


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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a man on horseback, holding a staff. Above him is a shield with a crown on top. The shield is supported by two columns. The entire emblem is surrounded by a circular border containing the Latin text "ACADEMIA CAEDAE CONTEMPORANENSIS INTER CETERAS CONSPICUA CAROLINA".

**ANÁLISIS DEL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA RELACIÓN
ADMINISTRATIVA QUE DEBE EXISTIR ENTRE EL PRESIDENTE DE LA
REPÚBLICA Y EL FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA Y JEFE DEL MINISTERIO
PÚBLICO**

FIDENCIO MOYA GARCÍA

GUATEMALA, FEBRERO DE 2008

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

ANÁLISIS DEL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA RELACIÓN
ADMINISTRATIVA QUE DEBE EXISTIR ENTRE EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
Y EL FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA Y JEFE DEL MINISTERIO PÚBLICO

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

FIDENCIO MOYA GARCÍA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, febrero de 2008

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 Romando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera fase:

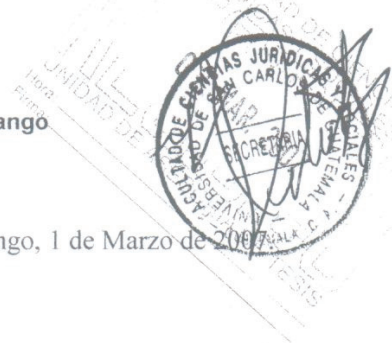
Presidente: Licda. Marisol Morales Chew
Vocal: Lic. Héctor España Pinetta
Secretario: Lic. Rodolfo Célis López

Segunda fase:

Presidente: Lic. Rafael Morales Solares
Vocal: Lic. Nevil Trejo Carrillo
Secretario: Lic. Héctor España Pinetta

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) y Notariado y Público de Tesis).

BUFETE JURÍDICO
LIC. VICTOR RAÚL ROCA CHAVARRÍA
COLEGIADO NÚMERO 3,863
4 Calle 4-108 "A" Z.3; Chimaltenango, Chimaltenango
Teléfonos: 7839-3906, 52154148



Chimaltenango, 1 de Marzo de 2007

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho

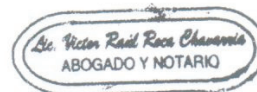
Señor Coordinador:

Me dirijo a usted atentamente para informarle que en cumplimiento de resolución de fecha 8 de Febrero del año en curso, procedí a asesorar AD-HONOREM al Bachiller FIDENCIO MOYA GARCÍA, en el desarrollo de su trabajo de tesis intitulado "ANÁLISIS DEL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA RELACIÓN ADMINISTRATIVA QUE DEBE EXISTIR ENTRE EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y EL FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA Y JEFE DEL MINISTERIO PÚBLICO".

Procedí a asesorar el trabajo, considerando que el tema es de suma importancia. Considero que el contenido del trabajo realizado cuenta con valiosa contribución científica y es desarrollado de manera acorde y técnica, utilizando los métodos deductivo, analítico y sintético; y las técnicas de análisis bibliográfico, documental y la entrevista; ya que el análisis teórico versó específicamente en conocimientos recogidos de informes practicados por investigadores y teóricos de la materia y entrevistas a juristas expertos en el tema de la legalidad y juridicidad de la administración pública. Cuenta con una adecuada redacción durante el desarrollo del trabajo, siendo las conclusiones, recomendaciones y bibliografía, acordes al trabajo realizado.

No tengo ninguna duda en el aporte que significa para la sociedad guatemalteca el trabajo de investigación realizado, por lo que en cumplimiento a la resolución relacionada y para los efectos consiguientes, de conformidad con el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, considero que puede ser aceptado para su discusión en el examen público que corresponde, en consecuencia el DICTAMEN del sucrito en calidad de ASESOR ES FAVORABLE.

Atentamente,



Lic. Víctor Raúl Roca Chavarría
Asesor.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, seis de marzo de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) CÉSAR AUGUSTO PÉREZ LORENZO**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **FIDENCIO MOYA GARCÍA**, Intitulado: **"ANÁLISIS DEL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA RELACIÓN ADMINISTRATIVA QUE DEBE EXISTIR ENTRE EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y EL FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA Y JEFE DEL MINISTERIO PÚBLICO"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUJÁN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/ech

BUFETE JURÍDICO
LIC. CÉSAR AUGUSTO PÉREZ LORENZO
COLEGIADO NÚMERO 3,967
1era. Calle 3-88 Z.4; Chimaltenango, Chimaltenango
Teléfonos: 78392086, 78392296, 78393241
Fax: 79392086

Chimaltenango, 10 de Abril de 2007.

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente

Respetable señor Coordinador:

De conformidad con el nombramiento emitido por esa coordinación, con fecha seis de marzo del año en curso, en el que se dispone nombrar al suscrito como Revisor de tesis de la Bachiller FIDENCIO MOYA GARCÍA, informo:

El postulante presentó el tema de investigación intitulado: "ANÁLISIS DEL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA RELACIÓN ADMINISTRATIVA QUE DEBE EXISTIR ENTRE EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y EL FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA Y JEFE DEL MINISTERIO PÚBLICO".

Al respecto informo que el estudiante trabajó bajo mi inmediata dirección, sugiriéndosele en varias sesiones, modificaciones para la mejor presentación del trabajo, así como las recomendaciones necesarias. Dicho trabajo cuenta con un valioso aporte científico. Manifiesto que las conclusiones, recomendaciones y bibliografía, son congruentes con el contenido de la investigación. Los métodos y técnicas utilizadas, así como el contenido científico de la misma, responden a las requisiciones que para este tipo de trabajos deben ser cumplidas.

Por lo que en cumplimiento de la resolución relacionada, y para los efectos consiguientes de conformidad con el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Exámen General Público, EMITO DICTAMEN FAVORABLE.

En virtud de lo cual, opino que el presente trabajo satisface los requisitos reglamentarios correspondientes, para el Examen Público de Graduación Profesional del sustentante.

Sin otro particular, aprovecho para suscribirme muy atentamente,

Lic. César Augusto Pérez Lorenzo
Revisor

Lic. César Augusto Pérez Lorenzo
ABOGADO Y NOTARIO

SECRETARÍA DE ASesoría DE TESIS



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, veintidós de agosto del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante FIDENCIO MOYA GARCÍA, Titulado "ANÁLISIS DEL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA RELACIÓN ADMINISTRATIVA QUE DEBE EXISTIR ENTRE EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y EL FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA Y JEFE DEL MINISTERIO PÚBLICO" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/slth



DEDICATORIA

- A DIOS:** Por mi realización personal.
- A MIS PADRES:** Augusto Moya Ponce (Q.E.P.D) y Zara García Peña.
- A MIS HERMANOS:** Noé, Vitelio (Q.E.P.D) y Lucrecia, por su amor, comprensión y por los buenos momentos compartidos.
- A MI ESPOSA:** Anabella Roca de Moya, por su apoyo, por estar conmigo en los buenos y malos momentos de mi vida.
- A MIS HIJOS:** Maura Luzmila, Francisco Augusto, Martha Saraí, Fyana Anabella y Karen Beatriz, por su apoyo y comprensión.
- A LOS ABOGADOS Y NOTARIOS:** Noé Moya García, Victor Raúl Roca Cavaría y César Augusto Pérez Lorenzo, por tordo el apoyo que me brindaron para la realización de esta meta.

A TODOS LOS DEMAS

FAMILIARES Y AMIGOS:

Cuyos nombres no menciono porque no terminaría de citarlos.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, por cultivar en su seno la Ciencias del Derecho.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	I
CAPÍTULO I	
1. La administración pública	1
1.1 Definición	1
1.2 La actividad administrativa del Estado	7
1.3 Clases de administración	10
1.4 Los elementos de los órganos administrativos	12
CAPÍTULO II	
2. El principio de legalidad	15
2.1 Definición	15
2.2 Características	20
2.2.1 Principio de legalidad	21
2.2.2 El principio de juricidad o juridicidad	27
2.3 Controles para garantizar la legalidad en la administración pública	29
2.3.1 Control constitucional	29
2.3.2 Controles políticos o parlamentarios	30
2.3.3 Control administrativo	31
2.3.4 Control judicial	32
2.3.4.1 El contencioso-administrativo	32
2.3.4.2 La acción constitucional de Amparo	35
2.4 Fundamentos jurídicos constitucionales de la administración pública guatemalteca	37
2.5 La legalidad y juridicidad de los actos administrativos	42
2.6 Clasificación de los actos administrativos	45



CAPÍTULO III

3. El Ministerio Público:	51
3.1 Definición	51
3.2 Características	52
3.3 Estructura administrativa	54
3.3.1 El fiscal general de la República y jefe del Ministerio Público	54
3.3.2 El Consejo del Ministerio Público	57
3.3.3 Los fiscales de distrito y de sección	60
3.3.4 Los agentes fiscales y los auxiliares fiscales	63
3.3.5 La unidad de capacitación	66
3.4 El ejercicio de la acción penal	68

CAPÍTULO IV

4. El cumplimiento del principio de legalidad en la relación administrativa que debe existir entre el Presidente de la República y el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público	73
4.1 la función administrativa del Ministerio Público	73
4.2 el cumplimiento del principio de legalidad en la relación administrativa que debe existir entre el Presidente de la República y el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público	78
CONCLUSIONES	85
RECOMENDACIONES	87
BIBLIOGRAFÍA	89

INTRODUCCIÓN

Con el arribo al poder de la actual administración presidencial, el nuevo Presidente de la República planteó la necesidad de remover al Fiscal General de la República que estaba en funciones, argumentó que no estaba cumpliendo debidamente con su función y por lo tanto no permitía que el Ministerio Pública llevara a cabo la misión constitucional asignada.

A partir de ese argumento, llevó a cabo la remoción del Fiscal General nombrado por la administración presidencial anterior, colocando en su lugar a otra persona, realizando un procedimiento legal y administrativo que en muchos lugares ocasionó opiniones en contra, pero únicamente un abogado decidió interponer una acción de Amparo en contra de dicha medida, argumentando que el proceso llevado a cabo por el Presidente de la República era ilegal. Sin embargo, nadie atendió dicha acción y hasta el presente no se conoce el resultado de la misma. Lo que si queda claro es que el gobernante de turno decidió una medida que no estaba en sintonía con el procedimiento establecida en la Ley Orgánica del Ministerio Público, por lo que, para mantener el principio de legalidad, debió ampararse legalmente en un Acuerdo Gubernativo emitido en Consejo de Ministros lo cual le permitiera lograr la remoción del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público.

Ese acto, considerado extraoficialmente por muchas personas como ilegal, evidencia la trascendencia que reviste el principio de legalidad en las actividades que rigen a la administración pública y que no siempre su cumplimiento es legítimo, puesto que puede

llevar a encubrir un acto ilícito como legal a partir de utilizar instancias que no siempre se encuentran reguladas o bien su regulación es interpretada de manera antojadiza por funcionarios de turno para legitimar sus acciones, aun cuando las mismas no estén claramente definidas.

Por lo anterior, es que a partir de la experiencia de la remoción del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, a partir de utilizar un procedimiento administrativo, se considera importante analizar el acto jurídico realizado por el Presidente de la República, determinar la validez del mismo y la manera en que debiera legislarse para respetar el principio de legalidad.

En la presente investigación se trata de investigar la manera o forma idónea en que debe interpretarse y aplicarse el principio de legalidad para evitar que funcionarios de alto rango, utilicen la legalidad como mecanismo para encubrir actos ilícitos, asimismo establecer los mecanismos legales que deben implementarse o fortalecerse para garantizar el cumplimiento de ese fundamento a partir del espíritu jurídico que lo informa.

A partir de lo anterior, el tema fue operacionalizado de la siguiente manera: ¿Cuáles son los procedimientos administrativos y legales que permiten el cumplimiento del principio de legalidad en la relación administrativa que debe existir entre el Presidente de la República y el Fiscal General de la República?

La hipótesis fue: Los procedimientos administrativos y legales que permiten el cumplimiento del principio de legalidad en la relación administrativa que debe existir entre el Presidente de la República y el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, son aquellos que se encuentren debidamente legislados por un órgano autónomo y soberano y que se contemplan en la Constitución Política de la República, en la Ley Orgánica del Ministerio Público y en el Código Procesal Penal, siendo el principal de ellos el que regula la falta de jurisdicción y competencia del órgano previamente a la realización de un ilícito, lo cual impide que las autoridades puedan regular legalmente medidas administrativas que escondan ilegalidades en que incurren al no observar estrictamente este principio.

Los objetivos fueron:

Determinar la importancia jurídica de legalidad y del principio de juridicidad y su influencia en la definición de una legislación clara que oriente la relación administrativa entre el Presidente de la República y el Fiscal General de la República.

- a) Establecer las características del principio de legalidad
- b) Analizar la relación constitucional entre el Presidente de la República y las entidades autónomas en Guatemala.
- c) Determinar las funciones administrativas del Ministerio Público.
- d) Caracterizar los elementos que definen el control político de la actividad administrativa.

e) Definir el procedimiento para implementar el control judicial de la actividad administrativa cuando surja controversia entre dos o más organismos o dependencias del Estado.

Se utilizó el método deductivo, el analítico y el sintético. El primero sirvió para conocer las doctrinas jurídicas existentes sobre los principios de legalidad y de juridicidad, así como de su importancia para informar las actuaciones de la administración pública. El analítico se utilizó para conocer cada uno de los elementos que conforman la actividad o actuación de la administración pública, para establecer sus características y particularidades; mientras que el sintético permitió que luego de haber establecido la naturaleza jurídica de las actuaciones en mención y de haberlas particularizado, reestructurar cada uno de los elementos en su totalidad, para que de esa manera se establezca el que hacer administrativo general.

Como técnica de investigación se utilizaron las del análisis bibliográfico, documental y la entrevista, puesto que el análisis teórico versó específicamente en conocimientos recogidos de informes practicados por investigadores y teóricos de la materia.

Las entrevistas sirvieron para entrevistar a juristas expertos en el tema de la legalidad y juridicidad de la administración pública y determinar su opinión sobre la relación administrativa que debe privar entre el Presidente de la República y el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público.

Luego de haber realizado el trabajo teórico y la recopilación de la información en el trabajo de campo, se procedió a organizar el informe final de tesis en cuatro capítulos. El primero de los cuales se elaboró a partir de una discusión teórica acerca de la administración pública que se encuentran estudiadas en la doctrina, así como los elementos de los órganos administrativos.

El capítulo tercero fue elaborado a partir de analizar al Ministerio Público, lo cual permitió establecer su definición, sus características, evaluar su estructura administrativa, así como establecer sus principales funciones orientadas hacia el ejercicio de la acción penal.

Por último, en el capítulo cuarto se estableció la importancia de la relación entre el principio de legalidad y el de juridicidad con la relación administrativa que debía existir entre el Presidente de la República y el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, lo cual permitió determinar que aun cuando en la remoción del anterior Fiscal General, el Presidente de la República actuó apegado a la ley, al nombrar al nuevo Fiscal General había quebrantado la legalidad del país, puesto que la legislación no le autorizaba nombrar a un nuevo en sustitución del que despidió, sino que era al Consejo del Ministerio Público cuando es temporal y al Congreso de la República cuando es definitivo.

CAPITULO I

1. La administración pública:

1.1 Definición:

La administración pública se puede definir como aquella actividad del Estado que tiene por objeto la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas, por medio de actos concretos dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley.

