

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

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL ADMINISTRATIVO

JORGE ALEJANDRO LIMA ALDANA

GUATEMALA, JULIO DE 2011

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

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL ADMINISTRATIVO

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JORGE ALEJANDRO LIMA ALDANA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, julio de 2011

**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. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Mario Estuardo de León Alegría
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Galvez
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo
Vocal:	Lic. Hector René Marroquin Aceituno
Secretaria:	Licda. Claudia Mercedes Hernandez Escalante

Segunda Fase:

Presidente:	Licda. Ileana Noemí Villatoro Fernandez
Vocal:	Lic. Menfil Osberto Fuentes Pérez
Secretario:	Lic. Hector Osberto Orozco y Orozco

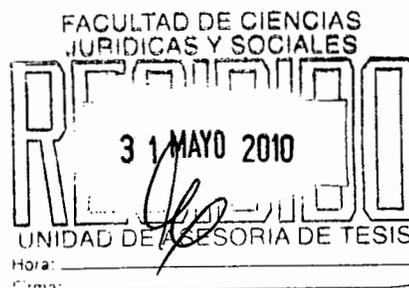
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis.” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del examen General Público).

Licenciado Wilber Estuardo Castellanos Venegas
Abogado y Notario
colegiado 7706



Guatemala, 17 mayo de 2010

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



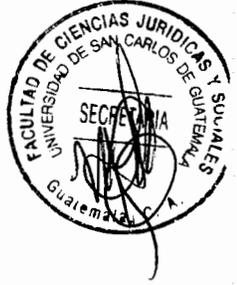
Jefe de la Unidad De Asesoría de Tesis:

Hago de su conocimiento que de conformidad con nombramiento de fecha once de mayo de dos mil diez, procedí a la asesoría del trabajo de tesis del Bachiller Jorge Alejandro Lima Aldana, que se intitula: **"SUPERINTENDENCIA DE CONTROL ADMINISTRATIVO"**. Por lo cual le manifiesto lo siguiente:

1. Después de asesorar la tesis, la cual abarca un contenido jurídico, doctrinario y legal relacionado con el derecho administrativo, en el cual se determinaron los aspectos jurídicos y legales que dentro del actual sistema de control administrativo de la gestión de administración pública, este carece de un órgano autónomo e independiente, que conozca y resuelva los recursos planteados por los administrados en contra de las resoluciones administrativas originarias.
2. Durante el desarrollo de la tesis fueron empleados los siguientes métodos de investigación: analítico, con el que se explicó la necesidad de crear una superintendencia de control administrativo; el sintético que estableció el por qué la creación de un órgano exclusivo en esta materia; el deductivo, señaló y explicó la necesidad del derecho administrativo, su importancia y la problemática en Guatemala derivada por la falta de control de las actuaciones y resoluciones de la administración pública; el inductivo en el cual se conoce los mecanismos de control administrativo, sus principios y procedimientos; y el científico, el cual se aplicó a lo largo del cuerpo de la tesis.
3. Se utilizaron las técnicas directas de entrevistas estructurada y no estructurada y las técnicas indirectas como bibliográficas y documentales. Con las cuales se recopiló ordenadamente la información doctrinaria y legal necesarias para el desarrollo del

Sera avenida 13- 62 zona 1 Tel. 22304830

Licenciado Wilber Estuardo Castellanos Venegas
Abogado y Notario
colegiado 7706



trabajo de tesis. Además se tiene que anotar que la redacción utilizada es la adecuada.

4. La tesis es un aporte científico para la bibliografía guatemalteca, y señala la importancia del estudio de los aspectos informantes de la necesidad del Estado de Guatemala de crear una entidad estatal independiente y autónoma, cuya función principal sea conocer y resolver el recurso único de reconsideración interpuesto durante la fase administrativa en contra de la gestión de la administración pública.
5. La conclusiones y recomendaciones se relacionan directamente con el contenido de los capítulos, siendo la bibliografía que se utilizó la acorde y se relaciona con las citas bibliográficas.
6. En el desarrollo de la tesis demuestra empeño y en forma personal me encargué de guiar al sustentante en las distintas etapas del proceso de investigación, empleando los métodos y técnicas señaladas.

Con motivo de lo anotado, la tesis efectivamente reúne los requisitos legales que establece el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público, pudiendo proceder a la emisión del **DICTAMEN FAVORABLE** para que pueda continuar con el trámite correspondiente, previo a optar el grado académico de Licenciado en Ciencia Jurídicas y Sociales.

Atentamente:

LICENCIADO Wilber Estuardo Castellanos Venegas
Asesor de Tesis
Colegiado 7706

Lic. Estuardo Castellanos Venegas
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



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

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **JORGE ALEJANDRO LIMA ALDANA**, Intitulado: "SUPERINTENDENCIA DE CONTROL ADMINISTRATIVO".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y 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



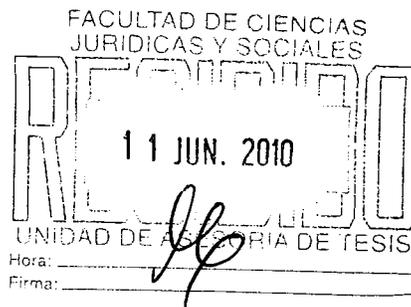
cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh.

Licenciado Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario
colegiado 6220



Guatemala, 10 de Junio de 2010

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



Jefe de la Unidad De Asesoría de Tesis
Lic. Castillo Lutín:

De manera atenta y respetuosa me permito comunicarle que atendiendo a la providencia emanada por la unidad a su cargo, con fecha veintidós de enero del presente año, he cumplido con la función de revisor de tesis del estudiante: **JORGE ALEJANDRO LIMA ALDANA**, cuyo trabajo intitula **“SUPERINTENDENCIA DE CONTROL ADMINISTRATIVO”**. Para lo cual, me permito emitir el siguiente dictamen:

He realizado la revisión de la investigación, la cual analiza ciertas situaciones que se están dando dentro del Derecho Administrativo guatemalteco; y en su oportunidad sugerí cambios de fondo y forma, algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, mismas que considere oportunas, para una mejor comprensión del tema abordado por el estudiante; cabe destacar que la redacción de la misma es clara, adecuada y con el léxico jurídico correcto.

Considero, además, que el trabajo relacionado constituye un aporte de contenido científico y técnico, esto como consecuencia de la importancia que actualmente se requiere para la implementación de controles de carácter administrativo. Pues la tesis revisada aborda temas de suma trascendencia en el ámbito del derecho administrativo, y la correcta resolución de los recursos.

Zona avenida 13- 62 zona 1 Tel. 22327936

Licenciado Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario
colegiado 6220



el bachiller Lima Aldana, para el desarrollo del trabajo en mención utilizó la metodología y técnicas de investigación siguientes: Método inductivo, deductivo, sintético y analítico. Es de mencionar que la bibliografía consultada fue de autores nacionales e internacionales.

Las conclusiones y recomendaciones a que arriba el estudiante, son congruentes con el contenido de la investigación de mérito, para lograr el objetivo que se ha planteado en su plan de trabajo, determinando la veracidad de la hipótesis formulada; asimismo, y como ya se mencionó la bibliografía utilizada es acertada y actualizada, por lo tanto, es procedente que el presente trabajo de tesis sea aprobado y por consiguiente pueda ser sometido a su discusión, en el examen público de tesis. En virtud de lo anterior, y habiéndose cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE**.

Deferentemente,


Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario
Revisor de Tesis
Colegiado No. 6220

Zona avenida 13- 62 zona 1 Tel. 22327936



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, tres de mayo del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JORGE ALEJANDRO LIMA ALDANA, Titulado SUPERINTENDENCIA DE CONTROL ADMINISTRATIVO. 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.

effb

[Handwritten signature]



[Handwritten signature]



1305/19R

DEDICATORIA



- A DIOS:** Por estar siempre junto a mí llenándome de bendiciones
- A MIS PADRES:** Por apoyarme tanto en el largo camino de mi educación, esto es por ustedes y para ustedes
- A MI FAMILIA:** Por haber estado allí siempre dispuestos a ayudarme
- A MIS AMIGAS Y AMIGOS:** Ya que con ustedes la universidad fue una experiencia inolvidable
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme abierto las puertas del conocimiento y darme la oportunidad de aportar algo a la patria.



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derecho administrativo.....	1
1.1. La función administrativa del estado.....	7
1.2. Los servicios públicos.....	11

CAPÍTULO II

2. Límites del poder público a través del control.....	19
2.1. El poder público.....	21
2.2. Separación de poderes en el Estado moderno.....	27
2.3. Teoría de división de poderes.....	28
2.4. Control del poder público.....	32
2.5. La imparcialidad en el control administrativo.....	35
2.6. Actos discrecionales y administración pública.....	40
2.7. La función del control.....	45

CAPÍTULO III

3. El recurso administrativo como medio de control.....	49
3.1. Definición, características y objeto de los recursos administrativos.....	51
3.2. El recurso administrativo como medio de control directo.....	55
3.3. Ventajas e inconvenientes de los recursos administrativos.....	57
3.4. Unificación de los recursos administrativos.....	59
3.5. El recurso administrativo y la tutela judicial efectiva.....	60
3.6. Los recursos administrativos en la legislación guatemalteca.....	61



CAPÍTULO IV

Pág.

4. Análisis y propuesta de creación de la Superintendencia de Control Administrativo.....	69
4.1. Justificación creación y principios que regiran la superintendencia.....	71
4.2. Organización de la superintendencia.....	74
4.3. Régimen económico y financiero.....	77
4.4. Regionalización de sede.....	77
4.5. Cuestiones generales sobre el trámite del proceso de control administrativo	78
4.6. Trámite del recurso único de reposición.....	79
4.7. Iniciativa de ley para la creación de la Superintendencia de Control Administrativo.....	82
CONCLUSIONES.....	87
RECOMENDACIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	91



INTRODUCCIÓN

En Guatemala, actualmente existe dentro de la administración pública ilegalidades en la solución de los conflictos de carácter administrativo con los particulares, dentro de las cuales está la falta de objetividad, imparcialidad, y rapidez de las autoridades administrativas para resolver los conflictos derivados de un proceso administrativo.

La Ley de lo Contencioso Administrativo, regula lo concerniente a los recursos de revocatoria y reposición, respectivamente. El primero se interpone en contra de resoluciones dictadas por autoridad administrativa que tenga superior jerárquico dentro de la entidad estatal. Y el segundo, en contra las resoluciones dictadas por las autoridades administrativas superiores de cada entidad.

Lo anterior genera falta de objetividad e imparcialidad, toda vez que, la autoridad que emite la resolución originaria es la misma que conoce y resuelve el recurso que la impugna. Esto, por lo general, concluye en obtener dos resoluciones en un mismo sentido. En consecuencia, el administrado apela ante un órgano administrativo que mantiene, en la mayoría de los casos, un criterio inmutable, sin importar que éste sea arbitrario.

Bajo el actual sistema de control de la gestión administrativa, no se cumple con una fiscalización imparcial ni objetiva. Por lo que puede decirse que dicho control es anulado por un proceso carente de un órgano independiente de supervisión de actos y resoluciones administrativas de la administración pública.

La hipótesis a comprobar en la presente tesis es la siguiente: La falta de creación de una superintendencia de control de actos y resoluciones administrativas por parte del Estado de Guatemala, ya que existen arbitrariedades en las resoluciones administrativas y en los recursos a través de los cuales éstas se impugnan.



Uno de los objetivos de la presente tesis es: Presentar una tesis novedosa que constituya un aporte científico y objetivo a las ciencias jurídicas y sociales, para que así el Estado de Guatemala tome como antecedente la investigación realizada y le sirva de fundamento para crear la Superintendencia de Control Administrativo.

En ese sentido, el presente trabajo pretende principalmente: Desarrollar la problemática planteada, respecto a que el actual sistema de control administrativo de la gestión de administración pública, carece de un órgano autónomo e independiente, que conozca y resuelva los recursos planteados por los administrados en contra de las resoluciones administrativas originarias. Así también, proponer como solución, la creación de una Superintendencia de Control Administrativo, con criterio objetivo e imparcial para resolver la problemática. Consecuentemente, determinar la factibilidad y viabilidad de la propuesta.

La tesis se divide en cuatro capítulos, siendo estos los siguientes: El primero desarrolla, el derecho administrativo; el segundo, límites al poder público a través del control; el tercero, el recurso administrativo como mecanismo de control; y el cuarto, análisis y propuesta de creación de la superintendencia de control administrativo

De igual manera, es conveniente referir que los métodos empleados a lo largo de la realización de la presente investigación, fueron diversos, según el estado de su desarrollo, es por lo mismo que los métodos utilizados fueron los siguientes: El deductivo, el inductivo, el analítico, y las técnicas de investigación documentales y bibliográficas.

Por lo anterior, es necesario ahondar en el tema y la problemática, a fin de determinar la pertinencia, legalidad y viabilidad de crear una Superintendencia de Control Administrativo; con competencia en todo el territorio de la República y autonomía funcional; sus facultades específicas serían conocer y resolver los recursos administrativos únicos de reposición interpuestos en contra de actos y resoluciones de la Administración.



CAPÍTULO I

1. Derecho administrativo

Abordar un tema como el derecho administrativo, representa una tarea extensa para la investigación, debido a la característica cambiante y renovadora de las normas que lo constituyen. Sin embargo, en el presente trabajo de investigación, se dejará una noción acertada de lo que éste significa para el ordenamiento jurídico; ya que, siendo esta rama del derecho, el principal pilar sobre la cual se sostiene el manejo de la administración pública, en el sentido del uso de los recursos del Estado a través de la prestación de los servicios públicos, considero que es de suma importancia conocer de su contenido, así como las fuentes que dan origen al conjunto de normas que lo integran.

En este sentido, se trató el tema del derecho administrativo a través de las distintas instituciones que lo conforman, aunque de manera somera, pero sin dejar de enfatizar la importancia de su objeto de estudio, para lo cual se plantea de la forma que a continuación se describe.

Las forma de definir las ramas del derecho, varían de acorde a los distintos autores que las elaboran, así como, atendiendo a los distintos ordenamientos jurídicos existentes. Para los efectos de la presente investigación, se recopilan algunas definiciones, que a mi entender, son las que más se adaptan a lo que el derecho administrativo significa para el ordenamiento jurídico.

