito del dictamen u opinión consiste en orientar o externar un parecer y para el asesor no conlleva la actividad de tomar decisiones dentro del actuar administrativo; siendo así, es indiscutible que el dictamen u opinión jurídica no constriñe de responsabilidad alguna a quien

lo emitió, pues sólo se emite el consejo pero ello no significa que se resuelva conforme a lo opinado.

Es oportuno exponer el criterio del jurista Miguel S. Marienhoff, quien señala que *"Si así no fuere, al dictamen -actividad "lícita" del órgano consultivo- de hecho estarían asignándosele consecuencias propias de la "instigación" -actividad "ilícita"-, temperamento que rechaza la lógica jurídica. "Asesoramiento" e "instigación" son conceptos jurídicamente distintos: lícito el primero, ilícito el segundo. El "instigador", por principio, responde del hecho del instigado; en cambio, el mero órgano consultivo, por principio, no es responsable por las consecuencias de su dictamen."*

Dos situaciones deben considerarse en cuanto a la responsabilidad por la emisión del dictamen jurídico:

- a) Que el dictamen jurídico sea vinculante (este tipo de dictámenes no existe en Guatemala): pues la única forma para que sea vinculante, es que la ley indique que debe resolverse conforme a lo opinado en el dictamen, en este caso, hay responsabilidad para el asesor que emitió tal consejo.
- b) Que la ley señale un plazo específico para emitir el dictamen. Tal el caso de los dictámenes analizados en este estudio.

3.5. Principios legales que deben observarse al emitir un dictamen

Con anterioridad se listaron las características del dictamen, ahora se desarrollan los principios que deben observarse para emitirlo; siendo oportuno aclarar que características y principios, no es lo mismo, ya que las primeras son particularidades que sirven para distinguir al dictamen de otros hechos o actos administrativos y los segundos, son los parámetros que deben tener en cuenta para la emisión de éstos, ya que su inobservancia haría que el dictamen no esté emitido conforme a las disposiciones legales.

Para estudiar estos principios, es necesario recurrir a la legislación pertinente, por lo que se trae a colación la siguiente:

- La Constitución Política de la República de Guatemala como ley suprema del Estado, en su preámbulo se enumeran principios fundamentales, entre ellos: legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz.
- El Artículo dos del Decreto número 119-96 del Congreso de la República, Ley de lo Contencioso Administrativo establece: *"Principios. Los expedientes administrativos deberán impulsarse de oficio, se formalizarán por escrito, observándose el derecho de defensa y asegurando la celeridad, sencillez y eficacia del trámite. La actuación administrativa será gratuita"*.
- El Artículo cuatro del Decreto número 114-97 del Congreso de la República, Ley del Organismo Ejecutivo, estatuye: *"Principios que rigen la función administrativa. El fin supremo del Estado es el bien común y las funciones del Organismo Ejecutivo han de ejercitarse en orden a su consecución y con arreglo a los principios de solidaridad, subsidiariedad, transparencia, probidad, eficacia, eficiencia, descentralización y participación ciudadana."*

- El Acuerdo Gubernativo número 197-2004, Normas de Ética del Organismo Ejecutivo” en el quinto considerando establece *“Que los funcionarios y empleados del Organismo Ejecutivo son el eje de la Administración Pública y que su función debe atender a principios de probidad, responsabilidad, honestidad, lealtad, solidaridad, transparencia, integridad, discreción, rectitud, imparcialidad, veracidad, austeridad, accesibilidad, disponibilidad, descentralización, celeridad, diligencia, disciplina, eficiencia, eficacia, calidad, respeto, prudencia, decoro, y honradez”.*

Esta legislación es importante porque nos referimos en nuestro estudio, a los actos administrativos, a la administración central y específicamente al dictamen jurídico que está inmerso dentro del expediente administrativo.

Con base en las leyes citadas, los principios que se deben tener en cuenta para emitir el dictamen jurídico, son los siguientes:

3.5.1. De legalidad

Es uno de los principios generales del Derecho Administrativo, ya que toda actuación administrativa debe estar basada en ley, ello incluye al dictamen tanto técnico como legal.

El asesor que actúa en nombre del órgano consultor debe actuar basado en la ley y el dictamen que emita debe fundamentarlo en el principio de legalidad, porque entonces la autoridad administrativa resuelve de acuerdo a lo que la ley le autoriza.

3.5.2. De elaboración escrita

Todo dictamen debe hacerse en forma escrita para que pueda ser presentado como prueba si fuere el caso y para que quede constancia de lo opinado.

La oralidad en el dictamen jurídico se excluye, dado que si el órgano consultor emite la opinión en forma verbal, el mismo no adquiere calidad de dictamen, sino simplemente es una asesoría en donde el asesor manifiesta su criterio sobre un asunto, en ese caso sería una simple consulta y no un dictamen.

Refiriéndose a los principios del derecho administrativo, el profesor Castillo González manifiesta que *"el dictamen oral está descartado en la administración pública guatemalteca, evitando transgredir la seguridad del interesado en cuanto no deja constancias. Dejando conocimiento por escrito también de la emisión del dictamen o la opinión y de su remisión así como el visto bueno de la Procuraduría General de la Nación"*.

Definitivamente, el dictamen jurídico debe ser escrito, de conformidad con el Artículo 38, del Decreto 512 del Congreso de la República que establece *"Cuando un Ministerio o dependencia del Ejecutivo requiera opinión consultiva de carácter jurídico, mandará pasar el asunto de que se trate a su abogado consultor y, si no lo tuviere, a la Sección de*

*Consultoría. En el primer caso, el abogado consultor **extenderá y suscribirá** (El resaltado es propio) su dictamen a nombre de la institución y lo pasará al visto bueno del Procurador General.”* Al respecto es oportuno mencionar la definición que la Real Academia Española le otorga a los términos “extender” y “suscribir”.

Define “suscribir” como “*Firmar al pie o al final de un escrito. Convenir con el dictamen de alguien.*” Y se define “extender” como “*Poner por escrito y en la forma acostumbrada una escritura, un auto, un despacho, etc.*”⁵⁵ Claro está, que la elaboración del dictamen debe ser en forma escrita, además la ley citada también establece que todo dictamen que no fuere emitido por el Procurador General deberá llevar su visto bueno y ¿cómo, si no de forma escrita que se otorgará ese visto bueno?.

Los funcionarios públicos pueden solicitar la consulta legal en forma verbal, pero la respuesta a través del dictamen debe hacerse en forma escrita para darle legalidad a la consulta formulada.

3.5.3. De celeridad y sencillez

Consisten en la rapidez o premura que debe observar el órgano consultor al momento de elaborar el dictamen jurídico, evitando trámites burocráticos contrarios a la administración pública moderna.

55) **Diccionario de la Real Academia Española**. 22ª. edición.

Con el propósito de disminuir las ostentosas diligencias que se realizan en la administración pública al emitir todo dictamen jurídico, los principios de celeridad y sencillez deben observarse para evitar la lentitud, la excesiva cantidad de trámites dentro de la administración pública, permitiendo con ello el aprovechamiento de tiempo y recursos del Estado.

El asesor jurídico no debe tan sólo, emitir el dictamen con eficiencia, eficacia y probidad, sino que también debe observar el rendimiento, sin olvidar que ***elaborar dictámenes jurídicos prontamente, no significa elaborarlos defectuosamente.***

Al tener oportunamente el dictamen para resolver los asuntos que sometan a conocimiento de los administradores, el órgano consultor evita conflictos y posibles daños a los interesados.

3.5.4. De petición

Para la emisión del dictamen jurídico, debe haber una petición o requerimiento verbal o por escrito, esta última puede hacerse a través de oficio, providencia, hoja de trámite, correo electrónico, etc. y la puede solicitar un ministro, un viceministro, un director, el funcionario de una secretaría del Estado, u otra entidad Estatal.

No obstante, en la administración pública puede emitirse el dictamen de oficio, como ya se expuso⁵⁶; el mismo es ordenado

56) Ver punto 2.3.2.1. pág. 36 de este estudio.

y no requerido y surgen únicamente dentro del órgano consultor.

Por último, es importante pero no obligatorio, que la solicitud sea en forma escrita, ello para tener el respaldo documental y así identificar las solicitudes en el apartado de "antecedentes", eso sí, es importante aclarar que, en ningún momento se debe sugerir la forma en que se debe opinar.

3.5.5. De eficacia o eficiencia

Como se indicó, en la introducción de los principios que deben observarse al emitir un dictamen, la Ley del Organismo Ejecutivo, regula algunos principios que rigen la función administrativa, entre ellos la eficacia y la eficiencia de forma separada, no obstante el Diccionario de la Real Academia Española, define ambos términos con mismos significados: eficacia es la "*Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera*" y la eficiencia es la "*Capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado*".

El profesor Calderón Morales manifiesta que "*La importancia de la eficacia reside en que una buena administración sólo es válida cuando es eficaz*". Y que "*la eficiencia es la virtud que se tiene para lograr algo y eficiente el que produce realmente un efecto. Traducida la eficiencia a la administración, significa que la eficiencia del órgano administrativo, depende de la virtud que tienen sus funcionarios para la prestación del servicio público y que al ejercer la función administrativa va a producir un efecto y el efecto deseable es el cumplimiento de los fines de la administración*".

pública, EL BIEN COMÚN o BIENESTAR GENERAL, plasmado como fin último, del Estado a través del Organismo Ejecutivo y sus órganos”.

Un dictamen deficiente y superficial no es útil, ni atendible, por lo que el asesor debe observar este principio de eficacia, pretendiendo que el dictamen “logre el efecto que se desea o se espera”, es decir que transmita un consejo beneficioso, positivo, provechoso y que cumpla el propósito por de aconsejar, proponer recomendaciones, responder a interrogantes, dar soluciones, etc., para que al final, la decisión que se adopte este apegada al régimen jurídico guatemalteco.

3.5.6. De gratuidad

La actuación administrativa es gratuita y no debe representar gastos a los interesados, en otras palabras, el requirente del dictamen no tiene que pagar una tarifa, tasa o cuota para la emisión del mismo.

Es pues, prohibido cobrar por la emisión del dictamen, ya que para ello se contratan asesores o consultores a quienes se les paga su salario u honorarios.

El Artículo cuatro de la Ley de lo Contencioso Administrativo señala que *"la actuación administrativa será gratuita"*, es decir sin cargo alguno para los interesados, ya que el fin supremo del Estado es la satisfacción de determinada necesidad de interés general, a través de los servicios públicos, es decir que el Estado no persigue fines lucrativos.

