

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a man in a cap and robe, possibly a scholar or saint, surrounded by various symbols including a lion, a castle, and a cross. The Latin motto "LETTERA ORBIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER" is inscribed around the perimeter of the seal.

**“LA MOTIVACIÓN EN LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA GUATEMALTECA”**

HEIDI NINETH ESTRADA ARREAGA

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2008

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

**"LA MOTIVACIÓN EN LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
GUATEMALTECA"**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala.

Por

HEIDI NINETH ESTRADA ARREAGA

Previo a conferirsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, octubre 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 Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV	Br.	Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V	Br.	Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO	Lic.	Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Carlos de León Velasco
Vocal:	Lic.	Napoleón Orozco Monzón
Secretario:	Lic.	Rodolfo Celis López

Segunda Fase:

Presidenta:	Licda.	Eloísa Mazariegos Herrera
Vocal:	Lic.	Marco Tulio Pacheco Galicia
Secretario:	Lic.	Juan Carlos Godínez Rodríguez

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 Ciencias Jurídicas y Sociales y del Exámen General Público.)

Lic. Carlos Manuel Castro Monrroy
Abogado y Notario



Guatemala, 25 de marzo del año 2,008

Señor:
Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis
De la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad.

Licenciado Castillo Lutín:

Atentamente me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que en cumplimiento de providencia de esa jefatura, de fecha seis de noviembre de dos mil siete, he asistido con carácter de Asesor o Consejero de Tesis a la Bachiller **HEIDI NINETH ESTRADA ARREAGA**, en la elaboración del trabajo titulado:

**“LA MOTIVACIÓN EN LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
GUATEMALTECA”**

Al finalizar la elaboración del mismo, atentamente le informo:

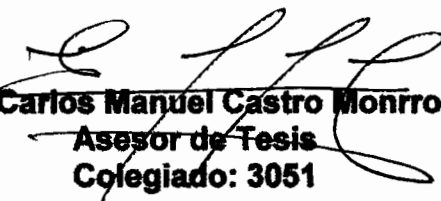
- a) Que dicho trabajo se realizó bajo mi inmediata asesoría, durante su elaboración le hice a la autora las recomendaciones y sugerencias con respecto a la bibliografía que debió ser consultada en la materia, así como sobre el cumplimiento de los requisitos, que exige el normativo respectivo, para trabajos de tesis.
- b) En la elaboración del indicado trabajo, la autora siguió las instrucciones y recomendaciones que le hice en cuanto a la presentación y desarrollo del mismo.

Lic. Carlos Manuel Castro Monrroy
Abogado y Notario



- c) El trabajo de tesis, consta de cinco capítulos, los cuales en su orden tratan los siguientes temas: El Derecho Administrativo, La Competencia Administrativa, El Derecho Procesal Administrativo, Los Principios del Derecho Administrativo y la Motivación del Acto Administrativo, finalizó el trabajo con las conclusiones y recomendaciones pertinentes.
- d) Por tal razón, el trabajo se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnica de investigación utilizadas, la redacción, las colusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, por lo que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, por lo que, **OPINO: Que el presente trabajo puede ser aceptado para seguir con el trámite correspondiente para su revisión.**

Atentamente,


Lic. Carlos Manuel Castro Monrroy
Aesor de Tesis
Colegiado: 3051

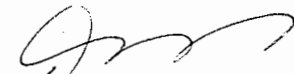
“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, tres de abril de dos mil ocho.

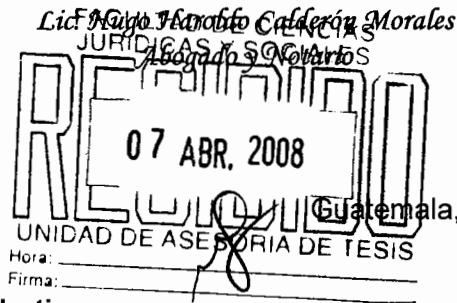
Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) HUGO HAROLDO CALDERÓN MORALES para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante HEIDI NINETH ESTRADA ARREAGA Intitulado: "LA MOTIVACIÓN EN LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA GUATEMALTECA".

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 el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


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



cc. Unidad de Tesis
MTCL/ragm



Guatemala, 7 de abril del año 2008.

Licenciado:

Marco Tulio Castillo Lutin
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis
de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Ciudad.

Licenciado Castillo Lutin:

Tengo el grato honor de informarle a usted, que en cumplimiento de lo dispuesto en la providencia correspondiente, procedí a revisar el trabajo de tesis de la bachiller **HEIDI NINETH ESTRADA ARREAGA**, titulado:

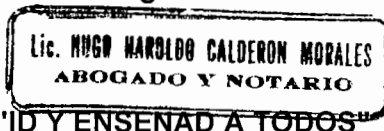
**“LA MOTIVACIÓN EN LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
GUATEMALTECA”**

El orden que sigue en el desarrollo del mismo y la bibliografía que se ha consultado son adecuados y las conclusiones tienen congruencia con el contenido de la tesis.

Por tal razón, el trabajo se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnica de investigación utilizadas, la redacción, las colusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, por lo que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, por lo que, **OPINO: Que el presente trabajo puede ser aceptado para el Examen Público de Graduación Profesional de su autora.**

Sin otro particular, me suscribo del señor Decano con las más altas muestras de consideración y estima.

Lic. Hugo Haroldo Calderón Morales
Abogado y Notario
Revisor de Tesis
Colegiado 3004





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, dos de septiembre del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante HEIDI NINETH ESTRADA ARREAGA, Titulado LA MOTIVACIÓN EN LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA GUATEMALTECA Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CMCM/sllh





DEDICATORIA

- A DIOS:** Infinitas gracias por estar conmigo a lo largo del sendero de mi vida, y ayudarme a culminar una meta más.
- A MIS PADRES:** María Aura Arreaga Figueroa por ser más que una madre, amiga y confidente, y por brindarme en todo momento su apoyo incondicional. A Fredy Camilo Estrada Rodas (Q.E.P.D.)
- A MI HERMANO:** Fredy Estuardo Estrada Arreaga.
- A MIS ABUELOS:** Zoila Rosa Victoria Rodas Tánchez (mamá Rosita), por estar conmigo siempre y a quien dedico especialmente este triunfo, Exelina Figueroa (mamá Choly), quien me tomó en cuenta en sus oraciones, Efraín Estrada Cabrera y Pablo Constantino Arreaga Vásquez, todos ellos (Q.E.P.D.)
- A MI FAMILIA:** Tíos, Tías, Primos, Primas y demás familia, por su apoyo.
- A MIS HIJAS:** Tania Charlene y Jennifer Nicolle Campollo Estrada, quienes son divino regalo que Dios me brindó, y la razón de mi vida.
- A MIS AMIGOS:** A todos los que me brindaron sus consejos y apoyo, especialmente al Licenciado Julio César Rivera Clavería.
- A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:** En especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por abrirme las puertas y la oportunidad de una educación superior.
- A LOS DOCENTES:** Por todas sus enseñanzas.
- A LOS PROFESIONALES:** Que me guiaron en la elaboración del presente trabajo de tesis, en especial al Lic. Hugo A. Calderón M. Y a mis padrinos de graduación, muy especialmente al Dr. Luis Eduardo Rosada Morán por velar por la salud de mi madre.

ÍNDICE



Introducción

CAPÍTULO I

1 El derecho administrativo.....	1
1.1 Importancia del derecho administrativo	1
1.2 Antecedentes históricos del derecho administrativo	3
1.3 Objeto de estudio del derecho administrativo	6
1.3.1 La regulación y estudio de la función administrativa	6
1.3.2 La legítima defensa de los particulares contra el ejercicio de la función administrativa y resistencia pacífica	9
1.3.3 Del estudio de la protección judicial del administrado frente a la adminis- tración.....	10
1.3.4 Es un derecho en formación	13
1.3.5 El derecho administrativo no es solamente derecho público interno	17
1.3.6 Otros criterios que han quedado excluidos.....	18
1.3.7 El derecho administrativo ciencia o conjunto de normas jurídicas	22
1.4 Sistemas de derecho administrativo	26
1.4.1 Sistema anglosajón.....	26
1.4.2 Sistema francés.....	26
1.5 Características del derecho administrativo.....	28
1.5.1 El derecho administrativo es un derecho joven.....	28
1.5.2 El derecho administrativo no ha sido codificado	29
1.5.3 El derecho administrativo es un derecho subordinado.....	29
1.5.4 El derecho administrativo es un derecho autónomo.....	29
1.5.5 El derecho administrativo es un derecho dinámico.....	29
1.6 Definición de derecho administrativo.	30

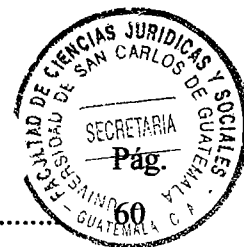
CAPÍTULO II



2 La competencia administrativa.....	35
2.1 Características	36
2.1.1 La competencia es otorgada por la ley	36
2.1.2 Irrenunciable	36
2.1.3 Inderogable	37
2.1.4 No puede ser cedida	37
2.1.5 No puede ser ampliada.....	37
2.1.6 Es improrrogable.....	37
2.2 Excepciones a la improrrogabilidad de la competencia administrativa.....	38
2.2.1 La delegación de la competencia	39
2.2.2 La avocación de la competencia de firma y de representación.....	39
2.3 Elementos de la competencia administrativa.....	40
2.4 Clases de competencia administrativa	41
2.4.1 En razón de la materia o contenido.....	41
2.4.2 En razón del territorio	42
2.4.3 En razón del tiempo	43
2.5 Definición de competencia administrativa.....	44

CAPÍTULO III

3 El derecho procesal administrativo y el procedimiento administrativo	47
3.1 El proceso y el procedimiento administrativo.....	49
3.1.1 El proceso	49
3.1.2 El proceso: concepto amplio	50
3.1.3 Concepto restringido de proceso	51
3.1.4 El problema de la aplicación de reglas procesales al procedimiento	53
3.1.5 La aplicación de reglas procedimentales al proceso	54
3.2 El procedimiento administrativo y los organismos de Estado	56
3.2.1 El procedimiento administrativo y función administrativa.....	56



3.2.2 Los órganos administrativos.....	60
3.2.3 Los órganos judiciales.....	60
3.2.4 Los órganos legislativos.....	61
3.2.5 Procedimientos administrativos de órganos judiciales y legislativos.....	61
3.3 Definición de procedimiento administrativo.....	62
3.4 Principios del procedimiento administrativo.....	67
3.4.1 Ámbito de aplicación.....	67
3.5 Determinación del plazo en el cual debe actuar la administración.....	68
3.6 Precisión de los actos para los que la autoridad debe tomar la opinión de otras autoridades o consejos.....	70
3.7 Las condiciones en las cuales la decisión debe ser notificada a los particulares.....	71

CAPÍTULO IV

4. Principios del procedimiento administrativo.....	73
4.1 Principio de legalidad, de juricidad y justicia administrativa.....	73
4.2 Principio de seguimiento de oficio.....	73
4.3 Principio de informalidad.....	74
4.4 Principio de defensa y el derecho de ser oído en el procedimiento.....	74
4.5 El principio de audiencia previa al interesado.....	81
4.6 Principio de imparcialidad.....	86
4.7 Principio de procedimiento escrito.....	86
4.8 Principio de procedimiento sin costas.....	86
4.9 Principio de sencillez, rapidez, economía y eficacia.....	87
4.10 Principio de trato justo.....	87
4.11 Principio de juego limpio.....	88
4.12 Principio de publicidad.....	88

CAPÍTULO V



5 La motivación del acto administrativo	89
5.1 Delimitación del concepto.....	89
5.2 Naturaleza jurídica	91
5.3 Contenido de la motivación.....	91
5.4 La importancia jurídico-institucional de la motivación	94
5.5 La motivación de los actos debe ser una regla general no una excepción	99
5.5.1 La motivación como regla general	100
5.5.2 La motivación como excepción.....	103
5.6 La situación de la motivación de los actos en la legislación guatemalteca.....	104
CONCLUSIONES.....	109
RECOMENDACIONES.....	111
BIBLIOGRAFIA	113

INTRODUCCIÓN



Es importante investigar sobre los problemas de la realidad nacional y en especial lo que acontece en el seno de la administración pública, especialmente cuando las decisiones administrativas afectan a los administrados y los funcionarios de la administración no indican el motivo y mucho menos la motivación de sus decisiones.

De tal forma que el hacer un estudio integrado de la relación que surge entre los órganos administrativos, los funcionarios que los dirigen y las personas que trabajan para los mismos, así como la forma y procedimientos administrativos que éstos utilizan para resolver conflictos entre ambos, es entre otros, uno de los objetivos a tratar en el presente estudio.

El tema principal en la investigación realizada es la falta de motivo y motivación de las resoluciones administrativas, en especial, en cuanto a que tales resoluciones afectan los derechos e intereses de los particulares.

Se considera que tan indispensable e importante dentro de la legislación guatemalteca, es el crear y corregir la falta de regulación en lo referente a la obligatoriedad de incluir dentro de una normativa, la motivación y el motivo de los actos administrativos, que surgen en la administración pública, evitando así la arbitrariedad de los mismos, por los funcionarios que dirigen los organismos administrativos de la administración pública en general.

Consta el presente trabajo de cinco capítulos que en su orden se estudian los siguientes temas: En el capítulo primero el derecho administrativo, en el que se hace énfasis esencialmente en el objeto, los sistemas de derecho administrativo en el derecho comparado, así como las características del mismo y en especial en su definición; en el capítulo segundo se hace un estudio de la competencia administrativa, sus características, elementos, las clases de competencia y su definición; en el capítulo tercero se hace un síntesis general del derecho procesal administrativo y el procedimiento, se estudia el proceso como tal y las diferencias que existen entre el procedimiento administrativo, el que se concluye con las respectivas definiciones; en el capítulo cuarto se elabora un análisis de los principales principios que inspiran



el procedimiento administrativo, los que deben ser cumplidos por el administrador, tales como el principio de legalidad, de juricidad y de justicia administrativa, y hacemos especial énfasis en los principios que ya ha pronunciado la Corte de Constitucionalidad en nuestro país, como parte de la jurisprudencia que dicta la misma, como los son, el derecho de defensa, el derecho de ser escuchado por la administración, así como la audiencia previa; finalmente el capítulo quinto se hace un estudio del tema central y principal de la investigación que consiste en la motivación del acto administrativo, en el cual se realiza un estudio doctrinario del mismo, considerando de buena manera a los distintos autores nacionales e internacionales, para finalizar con un estudio de la legislación guatemalteca que contiene normas en las que puede regularse el motivo y motivación del acto administrativo.

Se contó con la bibliografía necesaria y se analizó algunas resoluciones que ha emitido la administración pública de una forma muy general, encontrando que la motivación es inexistente en la legislación así como en la actuación administrativa.

CAPÍTULO I

1 El derecho administrativo

1.1 Importancia del derecho administrativo

Cuando se dice que el derecho administrativo es una nueva rama jurídica, que marca su inicio en la Revolución Francesa en 1789, si se compara con otras ramas del derecho como el civil y el penal, es realmente novísima, pero que no ha cesado en acrecentar su conocimiento y estudio día tras día. Hasta hoy ya han aparecido algunas disciplinas que marcan su inicio disgregándose del derecho administrativo, como el derecho ambiental, el derecho financiero, entre otros, por la multiplicidad de áreas que se desarrollan dentro de esta rama del derecho.

Esa amplitud del derecho administrativo se continúa fortaleciendo, especialmente, a raíz de la ingerencia del Estado en todas las actividades de la vida económica, social, y cultural de países como Guatemala, en la que se constituyó a través de la llamada socialización y en el que se fortaleció el “*intervencionismo estatal*” muy acentuado en las décadas de los setenta y ochenta y mitad de los años noventa.

A raíz del retorno de la democracia y de la institucionalidad en Guatemala (1986), se inicia una nueva tendencia hacia la disminución del intervencionismo estatal en la prestación de los servicios públicos, como expresión pura del neoliberalismo, con la consecuente e inevitable privatización de las empresas que históricamente habían sido lucrativas para el Estado, de algunas actividades que estaban a cargo del Estado, tal el caso de AVIATECA, GUATEL, los silos de INDECA, las acciones de la Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima, entre otros, sin que se pueda afirmar, naturalmente, que haya disminuido la importancia del derecho administrativo, como consecuencia de los efectos del neoliberalismo, por el contrario hoy es cuando el derecho administrativo vanguardista debe ponerse a tono con las consecuencias que trae la privatización y las concesiones.

La privatización de la administración es, en la actualidad, pasar a entidades privadas los activos del Estado que constituyen el patrimonio del mismo, para la explotación con fines lucrativos de personas individuales o jurídicas; es también abandonar actividades o servicios atendidos por órganos administrativos, para que sean los particulares los que lucren con ellos. Traspasar el poder público, propiedades y servicios a los dominios del poder privado y regresan al campo de lo que fue derecho público, al campo del derecho privado.

Para el autor colombiano Libardo Rodríguez Rodríguez, mencionado por el Profesor Hugo Calderón dice: “A mayor o menor intervención del Estado, mayor o menor campo de acción del derecho administrativo.”¹ Pero ello, dice el Profesor Hugo Calderón, no implica que reste la importancia que realmente tiene esta rama del derecho. Aunque se disminuya la actividad del Estado, dice el Profesor Calderón, en la prestación de muchos servicios públicos, por la privatización, se van creando nuevas condiciones de intervención del estado en la vida de los particulares, a través del surgimiento de nuevas necesidades de la población y el control que tiene que ejercer sobre los servicios privatizados y concesionados. Con la privatización y la concesión, surge la creación de nuevas normas y entidades de control, y este es el punto de partida de una nueva era del Derecho Administrativo. En Guatemala ya se han creado a la par de la privatización órganos de control, por ejemplo: La Superintendencia de Telecomunicaciones, Superintendencia de Electrificación, entre otros. El Estado se convierte en controlador de calidad de servicio y tarifas justas, en general que el servicio sea prestado de una manera adecuada y de beneficio a la población.²

En ese sentido, el derecho administrativo toma otro rumbo, distinto al que en principio tenía, pero sigue siendo importante y no disminuye su campo de acción como se había pensado, por el contrario, cada día abarca materias que hasta hace poco no tenía, tal es el caso del medio ambiente.

¹ Rodríguez Rodríguez, Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, Editorial TEMIS, Bogotá Colombia, 2005, Pág. 3.

² Calderón Morales, Hugo Haroldo, Derecho Administrativo Parte General, Editorial Orión, Guatemala, Pág. 56.

Con la disminución de las tareas administrativo-empresariales del Estado, surgen nuevas necesidades de la población, no todo el que hacer administrativo puede pasar a manos de la iniciativa privada, seguridad pública, relaciones internacionales, preservación del medio ambiente, políticas de economía nacional, entidades de prevención contra desastres naturales, entre otros, estas y muchas más son competencias que debe ejercer la administración pública y que no pueden dejarse en manos de entidades privadas.

Por todas estas razones, pese a las políticas neoliberales de los últimos gobiernos, (las privatizaciones y las concesiones), el derecho administrativo no deja de ser abundante en normas y competencias y creación de nuevas entidades, especialmente descentralizadas, con nuevas tareas en el que hacer administrativo.

1.2 Antecedentes históricos del derecho administrativo

El derecho administrativo, como toda rama de la ciencia, especialmente del ordenamiento jurídico, es por excelencia de naturaleza social, se asienta en su estructura y se proyecta sobre la realidad histórica.

Cuando se hace el análisis histórico del derecho administrativo, nos encontramos con posiciones encontradas y en este caso con dos muy distintas; como lo explica el profesor español Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de La Coruña, en el libro *Derecho Administrativo Español*: “Para unos, el Derecho Administrativo es una consecuencia de la revolución francesa; y, para otros, la historia del Derecho Administrativo se encuentra ligada a la historia de lo público. Pues bien, la polémica sobre esta cuestión no es más que una representación de la discusión entre perspectiva subjetiva u objetiva como criterios definidores del Derecho Administrativo... Es decir, si lo decisivo es la persona jurídica y se conviene afirmar que la Administración pública en sentido estricto trae su causa de la Revolución francesa, entonces daremos origen de esta rama del Derecho Público en 1789. Si, por el contrario, acordamos que hay Derecho Administrativo, más o menos elaborado, desde que se percibe lo común como algo que debe ser gestionado para el bienestar general, entonces el origen

histórico del Derecho Administrativo es un asunto muy, muy antiguo. Por eso, estas dos orientaciones doctrinales desembocaron en la disyuntiva: o Derecho Administrativo inexistente (antes de 1789) o derecho desconocido.”³

En cualquiera de los casos, se deduce que la comprensión del derecho administrativo y la administración pública presuponen el conocimiento de su historia, pero distinguiendo cada una de ellas, puesto que el nacimiento de la administración pública, concebida tal cual es, a través de la historia, no presupone el nacimiento del derecho administrativo, colateral a ella.

Para *Forsthof*, mencionado por *Jaime Rodríguez-Arana*, la ciencia del derecho administrativo nace tras la Revolución francesa y su sistematización se produce en Italia, en el segundo decenio del siglo diecinueve. Ahora bien, la gran pregunta que se formula Giannini es si con anterioridad al advenimiento de la Ilustración existía derecho administrativo y, en caso contrario, por qué aparece como consecuencia de la Revolución en 1789. Y, si se quiere, también convendría saber, si no era Derecho Administrativo, qué era lo que habría antes de la Revolución francesa.⁴

Al parecer en Europa, la posición mayoritaria, es que el derecho administrativo existió siempre, lo que es relativamente reciente es su transformación en ciencia jurídica. La materia puramente administrativa es anterior a la Revolución francesa. Por eso, dice *Rodríguez-Arana*, bien puede afirmarse que en las sociedades anteriores a 1789 había derecho administrativo incipiente, si, derecho administrativo rudimentario, pero desconocido. Es el caso del derecho administrativo en Roma: había normas y reglas jurídico-administrativas, pero obviamente, no existía ciencia del derecho administrativo.

Se cree que la confusión se desprende del nacimiento de la administración pública como tal, por eso es menester, distinguir la administración pública con el derecho administrativo, puesto que, si bien es cierto que en Roma existían normas que regularan las relaciones de la

³ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime. Derecho Administrativo Español, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005

⁴ Ibidem. Pág. 4.

administración con los ciudadanos romanos, esto por sí, no es derecho administrativo. Estas normas que regulaban las relaciones de derecho público, formaban parte de otra rama del derecho, como el derecho civil.

El mérito a la Revolución Francesa en 1789, dice el Profesor Hugo Calderón, es la connotación de normas especiales que regulan las relaciones de los particulares con la administración y viceversa, y que salen de la esfera del derecho común y de las ciencias de la administración, esto es lo que realmente marca el nacimiento de un derecho administrativo que rápidamente se va desarrollando hasta nuestros días.⁵

Para terminar el análisis histórico, en opinión de *Santamaría Pastor*, enunciado por *Jaime Rodríguez Arana*, debe partir de tres criterios. Primero, el estudio histórico no debe limitarse únicamente a la evolución histórica de la administración pública, sino que debe tener presente el marco general de la evolución del Estado y el derecho público en general. Segundo, el estudio histórico debe ser sintético y global. Y, en Tercer lugar, el estudio de las bases históricas del derecho administrativo, deben abordar el examen de cuatro grandes aspectos: Los fines o tareas que la administración asume como propias dentro de cada etapa histórica, las estructuras que se montan para atender estos fines, el régimen jurídico al que se somete la actuación de estas organizaciones o estructuras con particular atención a las normas especiales que lo distinguen del derecho privado y a los medios o garantías establecidos para asegurar que esta sujeción al derecho sea efectiva y real y, finalmente, los juristas en sus obras reflexionan sobre todos los datos anteriores, les dieron un sentido de conjunto y propiciaron su perfeccionamiento técnico.⁶

Para el Profesor uruguayo Carlos E. Delpiazzo: El Estado de Derecho es un presupuesto jurídico necesario del Derecho Administrativo. Por eso, el surgimiento y desarrollo del Derecho Administrativo –al menos, tal como lo concebimos actualmente- está vinculado a la evolución del sometimiento del Estado al Derecho.⁷ Esto es lo que explica la diferencia entre el Estado absoluto

⁵ Ibidem. Pág. 8.

⁶ Ibidem. Pág. 3.

⁷ Delpiazzo E. Carlos, *Derecho Administrativo Uruguayo*, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, Pág. 3.

(Rey o Monarca) y un Estado de Derecho (Gobierno democrático), con normas que le marcan límites al propio Estado y por la sujeción a la ley y el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo (derechos humanos); y esto si lo marca plenamente la Revolución Francesa en 1789.

1.3 Objeto de estudio del derecho administrativo

Como lo señala el Profesor Hugo Calderón, es necesario analizar su objeto de estudio, cuáles son sus alcances y en especial cuáles son las relaciones que regula el derecho administrativo. Hay que considerar el estudio de la función administrativa, de ésta depende el cumplimiento de la finalidad que inspira a la administración pública (el bien común o bienestar general), consagrado en el Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Para algunos autores, especialmente iberoamericanos, es más importante lo que estudia el derecho administrativo, como la función administrativa, la protección judicial, que analizarlo desde el punto de vista de lo que regula o cómo se regula.⁸

Existen varios puntos de vista sobre el objeto de estudio del derecho administrativo, los que se pueden resumir de la siguiente manera, tales como la regulación de la función administrativa, el derecho de defensa y la protección judicial de los administrados.