“En consecuencia sus elementos subjetivos son: a) Es una actividad del Estado; b) Tiene por objeto la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas; y c) Se da dentro del orden jurídico con los fines que el mismo establece.”¹

Tomando en cuenta la administración pública desde sus elementos objetivos, materiales u orgánicos, se puede considerar como el conjunto de dependencias que integran la administración central e instituciones independientes, en los términos que dispone la ley. La finalidad de la administración pública es el logro del bien común o bienestar general, el cual se logra dentro de los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico. A la administración pública también se le denomina activa. Cuando se hace referencia a la administración a veces se hace desde la actividad

¹ Vanegas Trigueros, Alberto. **El proceso contencioso administrativo y el recurso de casación como medio de impugnación en los actos de la administración pública.** Pág. 9.

administrativa; en otras ocasiones desde lo orgánico, es decir desde la perspectiva de los órganos que asumen esta actividad.

Desde el punto de vista material, la administración debe ser distinguida de la legislación, de la jurisdicción y el gobierno. La administración pública es el conjunto o complejo de actos sucesivos, aislados e individuales, esto es relativo en cada caso a una cuestión concreta y determinada, realiza los fines del Estado, dentro de la constitución y las leyes.

En toda sociedad política bien organizada debe existir tres poderes; el Legislativo, que es ejercido por el Congreso; el Ejecutivo, que es ejercido por el Presidente de la República; y el Judicial, que es el ejercido por las Cortes y Tribunales. Pero la administración pública no corresponde exclusivamente a ninguno de estos tres poderes, sino que comparte los tres, aunque en proporciones muy distintas, estando a cargo del Presidente de la República la mayor parte de los deberes y atribuciones de la administración pública.

En la República de Guatemala, no cabe la menor duda que corresponde al Poder Legislativo hacer las leyes. La Administración asegura la gestión de administrar, lo cual es cumplir una serie de actos para alcanzar un fin. Se trata, pues, de la acción administrativa que es la vez concreta y continua, dos rasgos que la distinguen de la actividad legislativa. La jurisdicción tiene como finalidad declarar el derecho. Es la función propia de los jueces. Es oportuno resaltar que los jueces no intervienen sino cuando son requeridos legalmente.

La administración está sometida al derecho y se mueve dentro de éste, el cual constituye para ella un límite no un fin, pero no como el juez que actúa para hacer respetar el derecho, sino con el fin de satisfacer las necesidades colectivas que le han sido encomendadas. En lo relativo al gobierno y la administración es difícil señalar el límite entre estos, puesto que gobernar es tomar las decisiones esenciales que competen el futuro de un país: Un plan económico, por ejemplo; mientras que la administración es una tarea cotidiana que desciende hasta los actos más humildes; como es el gesto de un agente de tránsito que regula la circulación de vehículos.

“Podemos decir que la Administración Pública y sus órganos y entidades son un medio por el cual el Estado ejecuta su actividad. La Administración Pública se presenta con un doble aspecto. A) como sujeto, es un complejo de órganos armonizados, constituido, unido por relaciones de jerarquía y de coordinación, lo que se le denomina la jerarquía administrativa, aunque no todos los órganos administrativos son órganos jerarquizados; b) En su objeto, que la acción, la actividad encaminada al cumplimiento de finalidades: el bienestar de todos.”²

En la definición anterior, se pueden encontrar que existen elementos importantes que conforman la administración pública, tales como el órgano administrativo, la actividad que la administración pública realiza y el medio de que dispone la administración pública para la realización de sus propósitos.

² Calderón Morales, Hugo H. **Derecho administrativo I**. Pág. 10.

En el caso del órgano administrativo, se entiende que lo conformen aquellos que sirven de medio o conducto a través de los cuales se manifiesta la personalidad del Estado. La calidad de órgano se deriva de la Constitución Política o de las leyes particulares que crean órganos específicos que no son creados por la constitución.

Mientras que se entiende por actividad la que desarrollan los órganos de la administración a través de la prestación de los servicios públicos a los cuales está obligada la administración pública, para alcanzar su finalidad. Cuando se hace referencia a su finalidad se está tomando en cuenta el elemento teleológico cuya finalidad es el bien común o bienestar general de toda la población.

Para funcionar adecuadamente, la administración pública es ordenada técnicamente. De acuerdo a las características que asume este ordenamiento se puede hacer referencia a una administración centralizada o concentrada, a una desconcentrada y a una descentralizada, teniendo en cuenta que ningún sistema funciona de manera pura, sino que se encuentran formas predominantes.

La administración centralizada es aquella forma de organización administrativa en donde los órganos de la administración pública tienen una relación de dependencia y subordinación directa e inmediata con el órgano superior de la misma, puesto que existe una relación de jerarquía entre los órganos inferiores con el superior. Ese órgano superior jerárquico o jefe supremo de la administración pública lo constituye el Presidente de la República como titular del Organismo Ejecutivo o poder central del gobierno central.

La desconcentración administrativa es la administración pública organizada a partir de que un órgano inferior se le confieren ciertos poderes de administración del que jerárquicamente depende, para que los ejerza a título de competencia propia, bajo determinado control del órgano superior. “Se caracteriza principalmente por cinco circunstancias: (1) Existe una independencia relativa o parcial; (2) La competencia del inferior es limitada, pues las facultades son dadas en cierta materia, generalmente en la prestación de servicios públicos específicos, en sus demás actividades el órgano está centralizado; (3) El traspaso de poderes debe tener origen legal; (4) El órgano superior es quien nombra a su personal y el que ejerce control sobre la actividad que el órgano desconcentrado desarrolla en ejercicio de los poderes que le fueron dados; y (5) Al órgano desconcentrado se le puede otorgar cierto patrimonio y manejo autónomo; de su presupuesto. Los autores del Derecho Administrativo sitúan la desconcentración administrativa como un punto intermedio entre la centralización y la descentralización.”³

Mientras que la descentralización administrativa es la forma que adopta la organización administrativa cuando el Estado otorga facultades y atribuciones determinadas a un órgano administrativo, quien actúa con independencia funcional cuenta con personalidad jurídica y patrimonio propio, a efecto de prestar ciertos servicios públicos a la colectividad. “Se caracteriza principalmente por seis circunstancias: (1) El órgano central les ha transferido a los órganos descentralizados los poderes de decisión y de mando; (2) Sin perder su calidad de estatal; el órgano descentralizado goza de independencia administrativa, es decir,

³ Vanegas Trigueros. **Ob. Cit.** Pag. 11.

que realiza todas sus funciones sin depender directamente del gobierno central, sin perjuicio a que en ciertos casos se ejerza determinado control o vigilancia; (3) Para ejercer mejor sus facultades y atribuciones el Estado a través de la ley ordinaria les ha dado personalidad jurídica y patrimonio propio para que puedan ejercer derechos y contraer obligaciones por sí mismos, es decir, que se crea una nueva persona jurídica de carácter público distinta del Estado, pero parte de la estructura estatal; (4) Poseen un régimen jurídico propio, constituido por su Ley Orgánica, la cual regula su personalidad, su patrimonio, su denominación su objeto y su actividad; (5) Pueden manejar su presupuesto con el objeto de que administren sus recursos y realicen sus actividades económicas por si mismos, sin embargo, ésta independencia financiera es relativa, pues deben hacerlo conforme a su Ley Orgánica, la Ley Orgánica del Presupuesto, la Ley de Contrataciones del Estado, sus estatutos y reglamentos propios, además de la vigilancia que debe mantener por mandato constitucional la Contraloría General de Cuentas; y (6) Pueden emitir sus propias normas jurídicas (estatutos y reglamentos), pero sin violar la Ley Orgánica que las creó ni la Constitución Política de la República.”⁴

Por último, se encuentra la forma de organización administrativa que adopta la forma de Autonomía, la cual tiene lugar cuando el Estado, por disposición de la ley transfiere determinadas facultades y atribuciones a un órgano administrativo, otorgándole personalidad jurídica y patrimonio propio para la realización de las mismas, actuando con plena independencia funcional y autofinanciamiento. Dentro de sus principales características es que la autonomía está reconocida por la

⁴ **Ibid.** Pág. 12.

Constitución; sus órganos de dirección están dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio, así como de la capacidad para tomar sus propias decisiones y gestionar sus asuntos por sí mismos.

Su grado de emancipación funcional, administrativa y financiera es mayor que la descentralización puesto que pueden obtener autofinanciamiento, gozando de gran independencia económica al disponer libremente de sus recursos, los cuales en su mayoría se encuentran asignados constitucionalmente sobre el total del presupuesto general del Estado.

Las entidades autónomas no dependen del Organismo Ejecutivo, el cual no puede ejercer ninguna clase de control político o financiero. Pueden nombrar o elegir a sus propias autoridades, teniendo su propio representante legal. Por último, se rigen por su propia ley y están facultadas para crear sus propios estatutos y reglamentos.

1.2 Actividad administrativa del Estado:

La función administrativa es en esencia el que hacer de la administración pública e implica los pasos o procedimientos que la administración debe desarrollar para alcanzar sus fines y objetivos para los que fue creada.

La actividad administrativa del Estado, también se entiende como e conjunto de tareas y atribuciones propias que realiza el Estado en el ejercicio de la función

administrativa.

Menciona Castillo González, que: “La actividad administrativa del Estado se somete a la ley a consecuencia de basarse en el orden jurídico. Actividad administrativa existe en todos los Organismos del Estado. La Actividad administrativa del Organismo Ejecutivo recibe el nombre de Administración Pública. Actividad administrativa también existe en las organizaciones autónomas y descentralizadas que también forman parte del Estado. El concepto de Administración Pública, técnicamente Administración del Estado de Guatemala, es amplio y general.”⁵ Existen varias clases de actividad administrativa, entre las cuales se tienen:

a) Actividad formal: La que equivale a la que cotidianamente realiza cada Organismo del Estado: por ello se le denomina actividad legislativa, actividad ejecutiva y actividad jurisdiccional.

b) Actividad material: que a su vez se subdivide en las siguientes categorías:

b.1 Actividad interna: La cual es desarrollada dentro de la propia organización y en consecuencia, no afecta intereses, derechos o libertades de particulares o de otras organizaciones públicas.

⁵ Castillo González, Jorge Mario. **Derecho administrativo**. Pág. 105.

b.2 Actividad externa: Es la que permite construir relaciones entre la organización y los particulares, y en consecuencia, se proyecta al ámbito que rodea a la Administración, reconociendo y afectando intereses, derechos y libertades. La interna equivale a eficiencia y la externa equivale a fines.

b.3 La actividad entre dependencias estatales: Esta tiene lugar cuando las distintas dependencias de los Organismos del Estado realizan actividades de coordinación, colaboración y control.

b.4 Actividad reclamada: Supone la existencia de una norma legal, la cual establece las funciones, facultades y atribuciones de la organización pública y de los funcionarios o empleados públicos, fijando límites a la toma de decisiones. El administrador no se puede salir de lo que la ley indica, en éste caso, la ley le da el momento (tiempo o plazo), el contenido legal (requisitos) y la forma (oral o escrita) a los actos que realice, no teniendo margen para actuar. Significa: actuar dentro de la ley.

b.5 "Actividad discrecional: También supone la existencia de una norma jurídica, pero esta no precisa el momento, el contenido y la forma, o no precisa alguno de éstos elementos, y por tal motivo, la autoridad dispone de libertad para tomar decisiones. Se produce cuando la ley le otorga al órgano administrativo un marco amplio para que pueda aplicar la misma, es decir, le fija parámetros de los cuales no puede salirse. Esta actividad no significa que la autoridad puede hacer lo que quiera y actuar fuera o a margen de la ley, lo cual no es discrecional sino abuso de poder o autoritarismo. La actividad discrecional no puede descartarse por completo, dado que las leyes no

regulan con precisión el momento, el contenido y la forma de la actividad, regulan uno o dos elementos, no más, lo cual produce normas incompletas, dudosas, oscuras, ambiguas o contradictorias. En la práctica no existen decisiones administrativas totalmente regladas, ni totalmente discrecionales, generalmente, cuentan con una parte reglada y otra parte discrecional.”⁶

1.3 Clases de administración:

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

La administración ejecutiva es aquella que decide y ejecuta, es la que realmente tiene y ejerce la competencia administrativa, es la que tiene la facultad legal para actuar a través de las decisiones, actos o resoluciones administrativas. Sólo este tipo de administración decide y ejecuta, pues dentro de la administración pública existen órganos que no deciden ni ejecutan, por ejemplo los órganos de control y asesores.

También se encuentra la administración de control, la cual está encargada de que las tareas administrativas se realicen de conformidad con las normas establecidas. Se

⁶ Vanegas Trigueros. **Ob. Cit.** Pág. 14

trata de órganos con independencia de funciones, como por ejemplo la Contraloría General de Cuentas, que se encarga de vigilar que los funcionarios y empleados públicos manejan los fondos públicos con probidad y de conformidad con las normas establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado.

Mientras que la asesoría sirve 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.

Hay que diferenciar lo que significa la función política y la actividad o función administrativa. El órgano no sólo tiene que ejecutar la ley, sino que además, tiene que dotarla de contenido hasta cierto grado.

“La función política o gubernativa, como se le llama, consiste en solucionar los asuntos excepciones que interesan a la unidad política y velar por los grandes intereses nacionales, la función política es excepcional y macro. La función administrativa por el contrario, consiste en realizar los asuntos corrientes y cotidianos del público, siempre cuidando que dicha gestión particular no afecte el interés general y que no altere el orden público.”⁷

⁷ Calderón Morales. **Ob. Cit.** Pág. 40.

1.4 Los elementos de los órganos administrativos:

Cada órgano administrativo principal constituye un sistema, dentro del cual se encuentra compuesto de otros órganos subordinados, que pueden constituir una estructura compleja, es decir que dentro de un mismo órgano administrativo se encuentran jerarquizados otros órganos, pero que todos en conjunto, constituyen una organización que pertenece a una misma competencia, por ejemplo un Ministerio constituye un órgano con una competencia general y sus direcciones con competencias especiales, que pertenecen a la competencia general de un órgano. Cada organización cuenta con los elementos siguientes:

- A) Los administradores o funcionarios públicos. Estos se encuentran a cargo de los órganos administrativos, los que pueden llegar a ocupar el puesto por elección popular o bien por nombramiento, de acuerdo al sistema de Servicio Civil. Son los que con su voluntad ejercen la competencia que pertenece al órgano administrativo.
- B) Competencia. Esta es la cantidad de facultades, atribuciones, funciones y responsabilidades que la ley le otorga a cada órgano administrativo, para que pueda actuar. Es pertinente hacer notar que la competencia administrativa es necesariamente otorgada por la ley.
- C) La actividad material. Es la que se ejecuta basada en planes, proyectos, programas, decisiones, resoluciones o hechos administrativos, con las cuales

logran la finalidad que se proponen. Existen dos elementos de los órganos de la administración pública los cuales son: “1) Elemento abstracto e institucional de carácter continuo, integrado por la competencia, el cargo, círculo de atribuciones, centro de competencia u oficio público. La competencia equivalente en derecho público a la capacidad jurídica del derecho privado, es del órgano institución, y no de la persona física o del titular del mismo u órgano-individuo, que titulariza el ejercicio de ello. El órgano institución tiene un área de competencia, un conjunto o círculo de atribuciones y facultades asignadas legalmente como función específica; el uso y ejercicio del poder fuera de la competencia, provoca el exceso o abuso de poder y el uso con un fin distinto, la desviación del poder. La competencia pertenece al órgano administrativo, aunque su uso y ejercicio lo titulariza el órgano individuo; y 2) Elemento subjetivo, personal y variable; el hombre, en definitiva, empleado o agente del Estado.”⁸

Este elemento personal, contingente y variable es una persona física, que desempeña o inviste la calidad de agente del Estado, en virtud de un título jurídico por el cual el individuo es admitido en el cargo u oficio estatal, originando una relación externa entre la persona jurídica estatal y el mismo individuo. El título jurídico que confiere tal calidad y de cuya virtud surgen quienes mandan.