3.5.7. De solidaridad

Consiste en *"la identificación personal con una causa o con alguien, ya por compartir sus aspiraciones, ya por lamentar como propia la adversidad ajena o colectiva"*.⁵⁷

Por su parte el profesor Hugo Calderón señala que *"Según este principio, la solidaridad es de los entes del Estado para con los administrados."*

"En la ciencia del Derecho, se habla de que algo o alguien es solidario, sólo entendiéndolo a éste dentro de «un conjunto jurídicamente homogéneo de personas o bienes que integran un todo unitario, en el que resultan iguales las partes desde el punto de vista de la consideración civil o penal». Dentro de una persona jurídica, se entiende que sus socios son solidarios cuando todos son individualmente responsables por la totalidad de las obligaciones. Para el derecho, la solidaridad implica una relación de responsabilidad compartida, de obligación conjunta".⁵⁸

El profesor Jorge Mario Castillo González manifiesta que el principio de solidaridad *"obliga a funcionarios y empleados públicos a mantener constante adhesión al bien común y a los intereses y aspiraciones comunes, en la búsqueda de soluciones a los problemas nacionales."*

57) Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas y políticas**, pág. 720.

58) García-Pimentel Ruiz, Francisco, **El principio de solidaridad** www.monografias.com actualizado al 09/02/07.

En base a lo expuesto, se puede aplicar este principio de solidaridad al dictamen, debiendo para eso señalar dos puntos importantes al respecto:

- En primer lugar, todo órgano asesor, debe identificarse con la causa o el asunto que está tratando y del cual emitirá su consejo. Es importante que vaya enfocado no precisamente a beneficiar a alguien específico, para no contrariar la imparcialidad en la administración pública, pero sí, enfocado a evitar daños o perjuicios a cualquiera de los interesados.
- En segundo lugar, el órgano asesor se constituye en una unidad, en el que los involucrados en la emisión del dictamen, resultan como consultores solidarios frente a la totalidad de la opinión, no solo en un dictamen colegiado o conjunto sino también en un dictamen unipersonal.

3.5.8. De transparencia

Transparencia, "es algo que no se puede ocultar, que se puede ver a simple vista, que no hay forma de ocultarlo. La transparencia se refiere que los órganos de la administración pública no deben ocultar nada a sus gobernantes, transparencia, significa que los gobernantes no pueden ni deben ocultar nada a sus gobernados. Este principio es el mismo que encontramos en el Procedimiento Administrativo,

*que se refiere al trato justo y juego limpio, que implica que la administración no debe ocultar nada a los particulares.*⁵⁹

*Este principio, "obliga a funcionarios y empleados públicos a dejar ver públicamente la intención de la gestión administrativa."*⁶⁰

El Artículo cinco del Acuerdo Gubernativo número 197-2004, Normas de Ética del Organismo Ejecutivo, señala que *"En el desempeño de sus funciones, los funcionarios, empleados públicos y asesores del Organismo Ejecutivo deberán actuar íntegra y transparentemente, debiendo velar porque todas sus actuaciones y las de sus subalternos respondan a los principios y valores que inspiran las presentes normas,..."*

Tanto el asesor jurídico ponente como la autoridad superior del órgano asesor, deben actuar franca y limpiamente, sin ocultar conocimientos o documentación y conforme a la ley. Por ejemplo, el asesor jurídico que previo a emitir el dictamen, acuerda con uno de los interesados enfocarlo a manera de favorecerle y dicha circunstancia la saben sus autoridades superiores, tal situación denota la falta de observación al principio de transparencia.

59) Calderón Morales, Hugo Haroldo, **El derecho constitucional y el derecho administrativo en Guatemala**, V Foro iberoamericano de derecho administrativo.

60) Castillo González, Jorge Mario, **Ley del Organismo Ejecutivo comentada**, pág. 13.

3.5.9. De probidad

La probidad significa que *"los funcionarios de la Administración Pública en general deben tener rectitud e integridad en sus actos. La probidad es la regla ética de la conducta de los funcionarios públicos, en ejercicio de sus actos y fuera de ellos, la persona proba lo es en todo sentido"*.⁶¹

Respecto a este principio, es oportuno mencionar que dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, el Congreso de la República, emitió el Decreto 89-2002, "Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos", la cual tiene por objeto crear normas y procedimientos para transparentar el ejercicio de la administración pública y asegurar la observancia estricta de los preceptos constitucionales y legales en el ejercicio de las funciones públicas estatales.⁶²

A la luz de lo apuntado en los párrafos precedentes, es importante que en todo órgano asesor y consultor del Estado, se observe el principio de probidad y se dé cumplimiento a la ley citada, ayudando y orientando al asesor para que su actuar sea recto conforme a los preceptos legales, pues de no actuar con probidad se corre el riesgo de incurrir en corrupción, un mal endémico contrario al bien común.

61) Calderón Morales, Hugo Haroldo, **El derecho constitucional y el derecho administrativo en Guatemala**, V Foro iberoamericano de derecho administrativo.

62) Artículo 1 del Decreto 89-2002 del Congreso de la República, Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos.

3.5.10. De publicidad

La Real Academia Española, define "publicidad" como la *"Cualidad o estado de público."* y "público", como *"Notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos."*

El Artículo 30 de la Constitución Política de la República de Guatemala, regula: *"Todos los actos de la administración son públicos. Los interesados tienen derecho a obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, reproducciones y certificaciones que soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional, o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia".*

Por otra parte el Acuerdo Gubernativo número 645-2005 y su reforma, contiene las Normas Generales de Acceso a la Información Pública en el Organismo Ejecutivo y sus Dependencias y establece que: *"El objeto de las presentes normas lo constituyen el:*

- a) Proveer lo necesario para que toda persona pueda tener acceso a la información pública en el Organismo Ejecutivo y sus dependencias, mediante procedimientos sencillos;*
- b) Transparentar la gestión pública mediante la difusión de la información que se genera en el seno de la administración pública;*

c) Favorecer la rendición de cuentas a los ciudadanos, de manera que puedan valorar el desempeño de los funcionarios públicos.”

El Artículo cinco del Acuerdo Gubernativo número 197-2004, Normas de Ética del Organismo Ejecutivo, señala que *"En el desempeño de sus funciones, los funcionarios, empleados públicos y asesores del Organismo Ejecutivo deberán actuar íntegra y transparentemente,... debiendo documentar todos los actos de su gestión, permitiendo la publicidad de los mismos, salvo las excepciones establecidas en la Constitución Política de la República de Guatemala, en aras de honrar el cargo que ocupan y de fortalecer el respeto y la credibilidad en el Organismo Ejecutivo."*

El principio de publicidad permite el acceso a la información, el cual es muy importante para el fortalecimiento de la democracia de un país, es entonces, menester que el contenido del dictamen u opinión sea entendible para todo ciudadano, ya que el mismo es público y no puede negarse la obtención de una copia al que demuestre ser el interesado, porque legalmente no deben emitirse dictámenes secretos, ya que ello atenta contra el principio constitucional de publicidad, antes citado.

3.5.11. De lógica jurídica

La lógica jurídica es preponderante emplearla en la emisión de la opinión o el dictamen jurídico, ya que a través de ella, todo jurista capta ideas del conocimiento jurídico y obtiene los conceptos que adelante serán aplicados en el consejo legal.

Para el jurista argentino, Olsen Antonio Ghirardi, la Lógica es *"un instrumento que nos previene del error y que nos permite razonar correctamente. Por eso, es un auxiliar singularmente importante cuando pensamos y cuando expresamos nuestros pensamientos."*

En ese sentido, consideramos que en el desarrollo del dictamen se demanda sentido común, para formular propuestas, dar asesoramiento, plantear recomendaciones y opinar sobre lo que se pide, sin viciar el dictamen con exageraciones ni lagunas.

Por ello, en la emisión de todo dictamen debe evitarse incurrir en el vicio de *infra petita*⁶³ o en el vicio de *plus* o *ultra petita*⁶⁴, es decir, el dictamen no debe contener más ni menos de lo que se nos pide, sino que se requiere emplear la lógica jurídica para emitir el consejo legal en forma técnica, legal, etc.

Además, es de hacer notar que, no sólo es importante la lógica jurídica sino también la experiencia, tanto así que algunos estudiosos consideran que la principal fuente del conocimiento jurídico es la experiencia, mientras que otros consideran que es la razón. Para el doctor argentino Olsen Antonio Ghirardi, *"ninguna ciencia puede privarse de la Lógica y de la experiencia"* y señala también que *"a) la Lógica, aplicada al Derecho, es la garantía formal de la corrección del"*

63) *Infra petita*: Locución latina o latinazgo usada en castellano moderno, que significa que hay carencia de lo pedido, es decir "menos de lo pedido".

64) *Ultra petita* o *plus petita*: Locución latina o latinazgo usada en castellano moderno, que significa que hay exceso o demasiado de lo pedido, es decir "Más allá de lo pedido".

pensamiento jurídico; b) la experiencia, por su parte, nos muestra el sentido sustancial de la evolución del Derecho. En este punto, la experiencia guía la dirección en la cual se moviliza. Mediante ella valoramos los cambios, la evolución o la involución del Derecho y su adecuación a las necesidades de la sociedad."

Se considera pues, que tanto la experiencia como la lógica, son importantes y ambas se enlazan en el desarrollo de un buen dictamen jurídico, por ello se comparte la opinión del profesor Castillo González, que indica que *"el buen dictamen se basa principalmente en la cultura y la experiencia del Abogado. No sólo en experiencia sino también en un análisis legal"*.

3.6. Validez e importancia del dictamen

En la mayor cantidad de procesos o procedimientos administrativos, los dictámenes jurídicos son valiosos y necesarios por su contenido, que consiste en opinar, aconsejar, recomendar, proponer o asesorar por parte de profesionales con vasta experiencia, quienes después de un acucioso análisis se pronuncian. Ese pronunciamiento puede orientar al funcionario público que a diario toma decisiones dentro del actuar administrativo; y obviamente esas decisiones deben estar apegadas al ordenamiento jurídico, caso contrario, incurriría en responsabilidad penal, administrativa y de otra índole.

La legislación guatemalteca, establece algunas normas en las que requiere la emisión de un dictamen jurídico, por ejemplo:

- El Artículo 159 del Decreto número 6-91 del Congreso de la República, Código Tributario, dispone: *"El Ministerio de Finanzas Públicas, al recibir*

las actuaciones que motivaron el recurso de revocatoria o después de la presentación del recurso de reposición, recabará dictamen de la Unidad de Dictámenes en Recursos Administrativos...".

- El Artículo 18 del Acuerdo Gubernativo número 1056-92, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en cuanto a las contrataciones necesarias y urgentes para resolver situaciones de interés nacional o beneficio social, establece que *"...Previo a la emisión del acuerdo, deberá obtenerse la opinión favorable de las entidades siguientes: a)...; b)...; c) Del Ministerio de Finanzas Públicas, para compatibilizar los recursos económicos que, requiera la negociación con los contemplados en el presupuesto general de ingresos y egresos del Estado."*
- El Artículo 25, del Reglamento referido en el párrafo anterior establece que para el Contrato Abierto *"A)...; B) El Ministerio de Finanzas Públicas emitirá opinión jurídica sobre las respectivas bases de cada concurso, posteriormente las instituciones requirentes manifestarán su anuencia por escrito al contenido de los documentos de contrato abierto para continuar con el procedimiento de contratación."*

Los artículos citados y otras disposiciones que fueron mencionados en este estudio,⁶⁵ evidencian desde el punto de vista legal, la importancia y validez del dictamen y la opinión jurídica en la administración pública.