1.3.1 La regulación y estudio de la función administrativa

En principio la primera pregunta es ¿qué es la función administrativa?, y la segunda, ¿quién ejerce la función administrativa?

El Autor argentino Agustín Gordillo, señala: “un elemento de síntesis que refleja el primer objeto de estudio de esta rama del derecho es el ejercicio de la función administrativa. Esta perspectiva de síntesis abarca: El estudio del sujeto que ejerce dicha función o sea la administración pública centralizada y descentralizada, a través de sus órganos jurídicos (con los

⁸ Ibidem.

consiguientes principios de competencia, jerarquía, delegación, etc.), de los agentes que se desempeñan en esos órganos, y estructurada en forma de administración central (centralizada o desconcentrada), o descentralizada (entes autárquicos, empresas del Estado, sociedades anónimas con participación parcial o total del Estado, etc.), con más la figura del ente independiente regulador de servicios públicos.”⁹

La función administrativa es en esencia, el que hacer de la administración pública e implica los pasos que la buena administración debe desarrollar para el cumplimiento de su finalidad, en una forma técnica y acorde a los principios que inspiran a la administración como ciencia.

Sigue diciendo Gordillo: “También puede a veces la función pública ser delegada o atribuida a personas no estatales, y aparece en ese caso el fenómeno de las personas públicas no estatales (algunas sociedades de economía mixta, corporaciones profesionales, etcétera), o a personas que ejercen un monopolio o privilegio para la explotación de un servicio público, aspecto en el cual entran también dentro del objeto del estudio del derecho administrativo.”¹⁰

Tal el caso del Transporte Urbano y la privatización de algunos servicios públicos como la energía eléctrica, las comunicaciones telefónicas que en los últimos años el gobierno de Guatemala ha vendido y traspasado a entes privados, siendo estos servicios públicos esenciales para el desarrollo económico y social del país.

Son partes del ejercicio de la función administrativa la forma que adopta ese ejercicio, los actos administrativos, los contratos administrativos, el procedimiento administrativo, etcétera; que también son parte de la regulación del derecho administrativo. Hay que recordar que la administración debe actuar bajo los principios de legalidad y juridicidad y bajo las reglas de la competencia administrativa. Legalidad, la norma positiva y juridicidad, el Derecho, como ya se expuso.

⁹ Gordillo Agustín, Derecho Administrativo, Parte General, Tomo I, Pág. 1.

¹⁰ Ibidem. Pág. V 2.

Es indispensable dice Gordillo: “el estudio de los límites sustantivos y adjetivos de tales facultades, como contrapartida necesaria al ejercicio del poder en un estado de derecho. Entre los límites sustantivos cabe mencionar los principios jurídicos superiores del orden constitucional y supraconstitucional: razonabilidad, no desviación de poder, imparcialidad, buena fe, no autocontradicción, adecuación de medio a fin, sustento fáctico suficiente, motivación adecuada, procedimiento regular previo a la emisión del acto, etc.”¹¹

Límites adjetivos o procedimentales se encuentran en la vía administrativa y entre ella, los recursos administrativos (recursos de revocatoria y de reposición regulados en el Artículo 7 y 17 de la ley de lo Contencioso Administrativo), y los procesos judiciales (el Proceso de lo Contencioso Administrativo, entre otros); los procesos constitucionales (el Amparo y la Acción de Inconstitucionalidad); por último, las acciones por daños y perjuicios causados al particular y el procesamiento por delitos cometidos por funcionarios públicos (el sumario de responsabilidades en la vía civil y el enjuiciamiento penal por perseguible a instancia del Ministerio Público). Hay que recordar que los funcionarios públicos pueden incurrir en responsabilidades de varios tipos como: administrativo, penal y civil.

Es también de interés, el estudio de los medios materiales, dice el Profesor Gordillo: “puestos a disposición de esa actividad, a través del crédito público, el dominio público y privado del Estado: en general, el estudio de la propiedad en su relación con la función administrativa, sea a través de la propiedad pública, sea a través de las limitaciones que el Estado impone a la propiedad privada (meras restricciones, servidumbres administrativas, ocupación temporánea, expropiación, etc.), sea a través de vinculaciones contractuales de contenido económico (los contratos administrativos)”¹².

Es por ello la necesidad del análisis del ejercicio de la función administrativa como parte de las actividades que la administración pública debe desarrollar y la que a la postre es regulada por el derecho administrativo, pero que son materia de estudio de esta ciencia y con ello llegar a una definición adecuada de la misma.

¹¹ Ibidem. Pág. V 2.

¹² Ibidem. Pág. V 3.

1.3.2 La legítima defensa de los particulares contra el ejercicio de la función administrativa y la resistencia pacífica

Existe como principio el legítimo derecho a defenderse de los actos y resoluciones de la administración pública, que debe prevalecer como principio general del procedimiento administrativo, porque en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se enmarca la legítima defensa, para el caso de las acciones meramente jurisdiccionales, es decir dentro de un proceso determinado. No existe regulado constitucionalmente el derecho a la defensa en materia administrativa. Si se aplica el principio de Juridicidad, se puede entender que cabe mencionar a la defensa como un principio del derecho administrativo, especialmente que debe hacerse valer en el procedimiento administrativo y así debe aplicarse.

La resistencia pacífica consiste en el legítimo derecho que los particulares tienen a resistirse a las determinaciones de la administración pública, cuando los derechos de todos los administrados son violados o conculcados, el cual se encuentra regulado en el Artículo 45 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

El Profesor Gordillo¹³ lo refiere como los límites a la actividad administrativa y la protección judicial del particular frente a la administración y los que ejercen el poder económico de carácter monopólico.

Y es cierto que cuando la administración rebasa los límites de su competencia se hace necesario que el particular cuente con mecanismos específicos, y jurisdiccionales para asegurar la defensa en contra de la administración.

¹³ Ibidem. Pág. V 3.

Todo ello es a lo que se denomina, como el control o los medios de control directos, que el particular dispone para defenderse de los actos que se considera, afecta sus derechos e intereses.

Por ello se hace necesario incorporar el control a la definición de derecho administrativo.

Uno de los pilares esenciales de la temática del derecho administrativo, es la protección del particular contra el ejercicio irregular o abusivo de la función administrativa; si se relega este problema a ser uno de los aspectos secundarios de la disciplina, se quitaría a ésta, una de las notas características en el Estado de Derecho, y por lo tanto, su diferenciación con las normas administrativas totalitarias.

1.3.3 Del estudio de la protección judicial del administrado frente a la administración

Se hace necesario el estudio por el derecho administrativo, como ciencia, la protección judicial del administrado frente a los abusos de los actos y resoluciones de la administración, que afecta los derechos e intereses de los particulares.

Ha de advertirse que se habla aquí de protección judicial y no jurisdiccional, como lo indican otras definiciones, las que se refieren más particularmente a la protección que existe dentro del mismo ámbito de la administración pública, en especial de lo contencioso administrativo. En rigor de verdad, tales definiciones son correctas para un sistema como lo es por ejemplo el francés, en que las contiendas entre los particulares y la administración son resueltas en forma definitiva por un tribunal emanado de la propia administración, que es el Consejo de Estado, pero no lo son para un sistema judicial como el nuestro, en que tales contiendas son siempre resueltas en última instancia por el Organismo Judicial, sin perjuicio de que existan medios complementarios no sustitutivos de contralor, caso que encontramos en el Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Indudablemente se establece que la tutela de los derechos de los particulares ante las resoluciones que perjudican de los abusos de los titulares de los órganos de la administración pública, han de ser: órganos de control independientes, el Procurador de los Derechos Humanos, la Corte de Constitucionalidad, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, entre otros.

Para el Profesor Gordillo “El contenido de la protección judicial al tratarse de la protección judicial de los individuos contra el ejercicio ilegal o abusivo del poder de la administración, no se incluye en su totalidad el procedimiento que debe seguirse ante el Tribunal Judicial al impugnarse un acto, hecho u omisión administrativa, pues ello forma parte del derecho procesal”. Se estudia en cambio, preferentemente, aquello en que tal protección judicial difiere de la que el juez otorga habitualmente a un particular frente a otro.

En el caso de Guatemala, debe entenderse que el Juez no es defensor del Estado si no un Tribunal Contencioso Administrativo, creado como controlador de la juridicidad de los actos de la administración y, el proceso es un medio de defensa para proteger al particular o administrado, y excepcionalmente para que la administración pueda discutir la lesividad de sus propias resoluciones.

A la Corte de Constitucionalidad en Guatemala le corresponde una misión fundamental, el de hacer respetar la Constitución por encima del legislador y del administrador, puesto que las normas constitucionales que establecen garantías individuales inherentes a la persona humana como el derecho a la vida, la libertad y la propiedad de los habitantes, regulan que se establecieron por el legislador constitucional como restricciones establecidas principalmente contra las extralimitaciones de los organismos públicos.

Hay que tener presente que en nuestra interpretación (que es la americana en general), de la división de los poderes, corresponde al Organismo Judicial el control de la actividad administrativa, a diferencia del sistema francés en que se considera que, en virtud de la separación absoluta de poderes, no corresponde que la justicia controle la actividad

administrativa. De aquel principio se desprende la importante función del juez, como contrapeso fundamental de la administración pública.

En Francia, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es el Consejo de Estado, en la que el mismo Estado le da facultades jurisdiccionales a este órgano administrativo, no como en Guatemala, que el Tribunal de lo Contencioso, como Contralor de la Juridicidad de los actos y resoluciones de la administración pública, pertenece al Organismo Judicial, el primero es a lo que se le conoce como justicia delegada y al segundo como justicia retenida.

Por estas razones que otorgan especial realce al contenido y alcance que la protección judicial tiene en el derecho administrativo, se desprende la necesidad de tenerla como elemento fundamental del derecho administrativo. No habrá derecho administrativo propio de un Estado de Derecho, mientras no haya en él una adecuada protección judicial de los particulares contra el ejercicio ilegal o abusivo de la función administrativa.

Como dice *Adamovich*, mencionado por Gordillo, el control de la legalidad de la actividad administrativa, por órganos estrictamente judiciales, independientes, es fundamental en la materia: En esta especial relación de la administración como objeto del control, y de la Justicia como órgano de control, encuentra el moderno Estado de Derecho el medio más eficaz para... el aseguramiento del principio de la legalidad de la administración. Ya se recordó también anteriormente la opinión de *Bodenheimer*, mencionado también por Gordillo quien da carácter fundamental a la función de control en el derecho administrativo, a punto tal que sostiene: Debe definirse el derecho administrativo como el derecho que se refiere a las limitaciones puestas a los poderes de los funcionarios y corporaciones administrativas. Esta rama del derecho tiene como misión salvaguardar los derechos de los individuos y grupos frente a invasiones indebidas por parte de los órganos administrativos. Asimismo determina y circunscribe la esfera de acción dentro de la cual deben operar los órganos administrativos; indican también los remedios que quedan abiertos a los ciudadanos o habitantes en caso que el órgano administrativo trascienda su esfera de acción; el control ejercido por los tribunales de justicia sobre los órganos administrativos está destinado, sobre todo, a impedir, prevenir o remediar cualquier violación de

los derechos individuales por actos administrativos. La delimitación de esta área de control es, por tanto, una de las funciones más esenciales del derecho administrativo.”¹⁴

Consecuentemente la tutela judicial es necesaria y fundamental, pero no suficiente; de allí que deban también perfeccionarse otros órganos y mecanismos complementarios de contralor y especialmente el contralor de la juridicidad de los actos y resoluciones de la administración pública, como el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Guatemala y la Corte de Constitucionalidad en materia constitucional y de amparo.

1.3.4 Es un derecho en formación

Se considera que una de las características del derecho administrativo es un derecho joven y consecuentemente un derecho que apenas comienza a formarse, una rama de las ciencias jurídicas que apenas se inicia.

Al contrario como sucede con otras ramas del derecho, el derecho administrativo tiene su nacimiento con la revolución francesa, mientras que ramas como el derecho civil tiene siglos de existencia y evolución, razón por la que se encuentra en buena medida legislada en una forma casi completa, únicamente es cuestión de actualizarla de acuerdo a los cambios que se van dando en la práctica de una sociedad y la realidad el Estado.

Mientras que en la disciplina jurídica que nos ocupa, dado a la gama de competencias que tiene que regular y la relación de todos los órganos administrativos, centralizados y descentralizados, y otras instituciones que pertenecen al Estado, es la razón que no se pueda codificar y van surgiendo realidades y necesidades nuevas que hace que se encuentre en constante cambio y es muy difícil llegar al punto de tenerlo totalmente actualizado y adaptado a las nuevas realidades del Estado.

¹⁴ Gordillo, Agustín, Op. Cit. Pág. V8 V9 y V10

Dice el Profesor Gordillo: “Las normas y principios que son objeto de estudio por parte del derecho administrativo no forman, según ya hemos dicho, un verdadero sistema coherente, sino tan solo un conjunto de normas jurídicas positivas, de principios de derecho público y de reglas jurisprudenciales, frecuentemente asistemáticas. En ello juega un papel preponderante la doctrina, que en nuestro país arrastra una inexplicable tendencia a favorecer las teorías cesaristas y no las que enfatizan el control judicial, parlamentario o por entes o autoridades independientes.

A diferencia de otras ramas del derecho positivo, no se encuentra ésta, completamente legislada, y por ello debe recurrirse frecuentemente a elaboraciones jurisprudenciales o a principios constitucionales o de derecho supranacional para configurar una institución de derecho administrativo: eso lo torna bastante impreciso, muy librado a disquisiciones, contradicciones y oscuridades doctrinarias, arbitrariedades de los órganos administrativos cuando los jueces no imponen en tiempo oportuno la protección de la persona humana; a evoluciones e involuciones.”¹⁵

Y es que siempre se ha caído en la vieja idea que el derecho público es un derecho por el cual se imponen las determinaciones del Estado frente a los particulares, pero también hay que recordar que ante el abuso de los agentes de la administración, como se explicó, debe ser un derecho protector de los administrados; los órganos de la administración están al servicio de su población, no para servirse de su población ni para abusar de ella y el fin supremo, que como principio existe y debe privar en éstos, es el cumplimiento fiel de su finalidad, el bien común o bienestar general y el Estado como tal debe proteger a su población del mal ejercicio de la función judicial.

Por otro lado, cuando se indica sobre el contrato administrativo, siendo parte del derecho administrativo, éste queda sujeto a la teoría de libertad de la voluntad de esta clase de contratos y esto hace que no siempre el Estado imponga sus determinaciones a los particulares.

¹⁵ Ibidem. Pág. V 11.

A juicio del autor Gordillo, “en esta materia existen muchas construcciones, teorías e instituciones que no siempre tienen una base lógica o jurídica fuerte: frente a ellas es necesario adoptar una drástica actitud, un espíritu crítico cartesiano de duda permanente, y estar decidido de antemano a cortar de raíz con aquellas teorías y doctrinas que no tengan un fundamento evidente, y que en la experiencia sirvan para el autoritarismo y no para la libertad.

Conjeturamos que una explicación psicológica de esta peculiaridad del derecho administrativo puede ser una inconsciente tendencia a tratar de crear principios propios y específicos que den un falso color de legitimidad al ejercicio del poder, sea éste bien o mal ejercido; que justifiquen la existencia autónoma de la materia, frente al derecho común; de ese modo el poder ostentar una serie de teorías extrañas es la mejor demostración práctica de que la autonomía existe y de que alguna extralimitación del poder es válida. Pero eso queda o debiera quedar para el pasado; no estando ya en tela de juicio la autonomía científica de la materia, es hora de que madure definitivamente y se despoje del ramaje y la fronda innecesaria, que le impide a veces ver claramente la realidad.

Para superar las observaciones de que es una materia muy oscura, teórica, inventada o muy difícil, nada mejor que atacar directamente las causas de su oscuridad, dificultad, irrealidad, entre otros; es necesario entonces tratar de dar fundamentos empíricos lógicos y jurídicos a los principios e hipótesis que se enuncian, y en caso de no encontrarlos, pronunciarse decididamente por la supresión del supuesto principio. Es lo que hacemos, por ejemplo, con las conocidas teorías del poder de policía, de la zona de reserva de la administración, los actos de gobierno, la jurisdicción administrativa, la ejecutoriedad del acto administrativo, la doble personalidad del Estado, las potestades administrativas, etcétera.”¹⁶

Por esa razón es necesario que se trate de lograr; que exista una regulación específica de procedimiento, en el derecho administrativo que carece de una base real, como lo explica el Profesor Gordillo, el derecho administrativo estará condenado a seguir siendo una materia esotérica, árida, oscura, difícil y compleja.

¹⁶ Ibidem. Pág. V 12.

El derecho administrativo debe ir de la mano con los cambios que constantemente se van dando en la realidad, sin perder el miedo, por supuesto, de ser cuidadosos en las conjeturas a que se puedan llegar especialmente con las resoluciones y sentencias que dicten los jueces en protección de los particulares contra los abusos de los administradores, puesto que corremos el riesgo de quedar rezagados con la evolución económica, política y social, contra países desarrollados.

En la medida que la ciencia del derecho administrativo sea renovado con teorías modernas, el mismo Estado tenderá ser más moderno, efectivo y seguro en su función administrativa; en todo nivel, la administración requiere actualmente ideas nuevas, posturas doctrinarias acordes con los cambios que en el ámbito mundial se están dando en esta disciplina jurídica.

Dice el Autor Gordillo: “Si se procede de otro modo, o sea, si se acepta continuar repitiendo las construcciones y conjeturas elucubradas sin base real en el pasado, entonces el derecho administrativo estará condenado a seguir siendo una materia esotérica, árida, supuestamente oscura, difícil y compleja, realmente teórica e inmadura, a despecho constante de la realidad, en un falseamiento permanente de sus dogmas. Su madurez intelectual definitiva sólo la alcanzará verdaderamente cuando no sea necesario, en una obra de la materia, ocuparse de tales falsas teorías y principios y pueda omitirse su consideración sin peligro de que el error reaparezca en la mente de los juristas de un mundo libre y un estado moderno, democrático, constitucional, posfeudal.

Que quede el camino abierto para conjeturas renovadoras, ideas nuevas, contrastaciones. Como dice Popper, mencionado por el Profesor Gordillo: No sabemos: sólo podemos adivinar ... Pero dominamos cuidadosa y austeramente estas conjeturas o, anticipaciones nuestras, tan maravillosamente imaginativas y audaces, por medio de contrastaciones sistemáticas ... nuestro método de investigación no consiste en defenderlas para demostrar qué razón teníamos; Si no, por el contrario, tratamos de derribarlas...

Agrega más adelante que el único medio que tenemos de interpretar la Naturaleza son las ideas audaces, las anticipaciones injustificadas y el pensamiento especulativo: ... los que no están dispuestos a exponer sus ideas a la aventura de la refutación no toman parte en el juego de la ciencia ... La petición de objetividad científica hace inevitable que todo enunciado científico sea provisional para siempre: sin duda, cabe corroborarlo, pero toda corroboración es relativa a otros enunciados que son, a su vez, provisionales.”¹⁷

1.3.5 El derecho administrativo no es solamente derecho público interno

Corrientemente se dice en el ámbito del derecho administrativo que éste es derecho público interno, por tratarse del Estado.

Como bien nos enseña el Profesor Gordillo: “Si bien hace algunas décadas podía haber sido correcto, no creemos ya adecuado expresar que constituye una rama del derecho público interno, por cuanto existe hoy en día un régimen administrativo internacional de importancia creciente.

Cabe señalar la organización administrativa de los organismos internacionales: ONU, OEA, BID, FMI, etc., en todos los cuales hay un régimen administrativo del personal, de las contrataciones, etc., con organismos y jurisdicciones también internacionales de resolución de algunos diferendos de tales como el incipiente MERCOSUR entre nosotros, el CAFTA, la Unión Europea, etc., que en sus distintos estadios dan en mayor o menor medida nacimiento a un derecho comunitario con normas que en gran parte son de derecho administrativo y tribunales igualmente supranacionales.

Si bien en el ámbito de los organismos internacionales se aplica el derecho internacional público, ello no quita pues que tengan también un régimen de derecho administrativo que no es

¹⁷ Ibidem. Pág. 14.

interno a ninguno de los países contratantes, y que tampoco integra estrictamente el derecho internacional público.”¹⁸

En Centroamérica existen muchos ejemplos en cuanto a que en el ámbito jurídico de la administración pública, existen múltiples convenios y tratados en materia administrativa que hacen que se abandone la vieja idea en su definición, que se trata de un Derecho Público interno.

Como se analizará en las fuentes del derecho administrativo los tratados y convenios internacionales con fuente directa o indirecta del derecho administrativo, tales como CAUCA y RECAUCA, el CA-4 suscrito y ratificado entre Guatemala, Honduras, El Salvador y Nicaragua.

Esto hace que el derecho administrativo caiga dentro de la esfera de otras ramas del derecho distinta pero que tienen contenido administrativo, condición ésta, para pasar a formar parte de las fuentes del derecho administrativo.

1.3.6 Otros criterios que han quedado excluidos

No se refiere exclusivamente a la administración pública, o al Organismo Ejecutivo, como ya se ha mencionado, en la actualidad muchos de los servicios públicos esenciales y no esenciales, se han dado por concesión y otras se han privatizado, esto implica que no solo la administración, quede sujeta o son materia del derecho administrativo.

Algunas definiciones antiguas y otras modernas consideran que el derecho administrativo estudia la actividad de la administración pública, o lo que es lo mismo, del Poder Ejecutivo y sus órganos dependientes en el orden jerárquico. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina amplía el campo del derecho administrativo al estudio objetivo de toda la actividad de tipo administrativo, sea o no realizada por órganos administrativos. En la actualidad, con el retorno al sistema de servicios públicos privatizados, han aumentado las razones para no utilizar aquellos criterios orgánicos como definitorios.

¹⁸ Ibidem. Pág. V 16.

Se puede establecer que las empresas individuales o jurídicas que se dedican al comercio o a la industria, se encuentran reguladas normalmente por el derecho mercantil, en su estructura, funcionamiento, formación, etc., pero cuando estas empresas ingresan al campo de la prestación de servicios públicos, deben entrar a la esfera del derecho administrativo ya sea por contrato, ó concesión y deben ser sometidas a la finalidad de la administración, que es el bienestar general o bien común y esto hace que el Estado tenga injerencia de control sobre las empresas de carácter privado, aunque la finalidad de éstas ya no es la misma finalidad de la administración pública sino que el lucro, para eso son creadas.

En nuestro país, se puede ver en las instituciones que últimamente se han privatizado, caso GUATEL, la Procesadora de Asfalto de la Municipalidad de Guatemala, la Empresa Eléctrica y otras que prestan servicios públicos esenciales y que de alguna manera su función, que es la prestación de los servicios públicos, deben estar reguladas por el derecho administrativo, en cuanto al control y quedan sujetas a la posibilidad de la intervención, cuando el servicio se preste en forma inadecuada y deficiente.

Otra de las argumentaciones es establecer, si los otros organismos del Estado prestan servicios públicos, y para quedar incluidos así, en una definición del Derecho Administrativo.

Para el efecto, el Profesor Gordillo expresa: “La cuestión está supeditada al criterio que se adopte al definir qué es la función o la actividad administrativa: si se interpretara que sólo el Poder Ejecutivo y sus órganos dependientes realizan actividad regida por el derecho administrativo, entonces es coherente definir a este último de ese modo. En cambio, si se acepta que también los Poderes Legislativo y Judicial realizan la actividad de tipo administrativa sujeta a los principios de esta disciplina, la conclusión contraria es inevitable.

No podrá sostenerse que haya actividad administrativa de estos poderes regida por los principios del derecho administrativo y no comprendida, sin embargo, en la definición de este último.

En consecuencia, el derecho administrativo no sólo estudia la actividad del órgano administración pública, sino más bien el total de la actividad de índole administrativa, sea que la realice el órgano administrativo o los órganos Poder Judicial o Poder Legislativo, e incluso las personas no estatales en cuanto ejercen poderes públicos. Este último es el caso de los concesionarios o licenciarios de poderes monopólicos o exclusivos otorgados por el Estado. Para ser congruentes con el sistema constitucional deben ser interpretados restrictivamente, bajo el principio de que en la duda debe estarse a favor del usuario.”¹⁹

Sin embargo cuando se estudia la totalidad de las actividades de la administración pública, se cae nuevamente en la pregunta de quién es el que presta el servicio público; para establecer a quien pertenece la regulación de estas relaciones, al derecho público o al derecho privado, cuando se trata de personas individuales o jurídicas que prestan el servicio o a los otros organismos del Estado.

Afirma el Profesor Gordillo: “Por tales razones se prefiere denominar al derecho administrativo en el sentido que abarca la estructura y el funcionamiento de la administración y el ejercicio de la función administrativa, o la organización y la actividad de la administración pública, o la organización y el funcionamiento de la administración pública, así como la regulación de las relaciones interorgánicas, interadministrativas y las de las entidades administrativas con los administrados.

Estas definiciones, sin embargo, pecan en parte por exceso y en parte por insuficiencia. Son excesivas en cambio enumeran los dos elementos en cuestión organización administrativa y relaciones lo que puede parecer un poco superfluo si se tiene en cuenta que dado que la organización administrativa hace al estudio del sujeto u órgano que ejerce la función administrativa, se puede abarcar ambos elementos diciendo que el derecho administrativo estudia el ejercicio de la función administrativa.”²⁰

¹⁹ Ibidem. Pág. 19.

²⁰ Ibidem. Pág. V 20.