El derecho administrativo, enfrenta en la actualidad una auténtica crisis de crecimiento, que hace necesario que su definición tenga la flexibilidad y el dinamismo suficientes para captar la realidad histórica de cada país.

La evolución del Estado, y el correlativo abandono del principio de no injerencia, han originado el nacimiento de un conjunto de instituciones y técnicas que han ido modelándose en un proceso de alejamiento progresivo de los principios del derecho privado, que en un primer momento constituyeron la plataforma para su desarrollo.

El doctor German Bidart Campos, afirma que: “La intervención del Estado debe regirse siempre por el principio de la suplencia o subsidiariedad Resulta prácticamente imposible definir al Derecho Administrativo sobre la base exclusiva de la noción de Administración Pública.

No puede considerárselo como el derecho de la Administración (en sentido órgano). La realidad admite la transferencia de funciones estatales a entes que, aunque no revistan formas jurídicas privadas, no integran la administración. La idea de Derecho Administrativo es preexistente a la de la Administración, y debe ser definido como una rama sustantiva del derecho, en función de la materia.”¹ sic.

Por ello, considero que el derecho administrativo, es completamente una consecuencia que se da en base a la administración del Estado, ya que la regula en todos sus ámbitos.

¹ Bidart Campos, German. *La función administrativa estatal*, pág. 18.



El jurista argentino Roberto Dromi, lo define de la siguiente forma: “El derecho administrativo es el conjunto de normas y principios que regulan y rigen el ejercicio de una de las funciones del poder, la administrativa. Por ello, podemos decir que el derecho administrativo es el régimen jurídico de la función administrativa y trata sobre el circuito jurídico del obrar administrativo.”²

Es importante señalar los conceptos que de esta definición se desprenden, tales como: Normas, principios, poder y función administrativa; los cuales constituyen las instituciones que conforman el derecho administrativo y que serán explicadas en el transcurso del presente trabajo de investigación.

Retomando el tema de las formas de definir esta rama del derecho, es importante citar la definición del jurista Rafael Bielsa, quien lo define de la siguiente manera: “El derecho administrativo es la rama del derecho que se encarga de la regulación de la administración pública. Se trata por lo tanto del ordenamiento jurídico respecto a su organización, sus servicios y sus relaciones con los ciudadanos... puede enmarcarse dentro del derecho público interno y se caracteriza por ser común (aplicable a todas las actividades municipales, tributarias, etc.); autónomo (porque tiene sus propios principios que lo rigen); local (está vinculado a la organización política de la región) y exorbitante (excede el ámbito del derecho privado y no considera un plano de igualdad entre las partes, ya que el Estado tiene más poder que la sociedad civil).”³

² Dromi, Roberto. **Manual de Derecho Administrativo**, pág. 125.

³ Rafael Bielsa. **Principios del derecho administrativo**, pág. 38.



En este concepto, el profesor Bielsa, delimita una serie de características que le son propias al derecho administrativo, de las cuales son recalcadas la exorbitación de sus normas, ya que en éstas, el Estado adquiere una personalidad que rebasa en poder a la sociedad civil, lo cual no debe confundirse con abuso.

Ya que como suponía Aristóteles: El Estado no es más que el pueblo, pues es éste quien lo constituye; lo cual conduce a la idea que, siendo el Estado constituido como un tipo de organización social creado por una comunidad de personas (sociedad civil), para la organización y control de su sociedad, éste depende directamente de la voluntad de dicha comunidad, la cual delega en sus autoridades la administración del mismo. Por tanto, se debe entender que el Estado no existiría sin la voluntad de las personas que lo conforman.

De igual manera, el tratadista Guillermo Cabanellas, al definir el derecho administrativo, lo hace de la manera siguiente: "El derecho administrativo. Aunque algunos nieguen el carácter de ciencia jurídica al Derecho Administrativo, la expresión evoca un concepto bien perceptible para los juristas."⁴

Otra de las definiciones importantes es que el derecho administrativo, es el conjunto de normas reguladoras de las instituciones sociales y de los actos del Poder Ejecutivo para la realización de los fines de pública utilidad.

⁴ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**, pág. 130.

Es importante para el presente trabajo de investigación hacer mención de la definición anterior, debido a que ésta se señala la finalidad que conlleva esta rama del derecho, como lo es la realización de los fines de utilidad pública, lo que comúnmente se llama, el bien común.

El derecho administrativo, como bien se ha observado en las definiciones citadas, se constituye como un conjunto de normas que rigen a la administración pública, pero su finalidad recae en la obtención de un bien común para todos los particulares que constituyen la población hacia la cual se dirigen sus normas, un bien común al que se llega por medio de la prestación de los servicios públicos, los cuales constituyen el vehículo o el medio del cual depende el Estado para lograr dicho objetivo.

Para German Bidart Campos, el derecho administrativo es: “Aquella parte del derecho público interno que regula la organización y las funciones de substancia administrativa, legislativa y jurisdiccional del Órgano Ejecutivo, las funciones administrativas y de los restantes órganos que ejercen el poder del Estado (Legislativo y Judicial) públicas o privadas y, en general, todas aquellas actividades realizadas por personas a quienes el ordenamiento les atribuye potestades de poder público derogatorias o exorbitantes del derecho privado. Aun cuando no sean personas administrativas.”⁵

El jurista guatemalteco Hugo Haroldo Calderón Morales, de quien sus textos constituyen un aporte importante para el entendimiento del derecho administrativo guatemalteco, haciendo una síntesis de su trabajo, lo define de la siguiente manera: “El

⁵ Bidart Campos, German. Ob. Cit., pág. 28.



derecho administrativo, es una rama del derecho publica que estudia al conjunto de principios, instituciones, doctrinas, normas jurídicas que regulan la función administrativa del Estado (consiste en todas las actividades que el Estado realiza para alcanzar el bien común, administrando los recursos del Estado, prestando los servicios públicos y de esta manera alcanzar el bien común), la relación de la administración pública con los particulares (consiste en la relación directa del Estado con los particulares en la prestación de los servicios públicos), las relaciones Inter-orgánicas (conjunto de relaciones que se dan entre los distintos órganos que conforma la administración pública del Estado) y los mecanismos de control (son todos aquellos mecanismos con los que cuentan los particulares y la misma administración pública para verificar la juricidad y la legalidad de los actos y resoluciones administrativas).⁶sic.

Siendo ésta la más acertada de las definiciones citadas, por, adecuarse completamente al ordenamiento jurídico guatemalteco y como se da la administración pública en Guatemala.

Es importante señalar, que la definición anterior, se constituye de una serie de conceptos que serán analizados en el desarrollo del presente trabajo; conceptos que ofrecen una capitulación del contenido de esta rama del derecho.

⁶ Calderón Morales, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo I**, pág. 75.



1.1 La función administrativa del Estado

A manera de introducción, con la finalidad de comprender la raíz de la función administrativa, es necesario señalar que la concepción doctrinaria de la separación de poderes, ésta aparece por primera vez en la historia con Montesquieu y su obra célebre el espíritu de las leyes, publicada en 1748. La teoría constituye un alegato contra la concentración del poder y la defensa de los derechos individuales, y está fundamentalmente orientada a la clásica división tripartita del poder en Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Parte del reconocimiento que todo órgano que detenta poder tiende naturalmente a instaurar un sistema de frenos y contrapesos sobre la base de la asignación de porciones del poder estatal (ejecutivo, legislativo y judicial), suponiendo que el equilibrio resultante debe asegurar la libertad del hombre.

En realidad la separación de poderes no es estricta en la actualidad. En el orden de la realidad lo que ocurre es que cada órgano en quien se distribuye el poder estatal tiene asignada una de las funciones señaladas como competencia predominante, sin que esa prevalencia se oponga a la acumulación (en forma entremezclada) de funciones materialmente distintas.

El valor actual de la tesis de Montesquieu, consiste fundamentalmente en los principios de coordinación, equilibrio y especialización que la nutren.



Según German Bidart Campos: “se quiebra el principio divisorio, entendido a la manera clásica, a raíz de que no pueden ya identificarse de una manera estricta los aspectos substanciales, orgánico y formal de los actos estatales.”⁷

A partir de las formulaciones doctrinarias originarias de Montesquieu, se produjo un fenómeno de ampliación progresiva, con avances y retrocesos, de las competencias del Estado y de la administración, convirtiéndose ésta en un órgano complejo que cumple con múltiples actividades, aparte de la acepción estrictamente orgánica o subjetiva de la administración pública, es decir, del complejo de órganos y sujetos encuadrados en el Poder Ejecutivo, cabe referirse a ella también con un alcance y sentido funcional.

Considerada como actividad, resulta útil para diferenciarla de las restantes funciones del Estado y caracterizar un tipo de actividad: el acto administrativo, sometido a un régimen de derecho público, exorbitante del derecho privado.

Bidart campos, expone que las distintas concepciones acerca de la función administrativa giran principalmente en torno a la actividad, y para el efecto, señala los siguientes criterios: “el primero, los criterios subjetivos u orgánicos, el segundo, el criterio objetivo o material y el tercero, el criterio material.”⁸

Los criterios subjetivos u orgánicos consideran a la función administrativa o administración pública como toda o la mayor parte de la actividad, que realiza el Poder

⁷ Bidart Campos, German. *Ob. Cit.*, pág. 42.

⁸ *Ibid.*, pág. 53.



Ejecutivo. La administración, constituye un sector o zona de la actividad que despliega el Poder Ejecutivo.

El criterio objetivo o material, se funda en el reconocimiento de las actividades materialmente administrativas no sólo del poder ejecutivo, sino también de los órganos Legislativo y Judicial. Las notas que caracterizan a la administración son fundamentalmente la concreción, inmediatez y continuidad.

El criterio material, se define como aquella actividad que en forma inmediata, permanente, concreta, práctica y normalmente espontánea desarrollan los órganos estatales para alcanzar el bien común, conforme a regímenes jurídicos de derecho público.

Algunos autores añaden una actividad práctica y normalmente espontánea, ejemplo de esto, lo ofrece Marienhoff, quien expone que la función administrativa del Estado, constituye una actividad permanente, concreta y práctica del Estado, que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social. En el aspecto teleológico, debe orientarse en la realización del bien común. Deben excluirse de la noción de función administrativa en sentido material, todas aquellas actividades reguladas tradicionalmente por el derecho privado, especialmente la actividad industrial o comercial.

En el ordenamiento jurídico, siendo Guatemala un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de



sus libertades; con un sistema de gobierno republicano, democrático y representativo, según está normado en el Artículo 140 de la Constitución Política de la República de Guatemala, asimismo en el Artículo 141 norma que, no obstante a que la soberanía radica en el pueblo, éste la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, quedando prohibida la subordinación entre los mismos.

En ese orden de ideas, es lógico que cada organismo posee una función administrativa dentro de la esfera de su competencia, empero, administrar los recursos del Estado, es una función que le compete al Organismo Ejecutivo, lo cual se fundamenta en el Artículo 183 de la Carta Magna, el cual, en su parte conducente establece: "Funciones del Presidente de la República. Son funciones del Presidente de la República: ...q) Administrar la hacienda pública con arreglo a la ley."

Como parte de la función administrativa del Estado, se encuentra también la hacienda pública, la cual es definida por Roberto Dromi, en su manual de derecho administrativo de la siguiente forma: "Conjunto de órganos de la administración de un Estado encargados de hacer llegar los recursos económicos a las arcas del mismo, así como a los instrumentos con los que dicho Estado gestiona y recauda los tributos. Engloba tanto los ingresos como los gastos, lo cual supone tanto la planificación de los tributos y demás ingresos del estado (precios públicos, loterías, sanciones, etc.), como la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado para su aprobación por el órgano correspondiente (Congreso, Parlamento u otro). La Hacienda Pública depende



normalmente del Ministerio de economía y hacienda (aunque esto dependerá de la organización del Gobierno por la que se opte)⁹ sic.

Para prestar un servicio, es necesario tener los medios que permitan cumplir con el mismo. En arreglo con el enunciado anterior, se entiende que, para que el Estado pueda prestar los servicios públicos, según el autor guatemalteco Hugo Calderón, son entendidos estos como: “El medio o vehículo que posee el Estado para alcanzar el bien común”¹⁰, es necesario que cuente con los recursos necesarios para llevarlos a cabo; y la forma de obtener estos recursos, es a través de la recaudación de los impuestos o lo que se denomina: La hacienda pública.

Con esto se pudo concluir que, siendo los tributos o la hacienda pública, el medio por el cual el Estado obtiene los recursos para prestar los servicios públicos, corresponde a éste su administración; y de acuerdo con la Constitución Política de la República, esa función administrativa es competencia del Organismo Ejecutivo, a través del presidente de la república, quien actúa en Consejo de Ministros.

1.2 Los servicios públicos

Habiendo observado anteriormente, aunque de manera somera, lo que se entiende por servicio público, se considera que es importante profundizar sobre la naturaleza de los mismos, ya que constituyen el eslabón que une a las autoridades del Estado con la población.

⁹ Dromi, Roberto. **Manual de derecho administrativo**, pág. 201.

¹⁰ Calderón Morales, Hugo Haroldo. **Ob. Cit.**, pág. 63.



En ese orden de ideas, cuando se trata el tema de los servicios públicos, se hace referencia a las prestaciones que cubren necesidades públicas o de interés comunitario, que fundamentan las funciones-fines del Estado, de ejecución *per se* o por terceros, mediando concesión, licencia, permiso, autorización o habilitación, pero siempre bajo fiscalización estatal. Es decir, puede tratarse de la provisión de agua, luz, gas, teléfonos, como de la prestación de servicios de educación, salud, farmacia, taxis, bomberos, etc.

La Constitución Política de la República de Guatemala, al imponer a las autoridades el deber primordial de obtener el bien común como fin supremo, así como la obligación de orientar la economía nacional para lograr la utilización de los recursos naturales y el potencial humano, para incrementar la riqueza y tratar de lograr el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional, está reconociendo el derecho de los ciudadanos a un nivel de prestación adecuado, al mejoramiento de las condiciones de vida.

La prestación de servicios públicos por parte del Estado, es vista por una parte, como una doctrina de servicios, y por otra, una actividad o función estatal. En cuanto al término público, las tendencias doctrinales se dividen de acuerdo con la condición del sujeto titular (personas públicas); el fin del servicio (público); el régimen jurídico al que se somete (derecho público); los destinatarios o usuarios (el público).

En relación a la prestación de servicios públicos por parte del Estado, Roberto Dromi, opina: "El servicio público... presentará los mismos caracteres jurídicos que exhibe la

función pública. Estos se impondrán cuando más intensa, más general es la necesidad pública que los crea... por eso debe organizarse un régimen administrativo que responda a esa necesidad y la satisfaga en forma continua".¹¹

Entonces, ¿Qué relación guardan los servicios públicos con la función administrativa?, al respecto, considero que los servicios públicos se encuentran dentro de las funciones administrativas.

El servicio público trata de las prestaciones públicas o cometidos estatales que condicionan las funciones-fines del Estado, de ejecución *per se* o por terceros, bajo regulación y fiscalización estatales.

Al ser analizadas las definiciones de servicio público formuladas por la doctrina, en todas ellas existe un denominador común de prestación técnica para satisfacción de una necesidad pública, a cargo de un ente público o privado, con una organización regulada por la autoridad pública.

En consecuencia, el servicio público es un medio para un fin próximo o para un fin mediato (el bien común), que se traduce en actividades públicas, con forma de obra, función o prestación de interés público y con un régimen jurídico de derecho administrativo, común a todo el quehacer de la función administrativa.

¹¹ Dromi, Roberto. *Ob. Cit.*, pág. 203.

El Comité para el Estudio y Difusión del Derecho en Latinoamérica (CEDDAL), en el año 2006, han clasificado a los servicios públicos, a la luz de criterios políticos, jurídicos, sociológicos, económicos; de la siguiente manera:

- “Servicios públicos con o sin competencias administrativas especiales y/o exorbitantes, es decir, según requieran o no para su prestación el ejercicio de potestades públicas y prerrogativas de poder público.
- Servicios públicos de gestión pública o servicios públicos de gestión privada, en mérito al sujeto titular de la prestación.
- Servicios *uti universi* o *uti singuli*, según tengan por destinatarios, la comunidad o concretos administrados, respectivamente.
- Servicios obligatorios o facultativos, de acuerdo con la exigibilidad, imperiosidad o necesidad de su prestación.
- Servicios propiamente administrativos, industriales, comerciales o sociales, etc., según el régimen jurídico y el grado de aplicación de las normas y principios del derecho público.
- Servicios formales o virtuales, según contengan norma declarativa o no de servicio público.
- Servicio público propio o impropio, según lo preste el Estado o alguna persona privada, mediando simplemente autorización, permiso o habilitación estatal, según el caso. Estos últimos son actividades individuales de interés público (ejemplo: el dictamen).”¹²

¹² Universidad Francisco Marroquín. **Contenido internacional del derecho administrativo y la gestión pública.** Pág. 45.



Tanto los servicios públicos como la función administrativa, poseen las mismas características, y solo varían en relación al sujeto que las lleva a cabo según la esfera de la competencia en donde se desenvuelva. Al respecto se citan las siguientes características: Continuidad, regularidad, uniformidad, generalidad y obligatoriedad.

- 1) Continuidad: La continuidad del servicio, indica que éste debe prestarse toda vez que la necesidad que cubre se haga presente, es decir, que se efectúe oportunamente.

Para Roberto Dromi, esa continuidad, debe entenderse en dos sentidos: "Hay servicios que por la necesidad colectiva que satisfacen, no pueden ser interrumpidos, por ejemplo la provisión de agua potable, electricidad, etc.; en estos casos estamos en presencia de continuidad absoluta. También puede hablarse de continuidad relativa cuando el servicio no se presta ininterrumpidamente, sino en determinados momentos, como por ejemplo el servicio de bomberos, el de instrucción primaria, etc."¹³

No obstante, los dos tipos de continuidad, se considera que el principio hay que mantenerlo inalterado, pues dada la necesidad colectiva del servicio, éste debe prestarse.

- 2) Regularidad: Se debe distinguir entre regularidad y continuidad, regularidad significa que el servicio debe prestarse conforme a reglas preestablecidas o a

¹³ Dromi, Roberto. *Ob. Cit.*, pág. 204.



determinadas normas; la continuidad significa que el servicio debe prestarse de manera ininterrumpida.

La regularidad habla del ritmo y equilibrio con que se presta el servicio, la continuidad hace referencia a la no paralización o suspensión. La primera se refiere, por ejemplo, al horario en la prestación del servicio. La segunda a que no se interrumpa el servicio.

3) Uniformidad: Por uniformidad se debe entender la igualdad de trato en la prestación. Según el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la igualdad en la prestación de los servicios públicos es el derecho de exigir y recibir el servicio en igualdad o uniformidad de condiciones, sin discriminación, ni privilegios. Deriva del principio constitucional de igualdad ante la ley.

La igualdad de trato para los usuarios de un determinado servicio, es regla general que no admite excepciones, cualquiera sea la naturaleza del servicio de que se trate.

4) Generalidad: la generalidad significa que el servicio puede ser exigido y usado por todos los habitantes, sin exclusión alguna.

El servicio se establece para satisfacción de una necesidad general o colectiva. Se trata de prestaciones de interés comunitario.



Al respecto, Hugo Calderón opina: "Frente al derecho subjetivo de exigir la prestación del servicio por parte del usuario, existe la obligación jurídica del Estado, o del particular autorizado (concesionario) que lo tiene a su cargo, en su caso, de prestarlo conforme a la necesidad del uno y a la propia naturaleza implícita en todo servicio público".¹⁴

- 5) **Obligatoriedad:** Es inherente al servicio, por su propia naturaleza, la obligatoriedad de la prestación, que se corresponde con el derecho subjetivo del usuario de exigirla.

Por su parte, el usuario no está, en principio, obligado a usar el servicio, excepto en algunos casos en que por el fin que el Estado persigue, el servicio es el instrumento idóneo para alcanzar aquel fin; por ejemplo, la instrucción primaria, que tiende al fin de la educación; la provisión de agua potable y las conexiones cloacales, que persiguen objetivos de salubridad e higiene. En tal sentido Dromi, señala que: "El derecho subjetivo del usuario de usar del servicio público, se funda en la obligación del Estado de tutelar el interés público y darle satisfacción. La obligatoriedad y generalidad propios de los servicios públicos, son fundamento del derecho de ese sujeto (usuario) a utilizar tal servicio"¹⁵

Por todo ello concluyo, que se ha definido al derecho administrativo como la rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta.

¹⁴ Calderón, Hugo. *Ob. Cit.*, pág. 78.

¹⁵ Dromi, Roberto. *Ob. Cit.*, pág. 204.



Es una rama del derecho público, o sea, que es una rama del conocimiento o una disciplina científica; dentro de la distinción entre derecho público y privado, forma parte del primero, éste estudia el ejercicio de la función administrativa, por lo que debe recordarse aquí que función administrativa es toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos 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.



CAPÍTULO II

2. Límites al poder público a través del control

El poder público, es la potestad constitucional, basada en la soberanía popular de la cual deriva, para el ejercicio de la voluntad colectiva por parte del Estado, a través de legítimos representantes elegidos para tal fin por medio del sufragio.

Sergio Salazar Cueva, en su publicación Teoría del Estado expresa que: “La noción de soberanía está consustanciada con la de Poder Público, en tanto que éste se deriva de la primera, entendiendo por soberanía la potestad originaria de autodeterminación, sin que exista frente ésta otra potestad superior salvo los casos en que la misma soberanía lo admite, como por ejemplo el respeto hacia los derechos humanos”.¹⁶

Esa suprema autoridad del pueblo se ejerce, por delegación, a través de los órganos del poder público y las normas de procedimiento que para ello establece la Constitución.

La Constitución Política de la República de Guatemala, en los Artículos 152 y 154 regula, acerca del poder público, lo siguiente:

¹⁶ Salazar Cueva, Sergio. *Teoría del estado*, pág. 76.



Artículo 152: "Poder Público. El poder proviene del pueblo. Su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por esta Constitución y la ley. Ninguna persona, sector del pueblo, fuerza armada o política, puede arrogarse su ejercicio".

Artículo 154: "Función pública; sujeción a la ley. Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella. Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido político alguno. La función pública no es delegable, excepto en los casos señalados por la ley, y no podrá ejercerse sin prestar previamente juramento de fidelidad a la Constitución".

Y con respecto a la soberanía, la Constitución establece en el Artículo 141 que: "La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La subordinación entre los mismos, es prohibida".

El poder público es intrínsecamente limitado. El poder está sólo para ser controlado, pero solamente el poder controla al poder. La clave del ejercicio del poder, reside en la auto limitación del poder, para lo cual se aplica un sistema de frenos y de pesos y contrapesos que permite, tal como lo expresó Montesquieu en L'Esprit des Lois "le pouvoir arrête le pouvoir" (el poder debe limitarse mediante el poder mismo). Se ha señalado que el aristócrata francés cargó más el acento sobre la idea del equilibrio que sobre la separación, precisamente como mecanismo de limitación y control del abuso del poder.



A continuación, son desarrollados brevemente los temas relacionados con el poder, la teoría de frenos y contrapesos, en consonancia con los límites al poder y de los actos discrecionales de la administración pública.

2.1 El poder público

El poder tal como indica Georges Burdeau, en su obra *El poder*: “es una fuerza al servicio de una idea”.¹⁷

Un pueblo que habita en un territorio, requiere de cierta organización para actuar en conjunto. De tal modo, la sociedad se organiza políticamente, surge el Estado. En el seno de esta institución existe organización, lo que implica dirección y normativas que conlleven a sus integrantes, la nación, hacia los fines propuestos, el bien común.

En toda sociedad, es necesario que algunos de sus miembros tengan un poder de mando y un poder de coerción ya que los objetivos propuestos no pueden ser obtenidos por la colaboración espontánea de sus integrantes, se explica entonces, la necesidad de que algunos gobiernen. De allí surge la necesidad de tener un gobierno.

Georges Burdeau, expresa que: “La necesidad de una autoridad, de un poder, se hace imperiosa en una sociedad política tan compleja como la del Estado. De no existir, se viviría en la anarquía, las personas no sabrían cómo actuar para lograr un orden y una convivencia justa que les permitieran realizar los objetivos comunes en provecho de

¹⁷ Burdeau, Georges. *El poder*, pág. 5.

todos. Surge entonces, como titular de este poder el Estado y no como un individuo determinado".¹⁸

El poder del Estado se caracteriza por ser:

- Originario, su realidad y cualidades son inherentes e inseparables de su existencia.
- Autónomo, no existe otro poder de mayor jerarquía.
- Independiente del exterior, sus decisiones no dependen de fuera del Estado
- Coactivo, posee al monopolio de la fuerza organizada al interior de la sociedad.
- Centralizado, emana de un centro de decisión política al cual la nación está subordinada.
- Delimitado territorialmente, rige en el territorio del Estado y a los habitantes de éste.

El poder público proviene del pueblo. Su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por esta Constitución y la ley.

Ninguna persona, sector del pueblo, fuerza armada o política, puede arrogarse su ejercicio.

El poder político es legal, cuando se somete a la Constitución y las leyes en tanto se transforman en autoridad, cuando no cuenta sólo con la fuerza de coacción, sino que fundamentalmente es obedecido por su legitimidad, por el consentimiento de sus

¹⁸ Burdeau, Georges. *Ob. Cit.*, pág. 8.



ciudadanos, quienes consideran a sus gobernantes e instituciones políticas como buenas, necesarias y justas.

Una cualidad del poder del Estado es la soberanía, en el sentido que dicho poder no admite a ningún otro ni sobre él, ni en concurrencia con él.

La teoría de Montesquieu informaba que los Poderes del Estado son:

- Ejecutivo
- Legislativo
- Judicial

Ana Klein, explica que sin embargo la teoría del Estado moderna informa que el poder es uno y radica en el pueblo, en consecuencia es único, indivisible y delegado en los organismos estatales. Por lo tanto, hoy por hoy, ya no se habla de poderes del Estado sino de organismos del Estado.

La organización del Estado, está integrada por un conjunto de personas jurídicas a cuyo cargo está la realización de las actividades públicas.

Estas personas expresan su voluntad por medio de personas físicas. Es necesario, para el ejercicio de las funciones públicas, que determinados individuos de la especie humana adopten decisiones y emitan manifestaciones de voluntad en nombre de esas personas jurídicas.

Los órganos del Estado, son aquellos instrumentos o medios de que se vale para realizar una determinada función estatal.

Los tres organismos que constituyen el gobierno son:

1) Organismo Ejecutivo

Es el que dirige un país o Estado, está representado a través del presidente de la república. El presidente y vice-presidente, son elegidos directamente para un término de cuatro años, no reelegibles. El presidente es asesorado por el Gabinete de Ministros.

Actualmente existen los siguientes Ministerios:

- Relaciones Exteriores
- Gobernación
- Defensa Nacional
- Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda
- Finanzas Públicas
- Educación
- Economía
- Energía y Minas
- Cultura y Deportes
- Trabajo y Previsión Social
- Agricultura, Ganadería y Alimentación
- Salud Pública y Asistencia Social



- Medio Ambiente y Recursos Naturales

2) Organismo Legislativo

Es quien hace las leyes, está representado a través del Congreso de la República. El parlamento es unicameral, y está conformado por diputados electos por un plazo de cuatro años. Su función principal es la creación, modificación y derogatoria de la leyes del país.

3) Organismo Judicial

Se encarga de que las leyes se apliquen, está representado a través de la Corte Suprema de Justicia, integrada por magistrados los cuales son electos para un período de cinco años. La Corte Suprema de Justicia nombra a los jueces de los tribunales inferiores.

La Constitución Política de la República de Guatemala, regula la organización del Estado en tres organismos, concediéndoles distintas facultades para el buen funcionamiento y ejercicio del poder público en aras del bien común, de la siguiente forma:

Artículo 157: "Potestad legislativa y elección de diputados. La potestad legislativa corresponde al Congreso de la República, compuesto por diputados electos directamente por el pueblo en sufragio universal y secreto, por el sistema de distritos electorales y lista nacional, para un periodo d cuatro años, pudiendo ser reelectos".



Artículo 182: "Presidencia de la República e integración del Organismo Ejecutivo. El Presidente de la República es el Jefe del estado de Guatemala, y ejerce las funciones del Organismo Ejecutivo por mandato del pueblo. El Presidente de la República, actuará siempre con los Ministros, en Consejo o separadamente con uno o más de ellos; es el Comandante General del Ejército, representa la unidad nacional y deberá velar por los intereses de toda la población de la República. El Presidente de la República, juntamente con los ministros, viceministros y demás funcionarios dependientes integran el Organismo Ejecutivo y tienen vedado favorecer a partido político alguno".

Artículo 203: "Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de los juzgados. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones."

Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público.

La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca.



Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia.

2.2 Separación de los poderes en el estado moderno

Tomando como referencia histórica, durante la Edad Media, el derecho era considerado algo preexistente a la autoridad que lo aplicaba. Además, el derecho consuetudinario prevalecía sobre el derecho escrito, y el derecho natural sobre el derecho positivo.

De esta manera, el poder político se manifestaba ejerciendo la función jurisdiccional. Pero aunque la alta justicia quedara en manos del Rey, el monopolio del ejercicio de la función jurisdiccional no radicaba en él: Estaba disperso entre los titulares de los señoríos, corporaciones y municipios.

En el Estado Moderno, el Rey asumirá el Poder Legislativo, como mayor manifestación del poder político. Sus consecuencias fueron que las leyes prevalecieron sobre el derecho consuetudinario y los privilegios preexistentes, y que se produjo la centralización de la administración de justicia en el Rey o en sus órganos comisionados. En la Edad Contemporánea, en España y en la mayor parte de Europa, la separación del Poder Judicial respecto del Poder Ejecutivo no fue nítida, por influencia francesa, aunque sí se separaban los órganos judiciales de los administrativos.

La monarquía mixta fue una concepción común en la Edad Media. En Inglaterra las controversias entre la Corona y los tribunales del Common Law, y entre la Corona y el Parlamento habían dado importancia concreta a la separación de poderes. John Locke



le dio un lugar secundario en su teoría de la primacía parlamentaria. Sin embargo, la idea de la forma mixta de gobierno no había tenido nunca un significado muy definido.

Había supuesto una participación en el poder, un equilibrio de intereses y estamentos, o una intervención en el poder de corporaciones tales como municipios o concejos, y sólo en grado muy pequeño una organización constitucional de poderes jurídicos.

La Constitución española de 1978, consagra su Título VI al poder judicial. La expresión ya fue utilizada en las Constituciones de 1837 y 1869, y en la noata de 1873. De igual modo, apareció en la Constitución de los Estados Unidos, de 1787 (Artículo III, Sección Primera), en la de México de 1917 (Título III, Capítulo IV) y en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (Título IX). Con la expresión poder judicial, se quiso subrayar el carácter democrático de la administración de justicia, y situar a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial en el mismo rango constitucional.

La Constitución guatemalteca de 1985, se inspira en el principio de la división de poderes. El texto constitucional garantiza la independencia del poder judicial, y separa la estructura funcional del Ejecutivo y del Legislativo.

2.3 Teoría de la división de poderes

La teoría de la división de poderes, fue enunciada por Montesquieu en su obra El espíritu de las leyes, a mediados del Siglo XVIII. Montesquieu afirmó, que la libertad de la que gozaba Inglaterra, se debía a la separación de los poderes legislativo, ejecutivo y

judicial, así como la existencia de frenos y contrapesos entre esos poderes. De esta manera, Montesquieu estableció la separación de poderes como un dogma del constitucionalismo liberal. La influencia de Montesquieu es indiscutible, como puede verse en la Declaración de Derechos de Virginia (1776), en la Constitución de Massachusetts (1780) y en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa (1791). Esta idea de la forma mixta de gobierno, ya fue contemplada por Platón, en las leyes, y por Polibio para explicar la estabilidad del gobierno romano.

Su teoría señala que en todo gobierno (Estado), existen tres clases de poderes: El poder legislativo, el ejecutivo con relación a las cosas que dependen del derecho de las naciones y el judicial con relación a las cuestiones que dependan del derecho civil.

Según Montesquieu, esta división del poder del Estado en tres, es la única manera de asegurar la libertad de los ciudadanos.

Montesquieu en su obra *El espíritu de las leyes*, explica que cada uno de esos poderes es ejercido por órganos distintos e independientes entre sí, siendo esta separación orgánica, la garantía para la esfera de libertad de los particulares, ya que los poderes rivalizan, se equilibran, siendo cada uno celoso guardián de su respectivo ámbito de competencia, de suerte que queda entre ellos una esfera libre para actuaciones no reguladas, en las que ninguno está autorizado para interferir, y que precisamente constituye el ámbito de libertad garantizado a los particulares. Por lo que, con esto Montesquieu confirma la teoría de frenos y contrapesos.



Cada uno de los poderes ejerce su función en forma exclusiva y excluyente, así sólo al poder legislativo corresponde dictar la ley; al ejecutivo, la ejecución de la ley sin que pueda dictar leyes ni realizar otros actos que los autorizados por ellas; y al jurisdiccional, corresponde la aplicación de las leyes en las relaciones entre particulares o entre éstos y la administración del Estado.

Esta doctrina ha sido recogida en casi todas las constituciones políticas, y su principio básico de la separación de poderes tiene hoy plena vigencia en cuanto distingue tres funciones principales del Estado.

Las principales objeciones a la teoría de división de poderes son:

Tal teoría postula que es el poder del Estado el que se divide en tres. Situación que no es correcta, ya que en un Estado existe un solo poder supremo, como consecuencia de que el Estado es una unidad. Lo que sí se ajusta a la realidad es que existen en él una serie de funciones que se ejercen por ciertos órganos independientes (legislativo, ejecutivo, jurisdiccional), y es por eso que cada órgano estatal representa, dentro de sus límites, el poder del Estado.

La división de poderes, postula que cada órgano del Estado (ejecutivo, legislativo y jurisdiccional), ejerce en forma exclusiva y excluyente sus funciones. Ello no corresponde a lo que ocurre en la práctica, por cuanto en el Estado moderno cada órgano desarrolla una función en forma principal pero no excluyente, sino que algunas se realizan por dos órganos estatales. Así por ejemplo, la actividad legislativa



corresponde, principalmente al Congreso o Parlamento (órgano legislativo); pero en ella también puede intervenir el presidente de la república (órgano ejecutivo).

Ana Klein, explica que esta teoría ha sido ampliamente superada, conservándose, eso sí, su principio básico de la división de las funciones del Estado en tres (ejecutivo, legislativo y jurisdiccional), y la separación de los órganos que las realizan. Principio que se basa en una distribución racional del trabajo y que permite alejar el peligro del abuso del poder.

En conclusión, Montesquieu convirtió la separación de poderes en un sistema de frenos y contrapesos jurídicos, entre las diversas partes de una Constitución. No obstante, Montesquieu, como todos los que han utilizado su teoría, no contemplaba en realidad una separación absoluta entre los tres poderes: El legislativo debía reunirse cuando lo convocase el ejecutivo; éste conservaba un veto sobre la legislación; y el poder legislativo debía ejercer poderes judiciales extraordinarios. La separación de poderes, como ha perdurado desde Montesquieu, se entrecruzaba con un principio contradictorio: El mayor poder del legislativo.

La Corte de Constitucionalidad, refiere acerca de lo división de poderes, lo siguiente:

Uno de los principios básicos del Estado de Derecho, es el de la división o separación de poderes en que se atribuye primordialmente al Organismo Legislativo la función de crear leyes; al Organismo Judicial, la de aplicarlas y declarar los derechos en los casos controvertidos que se someten a su conocimiento y al Organismo Ejecutivo, la facultad

de gobernar y administrar; la división de poderes es la columna vertebral del esquema político republicano y es, además, el rasgo que mejor define al gobierno constitucional, cuya característica fundamental es la de ser un gobierno de poderes limitados.

El sentido de la distribución del poder estatal en diversos órganos, no es básicamente la de distribuir funciones entre ellos con el objeto de obtener un desempeño eficiente; su fin primordial es que al desarrollar separada y coordinadamente sus funciones, tales órganos se limiten recíprocamente, de forma que cada uno de ellos actúe dentro de la esfera de su competencia y constituya un freno o contrapeso a la actividad de los demás, es decir, que ejerzan entre sí un control recíproco con el objeto de enmarcarse dentro del régimen de legalidad.

La Constitución Política de Guatemala, adopta un sistema de división de poderes atenuado por la existencia de una mutua coordinación y de controles entre los diversos órganos, que al desempeñar las funciones estatales, se limitan y frenan recíprocamente; en los sistemas constitucionales modernos la división de poderes no implica una absoluta separación sino una recíproca colaboración y fiscalización entre tales órganos, con el objeto de que los actos producidos por el Estado se enmarquen dentro de una unidad jurídico-constitucional.

2.4 Control del poder público

Control es un concepto jurídico-político-constitucional, que implica limitación específica al poder y es uno de los postulados fundamentales del Estado de Derecho.

“En su origen etimológico la palabra control proviene de las voces *contre-rol*. Es un barbarismo, concretamente un galicismo que sustituye al término tutela, en tal sentido se infiere que el control del Poder Público equivale a una suerte del auto-tutelaje por parte del Estado”.¹⁹

“El control podría entenderse. Bien como una actividad de revisión, examen o inspección o, en un sentido más amplio que abarque la facultad de impedir o intervenir las decisiones por parte del órgano que ejerce el control e incluso la posibilidad de aplicar sanciones”.²⁰

También es importante señalar la actividad a controlar y la oportunidad en que el control se ejerce: Si el control se aplica sólo sobre actividades realizadas, se verifica el llamado control posterior. Respecto a este tipo de control se resalta que en el mismo, el sujeto y el objeto de control son ajenos, ya que el órgano que controla no participa en el acto controlado, lo cual puede traducirse en imparcialidad y objetividad en la función de controlar.

El control previo tiene, muchos detractores que piensan que no es posible controlar la actividad precedente y también existe el llamado control concomitante.

Históricamente, el control surge para tutelar la hacienda pública y ha evolucionado al compás de la evolución del Estado. El control es una función regulada

¹⁹ Juárez Elías, Erick. **El control del poder público**, pág. 23.

²⁰ *Ibíd.*, pág. 34.

constitucionalmente, cuya finalidad es garantizar que las limitaciones impuestas a la actuación los órganos del poder público se mantengan. El control como función, posee una especificidad que se traduce en los siguientes aspectos:

- El control es diverso: Se realiza a través de técnicas jurídicas y políticas distintas (sanción, interpelación, censura, etc.)
- Da lugar a una terminología propia o específica, cuando se habla de autorización, aprobación, evaluación, supervisión, inspección, examen, etc.
- Los mecanismos de control suelen ir conectados o concatenados entre distintas instancias y a distintos niveles, para producir sinergias en todo el entramado sistémico del aparato público.
- Da lugar a una relación jurídico-política entre el ente controlante y el controlado.
- En el sistema de controles se prescriben mecanismos de control entre los distintos organismos del Estado.

Es importante resaltar, que en el control administrativo debe imperar la imparcialidad y objetividad en la función de controlar. Pues, es mal comprendido el decir, que la imparcialidad es propia y exclusiva de la función jurisdiccional, lo cual es erróneo, toda vez que los principios de imparcialidad y objetividad son parte fundante de toda actividad controladora, ya sea en materia judicial como administrativa.



2.5 La imparcialidad en el control administrativo

El principio de imparcialidad deriva del principio de igualdad, y se concreta en la comparación y la elección ponderada de diversos valores, pudiéndose decir que tienen relación con los actos públicos y privados, en base a que hay un vínculo, entre varios intereses públicos, entre intereses públicos e intereses privados, para impedir que los intereses privados sean sacrificados más de lo necesario y de intereses privados entre sí, para evitar discriminaciones arbitrarias.

Desde el punto de vista negativo, el principio de imparcialidad expresa la necesaria separación entre política y administración, en lo que se refiere al funcionamiento de la administración pública.

Se refiere a la exigencia de que la Administración, en el ejercicio de sus funciones, valore y actúe los intereses públicos, sin sufrir desviaciones por intereses personales del agente, o intereses de grupos de presión públicos o privados, partidos políticos, etcétera.

Desde el punto de vista positivo, se expresa que la administración, sobre la base de la distinción entre parte (parcialidad) y todo (imparcialidad), debe valorar y comparar los distintos intereses que están en juego en la actividad administrativa, de modo que la elección constituya el resultado de un armónico moderamiento de los diversos intereses.



La actividad administrativa debe desarrollarse sin discriminaciones; pues constituye un corolario del principio de igualdad, en aplicación del cual, frente a circunstancias iguales o equiparables, la Administración debe adoptar comportamientos idénticos.

Expresión práctica de ese principio es la exigencia de concursos abiertos, para el ingreso a las funciones públicas.

Asimismo, la imparcialidad constituye un corolario del principio de transparencia de la actuación administrativa, en cuanto control democrático de los ciudadanos, sobre la acción de la misma.

La violación el principio de imparcialidad conduce a la ilegitimidad del acto, bajo el perfil del exceso de poder, por ausencia de una ponderada comparación entre los diversos intereses, públicos y privados, sobre los que el acto incide.

El principio de imparcialidad, alcanza directamente a las autoridades y al personal de las administraciones públicas, protegiendo no sólo la rectitud de la decisión que se tome, sino también la buena apariencia de la administración; pero el verdadero objetivo del principio, es la neutralidad de la administración frente a los intereses particulares, entre estos y entre estos y la administración pública.

Se considera que la imparcialidad no se opone a la acción política global de la administración, sino a la decisión singular, determinada por la influencia de un interés



particular o tomada por quien puede parecer que actúa motivado por ese interés protege la legalidad y la buena apariencia de la administración.

La formulación positiva del principio de imparcialidad, se manifiesta en los motivos de abstención, que pueden dar lugar a la recusación y en la separación de las fases de instrucción y de sanción en los procedimientos sancionadores; toda vez que la decisión tomada por quien tiene el deber de abstenerse puede ser jurídicamente correcta, pero puede dañar la imagen de la administración.

Con el principio de imparcialidad, no se trata de establecer o asegurar que la Administración no se constituya en parte de las actuaciones administrativas; sino lo que se garantiza, es la independencia de la administración de influencias políticas de todo tipo (ya fueren activas o pasivas); o sea que se trata de asegurar la independencia de la administración de la acción de partidos políticos, tendencias ideológicas, grupos de presión, etcétera.

Se refiere a la adopción de resoluciones fundadas en normas superiores y según los procedimientos establecidos.

Es la extensión del principio de igualdad de tratamiento, a todas las situaciones semejantes:

1) Imparcialidad y derecho de acceso

El principio de imparcialidad, también se materializa a través del derecho de acceso a todo el que tenga un interés en la tutela de situaciones jurídicamente relevantes, como expresión del principio de transparencia de la acción administrativa. Su finalidad es asegurar la transparencia y la garantía del desarrollo imparcial de la acción administrativa.

El derecho al acceso es una manifestación inmediata del principio de transparencia de la actividad administrativa; que supone el reconocimiento a los interesados de la posibilidad de conocer los documentos administrativos (representaciones gráficas, fotocinematográficas, electromagnéticas, o de otra especie), y el contenido de los actos (externos e internos), que le incumben.

Se ejerce mediante solicitud motivada dirigida a la administración que lo confeccionó; transcurrido un plazo, ya sea fijo o prudencial, se considera que existe denegatoria ficta.

Los distintos tipos de accesos son:

- El acceso de todos a los actos administrativos, y el derecho de obtener copias a su costo.
- El derecho de acceso a las informaciones que posee la administración; con la garantía del hábeas data.
- El derecho de acceso de otros entes a las informaciones.



2) Imparcialidad y transparencia

El principio de imparcialidad también se vincula con el principio de transparencia.

El principio de transparencia es de creación jurisdiccional, a raíz del cual debe ser admitido al administrado el ejercicio de un control democrático sobre los momentos en que se desarrolla la actuación administrativa, a los efectos de verificar la corrección y la imparcialidad.

El principio de transparencia se compone de diversos elementos:

- La obligación de concluir el procedimiento con un acto explícito.
- La obligación de motivar el procedimiento.
- La identificación del responsable del procedimiento.
- La necesaria participación del administrado en todas las etapas.
- El derecho de acceso a los documentos.

El principio de transparencia, supone que el accionar administrativo permite un claro y completo control de todas las etapas de la sustanciación, como garantía y favorecimiento de su desarrollo imparcial.

2.6 Actos discrecionales y administración pública

El autor Jorge Fernández Ruiz, manifiesta que como acto administrativo puede entenderse: “la declaración unilateral de voluntad de un órgano del poder público en ejercicio de la función administrativa, con efectos jurídicos directos respecto de casos individuales específicos”.²¹

Estos efectos jurídicos, comenta el autor citado, “se traducen en la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones a favor o a cargo de sujetos individuales específicos, o en la determinación de las condiciones para la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones para un caso específico”.²²

Se puede dar cuenta de las diferentes clases de actos administrativos que hay, y que para efectos de este estudio se pueden distinguir dos, el acto administrativo discrecional y el acto administrativo reglado, los cuales tienen determinadas características que se señalan a continuación.

Las características de los actos administrativos reglados y discrecionales, se pueden señalar en base a sus diferencias y similitudes, que a continuación se enuncian:

Desde el punto de vista de su emisión. El acto reglado al concurrir los requisitos de hecho o de derecho exigidos por la norma para su emisión, debe ser emitido; en cambio el acto discrecional puede o no ser emitido, ya que la valoración de las circunstancias

²¹ Fernández Ruiz, *Actos discrecionales de la administración pública*, pág. 3.

²² *Ibíd.*, pág. 5.

que justifican su emisión depende de la apreciación subjetiva del órgano competente para emitirlo.

El acto administrativo reglado, se puede referir a cualquier aspecto del acto administrativo puede referirse tanto a la emisión del acto como a cualesquiera de sus elementos. En cambio el carácter discrecional se puede sólo referir a la emisión del acto administrativo, como también a su contenido y forma.

El acto administrativo reglado, ha de ajustarse al fin concreto expresado en la norma. El acto administrativo, discrecional, si bien puede tener determinada su finalidad concreta, también es que en el supuesto de que no la tuviera de manera expresa, siempre debe tender a la satisfacción de la mejor manera de las exigencias del interés público.

La valoración subjetiva que hace el órgano emisor del acto administrativo reglado, es sólo como medio o presupuesto de hecho para la aplicación de la norma. En cambio en el acto administrativo discrecional la valoración subjetiva que hace el órgano emisor de dicho acto es esencial para determinar el contenido del acto que se emite.

El acto reglado, es la mera ejecución de la ley, en el que la misma señala exactamente el cómo y el deber de actuar de la autoridad; en cambio en el acto discrecional la autoridad tiene un cierto margen de libertad de apreciación para decidir en qué momento debe actuar o cómo debe actuar.

No obstante lo señalado, se puede comentar que no existe a veces una línea perfecta de separación entre estos dos tipos de actos. Esto se explica, porque al concederse por ley facultades discrecionales, dicha facultades más que referirse a la realización del acto en su integridad, sólo se referirán a algunos elementos del acto y no a todos.

Entre las similitudes de los actos discrecionales y reglados están:

El derecho que llega a emanar, tanto del acto administrativo reglado como en el discrecional, es de idéntica substancia. Es por tanto, que el derecho que nace de dichos actos administrativos es de igual consistencia jurídica, no pudiendo ser extinguidos por la propia administración pública por sí y ante sí, sino que la administración debe ocurrir ante el poder Judicial ejercitando la acción de nulidad.

Ambos actos administrativos, -el reglado y el discrecional- son recurribles.

Como bien es sabido, todo acto de autoridad debe sujetarse a un ordenamiento jurídico para que su actuar sea permitido, es entonces que esto implica la existencia de límites dentro de los cuales la discrecionalidad tampoco escapa. Es por ello, una prioridad señalar, que los límites de la discrecionalidad, según el maestro Rafael Martínez Morales, pueden entenderse como: “una evaluación de los motivos o razones que motivan el acto, así también serán objeto a seguir los fines que se persiguen con dichos motivos o razones”.²³

²³ Martínez Morales, Rafael. *El control administrativo*, pág. 50.



En virtud de lo anterior, la discrecionalidad no puede ser una potestad ilimitada de la administración pública, apareciendo el Estado de Derecho que controlará cualquier posibilidad de la existencia de un acto caprichoso nacido con el pretexto del ejercicio de una facultad discrecional. Dicho Estado de derecho se valdrá de la vía administrativa y judicial, para que dicho acto administrativo discrecional se sujete a los límites que la ley y la doctrina dominante toman como necesarios, para que el acto administrativo discrecional se desenvuelva dentro de un contexto de juridicidad.

Dentro de los límites que señala un Estado de Derecho, se puede establecer la misma ley, ya que ella establecerá los lineamientos a los que se ha de sujetar la autoridad. En relación a esto, hay que recordar que si bien el ejercicio de la actividad discrecional se desarrolla apoyándose en criterios de carácter no legislativo, tampoco hay que dejar de reconocer que el punto del que parte todo acto de autoridad es la misma ley.

Un límite también importante es la satisfacción de la mejor manera del interés público, ya que éste es un límite infranqueable, al cual debe sujetarse el acto administrativo discrecional como un tipo de acto administrativo de los que contempla el ejercicio de la administración pública.

Otro límite, es por tanto la finalidad a que debe responder la emisión del acto, ya que como bien se ha dicho, no existe la facultad discrecional en cuanto a la finalidad del acto. Y es que el fin, sin lugar a dudas será siempre de carácter reglado, notando que el fin necesariamente estará expresamente o implícitamente señalado en la



ley, pero que en el último caso el fin de la actividad administrativa se conducirá hacia el bien común.

Otro tipo de límites que son también necesarios para el desarrollo sano de una actividad discrecional son:

Los hechos: Este elemento no puede estar sujeto a apreciación alguna, no hay discrecionalidad que se pueda permitir para decir que se dieron o no los hechos, ya que se estaría ante un vicio, por una falta de causa por haber emitido el acto administrativo discrecional sin haber concurrido los requisitos de hecho necesarios para emitirlo.

Reglas formales: Estos elementos se presentan en el acto administrativo, tanto el discrecional como en el reglado, con caracteres de uniformidad y de relativa estabilidad.

Un ejemplo de ellos es la competencia que siempre será un límite obvio de todo acto administrativo. Y es que la existencia de formas o de un procedimiento especial para la emanación de un acto no es impedimento para excluir la posibilidad de que el respectivo acto sea discrecional.

Principios generales del derecho: Entre dichos principios se encuentra la razonabilidad, la prudencia, la buena fe, la justicia, la equidad, la igualdad, la libertad, el debido proceso legal, el evitar el mayor perjuicio, etcétera.

2.7 La función del control

El control, no es una función grata, es imprescindible e importante para el desarrollo en sociedad. La necesidad nace del carácter racional del hombre y su vida en sociedad.

El control surge voluntariamente, igual que los elementos de la administración. Es uno de los elementos de toda organización administrativa, igual que la coordinación, normativa.

La otra razón de ser del control, es que sirve de protección, de amparo para los principios fundamentales. El control se encuentra estrechamente unido a la juridicidad, esto por el afán de regular, es decir, este principio de juridicidad transmite esta situación al control, sin éste la finalidad del principio de juridicidad no tendría eficacia.

Para el jurista Hugo Enrique Vargas, el control es el medio para resguardar la entidad. El control, por ejemplo ve la integridad del patrimonio; vela por la legalidad de su uso, empleo y eficacia. En toda entidad hay un organismo de control.

El poder es del pueblo, éste lo delega en la autoridad y los órganos que la Constitución establece para que ejerzan este poder, es decir que el poder es ejercido por un tercero y es necesario un control para que se dé cuenta de ello.

Tratándose de recursos es imprescindible que exista el control. Es necesario para velar sobre el manejo lícito, eficaz y eficiente de los recursos y esto ocurre tanto en el sector



público como privado.

El control es importante porque es el principio de toda ciencia, cautela el principio de juridicidad y es fuente de información. El control en la administración pública, consiste en el estudio de una situación determinada, con el propósito de verificar su juridicidad.

En la función de control hay un tercero imparcial, pero no un conflicto de intereses o infracción de la ley, además que el resultado del control no posee la calidad de cosa juzgada, es decir, de verdad inamovible.

Las características función de control son:

- **Imparcialidad:** De su observancia depende la existencia de la actividad. Si se actúa con falta de objetividad la función se desnaturaliza o desprestigia. El actuar en forma desinteresada, desapasionada, teniendo solo en cuenta el objeto de control y sin usar criterios distintos, es básico en esta función. Se debe partir exento de prejuicios y analizar con un criterio científico (actuar del fiscalizador). La parcialidad constituye una arbitrariedad.
- **Independencia del órgano fiscalizador:** Para que el fiscalizar sea imparcial, tiene que estar dotado de independencia para actuar frente al contralor. La dependencia desnaturaliza y limita la función de control, porque si el fiscalizador dependiera de un superior jerárquico haría lo que este quisiera con lo que se perdería la objetividad.

En Guatemala, el control de la administración pública se ejerce a través de los recursos administrativos de reposición y de revocatoria, durante una fase administrativa, y durante una fase judicial a través del proceso contencioso administrativo. Sin embargo, la crítica radica en que durante la fase administrativa, la autoridad que ejerce el control de los actos y resoluciones administrativos es el mismo que los emite, por lo tanto, no goza de imparcialidad ni independencia.

Todo esto, en base a que el control se enfoca en evaluar y corregir el desempeño de las actividades de los subordinados para asegurar que los objetivos y planes de la organización se están llevando a cabo.

De aquí puede deducirse la gran importancia que tiene el control, pues es solo a través de esta función que se logre precisar si lo realizado se ajusta a lo planeado y en caso de existir desviaciones, identificar los responsables y corregir dichos errores.

Sin embargo, es conveniente recordar que no debe existir solo el control a posteriori, sino que, al igual que el planteamiento, debe ser, por lo menos en parte, una labor de previsión. En este caso se puede estudiar el pasado para determinar lo que ha ocurrido y porque los estándares no han sido alcanzados; de esta manera se puede adoptar las medidas necesarias para que en el futuro no se cometan los errores del pasado.

Además, siendo el control la última de las funciones del proceso administrativo, ésta cierra el ciclo del sistema al proveer retroalimentación respecto a desviaciones significativas contra el desempeño planeado. La retroalimentación de información pertinente a partir de



la función de control puede afectar el proceso de planeación, desarrollo y conclusión de los procesos.



CAPÍTULO III

3. El recurso administrativo como mecanismo de control

Los sistemas jurídicos que dicen tener características de un Estado de derecho, establecen medidas o remedios que realmente son eficaces para proteger a los particulares frente a las arbitrariedades e ilegalidades de la administración pública.

En este sentido, las leyes que establecen alguna relación entre la administración pública y los administrados, también tienen que regular algún remedio en caso de que el administrado no esté conforme con la decisión de la administración pública.

Tradicionalmente, a este tipo de remedios se les denomina recursos.

El problema que se presenta con los recursos administrativos, en la práctica, es que lejos de facilitar la protección jurídica de los particulares frente a los actos de la administración pública, los recursos se han convertido en obstáculos o trampas donde el administrado se pierde por la exigencia de requisitos y formalidades, desde mi punto de vista, innecesarios.

Incluso, hay autores que llevando a los extremos su opinión sobre este tipo de remedios, han propuesto su desaparición.

El jurista Sergio Saúl Estrada Romero, afirma que: “es ineficaz la práctica de estos medios de impugnación, al convertirse en recursos dilatorios”.²⁴

Y es que, en ocasiones, al interponerlos, pocas veces se logra que la autoridad administrativa, revoque o modifique el acto administrativo que se impugnó, en beneficio del particular originalmente afectado en sus derechos. Asimismo, Estrada Romero afirma que: “alejándose de cuestiones de imágenes a sus superiores, se reconozca la violación formal o de fondo a la que ha incurrido”.²⁵

La importancia de este tipo de remedios para el administrado, adquiere particular relevancia con la incorporación al sistema jurídico guatemalteco de una serie de tratados sobre derechos humanos, como la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, ya que puede suceder que las actividades o decisiones de la administración pública no se apeguen a las normas jurídicas que regulan su actividad o que fundamenten su decisión, que transgreda el ordenamiento jurídico, y que desconozca o altere los derechos de los administrados.

Héctor Jorge Escola afirma que: “la necesidad de establecer un adecuado control de los actos de la administración que posibilite el examen de ellos para precisar si se adecuan o no al orden legal vigente, y en caso contrario, para restablecer, por vía directa o indirecta, el imperio de la juridicidad administrativa”.²⁶

²⁴ Estrada Romero, Sergio Saúl. **Opcionalidad de los recursos administrativos previos al procedimiento contencioso administrativo**, Pág. 131.

²⁵ *Ibíd.*, Pág. 132.

²⁶ Escola, Héctor Jorge. **Tratado teórico-práctico de los recursos administrativos**, pág. 177.

Precisamente, el presente capítulo tiene como objetivo ofrecer un panorama general sobre el régimen jurídico de los recursos administrativos en Guatemala.

3.1 Definición, características y objeto de los recursos administrativos

Desde un punto de vista etimológico, la palabra recurso deriva del vocablo latín *recursus* (marca hacia atrás, acción y efecto de recurrir). Según Estrada Romero, los recursos son: “los medios de impugnación que otorga la ley a las partes y a los terceros para que obtengan mediante ellos, la revocación o modificación de una resolución o acto administrativo”.²⁷ Existe, pues, una idea de retorno al punto de origen.

Según el diccionario de la Real Academia Española: “administrar proviene del vocablo latín *administrare* que quiere decir ordenar, disponer y organizar, en especial la hacienda o los bienes del Estado”²⁸.

Según Nava Negrete y Quiroz Acosta, el recurso administrativo es: “la denominación que la ley da a los procedimientos de impugnación de los actos administrativos, a fin de que los administrados defiendan sus derechos o intereses jurídicos ante la administración, generadora de los actos impugnados”,²⁹ Y asimismo, lo consignaron

²⁷ Estrada Romero, Sergio Saúl. *Ob. Cit.*, pág. 132.

²⁸ Real Academia Española, www.rae.es, 19 de enero de 2010.

²⁹ Nava Negrete, Alfonso y Quiroz Acosta, Enrique. *Recursos administrativos*, pág. 225.



como: “un medio legal que reparte por igual una defensa a quien lo promueve y una oportunidad de rectificación para el que lo resuelve”.³⁰

Además, los mencionados autores: “La oportunidad legal y práctica que representa a fin de que la administración a través de su procedimiento revise, reflexione, reforme y corrija sus decisiones sometiéndolas al derecho y al interés público que las orienta”.³¹

Los recursos administrativos se pueden estudiar de diversos puntos de vista, debido a las características que presentan. Es decir, se caracterizan de diversas formas por presentar múltiples usos lingüísticos. Entre los más destacados que ha estudiado la doctrina, se encuentra que un recurso administrativo puede ser o bien un derecho, o un acto jurídico, o un medio de defensa.

Es un derecho, cuando el administrado es notificado por la administración pública de la existencia de un acto o resolución administrativos en contra del primero, el administrado puede impugnar dicho acto o resolución, entonces se habla de un derecho que nace a favor del administrado para impugnar el acto o resolución de la administración pública que lo afecta. El derecho que tiene el administrado de impugnar un acto administrativo, nace de la propia Constitución, por cuanto dicha norma fundamental reconoce a todos los individuos el derecho de defensa. Además, en la actualidad, este derecho de defensa está reconocido en tratados internacionales sobre derechos humanos que el país ha firmado y ratificado.

³⁰ *Ibíd.*, pág. 42.

³¹ *Ibíd.*, pág. 43.



Es un acto jurídico, ya que la manifestación de la voluntad del administrado en interponer un recurso en sede administrativa, constituye un acto jurídico consistente en pedir a la administración mediante el recurso, que modifique o revoque un acto o resolución administrativos.

Al escrito, mediante el cual el administrado interpone un recurso impugnando un acto administrativo, la mayoría de los doctrinarios le da el calificativo de acto jurídico. El acto de interposición del recurso implica un reclamo, o una pretensión o solicitud, etcétera, pero ello no significa sino que el reclamo o la pretensión, son el contenido del acto de recurrir.

Es un medio de defensa, ya que la principal función que tiene en recurso administrativo, es la de constituir un medio de defensa de los derechos del administrado ante la administración pública. Es decir, dichos remedios se han establecido a favor del administrado, en beneficio de éste, para contrarrestar los abusos y las extralimitaciones de la administración pública.

En esta posición, Serra Rojas, explica que el recurso administrativo es un medio de impugnación y directo de defensa legal que tienen los gobernados, afectados, en contra de un acto administrativo que lesione su esfera jurídica de derechos o intereses, ante la propia autoridad que lo dictó. Como mecanismo de defensa de los administrados, el recurso administrativo puede ser una valiosa herramienta, tanto de la administración como de los administrados.



Se sabe que la credibilidad y la confianza hacia la administración son casi nulas en la actualidad, y que los ciudadanos cada vez más acuden a los tribunales para que se resuelvan sus controversias con la administración.

Sería importante y muy valioso que las autoridades le dieran al recurso administrativo la importancia, la seriedad y la función para la cual fue creado, para revisar nuevamente con objetividad e imparcialidad un acto o resolución dictada por la administración pública.

A través de los recursos administrativos que se establecen en diversas leyes de naturaleza administrativa, principalmente en la Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto Legislativo 119-96, es la forma como se otorga al administrado la oportunidad de impugnar los actos o resoluciones administrativas contrarios a las leyes; además de que se le ha considerado como un importante mecanismo que permite al administrado exigir de la administración pública el respeto a las garantías individuales o derechos fundamentales, especialmente a las de audiencia y legalidad.

Su natural situación de medio de impugnación de los actos y resoluciones administrativas, lo convierte en protector y defensor de los derechos de los administrados frente a la administración pública; según Nava Negrete y Quiroz Acosta: “a pesar de las severas críticas que recibe de la doctrina, y de litigantes, su uso como tal es generalizado en el medio social y administrativo federal y local”.³²

³² Nava Negrete, Alfonso y Enrique Quiroz Acosta. *Ob. Cit.*, pág. 226.

El recurso administrativo, considera Héctor Fix-Zamudio: "...permite al poder público revisar sus actos a instancia de un particular que se siente agraviado con una resolución administrativa, tomando en cuenta, por otra parte, que el principio de legalidad es la piedra angular del Estado de derecho que abarca todos los aspectos de la acción de los órganos públicos, de manera que toda actuación irregular de la administración pública que ocasione a un particular un agravio debe ser corregida dentro del orden jurídico y debe encontrar en la legislación administrativa medios eficaces para su restablecimiento".³³

En definitiva, el objeto de los recursos administrativos será siempre la impugnación de un acto o resolución administrativa.

3.2 El recurso administrativo como mecanismo de control

Control significa, según el Diccionario de la lengua española: "comprobación, inspección, fiscalización, intervención".³⁴

Pero en el lenguaje jurídico, se entiende por control la actividad de carácter registral o técnico encomendada a una función pública, un ente administrativo estatal o a un empleado público, por el orden jurídico, que se dirige a revisar la adecuación y legalidad de los actos encomendados a los diversos órganos del poder público, con la obligación de pronunciarse sobre ellos.

³³ Fix-Zamudio, Héctor. **Introducción a la justicia administrativa**, pág. 45.

³⁴ Real Academia Española, www.rae.es, 19 de enero de 2010.

La función del control, no es solamente vigilar el respeto a los límites, sino también evitar el abuso del poder, impidiendo que se lleven a cabo acciones que violen las normas que la establecen o, en su defecto, imponer sanciones a quienes se extralimiten en el ejercicio de sus funciones.

El control administrativo, no es sino un medio de contribuir a asegurar esa preeminencia del derecho, al asegurar la juridicidad de la actividad administrativa.

Y como tal, el control administrativo encuentra su fundamento en ese mismo orden jurídico, que tiende a proteger, y que es el que lo establece, estructurando poderes balanceados, limitados y recíprocamente controlados, control que se lleva a cabo, por distintos medios, a niveles adecuadamente graduados.

Los recursos administrativos, considero, son instrumentos de control administrativo, posterior o represivo, que se ponen en funcionamiento a instancias de los particulares, y no de oficio.

Es a veces discutida la existencia del recurso administrativo como medio eficaz del control de la legalidad administrativa. Sin embargo, se le mantiene en la mayoría de las legislaciones del mundo occidental y la guatemalteca no es la excepción. Conserva en consecuencia su crédito de vía eficaz y necesaria para el control de la legalidad de los actos administrativos. La imperfección que en la práctica adquiere, en las administraciones no acostumbradas o resistentes a ese y a otros controles de legalidad, evidencia su difícil papel pero no su inutilidad.



3.3 Ventajas e inconvenientes de los recursos administrativos

1) Ventajas

Los recursos administrativos presentan ventajas, tanto para los administrados como para la misma administración:

- Por una parte, el recurso permite que los administrados expresen su opinión ante las autoridades. El recurso ofrece la posibilidad de corregir una anomalía, previo examen del expediente.
- Por otra parte, el recurso permite que la propia administración corrija un error o una injusticia dado que ella encuentra una ocasión para mejorarse, una vez que ha constatado sus propias fallas.
- El recurso administrativo contribuye a detectar las lagunas y defectos de técnica legislativa o reglamentaria.
- Dado que la administración pública puede examinar tanto la legalidad como la oportunidad de sus actos, el administrado puede aspirar a que el recurso sea resuelto conforme a la equidad y a la justicia, y no simplemente conforme a la legalidad.

- El recurso administrativo, constituye la única posibilidad de actuar en contra de una categoría de actos, que no son susceptibles de ser atacados mediante el recurso contencioso.
- También constituye un filtro respecto del contencioso administrativo, debido a que contribuye a evitar un gran número de posibles juicios en calidad de etapa preliminar de conciliación.

2) Inconvenientes

Entre los inconvenientes de los recursos administrativos más notorios figuran:

- Ellos pueden ser factores que compliquen o que retarden la resolución de los asuntos, lo anterior debido a que su instrucción puede requerir demasiado tiempo
- Los recursos no permiten siempre una verdadera conciliación, debido a que, en un gran número de casos, la administración se limita a confirmar su decisión inicial sin realmente reexaminar el expediente; otras veces es imposible realizar un nuevo examen en razón de la gran extensión del procedimiento.
- La administración puede sentirse tentada de retardar la solución de un asunto, ejemplo de ello lo constituye la solidaridad que existe en los cuerpos administrativos.

- La eficacia de los recursos administrativos, se encuentra limitada por la ignorancia de los administrados en materia de procedimiento administrativo.

3.4 Unificación de los recursos administrativos

En la actualidad, en Guatemala se regulan dos tipos de recursos administrativos, el de reposición y el de revocatoria. Su diferencia radica en la jerarquía de la autoridad administrativa que emitió la resolución que se pretende impugnar.

En muchas ocasiones, ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el acudir a los recursos administrativos se convierte en una formalidad que carece de sentido. Además, existen algunas pequeñas diferencias entre los recursos de asuntos propiamente administrativos y los asuntos tributarios. Los mismos se encuentran regulados en distintos cuerpos legales entre los que están la Ley de lo Contencioso o Administrativo y Código Tributario.

La práctica cotidiana demuestra la inutilidad de establecer un sistema de recursos, sometidos a distinto régimen jurídico, con las consiguientes dudas y dificultades a la hora de tener que agotar la vía administrativa.

Asimismo, en los últimos años se viene hablando de medidas de simplificación administrativa, que buscan dar al administrado, facilidad en todas sus gestiones gubernamentales, a fin de disminuir lo obeso del sistema administrativo.



Considero que bastaría un solo recurso en materia administrativa, con un procedimiento simple, desprovisto de formalidades, como las que a veces revisten los procesos o juicios ante los tribunales, para lograr un verdadero instrumento eficaz a los fines apuntados.

3.5 El recurso administrativo y la tutela judicial efectiva

El derecho a la tutela judicial efectiva, puede definirse como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a instancias administrativas o jurisdiccionales, a plantear una pretensión o defenderse de ella, con el fin de que a través de un procedimiento proceso en el que se respeten ciertas formalidades se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión.

Es indudable, que el derecho a la tutela judicial, puede verse conculcado por normas que impongan requisitos impositivos u obstaculizadores, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador.

El principio de tutela judicial efectiva tiene plena vigencia en el sistema jurídico, es de aplicación directa al procedimiento administrativo en todas sus etapas, incluida la etapa recursiva.



Así lo ha considerado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al expresar que pese a que el Artículo 8.1 de la Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos, dicho Artículo es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos.

De lo que se trata en la actualidad, es asegurar mejor las garantías que protegen los derechos constitucionales y supranacionales, redimensionando el principio de la tutela judicial efectiva en la moderna línea de la protección de los derechos humanos.

3.6 Los recursos administrativos en la legislación guatemalteca

Lo relacionado a los recursos administrativos, en Guatemala se encuentran regulados en la Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto 119-96 y el Código Tributario Decreto 6-91. A continuación se sistematiza el contenido de lo legislado:

1) Conceptos previos

Estado de resolver: Situación jurídica en la que se encuentra un expediente administrativo, cuando se ha cumplido con la última de las diligencias señaladas y el órgano administrativo debe emitir una resolución.



Expediente administrativo: Conjunto de documentos ordenados cronológicamente en que se hacen constar las diligencias que se han llevado a cabo en un procedimiento administrativo.

Las resoluciones administrativas se dividen en: Providencias de trámite (resuelven asuntos de mero trámite); y resoluciones de fondo (serán razonadas, resuelven asuntos de fondo, deben ser congruentes, claras, precisas y contener cita de leyes).

2) Trámite del proceso administrativo

Este trámite es previo a poder impugnar las resoluciones administrativas, de éste se deriva la resolución originaria, misma que puede ser revocada o repuesta.

Solicitud: Ante el órgano administrativo que tenga competencia para conocer y resolver, llenando los requisitos establecidos por la autoridad administrativa.

Providencia de trámite: Aceptando la petición para su trámite.

Notificación: Personal, citándolos para el efecto (por correo certificado; a través de la conducta concluyente, que significa la facultad de darse por notificado; por correo electrónico, solo en materia tributaria).

Señalar diligencias: El órgano administrativo al recibir la petición, deberá señalar las diligencias que se realizarán para la formación del expediente.



Estado de resolver: Al practicarse la última de las actuaciones señaladas por la autoridad administrativa.

Resolución de fondo: Dentro del plazo de 30 días desde que expediente se encuentre en estado de resolver.

Notificación: Se archivarán las actuaciones si interesados dejan de accionar por más de seis meses, siempre que el órgano administrativo haya agotado su actividad y lo haya notificado.

La autoridad administrativa competente, revocará de oficio antes de que las resoluciones hayan sido consentidas por los interesados. Son resoluciones consentidas las que no fueron impugnadas por el interesado en el plazo estipulado.

3) Trámite del recurso administrativo de revocatoria

Interposición: Dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de la resolución, en memorial dirigido al órgano administrativo que la dictó.

Elevación de actuaciones: Se elevan las actuaciones al respectivo ministerio o al órgano superior de la entidad, con informe circunstanciado, dentro de los cinco días siguientes al de su interposición.



Audiencia: Por el improrrogable plazo de cinco días para cada caso a: los interesados (los que aparezcan con interés en el expediente administrativo); el órgano asesor (al órgano asesor, técnico o legal, a menos que la institución carezca de tal órgano); y a la Procuraduría General de la Nación.

Diligencias para mejor resolver: Por un plazo de 10 días.

Resolución: Dentro de 15 días de finalizado el trámite, pudiendo: Revocar, confirmar o modificar la resolución.

4) Trámite del recurso administrativo de reposición

Es el mismo trámite del recurso de revocatoria. A excepción que en éste no se elevan las actuaciones. Se interpone directamente ante el ministerio o entidades administrativas superiores.

No cabe este recurso contra las resoluciones del presidente y vicepresidente de la República, ni contra las resoluciones dictadas en el recurso de revocatoria.

5) Otros aspectos

Legitimación: Los recursos de revocatoria y de reposición podrán interponerse por quien haya sido parte en el expediente administrativo o aparezcan con interés en el mismo.



Ámbito de aplicación de los recursos administrativos: Los recursos de reposición y de revocatoria, son los únicos medios de impugnación ordinarios en toda la administración pública.

Excepciones al ámbito de aplicación: Se exceptúan los casos en que la impugnación de una resolución deba conocerla un Tribunal de Trabajo y Previsión Social: (Apelación del Instituto Guatemalteco de Seguridad social y Apelación de la Ley del Servicio Civil).

Leyes de Entidades Autónomas: Tienen su propio trámite. **Leyes constitucionales:** No pueden ser derogadas tácitamente por el Decreto 119-96, pues se necesita el voto de las dos terceras partes de los Diputados al Congreso de la República para hacerlo. **Leyes posteriores al Decreto 119-96 (Ejemplo: Ley de Bancos).**

Silencio administrativo adjetivo negativo: Al transcurrir 30 días a partir de la fecha en que el expediente se encuentre en estado de resolver.

Efectos: Se tendrá por agotada la vía administrativa. Por confirmado el acto o resolución impugnada. El interesado podrá usar la vía contenciosa administrativa o interponer una acción constitucional de amparo.



6) Trámite del recurso de revocatoria contenido en el Código Tributario

Interposición: Ante el funcionario que dictó la resolución o practicó la ratificación (Superintendencia de Administración Tributaria). Dentro de los 10 días hábiles desde que se hizo la última notificación.

Se elevan las actuaciones: Dentro de los cinco días siguientes. Ante el Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria.

Audiencias: Por 15 días al órgano asesor y a la Procuraduría General de la Nación.

Auto para mejor resolver: Por el plazo de 15 días.

Resolución: Dentro de los 30 días hábiles desde que se elevó el recurso a su consideración.

7) Trámite del recurso de reposición contenido en el Código Tributario

Es el mismo trámite que el Recurso de Revocatoria, pero se interpone directamente ante el Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria.

Cuando la Superintendencia de Administración Tributaria deniegue el trámite del recurso de revocatoria, podrá interponerse recurso dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación de la denegatoria, ante el Directorio de la Superintendencia



de Administración Tributaria. Seguidamente, el Directorio solicitará informe a la Superintendencia, dentro del plazo de cinco días hábiles. Posteriormente, el Directorio ordenará que se conceda o no el recurso de revocatoria. En el primer caso, entrará a conocer del mismo.

Como puede apreciarse, la legislación guatemalteca administrativa recursiva regula dos tipos de recursos predominantes, existiendo excepciones al caso. Los trámites varían en materia administrativa y tributaria. El órgano competente para conocer es la autoridad superior de la entidad que emitió la resolución originaria. En consecuencia, adquiere una calidad ambivalente (autoridad recurrida y parte). En ese sentido es imposible hablar de imparcialidad en su criterio.





CAPÍTULO IV

4. Análisis y propuesta de creación de la Superintendencia de Control Administrativo

En la actualidad guatemalteca, los recursos de revocatoria y reposición como ya fue definido en el capítulo III del presente, son los únicos recursos que caben en contra de las actuaciones y resoluciones de la administración pública, y son conocidos y resueltos por el mismo órgano que los dictó.

Tales recursos son el único medio que los particulares tienen para defenderse de las arbitrariedades, ilegalidades y errores que la administración pública puede cometer.

De una muestra tomada por mi persona de los archivos de la Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Guatemala, se descubrió que en el periodo comprendido de enero de 2000 a diciembre de 2004, a esta sala les fueron remitidos 1,165 expedientes para su conocimiento de procesos contenciosos administrativos.

Este dato estadístico da una pauta que en esos cuatro años, en la administración pública se agotaron ese mismo número de expedientes, en los cuales al particular se le resolvió sin lugar su impugnación planteada acerca de la resolución que le dio origen.

Por otro lado, tomando como ejemplo el Juzgado Primero de tránsito de la Municipalidad de Guatemala en el primer semestre de 2004, se llegó a la conclusión



que el 99% de los recursos planteados ante este ente, fueron dados sin lugar o con resolución desfavorable y el 1% restante fue dado con lugar por haber existido algún error humano en la resolución dictada.

Estos datos, muestran y describen que para que una impugnación esté en estado de elevarse a una Sala de lo Contencioso Administrativo, puede pasar más de un año de trámites burocráticos y arbitrarios dentro del organismo de estado en el que se resolvió, no siendo esto más que una pérdida de tiempo para el particular en relación a que tal y como está establecido en la Ley de lo Contencioso Administrativo (Decreto 119-96), se debe de agotar la vía administrativa para poder accionar ante la vía judicial.

A esta altura de la tesis se afirman varios temas:

- El poder público radica en el pueblo y éste lo delega para su administración en las autoridades estatales.
- El ejercicio de ese poder, para no ser autoritario ni arbitrario, debe estar sujeto a controles ejercidos por la auditoría social, medios de impugnación interpuestos por los administrados y por sistemas de organización estatal basados en la teoría de frenos y contrapesos.
- Los medios de impugnación administrativos tienen dos funciones, al administrado le permite manifestar su inconformidad ante una resolución administrativa originaria, y a la administración pública le permite corregir sus errores.
- Por último y más importante, se puede afirmar que es imperativo que el órgano de control que fiscaliza la legalidad y juridicidad de las resoluciones originarias emitidas



por la administración pública, debe ser imparcial entre las partes e independiente del órgano administrativo recurrido.

Sin embargo, la legislación guatemalteca actual impide la existencia de la imparcialidad, independencia y objetividad de los órganos de control, sencillamente porque el órgano que emite la resolución originaria y el que la fiscaliza, es el mismo.

En ese orden de ideas, a continuación se propone la estructura básica, que a mi juicio, según lo tratado de los capítulos anteriores, debe contener la Ley de Creación de la Superintendencia de Control Administrativo la cual de aquí en adelante será denominada como: La Superintendencia.

4.1 Justificación, creación y principios que regirán la Superintendencia

La autoridad administrativa, se encuentra en el imperativo de invalidar los actos emitidos con infracción de las normas legales o basadas en errores de hecho que afecten los presupuestos que los hacen admisibles.

Tal predicamento constituye una aplicación del principio de juridicidad de los actos de la administración, que emana de lo dispuesto la Constitución Política de la República de Guatemala, al regular ésta que el fin supremo del Estado, es la realización del bien común.

Los administrados (el pueblo), deben tener la posibilidad de manifestar su inconformidad ante las resoluciones originarias de la administración pública, cuando consideren que sus intereses se ven afectados por actos y decisiones arbitrarias y contrarias a la ley.

Además, los administrados al ejercer tal facultad, tienen el derecho de que sus peticiones sean analizadas y conocidas por órganos de control del ejercicio del poder público: Imparciales, objetivos e independientes. Que fiscalicen los actos y resoluciones de la administración, a efecto de evitar iniquidades, abusos e injusticias.

Se crea la Superintendencia de Control Administrativo, como órgano de fiscalización de los actos y resoluciones originarias de la administración pública, cuya finalidad será analizar su legalidad y juridicidad, y decidir sobre los mismos, pudiendo confirmar, modificar o revocar la decisión de la administración.

La Superintendencia, gozará de autonomía funcional y total independencia técnica para el cumplimiento de su función.

La Superintendencia adecuará y orientará sus funciones según sus principios rectores, los cuales son los siguientes:

- **Legalidad:** La Superintendencia, funcionará y resolverá en observancia de la Constitución y leyes aplicables.

- **Juridicidad:** La Superintendencia al resolver debe fundar sus decisiones en factores de conveniencia social aplicados al caso concreto, debiendo siempre atender para el efecto, los principios generales del derecho.
- **Imparcialidad:** La Superintendencia está al servicio de la justicia y no de ningún interés ajeno a ésta.
- **Independencia:** La Superintendencia decidirá conforme a la Constitución y las leyes, y no atenderá presiones exógenas de ninguna clase, sobre todo políticas.
- **Objetividad:** La Superintendencia actuará al servicio de la verdad y la justicia, analizará los argumentos y medios probatorios de las partes y razonará los mismos al decidir.
- **Gratuidad:** Los servicios de la Superintendencia son gratuitos para la administración y los administrados.
- **Tutela administrativa efectiva:** La Superintendencia velará porque durante los procesos que conozca, todos los sujetos, incluyendo la misma Superintendencia, observen y den estricto cumplimiento a las obligaciones legales que les correspondan, y ejerzan sus derechos de forma libre y sin más limitaciones que las establecidas en la ley.
- **Celeridad:** El actuar de la Superintendencia deberá ser ágil y expeditivo, sus decisiones deberán ser tomadas en el menor tiempo posible, debiendo respetar los plazos establecidos en la presente ley.
- **Impulso rogatorio:** La Superintendencia no actuará de oficio, sino a solicitud de parte interesada, salvo que algún asunto de la administración sea de interés público e impacto social.



En el proceso de control administrativo, las partes tienen la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho.

Quien pretenda algo, ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión del adversario, ha de probar los hechos extintivos o las circunstancias impositivas de esa pretensión.

Los agentes de control, podrán rechazar de plano aquellos medios de prueba prohibidos por la ley, los notoriamente dilatorios o los propuestos con el objeto de entorpecer la marcha regular del proceso.

La Superintendencia, salvo texto de ley en contrario, apreciará el mérito de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Desecharán en el momento de resolver, las pruebas que no se ajusten a los puntos de hecho expuestos en el recurso y su contestación.

4.2 Organización de la Superintendencia

La Superintendencia estará estructurada de forma jerárquica, respetando siempre los principios de independencia, autonomía y objetividad, ningún superior jerárquico podrá influir, sugerir u ordenar el sentido de las resoluciones de los funcionarios de control.



Integrarán la Superintendencia de Control Administrativo:

- El superintendente de control
- Los coordinadores de control
- Los agentes de control
- Los auxiliares de control
- Personal administrativo

Sin perjuicio de la integración anterior, el superintendente de control, con opinión de los coordinadores, podrá crear los órganos adicionales necesarios para el efectivo desempeño de la Superintendencia.

El superintendente será nombrado por el Congreso de la República de Guatemala, de una nómina de seis candidatos elegidos por una Comisión de Postulación, conformada por el presidente de la Corte Suprema de Justicia, un representante de los ministros del Organismo Ejecutivo, el presidente del Colegio de Abogados y los decanos de derecho de las universidades del país. Para su elección deberá aplicarse el proceso establecido en la Ley de Comisiones de Postulación.

El superintendente deberá ser guatemalteco, mayor de 40 años de edad, abogado colegiado activo, con más de 10 años en ejercicio de la profesión, preferentemente con carrera en la administración pública.



Los coordinadores serán elegidos directamente por el superintendente, quienes deberán ser guatemaltecos y abogados colegiados activos.

Los agentes de control serán elegidos, por el sistema de oposición establecido en la Ley del Servicio Civil y deberán reunir los mismos requisitos de los coordinadores.

Los auxiliares de control, serán elegidos por el sistema de oposición establecido en la Ley del Servicio Civil y deberán contar con pensum cerrado en la carrera de abogado y notario.

El personal administrativo, será elegido por el sistema de oposición y deberán reunir los requisitos idóneos para el cargo que desempeñen, los jefes de departamento deberán ser profesionales en la materia que les corresponda.

El superintendente será el jefe superior de la entidad. Los coordinadores serán los jefes superiores de las regiones que les correspondan. Los agentes de control serán quienes resolverán los recursos administrativos presentados por los interesados ante la administración. Los auxiliares de control, apoyarán en sus labores a sus superiores jerárquicos mediatos e inmediatos. El personal administrativo ejercerá las funciones que les corresponda según la naturaleza de su cargo.

Los órganos adicionales que por necesidad sean creados por el superintendente, deberán llenar los requisitos establecidos y ejercer las funciones que se establezcan en los acuerdos de creación.



4.3 Régimen económico y financiero

El Congreso de la República de Guatemala, asignará anualmente en el presupuesto general de ingresos y egresos del Estado, los recursos necesarios para cubrir los gastos de la Superintendencia.

La ejecución del presupuesto estará sujeta a los controles y fiscalización de los órganos correspondientes del Estado.

Integrarán otras fuentes de financiamiento de la Superintendencia, las donaciones, herencias y legados.

4.4 Regionalización de sede

La sede central de la Superintendencia, estará en la ciudad capital de Guatemala. Las sedes regionales deberán ubicarse estratégicamente, según los recursos de la Superintendencia y de manera tal, que todos los habitantes de la República tengan acceso a los servicios que ésta presta. Las competencias de las sedes regionales, deberán estar delimitadas en los acuerdos emitidos por el Superintendente. El Estado deberá procurar que exista una sede por cada departamento y municipio de la República de Guatemala.



4.5 Cuestiones generales sobre el trámite del proceso de control administrativo

Los expedientes administrativos deberán formalizarse por escrito, observándose el derecho de defensa y asegurando la celeridad, sencillez y eficacia del trámite.

Las resoluciones administrativas serán emitidas por los agentes de control, con cita de las normas legales o reglamentarias en que se fundamenta. Es prohibido tomar como resolución los dictámenes que haya emitido un órgano de asesoría técnica o legal.

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 él o los interesados fueron debidamente notificados con referencia expresa de lugar, forma, día y hora.

Las resoluciones serán providencias de trámite y resoluciones de fondo. Estas últimas serán razonadas, atenderán el fondo del asunto y serán redactadas con claridad y precisión.

Sin perjuicio de la existencia del proceso de control administrativo, antes de que las resoluciones originarias hayan sido consentidas por los interesados, pueden ser revocadas por la autoridad que las haya dictado. Se tendrá por consentida una resolución, cuando no sea impugnada dentro del plazo.



4.6 Trámite del recurso único de reposición

Procederá el recurso único de reposición en contra de los actos y resoluciones dictadas por autoridad administrativa de cualquier jerarquía. Se interpondrá dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de la resolución, en memorial dirigido a la Superintendencia de Control Administrativo.

No cabe este recurso contra las resoluciones del presidente y del vicepresidente de la República.

El recurso único de reposición, podrá interponerse por quien haya sido parte en el expediente o aparezca con interés en el mismo.

En el memorial de interposición del recurso único de reposición, se exigirán los siguientes requisitos:

- Autoridad a quien se dirige.
- Nombre del recurrente y lugar en donde recibirá notificaciones.
- Identificación precisa de la resolución que impugna y fecha de la notificación de la misma.
- Exposición de los motivos por los cuales se recurre.
- Sentido de la resolución que según el recurrente deba emitirse, en sustitución de la impugnada.



- Lugar, fecha y firma del recurrente o su representante; si no sabe o no puede firmar imprimirá la huella digital de su dedo pulgar derecho u otro que especificará.

Encontrándose los antecedentes en la Superintendencia de Control Administrativo, se correrán las siguientes audiencias:

- A todas las personas que hayan manifestado su interés en el expediente administrativo y hayan señalado lugar para ser notificadas.
- Al órgano asesor, técnico o legal, que corresponda, según la naturaleza del expediente. Esta audiencia se omitirá cuando la organización de la institución que conoce del recurso carezca de tal órgano.
- A la Procuraduría General de la Nación.

Las mencionadas audiencias se correrán en el orden anteriormente establecido.

El plazo de las audiencias a que se refiere el Artículo anterior, será en cada caso de cinco días. Tales plazos son perentorios e improrrogables, causando responsabilidad para los funcionarios del órgano administrativo asesor y de la Procuraduría General de la Nación, si no se evacúan en el plazo fijado.

La autoridad que conozca del recurso tiene facultad para ordenar, antes de emitir la resolución y después de haberse evacuado las audiencias o de transcurrido su plazo, la práctica de las diligencias que estime convenientes para mejor resolver, fijando un plazo de 10 días para ese efecto.



Dentro de 15 días de finalizado el trámite, se dictará la resolución final, no encontrándose limitada la Superintendencia a lo que haya sido expresamente impugnado o cause agravio al recurrente, sino que deberá examinar en su totalidad la juridicidad de la resolución cuestionada, pudiendo revocarla, confirmarla o modificarla.

El recurso único de reposición será el único medio de impugnación ordinario, en toda la administración pública centralizada y descentralizada o autónoma. Se exceptúan aquellos casos en que la impugnación de una resolución deba conocerla un tribunal de trabajo y previsión social.

Finalmente, se espera que la estructura básica planteada en este capítulo, pueda servir de base para la creación de la Ley que regule la fundación y funcionamiento de la Superintendencia de Control Administrativo. La facultad legislativa, radica en el Congreso de la República de Guatemala, organismo al que se le recomienda atender el presente trabajo de investigación; y, a quienes tienen iniciativa de ley por mandato constitucional, se les exhorta analizar la problemática de la falta de imparcialidad e independencia de los órganos de control de la administración pública y proponer las reformas legales que correspondan; todo en la búsqueda del fin supremo del Estado, el bien común.

El Estado de Guatemala en base a esta propuesta, y recopilación de análisis de casos de actualidad, podrá regir de una manera más eficaz la resolución de conflictos entre particulares y la administración pública, ya que por delegarse dicha responsabilidad a un ente completamente externo, autónomo, técnico, y específico como lo es la



Superintendencia de Control Administrativo, se dejarán sin efecto las arbitrariedades que se presentan en la resolución de conflictos de carácter administrativo, y con ello se respetarán los principios de independencia, autonomía y objetividad que deben de existir dentro de todas las actuaciones y resoluciones derivadas de la puesta en práctica de las actuaciones, las cuales se realizan invocando el principio constitucional enmarcado en el Artículo 28 de la Constitución Política de la República de Guatemala que es: El derecho de petición.

4.7 Iniciativa de ley para la creación de La Superintendencia de Control Administrativo

DECRETO NÚMERO

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con la Ley de lo Contencioso Administrativo en lo referente a los recursos administrativos, regula que estos serán conocidos y resueltos por el mismo órgano administrativo que dictó la resolución originaria.

CONSIDERANDO:

Que en la resolución de los recursos administrativos, se ven violados los principios de independencia, autonomía y objetividad, en las resoluciones dictadas hacia los particulares, debido que la administración pública actual, está estructurada de una



forma tal, que el superior jerárquico sugiere, influye u ordena como se dictarán dichas resoluciones.

CONSIDERANDO:

Que es necesario que un ente autónomo, técnico y descentralizado como órgano de fiscalización de los actos y resoluciones originarias de la administración pública conozca en un único recurso las impugnaciones por parte de los particulares a las resoluciones administrativas.

POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171 literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala,

DECRETA:

**LEY DE CREACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE ACTOS
ADMINISTRATIVOS**

Artículo 1. Objeto de la Ley

Se crea la Superintendencia de Control Administrativo como un ente autónomo de fiscalización de las actuaciones y resoluciones administrativas, el cual gozará de independencia funcional, técnica y administrativa.

Artículo 2. Organización

La superintendencia está estructurada de forma jerárquica, respetando los principios de



independencia, autonomía y objetividad y estará estructurada de la siguiente forma:

- El superintendente de control
- Los coordinadores de control
- Los agentes de control
- Los auxiliares de control
- Personal administrativo

Cuyos requisitos para optar al cargo y atribuciones serán desarrollados en el reglamento de la presente ley.

Artículo 3. Régimen económico y financiero

El Congreso de la República de Guatemala, asignará anualmente en el presupuesto general de ingresos y egresos del estado, los recursos necesarios para cubrir los gastos de la Superintendencia.

Artículo 4. Recurso único de reposición

Se establece el recurso único de reposición como medio de impugnación en contra de las resoluciones de los órganos administrativos, dando por agotada la vía administrativa luego de la resolución de éste recurso.

Artículo 5. Ámbito de aplicación

La presente ley será aplicable, a toda la administración pública centralizada, descentralizada y autónoma. Se exceptúan aquellos casos en que la impugnación de la resolución tenga un procedimiento específico en una ley especial.



Artículo 6. Derogatoria general

Queda derogada cualquier otra disposición que sea contraria o se oponga a la presente ley.

Artículo 7. Reglamento de la ley

El reglamento de la presente ley deberá emitirse en un plazo no mayor de 30 días.

Artículo 8. Vigencia

El presente decreto entrará en vigencia 45 días después de su publicación en el Diario Oficial.

REMÍTASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.

**EMITIDO EN EL PALACIO LEGISLATIVO A LOS ___ DÍAS DEL MES DE _____
DEL AÑO _____.**





CONCLUSIONES

1. En Guatemala, la población ignora los mecanismos de control, y por ende no los aplica en contra de la administración pública, evitando con ello que la auditoría social no se cumpla, los medios de impugnación no se interpongan y la transparencia de las actuaciones y resoluciones administrativas le sean desfavorables en casi todos los casos.
2. Actualmente los recursos de revocatoria y reposición planteados en contra de la administración pública, son conocidos por el mismo órgano que dictó la actuación o resolución impugnada, careciendo las resoluciones de dichos recursos de objetividad, imparcialidad e independencia.
3. Los órganos de la administración pública que actualmente resuelven los recursos, carecen de imparcialidad en sus resoluciones, ya que siempre están sujetos a procedimientos burocráticos y poco objetivos en contra de los particulares, y con ello dentro del desarrollo de la tesis se descubrió que la inmensa mayoría de los recursos planteados ante la administración pública fueron resueltos sin lugar para el particular.
4. Dentro del recurso de revocatoria, se ven violados los principios de independencia, autonomía y objetividad, debido a que la administración pública actual, está estructurada de una forma tal, en la cual el superior jerárquico sugiere, influye u ordena, cómo se dictarán las resoluciones de los recursos planteados.



5. Con base en el análisis de doctrina y actualidad nacional, se descubre la necesidad de existencia de un órgano ajeno al que dictó la actuación o resolución, para que conozca en un recurso único, las impugnaciones planteadas ante estas, siendo este un órgano independiente, imparcial y autónomo, resuelva la impugnación planteada respetando los principios de legalidad y juridicidad.



RECOMENDACIONES

1. El Organismo Legislativo, debe dar a conocer mejor el contenido de las leyes administrativas, para que la población en general conozca los mecanismos de control, para poder hacer valer y defender plenamente sus derechos ante los órganos de administración pública, cuando estos presenten arbitrariedades en sus actuaciones y resoluciones.
2. El Organismo Legislativo, debe crear un órgano administrativo, autónomo, técnico y descentralizado, como órgano de fiscalización de los actos y resoluciones originarias de la administración pública, cuya finalidad sea analizar su legalidad y juridicidad, y decidir sobre los mismos, pudiendo confirmar, modificar o revocar la decisión de la administración, cuando ésta resulte arbitraria o contraria a derecho.
3. Se debe crear la Superintendencia de Control Administrativo a través del Organismo Legislativo, para fortalecer la imparcialidad e independencia en las resoluciones a las impugnaciones planteadas, guiándose por los principios de legalidad, imparcialidad, independencia, objetividad y celeridad, debido que los recursos con regularidad son resueltos sin lugar para el particular.
4. Que el Organismo Legislativo, implemente y regule un recurso único de reposición como mecanismo de control de la administración pública. Mismo que deberá tener un trámite sencillo y ágil, el cual podrá ser interpuesto, conocido y resuelto ante y por la Superintendencia de Control Administrativo a través de sus agentes de control, ya que



dentro de los recursos, se ven violados los principios de independencia, autonomía y objetividad, por la subordinación existente en la administración pública.

5. Es necesario estructurar la Superintendencia de control administrativo, de forma jerárquica, pero con respeto a los principios de independencia, autonomía y objetividad, para que ningún superior jerárquico pueda influir, sugerir u ordenar el sentido de las resoluciones de los funcionarios de control, y con ello evitar las arbitrariedades que se dan para la resolución de los recursos, por resolverse estos por el mismo órgano que dicto la resolución originaria.



BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel. **Teoría general del derecho administrativo**, 11ª ed. Ed. Porrúa, México, 1993.

BESSON, Waldemar y JASPER, Gottard. **Elementos del estado de derecho: el principio de legalidad en toda actuación del poder público" en estado de derecho y democracia**, editado por Josef Thesing, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 2ª ed, 2000.

BIELSA, Rafael. **Principios del derecho administrativo**, 3ª ed. Ed. Liberia, Argentina, 1993.

BIDART CAMPOS, Germán. **La función administrativa estatal**, 2ª ed. Ed. Ediar, Argentina, 1994.

BONNEMAISON, María A. **Mecanismos constitucionales de control del poder público**, 1ª ed. 2008, Guatemala.

BURDEAU, Georges. **El poder**, 1º ed. Ed. UCA El Salvador 1979.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**, 5ª edición; Editorial Ayacucho; Argentina, 2005.

CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo guatemalteco**, 1º ed. Imprenta Castillo, Guatemala, 2004.

CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. **Derecho procesal administrativo**, 4ª ed. Imprenta Castillo, Guatemala, 1996.

CASTOR CUEVAS, Héctor Alejandro. **Invalidación de actos administrativos y juridicidad**, 1ª ed. (S.e.) Costa Rica, 2007.

DELGADILLO, Luis Humberto. **Compendio de derecho administrativo**. Ed. Porrúa, 1997.



DROMI, Roberto. **Manual de derecho administrativo**, 5ª ed. Ed. Ciudad Argentina, Argentina, 1998.

ENTRENA CUESTA, Rafael. **Curso de derecho administrativo**, 5ª ed. Ed. Tecnos, Madrid, 1979.

ESTRADA ROMERO, Sergio Saúl. **Opcionalidad de los recursos administrativos previos al procedimiento contencioso administrativo**, (s.e.) Ed. Toluca, México, 1995.

ESCOLA, Héctor Jorge. **Tratado teórico práctico de los recursos administrativos**, 2ª ed. Ed. Depalma, Argentina, 1979.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. **Programa de derecho mexicano de derecho administrativo**, Ed McGraw Hill, México, 1997.

GABINO, Fraga. **Derecho administrativo**, 3ª ed. Ed. Porrúa, México, 1998.

JUÁREZ ELIAS, Erick. **El control del poder público**, (s.e.). Ed. Ediciones Jurídicas Universitarias del Centro Universitario del Occidente, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2005.

MARIENHOFF S., Miguel. **Tratado de derecho administrativo**, 4ª ed. Ed. ABELEDO-PERROT, Buenos Aires, 1990.

MARTÍNEZ MORALES, I. Rafael. **Derecho administrativo**, 3ª.ed. Ed. Harla, México, 2001.

MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel. **Los procedimientos administrativos materialmente jurisdiccionales como medios de control en la administración pública** 1ª ed. (s.E.) México, 2002.

NAME ALMANZA, Miriam. **Los actos discrecionales de la administración pública y su control jurisdiccional**, Tesis, El Salvador, Escuela Libre de Derecho, 1999.



NAVA NEGRETE, Alfonso Y Enrique Quiroz Acosta. **Procedimiento administrativo**, (s.e) UNAM-Porrúa, México 2001

REY BARODES, Manuel. **La autolimitación del poder público**, 2ª ed. (s.E.) Colombia, 2007.

ROMERO ASTURIAS, Erwin. **Controles de la administración pública**, 1ª ed. (s.E.) Guatemala, 2008.

Universidad Francisco Marroquín. **Contenido internacional del derecho administrativo y la gestión pública**, (s.e.) Ed. UFM, Guatemala, 2006.

Legislación:

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

Ley de lo Contencioso Administrativo. Decreto 119-96. Congreso de la República de Guatemala.

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