Para el profesor Castillo González *"actualmente, los dictámenes han sido desplazados por los memorandos, por una razón: el funcionario no cuenta con tiempo disponible para enterarse de estudios minuciosos, detallados y extensos. El funcionario espera una opinión concreta, breve, que con pocas palabras le de orientación jurídica. La información*

65) Ver dictámenes obligatorios en este estudio, punto 2.3.4.2. pág. 45.

impone la validez del dictamen con forma de memo en que estará la opinión del Abogado, con menos formalidades”.

Al respecto, vale acotar que se difiere de ese punto de vista, ya que dictaminar u opinar a través de un memorandum no es lo correcto, por ser un documento informal que si bien es cierto, es oficial, a diferencia del dictamen *“se usa para pedir o entregar información de manera rápida y sumaria, únicamente se usa internamente dentro de una dependencia y se utiliza generalmente entre jefes de dependencias de igual o menor jerarquía”*. Además *“constituye la vía más práctica para la tramitación y ejecución de órdenes funcionarias u otra clase de materias.”*⁶⁶ En cambio, el dictamen se utiliza para dar una opinión, no sólo es de uso interno, lo emite un órgano consultor para remitirlo a la autoridad solicitante y no lleva implícita orden alguna (simplemente un consejo). Además, el dictamen u opinión se compone de los apartados siguientes: asunto, antecedentes, fundamento legal, análisis del caso, opinión, destinatario, entre otros y el memorandum únicamente debe contener: remitente, destinatario, asunto y mensaje. Lo anterior, hace que con más frecuencia, el dictamen u opinión adquiera mayor importancia en la administración pública.

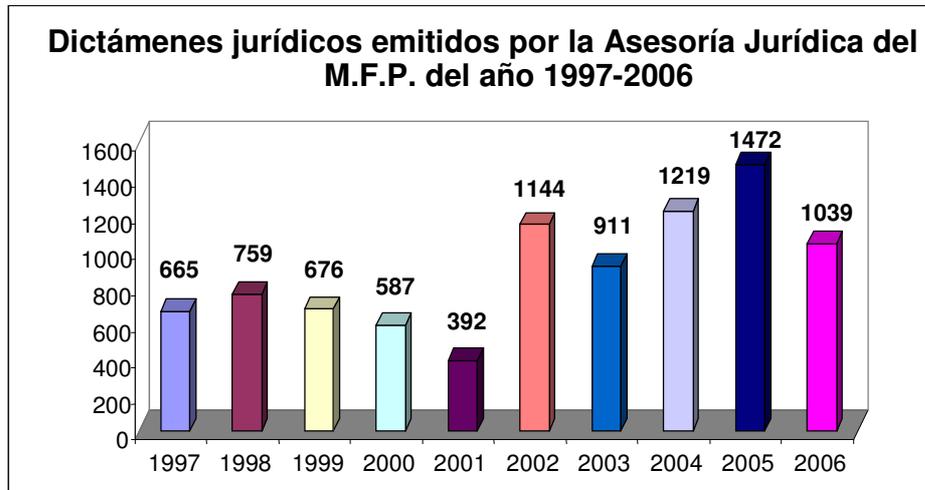
Para efectos del presente estudio, se hace referencia que en la Unidad de Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas, (antes Dirección de Asuntos Jurídicos), es de suma importancia la emisión de dictámenes y opiniones, puesto que la cantidad aproximada de dictámenes u opiniones jurídicas que se han emitido en los últimos 10 años, es la siguiente:

66) Centro Educativo Sagrado Corazón, Educación Técnico Profesional, **Documentos oficiales**, www.puc.cl/related/atees/chile/web_cheque/documento/doc_ofic.doc.

AÑO	CANTIDAD
1997	665
1998	759
1999	676
2000	587
2001	392
2002	1144
2003	911
2004	1219
2005	1472
2006	1039

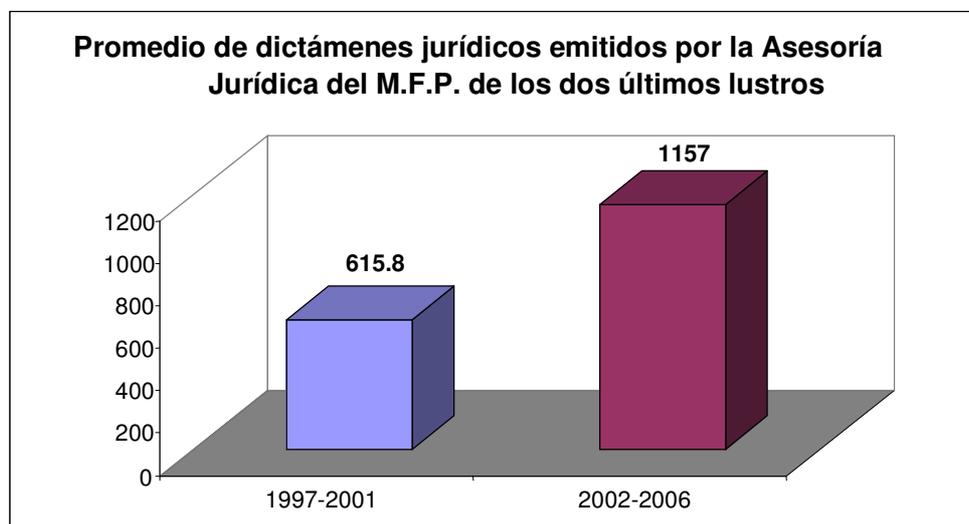
En el siguiente gráfico se muestra el aumento que han tenido los dictámenes jurídicos en la última década, determinándose que el crecimiento de solicitudes de los mismos ha permitido visualizar su importancia.

En la última década, el crecimiento que se ha tenido en la emisión de dictámenes u opiniones ha sido de un 36%.



Asimismo, se observa en la gráfica, que en los datos que se presentan, entre el año 2001 y 2002 hubo un repunte porcentual ⁶⁷ del 65.74.

En la siguiente gráfica, se observa el promedio de dictámenes emitidos en los últimos dos lustros.



67) Repunte porcentual: Subida o aumento que experimenta cualquier hecho, fenómeno o proceso. (Diccionario de la Real Academia Española, 22ª. edición).

Como se muestra en la figura, dado que el primer lustro (1997 a 2001), el promedio de dictámenes emitidos fue de 615.8 y el segundo lustro (2002 a 2006) el promedio fue de 1,157; se determina que el aumento de emisión en dictámenes por lustro es de 53.22%.

Con tales cifras se evidencia la importancia de los dictámenes y que además estos no han sido desplazados ni han perdido validez alguna, pues aunque existan documentos oficiales más sumarios, la autoridad siempre esperará un consejo legal más serio y formal, ya que la mayoría de decisiones administrativas se toma con base en dictámenes.

CAPÍTULO IV

4. El dictamen jurídico emitido por la Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas y el objeto del otorgamiento del visto bueno de la Procuraduría General de la Nación

4.1. El Ministerio de Finanzas Públicas

4.1.1. Historia

El 7 de octubre de 1825, cuatro años después de la independencia patria, se crea la Dirección General de Hacienda, dependencia del Despacho de Guerra y Hacienda. Dos años después, se le cambió su denominación social a Secretaría de Hacienda y Crédito, más tarde, el 27 de abril de 1945, se le denominó Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Después se hizo una separación de las funciones y atribuciones y se cambió la denominación social de Ministerio de Hacienda y Crédito Público a Ministerio de Finanzas Públicas, legalmente constituido a través del Decreto 106-71 del Congreso de la República de Guatemala, emitido el 8 de diciembre de 1971 y publicado el 20 del mismo mes y año en el Diario de Centro América, en el que se establece la integración del sector público financiero y que a partir de la vigencia de esa Ley, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se denominará Ministerio de Finanzas Públicas y la Dirección General de Rentas Internas y la Dirección General de Aduanas, eran las responsables de todo lo relacionado con la política fiscal.

El Ministerio de Finanzas Públicas, desde el punto de vista político, es la institución gubernamental a cargo del Tesoro, que tiene la responsabilidad de velar por su justa y equitativa planificación, ejecución y transparencia y de fijar y desarrollar las políticas de la administración financiera de los recursos del Estado.⁶⁸

Desde el punto de vista legal, de conformidad con el Artículo 35 del Decreto número 114-97, del Congreso de la República, al Ministerio de Finanzas Públicas le corresponde *"cumplir y hacer cumplir todo lo relativo al régimen jurídico hacendario del Estado, incluyendo la recaudación y administración de los ingresos fiscales, la gestión de financiamiento interno y externo, la ejecución presupuestaria y el registro y control de los bienes que constituyen el patrimonio del Estado;"*.

Actualmente la estructura general interna, organización y funciones administrativas del Ministerio de Finanzas Públicas, en congruencia con lo establecido en la Ley del Organismo Ejecutivo, se encuentra regulada en el Reglamento Orgánico Interno contenido en el Acuerdo Gubernativo número 382-2001 de la Presidencia de la República, publicado en el Diario de Centro América el 20 de septiembre de 2001, el cual derogó el Acuerdo Gubernativo número 476-2000, de fecha 10 de octubre del 2000, ya que este último no reflejaba de manera adecuada la estructura interna y organización del Ministerio, ni proyectaba convenientemente su estructura interna, funciones y mecanismos de coordinación.⁶⁹

68) <http://www.minfin.gob.gt>, Consulta: 12/03/2007.

69) Segundo considerando y artículo 2 del Acuerdo Gubernativo No. 382-2001 de la Presidencia de la República.

Está integrado por 16 dependencias, entre ellas: la Dirección de Análisis y Estudios Económicos y Fiscales, la Dirección de Catastro y Avalúo de Bienes Inmuebles, la Dirección de Crédito Público, la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la Dirección Técnica del Presupuesto, la Tesorería Nacional y la Unidad de Asesoría Jurídica, entre otras.

De esta última dependencia, nos referiremos con más precisión, ya que es allí donde emana la función de asesoría y consultoría en materia legal al referido Ministerio de Finanzas Públicas; a lo que vale agregar que la función asesora inició, en la mayor parte de países en el Ministerio de Hacienda o Finanzas Públicas, como se explicó anteriormente.

4.2. La Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas

El Manual de Derecho Administrativo, señala que dentro de los ministerios de Estado existen algunas direcciones que su labor es a nivel de asesoría, es decir que son eminentemente técnicas, y señala como ejemplo, la Dirección de Asuntos Jurídicos.⁷⁰

En ese sentido, estudiemos específicamente algunos elementos de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas, por ser la misma, objeto de nuestro estudio.