La Administración Pública en Guatemala, es la Administración del Estado guatemalteco, el cual dentro de su régimen político adopta el de la división de Organismo, de conformidad con los Artículos 140 y 141 de la Constitución Política

⁸ **Ibid.** Pág. 36.

de la República de Guatemala, lo que permite describir la estructura legal de la administración pública como sigue:

- El Organismo Legislativo, denominado Congreso de la República. Sus órganos son: 1. El pleno; 2. La Junta Directiva; 3. La Presidencia; 4. La Comisión Permanente; 5. Las Comisiones de Trabajo; 6. La Junta de Jefes de Bloque.

- El Organismo Ejecutivo, conformado por el Presidente de la República, el Vicepresidente de la República, Ministerios de Estado, Secretarías, Viceministerios, Direcciones generales, Gobernaciones departamentales y Consejos de Desarrollo Urbano y Rural.

- El Organismo Judicial, integrado por la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales de Justicia establecidos por la ley.

A los tres Organismos del Estado se les denomina órganos principales o primarios, puesto que son los de mayor relevancia dentro de la estructura estatal. Entre los mismos no debe existir subordinación, sino una recíproca coordinación y colaboración. En su conjunto forman la Administración Pública guatemalteca. También existen otros órganos estatales e independientes de los tres organismos señalados, los cuales se denominan órganos especiales, secundarios o de control, los cuales cuentan con un fundamento constitucional y leyes propias que los instituyen y regulan, tal es el caso, por ejemplo, del Tribunal Supremo Electoral, la Contraloría General de Cuentas o la Corte de Constitucionalidad, entre otros.

CAPITULO II

2 El principio de legalidad

2.1 Definición:

Al procedimiento administrativo que procura la protección del administrado, gestionante o recurrente, y la defensa de las normas jurídicas, con el objeto de mantener la legalidad y la justicia en la actividad de la administración se le denomina principio de legalidad.

El principio de legalidad consiste en "... toda la actividad administrativa de las instituciones públicas debe estar sometida a lo que establecen las leyes vigentes. Tiene su fundamento en la ley y la autoridad no puede actuar si no existe una norma legal y reglamentaria que le otorgue competencia para ello, es decir que, el titular del órgano administrativo para realizar cualquier acto o resolver cualquier situación no puede salirse de lo que la norma preceptúa. La legalidad persigue dos objetivos primordiales: a) dar seguridad jurídica a los habitantes del Estado; y B) dar firmeza a las decisiones administrativas."⁹

Este principio cumple con una finalidad múltiple: fiscalizar a la misma Administración para que actúe conforme a la ley, reducir al mínimo los efectos de la arbitrariedad, regularizar la actividad administrativa y ante todo, dar seguridad

⁹ Vanegas,. **Ob. Cit.** Pág. 16.

jurídica y buscar la justicia.

“Lo único que puede autorizar al funcionario para poder actuar, de lo contrario la actuación será ilegal... (pues) el acto administrativo para que sea válido y perfecto, es necesario que contenga algunos requisitos de forma y de fondo, si no contiene tales requisitos el Acto Administrativo se convierte en un acto anulable y según el grado de importancia puede convertirse en un acto viciado de nulidad absoluta.”¹⁰

Este principio surge gracias a la preocupación de erradicar la discrecionalidad, teniendo por finalidad consolidar el sometimiento al derecho de todas las entidades públicas. Consiste en que a falta de ley que regule determinado asunto o caso concreto, el funcionario o empleado público no puede actuar o resolver en forma arbitraria, sino debe aplicar los principios generales y las instituciones doctrinarias del derecho administrativo.

“Esta aplicación se hace con la observancia de ciertos parámetros de las leyes existentes, pues si bien es cierto que no existe ley aplicable, tampoco puede actuar o resolver en contra o fuera de la misma. Se fundamenta en el hecho de que es obligación del Estado resolver los problemas que se presenten, dándole al titular del órgano administrativo un campo más amplio para actuar.”¹¹

¹⁰ Calderón. **Ob. Cit.** Págs. 44-45.

¹¹ Vanegas. **Ob. Cit.** Pág. 17.

La Constitución ha establecido mecanismos legales de los cuales puede hacer uso la ciudadanía para hacer prevalecer el Estado de Derecho y para garantizar que los actos de los funcionarios y empleados públicos se enmarquen dentro del principio de legalidad, o bien que cuando los mismos infrinjan la ley en su actuar público se haga uso de los controles constitucionales, parlamentarios, administrativos y judiciales.

El control constitucional, se entiende que es el mecanismo establecido por la Constitución y desarrollado en una ley constitucional, para que la persona a la cual se encuentra amenazada de violación a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiera ocurrido, siendo el Amparo el mecanismo por excelencia, así como la Inconstitucionalidad de la ley.

“... pero hay que tomar en cuenta que no es sencilla la procedencia de éste, pues en materia administrativa es difícil su planteamiento, por lo manifestado en el Artículo 19 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en donde se encuentra el necesario planteamiento de los Recursos administrativos para que el Amparo proceda.”¹²

A la figura jurídica que consiste en el control que ejerce el Congreso sobre los actos de los funcionarios públicos, a través de la invitación, citación o interpelación de los Ministros de Estado se le denomina controles políticos o parlamentarios.

¹² Calderón. **Ob.Cit.** Pág. 364.

“A través de la interpelación, como una figura jurídico-política, el parlamento controla los actos y las políticas administrativas del Primer Ministro o Presidente del Consejo de Ministros y los Ministros de Estado. La interpelación es una figura típica del sistema Parlamentario, pues en este sistema, hay que recordar que la Administración Pública se encuentra a cargo del Parlamento... Esta figura se encuentra regulada dentro del Artículo 166 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y establece que los ministros de Estado, tienen la obligación de presentarse al Congreso de la República, a fin de contestar las interpelaciones que le formulen uno o más diputados.”¹³

Lo que se desarrolla dentro de la esfera de la administración pública es el control administrativo, en este caso se puede establecer dos supuestos en los que se puede dar el control administrativo, a saber: a) de oficio o control jerárquico; b) a petición de parte. En el primer caso, es el que ejerce el superior jerárquico sobre los subordinados, por ejemplo, un Ministro de Estado tiene la facultad de controlar los actos, decisiones y resoluciones de sus direcciones generales.

“Este tipo de control se da dentro de la actividad de la administración pública guatemalteca para lo cual se hace necesario que concurren ciertos elementos, a saber:

- 1) que exista plenamente Jerarquía entre los órganos administrativos, es decir que sean órganos de una misma competencia; 2) Que el control se de previamente al

¹³ Ibid. Págs. 335-336.

acto de la notificación al particular, pues en este caso yano funcionaría el control, puesto que si el particular ya consintió la resolución, sólo él puede pedir el control a petición de parte.”¹⁴

Mientras que el control a petición de parte es el que los particulares o administrados ejercen, sobre los actos de la administración. Se refleja este control en los recursos administrativos o medios de impugnación. Este tipo de control también es llamado control directo porque son directamente los particulares los que, a través de los recursos administrativos, controlan los actos de la administración que les afecta.

El control de los actos de la administración pública guatemalteca, es: El proceso de lo contencioso administrativo y el proceso de amparo. La doctrina concibe al primero como un medio de control judicial privativo de los actos de la administración pública, por eso Gabino Fraga nos dice que: “el establecimiento del control jurisdiccional de los actos de la administración, ha dado lugar al nacimiento de una noción de extraordinaria importancia; la del contencioso administrativo. Este puede definirse desde un punto de vista formal y desde un punto de vista material. Desde un punto de vista formal, el contencioso administrativo se define en razón de los órganos competentes para conocer las controversias que provoca la actuación administrativa, cuando dichos órganos son tribunales especiales, llamados tribunales administrativos. Desde el punto de vista material, existe el contencioso administrativo cuando hay una controversia entre un particular afectado en sus

¹⁴ Calderón. **Ob.Cit.** Pág. 339.

derechos y la administración, con motivo de un acto de ésta última.”¹⁵

La primera definición parte fundamentalmente del órgano que decide la controversia, en tanto que la segunda modalidad sólo toma en cuenta la materia de dicha controversia. De tal modo que, desde este último punto de vista, puede llegar a hablarse de contencioso administrativo aun en el caso de que la contienda se someta por la ley al conocimiento del poder judicial ordinario. En nuestro medio, todo lo concerniente al contencioso administrativo es objeto de conocimiento de un tribunal especial, que tiene la categoría de Sala Jurisdiccional, por lo que es llamado: Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

2.2 Características:

El acto administrativo para que sea válido y perfecto, es necesario que contenga algunos requisitos de forma y de fondo, si no contiene tales requisitos el acto administrativo se convierte en un acto anulable y según el grado de importancia puede convertirse en un acto viciado de nulidad absoluta o un acto viciado de nulidad relativa, y es en esta clase de actos que aparecen las figuras del abuso y la desviación de poder de los órganos administrativos.

Existen dos principios fundamentales en la función administrativa, siendo estos: el principio de legalidad y de juridicidad.

¹⁵ Fraga, Gabino. **Derecho Administrativo**. Pág. 468.

2.2.1 Principio de legalidad:

En 1925 MERKL, citado por Castillo González¹⁶, divulga la tesis que toda la actividad administrativa del Estado debe fundarse en ley como medio para establecer y consolidar el Estado de Derecho. A partir de ese año, universalmente se acepta que la actividad administrativa de las organizaciones públicas, debe estar basado en ley. Este es el origen del principio de legalidad administrativa.

El principio de legalidad es el procedimiento administrativo procura la protección del administrado, gestionante o recurrente, y la defensa de las normas jurídicas, con el objeto de mantener la legalidad y la justicia en la actividad de la Administración. Este principio cumple con una finalidad múltiple: fiscalizar a la misma Administración para que actúe conforme a la ley, reducir al mínimo los efectos de la arbitrariedad, regularizar la actividad administrativa y ante todo, dar seguridad jurídica y buscar la justicia.

El principio de legalidad que consiste en: "Toda la actividad administrativa de las instituciones públicas debe estar sometida a lo que establecen las leyes vigentes. Tiene su fundamento en la ley y la autoridad no puede actuar si no existe una norma legal y reglamentaria que le otorgue competencia para ello, es decir que, el titular del órgano administrativo para realizar cualquier acto o resolver cualquier situación no puede salirse de lo que la norma preceptúa. La legalidad persigue dos objetivos primordiales:

¹⁶ Castillo González, Jorge Mario. **Derecho administrativo**. Pág. 391.

a) dar seguridad jurídica a los habitantes del Estado; y b) dar firmeza a las decisiones administrativas."¹⁷

Cuestión fundamental resulta entonces dilucidar la naturaleza del Estado, ya que por principio no tiene existencia por si mismo, su origen radica en que la Constitución plantea su finalidad y estructura. Los Artículos 1 y 2 de la Constitución Política de la República, establecen que el Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común; le asigna como deber fundamental garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona. Por lo tanto, su poder no es absoluto, sino que cumple una finalidad determinada. De esta manera, los funcionarios son depositarios de autoridad, sujetos a la ley y al servicio del Estado (Artículo 154 de la Constitución Política de la República).

Este principio constitucional supone que en las acciones del Estado, materializadas a través de los funcionarios, rige el principio de legalidad, en el sentido de que toda acción deberá estar establecida en una ley previa. En el caso de las personas rige el principio de libertad de acción (Artículo 5 de la Constitución Política de la República): todo lo que no está prohibido está permitido.

El principio de legalidad que rige para los funcionarios públicos es fundamental, pues enriquece la expectativa de las personas respecto a que la función del Estado se

¹⁷ Vanegas. **Ob. Cit.** Pág. 16.

cumpla de conformidad a su naturaleza generando seguridad jurídica de las acciones de los funcionarios.

El fin práctico del principio de legalidad es evitar la arbitrariedad que conduce en definitiva al abuso del poder. El sentido de la legalidad no significa únicamente el cumplimiento de su carácter formal, que incluye su proceso de creación y designación como tal, sino que también adquiere un sentido sustancial, por cuanto que la Constitución establece la coherencia entre ésta y todo el sistema normativo. Por esta razón se establece que ninguna ley podrá contrariar sus disposiciones, las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure. De esta manera, se establece un sistema normativo integrado, tanto en su forma como en su contenido, donde la Constitución establece los principios, las leyes y su aplicación inmediata.

Con evidente origen en la Ilustración, el Principio de Legalidad aparece por vez primera consagrado en la Carta de Derechos de Virginia (1787), en su Artículo octavo, como una irrenunciable garantía del ciudadano frente al Estado. Es en este caso, ante un estado naciente y por moldear, lo que nos da una idea del carácter de *conditio sine qua non* con que el principio se ve investido desde el inicio.

No es por tanto de extrañar que la prohibición de la retroactividad aparezca inmediatamente después, en la Declaración de Maryland (Artículo 15), como un nuevo corrector ante posibles abusos del poder establecido frente al individuo. No hubo de esperar mucho más para que aparecieran consagrados en un texto legal solemne y

formalmente proclamado: la Convención de Filadelfia, que generaría la Constitución federal de Estados Unidos de América de 1787 (Adoptada en julio de 1788 y puesta en efecto en marzo de 1789, con las primeras ratificaciones de los estados).

En Europa se desarrollaba un proceso paralelo en los Estados de Austria, Prusia y, fundamentalmente, Francia. Los Artículos 7 y 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, recogen ambos principios, legalidad e irretroactividad, que se verían plasmados con posterioridad en el Artículo 4 del Código de Napoleón de 1810.

Solemnizada la Irretroactividad Penal y consagrado el Principio de Legalidad, la ley aparece como una construcción abstracta encaminada a proteger al ciudadano frente a cualquier agresión a sus derechos y libertades, dotada de una estructura interna y protegida de cara al exterior por una serie de elementos que excluyen ulteriores interpretaciones manipuladoras de su sentido original. Y no se olvide que, así entendida, acrecienta la seguridad jurídica dentro del ordenamiento jurídico.

Tomar esta justificación del Principio de Legalidad como protectora del individuo no parece del todo desacertada. La ley como garantía jurídica del ciudadano ante la estructura del Estado y sus peligros inmanentes. La ley como garante de las libertades mínimas y máximas del individuo. Garante tanto por su solemnidad como por su forma de producción. Es posible que el principal objetivo perseguido por este principio, sea el hecho de que sin un exhaustivo control, sin una permanente vigilancia de la aplicación de

la norma, la garantía legal, la justificación del principio de legalidad, quedaría en nada.

En una sociedad evolucionada no se concibe una Administración arbitraria, es necesario para satisfacción de los ciudadanos, que exista una regla, ya que la acción administrativa, en lo que ella implica, precisa de regularidad y de orden, que sólo la regla jurídica garantiza.

La Legalidad conforma y a la vez limita la actuación pública y pone a disposición de los funcionarios o administradores los múltiples correctivos legales, así como formales, para implementar eficazmente la supervisión y adecuado control de la administración pública. Asimismo la Constitución y las Leyes se encargan de definir las atribuciones del poder público y a ellas debe estar sujeto su ejercicio, el cual debe circunscribirse al más elevado y estricto sentido de responsabilidad.

Desde luego, la ley se presenta, desde una u otra perspectiva, como una garantía jurídica del ciudadano frente al poder del Estado. Lo prohibido se establece en la ley, una norma jurídica consagrada por los poderes del Estado y que debe ser conocida por todos. Nada que no establezca la misma puede ocasionar perjuicios para la persona. Todo lo que no se permite hacer al hombre debe de estar recogido en una norma consensuada por toda la sociedad, emanada de la misma y con una forma determinada, reconocida por el ordenamiento jurídico como elemento fundamental del mismo. De esta forma, ningún hombre podrá ser castigado sin previa infracción de una ley que determina una conducta condenada, sancionado según la misma y en las

condiciones y con el alcance que ésta determine.