El ejercicio de la función administrativa en general abarca, no solo los dos elementos en cuestión sino todo lo relacionado a la actividad que desarrollan personas individuales y otros organismos del Estado, cuando esta sea una función administrativa independiente de quien presta el servicio público.

Continúa diciendo el Autor Gordillo: “En esta tesitura, hemos sostenido que no es necesario aclarar expresamente que dentro del ejercicio de la función administrativa se incluye el estudio del órgano que la ejerce, pues dicha inclusión es obvia. En efecto, si no resultara claro que hablar de la actividad administrativa presupone también la consideración de la organización administrativa, a pesar de que el autor lo diga expresamente, entonces nada es suficiente: en tal actitud sería necesario hacer una enumeración de todas las cosas que el derecho administrativo comprende, ya que muy pocos las captarían por sí mismos en forma directa de la definición. Habría que señalar entonces que el derecho administrativo estudia la estructura administrativa, la organización centralizada y descentralizada, la función pública, el acto administrativo, los reglamentos, los contratos administrativos, el procedimiento administrativo, la responsabilidad del Estado, el dominio público, las limitaciones a la propiedad privada, etc., lo que no sería conveniente.”²¹

Debe buscarse, en consecuencia, elementos de síntesis que puedan ayudar a la comprensión de los componentes de la estructura y no caer únicamente en la enumeración de los mismos. La definición debe ser la síntesis y completada con los demás elementos que componen la obra.

No hay que cometer el error, como lo han hecho otros estudiosos del derecho administrativo, que ven a éste como el conjunto de normas que regulan los servicios públicos. Como se ha expuesto en el presente capítulo, nuestra disciplina jurídica abarca otros elementos, que habían quedado olvidados y que no solo se trata de servicios públicos.

²¹ Ibidem. Pág. V 21.

Ese conjunto de normas y principios no se refiere exclusivamente a la creación y gestión de los servicios públicos, sino que abarca a toda la función administrativa, se trate o no de servicios públicos: la función pública, los contratos administrativos, la responsabilidad del Estado, el dominio público, entre otros, son materia del derecho administrativo.

1.3.7 El derecho administrativo ciencia o conjunto de normas jurídicas

Hay que hacer una distinción entre el derecho público y privado para establecer, porque razón el derecho administrativo es considerado como derecho público.

El derecho público (penal, tributario o fiscal, constitucional, entre otros.) se distingue del derecho privado (civil: obligaciones, contratos, sucesiones, familia, comercial) en que en el primero se trata de relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares, ó entre entes estatales entre sí. Esto es así al menos en el derecho argentino, donde no hay actividad estatal que se halle sometida única y exclusivamente a normas de derecho común: cuando tales normas se aplican al Estado, están siempre modificadas o interconectadas con normas de derecho público, de forma tal que se integran al complejo normativo del derecho público.

Ello ha llegado a ser así debido a que, generalmente, toda vez que el legislador o el juez han considerado una relación jurídica establecida entre el Estado y otro sujeto de derecho, se han inclinado a dar soluciones particulares antes que aplicar al pié de la letra la legislación común. Una consecuencia de esto, es que en el derecho público hay a menudo una relación de subordinación (porque se le confiere al Estado una cierta superioridad jurídica sobre el particular, y un número de atribuciones superiores a los derechos individuales del habitante), a diferencia del derecho privado, en que es más frecuente la coordinación: los sujetos se encuentran allí en un plano de más igualdad. Esa diferencia de régimen tiene en parte por razón sociológica que por lo general tales relaciones afectan el interés público, (bien común), o el interés privado, individual, respectivamente.

Pero la distinción entre derecho público y privado no es *a priori*; no se trata de que las normas de derecho público tengan una estructura diferente de las del derecho privado, ni que matemáticamente unas y otras contemplen situaciones de interés general y de interés individual, sino tan sólo que las leyes que rigen las relaciones del Estado con los particulares van acumulando prerrogativas y privilegios para el Estado, y que algunos de los principios de tales leyes deben regular situaciones que no se dan sino en el caso del Estado: todo lo relativo a la organización, funcionamiento y actividad de los poderes públicos y el control de los servicios públicos monopolizados emplea principios diversos de los del derecho común.

Esas prerrogativas y disposiciones peculiares, dice Gordillo, constituyen un todo estructurado y regido por principios propios: las que empiezan siendo excepciones se tornan norma general, y así las reglas del derecho privado se ven desplazadas por aquéllas. Es lógico independizar metodológicamente a ese conjunto de principios correlativos y concordantes entre sí, que resultan discordantes y extraños al derecho privado.²²

En efecto hay que recordar que en nuestro incipiente derecho administrativo, tienden a confundirse las normas de derecho público y de derecho privado, debido a que la administración hace uso de normas del derecho privado cuando no encuentra como resolver un caso concreto, en el procedimiento administrativo, suele, la administración cargarla de normas procesales y en ocasiones el procedimiento se torna en un excesivo formalismo, violando con ello uno de los principios del procedimiento, el antiformalismo. También se da en el contrato administrativo, que al no contar con los principios especiales de la contratación administrativa se aplica supletoriamente normas del derecho civil que quedan integradas al mismo. Por ello es que halla un entrelace de normas de derecho público y de derecho privado en la función administrativa, que hace pensar en una teoría ecléctica entre el derecho público y el derecho privado.

Pero ello no es así, puesto que el derecho administrativo es una rama del derecho autónomo, pero como lo veremos adelante el derecho administrativo tiene relaciones con todas

²² Ibidem. Pág. V 24.

las ramas de las ciencias jurídicas y sociales, se cree que con todas las ramas de las ciencias jurídicas y sociales.

Si se considera al derecho administrativo como una rama de la ciencia del derecho, sus fuentes tienen que ser aquellas normas y principios que integran el orden jurídico positivo, que rige a la administración; todo lo que pueda contribuir al nacimiento de una regla o principio imperativo, pero que no sea imperativo en sí mismo, es fuente en sentido material, social o político, pero no en sentido jurídico formal.

Conviene por fin señalar que hoy en día las fuentes pueden ser clasificadas con provecho en fuentes supranacionales y nacionales del derecho: mientras las segundas pueden ser adecuadas o modificadas por la sola voluntad nacional, las primeras dependen del consenso de las naciones y la única posibilidad del país es sumarse al proceso, participar en el debate y suscribir el tratado, o sustraerse a la comunidad internacional, lo cual no es siempre una opción fácilmente viable ni indolora, pues tiene claro costo económico-financiero (tasa de interés que el país paga, calificación de riesgo de país, flujo de inversiones, sanciones comerciales, etc.).

Necesariamente lo manifestado nos lleva inevitablemente a estudiar al derecho administrativo como fuente y objeto de conocimiento de nuestra disciplina jurídica.

Esto hace pensar lógicamente que es objeto de estudio en derecho administrativo en cuanto rama del conocimiento, y al derecho administrativo como parte del orden jurídico positivo, como conjunto de normas jurídicas, tal y como se estudia en cualquier rama del derecho, establecer de donde nacen sus órganos, sus atribuciones y funciones.

En toda disciplina el objeto de estudio debe ser sobre la base de normas, se estudia la rama del derecho y a la par se estudian sus leyes; por ejemplo, en derecho civil es necesario referirnos tanto al Código Civil y leyes que lo componen, como a la disciplina que estudia las normas y principios de ese código y esas leyes; así también al hablar de derecho administrativo podemos pensar tanto en el conjunto de normas y principios constitucionales y

supraconstitucionales, tratados, leyes administrativas y demás reglas que integran las normas positivas, el régimen jurídico positivo de la función administrativa, como en la disciplina que los estudia.

Como lo dice el Profesor Gordillo: “Dado que el conjunto de normas y principios que integran el régimen jurídico positivo del caso llega a nuestro conocimiento y valoración a través de su estudio y análisis y que, por lo tanto, nuestro primer contacto cognoscitivo se realiza con la disciplina que efectúa tal investigación, damos preferencia al concepto de rama del conocimiento antes que al de conjunto de normas positivas. El derecho administrativo se define pues, en primer lugar, como una disciplina o una rama de la ciencia del derecho. No creemos convenientes, en consecuencia, las definiciones que conceptúan al derecho administrativo como un conjunto de normas y de principios de derecho público, pues hacen prevalecer el carácter normativo antes que el aspecto cognoscitivo. Definir al derecho administrativo como rama del conocimiento no significa que deje de usarse la segunda acepción como conjunto de normas positivas, pues la noción de derecho recibe casi siempre esa doble significación; ello no quita que al darse la definición metodológica deba efectuarse una opción semántica. Así como nadie definiría al derecho civil como conjunto del Código Civil y sus leyes complementarias, así tampoco es adecuado definir al derecho administrativo como un conjunto de normas y de principios de derecho público.”²³

Consecuentemente se concluye que es necesario definir al derecho administrativo no como conjunto de principios y normas, sino como la ciencia que estudia estos principios y normas de derecho público.

Las normas y los principios son parte del derecho administrativo, no hay que confundir, hay que tenerlos como objeto de estudio de la ciencia del derecho administrativo. Es necesario entonces redefinir al derecho administrativo desde el punto de vista científico como ya se ha expuesto.

²³ Ibidem. Pág. V 28.

1.4 Sistemas de derecho administrativo

Fundamentalmente se estudiarán dos sistemas de derecho administrativo: El sistema anglosajón que es un sistema básicamente inglés y el sistema francés.

1.4.1 Sistema anglosajón

El sistema anglosajón o sajón imperante principalmente en Inglaterra y donde no existe un derecho especial que regule las relaciones entre la administración pública y los particulares, sino que estas relaciones son reguladas por el derecho común, es decir por el derecho civil.

Especialmente dentro del derecho sajón, es fuente principal de derecho la jurisprudencia y el precedente administrativo.

Esto significa que dentro del derecho sajón, no existe un derecho especial que regule las relaciones de la administración pública, como en el sistema francés.

1.4.2 Sistema francés

Como lo explica el autor Gustavo Penagos, "La revolución Francesa cambió todo el sistema monárquico. El Consejo del Rey fue privado de sus poderes judiciales por la ley del 27 de noviembre de 1790 que los transfirió al Tribunal de Casación. Posteriormente, la Ley del 27 de abril de 1791 suprimió el Consejo del Rey y, organiza en forma embrionaria una especie de Consejo de Estado, el Tribunal de Conflictos y la Corte de Casación."²⁴

Según el autor Juan Rivero mencionado por Gustavo Penagos, la Revolución Francesa se puede sintetizar en tres puntos:

²⁴ Penagos Gustavo, Curso de Derecho Administrativo, T. I, Pág. 61

- a) En primer lugar una obra de destrucción, la casi totalidad de la administración del antiguo régimen, desaparece. Es la ruptura, al menos en apariencia con el pasado. Sólo subsisten los cuerpos administrativos especializados, en razón de su carácter técnico.
- b) La Revolución ensaya en edificar una sana administración racional, uniforme y coherente; de los diversos ensayos que se suceden es más importante la división territorial de Francia en Departamentos y Comunas.
- c) Cabe destacar principalmente como obra de la Revolución, la formulación de importantes principios de filosofía política que será la base de toda elaboración posterior: la primacía de la ley; la separación de las autoridades administrativas y judiciales; el liberalismo político; la igualdad de los ciudadanos frente a la administración; el liberalismo económico."²⁵

Preocupados los ideólogos de la Revolución que una justicia administrada por hombres dedicados a la actividad política, deja mucho que desear, provocó que en el año de 1,799, se creara el Consejo de Estado independiente de otros organismos del Estado.

En el año de 1,872, se marca la autonomía de la *jurisdicción Contencioso-Administrativa*, en la que se le otorgó al Consejo de Estado Francés, en virtud de una ley, la facultad de administrar justicia en forma independiente y a nombre del pueblo francés, lo que ha sido llamado como *Justicia Delegada*.

El Consejo de Estado de Francia actualmente está integrado por el Vicepresidente, cinco presidentes de sección, consejeros de estado en servicio ordinario, los Consejeros de Estado en servicio extraordinario, los Maitres de Requetes (Maestros de Demandas), Auditores, nominalmente actúa como presidente el primer ministro de Francia."²⁶

²⁵ Penagos Gustavo, Derecho Administrativo, Editorial Eliasta, Caracas Venezuela, Pág. 62

²⁶ Ibidem. Pág. 65.

En conclusión, se puede decir que en Francia nace el derecho administrativo, como un derecho especial que regula las relaciones que se dan entre la administración pública y los particulares y entre las que se dan entre las mismas instituciones administrativas.

1.5 Características del derecho administrativo

Las características del derecho administrativo, han sido desarrolladas por los diferentes autores del derecho administrativo. En este trabajo sólo se hará un resumen de las características más importantes del mismo, algunas de las cuales las desarrolla el autor Gustavo Penagos, y se pueden resumir en las siguientes:

- a) El derecho administrativo es un derecho joven;
- b) El derecho administrativo no ha sido codificado;
- c) El derecho administrativo es un derecho subordinado;
- d) Es un derecho autónomo;
- e) Es un derecho cambiante.

1.5.1 El derecho administrativo es un derecho joven

El derecho administrativo es relativamente nuevo, de reciente creación, parte del último cuarto del siglo diecinueve.

El autor Rafael Bielsa, mencionado por el Profesor Hugo Calderón indica: "Es un jus novum. Es, en efecto un derecho novísimo, como novísima es la Administración, entendida en su sentido moderno. Desde luego, la Administración Pública ha existido desde cuando apareció el Estado nacional, y aún antes, pero desvinculada del Derecho."²⁷

Se puede decir que el derecho administrativo, surge con la revolución francesa y nace como producto del surgimiento del Estado de Derecho.

²⁷ Ibidem. Pág. 42.

1.5.2 El derecho administrativo no ha sido codificado

La Codificación implica la creación de una ley única que regule todo lo relacionado con una materia, con una visión de conjunto en forma completa y coherente. En derecho administrativo no se puede hablar de codificación, por lo extenso de las competencias administrativas y porque esta implica unificación de todo lo relativo a la administración enmarcado en una ley única.

Este tema será tratado con más detenimiento más adelante, cuando se trate lo relativo a las fuentes del derecho administrativo.

1.5.3 El derecho administrativo es un derecho subordinado

Al indicar que el derecho administrativo es subordinado, se refiere a la Constitución Política de la República de Guatemala y a leyes Constitucionales. Por esa razón, actualmente se habla del fenómeno de la constitucionalización del derecho administrativo.

1.5.4 El derecho administrativo es un derecho autónomo

Sin que para ello sea la condición de subordinado, tiene sus propios principios y reglas, que dimanar de la naturaleza ejecutiva que lo distingue, y que es exclusiva. El Principio de Normatividad que lo informa, explica la subordinación, sin perjuicio de que la naturaleza ejecutiva, propia de éste le dé autonomía. La regulación de las relaciones entre la administración y los administrados lo exige, puesto que son normas de derecho público y reglas de observancia obligatoria determinadas por el mismo Estado.

1.5.5 El derecho administrativo es un derecho dinámico

El derecho administrativo es más cambiante que cualquiera otra ciencia jurídica, si no fuera así, las administraciones públicas fueran muy estáticas, por la naturaleza del servicio y en

general por la labor que desarrolla la administración pública se encuentra en constante cambio, más que todo en los procedimientos.

Es derecho mutable, por cuanto vive en constante transformación, como a diario se transforma la administración al compás de las evoluciones socioeconómicas que se van dando. La aparición de nuevos cometidos estatales lo mantienen en permanente desarrollo, la globalización, tratados de libre comercio y otros cambios, así como los nuevos intereses sociales que demanda la comunidad y cuya satisfacción corre a cargo del Estado.

La administración pública está en constante cambio, el que depende de las circunstancias y de las necesidades sociales, pues la finalidad de la administración es el bienestar general, y es el que se realiza a través del servicio público.

1.6 Definición de derecho administrativo

Definiciones del concepto de derecho administrativo, hay tantas como autores, y tratadistas de la materia existen. Pero como toda ciencia que se va desarrollando de manera paulatina, las definiciones también se van desarrollando de la misma manera.

Es de hacer notar, que al establecer las diferentes definiciones del concepto, cualquier definición que del mismo se dé es válida, pues lo que se busca es, dentro de la diversidad de teorías del derecho administrativo, la que a nuestro juicio es la que más se adapta a una realidad, que es nuestra administración pública y desde ese punto de vista hay que tomarlo.

A continuación se analizarán algunas de las definiciones dadas por los diferentes autores del derecho administrativo.

Acosta Romero define el Derecho Administrativo como: *"Entendemos por ciencia del Derecho Administrativo es el conjunto de conocimientos sistematizados y unificados sobre las normas, fenómenos e instituciones sociales, relativas a la administración pública de los Estados*

en su interconexión sistemática, en búsqueda de principios generales, con un método propio de investigación y desarrollo."²⁸

El Derecho Administrativo como ciencia debe sistematizarse y unificarse tanto su método, como en lo posible, su objeto de conocimiento, o sea el sector de la realidad del ser, o del objeto que pueden ser captado por el intelecto humano, que constituye su materia.

La definición expresada por Acosta Romero, es bastante adecuada, pues define al derecho administrativo desde el punto de vista de la ciencia y es importante dar al mismo, el carácter de ciencia, porque lo es.

Para el Profesor Gustavo Penagos, el derecho administrativo *"es la parte del Derecho Público que se ocupa de la organización y de la actividad de la administración pública, bajo el control judicial."*²⁹

Ya Penagos, en su definición establece el control, pero solo judicial, pero hay que recordar que el control de los actos de la administración pública, no son sólo de carácter judicial. En la administración pública hay una gran diversidad y tipos de control.

Manuel María Díez, mencionado por Hugo Calderón, dice que el derecho administrativo es *"el complejo de principios y normas de Derecho Público interno que regulan la organización, la actividad de la administración pública y su control."*³⁰

Este autor, nos da la idea más próxima y exacta de lo que es y significa el derecho administrativo, definición que contiene los elementos más importantes de nuestra disciplina jurídica.

²⁸ Acosta Romero, Miguel, Teoría General del Derecho Administrativo, Pág. 9.

²⁹ Ibidem. Ob. Cit. Pág. 99.

³⁰ Ibidem. Pág. 235.

Rama del derecho público: o sea, que es una rama del conocimiento o disciplina científica; dentro de la distinción entre derecho público y privado, forma parte del primero. Que estudia el ejercicio de la función administrativa: debe recordarse aquí que función administrativa es toda la actividad que realizan los órganos administrativos, legislativos y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales, como así también las funciones de poder jurídico o económico ejercidas por particulares, merced a una potestad conferida por el Estado. Por lo tanto, el derecho administrativo, estudia toda la actividad que realizan órganos estructurados jerárquicamente o dependientes de un poder superior, y también la actividad del Congreso que no sea materialmente legislativa; y de órganos independientes (jueces) que no sea materialmente jurisdiccional. Estudia también la actividad de los órganos y entes administrativos independientes como el Procurador de los Derechos Humanos, Contraloría General de Cuentas, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, entre otros.

Igualmente corresponde al derecho administrativo el estudio del ejercicio de la función administrativa, cuando ésta aparece otorgada a entidades o instituciones privadas o públicas no estatales; en tales casos, con todo, la aplicación del derecho administrativo se limita a los aspectos que constituyen aplicación o ejercicio estricto de dicha función. En tales supuestos aparece el régimen jurídico administrativo y los órganos propios de éste a través de la intervención de los entes reguladores.

Finalmente se puede llegar a una definición adecuada y que establece:

"El Derecho Administrativo es la rama del derecho público que estudia los principios y normas de derecho público, la función administrativa y actividad de la administración pública, también estudia las relaciones que se dan entre la administración y los particulares, relaciones entre los mismos particulares, las relaciones interorgánicas y su control que incluye la protección judicial de los particulares y el derecho de defensa en contra de los actos que le afectan al administrado."

La definición anteriormente expresada abarca algunos aspectos como:

- a) El estudio de sus **principios**, ya se verá más adelante que los principios son una fuente importante de derecho administrativo, pues son la aplicación del principio de juridicidad, que implica la aplicación necesaria de éstos, y cuando el administrador no encuentra una norma adecuada al caso concreto, puesto que recordemos que juridicidad es igual a resolver basándose en derecho.
- b) El estudio de **las normas jurídicas** reguladoras de las funciones y actividades ejecutivas y dispositivas que las leyes atribuyen como competencia administrativa y que las mismas le otorgan a los órganos administrativos; aquí hay que recordar que la base fundamental de la función administrativa es la ley.
- c) El estudio de la **función administrativa**, que ya se analizó y que desarrollar el Profesor Gordillo y que implica todos los actos, resoluciones, reglamentos, entre otros, que debe desarrollar la administración.
- d) Estudia también las **relaciones** que regula el derecho administrativo como lo son:
 1. Relaciones que se dan entre la administración pública y los particulares;
 2. Relaciones que se dan entre particulares; y,
 3. De las relaciones que se dan entre órganos administrativos, que se denominan relaciones interorgánicas.
 4. También regula **el control**, visto éste, desde el punto de vista de cualquier tipo de control, parlamentario, interno, administrativo, judicial, de contraloría, entre otros.

Queda incluida dentro del control:

El derecho a la legítima defensa que los particulares tienen como un derecho y que lo hemos analizado como principio fundamental del procedimiento administrativo.

La protección judicial que los órganos jurisdiccionales deben a los particulares frente a los actos y resoluciones abusivas, que puedan afectar a los particulares, como ya lo expusimos en páginas anteriores.

Como ya se analizó en el presente capítulo, en la ciencias del derecho administrativo se hace necesario que todo los componentes que comprende nuestra disciplina jurídica sea objeto de su estudio.

CAPÍTULO II

2 La competencia administrativa

La competencia administrativa en principio se define como el conjunto de facultades o atribuciones que el orden jurídico le confiere al órgano administrativo. El concepto de competencia usado en el derecho público, es similar al de capacidad que se usa en el derecho privado, ya que ambos se refieren a la aptitud de actuar.

La diferencia entre la capacidad y la competencia se manifiesta en cuanto, la capacidad es regla, puesto que los particulares pueden hacer todo lo que deseen, mientras no lo prohíba la norma; en tanto que en el derecho público, la competencia es la excepción, ya que ésta no se presume, ya que resulta necesario que en el orden jurídico la atribuya expresamente a los órganos administrativos. Es decir, los particulares pueden hacer todo lo que no esté prohibido, mientras que la autoridad administrativa sólo puede hacer lo que la ley le autoriza. Es importante también distinguir, que la capacidad de un particular en el derecho privado se ejerce cuando así le convenga o lo desee, mientras que la competencia de los órganos administrativos es de carácter obligatorio, el órgano administrativo la debe y tiene que ejercer.

La competencia administrativa, es de suma importancia para el órgano administrativo, puesto que a través de ella es donde se desarrolla la función o actividad administrativa del Estado y con ello lograr su finalidad (el bien común). La competencia administrativa, se debe estudiar como la única forma por la cual los órganos de la Administración pública pueden ejercer la voluntad del Estado, puesto que un órgano que actúe sin competencia cae en la figura jurídica del abuso de poder.

La competencia administrativa se puede distinguir de distintos puntos de vista, como por ejemplo por el territorio, el grado, la materia, algunas clasificaciones especiales de combinación de competencias entre órganos autónomos y autónomos centralizados, entre otros. (dos municipalidades creando una obra conjunta, el órgano central con una o más municipalidades que hacen una obra en conjunto, entre otros).

2.1 Características

Para comprender mejor el tema, se hace necesario hacer un análisis de sus características más importantes.

Al estudiar a los diferentes autores de derecho administrativo, encontramos diversas y variadas características de la competencia, éstas nos harán comprender más lo que implica y lo que significa.

Veamos algunas caracterizaciones de la competencia:

2.1.1 La competencia es otorgada por la ley

La competencia debe ser otorgada por la ley, por ser establecida de interés público y necesariamente surge de una norma y no de la voluntad de los particulares ni del órgano que la ejerce. Por eso se dice que la competencia es objetiva, porque obligatoriamente debe emanar de una norma jurídica, la cual delimita la amplitud de actuación al órgano administrativo. Toda actuación del órgano que no este determinado en el ordenamiento jurídico, se califica legalmente como abuso de poder.

2.1.2 Irrenunciable:

La competencia es irrenunciable, por ser establecida en el interés público y establecida por una norma. Ello significa que la competencia es obligatoria y debe ser ejercida en forma independiente de la voluntad del funcionario público que la ejerce, pues es de naturaleza obligatoria de los órganos del Estado a través del ejercicio de la función administrativa.

2.1.3 Es inderogable

La inderogabilidad significa que la competencia no puede ser derogada por el propio órgano administrativo, ni por particulares o funcionarios, ni por actos administrativos, ni reglamentos o por contrato. La competencia por el hecho de ser otorgada por la ley es imposible modificarla, únicamente se puede derogar y modificar por quien la promulgó, es decir, el Congreso de la República.

2.1.4 No puede ser cedida

Significa que la competencia debe ser ejercida por el órgano a quien legalmente le está atribuida por mandato legal y no la puede ceder a otro órgano o persona individual o jurídica alguna. Hay que recordar que la competencia pertenece al órgano administrativo.

2.1.5 No puede ser ampliada

Significa que el órgano administrativo debe ejercer limitadamente la competencia sin ampliar la esfera de la misma, pues esto daría lugar a un acto viciado por incompetencia; la competencia administrativa hay que ejercerla con los límites que la misma ley le está otorgando al órgano de la administración.