70) Balbé Manuel y otros, **Manual de derecho administrativo**, pág. 144

4.2.1. Antecedentes

La Dirección de Asuntos Jurídicos fue creada mediante Acuerdo Ministerial de fecha 28 de diciembre de 1979, Reglamento de la Dirección de Asuntos Jurídicos, el cual fue publicado en el Diario de Centro América el 10 de enero de 1980, emitido por el entonces Ministro de Finanzas Públicas, Hugo Tulio Búcaro García.

El Artículo uno, de dicho Acuerdo señala que dicha Dirección se creó *"con carácter técnico, como dependencia del Ministerio de Finanzas Públicas"*, y en el Artículo cinco, que entre sus funciones estaban *"a) Coordinar y uniformar la opinión jurídica de los distintos departamentos; b) Evitar que se emitan dictámenes o resoluciones contradictorios. Sin embargo en forma razonada podrá apartarse de los precedentes, ya que estos no vinculan a la Administración Pública; y c) Prestar el auxilio necesario, cuando recibiere instrucciones de la superioridad a otros organismos o ministerios de Estado e instituciones autónomas o semiautónomas."*

El Acuerdo referido, sufrió algunas modificaciones y adiciones, a través de los Acuerdos Ministeriales de fecha 30 de enero de 1980 y el 26-86, de fecha 13 de enero de 1986, emitido por el Ministro de Finanzas Públicas, Ariel Rivera Irias y el Acuerdo Gubernativo número 1253-90, de fecha 17 de diciembre de 1990. A través de este último se adicionó al Reglamento de la Ley del Ministerio de Finanzas Públicas, la incorporación de la Dirección de Asuntos Jurídicos. Este acuerdo le asignó la función específica de coordinar el trabajo técnico jurídico del

Ministerio de Finanzas Públicas con la finalidad de unificar los distintos criterios doctrinarios, legales o reglamentarios, de los asesores o consultores jurídicos, estableció la organización legal interna de la Dirección y se dispuso la emisión del Reglamento Interno de la Dirección de Asuntos Jurídicos, con el objeto de normar adecuadamente su organización y actividades.

El 8 de enero de 1991, mediante Acuerdo Ministerial número 1-91, el Ministro de Finanzas Públicas, Marciano Castillo González, emite el Reglamento Interno de la Dirección de Asuntos Jurídicos, derogando los Acuerdos de fechas 28 de diciembre de 1979, 30 de enero de 1980 y el 26-86 del 13 de enero de 1986.

Finalmente el 28 de julio de 1995, la Ministra de Finanzas Públicas, Ana Ordóñez de Molina, emite el Acuerdo Ministerial número 19-95, que contiene el Reglamento Interno de la Dirección de Asuntos Jurídicos, el cual fue publicado en el Diario de Centro América, el 8 de agosto de 1995 y señala en sus considerandos, que se acuerda dicho reglamento por lo siguiente:

- *"Que como parte del Programa de Modernización Tributaria que está aplicando el Ministerio de Finanzas Públicas, reviste especial importancia la reorganización y reestructuración administrativa de sus distintas dependencias, para obtener mayor eficiencia y efectividad;*

- *Que la Dirección de Asuntos Jurídicos es la dependencia del Ministerio de Finanzas Públicas, que como órgano consultor y asesor tiene a su cargo la función de unificar los criterios técnico jurídicos esenciales en la política financiera de la institución, el reclamo judicial de las obligaciones tributarias incumplidas y la defensa de los intereses de la administración tributaria;*
- *Que una dependencia de tal importancia dentro de la estructura administrativa del Ministerio de Finanzas Públicas, debe constar con un instrumento legal actualizado que le permita cumplir con las especiales funciones y atribuciones que le han sido asignadas;”.*

El referido Acuerdo, modifica sustancialmente la organización de la Dirección y redefine sus funciones y atribuciones; quedando en consecuencia derogado el Acuerdo Ministerial número 1-91 que contenía el reglamento interno anterior.

El 11 de septiembre de 2001, se emitió el Acuerdo Gubernativo número 382-2001, Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas, mismo que en el Artículo 15, regula a la Asesoría Jurídica como la dependencia responsable de las acciones de consultoría y asesoría en materia legal a dicho Ministerio; esta disposición legal derogó taxativamente el Acuerdo Ministerial número 19-95, Reglamento Interno de la Dirección de Asuntos Jurídicos y cambia el nombre de Dirección de Asuntos Jurídicos, en consecuencia en el referido artículo

15, se estatuye a la Unidad de Asesoría Jurídica como una unidad "staff"⁷¹, igual que la Unidad de Auditoría Interna.

4.2.2. Fundamento legal

El Artículo 15, del Acuerdo Gubernativo número 382-2001, Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas, establece que la Asesoría Jurídica *"es la dependencia del Ministerio de Finanzas Públicas responsable de las acciones de consultoría y asesoría en materia legal al Ministro, Viceministros, Direcciones, Unidades y demás dependencias administrativas, con el objeto que las actuaciones institucionales estén apegadas a la ley"*.⁷²

4.2.3. Estructura organizacional

Es oportuno señalar que respecto a la organización de una dirección, el profesor Castillo González manifiesta que *"dependiendo de la división del trabajo, puede integrarse con Director, Subdirector, Jefe Administrativo o Secretario General, Jefes de Departamento, Jefes de Sección, Jefes de División y Comisiones, Comités o Unidades Ejecutivas. La anterior organización corresponde a la dirección con alta división del trabajo. Dependiendo del volumen de labores y del tamaño de la organización pueden excluirse de la estructura, las*

71) Unidad "staff": Es decir que dentro de la estructura orgánica del Ministerio de Finanzas Públicas, no está en línea directa con el despacho superior como el resto de las direcciones, sino que pertenece o es parte de dicho Nivel Superior. (Según el Título II, Capítulos I, II y III del Acuerdo Gubernativo No.382-2001, Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas, la Asesoría Jurídica está dentro del nivel de Asesoría y Planeamiento).

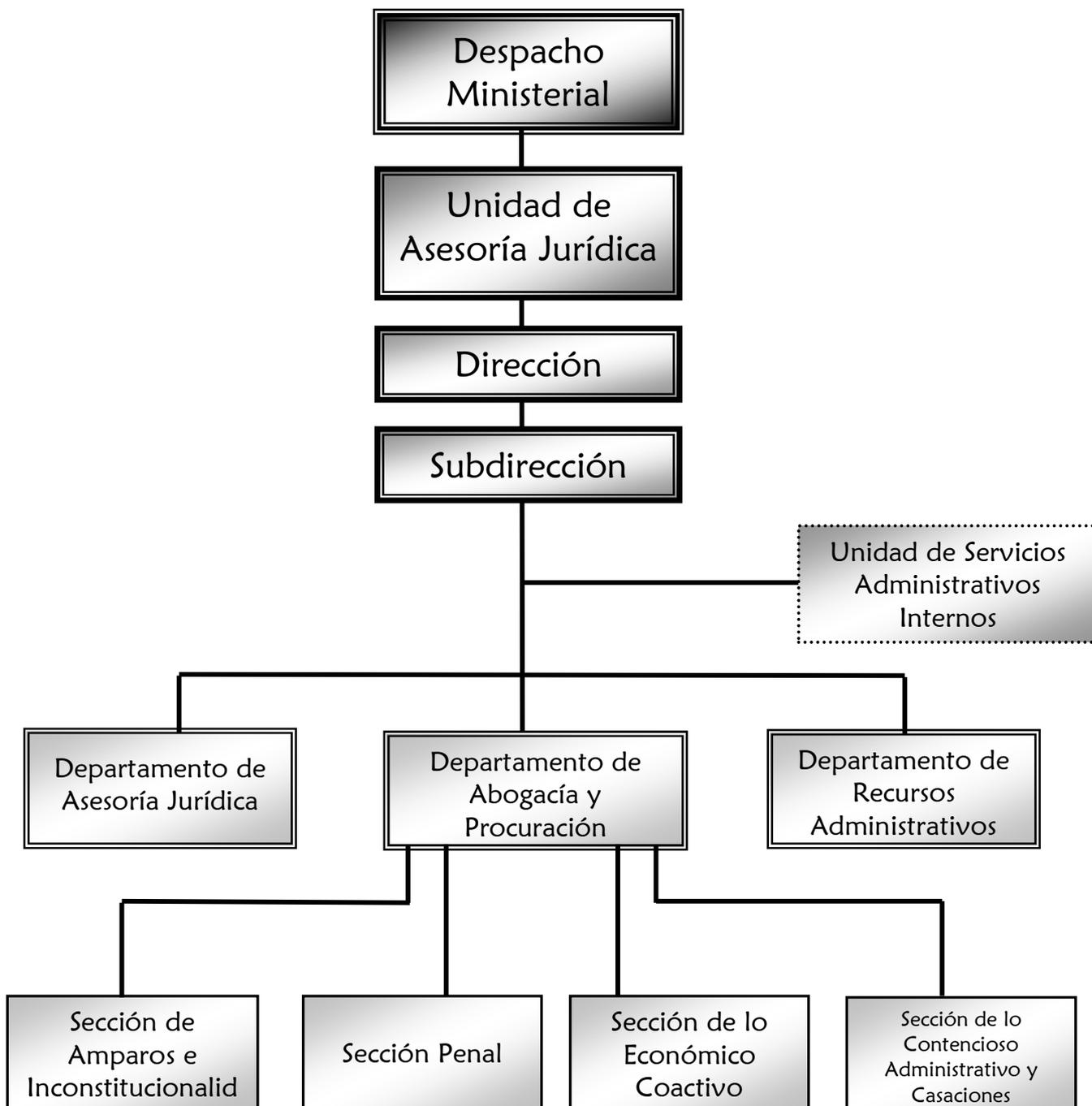
72) Artículo 15 del Acuerdo Gubernativo 382-2001 de la Presidencia de la República, **Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas**.

divisiones, comisiones o comités, o las unidades, por ejemplo.”

La Unidad de Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas, dentro de su estructura administrativa cuenta con un director, subdirector, jefe de la Unidad de Servicios Administrativos Internos, jefes de departamentos (de Asesoría Jurídica, Abogacía y Procuración y Recursos Administrativos); además los jefes de sección (Penal, Amparos e Inconstitucionalidades, de lo Económico Coactivo y de lo Contencioso Administrativo). A continuación se presenta el esquema organizacional en forma de diagrama, para una fácil comprensión:⁷³

Estructura organizacional de la Asesoría

73) Manual de puestos y funciones, Unidad de Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas, pág 7.