Por otra parte, la ley delimitadora a la que se hace referencia dota al sistema jurídico de mayor estabilidad, dado que regula incluso el contenido del mismo y su forma de aplicarse ante un hecho en concreto y, cuando actúa, lo hace bajo los cauces establecidos por la sociedad, sirviendo de marco de relación entre la sociedad, el Estado (como definición del mismo) y el sujeto individual. La relevancia de esto radica en que la reacción que se produce desde el Derecho ante un hecho delictivo resulta desapasionado, objetivo, madurado. Sigue, además, los cauces establecido por la propia sociedad que pretendió apartarlo de la Moral y dotarlo de entidad propia que protegiera sus derechos y libertades.

Para corregir el efecto moral de la selección y la constitución de la relación más o menos amplia de conductas cuya comisión se pretende desincentivar a través de la coerción, se debe acudir a la incorporación de principios y valores jurídicos que condicionen y limiten a la ley en los aspectos preceptivos y/o prohibitivos. La introducción de mecanismos jurídicos de índole técnica dotarán a la ley de la entidad pretendida y supondrá el cumplimiento de su función delimitadora entre el Derecho y el juicio ético. Fundamentalmente, estos mecanismos deben evitar toda tendencia hacia moralismos jurídicos como consecuencia de relacionar Derecho y Moral y propiciar la positivización del máximo de extremos del tipo, así como arbitrar sistemas encaminados a perfeccionar la validez de la norma en cuanto a su producción y su forma, evitando así tendencias favorecedoras al establecimiento de normas prescindiendo del

procedimiento establecido para su producción.

De hecho, Ferrajoli identifica esta función juridizante con el Principio de Legalidad, entendiendo como: "...un principio organizativo en virtud del cual todos los poderes públicos están sometidos a la ley, y al mismo tiempo una norma de reconocimiento de todas las normas válidas en tanto que producidas de las formas, en las condiciones y por los poderes legalmente preestablecidos."¹⁸

2.2.2 El principio de juricidad o juridicidad:

Juricidad es la tendencia o criterio favorable al predominio de las soluciones de estricto derecho en los asuntos políticos o sociales. "Algunos autores prefieren la palabra juridicidad, pero ha de estimarse barbarismo por aceptar la primera la Academia y rechazar, con su silencio, la otra. El vocablo presenta importancia jurídica por cuanto preconiza el imperio del Derecho sobre el uso de la fuerza. Los gobiernos de facto estiman la fuerza por encima de la juridicidad."¹⁹

Suele confundirse el principio de legalidad con el principio de juridicidad, manejando los conceptos como sinónimos, lo que es incorrecto, pues no deben aplicarse con iguales significados, aunque ambos conceptos son similares se puede decir

¹⁸ Calderón. **Ob. Cit.** Pág. 43.

¹⁹ **Ibid.**

que la juridicidad es el género y la legalidad la especie. Con la aplicación del principio de juridicidad implica someter los actos, decisiones o resoluciones de la administración pública al derecho. Esto implica la aplicación de la norma jurídica, en caso de no haber norma, necesariamente hay que aplicar los principios generales del derecho administrativo y en última instancia se pueden aplicar las instituciones doctrinarias del derecho administrativo.

El Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece: "Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Su función es de contralor de la juridicidad de la Administración Pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas."

La diferencia entre el principio de legalidad y el de juridicidad estriba en su aplicación. El principio de legalidad debe someter su actuación a una norma y si no hay norma no puede actuar, el administrador tiene que actuar apegado a la Ley mientras que en el principio de juridicidad tiene un campo más amplio para poder actuar, pues fundamentalmente tiene que buscar la norma, la ley, pero a falta de la misma puede buscar y aplicar los principios generales del derecho administrativo o en todo caso aplicar las instituciones doctrinarias de éste.

2.3 Controles para garantizar la legalidad en la administración pública:

Para garantizar que los actos de los funcionarios y empleados públicos se enmarquen dentro del principio de legalidad, o bien que cuando los mismos infrinjan la ley en su actuar público, la Constitución ha establecido mecanismos legales de los cuales puede hacer uso la ciudadanía para hacer prevalecer el Estado de Derecho. Para ello encontramos los controles constitucionales, parlamentarios, administrativos y judiciales.

2.3.1 Control constitucional:

Entendiendo por control constitucional el mecanismo establecido por la Constitución y desarrollado en una Ley Constitucional, para que la persona a la cual se encuentra amenazada de violación a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiera ocurrido, siendo el Amparo el mecanismo por excelencia, así como la Inconstitucionalidad de la ley.

"Dentro de la Constitución Política de la República de Guatemala, se encuentra regulada la procedencia de este medio de defensa, pero hay que tomar en cuenta que no es sencilla la procedencia de éste, pues en materia administrativa es difícil su planteamiento, por lo manifestado en el Artículo 19 de la ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en donde se encuentra el necesario planteamiento de los Recursos Administrativos para que el Amparo proceda."²⁰

²⁰ Calderón. **Ob. Cit.** Pág. 364.

2.3.2 Controles políticos o parlamentarios:

Los controles políticos o parlamentarios, son una figura jurídica, que consiste en el control que ejerce el Congreso sobre los actos de los funcionarios públicos, a través de la invitación, citación o interpelación de Ministros de Estado.

"La interpelación, es la figura jurídico-política, mediante la cual el parlamento controla los actos y las políticas administrativas del Primer Ministro o Presidente del Consejo de Ministros y los Ministros de Estado. La interpelación es una figura típica del sistema Parlamentario, pues en este sistema, hay que recordar que la Administración Pública se encuentra a cargo del Parlamento... Esta figura se encuentra regulada dentro del Artículo 166 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y establece que los ministros de Estado, tienen la obligación de presentarse al Congreso de la República, a fin de contestar las interpelaciones que le formulen uno o más diputados."²¹

2.3.3 Control administrativo:

El control administrativo es el que se desarrolla dentro de la esfera de la administración pública, en este caso se puede establecer dos supuestos en los que se puede dar el control administrativo, a saber: a) de oficio o control jerárquico; b) a petición de parte. En el primer caso, es el que ejerce el superior jerárquico sobre los

²¹ **Ibid.** Pág. 335-336.

subordinados, por ejemplo, un Ministro de Estado tiene la facultad de controlar los actos, decisiones y resoluciones de sus direcciones generales.

"Para que este tipo de control se de dentro de la actividad de la administración pública guatemalteca se hace necesario que concurren ciertos elementos, a saber:

1) Que exista plenamente Jerarquía entre los órganos administrativos, es decir que sean órganos de una misma competencia.

2) Que el control se de previamente al acto de la notificación al particular, pues en este caso ya no funcionaría el control, puesto que si el particular ya consintió la resolución, solo él puede pedir el control a petición de parte."²²

Mientras que el control a petición de parte es el que los particulares o administrados ejercen, sobre los actos de la administración. Se refleja este control en los recursos administrativos o medios de impugnación. Este tipo de control también es llamado control directo porque son directamente los particulares los que, a través de los recursos administrativos, controlan los actos de la administración que les afecta.

2.3.4 Control judicial:

El control judicial de los actos de la Administración Pública guatemalteca, son, en

²² Calderón. **Ob. Cit.** Pág. 339.

primer lugar el proceso de lo contencioso administrativo y el proceso de Amparo.

2.3.4.1 El contencioso-administrativo:

La doctrina concibe al Contencioso Administrativo como un medio de control judicial privativo de los actos de la Administración Pública, por eso Gabino Fraga nos dice que: "El establecimiento del control jurisdiccional de los actos de la administración, ha dado lugar al nacimiento de una noción de extraordinaria importancia; la del contencioso administrativo. Este puede definirse desde un punto de vista formal y desde un punto de vista material. Desde un punto de vista formal, el contencioso administrativo se define en razón de los órganos competentes para conocer las controversias que provoca la actuación administrativa, cuando dichos órganos son tribunales especiales, llamados tribunales administrativos. Desde el punto de vista material, existe el contencioso administrativo cuando hay una controversia entre un particular afectado en sus derechos y la Administración, con motivo de un acto de ésta última."²³

La primera definición parte fundamentalmente del órgano que decide la controversia, en tanto que la segunda modalidad sólo toma en cuenta la materia de dicha controversia. De tal modo que, desde este último punto de vista, puede llegar a hablarse de contencioso administrativo aun en el caso de que la contienda se someta por la ley al conocimiento del poder judicial ordinario. En nuestro medio, todo lo

²³ Fraga, Gabino. **Derecho administrativo**. Pág. 468.

concerniente al Contencioso Administrativo es objeto de conocimiento de un tribunal especial, que tiene la categoría de Sala Jurisdiccional, por lo que es llamado: Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Con la Constitución Política de la República que se encuentra vigente desde 1986, da inicio el Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se encarga de ser tribunal contralor de la juridicidad de la administración pública, con atribuciones para conocer en caso de contienda por actos y resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado.

Al entrar en vigencia el mencionado tribunal, quedó integrado al Organismo Judicial, lo que encaja con lo que se denomina justicia retenida. Esta modalidad es diferente a la de Francia, en donde la jurisdicción administrativa está otorgada a un órgano administrativo como el Consejo de Estado, que se denomina justicia delegada, el propio Estado le da esa facultad.

"El vocablo contencioso administrativo, se origina en los tribunales administrativos franceses de tal nombre, que se caracterizan por ser órganos de la propia administración (Consejos de Estado), que resuelven los litigios entre ellas y los administrados, sin revisión judicial posterior. Es de destacar que en el concepto francés de la división de los poderes, la justicia no debe inmiscuirse para nada en los asuntos relativos a la administración pública, siendo ésta la que debe decidirlos en última instancia y por sí sola. En cambio, en nuestro sistema y en nuestra interpretación de la división de los Organismos del Estado no puede negarse a los habitantes el acceso a una

instancia judicial propiamente dicha, siendo inconstitucional precisamente el que la administración o cualquier otro órgano y organismo pretenda ejercer funciones propias de los jueces, reguladas en los Artículos 203 y 204 de la Constitución. Y por esta razón es que en nuestro país no existe la Jurisprudencia Administrativa, sino únicamente las que devienen de las sentencias judiciales, Jurisprudencia o doctrina legal."²⁴

La competencia del tribunal de lo Contencioso Administrativo se ejerce en todo el territorio nacional y sobre todos los actos de la administración central, descentralizada y autónoma. Esto significa que las municipalidades, las gobernaciones departamentales y los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural quedan incluidas en el control del tribunal. Es importante destacar que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, es el contralor de la juridicidad de los actos de la Administración Pública.

2.3.4.2 La acción constitucional de Amparo:

El amparo es un derecho constitucional regulado en el Artículo 265, el cual establece que: "Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitas una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan."

²⁴ Calderón. **Ob. Cit.** Pág. 350.

La posibilidad de accionar en materia administrativa a través del Amparo se genera a partir de haber planteado todos los Recursos ordinarios, judiciales y administrativos, establecidos en la Ley de lo Contencioso Administrativo, lo cual se encuentra normado en el Artículo 19 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, estableciendo que: "Para pedir amparo, salvo casos establecido en esta ley, deben previamente agotarse los recursos ordinarios, judiciales y administrativos, por cuyo medio se ventilan adecuadamente los asuntos de conformidad con el principio del debido proceso."

Como lo establece el artículo anterior , existen casos en donde es permisible interponer amparo sin agotar la vía administrativa, tal es el caso de la figura legal del Silencio Administrativo, cuando los particulares hacen uso del derecho de petición contenido dentro del Artículo 28 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

El Artículo 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, enumera los casos en que procede el Amparo, siendo los más importantes para el presente trabajo de investigación los siguientes:

- a) Para que se le mantenga o restituya en el goce de los derechos y garantías que establece la Constitución o cualquiera otra ley;
- b) Para que se declare en casos concretos que una ley, un reglamento, una resolución o acto de autoridad, no obligan al recurrente por contravenir o

restringir cualesquiera de los derechos garantizados por la Constitución o reconocidos por cualquiera otra ley;

c) Para que en casos concretos se declare que una disposición o resolución no meramente legislativa del Congreso de la República; no le es aplicable al recurrente por violar un derecho constitucional;

d) Cuando la autoridad de cualquier jurisdicción dicte reglamento, acuerdo o resolución de cualquier naturaleza, con abuso de poder o excediéndose de sus facultades legales, o cuando carezca de ellas o bien las ejerza en forma tal que el agravio que se causare o pueda causarse no sea reparable por otro medio legal de defensa;

e) Cuando en actuaciones administrativas se exijan al afectado el cumplimiento de requisitos, diligencias o actividades no razonables o ilegales, o cuando no hubiere medio o recurso de efecto suspensivo;

El Amparo, como medio de control constitucional tiene gran importancia dentro de la administración pública guatemalteca, como un instrumento que tienen los particulares para oponerse a las resoluciones administrativas o para hacer que la administración pública resuelva las peticiones de los particulares dentro del plazo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 28.

El Amparo no es un recurso, es un verdadero proceso de los que la doctrina les denomina procesos constitucionales. El Amparo y la Acción de Inconstitucionalidad son de

suma importancia como medios de control que los particulares pueden hacer valer para oponerse a los actos y resoluciones de la Administración Pública.

2.4 Fundamento jurídico constitucional de la Administración Pública guatemalteca:

La Administración pública guatemalteca se desenvuelve dentro de un ordenamiento jurídico que parte de la Constitución Política de la República de Guatemala, la cual ocupa el primer lugar dentro de la pirámide jerárquica, culminando en los reglamentos. Esta legislación es la que estructura a todo el Estado, conformado por el Organismo Ejecutivo, el Organismo Judicial y el Organismo Legislativo, así como por la totalidad de órganos administrativos descentralizados y autónomos.

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece la estructura y el funcionamiento de los órganos administrativos. Además de la estructura y funcionamiento de los Organismos de Estado, la Constitución regula otros órganos de control administrativo, como la Procuraduría de los Derechos Humanos, la Contraloría General de Cuentas, el Ministerio Público y la Corte de Constitucionalidad, basados en los principios fundamentales de Juridicidad y Legalidad.

"Probados esos principios, podremos afirmar que el Estado está absolutamente, íntegramente, sometido a un orden jurídico, siendo por lo tanto Estado de Derecho; podremos entonces afirmar que las declaraciones, derechos y garantías contenidas en la Carta Fundamental son, sin distinción alguna, derechos subjetivos de los particulares

exigibles jurisdiccionalmente con, contra, o sin ley que reglamente el derecho o conceda el recurso formalmente utilizable."²⁵

La Constitución como ley fundamental es algo más que un simple programa de gobierno, o expresión de deseos; es, como su nombre lo indica, una verdadera ley suprema. La Carta Magna es pues, un resumen del querer político, social y filosófico de un pueblo determinado. Y todo el sistema normativo debe ser la fiel expresión de esa norma superior que resume el querer del constituyente primario. Por ello es que la Ley Prima es la primera fuente formal del derecho administrativo dentro del Estado de Derecho.

El sometimiento de los tres Organismos del Estado a la Constitución tiene mucha mayor importancia en el presente y se proyecta al futuro, puesto que la promulgación de la misma, ha limitado sensiblemente los poderes del Estado y aumentado de manera sustancial las garantías y derechos individuales de los particulares frente a él.

Para Agustín Gordillo: "...la Constitución establece un Estado de Derecho, y por lo tanto, es un principio constitucional el respeto de los derechos humanos individuales. Por ello se justifica, por ejemplo, la introducción en su momento de la acción de amparo a pesar de haber ley al respecto; asimismo, se justifica el control jurisdiccional de oficio de la constitucionalidad de las leyes, por acción u omisión legislativa, sin necesidad de que una ley lo establezca; y el control de legalidad y constitucionalidad por parte de los tribunales en cuanto la forma, el contenido o el fin de cualquier acto administrativo o aún de gobierno,

²⁵ Calderón. **Derecho administrativo II**. Pág. 4.

aunque no haya recurso jurisdiccional especial para ello."²⁶

Si el Estado ha de estar íntegramente sometido a la Constitución, es decir, a un orden jurídico imperativo, no ha de poder realizar acto alguno que no esté previamente calificado positiva o negativamente por el orden jurídico constitucional. En consecuencia las leyes deben respetar la Constitución, y a su vez los actos administrativos deben respetar las leyes.

El Estado guatemalteco es un Estado de Derecho en sentido positivo, íntegramente sometido a la Constitución y demás normas legales, es decir, al orden jurídico, por lo que no puede realizar acto alguno que no esté previamente calificado, positiva o negativamente, por el Derecho. Aquí, el Estado no tiene una Constitución sino que la Constitución tiene o admite al Estado y sus órganos. El Estado nace de un sistema normativo como sujeto de derecho no de hecho, como lo regula la Constitución en sus Artículos 153, 154 y 156. Donde el imperio de la ley condiciona la función pública y que la sujeción a la ley implica que la misma es superior a los órganos de la administración y que los funcionarios deben estar sujetos a la misma, jamás por encima de ella. Pero especialmente el respeto a las normas constitucionales, las cuales no pueden ser sustituidas o limitadas por ningún punto resolutivo, ejecutivo, judicial o decreto legislativo.

En las relaciones de derecho público entre los administrados y el Estado, el poder no es del Estado, sino la fuerza superior del pueblo soberano bajo un orden nacional, puesto

²⁶ Gordillo, Augustín. **Derecho administrativo, parte general.** Pág. 3.

que de acuerdo con el Artículo 152 de la Constitución, el poder proviene del pueblo y de lo establecido por éste.

La Estructura del Estado se encuentra bajo el orden jurídico constitucional, especialmente regulado por los Artículos 140 y 148 y de ahí en adelante quedan regulados los Organismos del Estado, por lo que es innegable la absoluta inferioridad en que se encuentra la administración con respecto a la Constitución Política, la cual le impone una organización determinada, delimitando las atribuciones de su órganos, imponiéndole características determinadas, ordenando cómo, cuándo y por qué personas integrará sus órganos, todo ello sin haberte consultado su opinión ni preguntado si le parece conveniente o no; delimitándole sus atribuciones frente a una serie de derechos y garantías individuales.

Las leyes, actos administrativos y demás actos estatales no son normas jurídicas graduadas por el Estado con referencia a la Constitución; son normas jurídicas permitidas al Estado por la Constitución, y graduadas por el Estado con referencia al Estado mismo, ya que frente a la Carta Magna su condición es una sola: falta de juridicidad, en tanto la Constitución no se la otorgue. Las normas no son normas jurídicas si la Constitución no las autoriza, y por ello es errado pretender que participan de la misma esencia que la Constitución sólo que en menor grado.

La superioridad constitucional consiste en que las leyes comunes no pueden derogarla, ni incumplirla por acción u omisión, lo que comprenden, asimismo, la natural consecuencia de que no pueden violar ni alterar sus disposiciones, pues eso importaría

precisamente aquello. Cuando una ley viola alguno de esos principios, deja de ser aplicable ante la reclamación del interesado mediante una Acción de Inconstitucionalidad; cuando el legislador descuida un principio o norma constitucional, es al juez a quien le corresponde aplicarla en los casos concretos. Si la Constitución tiene la particularidad de transformar en antijurídico todo lo que la viole, y si lo que la viola es por ello mismo inaplicable, por la interposición de reclamo por medio del planteamiento del Acción de Inconstitucionalidad, es evidente que ello se debe a que la Constitución, es suprema aun con referencia las leyes parlamentarias.

La ley orgánica, es la que regula la creación de órganos administrativos, mediante la que se les dota de la personalidad jurídica propia, independencia en cuanto a sus funciones técnicas y se le otorga la competencia general a esta clase de órganos y en general la ley ordinaria es la única que puede otorgar la competencia administrativa.

Mientras que en los reglamentos se encuentran regulados los procedimientos a los cuales se tiene que someter la administración pública para la resolución de sus expedientes, es la base para la formación del expediente administrativo.

La administración pública debe someter su actuación estrictamente a la ley, y fundamentalmente a la aplicación de los principios de legalidad y juridicidad. Los órganos administrativos no pueden actuar arbitrariamente, pues su actuar debe estar enmarcado dentro de los límites que la misma les otorga.

2.5 La legalidad y juridicidad de los actos administrativos:

Para José Canasi²⁷ el acto administrativo puede, como un acto voluntario del poder público, dentro de la esfera de su competencia, que tiene por objeto crear una relación jurídica exorbitante del derecho privado, determinar o fundamentar el quehacer de la administración pública. Su concepción es bastante amplia, lo cual se debe a que, según el autor, abarca los actos unilaterales de la administración pública, como también los bilaterales o contractuales y también los generales o reglamentarios. Lo valioso de su propuesta es que involucra dentro de la definición de competencia al reglamento como un acto administrativo que es su naturaleza jurídica.

Para Hugo Calderón, el acto administrativo es: "Una declaración unilateral concreta o general de voluntad, de un órgano administrativo competente, que produce efectos jurídicos directos, concretos o generales."²⁸

El acto administrativo constituye la base esencial y fundamental de la actividad jurídica del Estado, en sentido lato, y regula la función administrativa, ya sea en forma de actos jurídicos o de actos materiales, dando origen, por su complejidad, a la llamada teoría del acto administrativo, regulada por el derecho administrativo.

Las características de los actos administrativos, son la presunción de legitimidad, la irretroactividad, la revocabilidad y la ejecutoriedad.

²⁷ Canasi, José. **Derecho administrativo**. Pág. 101.

²⁸ Calderón. **Ob. Cit.** Pág. 301.

La presunción de legitimidad sucede cuando se han cumplido todas las etapas del procedimiento administrativo y los requisitos de fondo y de forma que señala la ley, puesto que se produce el acto administrativo que se presume legítimo y empieza a producir efectos jurídicos luego de su notificación, salvo que sea impugnado por el afectado por medio de los recursos administrativos o en la vía judicial por medio del contencioso administrativo, el amparo o la inconstitucionalidad.

Es decir que la presunción de legitimidad consiste en la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, es decir, que su emisión responde a todas las prescripciones legales. Esta presunción sólo puede hacer referencia al acto administrativo perfecto, o sea que tenga validez y eficacia. Si es un acto válido, pero ineficaz sólo será ejecutoriado. Esta presunción de legitimidad es *iuris-tantum* por lo que puede probarse que el acto administrativo no tiene la legitimidad que en él se presume. Quien pretende la ilegitimidad o nulidad de un acto administrativo debe alegar y probar lo que corresponda, y la acción sólo puede darse a los interesados o administrados a quienes la ley permite ejercer tal poder; es claro que la ilegitimidad no puede declararse de oficio ni la legitimidad presumida debe ser declarada por los jueces.

La irretroactividad es una característica del acto administrativo, puesto que implica que el acto administrativo debe surtir efectos a partir de la notificación o publicación, a la persona a quien se dirige y nunca antes. De lo contrario, se produce la violación constitucional.

La revocabilidad implica que la autoridad pública, de oficio o a petición de parte, resuelve dejar sin efecto un acto o decisión que había tomado. Se considera que es de oficio cuando el superior jerárquico del órgano administrativo, revoca la decisión tomada por el subordinado o porque el propio órgano que toma la decisión la revoca. En este caso se encuentran plasmados dentro de la ley las razones por las cuales se puede revocar de oficio una resolución ya consentida por los interesados.

La revocación a petición de parte, es cuando la resolución administrativa ha sido notificada legalmente al particular y éste hace uso de los medios que la ley le otorga para oponerse a las resoluciones o actos administrativos, por afectarle sus derechos e intereses. En este caso se trata de los recursos administrativos en la vía judicial.

La ejecutoriedad se refiere a la fuerza ejecutiva, la cualidad de ejecución con que nacen los actos administrativos, diferenciándose dentro de esa fuerza o cualidad, la posibilidad inmediata de ejecución -ejecutividad- y el hecho de que es la propia administración quien puede llevar a cabo el contenido del acto.

"De tal manera que este carácter podría denominarse de posibilidad de ejecución que sería el hecho de poder o deber llevar a la práctica la fuerza ejecutiva con la que se supone nace el acto administrativo. A su vez, esa posibilidad de ejecución se desdoblaría en dos aspectos: la ejecutividad y la ejecutoriedad, de acuerdo con el concepto que hemos dado antes. La ejecutividad sería la fuerza inmediata de ejecución, el hecho de que pudiera o debiera exigirse y cumplirse la ejecución; mientras que la ejecutoriedad, sería la posibilidad que tuviera la administración de hacerlo cumplir por sí

misma. Aunque este carácter sea denominado ejecutividad o ejecutoriedad, casi todos los autores están de acuerdo en que ambos términos tienen significados distintos.²⁹

La ejecutoriedad es uno de los privilegios de la administración pública y también un requisito para promover recursos contra el acto, pues solamente la decisión ejecutoria puede atacarse con los recursos s contencioso-administrativos.

2.6 Clasificación de los actos administrativos:

Atendiendo a su contenido los actos administrativos pueden ser: imperativos, conformadores, declarativos y registrales.

Los actos administrativos imperativos son aquellos que contienen una prohibición, consisten en provocar en los administrados una determinada conducta y en el caso necesario, obligar coactivamente al obligado, por ejemplo, al cumplimiento de medidas sanitarias para evitar epidemias.

Los actos administrativos conformadores son aquellos que van dirigidos a crear, modificar o suprimir una relación jurídica concreta con los administrados, por ejemplo, las autorizaciones, las licencias, los permisos. Estos crean o modifican una situación jurídico administrativa del administrado.

²⁹ Calderón. **Ob. Cit.** Pág. 285.

Los actos administrativos declarativos son aquellos en los que lleva implícito declaraciones sobre determinadas propiedades de personas o cosas, de cuya existencia o ausencia depende determinadas consecuencias jurídico administrativas, por ejemplo, el reconocimiento de la calidad de vecino, o el ejercicio de la calidad de ciudadano.

Mientras que los actos administrativos registrales se limitan a consignar que en los registros se encuentran asentadas determinadas particularidades. Constituyen hechos de los ya registrados y tienen el carácter de documentos públicos. Los efectos jurídicos se contraen a legitimar los hechos a que los mismos se refieren; por ejemplo, las certificaciones del Registro de la Propiedad.

De acuerdo al órgano que los dicta, los actos administrativos pueden ser simples o complejos. Son simples cuando emanan de una sola voluntad, en ejercicio de una competencia administrativa exclusiva, que corresponde a un órgano administrativo, por ejemplo, una resolución de un ministerio de Estado o un Gobernador. Mientras que son complejos cuando se forman por el concurso de varias competencias, es decir que el acto es emitido por varios órganos administrativos con distintas competencias, por ejemplo, una resolución emitida por dos municipalidades vecinas o aun Acuerdo emitido por el Presidente de la República en Consejo de Ministros.

Por los efectos del acto pueden ser de limitación o de ampliación de derechos. Son limitativos cuando contienen prohibiciones y disminuyen el patrimonio de las personas o el acto controla el ejercicio de los derechos de los particulares, por ejemplo evitar que un

edificio pase de cierta altura o limitar la velocidad en una carretera. Mientras que son actos de ampliación cuando la administración pública aumenta la esfera de los derechos de los particulares, a través de la autorización de licencias o permisos.

Dentro de los actos administrativos se encuentran los que están reglados y los que son discrecionales.

Los actos reglados son aquellos que se producen dentro de la administración, mediante preceptos legales imperativos que contienen reglas vigentes y específicas, que regulan la actividad de la administración en una materia determinada. En consecuencia, se puede decir que el acto reglado fluye de normas jurídicas, cuya referencia a las circunstancias del caso, no contienen formas elásticas en tal elemento normativo. En este caso del órgano administrativo debe fluir una resolución apegada a lo que la norma indica, sin un marco de amplitud para aplicarla, la ley le indica al funcionario los requisitos a llenar, el procedimiento y la resolución del caso.

El acto administrativo reglado, es, entonces, aquel que constituye la mera ejecución de la ley, el cumplimiento de una obligación que la norma impone a la administración cuando se han realizado determinadas condiciones de hecho. En esta clase de actos la ley determina exactamente no sólo la autoridad competente para actuar sino también si esta debe actuar y cómo debe actuar, estableciendo las condiciones de la actividad administrativa de modo que no deja margen a diversidad de resoluciones según apreciación subjetiva que el agente haga de las circunstancias del caso.

Por aparte, el acto administrativo discrecional tiene lugar cuando la ley deja a la administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse o en qué momento debe obrar o como obrar o en fin qué contenido va a dar a su actuación. Por lo general, de los términos mismos que use la ley podrá deducirse si ella concede a la autoridad una facultad discrecional. Así, cuando la ley use términos que no sean imperativos sino permisivos o facultativos se estará frente al otorgamiento de un poder discrecional. Igual cosa ocurrirá en todos aquellos casos en que la ley deje a la autoridad libertad de decidir su actuación por consideraciones principalmente de carácter subjetivo tales como la de conveniencia, necesidad o interés público.

El acto administrativo discrecional se dicta de acuerdo a la oportunidad y conveniencia del Estado; al contrario de los actos reglados, los discrecionales fluyen de las normas jurídicas en las cuales existen fórmulas elásticas que permiten al funcionario encargado del órgano aplicar su criterio, al resolver, una vez concluido el procedimiento administrativo.

Los actos administrativos por la concurrencia de sus elementos pueden ser válidos o perfectos o viciados o imperfectos.

Los actos administrativos son válidos o perfectos cuando contienen todos los elementos de fondo y de forma necesarios, están ajustados a derecho y al encontrarse firmes, porque no se impugnan o porque se declara sin lugar el recurso, se procede a su cumplimiento o ejecución en forma voluntario a coactiva.

Para que el acto administrativo sea válido, es necesario que concurren una serie de elementos que lo hacen perfecto. La falta total o parcial de cualquiera de los elementos de forma o de fondo, pueden ser calificados como actos viciados, lo que puede ser motivo del control directo o de recursos administrativos en su contra.

A partir de lo anterior se hace referencia a actos administrativos jurídicamente inexistentes y actos anulables.

Los actos administrativos jurídicamente inexistentes son aquellos que, como su nombre lo indica, no tienen una existencia jurídica, pues los mismos carecen de los requisitos esenciales de fondo y de forma y son manifiestamente ilegales; carecen de legalidad o juridicidad y el administrado o particular afectado, puede inmediatamente impugnarlos, por los mecanismos establecidos en la ley.

Mientras que los actos administrativos anulables son aquellos que tienen una apariencia de legales, pero carecen de alguno de los elementos de forma o de fondo. Esta clase de actos producen efectos jurídicos, siempre y cuando el particular o afectado los impugne. Se pueden impugnar en la vía administrativa y si el acto es confirmado en resolución del recurso, el particular puede acudir a la vía judicial a través del proceso contencioso administrativo.

De estos vicios se distinguen dos clases: el de nulidad absoluta y el de nulidad relativa. El primero significa que el acto administrativo no cumplió con elementos de fondo que no pueden ser subsanados, por ejemplo, cuando un funcionario público emite

una resolución ejerciendo una competencia que no le corresponde. Mientras que los actos viciados de nulidad relativa son aquellos que adolecen de elementos de forma y que pueden quedar perfectos si se subsana el error.