2.1.6 Es improrrogable:

Esto también significa que la competencia no puede ser trasladada de un órgano a otro órgano administrativo, salvo en los supuestos de *avocación* y *delegación*, de órganos administrativos que pertenecen a una misma jerarquía administrativa, es decir que tienen una misma competencia, este tema se explicará más adelante.

Como la competencia de los órganos es de orden público, se pueden sentar las siguientes conclusiones: En primer lugar, es imposible modificar la competencia a través de un contrato y es

porque esta determinada por la ley; en segundo lugar, la excepción de incompetencia puede ser decidida por el juez de oficio, aunque la parte contraria no la haya alegado en sus pretensiones procesales en un juicio; en tercer lugar, las decisiones tomadas por emergencia no excusan a quien la haya ejercido ilegalmente; y, cuarto lugar, un agente de la administración no puede renunciar válidamente a su competencia a favor o en contra de un particular, salvo que se opere una delegación regular en las condiciones previstas en la ley.

2.2 Excepciones a la improrrogabilidad de la competencia administrativa

La competencia es inderogable, los administrados no pueden pretender que intervenga un funcionario distinto del que fuera efectivamente competente y el mismo agente cuando se requiera su intervención no puede sentirse autorizado a resolver nada fuera de la esfera de su propia competencia.

La competencia es improrrogable por cuanto el interés público así lo demanda, salvo aquellos casos excepcionales de avocación y delegación, de órganos de un mismo grado jerárquico (Ministro, viceministros, y directores generales, de un mismo ministerio).

Si bien es cierto que dentro de la improrrogabilidad de la competencia existen las excepciones de la avocación y la delegación, es importante establecer que para que se den estas excepciones, es necesario que los órganos pertenezcan a una misma competencia; por ejemplo, un ministerio de Estado y sus correspondientes direcciones generales, puesto que en este caso, se habla de una competencia general de un órgano administrativo que por razones de división del trabajo la tiene distribuida en diversos órganos que se encuentran jerarquizados.

Pueden entenderse estas excepciones, de avocación y delegación de la competencia como la facultad y potestad que otorga la jerarquía administrativa, y significa el derecho que tiene el superior jerárquico de trasladar al subordinado la resolución de un asunto o la facultad que tiene éste de atraer la competencia del subordinado, siempre que las competencias que se avocan o

deleguen no sean exclusivas, esto implica que el funcionario del órgano que tiene asignada legalmente la competencia *debe ejercerla por sí*.

También es de hacer notar que la avocación y la delegación tienen sus excepciones, aún exista la subordinación y es cuando la competencia es exclusiva. La exclusividad de la competencia implica que la ley le otorga al órgano administrativo, superior o subordinado una competencia que solo éstos pueden ejercer y no puede ser trasladada, aún exista jerarquía en los órganos administrativos, por ejemplo: en las municipalidades los concejos tienen una serie de atribuciones asignadas en el Código Municipal, no pueden delegarlas en los alcaldes ni en otros órganos subordinados, los concejos deben ejercerlas (verbigracia aprobación del presupuesto).

Definamos entonces lo que significa la avocación y la delegación.

2.2.1 La delegación de la competencia

Es el acto administrativo por el cual, el órgano superior traslada su competencia normal a un órgano inferior en un caso determinado. Es obviamente, un procedimiento inverso al de avocación, ya que la esfera de competencia del órgano inferior experimenta un incremento en su actividad.

La delegación no implica que estemos ante un *acto* meramente *procesal*, como lo exponen algunos autores de la materia, sino de un acto puramente *procedimental*, puesto que en la administración pública no existe el proceso administrativo, sino el procedimiento administrativo.

Naturalmente hay que recordar que dentro de esta excepción hay otra que implica la exclusividad de la competencia que ya se explicó antes.

2.2.2 La avocación de la competencia de firma y de representación

Es el acto procedimental en virtud del cual el órgano superior jerárquico, sin que medie recurso alguno, atrae hacia sí el asunto pendiente de resolución y que debe ser resuelto por el

órgano inferior; el superior entra en la esfera de competencia del órgano inferior, se avoca el conocimiento y decisión de una cuestión introduciéndola en su esfera de atribuciones. Cuando las competencias no son exclusivas, como ejemplo: Un ministro de Estado puede atraer el conocimiento de un asunto que le es encomendado a un director general y resolverlo el superior; lo mismo puede suceder en una municipalidad, los concejos municipales pueden atraer para sí la competencia de un alcalde y resolver el asunto que es de competencia de los alcaldes.

Aunque se debe insistir en la exclusividad de la competencia que no da la opción de avocar ni delegarla.

2.3 Elementos de la competencia administrativa

Los elementos más importantes de la competencia administrativa, se pueden resumir de la siguiente manera:

- a) El primer elemento es *la ley*, puesto que la misma es la que le otorga a los órganos de la administración pública, la esfera de las atribuciones, poderes o facultades; siempre está determinada por el derecho objetivo, no puede existir competencia sin una regla jurídica que la establezca;
- b) Las potestades, facultades o poderes, significa los límites que el órgano tiene para poder actuar, la competencia es eso, una serie o conjunto de facultades que tiene el órgano administrativo, hay que recordar que la competencia se otorga al órgano, no al funcionario, éste sólo la ejercita a través de su voluntad;
- c) La existencia de un *órgano administrativo*, a quien le está atribuida la competencia administrativa y que es un órgano que pertenece al Estado. Como ya se dijo antes, la competencia pertenece al órgano, en ese caso sólo los órganos administrativos pueden ejercer competencias.

2.4 Clases de competencia administrativa

Dentro de la doctrina existen muchas clasificaciones de la competencia administrativa y en este caso se hará un análisis de las más importantes.

La competencia puede ser dividida en: a) En razón de la materia; b) en razón del territorio; c) en razón del tiempo; y d) en razón del grado. Veamos cada uno de ellos:

2.4.1 En razón de la materia o contenido

Es decir teniendo en cuenta que esta se refiere a determinados asuntos administrativos que legalmente le son asignados al órgano administrativo. Cada órgano de la administración tiene atribuidas ciertas competencias las cuales debe ejercitar, los órganos no ejercen estas de forma idéntica, sino se distribuye la misma, dentro de los diversos órganos de la administración, en parte por la división del trabajo.

El Criterio objetivo denominada la competencia *ratione materiae*, la regla de competencia determinará ante todo, las materias que entran en la esfera propia de cada órgano. Cada órgano debe tener fijada para el derecho objetivo una serie de funciones a desarrollar y, en tal mérito, ha de tener las correspondientes atribuciones que hagan posible su actuación. Cada órgano tiene entonces las atribuciones necesarias que hagan posible su actuación. Cada órgano tiene una competencia por razón de la materia que le distingue de los demás; y unidos todos los órganos del ente, constituyen y realizan los fines del mismo. Por consiguiente, cada órgano tendrá una competencia limitada al cumplimiento de determinados fines del Estado. En algunas oportunidades la competencia se señalará en forma genérica como, por ejemplo para los ministerios, pero en general se establece en forma taxativa. Se pueden distinguir distintas clases de actividad que desarrollan los órganos. Así la competencia por materia de los órganos será consultiva, de contralor y de ejecución. En alguna operación administrativa existe una sola forma de actividad. En otras se requiere la coordinación de distintas actividades. Es posible que

un órgano tenga competencia propia para determinados asuntos que corresponda a la de otro órgano

2.4.2 En razón del territorio

Es en el cual el órgano ejerce su competencia (municipal, departamental ó nacional, entre otros). Los órganos administrativos tienen dividida la competencia en razón del territorio en donde deben ejercitarla, por ejemplo, el Presidente de la República, y los ministros de Estado, ejercen su competencia en todo el territorio nacional; los gobernadores departamentales, en sus respectivos departamentos; los consejos regionales de desarrollo dentro de la respectiva región y las municipalidades, dentro del respectivo municipio.

La competencia por razón de territorio también se denomina *Ratione Loci*. Este es un concepto que se deriva de la circunscripción administrativa. El órgano administrativo tiene su acción limitada a determinado territorio que constituye el ámbito espacial o físico que sirve de límite a su actuación. El Estado, por la extensión y la complejidad de las funciones que ha de realizar, se encuentra en la necesidad de dividir su actividad entre órganos situados en distintas partes del territorio, cada uno de los cuales tiene un campo de acción limitado localmente. Dos órganos que tengan idéntica competencia por razón de la materia se pueden distinguir, por razón de territorio. Esta competencia se llama horizontal y no se determina por un criterio intrínseco por razón de la materia o de grado, sino por criterios intrínsecos en relación con la extensión territorial. El territorio, entonces es un límite a la actividad que por razón de la materia o grado, corresponde al órgano. Es decir que la competencia tiene límites en razón del lugar.

Es necesario entonces establecer por qué la competencia administrativa se distingue por el territorio, y es que nuestra Constitución Política ha establecido, cual es la división político-administrativa del territorio de la República para su administración. El territorio nacional es de competencia del Organismo Ejecutivo, los departamentos de los gobernadores departamentales, los municipios que les corresponde a las municipalidades (concejos y alcaldes) y la posibilidad de las regiones que son de competencia de los consejos de desarrollo.

En Guatemala la competencia se encuentra dividida desde el punto de vista de la división que del territorio hace la Constitución Política de la República:

- a) Nacional;
- b) Departamental;
- c) Regional; y
- d) Municipal.

La Nacional la que se ejerce para todo el territorio de la república, por ejemplo, el Presidente de la República, los Ministerios de Estado, entre otros; la Departamental que la ejercen los gobernadores departamentales en los respectivos departamentos, así como los Consejos Departamentales de Desarrollo Urbano y Rural; la Regional que se ejerce a través de órganos como los Consejos Regionales de Desarrollo Urbano y Rural, en la que la competencia se encuentra dada a determinado territorio que puede cubrir uno o varios departamentos y un sin número de municipios; la Municipal que corresponde al Municipio y en la que su órgano es la Municipalidad y su gobierno se ejerce a través del Concejo Municipal y su Alcalde Municipal.

Este criterio dado por Manuel María Diez, hay que analizarlo desde el punto de vista de la obligatoriedad del ejercicio de la competencia y que por el hecho que la competencia pertenece al órgano administrativo y algún miembro del órgano tiene que ejercerla.

De los órganos colegiados, es natural aceptar que la competencia se tiene que ejercer, dependiendo de la reunión de sus miembros, es decir que el órgano cuente con quórum establecido para que pueda ejercerla.

2.4.3 En razón del tiempo

En este caso la competencia puede ser temporaria o permanente. Existen órganos administrativos que son creados para ejercer determinada competencia o cuando se reúnen la

ejercen, por ejemplo: cuando dos municipalidades vecinas resuelven conjuntamente la prestación de determinado servicio público o realizar determinada obra; y los concejos municipales resuelven unir competencias; también pueden ser las resoluciones del Consejo de Ministros o cuando dos ministerios de Estado reúnen competencias para resolver un asunto; y, la permanente la que ejercen todos los órganos administrativos en forma individual.

2.5 Definición de competencia administrativa

La competencia es el conjunto de facultades que un agente puede legítimamente ejercer; el concepto de "competencia" da así la medida de las actividades que de acuerdo al ordenamiento jurídico corresponden a cada órgano administrativo. Es su actitud de obrar y por ello se ha podido decir que incluso forma parte esencial e integrante del propio concepto de órgano.

Se puede identificar a la competencia administrativa con el agente o funcionario que ejerce la misma en forma legítima, si bien es cierto que la ejerce el funcionario, la competencia realmente pertenece al órgano administrativo y no al funcionario.

Para Manuel María Díez, la competencia administrativa es: *el conjunto de atribuciones, poderes o facultades que le corresponden a un órgano en relación con los demás.*³¹

Hay que agregar a la misma, que los poderes, atribuciones o funciones, son otorgados por la ley y existe la obligación de observar los principios de legalidad y de juridicidad.

Toda atribución de competencia representa al mismo tiempo una autorización y una limitación. La autorización para el cumplimiento de la función asignada por la ley y la limitación precisamente para que se cumpla esa función. Si la administración está organizada con base en la división del trabajo, no puede haber competencias ilimitadas. Como las funciones del ente, cuando tiene distintos órganos, son repartidos entre éstos, es lógico que a ellos se les atribuya competencia con el objeto que cumplan las funciones que tiene asignadas el ente administrativo.

³¹ Ibidem. Derecho Administrativo, T. II, Pág. 34.

En consecuencia la competencia administrativa puede ser definida: *"como la cantidad de poderes, potestades, facultades y funciones que el Ordenamiento Jurídico administrativo le otorga a los órganos administrativos, para que puedan legítimamente actuar, quedando sometidos a la aplicación de los principios de legalidad y de juridicidad en la función administrativa."*

Hay que recordar, que a la competencia, se le impone un supuesto necesario, la institución legal y los principios de legalidad y de juridicidad, puesto que la competencia deviene estrictamente de la Ley. Por esa razón ya se ha dicho que el reglamento no se le puede conceptualizar como una facultad legislativa del Ejecutivo, sino como un acto administrativo. La función administrativa debe estar sometida a la competencia que legalmente tenga el órgano administrativo y la competencia al ordenamiento jurídico establecido, es decir que debe estar contenida en la ley, de lo contrario si no hay competencia, no hay legalidad ni juridicidad y se puede caer en abuso de poder.

CAPÍTULO III

3 El derecho procesal administrativo y el procedimiento administrativo

Del derecho procesal nos referimos únicamente a las ramas de la ciencia del derecho que estudian las normas que rigen los distintos procesos judiciales; es decir, civil, mercantil y penal, incluido en éste, el proceso contencioso administrativo. En el contencioso, es de destacar que modernamente se ha simplificado la denominación y en lugar de hablarse de proceso contencioso administrativo (litigio ante un órgano jurisdiccional planteado por un particular contra la administración o viceversa por lesividad), se prefiere designarlo simplemente como proceso administrativo, el cual será estudiado entonces por el derecho procesal administrativo. En tal terminología, por lo tanto, el derecho procesal administrativo se refiere sólo a los procesos judiciales contra la administración y no abarca el estudio del procedimiento administrativo en que se desenvuelve la función administrativa. Incluso cuando se reconozca imparcialidad e independencia a los entes reguladores independientes de los servicios públicos, de todas maneras su calidad de órganos administrativos no se les puede otorgar el carácter jurisdiccional a sus actos administrativos y ni es recomendable llamar procesos a sus procedimientos; pues siempre estos actos habrán de estar sometidos al necesario control judicial, a través del proceso contencioso, esta acepción es suficiente y adecuada, para conformarse al sistema constitucional (solo el Organismo Judicial ejerce la actividad jurisdiccional). Toda otra terminología se presta a la confusión institucional y afecta la vivencia democrática y una violación a la propia constitución, y la separación, aunque no absoluta, de funciones de los organismos del Estado.

El problema que se presenta dice el Profesor Hugo Calderón es: ¿En qué rama de las ciencias jurídicas incluimos el estudio del procedimiento administrativo? ¿Es procesal? o ¿Es administrativa? Dónde lo ubicamos.³²

³² Calderón Morales, Hugo Haroldo, Derecho Procesal Administrativo, Editorial Orión, Guatemala, 2007, Pág. 4

En ocasiones, indica el Profesor Calderón, es difícil aventurarse a dar la ubicación de definiciones que aún no se encuentran bien determinadas, sobre materias en formación como “*El derecho administrativo y procesal*” y que en buena medida, cuando el lector busca a que área de estudio pertenece la rama estudiada no la encuentra en el lugar preciso se y pierde en su investigación. Por estas razones, en principio las interrogantes que nos hacemos sobre nuestra disciplina jurídica serán: primera *¿Qué es el Derecho Procesal Administrativo?* Y la segunda *¿Qué áreas de estudio comprende esta materia?*³³

A las interrogantes planteadas dice el profesor Calderón que: “*El Derecho Procesal Administrativo es la rama de las ciencias jurídicas que estudia los principios y las normas que regulan los procesos judiciales de jurisdicción privativa y procesos en materia administrativa (Vía Judicial); el Proceso de lo Contencioso Administrativo, el Proceso Económico Coactivo y el juicio de Cuentas. También estudia la actitud de las partes dentro del proceso judicial*”.

Hay que advertir que el derecho procesal administrativo es una rama de las ciencias jurídicas, a la que debe dársele una connotación y un verdadero carácter científico. Este comprende el estudio de los principios y las normas procesales, los primeros base de la ciencia; toda ciencia tiene principios, lo que no tenga principios será cualquier cosa, menos ciencia. Los principios son los pilares que soportan el valor científico de lo real, el carácter verdadero. Las segundas las normas, pero no debemos caer en la vieja idea que el derecho regula relaciones de derecho, las ciencias jurídicas *estudian* los fenómenos jurídicos, los principios y las normas. En este sentido el derecho procesal administrativo estudia las normas que regulan la vía judicial, el Proceso de lo Contencioso Administrativo, y otros procesos de naturaleza administrativa. Finalmente, nuestra disciplina jurídica estudia la actitud de las partes dentro del proceso.

En cuanto al procedimiento administrativo, este debe ser estudiado como parte integral de la doctrina del derecho administrativo o la parte general del mismo, en el tema de los actos administrativos o como un punto especial de esta área. Por razón de ubicación de programas de estudio se desarrollará en este apartado.

³³ Ibidem. Pág. 5.

En consecuencia son dos los temas de singular importancia con los que se debe iniciar nuestro estudio, para aclarar; por una parte, se tendrá que estudiar el proceso y por la otra el procedimiento administrativo, para establecer plenamente su ubicación, como elementos importantes y partes fundamentales y medulares de esta disciplina jurídica.

Se tendrá en principio que diferenciar lo que significa el proceso, su definición y si existe la posibilidad de hacer una diferenciación entre éste y el procedimiento administrativo, puesto que como se verá más adelante, existen algunas diferencias sustanciales entre los dos conceptos, que hacen pensar en la inconveniencia del concepto “*proceso administrativo*” al menos en la vía administrativa. Por los fines que persigue el proceso y el procedimiento, ya que son distintos, trae como consecuencia que se tenga que estudiar por separado, tratando de establecer las diferencias de uno y otro.

3.1 El proceso y el procedimiento administrativo

3.1.1 El proceso

Cada uno de los organismos del Estado ejerce sus funciones de acuerdo al régimen jurídico establecido, es, a su vez, consecuencia, en lo sustancial, de las finalidades que determinan a cada una de ellas, es decir a las funciones estatales.

En este sentido, como lo señala el Maestro, Julio Comadira: “Lo que aquí interesa señalar que mientras el fin esencial de la función administrativa es la gestión directa e inmediata del bien común –aun cuando a raíz de ella resulten beneficiados mediata o indirectamente los intereses particulares- la función judicial reconoce en cambio –al menos en el ámbito civil- como propósito esencial la resolución de conflictos de intereses entre partes, sin perjuicio del interés público satisfecho mediatamente la autodefensa.”³⁴

³⁴ Comadira Julio R. Derecho Administrativo, Acto Administrativo, Procedimiento Administrativo. Otros Estudios, Editorial Lexis Abelardo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2004, Pág. 126

Hay muchas nociones de lo que significa proceso y algunos tratadistas estudian el proceso como parte de la función administrativa, por ejemplo, el proceso administrativo que se desarrolla en los órganos administrativos, el proceso judicial que se desarrolla en los órganos jurisdiccionales y el proceso legislativo que se desarrolla en el Congreso de la República. En el primero se obtiene una resolución administrativa, en el segundo, la sentencia y en el último, la promulgación de una ley.

Estas aseveraciones se consideran un tanto inadecuadas, puesto que para que haya proceso debe darse elementos indispensables como las partes, el juez, la jurisdicción, la competencia, etc.

3.1.2 El proceso: concepto amplio

En un sentido amplio dice el Profesor Gordillo: “La idea jurídica de proceso puede ser concebida en sentido amplio, como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de llegar a un acto estatal determinado, destacando entonces en el concepto la unidad de los actos que constituyen el proceso y su carácter teleológico, es decir que éstos se caracterizan por estar encaminados en su conjunto a un determinado fin. En este sentido amplio habría proceso en cualquier función estatal y podríamos hablar entonces de: a) proceso judicial (civil, penal, comercial, contencioso administrativo); b) proceso legislativo (es decir, el conjunto de actos parlamentarios que tienen por fin el dictado de una ley); c) proceso administrativo (el conjunto de actos de la administración que tienen por objeto la emanación de un acto administrativo).

En este concepto no interesa, pues, quién dicta los actos que integran y resuelven el proceso: basta que sea el sujeto activo de la función pública, en cualquiera de sus especies, pudiéndose definir entonces al proceso como la “Serie o sucesión de actos coordinados que fijan datos según los cuales ha de ejecutarse la función pública, con derecho del sujeto o sujetos pasivos de la misma a participar, con el sujeto activo, en su formación”.³⁵

³⁵ Gordillo, Agustín, Derecho Administrativo, Tomo II, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires Argentina, 2000, Pág. 2

Se debe aclarar que cuando se habla de procedimiento administrativo, no podemos hablar de una serie o sucesión de actos, puesto que acto sólo es uno y es la finalidad del procedimiento, hay que recordar la definición de acto administrativo “*Es la declaración unilateral y concreta de voluntad del órgano administrativo que produce efectos jurídicos*”, y no todo lo que se desarrolla dentro del procedimiento produce efectos jurídicos. Por esa razón creemos inadecuado utilizar en primer lugar proceso administrativo y en segundo lugar, que éste sea una serie de actos, se debe insistir en que acto administrativo sólo es uno y es el final del procedimiento administrativo y la finalidad misma de éste.

En el proceso es distinto, puesto que la finalidad es otra, ésta es la sentencia que produce cosa juzgada, es ese caso el árbitro es el juez, están las partes que proponen al juzgador, el período de prueba, la vista, etc., esto hace que entremos en un campo distinto llamado el ejercicio de la jurisdicción, que en nuestra constitución está otorgada al Organismo Judicial. Los órganos administrativos únicamente ejercen competencia administrativa.

3.1.3 Concepto restringido de proceso

En este sentido, el proceso se estudia de una manera más especializada y orientada a donde debe apuntar la definición, a un proceso judicial sea o no litigioso. Hay que recordar que no todos los procesos son litigiosos, por ejemplo los procesos voluntarios.

En este sentido, nos dice el profesor Gordillo: “No obstante que se suele usar así el término, este criterio no pareciera ser conveniente. En efecto, razones históricas y políticas han dado a la idea de proceso un significado más alto y valioso que el de mera secuencia de actos estatales destinados a un fin determinado: le han atribuido la característica fundamental de ser una secuencia de actos que tienen por fin decidir una controversia entre partes (litigio) por parte de una autoridad imparcial e independiente (juez), con fuerza de verdad legal (autoridad de cosa juzgada). El fundamento es destacar una de las funciones esenciales del Estado de derecho. No importa que el acto del juez resuelva estrictamente un litigio, o que en cambio se refiera a las

materias llamadas de jurisdicción voluntaria; pero sí es básico que el acto final del proceso sea un acto judicial, es decir, una decisión proveniente de una autoridad imparcial e independiente, desinteresada, con respecto al proceso. La clave es la existencia de una autoridad independiente del poder político e imparcial en la contienda que lo tiene a dicho poder como parte. Un desiderátum difícil de lograr en el Poder Judicial. Imposible en un ente descentralizado de la administración.

Aplicar el concepto de proceso a todo conjunto de actos dirigidos a la formación o a la aplicación de normas jurídicas (sean éstas jurisdiccionales, administrativas o legislativas) implica quitarle ese carácter fundamental y tradicional de medio o técnica para la administración de justicia. Bien es cierto que también la actuación de los órganos administrativos y legislativos está sujeta a ciertos principios también comunes al proceso; pero no por ello puede olvidarse que es en el proceso judicial donde se hará la determinación definitiva y correctora del derecho y la justicia en un caso concreto, controlando de manera imparcial e independiente las decisiones de los órganos legislativos y administrativos. Por esas razones y por la conveniencia de establecer una unidad terminológica en el conjunto de actos judiciales que versan sobre actos de la administración, creemos preferible mantener la designación de proceso estrictamente para el proceso judicial.”³⁶

Y es que en realidad en los demás organismos del Estado no existe el proceso, no hay partes y esto daría como consecuencia confusiones en su estudio. Es de reconocer que en algún momento se confundió el concepto de proceso administrativo, para el procedimiento administrativo y el de proceso legislativo para el procedimiento del Congreso de la República, que es el procedimiento de creación de leyes. Esto tiene algún origen en la doctrina, el concepto es aceptable para los franceses, puesto que ellos si tienen un Proceso Administrativo, el Tribunal contencioso administrativo es un órgano administrativo, “*El Consejo de Estado*”, en el que el mismo Estado le da atribuciones jurisdiccionales como tribunal de lo contencioso administrativo y es donde se confunden los conceptos. En el Estado francés si hay un proceso administrativo,

³⁶ Ibidem. Op. Cit. Pág. 3.

pero en Guatemala no, el Contralor de la Juridicidad o Tribunal de lo Contencioso Administrativo es un órgano jurisdiccional, que pertenece al Organismo Judicial.

3.1.4 El problema de la aplicación de reglas procesales al procedimiento

Este problema arranca desde el momento que se tiene el temor de la aplicación de un procedimiento único que regule todos los procedimientos de la administración pública en general, centralizada, descentralizada y autónoma, tan solo observemos lo que pasó con los recursos administrativos y su pretendida y bien intencionada unificación en la ley de lo contencioso administrativo, que no tuvo los alcances que pretendía esa ley.