4.2.4. Otras atribuciones

El Artículo 16 del Acuerdo Gubernativo número 382-2001, Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas, regula las siguientes atribuciones de la Asesoría Jurídica:

"1. Ser el órgano técnico, consultor y asesor del Ministerio en materia legal;

2. Asumir la dirección y procuración en los procesos contenciosos administrativo, económico coactivo, recursos de casación, acciones de amparo e inconstitucionalidad;

3. Emitir los respectivos dictámenes u opiniones de conformidad con la ley, en la tramitación de recursos administrativos, con el fin de defender los intereses del Estado de Guatemala;

4. Unificar los criterios jurídicos de las dependencias administrativas del Ministerio;

5. Proveer la asesoría legal pertinente en forma directa e inmediata al Despacho del Ministro y Viceministros;

6. Evacuar las consultas legales que le formulen las direcciones del Ministerio; y,

7. Desarrollar otras funciones que le asigne la Ley y el Despacho Ministerial".⁷⁴

74) Artículo 16 del Acuerdo Gubernativo 382-2001 de la Presidencia de la República, **Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas.**

4.2.5. Asuntos que se someten a consulta a través del dictamen u opinión

La Unidad de Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas, es la dependencia a la que se someten varias consultas legales, a través del dictamen u opinión jurídica, relacionadas con:

- Presupuesto del Estado.
- Escrituras de constitución, ampliación o liquidación de fideicomisos estatales.
- Préstamos y donaciones que otorgan a Guatemala, organismos nacionales e internacionales.
- Usufructos, arrendamientos y adscripciones de bienes del Estado.
- Adjudicaciones de bienes inmuebles a favor de personas en pobreza y extrema pobreza.
- Denuncias penales contra funcionarios y empleados que no han cumplido sus funciones.
- Contratos administrativos para ejecución de recursos.
- Convenios para trasladar recursos a entidades privadas.
- Recursos de Revocatoria y Reposición.
- Contratos abiertos.
- Sistema Guatecompras.
- Acuerdos Gubernativos para otorgar pensiones en el orden militar.
- Prescripción del Impuesto de Herencias, Legados y Donaciones y otros impuestos.
- Procedencia de inscripción de un valuador.

- Disminución del valor de un inmueble propiedad de un particular para actualizar la matrícula fiscal.
- Convenios interinstitucionales.
- Análisis legal de iniciativas de ley, que se someten a conocimiento del ministerio.
- Declaraciones de lesividad de contratos administrativos.
- Procedencia de refrendos del ministro, en Acuerdos Gubernativos.
- Elaboración y/o revisión de proyectos de leyes, reglamentos, acuerdos y resoluciones ministeriales, contratos, convenios administrativos, entre otros.
- Estudios jurídicos doctrinarios de carácter tributario, administrativo y financiero.
- Estudios y discusiones de leyes vigentes de interés fiscal, administrativo y financiero.
- Amparos e inconstitucionalidades.
- Otros.

4.3. El elemento personal que interviene en la emisión del dictamen jurídico emitido en la Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas

En la emisión del dictamen jurídico de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas, indudablemente media el elemento personal, el cual *"está constituido por el conjunto de personas físicas que intervienen aportando diferentes conocimientos, criterios, análisis, opiniones, etc. para concretar el dictamen jurídico"*. Entre ellos: el requirente, el asesor jurídico ponente, el jefe del departamento y el director.

4.3.1. El requirente

Es la autoridad que solicita asesoría o un consejo legal en relación a un expediente, asunto o caso, pues como se expuso anteriormente el dictamen para ser emitido, previamente tuvo que haberse requerido; ya sea de forma escrita (por medio del oficio, el memorandum, la providencia, la hoja de trámite, el correo electrónico, etc.), o bien puede solicitarse verbalmente.

Por ser, la Asesoría Jurídica, la dependencia del Ministerio de Finanzas Públicas encargada de velar porque se cumplan las acciones de consultoría y asesoría en materia legal, el requirente puede ser el ministro, los viceministros, las direcciones, unidades y demás dependencias administrativas de dicho ministerio u otros de la administración pública.

4.3.2. El asesor jurídico ponente

Puesto que ya se expuso en este estudio, un apartado sobre el asesor jurídico y se explican sus características, naturaleza jurídica, fundamento legal y otros,⁷⁵ únicamente se acopla una definición al respecto.

En tal virtud, el asesor jurídico ponente de la Unidad de Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas, es el profesional del derecho que elabora el dictamen u opinión jurídica con base en la lógica jurídica y su experiencia, entre otros, para asesorar o aconsejar al ministro, viceministros, direcciones, unidades y demás dependencias administrativas

75) Ver Capítulo III, punto 3.4, pág. 81 de este estudio.

del Ministerio antes citado u otras dependencias de la administración pública, en virtud de la orden emanada de la autoridad superior de dicha unidad.

Es oportuno señalar que el Acuerdo Ministerial 19-95, Reglamento Interno de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Finanzas Públicas, hoy Asesoría Jurídica, señala en el Artículo 15, que son funciones y atribuciones de los abogados del Departamento de Consultoría y Asesoría (los asesores), entre otras, las de *"2. elaborar proyectos... que les sean requeridos... 3. Estudiar, analizar y dictaminar en los expedientes administrativos que les sean asignados ..."*

Debido a que en la emisión del dictamen u opinión, intervienen además del asesor jurídico, el director de la dependencia y el jefe del departamento (en el caso de los dictámenes individuales), el dictamen debe elaborarse en principio, por medio de proyecto, para someterlo a consideración de la autoridad superior de la Unidad de Asesoría Jurídica.

4.3.3. El jefe del departamento

El profesor Castillo González manifiesta que en la administración pública en Guatemala *"Las direcciones se han consolidado ante otra opción de organización: los departamentos."* Y manifiesta que *"Un Ministerio puede organizarse combinando direcciones y departamentos"*.

Tal como quedó apuntado, la Unidad de Asesoría Jurídica, para su funcionamiento, está dividido en departamentos y

secciones, ya que la jerarquía administrativa establece esa forma de organización; de lo anterior es importante indicar que el Jefe del Departamento de dicho cuerpo de consultores, es la persona a quien le corresponde estudiar, analizar y externar sus comentarios respecto al proyecto de dictamen que el asesor jurídico ponente somete a su conocimiento, a manera de depuración y control, previo a elevarlo al Director.

El ya derogado Acuerdo Ministerial 19-95, Reglamento Interno de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Finanzas Públicas, hoy Asesoría Jurídica, señala en el Artículo 14, numeral quinto que son atribuciones y funciones del jefe del Departamento de Consultoría y Asesoría, entre otras, las de *"revisar y poner su visto bueno en los proyectos de dictamen, previamente a elevarse a consideración del Director o Subdirectores, velando porque éstos lleven la firma del autor."*

4.3.4. El director

El profesor Jorge Mario Castillo González señala al respecto que *"La dirección constituye una organización técnica, permanente y localizada en los Ministerios"* y que la misma *"puede depender del Ministro o Viceministros. En la práctica, los Viceministros se distribuyen las direcciones por su afinidad profesional o técnica y por su afinidad con determinadas competencias o funciones."*

Asimismo, indica que *"Las actividades profesionales, técnicas y especializadas pueden organizarse y ejecutarse en forma completa por medio de las direcciones."* Y manifiesta que la dirección *"Si ejecuta el trabajo regular del Ministerio en*

determinada área o competencia, o persigue un objetivo determinado: financiero, tributario, militar, educativo, de salud, trabajo, obras pública (Sic) o desarrollo económico y social."

En cuanto al trabajo de las direcciones, comenta que *"Las direcciones también realizan investigaciones, estudios y proyectos. Redactan informes, oficios, memorandum y dictámenes jurídicos y técnicos, redactan contratos administrativos, convenios, protocolos, actas administrativas. Comúnmente las direcciones realizan trabajo preparatorio técnico y profesional base de las decisiones políticas y administrativas de los ministros, Viceministros, Vicepresidente y presidente de la República"*.

El Manual de Derecho Administrativo, define las direcciones generales, como *"órganos centralizados, unipersonales y técnico-administrativos, que dependen directamente del Ministro y Viceministros de Estado; del primero por competencia y del segundo por coordinación interna del órgano"*.

Asimismo, en dicho Manual se manifiesta que *"Las direcciones generales, surgen como consecuencia de la gran cantidad de competencias que desarrollan los Ministerios de Estado, razón por la cual estos órganos administrativos, en su mayoría están dotados de competencia administrativa."*

Las direcciones generales, se encuentran reguladas principalmente en la Ley del Organismo Ejecutivo, en el cual se establece que los Ministerios de Estado tendrán las direcciones generales,... para poder cumplir con las competencias

establecidas y el logro de la finalidad fundamental de la Administración Pública. (Art. 24 de la Ley del Organismo Ejecutivo).

De conformidad con el art. 245 de la Ley del Organismo Ejecutivo dentro del Ministerio las direcciones generales se encuentran ocupando la segunda escala dentro de la jerarquía administrativa”.

El área de competencia de este elemento personal, particularmente es en materia legal, por lo que se define al director como el funcionario público de mayor jerarquía en la Unidad de Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas, a quien le corresponde dirigir las actividades que se realizan en la misma, entre ellas está la de otorgar el visto bueno al dictamen u opinión, para trasladarlo a donde corresponde.

El Acuerdo Ministerial 19-95, Reglamento Interno de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Finanzas Públicas, hoy Asesoría Jurídica, señala en el Artículo cinco, numeral cuarto que son atribuciones y funciones del Director, entre otras, las de *"revisar y dar visto bueno a los dictámenes y opiniones legales que emita la Dirección..."*

4.4. La Procuraduría General de la Nación

4.4.1. Antecedentes

Es necesario profundizar acerca de la Procuraduría General de la Nación, por ser la institución que otorga el visto bueno a los dictámenes jurídicos emitidos por la Asesoría Jurídica del

Ministerio de Finanzas Públicas, es a quien le corresponde la representación legal del Estado y las funciones de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales, actúa independientemente sin subordinación a ninguna institución.

Para el profesor Castillo González, actualmente "la Procuraduría General es una organización infuncional. Está destinada a desaparecer. En la administración existen consultorías y asesorías especializadas en cada organización. A la par de la Presidencia de la República, trabaja la consultoría de la Presidencia. "Un representante constitucional" del Estado, carece de sentido común, si cada organización, por separado y por necesidad, cuenta con "su representante legal". El Presidente de la República debe contar con libertad para nombrar cuantos "representantes legales" sean necesarios para la adecuada defensa de los intereses públicos."

Nuestro punto de vista es que la Procuraduría General de la Nación, ejerce una función indispensable por ser una institución con rango constitucional, ya que el Artículo 252 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula que además de representar legalmente al Estado, es la institución que tiene a su cargo la función de asesoría y consultiva de los órganos y entidades estatales, entre ellos, los ministerios de Estado y como se explicó anteriormente, la asesoría o consultoría juegan un papel muy importante, por ende la Procuraduría General es una organización eficaz y funcional dentro de la administración pública guatemalteca.

Se puede decir que la Procuraduría General de la Nación es una institución fundamental de todos los órganos del Organismo

Ejecutivo, es el buró del Estado, su representante, asesor y consultor.