CAPITULO III

3. El Ministerio Público:

3.1 Definición:

El Artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que el Ministerio Público es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales con funciones autónomas, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica.

Se puede establecer, entonces, que el velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país es la función principal del Ministerio Público. Esta consiste en constituirse como ente contralor de la legalidad de la administración pública, así como del cumplimiento de las leyes por parte de personas particulares. Esa función es reiterada por el Artículo 46 del Código Procesal Penal el que regula que el Ministerio Público, por medio de los agentes que designe, tendrá la facultad de practicar la averiguación de delitos, además le asigna ejercer la acción penal conforme los términos que dicho Código le asigne.

Mientras que el Artículo 1 de su ley orgánica regula que el Ministerio Público es una institución con funciones autónomas, que promueve la persecución penal y dirige la

investigación de los delitos de acción pública; además vela por el estricto cumplimiento de las leyes del país. Por lo que cuando esté en el ejercicio de su función, perseguirá la realización de la justicia, y actuará con objetividad, imparcialidad y con apego al principio de legalidad, en los términos que la ley establece.

Para alcanzar los objetivos constitucionales, la ley orgánica establece las siguientes funciones del Ministerio Público:

- a) Investigar los delitos de acción pública y promover la persecución penal ante los tribunales, según las facultades que le confieren la Constitución, las leyes de la República, y los Tratados Internacionales.
- b) Ejercer la acción civil en los casos previstos por la ley y asesorar a quienes pretendan querellarse por delitos de acción privada de conformidad con lo que establece el Código Procesal Penal.
- c) Dirigirá a la Policía Nacional Civil y al ejército nacional en la investigación de hechos delictivos.
- d) Preservar el Estado de derecho y el respeto a los Derechos Humanos, efectuando las diligencias necesarias ante los tribunales de justicia.

3.2 Características:

De acuerdo con los legisladores, para que el Ministerio Público tuviera garantizado que no dependería de otro órgano u Organismo del Estado, además de que en la Constitución se regula su autonomía, consideraron necesario reiterar la misma, por lo que en el Artículo 3 de la ley orgánica, definieron que el Ministerio Público actuaría independientemente, por propio impulso en cumplimiento de las funciones que le atribuyen las leyes sin subordinación a ninguno de los Organismos del Estado ni autoridad alguna, salvo lo establecido en su propia ley. Además, le garantizaron autonomía financiera al establecer que anualmente tendrá una partida en el Presupuesto General de la Nación y sus recursos los administrará de manera autónoma en función a sus propios requerimientos.

Tan importante es la autonomía para la adecuada funcionalidad del Ministerio Público que la Corte de Constitucionalidad declaró inconstitucional el Artículo 4 de la ley orgánica argumentando que en el ejercicio de sus funciones no se encuentra subordinado a autoridad alguna, lo cual era contradicho por el contenido del artículo en mención, puesto que establecía que el Presidente de la República podía impartir instrucciones generales al Jefe del Ministerio Público para que oriente sus funciones. Las mismas debieran ser públicas, impartidas por escrito y debidamente fundamentadas.

Dicho Artículo regulaba también que si el Fiscal General aceptaba las instrucciones debía emitir las instrucciones pertinentes, pero si las rechazaba, debía

comunicar los fundamentos de su rechazo. Si este era el caso, el ya mencionado artículo, establecía que el Presidente podía recurrir al Organismo Legislativo para que éste resolviera mediante acuerdo legislativo sobre la procedencia de la petición, en cuyo caso la resolución se convertiría en obligatoria para el Ministerio Público.

3.3 Estructura administrativa:

De acuerdo con el Artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, este es único e indivisible para todo el Estado. Se organiza jerárquicamente. En la actuación de cada uno de sus funcionarios estará representado íntegramente, por lo que para acreditar la personería de un fiscal, sólo será necesaria la constancia de su cargo o, en su caso, por el mandato otorgado. Mientras que el Artículo 9 de su ley, el Ministerio Público está integrado por el Fiscal General de la República; el Consejo del Ministerio Público; los Fiscales de Distrito y los Fiscales de Sección; los Agentes Fiscales y los Auxiliares Fiscales.

3.3.1 El Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público:

El segundo párrafo del Artículo 251 establece que el Jefe del Ministerio Público será el Fiscal General de la República, al cual le corresponde el ejercicio de la acción penal pública. Para lo cual debe ser abogado colegiado y tener las mismas calidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. También establece que será nombrado

por el Presidente de la República de una nómina de seis candidatos propuestos por una comisión de postulación, integrada por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien la preside, los Decanos de las Facultades de Derecho o de Ciencias Jurídicas y Sociales de las universidades del país, por el Presidente de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y el Presidente del Tribunal de Honor de dicho Colegio. Mientras que el quinto párrafo de dicho artículo establece que el Fiscal General de la Nación durará cuatro años en el ejercicio de sus funciones y tendrá las mismas preeminencias e inmunidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. El Presidente de la República podrá removerlo por causa justificada debidamente establecida.

Por aparte el Artículo 10 de la Ley Orgánica del Ministerio Público regula que el Fiscal General de la República es el Jefe del Ministerio Público y el responsable de su buen funcionamiento, su autoridad se extiende a todo el territorio nacional, mientras que el Artículo 11 establece las funciones del Fiscal general de la República, siendo las más importantes las siguientes:

- 1) Determinar la política general de la institución y los criterios para el ejercicio de la persecución penal;

- 5) Efectuar a propuesta del Consejo del Ministerio Público, el nombramiento de los fiscales de distrito, fiscales de sección, agentes fiscales y auxiliares fiscales, de acuerdo a la carrera del Ministerio Público, así como conceder las licencias y aceptar las renunciaciones de los mismos.

- 8) Nombrar, de entre los miembros del Ministerio Público, fiscales para asuntos especiales. También podrá nombrar como fiscal especial a un abogado colegiado para atender un caso específico o para garantizar la independencia en el ejercicio de la función.

- 9) Organizar el trabajo del Ministerio Público y efectuar los traslados de los fiscales que crea necesarios para su mejor funcionamiento, en los términos que se establecen en su ley.

- 10) Proponer al Consejo del Ministerio Público la división del territorio por regiones para la determinación de las sedes de las fiscalías de distrito y el ámbito territorial que se les asigne, así como la creación o supresión de las fiscalías de sección.

Para la remoción del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, solamente se podrá a través del mecanismo establecido en el Artículo 14 de la Ley Orgánica, en la cual se establece que el Presidente de la República podrá remover al Fiscal General por causa justa debidamente establecida. Especificándose en el segundo párrafo del mismo artículo lo que se entiende por causa justa, en donde se establece que la misma se refiere a la comisión de un delito doloso durante el ejercicio de su función, por el cual se le haya condenado en juicio y el mal desempeño de las obligaciones del cargo que su ley orgánica establece, garantizándose siempre el derecho de defensa del Fiscal General.

Mientras que el tercer párrafo regula que en el caso de la comisión de un delito el Fiscal General será suspendido, previa declaratoria que ha lugar el antejuicio en su contra, para que se proceda conforme la ley. Si la sentencia fuere absolutoria el Fiscal general será reinstalado en su cargo; si fuere condenatoria, será destituido del mismo, sin perjuicio de las sanciones penales correspondientes.

Si el Fiscal General renuncia, es removido, tiene impedimento, es suspendido, o bien falta o se ausente temporalmente, el Artículo 15 establece que será sustituido por el Consejo del Ministerio Público entre los fiscales de distrito. Si es por remoción o renuncia, la sustitución será hasta que se realice el nombramiento del nuevo Fiscal General, quien completará el período.

Es importante resaltar que en el Capítulo I del Título V, denominado disciplina del servicio, específicamente en el Artículo 64e de la ley orgánica, se establece que cuando el Fiscal General sea quien cometa faltas en el servicio, el Consejo del Ministerio Público ordenará la práctica de las investigaciones pertinentes, comisionando a alguno o varios de sus miembros. En este caso no participará el Fiscal General. El resultado de las mismas lo comunicará al Presidente de la República, debido a que en el numeral 4) del Artículo 60 de la misma ley, se establece como sanción disciplinaria la remoción del cargo o puesto, lo cual implica que esta sería una de las causas de remoción cuando el Artículo 14 regula como motivo el mal desempeño de las obligaciones del cargo, lo cual se produce cuando se comete reiteradamente una o varias de las faltas reguladas en el Artículo 61 y ya se ha sido amonestado de manera verbal y por escrito y suspendido del cargo o empleo hasta por quince días.

3.3.2 El Consejo del Ministerio Público:

De acuerdo con el Artículo 17 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el Consejo del Ministerio Público está integrado por:

- 1) El Fiscal General de la República quien lo presidirá;
- 2) Tres fiscales electos en asamblea general de fiscales, de entre los fiscales distritales, de sección y los agentes fiscales.
- 3) Tres miembros electos por el Organismo Legislativo, de entre los postulados a Fiscal General de la República.

El segundo párrafo de dicho Artículo regula que el Consejo podrá acordar que durante el tiempo en que se reúnan, los fiscales miembros no ejercerán sus funciones, excepto respecto del Fiscal General.

Las atribuciones del Consejo del Ministerio Público se encuentran reguladas en el Artículo 18, entre las cuales se encuentran las siguientes:

- 1) Proponer al Fiscal general el nombramiento de los fiscales de distrito, fiscales de sección, agentes fiscales y auxiliares fiscales, de acuerdo a la carrera del Ministerio Público.

- 2) Ratificar, modificar o dejar sin efecto las instrucciones generales especiales dictadas por el Fiscal General, cuando ellas fueren objetadas conforme el procedimiento previsto en su ley orgánica, así como las demás establecidas conforme al régimen disciplinario, los traslados y sustituciones.

- 3) Acordar a propuesta del Fiscal general la división del territorio nacional, para la determinación de la sede de las fiscalías de distrito y el ámbito territorial que se les asigne; así como la creación o supresión de las secciones del Ministerio Público.

- 4) Asesorar al Fiscal general cuando él lo requiera.

Para llevar a cabo sus actividades el Artículo 20 regula que el Consejo del Ministerio Público deberá reunirse, por lo menos, dos veces al mes. Las sesiones serán convocadas por el Fiscal General de la República o quien lo sustituya. Mientras que el segundo párrafo de dicho artículo establece que el Consejo sesionará válidamente con la asistencia de, por lo menos, cuatro de sus miembros y el funcionario que lo preside. Asimismo, regula que el Fiscal general está obligado a convocar a sesión extraordinaria del Consejo cuando se lo soliciten por lo menos tres miembros y que las resoluciones serán adoptadas por mayoría absoluta de sus integrantes.

Es importante resaltar que para la integración y funcionamiento del Consejo del Ministerio Público, el Artículo 22 establece que todos sus miembros están obligados a concurrir a las sesiones del Consejo, salvo causa justificada presentada ante ese órgano. Además, el segundo párrafo de éste artículo regula que cada uno de los miembros del Consejo desempeñará el cargo con independencia absoluta, por lo que serán responsables de las resoluciones adoptadas por el Consejo, salvo que hubieren razonados su voto en contra.

Un aspecto importante sobre la actividad del Consejo del Ministerio Público, es que de conformidad con el Artículo 21, el mismo puede citar al Director de la Policía Nacional Civil y a los funcionarios de los demás órganos de seguridad del Estado para que rindan informes y opiniones. Estos funcionarios están obligados a asistir ante el llamado del Consejo, pues los funcionarios que incumplan el requerimiento incurrirán en el delito de desobediencia y serán sancionados de conformidad con la ley.

3.3.3. Los Fiscales de Distrito y de Sección:

De acuerdo con el Artículo 24 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, los fiscales de distrito serán los Jefes del Ministerio Público en los departamentos o regiones que les fueren encomendados y los responsables del buen funcionamiento de la institución en el área respectiva. Los mismos ejercerán la acción penal pública y las atribuciones que la ley le otorga al Ministerio Público, por si mismos o por intermedio de los agentes fiscales y auxiliares fiscales, salvo cuando el Fiscal General de la república asuma directamente esa función o al

encomiende a otro funcionario conjunta o separadamente.

Junto a los fiscales de distrito se encuentran los fiscales de sección, los cuales de acuerdo al Artículo 27 de la misma ley, serán los Jefes del Ministerio Público en las diferentes secciones que les fueren encomendadas, también serán los responsables del buen funcionamiento de la institución en los asuntos de su competencia; asimismo, tendrán a su cargo el ejercicio de las atribuciones que la ley asigna a la sección a su cargo, para lo cual actuarán por sí mismos o por intermedio de los agentes fiscales o auxiliares fiscales, salvo cuando el Fiscal General de la República asuma directamente esa función o la encomiende a otro fiscal, conjunta o separadamente.

Para ser fiscales de distrito o fiscales de sección, los aspirantes deben ser mayor de treinta y cinco años, poseer el título de abogado, ser guatemalteco de origen, y haber ejercido la profesión por cinco años o en su caso la de juez de primera instancia, agente fiscal o auxiliar fiscal por el mismo período. Estos fiscales gozarán del derecho de antejuicio, el cual será conocido por la Corte Suprema de Justicia (Artículo 28 de la Ley Orgánica del Ministerio Público).

Las fiscalías de sección que reconoce la ley orgánica se encuentran reguladas en el Artículo 30 y son las siguientes:

- a) Fiscalía de delitos administrativos;
- b) Fiscalía de delitos económicos;
- c) Fiscalía de delitos de narcoactividad;

- d) Fiscalía de delitos contra el ambiente;
- e) Fiscalía de asuntos constitucionales, amparos y exhibición personal;
- f) Fiscalía de menores o de la niñez;
- g) Fiscalía de la mujer; y
- h) Fiscalía de ejecución (regulada en el Artículo 38 de la ley orgánica).

La fiscalía de delitos administrativos, tiene a su cargo la investigación de la conducta administrativa de los funcionarios y empleados de los órganos y entidades estatales, descentralizadas y autónomas, inclusive de los Presidentes de los Organismo del Estado. Ejercerá la persecución penal de los hechos punibles atribuidos a esas personas, interviniendo regularmente en todos los asuntos penales que tengan relación con la administración pública o en los que se lesionen intereses estatales.

La fiscalía de delitos económicos, tiene a su cargo la investigación y el ejercicio de la acción penal en todos aquellos delitos que atenten contra la economía del país.

La fiscalía de delitos de narcoactividad, tiene a su cargo la investigación y el ejercicio de la acción penal en todos los delitos vinculados con la producción, fabricación, uso, tenencia, tráfico y comercialización ilegal de estupefacientes.

La fiscalía de delitos contra el ambiente, tiene a su cargo la investigación y el ejercicio de la acción penal en todos aquellos delitos cuyo bien jurídico tutelado sea el medio ambiente.

La fiscalía de asuntos constitucionales, amparos y exhibición personal, interviene en los procesos de inconstitucionalidad, amparo y exhibición personal, promoviendo todas aquellas acciones que tengan por objeto velar por el estricto cumplimiento de la Constitución Política de la República y demás leyes en esta materia.

La fiscalía de menores o de la niñez, tiene a su cargo la intervención que se le confiere al Ministerio Público en el procedimiento para menores, para lo cual cuenta con el asesoramiento de un gabinete interdisciplinario de especialistas en problemas de menores.

La fiscalía de la mujer, tiene a su cargo la intervención del Ministerio Público en los procesos que involucren a una o varias mujeres y que tengan relación con su condición de mujeres. Contará con la asesoría de especialistas en la materia respectiva.

La fiscalía de ejecución, tiene a su cargo la intervención ante los jueces de ejecución y debe promover todas las acciones referidas a la ejecución de la pena y la suspensión condicional de la persecución penal.