En el procedimiento administrativo se observa la aplicación errónea de muchas normas del derecho procesal al procedimiento administrativo, especialmente del proceso civil; en las de la Ley del Organismo Judicial y el Código Procesal Civil y Mercantil y se viola en el procedimiento uno de sus principales principios, como es el de informalidad y sencillez. También se observa en otras áreas, como por ejemplo, los contratos, que tienen una carga excesiva de derecho privado.

Ahora bien, dice el Profesor *Gordillo*: “negarle el nombre o carácter de proceso al procedimiento administrativo, no puede en modo alguno implicar que por tal circunstancia la administración no habrá de estar sujeta a ninguna regla o principio de derecho en su tramitación. En efecto, pareciera ser evidente hoy día que ciertos principios generales del derecho y ciertas normas constitucionales consustanciadas con el Estado de Derecho y el sistema republicano de gobierno, no están destinadas a ser aplicadas únicamente en el proceso judicial: también la administración está sometida a esos principios y sus procedimientos no estarán menos ligados a ellos por el hecho de que no los cubramos con la calificación de proceso. La terminología en sí no es fundamental: lo importante es señalar que participando en algo de lo esencial del proceso judicial, en el sentido de afectar los derechos de un individuo, le son de aplicación los principios y garantías de protección de esos derechos en el proceso judicial. El respeto al debido proceso

legal, la irrestricta garantía de defensa, la actuación imparcial del funcionario, el acceso permanente a las actuaciones y toma de fotocopia completa de ellas, la producción amplia de la prueba, etc., no son sino algunos. De allí entonces que rechazar la calificación de proceso no implica en absoluto desechar la aplicación analógica, en la medida de lo compatible, de todos los principios procesales; ni tampoco dejar de sustentar el principio de que el procedimiento administrativo tenga regulación jurídica expresa y formal para la administración, que encauce su trámite y determine con precisión los derechos de los individuos durante la evolución del procedimiento.”³⁷

Es aquí donde adquieren mayor importancia, los principios del proceso que se le imponen al procedimiento administrativo, porque son principios universales y en donde ya existe basta jurisprudencia al respecto, de los tribunales, especialmente de la Corte de Constitucionalidad, lo se verá más adelante; en particular con los principios de, el derecho de ser escuchado y de la audiencia previa antes de resolver en un proceso determinado y que la corte los hace extensivos a los demás organismos del Estado, Legislativo y Ejecutivo y cuando analiza en sentencia la propia corte, el derecho a la defensa. Esto sienta bases sólidas para garantizarle al particular la disminución de la arbitrariedad y consolidar el Estado de Derecho, en una sociedad democrática. El procedimiento administrativo se desarrolla dentro de un ámbito puramente administrativo en cualquier organismo del Estado, en la donde se garantizan estos principios, tales como la declaración unilateral de voluntad del órgano determinará con precisión los derechos y garantías de los individuos, no obstante, susceptible de ser impugnada, no solo en la vía administrativa, sino en la vía judicial.

3.1.5 La aplicación de reglas procedimentales al proceso

Existen muchos casos en los que se aplican los procedimientos administrativos a procesos judiciales, especialmente en los procesos denominados voluntarios y en los que tiene intervención órganos administrativos, tal el caso de las titulaciones supletorias, procesos sucesorios, y otros, a

³⁷ Ibidem. Op. Cit. Pág. 4.

los que podríamos denominarles mixtos por la misma intervención de la administración, pero no como parte dentro del proceso, sino como expertos a través del dictamen u opinión, como por ejemplo, una inspección ocular, informes, y otros.

En estas situaciones en que se han aplicado bien los criterios del trámite administrativo para flexibilizar el proceso judicial, como se ha indicado en materia de jurisdicción voluntaria, titulaciones, sucesorios, cambio de nombre, y otros. Pero hablar que dentro de los procesos judiciales se pueden aplicar los procedimientos administrativos es una terminología errada, pues a nadie se le ocurriría hacer esas construcciones en un proceso civil, mercantil o en caso extremo en un juicio económico coactivo, menos en un contencioso administrativo, puesto que ya se ha aclarado en trabajos anteriores, que éste último, su naturaleza jurídica establece que es un verdadero proceso de conocimiento, por lo que se ha abandonado la vieja idea de denominarle recurso.

En resumen se puede decir que la definición amplia de proceso no es correcta puesto que ya se ha aclarado que proceso es una concepción que con exclusividad es para la actividad jurisdiccional, en todo caso para la actividad del proceso contencioso administrativo y con ello se puede distinguir la vía administrativa, sea o no litigioso. El caso de los recursos administrativos, se desarrolla dentro de un procedimiento administrativo y en la vía judicial; el contencioso administrativo se desarrolla dentro de un juicio o proceso judicial litigioso.

Por esta razón dice *Gordillo*: “la tesis amplia acerca de la noción de proceso es peligrosa, pues siendo proceso sinónimo usual de juicio, podría llegar a entenderse, como alguna vez se ha sugerido, que no hay violación de la defensa en juicio si los derechos de un individuo son definitivamente resueltos por la administración, siempre que ésta haya oído al interesado. Pero, por supuesto, defensa en juicio es algo más que oír al interesado; es también que haya un juzgador imparcial e independiente, cualidades éstas que en ningún caso puede reunir plenamente la administración. Por esta razón también es conveniente reservar el concepto de proceso y por

ende de juicio para el proceso o juicio estrictamente judicial, evitando con esta terminología posibles confusiones como las que se acaban de recordar.”³⁸

3.2 El procedimiento administrativo y los organismos del Estado

3.2.1 El procedimiento administrativo y la función administrativa

Dice el Maestro *Serra Rojas*: “El Estado que vivimos es un Estado de Derecho que subordina su actuación a los principios del orden jurídico vigente. Este orden está integrado por la Constitución Política, las leyes y reglamentos, los tratados y demás disposiciones de observancia general.

La organización política se propone el bienestar general y una política social correlativa a dicho orden, que garantice los derechos humanos, mantenga el principio de la supremacía de la ley, una justa distribución de la riqueza nacional y la responsabilidad del Estado.”³⁹

El ejercicio de la función administrativa del Estado es realizado por sus órganos administrativos, mediante diversos actos que constituyen la expresión misma de la voluntad estatal.

El ejercicio de la función administrativa en particular, como manifestación del poder del Estado, se encuentra sujeto al cumplimiento de requisitos, y que al estar previstos en la ley, se traducen en garantía de los administrados, y al mismo tiempo representan limitaciones a la actuación de la autoridad administrativa.

De la simple lectura del Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se puede advertir, que la actuación de la autoridad administrativa que afecte la esfera

³⁸ Op. Cit. Pág. 4

³⁹ Serra Rojas, Andrés, Derecho Administrativo, Primer Curso, Editorial Porrúa, México 2002, Pág. 273.

jurídica de los administrados, queda sujeta al Contralor de la Juridicidad de la administración, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

El procedimiento administrativo, como ya se expresó, constituye la forma de expresión de la función administrativa. A través de él se prepara, forma y produce el acto administrativo que contiene la voluntad administrativa.

Consecuentemente, el procedimiento administrativo constituye un instrumento formal, necesario para la producción de los actos administrativos, puesto que él mismo le va a dar la condición de validez a éstos, ya que de no seguirse el procedimiento previsto por la norma, el acto que se produzca puede estar afectado de ilegalidad por vicios de procedimiento.

Para la administración, el procedimiento administrativo viene a constituir una garantía de eficacia, en tanto se tenga la pretensión de dictar sus actos conforme a derecho, a fin de mantener el imperio de la legalidad y juridicidad en el ejercicio de la función administrativa, de lo contrario el contralor de la juridicidad lo someterá a este imperio.

De lo anterior se puede considerar, que el procedimiento administrativo es de carácter público y viene a constituir un instrumento regulador de las relaciones jurídico administrativas, es también de naturaleza bilateral, en tanto que vincula a los interesados que en él intervienen y al órgano administrativo que ejerce la competencia. En este sentido, se tiene que aclarar, que el procedimiento es *bilateral*, porque siempre existe un interesado y el órgano de la administración; no así el acto administrativo propiamente dicho, que es una declaración unilateral del órgano administrativo al final del procedimiento.

Consecuentemente, los administrados deben estar garantizados en contra de la actuación arbitraria y caprichosa de la administración; esto es, que el funcionario cumpla con las formalidades que se establecen, para dar seguridad jurídica a los particulares.

El procedimiento administrativo resulta un elemento fundamental para determinar la juridicidad y la legalidad del acto administrativo, que puede únicamente manifestar su voluntad en la forma que se encuentra preestablecida, con el objeto de mantener el equilibrio entre el ejercicio de la función administrativa y el goce de las garantías ciudadanas.

Como lo expresa los Maestros *Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa*: “La tutela sustantiva de los derechos subjetivos públicos del Estado (prerrogativas) y de los administrados (garantías), arbitra formalmente a través de técnicas procesales administrativas”.⁴⁰

Hoy día, en Guatemala, no existe un ley o norma de carácter general que señale la serie de pasos y de medidas a seguir y que deben tomarse en el seno de la administración en cuanto a la expedición de los expedientes administrativos, ni un conjunto de actuaciones que puedan ser promovidas por el administrado orientadas a producir el pronunciamiento del órgano administrativo, que se pueda entender como, el momento en que debe emitirse el acto administrativo, y que se denomine procedimiento administrativo general. Únicamente se encuentra el caso de los recursos administrativos, establecidos en la Ley de lo Contencioso Administrativo y en otras leyes como el Código Tributario, el Código Municipal, entre otros.

El procedimiento es un modo de sucesión, un orden y forma de proceder; es una pauta que debe seguirse para alcanzar un resultado práctico, el acto o resolución del órgano administrativo.

Como se ha señalado, al menos entre los administrativistas que el procedimiento es un concepto común a las distintas funciones del Estado. Cuando el Estado legisla, juzga o administra lo hace a través de un procedimiento. Se dan una serie o sucesión de etapas combinados entre sí por un efecto jurídico. En una palabra, existe un procedimiento legislativo, uno jurisdiccional y otro administrativo, se debe abandonar la idea errónea de denominarlo proceso administrativo.

⁴⁰ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa Manuel, “Compendio de Derecho Administrativo”, México, Pág. 221.

La serie de pasos o serie de hechos a través de los que se desenvuelve la actividad administrativa que tiene como finalidad la resolución o acto administrativo, es el procedimiento administrativo; no es una serie de actos, puesto que acto sólo es uno y es la decisión final del órgano administrativo y lo que al final produce los efectos jurídicos, ya se indicó antes.

En consecuencia, dice el profesor *Gordillo*: “la serie o secuencia de actos a través de los cuales se desenvuelve la actividad principalmente de los organismos administrativos (no de los judiciales, como regla) no se denominará ya proceso administrativo. Si no procedimiento administrativo. Toda actividad estatal de tipo administrativo se manifestará a través del procedimiento administrativo y por ello existe una coincidencia entre el concepto de función administrativa y el de procedimiento administrativo.”⁴¹

Entiéndase la función administrativa como toda actividad que realizan los órganos administrativos y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccional, excluidos respectivamente los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales y es que la función administrativa se desarrolla a través de procedimientos.

En conclusión se puede decir que no se puede involucrar el *proceso* en otras instancias que no sean actividades jurisdiccionales, pero si podemos encontrar al procedimiento en otras actividades del Estado, legislativas, judiciales y administrativas.

De todo este análisis se desprenden algunas consecuencias:

⁴¹ Op. Cit. Pág. 5

3.2.2 Los órganos administrativos

Los órganos administrativos realizan función administrativa, siendo impropio y antijurídico pretender reconocerles función jurisdiccional o legislativa; se deriva de ello que los procedimientos de los órganos administrativos constituyen procedimientos administrativos, sea que se trate de órganos de la administración central, o de organismos descentralizados del Estado (entes autárquicos, y otros).

La función administrativa se realiza mediante los procedimientos administrativos y hay que apuntar que la finalidad de este procedimiento es el pronunciamiento de la resolución o acto administrativo.

Aunque hay que aclarar que la facultad reglamentaria no es una actividad puramente legislativa, pero si sirve para regular procedimientos, mediante los cuales se va a prestar el servicio público.

3.2.3 Los órganos judiciales

Los órganos judiciales realizan sólo su propia función, la jurisdiccional y la función administrativa; y no les corresponde el ejercicio de la función legislativa. En cuanto al criterio de distinción entre su función específica, la jurisdiccional y la administrativa; por lo que: toda la actividad de los órganos judiciales que no sea materialmente jurisdiccional, será administrativa; en esa medida, pues, los órganos judiciales realizarán excepcionalmente procedimientos administrativos.

Un ejemplo es, que los organismos del Estado deben aplicar la Ley de Contrataciones del Estado, para realizar sus compras y la creación de sus obras, en tal caso queda sometido el Organismo Judicial al procedimiento administrativo.

3.2.4 Los órganos legislativos

Similarmente, los órganos legislativos no realizan función jurisdiccional, sino sólo la suya propia legislativa y además la administrativa; toda la actividad del Congreso que no sea producción de leyes constituirá pues un procedimiento administrativo.

Consecuentemente se puede asegurar que el procedimiento administrativo se encuentra incluido en las funciones que desarrolla los organismos del Estado y es del todo correcto denominarlas así, puesto que todos los organismos del Estado, especialmente el Legislativo y Judicial en otras funciones que no son propias de su actividad principal, desarrollan procedimientos administrativos, en cambio el organismo Ejecutivo únicamente se desarrolla a través de procedimientos administrativos.

3.2.5 Procedimientos administrativos de órganos judiciales y legislativos

En consecuencia los procedimientos administrativos no sólo se dan dentro del ámbito de actuación de los órganos de la administración pública, sino también en los órganos jurisdiccionales y legislativos. En estos dos últimos casos, se trata en general de todo lo que se refiere a la organización interna y medios materiales y personales de los respectivos organismos, especialmente en la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado. Así, en la justicia y el Congreso, está presente en todo lo referente al personal administrativo y sus relaciones entre sí y con sus superiores (nombramiento, remoción, deber de obediencia, sanciones disciplinarias, recursos, y otros.); todo lo referente a las contrataciones administrativas efectuadas (compras de los diferentes elementos necesarios así como contratos de obra pública para la construcción o reparación de sus edificios; contratos de edición de libros; entre otros.); y en general a la disposición de los respectivos fondos públicos (inversiones, gastos, patrimonio, y otros) todo lo anterior pertenece al ejercicio de las funciones administrativas y se desenvuelve por lo tanto a través de procedimientos administrativos, terminando al final en el dictado de actos administrativos. Desde luego, tanto el Organismo Judicial como el Organismo Legislativo tienen separación respecto al Organismo Ejecutivo en todo lo que respecta a sus propias actividades

administrativas y algunas de ellas son confiadas a órganos especiales. Si bien puede haber ciertos puntos de contacto, en general se trata de jerarquías diferenciadas y en consecuencia los acuerdos gubernativos del Organismo Ejecutivo, al reglamentar el procedimiento administrativo no únicamente es aplicable al procedimiento de los órganos de él dependientes, no así a los que no dependen de él. Con todo, los principios fundamentales a aplicarse son iguales y en ausencia de normas específicas para el procedimiento administrativo de los organismos judiciales y legislativos, le son de aplicación en forma análoga las existentes para el procedimiento administrativo de los órganos dependientes del Organismo Ejecutivo.

Es claro entonces, como ya se manifestó, que todos los organismos del Estado están sujetos en determinado momento al procedimiento administrativo, en especial el Organismo Ejecutivo y excepcionalmente el Legislativo y el Judicial.

3.3 Definición de procedimiento administrativo

Como tema conexo del derecho procesal administrativo, es importante, abordar una definición de procedimiento administrativo, puesto que de éstos deviene, como finalidad principal "*el acto o resolución administrativa*", que al final es lo que va a producir los efectos jurídicos hacia los particulares y en la medida que la administración tiene fijadas una serie de tareas a cumplir y fines a perseguir, los órganos administrativos deben seguir un determinado cause o lineamiento para hacerlo, esto es lo que se denomina, procedimiento administrativo.

Se estudiará en este apartado lo que respecta al procedimiento administrativo, desde su inicio, formas de iniciarlo, principios que lo inspiran y todo lo que a él respecta; se tratará de dar una visión generalizada de lo que significa el procedimiento administrativo en Guatemala, que es la razón de ser de este trabajo.

Se trata de establecer lo que significa e implica a nuestro criterio, el procedimiento administrativo, pero antes hay que analizar algunos elementos, así como los principios y características, para llegar a una definición del mismo.

De acuerdo con las doctrinas modernas hay dos elementos fundamentales: La fijación de un supuesto de hecho, la participación de un sujeto interesado o interesados, y la de órganos administrativos. Supone también un orden determinado en intervenciones diversas en el que todos los hechos, trámites, audiencias, dictámenes deben ser cumplidos hasta llegar a la decisión final, con el que concluye el procedimiento.

El procedimiento administrativo tiene que estar desarrollado por una serie de formalidades esenciales, que van desde lo legal hasta lo reglamentario, que dan seguridad jurídica y una garantía para los particulares, con las que se evita la arbitrariedad del órgano administrativo y cuya finalidad es la de obtener un resultado determinado asegurando el interés general. El procedimiento es una sólida garantía de los diversos intereses, tanto de la administración como de los particulares. La administración debe garantizar el interés general, que desde luego prevalece sobre el interés particular, por eso queda obligada a seguir con las etapas señaladas en el ordenamiento jurídico.

En lo que se refiere a los procesos técnicos se deben distinguir, dice el Maestro Serra Rojas⁴²: Cuando el procedimiento es ordenado por una ley administrativa y cuando dicho procedimiento queda a la libre determinación de la propia administración. Cabe señalar que, aun y cuando quede a despesa de la disposición de la administración, en nuestro medio, la ley deja señalado cuales son los lineamientos que se deben seguir dentro del procedimiento. Para ello el Artículo 1 de la Ley de lo Contencioso Administrativo establece en su segundo párrafo: “...*El órgano administrativo que reciba la petición, al darle trámite deberá señalar las diligencias que se realizarán para la formación del expediente. Al realizarse la última de ellas, las actuaciones estarán en estado de resolver para el efecto de lo ordenado en el párrafo precedente. Los órganos administrativos deberán elaborar y mantener un listado de requisitos que los particulares deberán cumplir en las solicitudes que les formulen...*”

⁴² Ibidem. Op. Cit. Pág. 277.

Con esta norma se le garantiza al administrado que se realizarán únicamente las formalidades o trámites que están establecidos en las leyes y reglamentos, o en caso que el procedimiento quede a la libre determinación de la propia administración y que se señalaron en la resolución de trámite.

Como primera cuestión al definir el procedimiento administrativo es necesario precisar que la elaboración del acto administrativo, debe estar sujeto a una forma establecida por las normas legales y reglamentarias y que se le designa como la *última expresión* del procedimiento administrativo. Esto significa que el acto administrativo no puede ser producido de cualquier manera a voluntad del titular del órgano administrativo que ejerce la competencia del mismo; por el contrario, tiene que seguir el procedimiento determinado cuidando cumplir con los principios, especialmente el de defensa, audiencia previa y el derecho del particular de ser oído.

Existen múltiples definiciones de el fin del procedimiento, de los distintos autores del derecho administrativo, las que se analizarán de acuerdo a su importancia.

Para Marta García Pérez, en el libro de Derecho Administrativo Español, coordinado por el Maestro Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, , nos dice que se puede definir el “procedimiento administrativo,” como: “El cauce formal a través del cual se deben producir los actos y las disposiciones administrativas. En nuestro sistema jurídico es una institución constitucionalmente garantizada, según lo dispuesto en el artículo 105 de la Constitución Española, (“La ley regulará... el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia...”)⁴³

Para el autor *Acosta Romero*, el procedimiento administrativo significa "*La serie de actos en que se desenvuelve la actividad o función administrativa*"⁴⁴

Rodríguez Lobato Raúl, mencionado por el autor Hugo Calderón, indica que, procedimiento administrativo es la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y

⁴³ Ibidem. Pág. 173.

⁴⁴ Romero Acosta Miguel, Teoría General del Derecho Administrativo, Porrúa, México, Pág. 340.

principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación administrativas.”⁴⁵

Para el Maestro Carlos E. Delpiazzo, en su obra “Derecho Administrativo Uruguayo”, nos dice que el procedimiento administrativo es: “La serie, secuencia o sucesión de actos jurídicos y operaciones materiales que constituye el elemento ordenador y sistematizador del desenvolvimiento de la función administrativa.”⁴⁶

El *Procedimiento Administrativo* para la mayoría de autores debe ser conceptualizado como: La serie de fases o etapas que comprende un expediente administrativo, que se ejecutan por o ante las autoridades administrativas o los funcionarios o empleados públicos cuya finalidad es la decisión administrativa.

Del procedimiento se puede decir que se trata de una serie de *actos*, no todas las etapas del procedimiento administrativo *producen efectos jurídicos*, sino se trata de hechos administrativos que se suceden dentro de un expediente, es decir dentro del procedimiento administrativo, acto sólo hay uno y es lo que pone fin al procedimiento administrativo, al menos en la parte ordinaria, puesto que posteriores etapas se pueden reiniciar con la interposición de los recursos administrativos.

El procedimiento administrativo esta constituido por un conjunto de trámites y formalidades ordenados y metodizados en leyes y reglamentos administrativos, que determinan los requisitos previos que deben preceder al *acto administrativo*, con su antecedente y fundamentación, los que son necesarios para su perfeccionamiento y condiciona su validez, al mismo tiempo que para la realización de su fin.

El procedimiento está formado por una serie de formalidades mínimas, para garantizar a los administrados, que la administración no va a actuar en forma arbitraria en contra del

⁴⁵ Ibidem. Pág. 98.

⁴⁶ Ibidem. Pág. 175.

particular, así como deberá cuidar por el bien y orden público, para garantizar el interés general, que debe prevalecer sobre el interés particular.

Al respecto nos explica el Profesor Gordillo, mencionado por Hugo Calderón “Definimos al procedimiento administrativo como la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa. Estudia por lo tanto la participación y defensa de los interesados (un particular, un funcionario o una autoridad pública; una persona jurídica, por ejemplo una asociación de vecinos, usuarios, interesados o administrados) en todas las etapas de la preparación de la voluntad administrativa (sea de tipo individual como general; en este último caso es específicamente el procedimiento de audiencia pública el que debe también seguirse, sin perjuicio del trámite administrativo corriente) y desde luego, cómo debe ser la tramitación administrativa en todo lo que se refiere a la defensa, participación e intervención de dichos interesados.”⁴⁷

Se estudia en particular el Derecho de Petición (Artículo 28 de la Const.) la defensa de los interesados, y como lógica consecuencia de ello, la impugnación o recursos administrativos en contra de los actos y resoluciones de la administración pública y los procedimientos administrativos de oficio por parte de éstos; se ocupa pues de los recursos, reclamaciones y denuncias administrativas: sus condiciones formales de procedencia, el trámite que debe dárseles, los problemas que su tramitación puede originar y cómo y por quién deben ser resueltos; pero no estudia cómo deben ser resueltos todos los problemas de fondo de dichos recursos, entre otros, y cómo o quien los pueda plantear, salvo que estén íntimamente ligados a un problema procedimental.

Esto merece una explicación, puesto que hasta hoy día, todo lo relacionado con las ciencias se analizaba bajo la concepción de lo que las ciencias jurídicas o ciencias del derecho regulaban situaciones de derecho, pero hay que entender que el derecho administrativo no regula

⁴⁷ Ibidem. Op. Cit. Pág. 7.

nada; lo que regula es la norma y únicamente la norma; lo que hace la ciencia es estudiar los fenómenos jurídicos. Por esas razones se deja establecido que el procedimiento es la parte del derecho administrativo que estudia reglas y principios.

Se concluye entonces que el *Procedimiento Administrativo* puede ser definido también como *"La parte del Derecho Administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados e impugnación del acto administrativo, las fases o etapas que comprende un expediente administrativo, que se ejecutan por o ante las autoridades administrativas o los funcionarios o empleados públicos, cuyo cause formal y material es la decisión o acto administrativo."*

3.4 Principios del procedimiento administrativo

3.4.1 Ámbito de aplicación

Los principios que se verán se aplican a todos los procedimientos administrativos clásicos, e igualmente a los procedimientos administrativos especiales, como por ejemplo, a los procedimientos de licitación pública, que por cierto se subsumen dentro de la categoría general del procedimiento administrativo, asimismo a los procedimientos de recursos administrativos, que tienen gran importancia como medio de control directo de los actos de la administración pública.

En el Artículo 2º del Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, se encuentran plasmados siete principios generales del procedimiento administrativo los que se estudiarán en su oportunidad en el apéndice correspondiente, es decir al final del presente trabajo.

Principios del procedimiento hay tantos como autores de derecho administrativo, se tratará de hacer una enunciación extensa de los principios, en materia de estudio del procedimiento.

Se ha planteado en el ámbito general del derecho administrativo la necesidad de sistematizar el procedimiento administrativo.

En nuestra legislación el Decreto 119-96 del Congreso de la república contiene una serie de principios, que deben regir en el procedimiento administrativo, el cual además establece: Los expedientes administrativos deberán impulsarse de oficio, se formalizarán por escrito, observándose el *derecho de defensa* y asegurando la *celeridad, sencillez* y *eficacia del trámite*. La actuación administrativa será *gratuita*.