4.4.2. Regulación legal

El Artículo 252 de la Constitución Política de la República de Guatemala, regula *"La Procuraduría General de la Nación tiene a su cargo la función de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica. El Procurador General de la Nación ejerce la representación del Estado y es el Jefe de la Procuraduría General de la Nación..."*

El Artículo uno del Decreto 512 del Congreso de la República de Guatemala establece que la Procuraduría General de la Nación, es una institución auxiliar de la Administración Pública que tiene a su cargo: *"1. Ejercer la personería de la Nación conforme lo dispone el artículo 13; 2...; 3...; 4...; 5. Asesorar jurídicamente a la Administración Pública en todos los casos en que aquélla le consulte; y 6..."*

Es importante anotar que el referido Decreto 512 tiene reguladas dos instituciones a saber, el Ministerio Público y la Procuraduría General de la Nación, pero actualmente con la emisión del Decreto 90-94 del Congreso de la República, se derogó lo concerniente a la Sección de Fiscalía y únicamente está vigente lo concerniente a la Procuraduría y la Consultoría.

En tal virtud, en el Artículo uno del Decreto número 25-97 del Congreso de la República, se regula que *"Salvo en materia penal, procesal penal, penitenciaria y en lo que corresponde a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y en la propia Ley Orgánica del Ministerio Público, en toda norma legal y reglamentaria en que se mencione Ministerio Público, deberá entenderse que se refiere a la Procuraduría General de la Nación."*

4.4.3. Funciones y disposiciones específicas

Tal y como lo regula el Artículo uno numeral 5) del Decreto 512 antes referido, la Procuraduría General de la Nación tiene a su cargo, entre otros, *"asesorar jurídicamente a la Administración Pública en todos los casos en que aquélla le consulte."*

Además el Artículo 34 de dicho Decreto, señala que *"La institución asesorará a los Ministerios de Estado y dependencias del Organismo Ejecutivo en todos aquellos asuntos en que, sin tener intervención obligatoria, se le mande oír. Los dictámenes contendrán la opinión de la Procuraduría General de la Nación, sin ningún pedimento."* Se considera que en la actualidad hay un efectivo desarrollo de esta función, tal el caso de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas, en donde los dictámenes jurídicos emitidos, se remiten a dicha Procuraduría para que ésta se pronuncie al respecto.

Por otra parte, en la Procuraduría General de la Nación existen dos secciones importantes: La Sección de Procuraduría que tiene su base legal en el Artículo 12 y la Sección de Consultoría

que tiene su base legal en el Artículo 34, ambos del Decreto 512 referido, entre las atribuciones de esta última (Sección de consultoría) está la de emitir los vistos buenos a los dictámenes y opiniones jurídicas.

El profesor Castillo González comenta que *"La procuraduría tiene a su cargo funciones de asesoría y consultoría de todas las organizaciones públicas. No abarca organizaciones autónomas y descentralizadas. ¿En qué consisten estas funciones?. En dar consejos, ideas y lineamientos orales oportunos y directos, integrar comisiones de estudio y formulación de proyectos, revisar y dar visto bueno a trabajos técnicos y jurídicos, y dar toda clase de asistencia, previo requerimiento. Su labor se concentra en revisar dictámenes técnicos y jurídicos, dándoles **visto bueno.**"*

En síntesis se puede decir que las funciones principales que corresponden a la Procuraduría General de la Nación como abogado del Estado son: asesorar, opinar, dar consulta legal, aconsejar, revisar y dar visto bueno a dictámenes técnicos y jurídicos entre otros.

4.5. El visto bueno de la Procuraduría General de la Nación

4.5.1. Concepto

El Diccionario Enciclopédico VOX, define el visto bueno como *"la fórmula que se pone, generalmente abreviada V^o.B^o., al pie de ciertos documentos para autorizarlos".*

El Diccionario Larousse de la lengua española, lo define como *"una aprobación",* cuyo sinónimo es *"visto y conforme".*

Y el Diccionario de la Real Academia Española señala que esa aprobación consiste en *"Calificar o dar por bueno o suficiente algo o a alguien. Aprobar una opinión".* También señala que es *"Asentir a una doctrina o a una opinión. Justificar la certeza de un hecho."*

El visto bueno, es el asentimiento o aprobación que la Procuraduría pone al pie de un dictamen jurídico, denotando su anuencia y conformidad con el mismo.

El profesor Castillo González señala que *"el "visto bueno", según la doctrina jurídica del Derecho Administrativo, equivale a un dictamen aprobatorio"*

En aplicación al presente estudio, se define el visto bueno como "el enunciado que pone la Procuraduría General de la Nación, al dictamen u opinión jurídica emitido por la Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas, a través del cual manifiesta que está de acuerdo o que aprueba ese consejo legal".

4.5.2. Fundamento legal

El Artículo 38, del Decreto 512 del Congreso de la República, señala que *"Cuando un Ministerio o dependencia del Ejecutivo requiera opinión consultiva de carácter jurídico, mandará pasar el asunto de que se trate a su abogado consultor y, si no lo tuviere, a la Sección de Consultoría. En el primer caso, el*

abogado consultor extenderá y suscribirá su dictamen a nombre de la institución y lo pasará al visto bueno del Procurador General. En el segundo, emitirá dictamen el Procurador General, el Jefe de la Sección o el abogado consultor que aquél designe. Todo dictamen deberá acompañarse de una copia firmada para el archivo de la procuraduría General de la Nación y, si no fuere emitido por el Procurador General deberá llevar su visto bueno.”

En el caso de que un Ministerio o dependencia del Ejecutivo requiera opinión consultiva de carácter jurídico, la norma citada señala las dos disyuntivas siguientes:

- Que el Ministerio o dependencia del Ejecutivo ordene pasar el asunto de que se trata a su abogado consultor, quien extenderá y suscribirá su dictamen a nombre de la institución y lo remitirá para el visto bueno del Procurador General de la Nación, debiendo acompañar una copia firmada para el archivo de la Procuraduría.
- Si el Ministerio o dependencia del Ejecutivo no tuviere abogado consultor, lo enviará a la Sección de Consultoría de la Procuraduría General de la Nación, debiendo emitir el dictamen, el Procurador General de la Nación, el jefe de la sección o el abogado consultor que aquél designe. Deberá acompañarse de una copia firmada para el archivo de la Procuraduría.

A la norma citada, se aplica la primera situación a la Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas, ya que en esta

existe un cuerpo de consultores o asesores, quienes extienden y suscriben los dictámenes u opiniones a nombre de la institución con la aprobación del jefe del departamento o el director y lo remiten para el visto bueno de la Procuraduría General de la Nación.

4.5.3. Formas de emitir el visto bueno

Para conocer las diferentes formas en que la Procuraduría General de la Nación otorga el visto bueno, se realizó una búsqueda en los archivos de dictámenes y opiniones legales emitidos en la Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas, a partir del año 1990 a la actualidad; por lo que a continuación se exponen en el siguiente cuadro cronológico esas formas de emitirlo:

AÑO	FORMA DE EMITIR EL VISTO BUENO
1990	<u>A MANERA DE EXPOSICIÓN:</u> En hoja separada del dictamen, indicando fundamento legal, las firmas y sellos respectivos, precedidos del enunciado VISTO BUENO.
1992	<u>SELLO:</u> En el reverso de la hoja del dictamen, se consigna un sello que contiene: fecha y el enunciado de VISTO BUENO, con las firmas y sellos respectivos.
1993	<u>EN FORMA DE OPINIÓN:</u> Con los apartados de: asunto, antecedente, opinión y fundamento legal, con las firmas y sellos respectivos.
1995	<u>CON CONSIDERANDO:</u> En hoja separada del dictamen con los apartados de asunto, considerando y opinión, con las firmas y sellos respectivos.
1999	<u>SELLO:</u> Se les estampa en el anverso del dictamen, el sello que literalmente dice: <i>"PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Sección de Consultoría. Tiene a la vista el expediente que ingresó a esta Institución con control No. ____, el cual consta de ____ folios y aprueba con su visto bueno de ley el dictamen No. _____ que obra a folios _____ Artículos 252 Constitucional; 34, 37 y 38 Decreto 512 y 1 Decreto 25-97, ambos del Congreso de la República, Guatemala, _____" las firma del abogado "VISTO BUENO:" y firma del Jefe de consultoría. Visto bueno del Jefe de Procuraduría.</i>
2000	El mismo texto del sello con el que se otorgaba visto bueno en el año 1999, únicamente que no se estampa sello sino que se imprime dicho texto en el anverso del dictamen.
2006	De la misma forma que en el año 2000, con la diferencia que no se imprime el visto bueno en el anverso del dictamen, sino que en hoja separada.

Aunque la ley no señala los requisitos que debe contener el visto bueno, se considera necesario consignar: el nombre de la institución que otorga el visto bueno, identificación del dictamen que se aprueba, el enunciado de "VISTO BUENO" y las firmas que corresponden (del abogado, del Jefe de Consultoría y del Procurador General de la Nación), con los respectivos sellos o nombres completos y los cargos que ocupan.

Cabe mencionar que para el profesor Castillo González *"resulta innecesario y contrario a la técnica, redactar otro dictamen aprobando el dictamen trasladado para visto bueno.* Sin contradecir ese punto de vista, es pertinente indicar que para emitir el visto bueno, la Procuraduría ha utilizado diferentes formas, ya sea a manera de exposición, con un considerando, sello u opinión, en hoja separada o en el reverso de la hoja, pero el objeto es el mismo.

En ese sentido corresponde a continuación conocer cuál es el propósito y la finalidad de ese visto bueno.

4.6. Objeto del otorgamiento del visto bueno de la Procuraduría General de la Nación

El dictamen o la opinión jurídica equivalen a una ponencia administrativa y legal planteada por un asesor jurídico ponente, para que la autoridad tenga una postura legal, antes de resolver determinado problema planteado y el visto bueno de ley en ese dictamen, es el medio que toma la autoridad administrativa de conocer un criterio más (del representante legal del Estado), respecto a un

asunto o expediente y analizar que es lo más conveniente al Estado antes de tomar una decisión.

Se realizó una entrevista a personal de la Procuraduría General de la Nación para conocer sus criterios respecto al objeto del visto bueno en los dictámenes jurídicos, específicamente a los emitidos por la Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas; en base a esos criterios y a la ley de la materia, a continuación se exponen los principales propósitos del visto bueno, es decir el espíritu con el que se otorga el mismo:

4.6.1. Revisión

La Real Academia Española define el término revisar como "*Ver con atención y cuidado. Someter algo a nuevo examen para corregirlo, enmendarlo o repararlo.*"

Uno de los propósitos por los que se remite el dictamen u opinión para su visto bueno es, que la Procuraduría examine y escudriñe con diligencia y cuidado cualquier punto contrario a la ley, viendo si contiene algún defecto o error para que la autoridad que haga uso de ese consejo analice y prevea cuál es la decisión más ajustada.

El Decreto 512 en su Artículo 40, señala que "*El Procurador General pondrá especial cuidado en la **revisión** (El resaltado es propio) de los dictámenes*" y el Artículo 42 indica que "*El Jefe de la Sección deberá colaborar con el Procurador en la revisión de los dictámenes*"; es decir, que tanto el Procurador como el Jefe de Sección deberán revisar y explorar el expediente.

Asimismo, el profesor Castillo González señala respecto a la Procuraduría General de la Nación que "*Su labor se concentra en revisar dictámenes técnicos y jurídicos, dándoles **visto bueno***".

La revisión o examen de un expediente, conlleva pues a la exactitud y congruencia en las actuaciones, para que el consejo legal que se emite a través del dictamen sea útil a la autoridad requirente.

4.6.2. Uniformidad

La uniformidad significa "*Cualidad de uniforme*" y uniforme significa "*Dicho de dos o más cosas: Que tienen la misma forma. Igual, conforme, semejante.*"⁷⁶

Otro propósito que pretende el visto bueno en un dictamen es, que casos semejantes o parecidos se resuelvan en un mismo sentido; es decir, que no se varíen las posturas de asuntos o expedientes similares. Por ejemplo se otorga el visto bueno a un dictamen, pero más adelante en un caso similar no se otorga el mismo, es decir que la consecuencia varió el criterio legal, y ello puede dar lugar a que el perjudicado plantee alguna acción legal por el principio de igualdad regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala, tal circunstancia no es conveniente, porque entonces no se está asesorando ajustadamente.

El visto bueno pretende evitar contradicciones sobre un mismo asunto, pues podría haber discusión y recíprocamente se opondrían los interesados.

76) Diccionario de la Real Academia Española, 22a. edición.

El Artículo 40 del Decreto 512 en mención, manifiesta que la revisión de los dictámenes, es *"con el objeto de lograr la mayor **uniformidad**... (El resaltado es propio) en los diversos puntos de vista."*

Asimismo el Artículo 42 señala que *"El Jefe de la Sección... pondrá especial cuidado en evitar que se emitan dictámenes contradictorios o que discrepen entre sí. Al constatar un caso semejante deberá ponerlo en inmediato conocimiento del Procurador General para que se haga la rectificación procedente."*

El visto bueno pretende, por una parte lograr la mayor uniformidad en casos similares que la Procuraduría conoce y por otra, como uniformidad del órgano asesor con la Procuraduría; en tal sentido el Artículo 40 del cuerpo legal en mención, en cuanto al dictamen señala que *"...Si alguno no mereciere no mereciere su aprobación, llamará a su autor para lograr su modificación voluntaria o llegar a un acuerdo; pero si ello no se lograra, expresará al pie del dictamen las razones por las que discrepa o los puntos en que no esté conforme, indicando al propio tiempo cuál es el punto de vista de la institución."*

Debido a la diferencia de criterios sobre un mismo asunto, el visto bueno ayuda a unificar esos criterios en todas las instituciones del Estado, logrando la uniformidad con el órgano asesor que emitió el dictamen.

4.6.3. Concordancia

La concordancia es sinónimo de coherencia. Y la coherencia se define como la "*Conexión, relación o unión de unas cosas con otras. Actitud lógica y consecuente con los principios que se profesan.*"⁷⁷

El Artículo 40 del Decreto 512 señala que "*El Procurador General pondrá especial cuidado en la revisión de los dictámenes con el objeto de lograr la mayor uniformidad y **concordancia** (El resaltado es propio) en los diversos puntos de vista.*

La coherencia que debe llevar un asunto o expediente es uno de los propósitos que busca el visto bueno, que se pretende que el consejo legal sea coherente con el asunto y con la ley y que exista una conexión con la lógica jurídica y con las futuras decisiones.

4.6.4. Control

El otorgamiento del visto bueno, también pretende que el criterio que se expresa en el dictamen no violente la ley, pues a través del dictamen se está asesorando al Organismo Ejecutivo y por ende al Estado.

Además de comprobar que los datos sean reales, la intervención de la Procuraduría, permite que los posibles errores que el órgano consultor no vio, queden corregidos y lograr que el dictamen sea provechoso para quien lo requirió; sirviendo a modo de control de legalidad, para que todas las actuaciones estén apegadas a la ley.

77) Diccionario de la Real Academia Española, 23ª. edición.

4.6.5. Orientación

La orientación significa "*Informar a alguien de lo que ignora y desea saber, del estado de un asunto o negocio, para que sepa mantenerse en él. Dirigir o encaminar a alguien o algo hacia un fin determinado*".⁷⁸

Cumple además el visto bueno, el propósito de orientar a través de su consejo u opinión al Estado; de igual manera como el órgano asesor orienta al requirente a través del dictamen, la Procuraduría orienta al órgano asesor a través del visto bueno. Aprobar el consejo jurídico es prácticamente emitir otro consejo u opinión.

Pretende pues la Procuraduría a través del visto bueno, aconsejar respecto a un asunto o expediente en posición determinada como representante legal del Estado, dirigir hacia una posición o dirección el asunto, orientarlo y advertirlo de futuras consecuencias en la toma de decisiones.

4.6.6. Firmeza

Firmeza significa "*entereza, constancia, seguridad*".⁷⁹ El visto bueno, busca dar convencimiento y más fuerza legal al consejo emitido a través del dictamen.

En virtud que los asuntos que se consultan a través del dictamen u opinión son de trascendencia nacional o particular, debe tenerse firmeza, solidez y certeza legal en lo que se opina, es decir debe

78) **Diccionario de la Real Academia Española**, 22ª. edición.

79) *Ibid.*

asegurar a la autoridad, que lo aconsejado en el dictamen está en lo cierto. El visto bueno otorga esa firmeza que el dictamen necesita.

4.6.7. Protección

El dictamen trasladado al representante legal del Estado para el otorgamiento de su visto bueno, busca también velar y defender los intereses jurídicos del Estado. Pues a través de ese visto bueno, se reitera lo opinado en el dictamen jurídico y se defienden los intereses del Estado.

Por ejemplo, un dictamen que se relaciona con el patrimonio o bienes del Estado, es a través del visto bueno que se amparan y resguardan esos bienes y derechos, que pueden descuidarse por una decisión errónea, mal aconsejada en un dictamen.

4.6.8. Certeza jurídica

A través del visto bueno se le da validez al dictamen jurídico emitido, toda vez que aprobándolo se está aceptando el consejo allí emitido y se le está dando confianza al requirente ante la decisión a tomar de un asunto o expediente.

Después de calificar, aceptar y dar por suficiente el dictamen, la Procuraduría está asintiendo y declarando certeza jurídica en el dictamen. Le está manifestando al funcionario que si acepta ese consejo, es una decisión segura y de acuerdo a la ley, sin temor a errar.

4.6.9. Respaldo

Lo que se obtiene a través del visto bueno en un dictamen es un respaldo, no un efecto vinculante. El visto bueno es una protección y garantía, ofrece confianza a la autoridad en el momento de la decisión. El visto bueno es un apoyo para los funcionarios públicos que toman decisiones.

El visto bueno de la Procuraduría General de la Nación en los dictámenes emitidos por la Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas, cumple funciones de peso dentro de la administración pública, pues en muchas ocasiones si no otorgó el visto bueno dicha Procuraduría, se solicita que reconsideren sobre determinado asunto, puesto que ya hubo un aviso a la autoridad antes de tomar la decisión.

Cualquiera sea el propósito del visto bueno que otorga la Procuraduría General de la Nación, sea este de revisión, uniformidad, concordancia, control o bien, orientación, firmeza, protección, certeza jurídica o un respaldo, siempre será enfocarlo al fin supremo del Estado que es el bien común.

CONCLUSIONES

1. El dictamen jurídico es de suma importancia en la administración pública, ya que contiene el estudio y análisis emitido por el asesor jurídico ponente, versado en la materia que se trate, útil para aconsejar, opinar, recomendar, orientar, asesorar y dar respuestas concretas y objetivas en torno a soluciones prácticas, para que las decisiones que tome el funcionario o empleado público estén apegadas a la ley.
2. En la práctica administrativa el dictamen y la opinión son disímiles, principalmente porque el dictamen lo solicita una autoridad superior, se obtiene el visto bueno de la Procuraduría General de la Nación, es una consideración (de más apreciación), su contenido es más formalista, y es general; contrario sensu, la opinión, la solicita una autoridad de la misma jerarquía administrativa, es una simple ponencia (siempre con valor legal), su contenido es más conciso, y es específico.
3. La importancia del dictamen jurídico en la Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas se evidencia considerablemente, ya que la mayoría de las decisiones administrativas se toman fundamentándose en los mismos, en los cuales se han observado los principios administrativos al emitirlo.
4. La Procuraduría General de la Nación otorga el visto bueno a los dictámenes jurídicos emitidos por la Asesoría Jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas, cuyo objeto es la revisión, uniformidad, concordancia, control, orientación, firmeza, protección, certeza jurídica y respaldo; toda vez que por ser el representante legal del Estado, cumple funciones de asesorar, opinar, aconsejar y dar consulta legal.

RECOMENDACIONES

1. Las autoridades no deben requerir al mismo tiempo opiniones y dictámenes jurídicos a diferentes órganos consultores, referentes a un mismo asunto, para que el actuar sea con ética profesional y evitar causar contradicciones, ya que el objeto del dictamen es emitir el consejo ajustado a derecho.
2. Es importante que el asesor jurídico ponente observe los principios legales aplicables al emitir un dictamen u opinión; además de formarse y actualizarse constantemente, tanto jurídica como académicamente, para dar un mejor consejo y poseer un buen criterio, a fin de que el dictamen que emita sea provechoso y útil a la autoridad requirente.
3. En virtud que actualmente el Acuerdo Gubernativo número 382-2001, Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas, no especifica las funciones y atribuciones de la Asesoría Jurídica, y considerando que ésta es de tal importancia dentro de la estructura administrativa de dicho ministerio, es recomendable que, a través de Acuerdo Ministerial, se emita un reglamento interno de la referida Asesoría.
4. Todo órgano asesor o consultor, debe remitir el dictamen a la Procuraduría General de la Nación, a efecto de obtener el visto bueno respectivo, con el fin de dar cumplimiento a la ley y emitir dictámenes con mayor certeza jurídica.
5. Se sugiere que en los ministerios, secretarías, y demás dependencias del Estado, se concentre el cuerpo de consultores o asesores jurídicos en una sola unidad o dirección, para que exista la debida uniformidad de criterios y para que las opiniones y dictámenes emitidos sean institucionales, ya que no es conveniente que en cada dirección hayan asesores o consultores jurídicos que pudieran opinar en forma contraria o discordante sobre un mismo asunto.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel Angel. **Teoría general del derecho administrativo**. México, Ed. Porrúa, S.A., 1993.
- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil de Guatemala**. 1t., Guatemala, Ed. Centro Editorial VILE, 1990, 375 págs.
- BALLBÉ, Manuel, et. al. **Manual de derecho administrativo**. Una perspectiva de los ordenamientos jurídicos de Guatemala y España. (s.l.i.) Ed. Marquès Tallers Gràfics; 2002, 595 págs.
- BARRIOS OSORIO, Omar Ricardo. **Derecho administrativo I**, Folleto académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, (s.E.), 1999, 12 págs.
- BERRITTELLA, Mariana A. **Teoría del acto administrativo**. Instituto Superior de Educación, Administración y Desarrollo, Centro Universitario Villanueva, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid, España, <http://www.gestiopolis.com>, info@wikilearning.com, 2006.
- BIELSA, Rafael. **Estudios de derecho público y derecho administrativo**. 3t., Buenos Aires, Argentina; Ed. Depalma, 1950. 780 págs.
- BIELSA, Rafael. **Principios de derecho administrativo**. 2ª. ed., Buenos Aires Argentina, Ed. El Ateneo, 1948, 884 pág.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina. 14ª. ed.; Ed. Heliasta, S.R.L. 1979.
- CALDERÓN M., Hugo Haroldo. **Derecho administrativo I**. Guatemala, Ed. Estudiantil Fénix; 2001.
- CALDERÓN M. Hugo Haroldo. **Derecho procesal administrativo**. 3ª. ed.; Guatemala, Ed. EDI-GITAL, 2002, 404 Págs.
- CALDERÓN MORALES, Hugo H. **El derecho constitucional y el derecho administrativo en Guatemala**. V foro iberoamericano de derecho administrativo, auspiciado por el Banco del Pichincha C.A., Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Quito, Ecuador; abril 4 al 6 de 2006. <http://www.usfq.edu.ec/foro/00.pdf>; 291 págs.

CALLIRGOS, Raúl. **Razonamiento jurídico y la lógica.** Academia de la magistratura, Lima, Perú. 2001. <http://www.amag.edu.pe>.

CAMACHO PÉREZ, Efraín. **Derecho administrativo, estructura y administración del Estado.** Corporación de Estudios Publicaciones, Quito, Ecuador, Ed. ESTADE, 2006. <http://www.estade.org>.

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo guatemalteco.** Teoría general. 1t.; 16ª. ed. actualizada, Guatemala, Ed. Impresiones Gráficas, 2005.

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Constitución política de la república de Guatemala.** 5ª. ed., actualizada, Guatemala, Ed. Impresiones Gráficas, 2003, 528 págs.

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo guatemalteco.,** Teoría procesal 2t.; 16ª. ed., actualizada, Guatemala, Ed. Impresiones Gráficas, 2005, 300 págs.

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Ley del Organismo Ejecutivo comentada.** Guatemala, Ed. Impresiones Gráficas, 2000. 144 págs.

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Reproducción académica para el curso de derecho administrativo impartido en el Ministerio de Finanzas Públicas.** Tomado del 2t, del libro Derecho procesal administrativo guatemalteco, Guatemala, del 19 al 23 de junio de 2006, 89 págs.

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho procesal administrativo.** 2t., 13ª. ed., Guatemala, Ed. Impresiones Gráficas, 2002.

CENTRO EDUCACIONAL SAGRADO CORAZÓN EDUCACIÓN TÉCNICO PROFESIONAL, RED LATINOAMERICANA DE TECNOLOGÍA EDUCATIVA. **Documentos oficiales.** Chile, 2007, www.puc.cl/related/atees/chile/web_cheque/documento/doc_ofic.doc.

DE LA FUENTE, Juan Ramón. **Diccionario de la Universidad Nacional Autónoma de México,** <http://www.tuobra.unam.mx>, (Consulta: 19 de agosto de 2006).

DERAS, Edith. **Proyecto Estuderecho.com.** Sitio de ayuda para los estudiantes y profesionales del mundo del Derecho y carreras relacionadas de la Universidad de San Carlos de Guatemala y las universidades privadas del país. ed. electrónica, Guatemala. www.alianzaestudiantil.org, www.estuderecho.com.

CORPORACIÓN DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española.** Incorpora las modificaciones aprobadas hasta el 24/6/2004. 22ª. ed. electrónica, España, Ed. Espasa Calpe, S.A., 2001, <http://www.espasa.com>.

PLENO DE LOS ACADÉMICOS DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la Real Academia Española.** Modificaciones aprobadas por la Corporación. 22ª. ed. electrónica, España, 2001, <http://buscon.rae.es/draeI>.

PLENO DE LOS ACADÉMICOS DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la Real Academia Española.** Modificaciones aprobadas por la Corporación. 23ª. ed. electrónica, España, 2004, <http://buscon.rae.es/draeI>.

Diccionario enciclopédico ilustrado VOX. 3t, reimpresión actualizada, Barcelona, España; Ed. Bibliograf, S.A., 1965, 1329 págs.

DIEZ, Manuel María. **El acto administrativo.** Buenos Aires, Argentina, Ed. Tipografía Editorial S.A., 1961.

DROMI, José Roberto. Derecho administrativo. **1t., 9ª. ed., Buenos Aires, Argentina, Ed. Astrea, 1992, 71 pág.**

DROMI, José Roberto. **Derecho administrativo.** 2t., 3ª. ed. Buenos Aires, Argentina, Ed. Astrea, 1994.

DROMI, José Roberto. Introducción al derecho administrativo. **Madrid, España, Ed. Grouz, 1986, 137 págs.**

GARCIA PELAYO Y GROSS, Ramón. **Diccionario Larousse de la lengua española.** México. D.F., Ed. Larousse, S.A., 1979, 639 págs.

GARCÍA-PIMENTEL RUIZ, Francisco. **El principio de solidaridad.** ed. electrónica Ushuaia, Tierra del Fuego, Buenos Aires, Argentina, Ed. electrónica Sinexi S.A., 2007, www.monografias.com.

GARRONE, José Alberto. **Diccionario Manual Jurídico.** Buenos Aires, Argentina, Ed. Abeledo-Perrot, 1987, 305 pág.

GHIRARDI OLSEN, Antonio. **Derecho, lógica y experiencia.** Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. ed. electrónica, Córdoba, Argentina, 2005, <http://www.acader.unc.edu.ar>.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Fundación de Derecho Administrativo 3t., 8ª ed. electrónica, Buenos Aires, Argentina, 2004 www.gordillo.com.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio, et. al. **El abogado y el razonamiento jurídico**. ed. electrónica, Rivadeneyra, Madrid. s/f, <http://es.wikipedia.org/wiki/Ministerio>.

LEITE DE CASTRO, Fabio Caprio. **Revista telemática de filosofía del derecho**. Aspectos filosóficos de la motivación judicial, traducida al español por Gerardo Sammarco, ed. electrónica, Madrid, España, 2003, www.filosofíayderecho.com.

MARIENHOFF, Miguel S. **Derecho administrativo**. 1ª. ed., Buenos Aires, Argentina Ed. Lexis Nexis, 1996, 200 págs.

MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de derecho administrativo**. 2t., Buenos Aires, Argentina, Ed. Abeledo-Perrot, S.A.; 1993.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina, Ed. Heliasta, 1981, 720 págs.

PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. **Administración consultiva y de control**. 14ª ed., Madrid, España, (s.E.), 2003, 378 págs.

PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. **Derecho administrativo II**. 15ª. ed., Madrid, España, (s.E.), 2002, 375 págs.

PÉREZ CAMACHO, Efraín. **Derecho administrativo**. Estructura y administración del Estado, Corporación de estudios publicaciones. Quito, Ecuador, Ed. ESTADE, 2006.

SERRA ROJAS, Andrés. **Derecho administrativo**. México, Ed. Olimpo, 1959.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente. 1986.

Código Municipal, Decreto No. 12-2002. Congreso de la República de Guatemala. 2002.

Código Tributario, Decreto No. 6-91. Congreso de la República de Guatemala. 1991.

Decreto No. 25-97. Congreso de la República de Guatemala, 1997.

- Ley de lo Contencioso Administrativo**, Decreto No. 119-96. Congreso de la República de Guatemala. 1996.
- Ley de Probidad y Responsabilidades de funcionarios y empleados públicos**, Decreto No. 89-2002. Congreso de la República de Guatemala. 2002.
- Ley del Ministerio de Finanzas Públicas**, Decreto No. 106-71. Congreso de la República de Guatemala. 1971. (Derogado).
- Ley del Organismo Ejecutivo**, Decreto No. 114-97. Congreso de la República de Guatemala. 1997.
- Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas**, Decreto No. 31-2002. Congreso de la República de Guatemala. 2002.
- Ley Orgánica de la Superintendencia de Administración Tributaria**, Decreto No. 1-98. Congreso de la República de Guatemala. 1998.
- Ley Orgánica del Ministerio Público**, Decreto 512. Congreso de la República de Guatemala. 1948.
- Ley Orgánica del Ministerio Público**, Decreto No. 40-94. Congreso de la República de Guatemala. 1994.
- Ley Orgánica del Presupuesto**, Decreto No. 101-97. Congreso de la República de Guatemala. 1997.
- Acuerdo Gubernativo No. 1253-90** de fecha 17 de diciembre de 1990. Presidencia de la República de Guatemala. 1990.
- Acuerdo Gubernativo No. 382-2001**. Presidencia de la República de Guatemala. 2001. (Derogado).
- Acuerdo Gubernativo No. 151-2007**. Presidencia de la República de Guatemala. 2001. (Derogado).
- Normas de Ética del Organismo Ejecutivo**, Acuerdo Gubernativo No. 197-2004. Presidencia de la República de Guatemala. 2004.
- Normas generales de acceso a la información pública en el Organismo Ejecutivo y sus dependencias**, Acuerdo Gubernativo No. 645-2005. Presidencia de la República de Guatemala. 2005.

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Acuerdo Gubernativo No. 1056-92. Presidencia de la República de Guatemala. 1992.

Reglamento de la Ley de Servicio Civil, Acuerdo Gubernativo No. 18-98, Presidencia de la República de Guatemala. 1998.

Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, Acuerdo Gubernativo No. 318-2003, Congreso de la República de Guatemala. 2003.

Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas, Acuerdo Gubernativo No. 382-2001. Presidencia de la República de Guatemala. 2001.

Acuerdo Ministerial de fecha 30 de enero de 1980. El Ministro de Finanzas Públicas.

Acuerdo Ministerial No. 26-86 de fecha 13 de enero de 1986. El Ministro de Finanzas Públicas. (Derogado)

Reglamento de la Dirección de Asuntos Jurídicos, Acuerdo Ministerial de fecha 28 de diciembre de 1979. El Ministro de Finanzas Públicas. (Derogado).

Reglamento Interno de la Dirección de Asuntos Jurídicos. Acuerdo Ministerial No. 1-91. El Ministro de Finanzas. 1991. (Derogado).

Reglamento Interno de la Dirección de Asuntos Jurídicos, Acuerdo Ministerial No. 19-95. La Ministra de Finanzas Públicas. 1995. (Derogado).