Además de los fiscales de distrito y fiscales de sección, el Artículo 44 establece la figura de fiscales especiales, los cuales son contratados para casos específicos cuando sea necesario garantizar la independencia de los fiscales en la investigación y promoción de la persecución penal. Tienen las mismas facultades, deberes y preeminencias de los otros tipos de fiscales, actuando con absoluta independencia en el caso que se les asigne.

3.3.4 Los Agentes Fiscales y los Auxiliares Fiscales:

Los agentes fiscales asisten a los fiscales de distrito o fiscales de sección; tienen a su cargo el ejercicio de la acción penal público y en su caso la privada conforme a la ley y las funciones que la misma le asigna al Ministerio Público. Ejercen la dirección de la investigación de las causas criminales, para lo cual formulan acusaciones o el requerimiento de sobreseimiento, la clausura provisional y el archivo ante el órgano jurisdiccional competente. Asimismo, actúan en el debate ante los tribunales de sentencia, pudiendo promover los recursos que deben tramitarse en las salas penales de la Corte de Apelaciones y de la Corte Suprema de Justicia, tal como lo establece el Artículo 42.

Para ser agente fiscal, el Artículo 43 establece que se requiere ser mayor de treinta años, poseer el título de abogado y notario, ser guatemalteco de origen, y haber ejercido la profesión de abogado por tres años o en su caso la de juez de primera instancia, o auxiliar fiscal por el mismo período. También gozan del derecho a antejuicio.

Los auxiliares fiscales tienen como función asistir a los fiscales de distrito, fiscales de sección y agentes fiscales, actuando bajo su supervisión y responsabilidad. Siendo los encargados de efectuar la investigación en el procedimiento preparatorio del proceso penal en todos los delitos de acción pública y en los delitos que requieran instancia de parte, al llenarse este requisito. Para llevar a cabo sus atribuciones, el Artículo 4e5 establece que pueden intervenir directamente y por sí mismos en todas las

diligencias de investigación y declaraciones de imputados que se produzcan durante el procedimiento preparatorio; también pueden firmar todas las demandas, peticiones y memoriales que se presenten ante los tribunales durante el procedimiento preparatorio. Si poseen el título de abogado y notario, pueden asistir e intervenir en el debate, pero acompañando al agente fiscal. Para ser auxiliar fiscal se debe ser guatemalteco y al menos haber cerrado pensum en la carrera de abogacía y notariado.

Para evitar la discrecionalidad en los nombramientos de los funcionarios encargados que la persecución penal, la Ley Orgánica del Ministerio Público estableció en el Capítulo III del Título V, la carrera del Ministerio Público, estableciendo en el Artículo 75 que los nombramientos para fiscales de distrito, fiscales de sección, agentes fiscales y auxiliares fiscales, se realizan previo concurso de aspirantes que tendrán en cuenta los siguientes aspectos:

- 1) Los requisitos establecidos en la ley orgánica para ocupar cada uno de los cargos establecidos;
- 2) Los antecedentes que acrediten idoneidad especial en materias relativas al cargo y una sólida formación jurídica; y,
- 3) Los antecedentes relativos a la tarea profesional o en la carrera fiscal.

Asimismo, regula que para valorar los aspectos señalados se citará a una audiencia de oposición, oral y pública, donde se evaluará al aspirante sobre aspectos vinculados a los principios constitucionales y la legislación vigente. Por lo que el concurso es abierto a cualquier aspirante.

En esa línea de ideas, el Artículo 76 estableció que por lo menos cada año, el Consejo del Ministerio Público debe convocar públicamente a concurso, para formar la lista de candidatos a los diversos cargos del Ministerio Público. Para lo cual los candidatos deben permanecer en la lista durante dos años, a contar del momento de su incorporación a la misma. Es de tomar en cuenta que el concurso anual, es para cubrir las vacantes de la lista y no se realizará cuando no se hubieren producido vacantes en ella.

Otro mecanismo incorporado en la ley orgánica, es la creación de un jurado de oposición integrado por cinco profesionales de reconocida honorabilidad; éste jurado se elige cada año entre una nómina de diez candidatos propuestos por la Unidad de Capacitación, ejerciendo su función ad honores y de manera intransferible.

El jurado se encargará de evaluar a los aspirantes y una vez concluida, emitirá el dictamen en el que se indique quienes han resultado seleccionados y quienes no lo han sido. Entre los seleccionados el jurado elaborará una lista de mérito que comenzará con el que haya obtenido la mayor calificación hasta el que haya obtenido la menor. Esta lista se publicará, permitiendo que cualquier persona u organización de personas impugne la incorporación de un aspirante a la lista de mérito, dentro de los tres días de su

publicación, fundando en que no cumple con las condiciones para ser nombrado en el cargo. El jurado resolverá la impugnación sin recurso alguno.

3.3.5 La Unidad de Capacitación:

A pesar que a esta dependencia únicamente le asigna el Artículo 81 la Ley Orgánica del Ministerio Público, la misma es de gran trascendencia debido a que su principal función es promover, ejecutar y organizar cursos de capacitación y especialización para los integrantes del Ministerio Público y los aspirantes a cargos en la institución. Sin embargo, de acuerdo a la Comisión de Fortalecimiento de la Justicia³⁰, la falta de presupuesto de esta dependencia, su trabajo ha quedado sujeto al aporte económico de la cooperación internacional.

Debido a lo anterior, y para que la Unidad de Capacitación cumpla con sus objetivos, la Comisión planteó que el programa de reorganización de la Unidad tendría que comprender:

- a) El diseño de la curricula de formación para la selección e inducción de fiscales y auxiliares fiscales, preparado con base en el diagnóstico de necesidades;

³⁰ Comisión de Fortalecimiento de la Justicia. **Una nueva justicia para la paz**. Pág. 88.

- b) La asignación de valores a la capacitación, de modo que se tenga en cuenta sus resultados a los efectos de ingresos y promoción en la carrera fiscal;
- c) El establecimiento de un programa de seguimiento a la capacitación impartida, para asegurar la aplicación de los conocimientos adquiridos en el desarrollo del trabajo.
- d) La integración de un equipo de docentes, a partir de un sistema que permita seleccionar a los profesionales del país que estén en mejores condiciones de cumplir la tarea, y
- e) La asignación presupuesta! necesaria para que pueda sumir eficientemente la función que tiene a su cargo.

3.4 El ejercicio de la Acción Penal:

El proceso penal tiene como finalidad inmediata la averiguación, determinación y valoración de hechos delictivos, el establecimiento, en sentencia, de la participación del imputado y la determinación de su responsabilidad y la pena que le corresponde, así como la ejecución de la misma. Mientras que se puede considerar como finalidad mediata del proceso penal la búsqueda de la actuación de la ley para lograr el fin supremo de justicia y paz social; puesto que el proceso penal moderno es un mecanismo de redefinición de conflictos individuales o sociales causados por hechos

delictivos, lo que faculta implementar en ciertos casos, salidas diferentes a la de la pena para restaurar la tutela de bienes jurídicos y la convivencia social.

Por lo anterior, es que la reforma constitucional vigente desde 1993, otorgó al Ministerio Público el deber y el derecho de perseguir de oficio, en representación de la sociedad, los delitos de acción pública, aspecto básico del sistema acusatorio que separa la función de juzgar y la de acusar. Por ello, corresponde al Ministerio Público promover la investigación de delitos para los fines del proceso penal y ejercer, en nombre de la sociedad, la acción penal pública, para lo cual debe actuar sometido al principio de legalidad. Es decir, que le corresponde la función de provocar e instar la actividad jurisdiccional del Estado y de propiciar que ésta se desarrolle a través del juez natural mediante los procedimientos establecidos en la ley, planteando las pretensiones que corresponda, de acuerdo al principio de legalidad.

Es bajo este principio de legalidad que el Artículo 4e7 de la Ley Orgánica del Ministerio Público establece que en el ejercicio de sus funciones los fiscales estarán sujetos únicamente a la Constitución Política de la República de Guatemala, los Tratados y Convenios Internacionales, la ley y las instrucciones dictadas por su superior jerárquico, en los términos establecidos por la ley orgánica.

Además señala que el fiscal a cargo de la investigación de un delito debe reunir los elementos de convicción de los hechos punibles en forma ordenada, que permita el control del superior jerárquico, de la defensa, la víctima y las partes civiles; así como proponer diligencias en cualquier momento del procedimiento preparatorio si son

pertinentes y útiles, de lo contrario debe dejar constancia de las razones de su negativa, la que puede ser revocada por el juez de primera instancia en los términos establecidos en la ley.

El Artículo 50 de la ley orgánica regula la obligatoriedad del fiscal de proponer la prueba pertinente y necesaria, y producirla en el debate, cuidando de preservar las condiciones de inmediación de todos los sujetos procesales con los medios de convicción y hará una interpretación restrictiva de las normas de incorporación de la prueba por lectura al juicio oral.

Para lograr que el ejercicio de la persecución penal sea exitoso, la ley en su Artículo 66 autoriza a los superiores jerárquicos impartir a sus subordinados las instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como las referidas a asuntos específicos. Ratificando ese derecho el Artículo 67 el cual establece que el fiscal que reciba una instrucción concerniente al servicio y al ejercicio de sus funciones deberá cumplir si se encuentra enmarcada dentro de la ley y atenerse a ella en sus actuaciones, sin perjuicio de manifestar su posición personal.

Sin embargo, como garantía al principio de legalidad, el Artículo 68 de la ley orgánica, regula que el fiscal que recibiera una instrucción que considere contraria a la ley, lo hará saber a quien emitió la instrucción, la remitirá, dentro de las veinticuatro horas siguientes, sin efecto suspensivo, junto con la objeción al superior jerárquico inmediato en el servicio, quien decidirá. Para ello, éste podrá escuchar a una junta de fiscales bajo su dirección o en casos complejos, solicitar dictamen al Consejo del Ministerio Público.

Si la instrucción objetada proviene del Fiscal General de la República, será el Consejo del Ministerio Público el que debe decidir.

Asimismo, dicho Artículo establece que las instrucciones generales serán objetadas en abstracto por los fiscales de distrito y fiscales de sección. Mientras que los agentes fiscales y auxiliares fiscales podrán objetarlas en tanto deban aplicarlas a un caso concreto. En este último caso, también se le da derecho a la víctima a objetar las instrucciones, cuando las mismas afecten sus derechos.

Sin embargo, el Artículo 69 plantea una excepción al artículo anterior, al regular que cuando una instrucción objetada, general o particular, concierna aun acto procesal sujeto a plazo o que no admita dilación, el funcionario que recibe la orden la cumplirá en nombre del superior que la emitió, sin perjuicio de que luego se siga el procedimiento señalado. Asimismo, este artículo establece que si la instrucción objetada consiste en omitir un acto sujeto a plazo o que no admite dilación, el funcionario que la objete actuará bajo su exclusiva responsabilidad sin perjuicio del reemplazo que se pudiera ordenar del desistimiento de la actividad cumplida. En otras palabras, en el primer caso, si se afecta a la víctima y a la persecución penal, el funcionario superior será el responsable dante la ley, mientras que en el segundo caso, será el funcionario inferior el que tenga que responder por los daños y perjuicio, así como de las responsabilidades penales que la omisión de la diligencia conlleve.

Por la importancia de las instrucciones y de la posibilidad de que puedan ser objetadas, se establece en el Artículo 70 que las mismas deben ser impartidas en forma

escrita y transmitidas por cualquier vía de comunicación. Sin embargo, si se produce peligro por la demora, aquellas pueden ser impartidas oralmente, pero deben ser confirmadas por escrito inmediatamente.

Otra garantía del principio de legalidad y para evitar abusos de poder de los superiores jerárquicos, el Artículo 72 de la ley orgánica establece que si un fiscal ha sido trasladado, éste podrá objetar la decisión ante el Consejo del Ministerio Público, en los plazos y de acuerdo al procedimiento para la imposición de sanciones disciplinarias. El Consejo puede dejar sin efecto el traslado, si considera que obedece a razones que tiendan a apartar al fiscal de la investigación y promoción de un caso, o que se haya negado a cumplir instrucciones ilegales o realizadas sin las formalidades que señala la ley. La objeción también podrá ser deducida por la víctima si se considera afectada en sus derechos.

Como se puede apreciar, en el ejercicio de la acción penal, los fiscales de distrito, los fiscales de sección, los agentes fiscales, los auxiliares fiscales e incluso la víctima de un delito, cuentan con garantías debidamente reguladas en la ley, para impedir, o por lo menos reducir los abusos de poder, las arbitrariedades y el inadecuado manejo de los procesos penales, en la parte que al Ministerio Público corresponde, lo cual es la implantación del principio de legalidad que debe caracterizar a todo Estado democrático.

CAPÍTULO IV

4. El cumplimiento del principio de legalidad en la relación administrativa que debe existir entre el presidente de la república y el fiscal general de la república y jefe del ministerio público:

4.1 La función administrativa del Ministerio Público:

Se ha planteado que la administración pública conformada por los tres Organismos del Estado, las entidades descentralizadas, semiautónomas y las entidades autónomas, son un medio por el cual el Estado ejecuta su actividad, presentando para ello una doble función o rol.

La primera de esas funciones, se manifiesta cuando el Estado es un sistema debidamente jerarquizada, en donde cada uno de los subsistemas cumple una tarea específica, la cual se encuentra estrechamente entrelazada con las que realizan los otros subsistemas, lo que determina niveles de jerarquía pero también de coordinación, lo cual permite al estado en su conjunto trabajar como un gran cuerpo político en donde cada uno de sus componentes es indispensable para que el todo orgánico trabaje armónicamente; donde si ocurre una disfunción o un subsistema no cumple con las tareas asignadas pone en riesgo toda la institucionalidad, por lo que las autoridades deben implementar todos los mecanismos necesarios para ajustar el engranaje institucional y de esa manera continúe reproduciéndose.

La segunda de sus funciones, se encuentra en su objeto, es decir su razón de ser, lo cual no es más que la actividad encaminada al cumplimiento de sus finalidades: el bienestar de todos. Por ello, es fundamental el papel del Ministerio Público, puesto que una de las principales funciones del Estado guatemalteco es garantizar la seguridad y la justicia a la población, tareas estas que se encuentran en el centro del ethos de esa institución, puesto que al garantizar el cumplimiento de la ley, está logrando que la población en general, y las personas que cometen ilícitos en particular, sepan que existen reglas legales de convivencia las cuales el Estado, a través del Organismo Legislativo, ha vuelto obligatorias para todos los habitantes del país, e incluso para los que no son nacionales pero que se encuentran dentro del territorio nacional, y que cuando las mismas son quebrantadas tendrán que cumplir con la pena que la ley establece. Asimismo, están seguros que el respeto a la jerarquía normativa es garantizada por el Ministerio Público, tanto para prevenir su quebrantamiento como cuando el mismo ha sucedido y debe restablecerse su preeminencia.

Al igual que en la doctrina, en el Ministerio Público se encuentran elementos importantes que conforman la administración pública, tales como el órgano administrativo, que es el Consejo del Ministerio Público y el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, la actividad que la administración pública realiza, que es la persecución penal y garantizar el cumplimiento de la ley, y el medio de que dispone la administración pública para la realización de sus propósitos, que en este caso son los dos órganos mencionados, conjuntamente con los fiscales de distrito, fiscales de sección, agentes fiscales y auxiliares fiscales.

Por lo anterior, se entiende que la función administrativa del Ministerio Público, es en esencia el que hacer de la institución e implica los pasos o procedimientos que la debe desarrollar para alcanzar sus fines y objetivos para los que fue creada. Es decir, que en el aspecto funcional, éste ente cumple con aquella tarea cuando define las acciones que debe implementar en la persecución penal, así como cuando estructura los procedimientos penales en contra de las personas que han quebrantado la ley, o bien realiza una selección de los integrantes de las fiscalías, que garanticen el adecuado cumplimiento del rol designado constitucionalmente y desarrollado por su ley orgánica.

Para garantizar el principio de legalidad la actividad administrativa del Ministerio Público se somete a la ley a consecuencia de basarse en el orden jurídico. Existen varias clases de actividades administrativas que realiza ésta dependencia, entre las cuales se tienen:

- La actividad formal, la cual equivale a lo que cotidianamente realiza cada uno de los integrantes del Ministerio Público, por ello se le denomina actividad legislada, puesto que la misma se encuentra formalmente regulada en la Ley Orgánica del Ministerio Público y en las disposiciones administrativas que establece el Consejo del Ministerio Público, el Fiscal General, así como los fiscales de distrito y sección.

- La actividad material, la cual realiza el Ministerio Público de la siguiente manera:

- a) como actividad interna: La cual es desarrollada dentro de la propia organización y en consecuencia, no afecta intereses, derechos o libertades de particulares o de otras organizaciones públicas.

- b) Como actividad externa: Es la que permite construir relaciones entre la organización y los particulares, y en consecuencia, se proyecta al ámbito que rodea a la Administración, reconociendo y afectando intereses, derechos y libertades.

- c) Como actividad interdependencias estatales: Este tiene lugar cuando el Ministerio Público establece vínculos de coordinación, colaboración y control con y hacia las distintas dependencias de los Organismos del Estado, para el cumplimiento de sus objetivos o fines.

- d) Como actividad reglada, la cual supone la existencia de una norma legal, la cual establece las funciones, facultades y atribuciones del Ministerio Público y de los funcionarios o empleados públicos que laboran en ésta dependencia, fijando límites a la toma de decisiones. Los funcionarios y empleados de éste ente prosecutor no se pueden salir de lo que la ley le indica, en éste caso, la ley le da el momento (tiempo o plazo), el contenido legal (requisitos) y la forma (oral o escrita) a los actos que realice, no teniendo margen para actuar. Significa: actuar dentro de la ley.

e) Como actividad discrecional, puesto que aún cuando la tendencia en la administración pública en general y en el Ministerio Público en particular, es actuar en base a la actividad reglada, en algunos casos ésta no precisa el momento, el contenido y la forma, o no precisa alguno de los elementos necesarios para implementar las funciones de manera específica, y por tal motivo, la autoridad dispone de libertad para tomar decisiones. Se produce cuando la ley le otorga al órgano administrativo un marco amplio para que pueda aplicar la misma, es decir, le fija parámetros de los cuales no puede salirse. Esta actividad no significa que la autoridad pueda hacer lo que quiera y actuar fuera o al margen de la ley, lo cual no es discrecionalidad sino abuso de poder o autoritarismo.

En la práctica no existen decisiones administrativas totalmente regladas, ni totalmente discrecionales, generalmente, cuentan con una parte reglada y otra parte discrecional. Por ejemplo, en el Artículo 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, se establecen las funciones del mismo; sin embargo, no se detalla el momento, el contenido y la forma de la actividad, ni el funcionario específico que debe realizarla, por lo que hay un margen de discrecionalidad, sin salirse de la ley que permite cumplir las funciones encomendadas. Es decir que, en el cumplimiento de su funciones materiales, el Ministerio Público actúa de acuerdo a lo reglado o normado en la ley, de ahí el principio de legalidad; sin embargo, hay circunstancias que le obligan a utilizar la discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones, lo cual no significa una ruptura de la legalidad, sino un margen de decisión, que le permite cumplir de mejor manera sus objetivos institucionales.

4.2 El cumplimiento del principio de legalidad en la relación administrativa que debe existir entre el Presidente de la República y el Fiscal general de la República y Jefe del Ministerio Público:

En la relación administrativa que existe entre el Presidente de la República y el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, priva el principio de legalidad y el principio de juridicidad, puesto que la misma se encuentra regulada en la Constitución Política de la República y en la Ley Orgánica del Ministerio Público.

En el segundo párrafo del Artículo 251 de la Constitución Política de la República, se establece que es el Presidente de la República quien nombra al Jefe del Ministerio Público y Fiscal general de la República, de una nómina de seis candidatos, propuesta por una comisión de postulación. Es decir que la Constitución autoriza al Primer Mandatario para nombrar al Fiscal General; sin embargo, este nombramiento no es absolutamente normado, pero tampoco completamente discrecional, puesto que aun cuando la ley establece los requisitos que debe cumplirse en el proceso del nombramiento del Jefe del Ministerio Público, le permite al Presidente a su discreción nombrar a cualquiera de los seis miembros que conforman la nómina, no importando, entonces, el orden en que fueron escogidos ni los méritos de cada uno.

Asimismo, se encuentra que el último párrafo de ese mismo artículo regula que el Presidente de la República podrá remover al Fiscal General por causa justificada debidamente establecida. Lo normado es que tiene que existir motivo legalmente preestablecido, pero lo discrecional se refiere al concepto podrá, puesto que pudiendo

haber motivo para la destitución, el Presidente decide no hacerlo y esperar hasta que cumpla con el período para el cual fue electo.

También en el Artículo 16 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, se regula una relación administrativa entre ambos funcionarios, al establecer que el Fiscal General deberá remitir un ejemplar del informe anual de los resultados de su gestión, en donde la memoria debe contener:

- 1) El resumen del trabajo realizado en el ejercicio.
- 2) El análisis del servicio prestado, con detalle de los obstáculos y las medidas adoptadas para superarlos.
- 3) La recopilación de las instrucciones dictadas por el Fiscal General, así también las decisiones y recomendaciones del Consejo del Ministro, así también las decisiones y recomendaciones del Consejo del Ministerio Público.
- 4) Las propuestas concretas, sobre las modificaciones que requiere el servicio.

Esta memoria de labores es importante en la evaluación de la función administrativa del Fiscal General, puesto que se debe recordar que uno de los motivos por los cuales el Presidente del República puede remover al Fiscal General es por el mal desempeño de las obligaciones del cargo que la ley establece, siendo el informe anual un parámetro

adecuado para establecer si existe un adecuado cumplimiento de las obligaciones inherentes al cargo.

Es de hacer notar que en el numeral 3 de dicho Artículo se establece que dentro del informe anual, debe recopilarse las instrucciones generales dictadas por el Presidente de la República. Sin embargo, debido al carácter autónomo del Ministerio Público, la Corte de Constitucionalidad declaró inconstitucional el Artículo 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en donde se regulaba que el Presidente de la República podía impartir instrucciones generales al Jefe del Ministerio Público para que oriente sus funciones, por lo que al declararse inconstitucional este artículo, también lo es por extensión esa parte del numeral relacionado.

En otro momento en que la ley establece una relación administrativa entre el Presidente de la República y el Fiscal General, está regulado en el Artículo 64, en donde se establece que cuando el Fiscal General incurra en faltas en el servicio, el Consejo del Ministerio Público ordenará la práctica de las investigaciones pertinentes comisionando a alguno varios de sus miembros. El resultado de las mismas lo comunicará al Presidente de la República. Esta última medida es para establecer si existe incumplimiento de deberes que motiven la remoción del Fiscal General.

En otro momento que se regula la relación administrativa, es cuando la ley establece la obligación del Fiscal General de remitir al Ejecutivo y al Congreso de la República el proyecto de presupuesto anual de la institución y el de sus modificaciones que estime necesarias.

De lado contrario, la relación administrativa se produce del Fiscal General hacia el Presidente de la República, cuando aquél, en cumplimiento del Artículo 6, solicita al segundo su colaboración para el cumplimiento de sus funciones, estando éste obligado a prestarla sin demora y a proporcionar los documentos e informes que le sean requeridos.

En la práctica se ha generado una tendencia a que el Fiscal General de la República se reúne con el Presidente de la República para intercambiar opiniones sobre las estrategias a implementar conjunta o coordinadamente, entre el Ministerio Público y la Policía Nacional Civil, para lo cual invitan al Ministro de Gobernación. De igual manera actúan con los Presidentes de los otros Organismos del Estado, lo cual no se encuentra reglado, pero no existe prohibición, lo cual queda a discreción de los funcionarios públicos, puesto que lo único prohibido por la Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 141, es la subordinación entre Organismos del Estado y de las entidades autónomas hacia cualquiera de los Organismos del Estado.

Como se puede ver en su conjunto, la legislación vigente en el país regula explícitamente los momentos y las condiciones en que debe darse la relación administrativa entre el Presidente de la República y el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público. Por lo que a excepción de la coordinación entre ellos, cualquier otra relación administrativa será discrecional, sin que la misma quebrante las leyes ni los principios de legalidad y de juridicidad que informan la actuación de la administración pública.

Debido a lo anterior, es evidente que el actual Presidente de la República Osear Berger Perdomo, quebrantó la Ley Orgánica del Ministerio Público, cuando nombró a un nuevo Fiscal General de la República, después de haber destituido al Fiscal General nombrado por el anterior Presidente de la República Alfonso Portillo Cabrera, puesto que si bien la remoción de éste estuvo enmarcado dentro de la ley, pues el Presidente Berger, argumento que el Licenciado Carlos De León Argueta no estaba cumpliendo con sus funciones, lo cual es una de las causas justas que regula el Artículo 14e de la ley orgánica, que establece, además de la comisión de un delito doloso durante el ejercicio de su función, puede ser removido porque el Fiscal General ha realizado un mal desempeño de las obligaciones del cargo que la Ley Orgánica del Ministerio Público le asigna.

Hasta acá la actuación era legalmente válida; aun cuando se puede cuestionar políticamente la validez del argumento del Presidente de la República, pues era obvio que la remoción respondía a represalias políticas en contra de los funcionarios del gobierno de Alfonso Portillo. Sin embargo, se cometió una flagrante violación de la ley orgánica, cuando el Presidente Berger nombra a un nuevo Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, pues la ley no le otorgaba esa atribución.

De acuerdo con el Artículo 15 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en caso de renuncia, remoción, impedimento, suspensión, falta o ausencia temporal del Fiscal General de la República, este será sustituido por el que designe el Consejo del Ministerio Público entre los fiscales de distrito. En caso de remoción o renuncia la sustitución será hasta que se realice el nombramiento del nuevo Fiscal General, quien

completará el período.

Como se puede apreciar, la ley es explícita en relación al procedimiento que debe llevar a cabo para nombrar al profesional del derecho que debe sustituir al Fiscal General de la República removido por el Presidente de la República, puesto que establece claramente que el sustituto es nombrado por el Consejo del Ministerio Público entre los fiscales de distrito y que el nombramiento será para completar el período. En ningún momento la ley orgánica le otorga al Presidente de la República la potestad de nombrar al Fiscal General que sustituya al removido, mucho menos le autoriza nombrar a una persona ajena a la institución, puesto que la ley es explícita que los sustitutos serán únicamente aquellos que se encuentren ejerciendo la calidad de fiscal de distrito.

Por lo que hubo una doble ruptura de la ley y del principio de legalidad en el nombramiento del fiscal sustituto: 1) el haber sido el Presidente de la República quien realizó el nombramiento, con evidente abuso de poder; y 2) al nombrar como sustituto a un abogado que no cumplía el requisito taxativo de ser fiscal de distrito. Lamentablemente, nadie se opuso a este quebrantamiento de la ley.

CONCLUSIONES

1. El Estado de Guatemala cumple con los requisitos doctrinarios que informan a la administración pública, tanto desde sus elementos objetivos, materiales u orgánicos, puesto que el de dependencias que lo integran se encuentran debidamente reguladas en la ley, para cumplir con su finalidad la cual es el logro del bien común o bienestar general, el cual se encuentra regulado en la Constitución Política de la República.
2. A partir de que toda la actividad administrativa de las instituciones públicas guatemaltecas están sometidas a lo que establecen las leyes vigentes, encuentran su fundamento en la Constitución Política y las leyes específicas. La autoridad no actúa si no existe una norma legal y reglamentaria que le otorgue competencia para ello, salvo los casos de discrecionalidad que la misma ley autoriza, el Estado guatemalteco se encuentra fundamentado en el principio de legalidad.
3. En el caso específico del Ministerio Público, éste se encuentra debidamente enmarcado en la ley, puesto que fue creado por la Constitución Política de la República de Guatemala y su Ley Orgánica del Ministerio Público, regula la estructura administrativa-funcional, sus funciones, sus jerarquías y los procedimientos que debe cumplir esta dependencia para cumplir sus obligaciones constitucionales.

4. Aunque el principio de legalidad regula la administración pública en general y la relación administrativa entre el Presidente de la República de Guatemala y el Fiscal general de la República y Jefe del Ministerio Público, el actual Presidente de la República, Osear Berger Perdomo quebrantó la ley y cometió un acto de abuso de poder al haber nombrado al sustituto del Fiscal general que él mismo había destituido, sentando un precedente muy negativo en la historia legal y política del país.

RECOMENDACIONES

1. Las universidades del país que imparten la carrera de abogado y notario y el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, debieran implementar cursos de formación para funcionarios públicos que se encuentran en el ejercicio de sus cargos, para que operacionalicen de mejor manera la ley y de esa manera evitar que por acción u omisión quebranten la ley y el principio de legalidad que debe prevalecer en la administración pública.
2. Los órganos contralores de la legalidad establecidos por la Constitución Política de la República de Guatemala, debieron haber actuado de conformidad con la ley y cumplir con sus obligaciones de garantizar el principio de legalidad, ante la flagrante violación de la ley cometida por el Presidente de la República y no seguir actuando priorizando sus intereses políticos por encima del Estado de Derecho.
3. Las universidades del país que imparten la carrera de abogado y notario y el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, debieran ser las primeras instancias obligadas moralmente a hincar proceso en contra del Presidente de la República al violar su obligación constitucional de respetar la ley, pues por ser un delito cometido por funcionario público en el ejercicio de su deber, su persecución penal no ha prescrito.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta Romero, Miguel. **Teoría general del derecho administrativo**. México, Ed. Universidad Autónoma de México (UNAM). 1998.

Bielsa, Rafael. **Principios de Derecho Administrativo**. Argentina, Ed. Roque Desalma. 1945.

Calderón Morales, Hugo H. **Derecho Administrativo I**. 3ra. ed. Guatemala, Editorial Llerena. 2003.

Calderón Morales, Hugo H. **Derecho Administrativo II**. Guatemala, Ed. Llerena. 2003.

Calderón Morales, Hugo H. **Derecho Procesal Administrativo**. Guatemala, Ed. Llerena. 2003.

Canasi, José. **Derecho administrativo**. Argentina, Ed. Ediciones De Palma. 1974.

Castillo González, Jorge Mario. **Derecho Administrativo. Teoría de la Administración**. Guatemala, Ed. Estadística. 2004.

Comisión de Fortalecimiento de la Justicia. **Una nueva justicia para la paz**. Informe Final de la Comisión de Fortalecimiento de la Justicia. Guatemala, 1998.

Fraga, Gabino. **Derecho Administrativo**. 10^a. ed. México, Editorial Porrúa, S.A. 1963.

Gordillo, Agustín. **Derecho administrativo**. Parte general. 2 tomos. Tomo I. Ed.

Fundación de Derecho Administrativo. Argentina, 2000.

Vanegas Trigueros, Alberto. **El proceso contencioso administrativo y el recurso de**

casación como medio de impugnación en los actos de la administración

pública. Tesis de Grado. Universidad Mariano Calvez de Guatemala. Ed.

Carnaje. Guatemala, 2004.

Legislación:

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

Guatemala, 1986.

Ley Orgánica del Ministerio Público. Decreto 40-94. Del Congreso de la República.

Guatemala, 1994.

Código Procesal Penal. Decreto 51-92. Del Congreso de la República.

Guatemala, 1992.