3.5 Determinación del plazo en el cual debe actuar la administración

Todo procedimiento administrativo debe estar regido por plazos dentro de los cuales se debe tramitar, resolver y notificar a los interesados, las determinaciones; así como todos los que intervienen en el expediente administrativo. En Guatemala el plazo máximo de resolución y notificación, de conformidad con el Artículo 28 de la Constitución Política, es de treinta días, pero esta situación debe ser entendida, en que los *treinta días*, inician desde que el expediente se encuentra en estado de resolver, es decir que se agotó el procedimiento correspondiente, de conformidad también con el contenido del Artículo 10 inciso f) de la Ley de Amparo, Constitucionalidad y Exhibición Personal.

También queda contenido en el Artículo 1º. del Decreto 119-96 del Congreso de la República, Ley de lo Contencioso Administrativo: indica que las peticiones que se dirijan a funcionarios o empleados de la administración pública deberán ser resueltas y notificadas dentro del plazo de treinta días contados a partir de la fecha en que haya concluido el procedimiento administrativo. *“El órgano administrativo que reciba la petición al darle trámite deberá señalar las diligencias que se realizarán para la formación del expediente. Al realizarse la última de ellas, las actuaciones estarán en estado de resolver, para el efecto de lo ordenado en el párrafo precedente. Los órganos administrativos deberán elaborar y mantener un listado de requisitos que los particulares deberán cumplir en las solicitudes que les formulen.”*

Las peticiones que se planteen ante los órganos de la administración pública se harán ante la autoridad que tenga competencia para conocer y resolver. Cuando se hagan por escrito, la dependencia anotará día y hora de presentación.

Esto debe ser analizado también con el Artículo 10 inciso f) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que al establecer la procedencia del Amparo en casos específicos, este indica que, cuando las peticiones y trámites ante autoridades administrativas no sean resueltos en el término que la ley establece, o de no haber tal término se tomará el de treinta días que se contarán una vez agotado el procedimiento correspondiente, así como, cuando las peticiones no sean admitidas para su trámite.

Significa que esta Ley Constitucional, nos regula en forma general, que sí hay un término para resolver y es el de *treinta días*, puesto que cuando se encuentre algún procedimiento en el cual no se pueda establecer término para resolver o tramitar, según este artículo será de treinta días.

Pero lo más importante es que el procedimiento debe estar agotado y mientras no se encuentra el procedimiento agotado no hay posibilidades de poder plantear un amparo por falta de resolución (Principio de Definitividad).

Del estudio de estos artículos debemos concluir en que si bien es cierto que el Artículo 28 de la Constitución Política de la República, establece el término de *treinta días para resolver*, también debemos analizar que de conformidad con el Artículo 10 inciso f) de la Ley de Amparo, los treinta días para resolver deben ser contados después que se ha *agotado el procedimiento correspondiente*, y este se agota cuando se cumplen todas sus fases o etapas. Hay que tomar en cuenta que cuando se habla de procedimiento, éste debe estar plasmado en una ley o en un reglamento, para que la administración pueda alegar en un caso determinado, que no se ha agotado el procedimiento en un Proceso de Amparo, contra *Silencio Administrativo*.

Asimismo es de considerarse lo preceptuado por el Artículo 5 del Decreto 119-96 del Congreso de la República que indica: Se archivarán aquellos expedientes o trámites en los que los administrados dejen de accionar por más de seis meses, siempre que el órgano administrativo haya agotado la actividad que le corresponde y lo haya notificado.

En el presente caso hay que recordar que con lo preceptuado por el Artículo 28 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se establece la obligación de resolver; si se aplica el presente artículo al procedimiento administrativo, soy del criterio que se está violando el Artículo 28 constitucional analizado, puesto que si el órgano administrativo agotó la actividad que le corresponde, tiene por imperativo legal, que resolver.

3.6 Precisión de los actos para los que la autoridad debe tomar la opinión de otras autoridades o consejos

Esto se refiere a la intervención que tienen las asesorías técnicas y jurídicas o la intervención de la Procuraduría General de la Nación, por medio de la Sección de Consultoría. En los procedimientos administrativos, existe la posibilidad de la intervención de los órganos de asesoría o de consulta, esto para dar mayor eficiencia técnica y jurídica, de los actos o resoluciones que emite el administrador. Sin embargo hay que hacer notar que hay casos en que es innecesaria la consulta, más cuando se trata de actos típicamente reglamentados, normales y cotidianos del órgano administrativo.

Existen casos en los que la resolución de un asunto deben intervenir más de una institución administrativa de distinta competencia, por ejemplo, un expediente municipal con una gobernación departamental o viceversa.

3.7 Las condiciones en las cuales la decisión debe ser notificada a los particulares

Para que una resolución administrativa surta efectos jurídicos es indispensable que los particulares estén enterados de lo resuelto por los órganos de la administración, y la única manera de enterarlos es a través de la *notificación* de lo resuelto.

De conformidad con el Artículo 28 de la Constitución Política de la República, que ya se ha mencionado, y el Artículo 10 inciso f) de la Ley de Amparo, se puede establecer que dentro de los *treinta días* de agotado el procedimiento correspondiente, se debe resolver y se debe notificar al particular, pues la Constitución así lo establece.

El procedimiento administrativo debe ser considerado de interés público y que reclama el debido cumplimiento de las leyes y reglamentos, para lo cual se necesita que los procedimientos administrativos sean impulsados de oficio y las resoluciones se emitan con el mínimo de formalismos, excepto los indispensables para conservar el orden administrativo.

CAPÍTULO IV

4. Principios del procedimiento administrativo

4.1 Principio de legalidad, de juridicidad y de justicia administrativa

El principal objetivo en el procedimiento administrativo es garantizar la debida protección al administrado que pide la decisión administrativa o la impugna. Observar estos principios y sobre todo cuidar que no se altere el orden público y el interés general, éste último indica que debe ser encaminado al bienestar general.

Con estos principios se trata, que la administración no dicte actos arbitrarios, contrarios a la finalidad misma de la administración pública o a los intereses de la generalidad o de los administrados en particular y garantizar con ello la equidad administrativa en las resoluciones o actos que emite.

4.2 Principio de seguimiento de oficio

Seguimiento de oficio significa que la administración pública no debe ser rogada dentro de sus procedimientos, sino por el contrario debe agilizar, desarrollar, dinamizar y vigilar que los procedimientos finalicen sin que para ello resulte como si se tratara de un proceso civil.

La administración pública y sus órganos tienen la obligación y responsabilidad de dirigir el procedimiento administrativo y ordenar que en él, se practiquen cuantas diligencias sean necesarias para dictar el acto o resolución final, independientemente que el mismo se inicie de oficio, a petición o gestión del interesado, en una forma pronta y cumplida sin la necesidad de la rogación de los administrados, naturalmente sin alterar los procedimientos, que son las formas legales.

4.3 Principio de informalidad

Todo procedimiento administrativo no debe estar sujeto a formalidad alguna, salvo en los casos especiales donde si se requiere de algún tipo de formalismo en cuanto a requisitos. Si hay formalidades dentro de la ley o el reglamento, los particulares y los funcionarios menores e intermedios deben ser debidamente informados y orientados a través de las circulares e instrucciones; así cuando se inicie el mismo se cumplan con todos los requisitos que se exigen para no entorpecer lo iniciado, asegurando con ello la eficacia para el particular en lo solicitado.

En Guatemala, en el procedimiento administrativo no se cumple a cabalidad con este principio, principalmente con los medios de impugnación, los que se revisan como si fueran demandas judiciales, aplicando supletoriamente la Ley del Organismo Judicial y el Código Procesal Civil, lo que implica revestir de muchos formalismos al procedimiento administrativo.

4.4 Principio de defensa y el derecho de ser oído en el procedimiento

Esto implica que toda actuación administrativa que sea de interés para el particular o particulares, éstos deben tener conocimiento del mismo; la administración no debe ocultar nada a sus administrados, especialmente cuando el procedimiento administrativo es iniciado de oficio, o sea por el propio órgano administrativo.

Este principio debe ser tomado como una norma general y obligatoria para la administración y consiste en que el administrador antes de dictar una decisión, resolución o acto administrativo, debe dar la oportunidad al particular que se defiende, principalmente si se trata de una sanción por violación a las normas y reglamentos administrativos. La administración tiene la obligación de informar al particular de la existencia del procedimiento cuando se ha iniciado de oficio y darle la oportunidad de enterarse del contenido y los motivos del mismo y darle oportunidad al administrado de presentar, dentro del procedimiento las pruebas que considere necesarias, a efecto de desvirtuar lo que la administración dice especialmente en los procedimientos sancionadores.

Este derecho se analiza en el artículo 12 de la Constitución Política de la República, aplicado supletoriamente a lo administrativo. Pero si se hace un análisis de lo que significa la juridicidad, se puede ver que los principios deben ser utilizados sin necesidad de la aplicación supletoria del artículo constitucional mencionado.

Este principio únicamente se puede encontrar enunciado en el Artículo 2º. del Decreto 119-96 del Congreso de la República Ley de lo Contencioso Administrativo, como una garantía para los particulares. En el Artículo de esta ley, aparece como un principio general del procedimiento, deja establecido la observancia de este derecho dentro del expediente administrativo. Pero este principio debe ser aplicado independiente de la norma jurídica, pues se debe recordar que los principios equivalen a normas que aún no se encuentran plasmadas en una ley, es decir tienen existencia por sí solos. Además, la aplicación de este principio garantiza al particular la confianza que debe tener de sus administradores y garantiza la buena imagen que debe tener un gobierno democrático, cuya aspiración principal es garantizar un Estado de Derecho.

En ese orden de ideas se debe analizar como un principio del debido proceso y procedimiento y su aplicación al procedimiento administrativo es obligatoria, así lo ha argumentado la Corte de Constitucionalidad en diversas sentencias.

En nuestro medio, *el principio de defensa* se aplico en el Artículo 12 de la Constitución Política, pero en el año de 1996, aparece enunciado en el Artículo 2º. del Decreto 119-96 del Congreso como parte de los principios que el administrador debe respetar en el procedimiento. Este principio debió haberse aplicado por imperio de una norma superior de jerarquía constitucional, por los principios generales del derecho público, por la justicia natural, y por la vigencia misma del Estado de derecho.

El orden de los procedimientos sería el siguiente: iniciación, defensa, prueba, si hay hechos controvertidos, decisión y contra esa decisión, recurso administrativo y contra la resolución desfavorable del recurso administrativo, proceso contencioso administrativo.

El *principio de defensa* es cardinal dice *Gordillo*, “del procedimiento administrativo, como de cualquier otro procedimiento a través del cual se haya de ejercer poder sobre un individuo, o grupo de individuos es el del debido proceso, o procedimiento leal y justo. Como también dice *Wade*, A tanto de la sustancia de la justicia reposa en un justo procedimiento. (fair procedure). Este principio es obvio en cualquier procedimiento ante un tribunal de justicia; debiera ser igualmente evidente en un procedimiento administrativo, pero de hecho no siempre lo es en realidad. Cualquier estudiante de derecho o de administración, dice *Wade*, estará de acuerdo en que el derecho a ser oído cuando se va a tomar una decisión que afecta los derechos de una persona es tanto una regla de buena administración como de buena decisión judicial. No podemos concebir una decisión judicial tomada de otra manera. Podemos concebir porque a veces lo hacemos que las decisiones administrativas sean tomadas de otra manera. Sin embargo esto debiera ser imposible.

El *principio de oír al interesado y al público* antes de decidir algo que los va a afectar no es solamente un principio de justicia. Es también un criterio de eficacia política y administrativa, hasta de buenas relaciones públicas y buenas maneras. Y por qué no, un principio y un deber ético. Un gobierno que se preocupe por su imagen en la opinión pública y por sus electores, haría bien en no maltratarlos privándoles de la audiencia previa a la decisión. Además, asegura un mejor conocimiento de los hechos y ayuda a una mejor administración y a una más justa decisión, con menor costo político. El principio se mantiene incólume incluso cuando los hechos sobre los cuales debe decidirse parecen absolutamente claros y la prueba existente sea contundente y unívoca, porque si la administración tiene en cuenta no solamente razones o motivos de legitimidad, sino también motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, e interés público como suma de intereses individuales coincidentes entonces es meridiano que la voz de los afectados potenciales, incluso en el más claro de los casos, aporta siempre más elementos de

juicio a tener en cuenta para el juzgamiento del mérito u oportunidad del acto y su grado de satisfacción del interés público comprometido.”⁴⁸

Relata *Wade*, mencionado por *Profesor Gordillo*: “el caso de un conductor de taxímetro al cual se le imputaba una falta que estaba totalmente acreditada: su licencia estaba a punto de serle revocada sin citación alguna para su defensa, pero a instancia de uno de los miembros del Comité que debía resolver la cuestión, se lo citó para su defensa: el individuo no aportó ningún elemento de juicio sobre los hechos que constituían la falta, pero en cambio puso de manifiesto su situación personal muy difícil (ex combatiente; invirtió sus ahorros en un criadero de pollos, pero una peste los eliminó a todos; no tenía ahora sino su taxi para poder vivir, etcétera). Nada podría haber tenido menos que ver con el cargo ante el Comité. Sin embargo, cuando la carta fue leída, sus corazones comenzaron a ablandarse y comenzaron a ver que podría haber otro lado del caso, con un aspecto humano; así fue como le aplicaron una sanción condicional, bajo apercibimiento de que si reincidía en la falta su licencia le sería cancelada: el taxista no reincidió y continuó luego en el ejercicio de su actividad.”⁴⁹

El *principio de la defensa* es frecuentemente olvidado en el ámbito administrativo también, por qué no decirlo, en el judicial, donde jueces y salas rechazan acciones *in limine litis*, justamente donde nunca debe serlo, precisamente porque la decisión administrativa, a diferencia de la judicial, no sólo debe tener en cuenta la solución normativa del caso, sino también los criterios ya mencionados, el de oportunidad, conveniencia, interés público, y otros. Si en el ámbito judicial, donde solamente se juzgan los hechos y su encuadre normativo, no se concibe salvo los casos de arbitrariedad manifiesta ya recordados una decisión tomada sin oír a los interesados, mucho menos se puede concebir una decisión tomada de esa manera cuando además de la legitimidad del acto ha de evaluarse, indispensablemente, su mérito y conformidad al interés público. No ha de pensarse tampoco que esto es mera cuestión de sensiblería; que en el caso del taxista inglés, por ejemplo, la decisión que debiera legalmente haberse tomado era la de revocar la licencia.

⁴⁸ Op. Cit. Pág. 14.

⁴⁹ Op. Cit. Pág. 14.

Pues si el Estado moderno adopta como una de sus finalidades fundamentales la satisfacción del interés público, a veces la realización del bienestar de los ciudadanos y si toma sobre sí en forma hoy limitada la responsabilidad de atender a las clases menos favorecidas de la sociedad a través de un complejo y caro aunque no eficiente sistema de asistencia social, salud pública, previsión, entre otros, no es coherente que en la resolución de los casos concretos pretenda olvidar esos postulados de interés público, bienestar general, y otros, y decidir en cambio según la pura letra de la norma legal o reglamentaria, con olvido de los principios superiores de orden constitucional y supraconstitucional. No se dice que debe abrirse más a la globalización o hacer beneficencia en cada una de sus decisiones, pero sí que no puede en modo alguno dejar de tener en cuenta, positiva o negativamente, lo que cada individuo y asociación o grupo de individuos tenga que decir y probar no sólo sobre sus derechos e intereses o derechos de incidencia colectiva desde el punto de vista legal, sino también, si así lo desean, sobre las razones de globalización, oportunidad, humanidad, justicia o lo que a su entender sea pertinente sobre el caso. De donde, entonces, el cumplimiento individual y colectivo del principio de la audiencia por parte de la administración le es casi más imperativo a ella que a la justicia, pues hace a la realización de uno de sus fines el desarrollo económico y el bienestar de la persona humana que la justicia no tiene en cuanto tal sobre sí.”⁵⁰

Estos argumentos son aceptables, especialmente cuando la administración resuelve sobre la base del principio de juridicidad, explicado en el capítulo primero del Derecho Administrativo I del Profesor Hugo Calderón, porque en este caso se debe resolver con base al Derecho. Cuando el administrador no encuentra una norma para resolver y acude a los principios generales del derecho administrativo, debe tener el cuidado de observar dos cuestiones al resolver bajo este principio: La primera que no se vulneren derechos e intereses de terceros; y, la segunda que no se altere el orden público.

Un procedimiento justo es que se respete íntegramente el derecho de la defensa y la resistencia de los individuos antes que se dicten las resoluciones de los administradores; esto hace que surja un criterio de eficacia política y en buena medida legítima el poder. Cuando la

⁵⁰ Op. Cit. Pág. 15.

administración es justa, beneficia a los administrados, que son la razón de ser de la existencia de la administración, puesto que, como ya se ha explicado, la finalidad principal y última de la administración, es el bienestar general o bien común. Pero esto sólo se logra cuando los administradores tienen la firme convicción de servir y de respetar la voluntad del soberano, el pueblo.

Se debe establecer el principio de defensa con criterio de eficacia política de los administradores hacia los particulares, en especial en los procedimientos por faltas administrativas, en los que se tiene que imponer una sanción administrativa (una multa, una prohibición, y otras.)

Un procedimiento leal y justo, dice *Gordillo*, en el que se respete integralmente el derecho de los individuos y grupos a ser oídos y a producir prueba y controlar la de la administración, por fin, sirve también a un criterio de eficacia política y de legitimidad de ejercicio del poder. Ninguna clase de gente se beneficia más a la larga de una justa administración que los administrados mismos, porque el Estado está consustanciado (permeated) desde la cúspide hasta el fondo con la verdad de que el gobierno depende de la aprobación de los gobernados. El fair play en la administración enrolará las simpatías del ciudadano y reducirá enormemente la fricción con que funciona la maquinaria del gobierno. En efecto, es bien evidente que una gran parte del descontento de un pueblo con su gobierno, cualquiera que éste sea, nace no solamente de las grandes líneas o acciones políticas que él emprenda, sino también de las pequeñas pero numerosas injusticias que a diario se cometen a través del aparato administrativo, por acción u omisión. El descontento por el trato descortés, por el procedimiento injusto, originado en una tramitación por el control del servicio eléctrico, telefónico, de aguas, de transportes, o por la modificación de la tarifa o las condiciones del servicio sin audiencia pública, se torna fácil y rápidamente en descontento contra el gobierno, cualquiera sea su signo. La falta de publicidad y transparencia es sospecha y antesala de corrupción, como surge inequívocamente de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Un gobierno que pudiera operar con un aparato administrativo que no cometiera estas innecesarias injusticias de trato, que asegurara un procedimiento leal y respetuoso, que garantizara en todo momento un efectivo derecho a ser oído,

a discutir los actos administrativos en todo nivel, a tratar de probar lo contrario de lo sostenido por el funcionario o el concesionario o licenciataria y que eliminara así esta enorme cuota de fricciones e insatisfacción, seguramente vería que la aprobación de los gobernados se le brinda con mucha mayor facilidad y le permite en último análisis cumplir con mayor eficacia los objetivos que se haya trazado.

Un gobierno que se gana el descontento con esas pequeñeces, por no corregirlas, es un gobierno signado por el destino común de sufrir al mediano plazo la frialdad y la oposición de los gobernados; sin el apoyo y el asentimiento de los cuales nada duradero puede construirse desde el poder. Así parece haberlo entendido el Poder Ejecutivo nacional al dictar normas reafirmando los derechos de los habitantes en el procedimiento administrativo.”⁵¹

La jurisprudencia y doctrina en general ha apuntado que este trámite es sustancial e inexcusable, que debe practicarse aún de oficio aunque el interesado no lo solicite o alegue. No debe transformarse en una mera ritualidad rutinaria y externa, o en una apariencia formal de defensa, ni en la mera formalidad de la citación de los interesados, sino que consiste en la posibilidad de su efectiva participación real y útil dentro del procedimiento. Estas aseveraciones señalan la existencia de una resistencia al cumplimiento efectivo al derecho de defensa. Los particulares afectados o que pudieran salir afectados en una decisión administrativa tienen derecho a ser citados y a que se les confiera una audiencia para ser escuchados antes de decidir.

Es que, en última instancia, para *Gordillo*, “el derecho a ser oído es un derecho transitorio, que requiere alguien que quiera escuchar para poder ser real y efectivo: tener presente esta última gran dificultad para la plena vigencia de esta garantía ha de hacernos extremar el cuidado para que se cumplimenten todas y cada una de sus etapas y aspectos. Además, podrá observarse que en cada uno de los aspectos de esta garantía, desde el tener acceso a las actuaciones, presentar sus alegaciones, producir prueba, etc., se insiste en que ellos deben ser respetados desde antes de tomarse la decisión que puede afectar los derechos del individuo o grupos de individuos.

⁵¹ Op. Cit. Pág. 16.

Esto tiene significativa importancia no sólo para una más eficaz defensa de los interesados, sino también como un modo de poner mayor énfasis en los controles preventivos que en los represivos: *melius est intacta jura servare, quam vulneratae causae remedium quaerere*, lo cual confiere mayor eficacia y economía procesal a todo el procedimiento administrativo.”⁵²

4.5 El principio de audiencia previa al interesado

No hay que confundir que; no siempre se da audiencia como un medio de defensa, en ocasiones la audiencia se da únicamente para darle intervención y que el particular se pronuncie sobre un decisión que se tomará y las intenciones que tiene la administración; por ejemplo que se le informe a los vecinos que se asfaltarán sus calles y la disposición u obligación del particular de contribuir en el pago de la construcción por mejoras y cual será el costo de tomar la decisión el órgano.

Se puede decir que el derecho de audiencia es el género y el derecho a la legítima defensa es la especie.

Previo a que el órgano administrativo tome una decisión final dentro del procedimiento administrativo, debe quedar garantizado que el particular se le corrió la audiencia previa de dicha resolución o acto administrativo, este principio tiene mucha relación con el principio de defensa, pero no son iguales. Si la administración pública en un determinado procedimiento especialmente si es abierto *de oficio*, se debe notificar al particular que un expediente se ha abierto en su contra y aquí es donde tiene la primera oportunidad de dar las explicaciones pertinentes. Normalmente cuando se abre un procedimiento de oficio en la administración, es por faltas administrativas y en donde de encontrarse culpable al infractor, se impondrá una multa o sanción administrativa. Por ejemplo los casos en los que un Juez de Asuntos Municipales abre procedimiento porque se sorprendió a un particular construyendo sin contar con la licencia de construcción pertinente. En muchas ocasiones se ha dado que el menos responsable de esta práctica ilegal de las construcciones sin licencia, es el particular, pero en el fondo es la

⁵² Op. Cit. Pág. 17.

administración municipal, por el enorme retardo en el otorgamiento de dichas licencias. Los particulares en la mayoría de casos ha resultado que se ven en la necesidad de iniciar una obra debido a que en la administración municipal no se emitió la licencia, por temor a perder un préstamo bancario o bien al temor que los precios de los materiales se incrementen y la obra que se planificó en una cantidad establecida suba en un porcentaje muy alto.

En casos como éstos, la administración en cumplimiento de su finalidad y de un principio de *trato justo*, debe escuchar al particular a efecto de que se pronuncie sobre los motivos de una actitud tomada, que viola normas y reglamentos de carácter administrativo y en muchos casos se ha encontrado que al evacuar la audiencia a el particular, la responsable resulta ser la propia administración.

El no oír dentro del procedimiento al administrado se viola no solo este principio, sino también el principio de defensa. En ningún caso se puede dejar de escuchar a los interesados en un expediente, aún así la decisión final les favorezca.

En este sentido ha dicho la Corte de Constitucionalidad en sentencia de fecha 6 de julio de 2000, dentro del expediente Número 272-2000, Gaceta Número Cincuenta y siete: “Los derechos de audiencia y al debido proceso reconocidos en el Artículo 12 de la ley fundamental, al provenir de una norma general prevista en la parte dogmática, deben tener plena observancia en todo procedimiento en el que se sancione, condene o afecten derechos de una persona. Tienen mayor relevancia y característica en los procesos judiciales es cierto, pero su aplicación es imperativa en todo tipo de procedimientos, aún ante la administración pública y Organismo Legislativo y cualquier otra esfera de actuación, media vez, por actos de poder público, se afecten los derechos de una persona. Tales derechos abarcan la potestad de ser oído, de ofrecer y producir medios de prueba y de rebatir las argumentaciones deducidas, y el pronunciamiento definitivo de conformidad con la ley. Su observancia es vital por cuanto determina protección de los derechos de la persona y fortalece la seguridad jurídica... En caso semejante, refiriéndose a la garantía constitucional de audiencia, esta Corte ha expresado que “Se trata, en cada uno de los procedimientos que leyes de diversa índole han previsto, de satisfacer la exigencia de oír

adecuadamente a quien la denuncia afecte, a fin de llevar a cabo el interés Procesal, porque es la audiencia la que legítima la labor de ponderación del asunto que la autoridad deba decidir, salvo, desde luego, frente al silencio del obligado a responder, que pueda obrar como tácito asentimiento del hecho por el cual se le cuestiona... Este derecho de la persona ha sido virtualmente la principal preocupación de esta Corte en el ejercicio de su competencia en amparo, habiéndose establecido su doble condición de derecho propio y garantía de otros derechos. El desarrollo jurisprudencial ha ido perfilando los alcances de este derecho y, en particular, en lo que al caso examinado concierne, la garantía de audiencia. Pasado doce años de análisis constante por esta Corte de los elementos que integran el debido proceso, debe considerarse consolidado el principio de que la audiencia prevista en las leyes procesales es no sólo fundamental sino elemental. Siendo el amparo una protección de los derechos de la persona cuando a ésta se le ha inferido agravio, no debe tenerse como causa fenecida aquella en la que una de las partes no ha tenido la oportunidad de defenderse, o que se le haya privado de sus derechos sin las garantías del debido proceso, siendo éstas de valor capital el de la audiencia o citación, que implican la base de un verdadero juicio (...) En virtud de la supremacía constitucional, todo el ordenamiento jurídico debe guardar armonía con los valores, principios y normas, por lo que en materia administrativa, como en cualquier otra, el derechos de defensa y el de audiencia deben someterse plenamente (...) No deben tenerse como iguales los judiciales con los administrativos, por existir en la legislación diferentes regulaciones, las que responden a la naturaleza de cada uno de ellos, siendo, eso así, aplicables a ambos aquellos principios que son fundamentales en todo sistema de derecho. ... El derecho primario en todo procedimiento por medio del cual se pretenda afectar a una persona, es el derecho de la defensa jurídica, el cual se origina desde la oportunidad de audiencia debida al afectado, con el objeto de que éste alegue lo que considere pertinente respecto de la imputación que se le formula.”⁵³ En igual sentido la Corte de Constitucionalidad guatemalteca ha dictado sentencias, amparando a los particulares cuando no es respetado este derecho fundamental de audiencia, de defensa y a ser oído dentro de un expediente, cuando le afectan sus derechos e intereses.

⁵³ Corte de Constitucionalidad, Constitución Política de la República de Guatemala, Aplicada en Fallos de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 2001

Ya se ha pronunciado en anteriores ocasiones que el Artículo 12 de la Constitución Política no deber aplicarse supletoriamente al derecho administrativo, puesto que el *derecho de defensa* y el *derecho de petición*, son principios y hay que aplicarlos como tales.

Derecho a ser oído y a una decisión fundada, presupone algunas consecuencias, así lo manifiesta el *Profesor Gordillo*, tales como:

- a) Publicidad del procedimiento, en un primer aspecto manifestada en el leal conocimiento de las actuaciones administrativas, lo que se concreta en la llamada vista y fotocopia completa de las actuaciones en el caso individual, y la audiencia pública para la defensa de los usuarios y afectados y de los derechos de incidencia colectiva, cuya omisión en buenos principios acarrea la nulidad del acto.
- b) Oportunidad de expresar las razones del interesado antes de la emisión del acto administrativo, y desde luego también después. A nuestro juicio la violación de la secuencia temporal prevista en la norma es causal de nulidad absoluta.
- c) Consideración expresa de sus argumentos y de las cuestiones propuestas, en cuanto sean conducentes a la solución del caso. Esa expresa consideración de sus argumentos se refiere al acto decisorio, el cual debe además cumplir otros requisitos, el conjunto de los cuales se resumen en el derecho a obtener una decisión fundada.
- d) Obligación de decidir expresamente las peticiones (inclusive denuncias). Esto es una obligación básica de la administración, de la cual no se desliga ni siquiera por el transcurso de los plazos de denegación tácita. Estos plazos son optativos para el interesado, quien puede elegir, si lo quiere, hacer un amparo por mora de la administración y obtener una decisión expresa.
- e) Obligación de fundar las decisiones. La administración debe necesariamente analizar los puntos propuestos por las partes. Es el requisito de la *adecuada motivación*.

- f) Derecho a hacerse patrocinar por letrado, con su asistencia e intervención y necesario acceso al expediente en todo momento.⁵⁴
- g) Derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo dentro del expediente administrativo, que también trae algunas consecuencias:
- Derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida aunque deba producirla ella. (Informes, pericial, testimonial, y otros.)
 - Que la producción de la prueba sea efectuada antes de que se adopte decisión alguna sobre el fondo de la cuestión.
 - Derecho a controlar la producción de la prueba hecha por la administración, sea ella pericial o testimonial, como otra manifestación del principio de la publicidad.

Toda decisión susceptible de afectar los derechos o intereses de una persona o grupo de personas debe ser dictada habiendo oído previamente a las personas alcanzadas por el acto. Es ésta una forma o procedimiento de llegar a la resolución y por ello la regla no debe variar, cualquiera sea el tipo de decisión a adoptarse.

Salvo supuestos de extrema urgencia o estado de necesidad pública, en el que la precariedad del tiempo y la gravedad de la situación puedan hacer indispensable tomar alguna decisión en forma inmediata, lo cierto es que normalmente nada justifica que no se escuchen las razones y se consideren las pruebas que presenten los interesados antes de adoptarse una decisión. Es una regla de justicia y también de buena administración, en la medida que implica y asegura un más acabado conocimiento y valoración de los hechos sobre los cuales se ha de resolver.

⁵⁴ Gordillo, Agustín, Op. Cit. Pág. 20.

4.6 Principio de imparcialidad

Si bien es cierto que el Administrador debe cuidar por el orden público, también lo es que cuando exista conflicto de intereses entre particulares se debe resolver en una forma imparcial atendiendo el *interés general*, sin inclinaciones hacia ninguno de los administrados.

Este caso se puede ejemplificar en un procedimiento ante Juez de Asuntos Municipales cuando existe denuncia o queja de un particular contra otro particular o en el caso de las licitaciones públicas, en las que el funcionario o funcionarios que participan en éstas deben actuar con absoluta imparcialidad, esto es, sin inclinaciones hacia ninguno de los interesados en el expediente, sin alterar el orden público y sin afectar el interés general.

4.7 Principio de procedimiento escrito

El procedimiento administrativo es eminentemente escrito y todas sus actuaciones, pruebas, inspecciones, entre otras, deben quedar escritos dentro del mismo. Este es principio general en Guatemala, salvo en casos cuando puede ser verbal, por ejemplo: en el derogado Código Municipal, en el que el recurso de Apelación Municipal, la ley le dejaba al particular, la facultad de presentar el recurso verbalmente en el acto de la notificación o por escrito dentro del tercer día de notificada la resolución. Pero en general el procedimiento es escrito y excepcionalmente puede ser oral. Una petición ante autoridad administrativa pero dejando constancia por escrito de la misma.

4.8 Principio de procedimiento sin costas

Cuando en un procedimiento administrativo se dicta la resolución final no hay pronunciamiento de condena en costas al administrado.

El procedimiento administrativo es gratuito, al final un particular puede salir sancionado administrativamente, pero no puede condenársele en costas.

4.9 Principio de sencillez, rapidez, economía y eficacia

Este conjunto de principios tienen como propósito que la administración moderna no burocratice los expedientes y que si se cumplieron requisitos o se verificaron gestiones internas dentro del procedimiento administrativo, deberá resolverse conforme a la ley.

En este caso el procedimiento administrativo debe culminar con un resultado que sea beneficioso tanto para la administración como para los particulares.

Otros principios que creemos son de suma importancia dentro del procedimiento administrativo, son los que desarrolla la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica,⁵⁵ y que son los siguientes:

4.10 Principio de trato justo

La administración pública debe tratar justamente al administrado, pues hay que recordar que el funcionario público, es alguien que sirve a la colectividad no que se sirve de la administración para intereses personales.

Desde este punto de vista hay que analizar que la finalidad de la administración pública es el bienestar general, en consecuencia, el administrador debe procurar ser justo con sus administrados, aunque siempre se ha considerado que los órganos administrativos no ejercen jurisdicción, es decir que no son órganos jurisdiccionales.

Dentro del procedimiento administrativo debe haber *trato justo, justicia administrativa* lo que implica el ejercicio de la jurisdicción.

⁵⁵ Op. Cit. Pág. 101.

4.11 Principio de juego limpio

Los administrados deben siempre saber a donde va la administración y la administración no debe guardar ningún secreto para los particulares, pues de las acciones de gobierno depende que su población mejore su calidad de vida.

Por ejemplo el particular debe saber el porqué y para qué de las contribuciones especiales, nuevos impuestos, el particular debe estar sabido de lo que la administración pretende y a donde quiere llegar.

4.12 Principio de publicidad

Relacionado con el anterior principio se encuentra el de publicidad de los actos de la administración pública, así lo recoge nuestra Constitución Política, en su Artículo 30 y que establece: *"Todos los actos de la administración son públicos. Los interesados tienen derecho a obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, reproducciones y certificaciones que soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional, o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencial."*

CAPÍTULO V

5 La motivación del acto administrativo

La esencia del presente trabajo de investigación es el acto motivado, por lo que es necesario, hacer un análisis completo para arribar a conclusiones, en donde se determine la importancia que tiene en la aplicación nuestro derecho administrativo. Por tal razón delimitar el concepto para entender el punto es necesario.

5.1 Delimitación del concepto

La motivación ha sido definida por los tratadistas del derecho administrativo como la exteriorización o expresión de los motivos o razones que han llevado al autor del acto a adoptarlo. Se ha sostenido, así mismo que la medida de los motivos y su determinación resulta incidida, a su vez por otro elemento del acto administrativo: la finalidad. Por ello, en el derecho argentino se ha entendido que la motivación del acto administrativo no solo consiste en la expresión de la causa sino también debe llevar implícito el elemento teleológico del mismo o de su finalidad.

Esta concepción no se encuentra inmersa en el derecho administrativo guatemalteco, pero se considera necesario que el ordenamiento jurídico administrativo guatemalteco, incluya una norma que, incorpore la motivación como uno de los requisitos esenciales del acto administrativo, definiéndola como la expresión concreta de las razones que inducen a emitir el acto y de los recaudos referentes a los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y el derecho aplicable al caso concreto. Aunque no hay que confundir la motivación con el fundamento, el fundamento es el género y la motivación es la especie.

La definición propuesta de los tratadistas, permite advertir la existencia de dos conceptos íntimamente ligados: el motivo y la motivación de los actos administrativos. El motivo es el

antecedente que provoca el acto, es decir, una situación legal o de hecho previsto por la ley como presupuesto necesario de la actuación administrativa. Por su parte, la motivación es el juicio que forma la autoridad al apreciar el motivo y al ligarlo con la disposición de la ley aplicable, es decir, es la expresión de las razones que fundan y justifican el acto de la autoridad.

Con relación a la diferencia entre ambos conceptos, se ha señalado en la doctrina que mientras el motivo es la circunstancia de hecho impuesta por la ley para justificar la emisión del acto; la motivación es la expresión o constancia de que dicho motivo existe o que concurre en el caso concreto, lo que permite deducir que si bien motivo y motivación son matices de un mismo concepto o idea, se trata de cosas distintas.

Al constituir la expresión de las razones que indujeron a la administración a adoptar una decisión, la motivación solo puede existir en aquellos supuestos donde ella se manifiesta en forma expresa y, esencialmente, en forma escrita.

Al respecto, por algunos doctrinarios, se ha señalado que el modo normal en que el poder del administrador expresa la causa o motivo del acto es mediante su motivación, que no es más que la constancia de que en el caso concreto existen las circunstancias que justifican el dictado del acto administrativo. Tratándose de una decisión escrita, ella suele expresarse por medio de sus considerandos. Se observa, sin embargo, que la relevancia asumida por los considerandos del acto administrativo para conocer su verdadero sentido, cuando éste resulta oscuro o dudoso, no autoriza a asignarle un valor normativo si sus conceptos no han sido reproducidos en la parte dispositiva, especialmente si del acto se desprende un sentido diverso al acto pretendido. De ello se desprende que, pese a la relevancia que asume la motivación, a nuestro juicio -en caso de contradicción- la parte dispositiva del acto sobre lo que se exprese en sus considerandos, dan la razón de la emisión del acto y lo que la administración manifestó, a través de su voluntad.

Los considerandos de una resolución (en la administración pública) o sentencia (la decisión jurisdiccional), adquiere también una importancia singular, en el ámbito judicial, a punto tal que la falta de coherencia entre los considerandos y la parte dispositiva del fallo, constituye una causal con identidad para invalidarlo, ya que el imperio del principio de juridicidad no es sólo

ejercido concretamente en la parte dispositiva al fijar los alcances de la resolución; sino estos dos aspectos dependen también de las motivaciones que sirven de base al pronunciamiento.

Por ello, al igual que en el examen de una sentencia, también la interpretación de un acto administrativo exige atender principalmente a su parte dispositiva, no se puede prescindir de sus fundamentos, ya que ambos constituyen una unidad lógico-jurídica, cuya parte dispositiva no debe ser sino la conclusión final y necesaria del examen de los presupuestos fácticos y normativos tenidos en cuenta para su emisión.

5.2 Naturaleza jurídica.

La motivación es, en la concepción general del derecho administrativo, un requisito propio de los actos de juicio. Al transformarse en "la expresión racional del juicio en que consiste", la determinación de su naturaleza jurídica si forma parte de alguno de los elementos del acto, como pueden ser su objeto o su forma, si se trata de un elemento autónomo o si es un requisito de la razonabilidad de la voluntad de la administración pública, esto ha sido objeto de importantes consideraciones, especialmente en la doctrina italiana. En este aspecto, si bien coincidimos con aquellos autores que encuentran a la motivación estrechamente vinculada con el elemento forma del acto, no se puede desconocer la relación que la une cada día más con la propia esencia de la decisión administrativa. En efecto, no se trata tan sólo de un simple requisito formal de los actos *-externa corporis-* sino de fondo, en cuanto hace a la perfección del acto más que a sus formas externas.

5.3 Contenido de la motivación

Objeto de diversas clasificaciones, la delimitación de su contenido no ha resultado uniforme. Basta recordar, por ejemplo, que a diferencia de lo que acontece en España y Francia, la doctrina predominante en nuestro país ha incluido dentro de la motivación no sólo a la

expresión de la causa del acto, es decir, a los antecedentes de hecho y de derecho que han dado lugar al dictado del acto sino también de su finalidad, que como ya se expuso se trata del elemento teleológico de la misma.

Desde este punto de vista, la motivación de los actos administrativos consiste en aquella fundamentación fáctica y jurídica mediante la cual la administración intenta demostrar la legitimidad y oportunidad de su decisión, transformándose además en el principal punto de partida para el inicio del control de legitimidad y de la juridicidad.

En efecto, entendido que la administración no tiene otra actuación, ni otra vida psicológica que la estrictamente legal, -en sentido amplio-- y que no puede haber para ella motivos impulsivos de su acción marginales al derecho, la motivación aparece como el modo de hacer públicas, mediante una declaración formal, las razones fácticas y jurídicas en función de las cuales ha obrado. Su existencia hace, además, a la razonabilidad de la decisión en tanto no cabe duda de que cuando un acto administrativo carece de argumentación razonable sobre los hechos que se le vinculan y se basa tan sólo en la pura y simple voluntad del funcionario que lo dictó es arbitrario y por ende ilegítimo, lo que da motivo a la intervención del contralor de la juridicidad de los actos administrativos (Tribunal de lo Contencioso Administrativo).

Las resoluciones administrativas se traducen, así, en cierta medida en un silogismo. La ley, el reglamento o la norma de aplicación son la premisa mayor. Las situaciones de hecho que han dado lugar al procedimiento administrativo, son la premisa menor; y la decisión es la consecuencia a que se accede mediante la apreciación -o subsunción- de los hechos en relación a las normas jurídicas que regulan la actividad administrativa, traduciéndose la motivación en el medio de exteriorización del razonamiento que se hace.

Como criterio general se ha señalado que la motivación debe ser "suficiente". Se ha agregado, empero, que esa suficiencia puede encontrarse satisfecha aun cuando la motivación sea sucinta, es decir, que aquélla no depende de la mayor o menor extensión de la motivación. Así,

por ejemplo, se ha afirmado en la doctrina española, que el enunciado de la motivación deberá contener, según la jurisprudencia y las leyes, una referencia sucinta de las circunstancias sobre las cuales se apoya la decisión.

Algunas doctrinas y jurisprudencia latinoamericanas han sostenido, por su parte, que si bien la motivación debe contener las razones de hecho y de derecho que determinaron el dictado del acto, no es necesaria una relación analítica o circunstanciada, sino que basta una relación sucinta en la medida en que ella sea concreta e ilustrativa, de manera que se entiendan las razones de la decisión administrativa.

Se ha de considerar que la motivación del acto administrativo debe, para ser considerada suficiente, referirse ineludiblemente en forma clara, en primer lugar a los hechos y en segundo lugar a los fundamentos de derecho que el funcionario del órgano tomó en cuenta para adoptar lo resuelto y la expresión del razonamiento que, a partir de aquéllos, se ha seguido para adoptar la decisión. Su contenido debe, así, presentar una decisión concreta, singularmente contemplada como aceptable frente al ordenamiento jurídico administrativo.

En este sentido, la mayoría de autores, ha afirmado, con razón, que no configura una muestra de buena administración, la circunstancia de que en la administración pública se adopten decisiones que afectan importantes intereses de personas jurídicas con una escueta y difusa fundamentación, cuyo origen finca en meras opiniones o pareceres que se vierten sin mayores precisiones y con desconexión del caso concreto en estudio.

Todo ello dificulta la tarea de quien tiene derecho a defender sus intereses de modo cabal y, lo que es más grave, desconoce lo prescrito en la ley y en la doctrina, con relación a los requisitos esenciales del acto administrativo.

5.4 La importancia jurídico-institucional de la motivación

Con acertado criterio, la doctrina moderna ha atribuido con importancia central a la motivación de los actos administrativos, vinculándola en forma inseparable con el sistema republicano de gobierno adoptado por nuestra Constitución Política.

Aun en la actualidad se puede sostener que la motivación del acto administrativo es de conveniencia ineludible y debía ser considerada inherente a la forma de gobierno que nos rige.

Una rápida vista por otros sistemas jurídicos demuestra que pocos son aquellos en los que, como en el ordenamiento jurídico argentino, la exigencia de la motivación ha resultado destacada con tanto acierto, reconociéndose que ella se conecta estrechamente con valores ponderables que aseguran la juridicidad del quehacer de la administración, como certeza, la responsabilidad del funcionario, la facilidad para hacer efectivo el contralor de legitimidad y oportunidad o que resulta evidente, que la motivación aparece como una necesidad tendente a la observación del principio de legalidad en la actuación de los órganos estatales y que desde el punto de vista del particular o administrado traduce una exigencia fundada en la idea de una mayor protección de los derechos individuales, ya que de su cumplimiento depende que el administrado pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto administrativo. En idéntico sentido, se ha afirmado que la motivación es una exigencia que, por imperio legal, es establecida como condición para la real vigencia del principio de legalidad y de juridicidad, en la actuación de los órganos administrativos, presupuesto ineludible del Estado de Derecho, y que toda decisión administrativa que afecte derechos de los particulares debe responder a motivación suficiente y resultar la derivación razonada de sus antecedentes, de modo tal que estén a resguardo las garantías constitucionales en juego, como son, entre otras, las tuteladas en la Constitución Política de la República.

Una especial referencia merece, en este aspecto, la motivación de las resoluciones que determina que ciertas actuaciones serán secretas o confidenciales, situación no sólo emparentada con el derecho de defensa sino también con aquel más general con el que cuentan los administrados a la debida información y publicidad de los actos de gobierno. Así, se ha sostenido

que para poder declarar actuaciones reservadas, confidenciales o secretas, la resolución debe contener una motivación suficiente, dado que el uso abusivo de esa facultad viola, indudablemente, la garantía del debido proceso, este caso se puede observar en materia de seguridad interna, a través de el Ministerio de Gobernación, en el militar, en el de relaciones exteriores, como también los datos y cifras y declaraciones que los contribuyentes entregan en materia fiscal.

No cabe duda que los actos que causan un gravamen de perjuicio a los particulares deben ser motivados. Especial referencia merece, sin embargo, la motivación de aquellos actos de beneficio que, por involucrar la ponderación del interés público, también han de incluir una adecuada motivación que demuestre a la sociedad en general, que han sido adoptados en consideración al cumplimiento de la finalidad del Estado, el bien común, y del beneficio que conlleva a los mismos. Tal motivación adquirirá aun mayor importancia en los casos en que se les otorgue beneficios a algunos y ello implique la exclusión de idénticos beneficios para otros.

Desde esa óptica, no parece acertado sostener que sólo los actos que impliquen una afectación o molestia deben ser motivados, dado que, si bien es cierto que la motivación constituye una garantía en favor de los particulares interesados, también resulta indispensable en beneficio del buen orden y la regularidad en el funcionamiento de la administración, e inclusive en la determinación de la responsabilidad de los funcionarios que intervienen en la resolución o acto administrativo o bien en la protección de los terceros que pudieran resultar afectados por el acto.

Cabe señalar, el Organismo Legislativo justifica sus decisiones en la exposición de motivos de las leyes, e igualmente los jueces y tribunales motivan sus sentencias. Si los poderes legislativo y judicial motivan sus decisiones, y no por razones puramente formales, sino de fondo, es evidente que la administración pública, encabezada por el Organismo Ejecutivo, al incidir en los derechos e intereses de los administrados, ha de motivar sus resoluciones y no sólo por la exigencia de garantizar los derechos legales de éstos, sino para garantizar el propio interés público, que dan origen a la función pública.

Por otra parte, la actuación gubernamental debe legitimarse, día a día, mediante la adhesión de los gobernados. Ella no puede sustentarse sólo en la coerción, por tratarse de derecho público o en el simple respeto de los mecanismos constitucionales o legales para el dictado de las decisiones administrativas, ya que la exigencia de justificación expresa como forma de legitimación del ejercicio de un poder en general, y más en concreto, de las potestades administrativas, responde a un conocido esquema de superación de la legitimidad legal-racional de la administración reducida a instrumento imparcial de ejecución de la ley por la legitimidad eficiencia, en el seno de la cual aparece la exigencia de motivación como dato clave de un nuevo tiempo en las relaciones entre administración y administrados, en el que también éstos son titulares de derechos de información frente a aquélla, que la autoridad administrativa debe admitir.

En efecto, la falta de información engendra la indecisión y desconfianza de los administrados y contribuye a su falta de colaboración. En este aspecto, no cabe duda de que si bien la administración ha perseguido tradicionalmente en mayor medida a obligar en lugar de convencer, la situación debe ser a la inversa, y en ese sentido, el primer paso para convencer es dar explicaciones, declarar los motivos de la actuación y así, la motivación pierde su carácter de instrumento o medio que facilite el control jurisdiccional de parte del contralor de la juridicidad, y de la actuación administrativa para adquirir una dimensión mucho más importante.

La obligación de motivación constituye, en sí misma, un modo de limitar la actuación de los órganos administrativos y en general de los poderes públicos que contribuye asimismo a alcanzar una mayor eficacia en su actuar, ya que un acto administrativo que cuente con un adecuado razonamiento justificativo hallará más fácil aceptación y más rápida ejecución. En tal sentido, es indudable que si la administración dedica esfuerzos y recursos a lograr la aceptación de sus decisiones mediante un buen conjunto de técnicas de relación con los administrados (información, publicidad, y relaciones públicas), no se ve la razón por la cual deba prescindirse de la motivación, que se presenta como la más elemental de estas técnicas de persuasión, como medio de conseguir un mayor grado de eficacia.

Asimismo, corresponde relacionar a la exigencia de la motivación como requisito esencial del acto administrativo con la presunción de legitimidad que caracteriza a los actos estatales. En tal sentido, una adecuada motivación, constituye una de las garantías centrales de los particulares que, implicada en el régimen exorbitante que caracteriza al derecho administrativo, actúa como contrapeso o balance de la aludida prerrogativa. Así lo han entendido la jurisprudencia y la doctrina administrativa, al señalar que si bien todo acto administrativo goza de presunción de legitimidad, ello es así en tanto esté debidamente motivado.

La exigencia de la motivación se halla también vinculada con la vigencia de la seguridad jurídica, demanda creciente en la sociedad moderna. Desde esta óptica, el requisito de motivación constituye, sin duda, uno de los medios de control más efectivos de la arbitrariedad administrativa a poco que se advierta que donde las decisiones de los órganos o los entes no son explicadas o fundadas jurídicamente con certeza y lógica, mal se puede hablar de la existencia de seguridad jurídica.

Esto sirve, además, como medio de afianzar las instituciones, al igual que como instrumento pedagógico al servicio de los administrados, puesto que persuade al destinatario y previene eventuales impugnaciones, correcta parece, por ello, aquella jurisprudencia imperante también en el ámbito del Consejo de Estado francés, que destaca el carácter esencial de la motivación en cuanto aclara y facilita la interpretación del sentido y alcance del acto. No cabe duda, en este aspecto, que la existencia de motivación posibilita al órgano judicial un mejor control de la función administrativa permitiéndole tanto desenmascarar la existencia de desviación o el abuso de poder, como el correcto conocimiento e interpretación de los hechos. Facilita, así, un control más amplio y exhaustivo del *iter voluntatis* del administrador. Quizá sea por esa razón que se ha otorgado la contraloría de la juridicidad al Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Guatemala, para el control de mérito como medio de fiscalización de la actividad administrativa, por tal razón también el estudio de la motivación de los actos de la administración.

Basta advertir para ello, que en tanto la comprobación de la existencia o veracidad de los hechos aducidos resulta esencial para garantizar la legalidad, la motivación constituirá el medio

de prueba por excelencia para conocer aunque más no sea parcialmente las razones tenidas en mente por el administrador. En ese sentido hay que advertir que por tratarse de una enunciación de los hechos que la administración ha tenido en cuenta, la motivación del acto constituye un medio de prueba en verdad de primer orden, frente a ella, resulta decisiva para su interpretación. Consecuencia directa, en este aspecto del derecho a ser oído, la motivación del acto administrativo resulta así no sólo un medio técnico de hacer efectiva la intención de la ley, sino probablemente el más importante para conocer y verificar su debida aplicación.

No se debe suponer, empero, que la motivación implica tan sólo una garantía para el administrado de una completa y adecuada fiscalización del obrar administrativo. En efecto, si bien ella resulta imprescindible para alcanzar ese objetivo, trae aparejada además un mejor desempeño de la administración al obligar a los funcionarios administrativos a meditar en forma más profunda sus decisiones.

Desde esa óptica, reducir la motivación a un mero instrumento de control implica subestimar en demasía su papel. La existencia de motivación contribuye, como hemos dicho, en forma invalorable a la eficiencia administrativa en la medida en que no sólo fortifica la decisión frente a su eventual revocación o anulación, sino que le permite al Estado sentar criterios generales que servirán para la resolución de situaciones similares concretas en el futuro. Beneficia así la labor de la propia administración al facilitar a sus órganos la aplicación correcta del derecho en supuestos similares y garantizar el acierto en la decisión al obligarlos a meditar con la mayor cautela, la cuestión planteada antes de adoptar una decisión, imponiéndoles así directamente ciertas reglas de trabajo que evitarán, en la práctica, un obrar precipitado. La motivación permite, además, que el interesado directo conozca las razones por las cuales su situación jurídica se ha visto o no modificada, facilitándole no solo una mejor defensa de sus intereses, sino también la comprensión del obrar de aquellos a quienes indirectamente designó como gobernantes.

La existencia de motivación permite, asimismo, el control indirecto de la opinión pública, dado que se dispone y se ordena, pero al mismo tiempo se razona y se justifica para qué se hace ello. Por esa razón, es indudable que, en un mundo como el actual, donde se ha pasado de un

sistema de limitaciones a uno de participación activa de los administrados, la motivación de los actos satisface psicológicamente la opinión pública al permitirle conocer en forma acabada las razones del obrar administrativo. Su exigencia se funda, pues, como bien se ha señalado, en el principio del respeto a la ciudadanía.

El papel de la opinión pública en el seno de una sociedad democrática avanzada ha motivado la existencia de una tendencia creciente a la generalización de la exigencia de motivación de los actos administrativos, reconsiderándose el tratamiento tradicional otorgado a la misma.

En los sistemas judicialistas, la ausencia de motivación puede suscitar, además, un conflicto en los organismos del estado. En efecto, en tanto corresponda al Organismo Judicial determinar por sí la finalidad que persigue el acto y los antecedentes de hecho y de derecho que justificaron su dictado sin conocer la voluntad administrativa, las salas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo podrán encontrarse, en cierta medida, reemplazando a ésta, desconocida públicamente ante la falta de motivación y aplicando criterios de oportunidad, mérito o conveniencia que le son ajenos. Esto se puede observar en los países tales como Francia y Colombia que siguen el mismo sistema de tribunal de lo contencioso administrativo.

5.5 La motivación de los actos debe ser una regla general, no una excepción

Disímiles han resultado los criterios esbozados en el derecho para determinar qué actos administrativos deben ser motivados. En efecto, mientras algunos autores consideran que la motivación del acto debe ser la regla, otros sostienen que no existe un principio general que así lo exija. En este último sentido, se ha llegado a afirmar que la obligación genérica de motivar los actos administrativos supondría restringir la libertad decisoria de los órganos administrativos.

En aquellos sistemas en que la motivación de los actos administrativos no es exigida en forma obligatoria, la jurisprudencia ha conferido crecientemente facultades a los órganos jurisdiccionales para exigir una motivación convincente.

5.5.1 La motivación como regla general

Entre los autores que consideran necesario que el acto administrativo aparezca -como principio general- motivado, corresponde mencionar, a Satta y Rivalta, entre muchos otros autores del derecho administrativo y quienes se enrolan en esta última posición y han considerado prudente determinar, empero, en qué situaciones se debe exigir la motivación, enunciándose diversos criterios para aquellos casos en que no existe una norma expresa que obligue a motivar las resoluciones administrativas.

En Guatemala, no existe una ley de procedimiento administrativo en la que se exija la motivación de los actos, aun y cuando sean decisiones discrecionales.

Existen en países europeos, en lo que se refiere a la motivación del acto, por ejemplo en la ley de procedimiento administrativo de Suecia del 4 de junio de 1971 que establece en su Artículo 17 que "toda decisión final deberá indicar los motivos que la fundan". Los motivos "pueden ser totalmente omitidos si la decisión no afecta desfavorablemente al interesado o si por cualquiera otra razón es manifiestamente inútil indicar los motivos omitidos"; y en ciertos supuestos, aquellos en que "la seguridad nacional, la protección de la vida privada, los intereses económicos de un particular o razones análogas lo exigen", o bien los casos en que la urgencia del asunto impide la indicación de los motivos. De todas formas, cuando la autoridad no indica los motivos, debe hacerlos conocer posteriormente al interesado, si éste lo solicita y la comunicación es posible.

La ley italiana 241/90 establece en su Artículo 3, primer párrafo, que debe motivarse toda decisión administrativa, incluidas aquellas relativas a la organización administrativa, al desarrollo de los concursos públicos y al personal. A pesar del avance producido, las excepciones

subsistentes no permiten afirmar en forma terminante que el principio general sea la obligación de motivar.

La ley de procedimiento administrativo de la República Federal de Alemania (WwVfG) del 25 de mayo de 1976 obliga, en su Artículo 37.2, a que se motiven los actos administrativos manifestados por escrito o que se los deba confirmar por escrito. El Artículo 39.2 admite las siguientes excepciones: “(i) cuando la administración estime lo solicitado o acepte la declaración del interesado sin que exista perjuicio para tercero; (ii) cuando el destinatario afectado por el acto conozca el criterio de la autoridad respecto de los hechos y la, situación jurídica (o tal criterio sea comprensible sin dificultad y sin necesidad de motivación escrita); (iii) cuando la Administración produzca gran cantidad de actos formalmente iguales o con la ayuda de medios mecánicos de reproducción y las circunstancias específicas no hagan precisa la motivación, y (iv) cuando así lo disponga alguna norma jurídica”. Al contrario, de conformidad a lo dispuesto en su Artículo 39.1, *in fine*, si el acto es dictado en ejercicio de facultades discrecionales, la motivación debe indicar los criterios sobre los cuales se fundó la autoridad.

Tal como acontece en la mayor parte de los países adheridos al régimen continental europeo, las decisiones administrativas deben expresarse en los Estados Unidos, como regla general, por escrito.

Se ha exigido, además, que las decisiones administrativas sean acompañadas de las determinaciones fácticas (*findings*) en las que el ente se basó para decidir conforme a las pruebas producidas en el expediente. Esas determinaciones, conocidas como *factuallindings*, han sido definidas como "la aserción de que un fenómeno ha ocurrido, está ocurriendo u ocurrirá, anterior o independientemente de su efecto jurídico". Se trata, pues, de aquellas inferencias que partiendo de la prueba producida permiten determinar la existencia o inexistencia del hecho que torna aplicable la norma.

La exigencia que los entes administrativos expresen sus determinaciones fácticas ha partido, por lo general, de los propios tribunales de justicia. Cabe recordar en ese sentido que si bien la Corte Suprema Norteamericana justificó esta exigencia en alguna ocasión en

disposiciones constitucionales, la idea de que ella deriva de la noción de debido proceso parece no haber perdurado.

Desde esta óptica, existen algunas razones invocadas tradicionalmente para justificar semejante exigencia.

En primer lugar, el evitar que la administración opere en secreto, ya que en tanto las decisiones infundadas dejan en la oscuridad al público sobre las razones que llevaron a la toma de la decisión, convirtiéndose en una invitación abierta a la arbitrariedad administrativa. Se ha reconocido así que una decisión administrativa acompañada de una buena fundamentación no resulta tan proclive a ser producto del capricho o de una descuidada valoración de quien ejerce el poder decisorio, como aquella que carece de ella.

En segundo lugar, se ha señalado tradicionalmente que su existencia permite a los ciudadanos afectados por el obrar administrativo, conocer las razones por las cuales se adoptó la decisión impugnada.

Por último, se ha alegado también que la existencia de determinaciones fácticas otorga una base más sólida para la revisión judicial. Célebres resultan en este sentido aquellas argumentaciones en las que debemos conocer el significado de una decisión antes que se convierta en nuestro, el deber de decir si ella es correcta o incorrecta. En tanto las determinaciones fácticas otorgan el nexo entre la decisión y el expediente administrativo, el silencio respecto a aquéllas, dificulta en extremo el ejercicio de la función revisora por parte de los órganos judiciales.

Con el fin de determinar el alcance que deben tener las determinaciones fácticas efectuadas en sede administrativa; la doctrina y jurisprudencia mayoritaria ha distinguido tradicionalmente entre *basic facts* y *ultimate facts*. Los primeros serían aquellos hechos extraídos en forma directa de las pruebas aportadas (*basic facts*). Los segundos, aquellos inferidos de los hechos básicos, expresados mediante el lenguaje utilizado por la norma (*ultimate facts*). En ese

sentido, se ha intentado agrupar a los hechos en una escala, que va de los más específicos a los más genéricos. En un extremo estarían cada una de las declaraciones de los testigos; luego, un pequeño resumen de cada declaración; a seguido luego de un resumen de las declaraciones testimoniales y demás probanzas de cada parte; posteriormente las determinaciones fácticas básicas y, en el extremo opuesto, las determinaciones últimas.

5.5.2 La motivación como excepción

En buena parte de los sistemas continentales, la regla tradicional en la materia ha sido que no todos los actos administrativos deben ser motivados, bastando que las resoluciones contengan tan sólo la decisión adoptada. Esta orientación parece estar, sin embargo, en retroceso.

Buen ejemplo de la aceptación de la motivación sólo como excepción resulta el sistema francés. En efecto, si bien esta exigencia fue impuesta por numerosas normas especiales para supuestos específicos, tradicionalmente se dedujo que la ausencia de una disposición expresa imponiendo esta formalidad privaba a ella de su carácter obligatorio. Sin embargo, en los últimos años se ha observado -gracias a la influencia de autores del derecho administrativo- una tendencia distinta, favorable a la imposición de la motivación como requisito obligatorio.

Como principio general, la administración francesa no está obligada a motivar sus decisiones. Se exceptúan aquellos textos que imponen la motivación para supuestos específicos.

La ley francesa del 11 de julio de 1979, relativa a la motivación de los actos administrativos -modificada parcialmente por los Artículos. 26 a 29 de la ley del 17 de enero de 1986- no ha abolido el principio tradicional de no motivación, de modo que -en ausencia de disposición legal o reglamentaria en contrario- la decisión administrativa no debe necesariamente ser motivada. El campo de aplicación de la ley denota la existencia de dos declaraciones de principios. Si bien la primera de ellas -presente en su Artículo 1- supone que toda persona física o jurídica tiene derecho a ser informada de los motivos de los actos administrativos que la afecten;

la segunda destaca que la motivación obligatoria sólo alcanza a las decisiones individuales desfavorables o denegatorias. En esas condiciones, sólo deben ser motivadas “(i) las decisiones individuales desfavorables (entre las que se cuentan las que restringen el ejercicio de libertades públicas); (ii) las que constituyen una medida de policía; (iii) las decisiones que imponen una sanción; (iv) las que retiran, revocan o abrogan una decisión constitutiva de derechos; (v) las que condicionan el otorgamiento de autorizaciones mediante sujeciones o limitaciones; y (vi) las que denieguen ventajas o beneficios cuya atribución constituya un derecho para la persona que cumpla las condiciones legales para obtenerla, así como también deben serlo las decisiones que derogan o excepcionan la aplicación de normas generales fijadas por ley o disposición reglamentaria, incluso cuando el acto es favorable al interesado directo (Artículo 2).”

La resistencia a considerar obligatoria la motivación de toda actuación administrativa puede ser atribuida, quizá, a la errónea creencia que una prolija motivación puede significar una demora para la agilidad y rigidez de la administración. No cabe duda, en este sentido, de que frente a la obligación de motivar sus actos, quien ostenta el poder decisorio pueda sentir restringida su libertad de actuación. Pero tal restricción es consecuencia directa y necesaria del principio de legalidad. Si la citada libertad fuera absoluta, el principio de legalidad adquiriría el carácter de mero enunciado dogmático. Por ello, la motivación aparece como una de las pruebas más contundentes del sometimiento de la autoridad al derecho, y su cumplimiento se traduce en un índice de la educación política y jurídica de los gobernantes.

La tendencia a sostener que la motivación sólo resulta exigible excepcionalmente ha sido objeto de importantes críticas, las que adquieren particular relevancia en sistemas como el español, en los que -a diferencia de otros- la obligación de motivar los actos parecía constituir originalmente la regla.

5.6 La situación de la motivación de los actos en la legislación guatemalteca

Se ha estudiado que la motivación del acto administrativo debe, para ser considerada suficiente, referirse ineludiblemente en forma clara, en primer lugar a los hechos, y en segundo

lugar, a los fundamentos de derecho que el funcionario del órgano tomó en cuenta para adoptar lo resuelto y la expresión del razonamiento que, a partir de aquéllos, se ha seguido para adoptar la decisión. Su contenido debe, así, presentar una decisión concreta, singularmente contemplada como aceptable frente al ordenamiento jurídico administrativo.

Se dijo también que el motivo, es la argumentación legal que los órganos de la administración deben hacer, está presente la norma jurídica; mientras que en la motivación se dan las razones por las que la administración resuelve sobre un caso concreto.

En la Ley de lo Contencioso Administrativo vigente, se establece: en el Artículo 3.- forma.- “ Las resoluciones administrativas serán emitidas por autoridad competente, con la cita de las normas legales o reglamentarias en que se fundamenta. Es prohibido tomar como resolución los dictámenes que haya emitido un órgano de asesoría técnica o legal.

Las resoluciones serán notificadas a los interesados personalmente citándolos para el efecto; o por correo que certifique la recepción de la cédula de notificación. Para continuar el trámite deberá constar, fehacientemente, que el o los interesados fueron debidamente notificados con referencia expresa del lugar, forma , día y hora.”

En el Artículo antes mencionado se encuentra plasmada la obligación del órgano administrativo de dar el motivo, más no hace referencia de la motivación. Consecuentemente hay que tratarla como un principio que inspira el procedimiento administrativo, argumentando el principio de juridicidad establecido en el Artículo 221 de la Constitución Política; en ese caso, la motivación viene a ser obligatoria en los procedimientos administrativos.

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece: en el Artículo 28.- Derecho de petición. “Los habitantes de la República de Guatemala tienen derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad, la que está obligada a tramitarlas y deberá resolverlas conforme a la ley.”

En materia administrativa el término para resolver las peticiones y notificar las resoluciones no podrá exceder de treinta días.

En materia fiscal, para impugnar resoluciones administrativas en los expedientes que se originen en reparos o ajustes por cualquier tributo, no se exigirá al contribuyente el pago previo del impuesto o garantía alguna.

Únicamente hace referencia a la obligatoriedad de resolver en el término determinado de treinta días y notificar dentro de los mismos, no hace referencia a la motivación del acto o resolución final del expediente administrativo.

En el Código Municipal, se establece: en el Artículo 168. Trámite y desarrollo del procedimiento. “Recibida la denuncia, queja o reporte, el juzgado dictará las medidas de urgencia y practicará las diligencias de prueba que considere oportunas y necesarias concediendo audiencia por cinco (5) días hábiles a los interesados, conforme a la ley, ordenanza, reglamento o disposición municipal que regule el caso.”

Sí existe una obligación, en el desarrollo del procedimiento a dar el motivo y la base que será el principio de legalidad, al establecer que deberá realizarse el procedimiento con base a la ley, ordenanza, reglamento o disposición municipal que regule el caso, esto se debe entender como el motivo.

Pero el Artículo 170 del Código Municipal, establece: “Resolución del expediente. Agotada la investigación, el juez de asuntos municipales dentro de los quince (15) días hábiles dictará la resolución final, en la que hará un resumen de los hechos, valorando las pruebas y con fundamento en ello, y conforme a derecho, aplicará las sanciones correspondientes, si procediere.”

En este Artículo si se puede encontrar la motivación, puesto que señala la valoración de la prueba y el fundamento de lo probado y la resolución con base a derecho, lo que implica el principio de juridicidad, que lleva implícita la obligatoriedad de la motivación.

De las normas indicadas con anterioridad no encontramos en ninguna otra de carácter ordinario la obligación de los órganos administrativos de motivar las resoluciones

administrativas, de lo que se infiere la necesidad que una norma lo contenga, para darle los motivos suficientes a las cortes para inicien la correspondiente jurisprudencia del caso.

Por otro lado, se ve como una necesidad la creación o modificación de leyes a efecto que se encuentra regulada la misma, de donde se desprende la necesidad de la creación de una ley general de procedimiento en donde queden incluidos una serie de principios que no se encuentran incluidos en ninguna ley actualmente, para que la justicia administrativa sea efectiva y las resoluciones de la administración pública tengan certeza jurídica, en un estado democrático como el nuestro.

CONCLUSIONES

1. Actualmente en Guatemala, no existen reglas claras para obligar a la administración pública a motivar las resoluciones o actos administrativos, y únicamente contienen reglas para señalar el motivo; tanto en la Ley de lo Contencioso Administrativo como en el Código Municipal, y más allá de esta regulación no existe con carácter obligatorio, por tal razón el Tribunal de lo Contencioso Administrativo no ha resuelto en ningún caso concreto la anulación del acto o resolución administrativa por falta de motivación.
2. En la administración pública, se ha encontrado la imperiosa necesidad que exista una ley general de procedimientos administrativos, en la que quede plasmada la obligatoriedad de los órganos de la administración, de ceñirse en el procedimiento a los principios generales que inspiran el derecho administrativo y que señale como requisito formal, incluir el motivo y la motivación en las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo.
3. Al motivar el funcionario las resoluciones, implica su actuar una garantía para el administrado de una completa y adecuada fiscalización de obrar administrativo, así también, un mejor desempeño de la administración, a obligar a los funcionarios a meditar en forma más adecuada sus decisiones, ya que, los actos administrativos al carecer de argumentación razonable sobre hechos que se vinculan y se basan en la pura y simple voluntad del funcionario que los dictó, son arbitrarios y por ende ilegítimos.
4. La motivación del acto administrativo consiste en una fundamentación fáctica y jurídica, mediante la cual la administración intenta demostrar la legitimidad y oportunidad de su decisión, transformándose además en el principal punto de partida para el inicio del control de legitimidad y de juridicidad, y desde esta perspectiva, la motivación del acto administrativo y la parte dispositiva del fallo deben ser coherentes entre sí.
5. Al emitirse por parte de las autoridades administrativas, actos administrativos carentes de motivación éstos son arbitrarios y/o ilegítimos, y conllevan al administrado a recurrir al ente contralor de la juricidad de los actos administrativos (Tribunal de lo Contencioso

Administrativo), para que evalúe la resolución de mérito restituyéndole el derecho que se cree transgredido.

RECOMENDACIONES

1. Se hace necesario que el Congreso de la República de Guatemala promulgue una Ley general de procedimientos administrativos, en la que queden incluidos el motivo y la motivación como regla general en los procedimientos administrativos; que sean de aplicación en la administración pública centralizada, descentralizada y autónoma de Guatemala, que incluya las sanciones correspondientes a los funcionarios que transgredan dicha normativa, recomendando que esta ley sea aprobada con las dos terceras partes del Congreso de la República para dar cumplimiento al Artículo 134 de la Constitución Política de la República de Guatemala a efecto de que sea de aplicación general para todos los órganos.
2. Ser creada una Ley de Procedimientos Administrativos, en la que quede establecida la obligatoriedad de los órganos de la administración, de ceñirse en el procedimiento, a los principios generales que inspiran el derecho administrativo, en la que además, se señale como requisito formal, incluir el motivo y la motivación en las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo.
3. Es necesario que el funcionario público otorgue al administrado una garantía de las resoluciones emitidas, obligándolos a tener un mejor desempeño de la administración a su cargo y a meditar en forma adecuada sus decisiones por medio de la motivación de dichos actos, debiendo fiscalizar y sancionar a los funcionarios que emitan resoluciones que carezcan de argumentación razonable y se basen en la pura y simple voluntad del mismo.
4. Que los funcionarios, cuando emitan resoluciones administrativas, deben ser motivadas y basadas en la correcta fundamentación fáctica y jurídica, ya que actuando de esta forma se le otorga a las resoluciones emitidas legitimidad y oportunidad de su decisión, cumpliendo así con el principio de juridicidad, por lo que es indispensable la unificación de criterios en cuanto a ser coherentes en la motivación de las resoluciones y la parte dispositiva del fallo.

5. Al corregirse el hecho de que los actos administrativos deben ser motivados de manera obligatoria por los funcionarios que los emiten, se le otorga al administrado la certeza y claridad de las razones por las cuales se ha tomado determinada decisión por parte de la autoridad administradora, no teniendo que recurrir al ente contralor de la juricidad si los actos administrativos no son arbitrarios ni ilegítimos.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel. **Teoría general del derecho administrativo**. 10ª. ed.; México: Universidad Autónoma de México D.F.: Ed. Porrúa, 1975.

ÁLVAREZ GENDIN, y Blanco, Sabino. **Derecho Administrativo**. 4t.; 4ª. ed.; Barcelona, España: Ed. Bosch, 1963.

BIELSA, Rafael. **La función pública, caracteres políticos y jurídicos, la moralidad administrativa**. 3ª. ed., Buenos Aires, República de Argentina: Ed. Roque de Palma, 1972.

BIELSA, Rafael. **Principios de derecho administrativo**. 3a. ed.; Buenos Aires, República de Argentina: Ed. Roque de Palma, 1963.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. t.1; 10ª ed., Buenos Aires, República de Argentina: Ed. Heliasta, 1976.

CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo, parte general**. 1ª. ed.; Guatemala: Ed. Orión, 2007.

CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo, parte especial**. 1ª. ed.; Guatemala: Ed. Orión, 2007.

CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. **Derecho procesal administrativo**. 6ª. ed.; Guatemala: Ed. Orión, 2007.

CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. **El silencio administrativo y sus efectos en Guatemala**. (s.e.), Tesis, Facultad de Derecho, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 1984.

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho Administrativo**. INAP, (s.e.), Guatemala, 1990.

COMADIRA, Julio R. **Derecho administrativo, acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios**. 1ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Lexis Abelardo-Perrot, 2004.

DIEZ MANUEL, María. **Derecho administrativo**. 6t.; 2a. ed.; Buenos Aires: Ed. Plus Ultra, Argentina, 1974.

DEL PIAZZO E., Carlos. **Derecho administrativo uruguayo**. 1ª. ed.; Ed. Porrúa, Universidad Autónoma de México, México, 2005.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto et.al. **Compendio de derecho administrativo**. 3ª. ed.; México, 1999.

DROMI, José Roberto. **Instituciones del derecho administrativo**. 5ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. de Palma, 1973

FRAGA, Gabino. **Derecho Administrativo**. 14ª. ed.; Ed. Porrúa, México, DF, 1985.

GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael. **Sistemas de Organización en la Administración Pública**. Facultad de Derecho, Universidad de San Carlos de Guatemala, (s.e.), Guatemala, 1992.

GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael. **La Relación Funcional**. Facultad de Derecho, Universidad de San Carlos de Guatemala, (s.e.), Guatemala, 1992.

GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael. **Los Actos Administrativos**. Facultad de Derecho, San Carlos de Guatemala, (s.e.), Guatemala, 1992.

- GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael. **Los Servicios Públicos y los Contratos Administrativos.**
Facultad de Derecho, San Carlos de Guatemala, (s.e.), Guatemala, 1992.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, **Derecho Procesal Administrativo.** 2t.; 2ª ed.; Madrid, Ed. Instituto de Estudios Políticos, España, 1966.
- GORDILLO, Agustín. **Derecho administrativo.** 2º t.; 4ª. ed.; Fundación de Derecho Administrativo. (s.e.), Buenos Aires, Argentina, 2000.
- GORDILLO, Agustín. **Derecho administrativo, parte general.** 1er.t.; 4ª. ed.; Fundación de Derecho Administrativo. (s.e.), Buenos Aires, Argentina, 2000.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** (s.e), Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1987.
- PENAGOS, Gustavo. **Curso de derecho administrativo.** 1er.t.; 2ª. ed.; Ed. Eliasta; Carácas, Venezuela. 1987.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Derecho administrativo español.** 1ª. ed.; Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. **Derecho administrativo general y colombiano.** 4ª. ed.; Ed. Temis; Bogotá, Colombia, 2005.
- ROMERO ACOSTA, Miguel. **Teoría general del derecho administrativo.** 10a.ed.; Ed. Porrúa; México. 2000
- SERRA ROJAS, Andrés. **Derecho administrativo.** (Primer Curso); 23ª ed. Ed. Porrúa; México D.F., 2002.

Legislación:

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

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Ley de Orden Público. Decreto 7 de la Asamblea Nacional Constituyente, 1966.

Ley del Organismo Ejecutivo. Decreto 114-97 del Congreso de la República, 1997

Ley de lo Contencioso-Administrativo. Decreto Gubernativo 119-96 de 1996 y sus Reformas

Ley de Servicio Civil. Decreto 1748 del Congreso de la República, 1968.

Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89 del Congreso de la República, 1989.

Código Tributario. Decreto 6-91, del Congreso de la República de Guatemala, 1991.

Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial.