

Capítulo

I

ADMINISTRACIÓN
COMO CONCEPTO
GENERAL

Capítulo I

ADMINISTRACIÓN COMO CONCEPTO GENERAL

1.1 Etimología de la Palabra

Alvarez-Gendín, expresa que la palabra administración etimológicamente “viene del latín “Ad” y del verbo “*Ministro-as-are*”, administrar, servir, ejecutar, etc., y más singularmente del sustantivo “*ministratio- ministraciones*”, servicio, acto de servir. La preposición ad rige acusativo, de donde resulta administrationem, acerca del servicio administración, régimen, gobierno. Tomando frases de autores latinos significa dirigir, gobernar, gestionar, etc. Cicerón habla de administrare provinciam, administrare bellum, “*gobernar la provincia*”, “*dirigir la guerra*”, etc. Varron, decía: Administrare republicam, esto es, gobernar la república. Para Covarrubias (teoría de la lengua castellana), administrar significaba “*beneficiar o tratar hacienda, persona o república.*”¹

Para Reyes Ponce, “la palabra “*Administración*”, se forma del prefijo “*ad*”, hacia, y de “*ministratio*”. Esta última palabra viene a su vez de “*minister*”, vocablo compuesto de “*minis*”, comparativo de inferioridad, y del sufijo “*ter*”, que sirve como término de comparación.”²

Etimológicamente administración, da la idea que ésta se refiere a una función que se desarrolla bajo el mandato de otro; de un servicio que se presta. Servicio y Subordinación, son pues los elementos principales que debe contener la definición.³

Garcini Guerra, dice: “Esa acepción de la ciencia administrativa dominada por el factor técnico del arte de administrar, que la separa conceptualmente del Derecho Administrativo, tiene su más alto exponente en el autor francés Henry Fayol, para el que la esencia de la función administrativa consiste en “*planificar, organizar, mandar, coordinar y controlar*” y su principio *capital de la teoría administrativa es la importancia* de la dirección de la gerencia, management,

¹ Alvarez-Gendín, Sabino, Tratado General de Derecho Administrativo, Pág. 54.

² Reyes Poncè, Agustín, Administración de Empresas, parte I, pág. 15

³ Reyes Ponce, Agustín, Op. Cit, Pág. 16

tanto más importante, cuanto mayor es la empresa. Gulick considera que esa importante labor de la dirección se sintetiza en una palabra de su invención **POSDCORB**, que no es otra que el anagrama formado con las iniciales de las palabras inglesas que identifican los aspectos de la acción administrativa: **Planning** (Planificar); **Organizing** (Organizar); **Staffing** (Administración del personal); **Directing** (Dirigir); **Coordinating** (Coordinar); **Reporting** (Informar); **Budseting** (Presupuestar).⁴

Es necesario en este capítulo, establecer genéricamente lo que significa la Administración, previamente a entrar a considerar lo que significa la Administración Pública.

1.2 Administración

El autor E.F.L. Brech, citado por el autor Agustín Reyes Ponce⁵ Administración es ***“Un proceso social que lleva consigo la responsabilidad de planear y regular en forma eficiente las operaciones de una empresa, para lograr un propósito dado”***.

J. D. Mooney: ***“Es el arte o técnica de dirigir o inspirar a los demás con base en un profundo y claro conocimiento de la naturaleza humana.”***

Contrapone esta definición con la que se da sobre la organización como una técnica de relacionar los deberes y funciones específicas de un todo coordinado.

Peterson and Plowman ***“Una técnica por medio de la cual se determinan, clarifican y realizan los propósitos y objetivos de un grupo humano particular.”***

Koontz y O’Domiell: considera a la administración como ***“La organización de un organismo social, y su efectividad en alcanzar sus objetivos, fundada en la habilidad de conducir a sus integrantes.”***

Para F. Tennenbaum, mencionado por Reyes Ponce, administración es: ***“El empleo de la autoridad para organizar, dirigir y controlar a subordinados responsables (y consiguientemente, a los grupos que ellos comandan), con el fin de que todos los servicios que se prestan sean debidamente coordinados en el logro del fin de la empresa”***.⁶

Para el autor Henry Fayol⁷, citado por el autor Agustín Reyes Ponce considerado como el padre de la administración moderna, indica: ***“Administrar es prever, organizar, mandar, coordinar y controlar.”***

⁴ Garcini Guerra, Héctor, Derecho Administrativo, Pág. 37.

⁵ Op.Cit.pág.15.

⁶ Op.Cit.Pag. 16.

⁷ Op. Cit., pág.16

Para Merkl, en un aspecto muy amplio de la administración, indica: *“es toda actividad humana planificada para alcanzar determinados fines humanos.”*⁸

En este sentido se abarca toda actividad en general y rebasa la esfera de la economía y establece que la actividad que se desarrolla es para alcanzar un fin determinado y humano.

Creemos, que vista la administración como concepto general, se puede afirmar que *Administración* es el **GENERO** y *Administración Pública* como concepto especial es la **ESPECIE**.

Al haber analizado en una forma muy general, lo que significa la Administración, podemos estudiar y analizar lo que significa y los diferentes puntos de vista de la Administración.

1.3 Administración Pública

a. Definiciones

De lo que significa Administración Pública, existen variadas definiciones. No pretendemos especializarnos en las Ciencias de la Administración, pero sí es necesario plasmar algunas definiciones, pues para entender lo que significa el Derecho Administrativo es necesario, primero entender a la Administración Pública. Entre las definiciones más importantes podemos encontrar las siguientes:

a) Para algunos autores la Administración Pública *“Es el ejecutivo en acción”*.
b) Otros autores dicen que la Administración Pública es: *“Los organismos del Estado prestando servicios públicos”*.

c) Para Garrido Falla, mencionado por Prat: *“Parte del Criterio Orgánico; la Administración es un complejo orgánico integrado en el Poder Ejecutivo. Pero acepta que éste se halla formado por Administración más Gobierno, que constituyen el escalón superior de la organización jerárquica del Ejecutivo. La línea divisoria entre ambos la establece el derecho positivo, pero admite que el gobierno posee competencias políticas y administrativas, ya en manos del Gobierno o de las altas jerarquías de la Administración. La limitación de definir la administración desde el punto de vista subjetivo está justamente en el momento de distinguir administración de gobierno.”*⁹

d) Para Marienhoff, citado por Prat, define a la Administración como: *“Actividad práctica, permanente y concreta del Estado (criterio, objetivo, material), que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades de grupo social y de los*

⁸ Op. Cit., pág.16

⁹ Prat, Julio A., Derecho Administrativo, Pág. 132.

individuos que lo integran (criterio finalista). Fiel a sus afirmaciones Marienhoff, no introduce a esta definición ningún criterio subjetivo y combina dos elementos de base de la concepción objetiva. ¹⁰

e) Para García Oviedo y Martínez Useros, analizan a la administración desde dos puntos de vista: *“la administración en sentido objetivo es realización de actividades hacía un fin, y como quiera que este pueda ser de diversa índole, la discriminación del mismo producirá el siguiente resultado: si el fin gestionado es de índole privada nos hallaremos ante una actividad administrativa de tal carácter, mientras que la administración pública supondrá la producción de un fin público; siendo la primera extraña a la materia de nuestra disciplina, ya que el contenido de ésta gravita en torno a la actividad dirigida a la satisfacción de fines de interés público.”*

f) El Profesor Fraga, señala que la satisfacción de los intereses colectivos por medio de la función administrativa la realiza el Estado y que para ello se organiza en una forma especial. La organización especial de que habla constituye la Administración Pública y manifiesta que: *“La Administración Pública debe entenderse desde el punto de vista FORMAL como el organismo público que ha recibido del poder político la competencia y los medios necesarios para la satisfacción de los intereses generales y que desde el punto de vista MATERIAL es la actividad de este organismo considerado en sus problemas de gestión y de existencia propia tanto en sus relaciones con otros organismos semejantes como con los particulares para asegurar la ejecución de su misión.*

Para Fraga, la Administración desde el punto de vista formal, es la parte más importante, pues es donde se halla depositada la soberanía del Estado, o sea el Organismo Ejecutivo.

No todos los autores consideran a la Administración como una **CIENCIA**, sino que muchos de ellos como una **TÉCNICA** y otros como un **ARTE**.

Sobre este tópico el Profesor Garcini,¹¹ analiza la posición de algunos autores, como Garrido, que establecen la conveniencia de hablar de la *“Técnica de la Administración”* y la contraposición de Bielsa y otros autores de considerar a la Administración como una verdadera ciencia.

En suma, como afirma Garrido Falla, esta corriente de los estudios administrativos *“conduce necesariamente a que la Administración sea considerada como un gran aparato orgánico cuyos únicos problemas son precisamente los relativos a su montaje y manejo técnico, “por lo que resultaría preferible prescindir de la expresión Ciencia de la Administración y hablar de Técnica de la Administración”*. Contra esa concepción han reaccionado Bielsa que considera que *“más tienen de novedad en los títulos y en los planes que en la sustancia*

¹⁰ Op. Cit. Pág. 37.

¹¹ Op. Cit. Pág. 37.

de la materia”. Simón, y su escuela sociopsicológica que se orienta hacia el estudio de carácter humano de toda empresa pública o privada, lo que *coloca la Ciencia de la Administración dentro de las llamadas Ciencias Sociales*, y Muñoz Amato, que concibe la Administración Pública como uno de los procesos del Gobierno, lo que hace *que la ciencia Administrativa posea típicas cualidades* frente a la administración industrial o comercial.

Nosotros consideramos que la Administración es una **CIENCIA**, pero al analizar la Administración Pública como una **ESPECIE** de la **ADMINISTRACIÓN**, y dependiendo desde el punto de vista que se estudie se puede considerar como una rama de las **CIENCIAS SOCIALES** o como una rama de las **CIENCIAS POLÍTICAS** o por lo menos con una íntima relación con esta ciencia.

Si la Administración Pública se estudia desde el punto de vista de la integración y de la función que debe desarrollar y quiénes tienen que desarrollar su actividad, es decir **ESTRUCTURA** y **DIRECCIÓN**, creemos sin temor a equivocarnos que la Administración Pública la estamos estudiando desde el punto de vista de las Ciencias Políticas.

Si la Administración Pública se estudia desde el punto de vista de la aplicación de políticas para la satisfacción de necesidades generales y a quien va dirigida la finalidad y propósito de la Administración se ve desde el punto de vista de la Ciencias Sociales.

En fin, no podemos, como ya lo analizaremos adelante, estudiar a cualquier rama de la ciencia en una forma aislada, existe una gran vinculación entre todas las ciencias.

Llegar a una definición exacta de una ciencia es algo muy difícil, pues al analizar los diferentes criterios, unos nos parecen adecuados otros no, pero es necesario tratar de establecer la definición del concepto en una forma que se entienda y que se pueda explicar.

Habiendo analizado algunos de los autores del Derecho Administrativo, que necesariamente tratan lo relativo a la Administración Pública, podemos establecer una definición que consideramos que es la más adecuada y vemos a la administración pública como:

“El conjunto de Órganos Administrativos que desarrollan una actividad para el logro de un fin (Bienestar General), a través de los Servicios Públicos (que es el medio de que dispone la Administración Pública para lograr el bienestar General), regulada en su estructura y funcionamiento, normalmente por el Derecho Administrativo.”

Podemos decir que la Administración Pública y sus órganos y entidades es un medio por el cual el Estado ejecuta su actividad.

La Administración Pública se presenta con un doble aspecto:

- a) Como sujeto, es un complejo de órganos armonizados, constituido, unido por relaciones de jerarquía y de coordinación, lo que se le denomina la jerarquía administrativa, aunque no todos los órganos administrativos son órganos jerarquizados;
- b) En su objeto, que la acción, la actividad encaminada al cumplimiento de finalidades, como ya lo indicamos el bienestar de todos.
- c) Regulada estructuralmente y en su competencia por el Derecho administrativo, pues dentro del Derecho Administrativo encontramos toda la regulación legal que entraña los principios, normas, regulación de relaciones, control, etc.

b. Elementos

Los elementos más importantes de la definición dada de Administración Pública, se pueden resumir y explicar de la siguiente manera: el órgano administrativo, la actividad que la administración realiza, la finalidad que pretende el Estado, a través de la administración y el medio que la administración pública dispone para la realización de sus propósitos.

1. El Órgano Administrativo

Son todos aquellos órganos que pertenecen a la administración pública que son el medio o el conducto por medio del cual se manifiesta la personalidad del Estado.

La calidad de órgano deriva directamente de la propia Constitución; la persona jurídica estatal no necesita un acto valitivo de determinación, pues el órgano "*integra*" la estructura de la persona, forma parte de ella, nace con ella, es ella en cierta medida, pues el órgano vale tanto como el instrumento o medio de acción, a través del cual el Estado se desenvuelve como sujeto de derecho. La expresión órgano no debe ser confundida con la concepción del organismo biológico, pues el vocablo ha sido acogido en las disciplinas jurídicas en sentido meramente metafórico, basándose en su valor etimológico, *organon=instrumento.*"

Este tema puede ser motivo de análisis más detenido dentro del capítulo denominado Personalidad del Estado, de este trabajo.

2. Actividad

Los órganos de la administración pública desarrollan una actividad y esta actividad se desarrolla a través de la prestación de los servicios públicos a los

cuales está obligada la administración pública, para el logro de su finalidad. Podemos ver al Servicio Público, como el instrumento, vehículo o medio de que dispone la Administración para el logro de su propósito. Desde este punto de vista se estudia la Administración Pública desde un punto de vista **FORMAL**.

3. Finalidad

La finalidad es el elemento **TELEOLÓGICO** de la Administración Pública, como analizamos dentro de la definición la Administración Pública tiene una finalidad y podemos afirmar que su finalidad es “el bien común” o “bienestar general” de toda la población en general, elemento no sólo doctrinario sino Constitucional, expresado dentro del artículo lo. que establece que el Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia, y su fin supremo es el Bien Común.

4. El Medio

El medio que la Administración Pública utiliza para el logro del bienestar general o el bien común es el Servicio Público. Significa esto que el Servicio Público se entiende como “El medio de que dispone la Administración Pública para el logro de su finalidad.” La administración Pública va a desarrollar su actividad, a través del Servicio Público.

1.4 Función Administrativa y Pasos del a Administración Pública

El Autor argentino Agustín Gordillo, señala: “Según se verá más adelante, un elemento de síntesis que refleja el primer objeto de estudio de esta rama del derecho es el ejercicio de la función administrativa. Esta perspectiva de síntesis abarca: El estudio del sujeto que ejerce dicha función o sea la administración pública centralizada y descentralizada, a través de sus órganos jurídicos (con los consiguientes principios de competencia, jerarquía, delegación, etc.), de los agentes que se desempeñan en esos órganos, y estructurada en forma de administración central (centralizada o desconcentrada), o descentralizada (entes autárquicos, empresas del Estado, sociedades anónimas con participación parcial o total del Estado, etc.), con más la figura del ente independiente regulador de servicios públicos...”¹²

¹² Gordillo Agustín, Derecho Administrativo, Parte General, Tomo I, Pág. V 1.

La función administrativa es en esencia el que hacer de la administración pública e implican que implica también los pasos que la buena administración debe desarrollar para su desarrollo, en una forma técnica y acorde a los principios que inspiran a la

Sigue diciendo Gordillo: “También puede a veces la función pública ser delegada o atribuida a personas no estatales, y aparece en ese caso el fenómeno de las personas públicas no estatales (algunas sociedades de economía mixta, corporaciones profesionales, etcétera), O a personas que ejercen un monopolio o privilegio para la explotación de un servicio público, aspecto en el cual entran también dentro del objeto del estudio del derecho administrativo”¹³.

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

Son partes del ejercicio de la función administrativa la forma que adopta ese ejercicio, los actos administrativos, los contratos administrativos, el procedimiento administrativo, etcétera; que también son parte de la regulación del Derecho Administrativo. Hay que recordar que la administración debe actuar bajo los principios de LEGALIDAD y JURIDICIDAD y bajo las reglas de la competencia administrativa.

Este tema debemos analizarlo en el capítulo siguiente cuando veremos el objeto de estudio del Derecho Administrativo, para llegar a una definición mas adecuada de nuestra disciplina jurídica,

Es necesario también desarrollar los pasos de la administración pública que son parte esencial de la “Función Administrativa”, importantes y esencialmente son cinco: La Planificación, la Coordinación, la Organización, la Dirección y el Control.

Veamos de una manera muy general cada una de ellas.

a. La Planificación

Que significa la investigación para garantizar los resultados de la finalidad que se pretende. La planificación significa “*Ver hacia el futuro*”. Para planificar se utilizan toda clase de métodos y técnicas científicas.

Dice Reyes Ponce “La planeación fija con precisión lo que va a hacerse. La Planeación consiste, por lo tanto, en fijar el curso concreto de la acción que ha de seguirse, estableciendo los principios que habrán de orientarlo, la secuencia

¹³ Gordillo Agustín. Op. Cit. Pág. V 2.

de operaciones para realizarlo y las determinaciones de tiempos y de números, necesaria para su realización.

Goet, ha dicho que planear es hacer que ocurran cosas que, de otro modo, no habrían ocurrido. Equivale a trazar los planos para fijar dentro de ello nuestra futura acción.”¹⁴

La actividad de planificar tiene gran importancia y es tan importante como el hacer de la administración pública. Pues primero hay que establecer cuales son las necesidades, para posteriormente de establecerlas ver hacia adelante o en el futuro, las acciones que tenemos que realizar para cubrir las necesidades.

El autor Reyes Ponce, hace una enumeración de las razones, por las cuales planear es tan importante como hacer, indica:

- a) La eficiencia, obra de orden, no puede venir del acaso, de la improvisación;
- b) Así como en la parte dinámica, lo central es dirigir, en la mecánica el centro es planear: Si administrar es “hacer a través de otros”, necesitamos hacer planes sobre la forma como esa acción habrá de coordinarse;
- c) Todo plan tiende a ser económico; desafortunadamente, no siempre lo parece, porque todo plan consume tiempo, que, por lo distante de su realización, puede parecer innecesario e infecundo;
- d) Todo control es imposible si no se compara con un plan previo. Sin planes se trabaja a ciegas.”¹⁵

El mismo autor le impone a la planificación tres principios básicos: El principio de la precisión, el principio de la flexibilidad y el principio de la unidad.

El principio de la precisión consiste que los planes no deben hacerse con afirmaciones vagas y genéricas, sino con la mayor precisión posible, porque van a regir acciones concretas.

El principio de flexibilidad, que implica que dentro de la precisión establecida en el principio de precisión, debe dejar margen para los cambios que surjan en éste.

Los planes deben ser de tal naturaleza, que pueda decirse que existe uno sólo para cada función; y todos los que se aplican en la empresa deben estar, de tal modo coordinados e integrados, que en realidad pueda decirse que existe un solo plan general.

En general, la planificación significa hacer un estudio de las necesidades para en el futuro realizar las acciones, para llenar esas necesidades.

¹⁴ Reyes Ponce, Agustín, Op. Cit. Pág. 165.

¹⁵ Op. Cit. Pág. 166.

b. Coordinación

La coordinación significa la armonización de toda la organización y sus componentes, en los que se puede involucrar tanto a órganos centralizados como a órganos descentralizados de la Administración Pública e incluso a otros organismos del Estado.

Algunos autores como Reyes Ponce¹⁶, analizan a la coordinación como **la integración** y explica que integrar es obtener y articular los elementos materiales y humanos que la organización y la planeación señalan como necesarios para el adecuado funcionamiento de un organismo social.

Dice el autor que la planeación nos dice qué debe hacerse y cuándo; la organización nos señala quiénes, dónde y cómo debe realizarlo.

Es necesario obtener los elementos materiales y humanos que llenen los marcos teóricos formados por la planeación y la organización: esto lo hace la integración o la coordinación. Puesto que en las funciones que se ejerce se estudia la integración de cosas, refiriéndonos especialmente a las personas, y sobre todo, al aspecto específicamente administrativo.

Reyes Ponce, establece tres principios sobre la importancia que tiene la integración (nosotros la conocemos como la coordinación):

“a) Es el primer paso práctico de la etapa dinámica y, por lo mismo, ella depende en gran parte que la teoría formulada en la etapa constructiva o estática, tenga la eficiencia prevista y planeada.

b) Es el punto de contacto entre lo estático y lo dinámico; lo teórico y lo práctico.

c) Aunque se da en mayor amplitud al iniciarse la operación de un organismo social es una función permanente, porque en forma constante hay que estar integrando el organismo, tanto para proveer a su crecimiento normal, ampliaciones, etc., como para sustituir a los hombres que han salido por muerte, renuncia, etc., a las maquinarias que se han deteriorado, los sistemas que resultan obsoletos, etc.”¹⁷

El mismo autor a señalado algunos principios de la integración, como principio de integración de cosas y principio de integración de personas.

c. Organización

La definición de la organización, claramente la dan los autores Terry y Sheldon, mencionados por Reyes, que dice:

“Terry define la organización diciendo: es el arreglo de las funciones que se estiman necesarias para lograr un objetivo, y una indicación de la autoridad

¹⁶ Reyes Ponce, Agustín, Op. Cit. Pág. 256.

¹⁷ Op. Cit. Pág. 256.

y la responsabilidad asignadas a las personas que tienen a su cargo la ejecución de las funciones respectivas.

Sheldon la considera como: el proceso de combinar el trabajo que los individuos o grupos deban efectuar, con los elementos necesarios para su ejecución de tal manera que las labores que así se ejecuten, sean los mejores medios para la aplicación eficiente, sistemática, positiva y coordinada de los esfuerzos disponibles.

La organización es la estructuración técnica de las relaciones que deben existir entre las funciones, niveles y actividades de los elementos materiales y humanos de un organismo social, con el fin de lograr su máxima eficiencia dentro de los planes y objetivos señalados.”¹⁸

Organización implica “*estructurar la organización*”, corresponde a la mecánica administrativa y se refiere también a cómo se van a ejercer las funciones de la administración, los niveles de jerarquía y las actividades que se han de realizar dentro de la administración.

Esta organización implica, las tareas se van a realizar dentro de la Administración Pública, las personas con que se cuenta, cómo deben ser agrupadas las tareas y finalmente lo más importante dentro toda organización administrativa la persona que va a tomar las decisiones. Esto implica como ya lo explicamos estructurar la organización.

c. Dirección

El autor Reyes dice: “*La palabra “Dirección”, viene del verbo “dirigere” éste se forma a su vez del prefijo “di”, intensivo, y “regere”: regir, gobernar. Este último se deriva del sánscrito “raj”, que indica “preeminencia”.*”

Es curioso observar la similitud que tiene esta etimología con la de la palabra administración: una posición preeminente, lo cual no es extraño, ya que la dirección es el corazón o esencia de la administración.”¹⁹

La dirección dice Reyes, “*es aquel elemento de la administración en que se logra la realización efectiva de todo lo planeado, por medio de la autoridad del administrador, ejercida basándose en decisiones, ya sea tomadas directamente, ya con más frecuencia, delegando dicha autoridad, y se vigila simultáneamente que se cumpla en la forma adecuada todas las órdenes emitidas.*”

En síntesis, significa conducir las actividades de los subordinados, delegadas por el Administrador.

¹⁸ Op. Cit. Pág. 212.

¹⁹ Op. Cit. Pág. 305.

e. Control

Dice Agustín Reyes, que el control: *“Es la medición de los resultados actuales y pasados, en relación con los esperados, ya sea total o parcial, con el fin de corregir, mejorar y formular nuevos planes”*.²⁰

También implica que las tareas se realicen conforme a las normas establecidas, tomando en cuenta control de calidad, auditorías, especificaciones técnicas, procedimientos establecidos. Etc.

Los medios de control deben estar bien establecidos, sobre qué personas o instituciones deben implementar el control, naturalmente en normas legales, para que estos controles sean efectivos.

Dentro de la actividad administrativa hay varias clases de control, las que se pueden clasificar de la forma siguiente:

1. Control Interno

El que se realiza internamente dentro de la Administración Pública, por los órganos superiores sobre los subordinados, el Ministro sobre sus Directores Generales. Este tipo de control se da normalmente dentro de los órganos jerarquizados y el control es uno de los Poderes que otorga la Jerarquía, como el Poder Disciplinario, el Poder de Revisión, Poder de Revocatoria, etc.

2. Control Directo

El que ejercen los particulares sobre los actos de la Administración Pública, a través de los Recursos Administrativos.

En Guatemala, existe una gama de recursos administrativos, pero principalmente se encuentran los recursos de Revocatoria, que es un recurso que se le conoce como Recurso Jerárquico; así también encontramos el recurso de Reposición. Encontramos recursos como el de Apelación, Reconsideración, Reclamo.

Los recursos administrativos se encuentran enmarcados en diversas leyes y en muchas de ellas, aún que se denominen de igual forma se encuentran regulados con distintos procedimientos.

²⁰ Op. Cit. Pág. 355.

3. Control Judicial

El que se ejerce ante los Tribunales de Justicia, el Recurso de lo Contencioso-Administrativo, Amparo, Juicio de Cuentas, Etc.

En Derecho Administrativo encontramos la Vía Administrativa que los medios de control directos o recursos administrativos, así como encontramos la Vía Judicial, como medio de control de los órganos administrativos, entre ellos encontramos el Amparo y el Contencioso-Administrativo, hay que tomar en cuenta que para los dos casos, tanto el Amparo como el Contencioso es necesario que se agote la vía administrativa, es decir que se planteen antes los Recursos Administrativos.

Este tema lo analizaremos en próximos capítulos del presente trabajo con más detenimiento.

4. Control Constitucional

El que ejerce la Corte de Constitucionalidad, para que la Administración Pública y otros órganos del Estado no violen con sus actos preceptos y garantías que la Constitución Política de la República garantiza.

Hay que ver a la Corte de Constitucionalidad como un Organismo que garantiza que todo ámbito de la vida del Estado de Guatemala, se cumpla con los preceptos constitucionales y que no se violen los mismos.

a) La Corte de Constitucionalidad

Este Organismo es creado en la Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada el treinta de mayo de mil novecientos ochenta y cinco y vigente desde el catorce de enero de mil novecientos ochenta y seis, como un tribunal permanente de jurisdicción privativa y la función esencial de este alto organismo es el de defender el orden constitucional y la misma Constitución la dota de absoluta independencia de los demás Organismos del Estado, así mismo le otorga independencia económica.

La Corte de Constitucionalidad se encuentra regulada dentro del artículo 268 de la Constitución Política de la República, que indica: “Artículo 268 “Función esencial de la Corte de Constitucionalidad. La Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional; actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la ley de la materia.

La independencia económica de la Corte de Constitucionalidad, será garantizada con un porcentaje de los ingresos que correspondan al Organismo Judicial.”

b) Integración de la Corte de Constitucionalidad

La Corte de Constitucionalidad se integra con cinco Magistrados Titulares y cada uno con un Suplente. El número de integrantes aumenta en el caso que la Corte de Constitucionalidad conozca de los asuntos de inconstitucionalidad en contra de la Corte Suprema de Justicia, el Congreso de la República, el Presidente o el Vicepresidente de la República. En este caso se aumenta a siete el número de Magistrados por sorteo entre los suplentes.

c) Designación de los Magistrados

Los Magistrados de la Corte de Constitucionalidad se designan de la forma siguiente:

- a) Un Magistrado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.
- b) Un Magistrado por el Pleno del Congreso de la República.
- c) Un Magistrado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros.
- d) Un Magistrado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala.
- e) Un Magistrado por la Asamblea del Colegio de Abogados.

La elección de éstos se realiza de conformidad con el procedimiento interno de cada institución que designa Magistrados. Los Magistrados suplentes se designan en forma simultánea con los titulares.

d) Duración de los Cargos

Los Magistrados tanto titulares como suplentes de la Corte de Constitucionalidad duran en sus funciones cinco años, pudiendo ser reelectos para otro período igual pues la Constitución no prohíbe lo contrario (artículo 269 párrafo 2o. de la Constitución Política de Guatemala).

Dentro de las dos Cortes de Constitucionalidad que han designado se encuentra el caso del profesor Adolfo González Rodas, que en las dos oportunidades ha sido designado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala, como Magistrado, ante ese alto organismo.

e) Requisitos para ser Magistrado de la Corte de Constitucionalidad

Son cuatro los requisitos para ser Magistrado de la Corte de Constitucionalidad, a saber:

- a) Guatemalteco de origen, de conformidad con el artículo 144 de la Constitución Política de Guatemala;
- b) Ser Abogado colegiado, y en este caso para poder serlo el Profesional del Derecho debe estar inscrito en el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, estar activo, pues de lo contrario no podría participar en la Asamblea para ejercer el derecho de elegir y ser electo dentro del Colegio;
- c) Ser de reconocida honorabilidad. Significa que la persona o profesional que llegue a formar parte de la Corte de Constitucionalidad, debe ser una persona que dentro de su vida privada y profesional sea intachable; y
- d) Tener por lo menos quince años de graduación profesional. En este caso, se cuenta desde el día en que el profesional designado, obtuvo los títulos de Abogado y Notario o su incorporación en la Universidad de San Carlos de Guatemala.

f) Presidencia de la Corte de Constitucionalidad

La Presidencia de la Corte de Constitucionalidad es muy especial, pues la misma es rotativa y de un año de duración entre sus Magistrados titulares, e inicia con el Magistrado de mayor edad y se rota en forma descendente de edades hasta completar el período para el cual fueron designados.

g) Funciones y Competencia del a Corte de Constitucionalidad

La función esencial de la Corte de Constitucionalidad, es la defensa del orden constitucional, además de la anterior función la Corte tiene entre otras, las cuales se pueden resumir en la siguiente forma:

- a) Conocimiento de la acción de inconstitucionalidad en única instancia;
- b) Conocimiento de amparo interpuesto en contra del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Presidente y Vicepresidente de la República;
- c) Órgano de consulta de los organismos del Estado, sobre Constitucionalidad de tratados y convenios y proyectos de Ley; y
- d) Conocimiento de toda apelación en materia de amparo y en materia de Constitucionalidad.

Sin embargo, dentro de la Constitución y en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, se encuentran muchas competencias que le son atribuidas a la Corte.²¹

En materia de Derecho Administrativo es importante la Corte de Constitucionalidad como un Órgano de Control de los actos de los Organismos del Estado, y fundamentalmente de la Administración Pública, razón por la cual será tratado lo relativo a la Acción de Inconstitucionalidad, el Amparo, Apelación en Amparo e Inconstitucionalidad dentro del curso de Derecho Procesal Administrativo.

4. Control Parlamentario

El que ejercita el Congreso de la República a través de la interpelación, a este control se le denomina también Control Parlamentario, Juicio Político o Interpelación.

Este tema será analizado con su respectivo procedimiento, en próximos capítulos de este trabajo.

5. Control al Respeto de los Derechos Humanos

Se realiza por una figura nueva en Guatemala, creada a través de la Constitución Política de la República de Guatemala y que recae en dos órganos: a) La Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República; y b) Un órgano que depende del Congreso de la República, como lo es el Procurador de los Derechos Humanos.

a) La Comisión y el Procurador de los Derechos Humanos

Son dos las instituciones que tienen función de contralor de los derechos humanos en Guatemala, la Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República y el Procurador de los Derechos Humanos.

El Procurador de los Derechos Humanos en Guatemala, es una figura nueva que poco puede hacer para el respeto de los Derechos Humanos porque sus resoluciones no tienen el carácter de coercitivas, sino de denuncia y de recomendación.

²¹ Con relación a este tema los Estudiantes deben hacer un estudio de los artículos 265 al 272 de la Constitución Política de la República de Guatemala y de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

b) Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República

Dentro del Congreso de la República existe una gama de comisiones que trabajan en proyectos de ley en diferentes ramas. Comisión de Trabajo, Comisión de Finanzas, Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales, Etc.

Una de estas comisiones es la de Derechos Humanos, la cual se encuentra integrada por un Diputado por cada Partido Político, representado dentro del período correspondiente y sus atribuciones están contenidas en la Ley de la Comisión y Procurador de los Derechos Humanos.

b) El Procurador de los Derechos Humanos

En el VIII Congreso Iberoamericano de Colegios y Agrupaciones de Abogados, celebrado del 20 al 24 de junio de 1,988, Temática del Congreso, fue El Procurador de los Derechos Humanos (Defensor del Pueblo OMBUDSMAN): Funciones y Competencias. Dentro de los ponentes Oficiales se encontraban el Doctor Héctor Gross Spiel, el Doctor Alvaro Gil-Rojas, el Licenciado Ángel Alfredo Figueroa y el Licenciado Alfredo Balsells Tojo.

Las conclusiones a que se arribaron dentro del mencionado Congreso se encuentran contenidas dentro del resumen e informe final, el cual, por ser un tema importante para la defensa, control, y a efecto que verdaderamente sea respetado en nuestro país los Derechos Humanos, se hace necesario profundizar dentro del mismo, razón por la cual las partes más importantes de este documento serán motivo de análisis e incorporación en el presente trabajo, en la literatura que se ha consultado ésta es la más especializada, por la calidad de los Ponentes.

“Al aportar una modesta contribución al conocimiento de nuestro Procurador de los Derechos Humanos y su proyección al futuro promisorio que es de esperarse, tenemos que principiar por conocer la figura inspiradora de esta institución, el porqué de su existencia y sobre todo el valor de su supervivencia como bastión en la defensa constante de los Derechos Humanos.”

El año de 1,809, marca en Suecia el aparecimiento constitucional del Ombudsman, palabra derivada del Imbud, que en el idioma sueco significa representante, comisionado, protector mandatario, es decir un mandatario del pueblo. Básicamente, es un funcionario elegido por el Parlamento para investigar las quejas de los ciudadanos frente a la actuación de los funcionarios públicos, aunque a esta fecha sus atribuciones han crecido en tal forma que le involucra en la casi totalidad de las funciones de la Administración Pública.

El Doctor Per-Erik Nilsson, Ombudsman sueco, (1) explicó las funciones de su puesto diciendo: “La oficina del Ombudsman tiene a su cargo, o se estableció para el ejercicio del control de legalidad de los actos del Rey y sus

autoridades. Nada ha cambiado. Eso dura a través de los años. Las regulaciones de la Constitución son básicamente las mismas que tenía la Constitución de 1,809, cuando se establecieron. Naturalmente que en un sistema así, una oficina de este tipo de Ombudsman y las quejas que recibe del público y naturalmente el público es muy importante, indican la manera como funciona la Administración Pública: indican lo que está bien, lo que está mal dentro de ella.”

“Pero en mi oficina podría también en principio funcionar bien, aunque no recibiera quejas, porque yo tengo la responsabilidad conferida por el Parlamento para vigilar, por iniciativa propia cualquier paso, orden o acción iniciada por cualesquiera de estas autoridades o funcionarios individuales. Yo creo que ustedes deben tomar esto en cuenta cuando estudien en el sistema sueco. Hemos establecido esta institución como el guardia del pequeño ciudadano. En la ley que regula mi trabajo se dice que cuando se ejercen estos poderes debo controlar a los funcionarios y autoridades y hacerlo precisamente tomando en cuenta los derechos “fundamentales e individuales del ciudadano.”

Esta figura institucional escandinava se propagó desde el siglo pasado en forma positiva, hasta alcanzar una universalidad a la cual ha escapado América Latina hasta años recientes, en que se estudia y se analiza detenidamente su inclusión en nuestras legislaciones.

Así como el amparo es una institución netamente Americana, en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, el Ombudsman es netamente Europeo, manteniendo en algunos países el mismo nombre, pero bautizándose diferente, en otros. Así vemos aparecer el Mediador en Francia, Proveedor de Justicia en Portugal, Comisionado Parlamentario en el Reino Unido, Defensor del Pueblo en España, Dinamarca y Suecia cuentan con un único Ombudsman, en tanto Finlandia cuenta con varios, así como en el Reino Unido figuran comisionados para Escocia, Gales e Irlanda del Norte, mientras en Italia existen Defensores Cívicos para diferentes regiones del País.

Actualmente el Ombudsman se proyecta en más de treinta naciones del Orbe, al grado que de doce países que forman la Comunidad Económica Europea, la institución funciona en nueve de ellos. En el año de 1,971, en Viena la Conferencia del parlamento Europeo sobre los Derechos Humanos recomendó la creación de un órgano estatal para examinar las reclamaciones individuales y legitimado para tener acceso a los documentos de todos los departamentos de gobierno, con una organización similar a la de los Ombudsman escandinavos.

Fuera de Europa es de mencionar al Ombudsman de Australia, creado en 1,971, con una enorme gama de funciones que incierte en la protección de los Derechos Humanos, existiendo también en Nueva Zelanda.

Buscando los elementos comunes que caracterizan la figura del Ombudsman en los diferentes países, en los cuales se le ha considerado necesario nos

atrevernos a ensayar una genérica definición como una Institución creada por la Constitución o por ley, dirigida por personas autónomas, responsables. Únicamente el Poder Legislativo, que recibe las quejas de los ciudadanos o actúa por iniciativa propia para vigilar la legalidad de los actos administrativos, hacer recomendaciones y publicar informes anuales.

El autor español Carlos Giner del Grado (2) señala cuáles son las constantes que definen y caracterizan a los Ombudsman, así:

“Institución creada o regulada por el ordenamiento jurídico del Estado o de la región.

Comisionado por el Parlamento o en algún caso por el Gobierno para la defensa de los derechos fundamentales.

Con la misión de supervisar la actividad de las administraciones públicas en aquellas esferas para las que tienen competencias.

Dotado con la facultad de inspeccionar, denunciar, recomendar y dar publicidad a sus investigaciones.

Capaz de actuar a instancia de parte o por su propia iniciativa acuerdo con tales notas esenciales, son cuatro las funciones primordiales del Ombudsman, siendo ellas:

- a) Tutelar los derechos fundamentales y la legalidad;
- b) Investigar y controlar a la administración;
- c) Sugerir nuevas medidas legales; y
- d) Sancionar a las autoridades que dificulten su actividad.

Evitando los recelos que pueda motivar esta institución jurídica, trasladamos lo que el mismo Giner de Grado apunta al negar superfacultades: “No es un legislador que puede probar con fuerza la ley. No es gobernante, capaz de tomar decisiones coactivas sobre política de un país. No es un abogado con competencia para defender a los ciudadanos ante los tribunales de justicia en asuntos privados”. Y nos agrega:

“Lo cierto es que no es un Don Quijote mítico que puede solucionarlo todo con su espada, pero tampoco es un gnomo fantástico, sin operatividad real. En el mundo moderno de finales del siglo XX es un indiscutible signo de identidad que posibilita distinguir los Estados Democráticos, de los totalitarios y autocráticos”.

A ello agregamos nosotros que lo anterior es claro, toda vez que si es cierto que aún hay estados democráticos sin Ombudsman, no hay un solo estado autoritario que pueda soportar la existencia de este gladiador que se nos presenta con armas morales y con la coraza única de su integridad para salir a defender a los ciudadanos de los abusos de las autoridades.

Las competencias y facultades del Ombudsman, sus carencias y limitaciones deben ser debidamente conocidas y para ello traemos también a cuenta lo expresado por Don Joaquín Ruiz Giménez, primer Defensor del Pueblo Español, a quien mencionamos varias veces en este trabajo, dada su indiscutible autoridad moral,

al señalarnos que “en cualquier país no es Magistratura de “poder” sino de “persuasión”; no tiene potestas. en el sentido jurídico-político del término, sino autoritas moral y en cierto sentido política, sin partidismo alguno”.

Para dejar claro el sentido que esta institución debe tener, sobre todo en momentos en que nosotros debatimos la necesidad de su fortalecimiento en nuestro país, debido a su incipiente funcionamiento, y a su posible nacimiento en otros países hermanos de América, no resistimos traer a cuenta la palabra de quien ha desarrollado tan meritoria labor desde ese cargo de Defensor del Pueblo, el mismo Don Joaquín Ruiz Giménez, quien elegante y sabiamente nos dice: “Me importa más subrayar que el objetivo prioritario de los Ombudsman es contribuir a la construcción de una sociedad más libre y más justa, en su propia nación, y por reflejo en la Comunidad de las Naciones.”²²

El Procurador de los Derechos Humanos es un Comisario del Congreso de la República, para la defensa de los Derechos Humanos que la Constitución Política de la República de Guatemala garantiza, así como tiene facultades para la supervisión de la Administración Pública.

c) Elección del Procurador de los Derechos Humanos

La Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República propone al Congreso tres candidatos para la elección de un Procurador y es el Pleno del Congreso el que elige dentro de la tema propuesta por la Comisión. (Artículo 273 de la Constitución Política de la República de Guatemala).

d) Duración del Cargo

El Procurador de los Derechos Humanos ejerce su cargo por un período de cinco años. El Procurador puede ser reelecto para otro período de cinco años, pues la Constitución no contiene prohibición alguna para tal reelección.

e) Requisitos para ser Procurador de los Derechos Humanos

De conformidad con el artículo 273 de la Constitución Política de la República de Guatemala, debe reunir las mismas calidades de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia y de conformidad con los artículos 207 y 216 de la Constitución Política, son requisitos para ser Procurador de los Derechos Humanos:

²² VIII Congreso Iberoamericano de Colegios y Agrupaciones de Abogados, celebrado en Guatemala del 20 al 24 de junio de 1988, ciudad de Guatemala, Pág. P-2-1. -

- a) Guatemalteco de origen.
- b) Reconocida honorabilidad.
- c) Ser Abogado colegiado.
- d) Mayor de cuarenta años de edad.
- e) Haber desempeñado un período completo como Magistrado de la Corte de Apelaciones o de los Tribunales Colegiados que tengan la misma calidad o haber ejercido la profesión de Abogado por más de diez años.

g) Atribuciones del Procurador.

Son atribuciones del Procurador de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 275 de la Constitución Política de Guatemala, además de las contenidas en la ley, las siguientes:

“Artículo 275 “Atribuciones del Procurador de los Derechos Humanos. El Procurador de los Derechos Humanos tiene las siguientes atribuciones:

- a) Promover el buen funcionamiento y la agilización de la gestión administrativa gubernamental, en materia de Derechos Humanos;
- b) Investigar y denunciar comportamientos administrativos lesivos a los intereses de las personas;
- c) Investigar toda clase de denuncias que le sean planteadas por cualquier persona, sobre violaciones a los Derechos Humanos;
- d) Recomendar privada o públicamente a los funcionarios la modificación de un comportamiento administrativo objetado;
- e) Emitir censura pública por actos o comportamientos en contra de los derechos constitucionales;
- f) Promover acciones o recursos, judiciales o administrativos, en los casos en que sea procedente; y
- g) Las otras funciones y atribuciones que le asigne la ley.

El Procurador de los Derechos Humanos, de oficio o a instancia de parte, actuará con la debida diligencia para que, durante el régimen de excepción, se garanticen a plenitud los derechos fundamentales cuya vigencia no hubiere sido expresamente restringida. Para el cumplimiento de sus funciones todos los días y horas son hábiles”.

Estas son las atribuciones que le otorga la Constitución Política al Procurador de los Derechos Humanos, sin embargo hay que hacer una revisión de la Ley para establecer otras atribuciones y los procedimientos contenidos en la misma.²³

²³ Es necesario que el Estudiante del Curso de Derecho Administrativo II, analice los artículos del 207 al 216 y del 273 al 275 de la Constitución Política de la República de Guatemala, así como la Ley del a Comisión y Procurador de los Derechos Humanos.

6. Control del Gasto Público

a) La Contraloría General de Cuentas.

Por definición legal la Contraloría General de Cuentas, es una institución técnica, descentralizada, con funciones de fiscalización de los ingresos, egresos y en general, de todo interés hacendario de los organismos del Estado, contratista de obras públicas y de cualquier persona, que por delegación del Estado, invierta o administre fondos públicos. Artículo 232 de la Constitución Política de la República).

Son requisitos para ser Jefe de la Contraloría de Cuentas:

- a) Mayor de cuarenta años;
- b) Guatemalteco;
- c) Contador Público y Auditor,
- d) Reconocida honorabilidad y prestigio profesional; e) Encontrarse en el goce de sus derechos de ciudadano;
- f) No tener juicio pendiente en materia de cuentas;
- g) Haber ejercido su profesión por más de diez años. (Artículo 234 de la Constitución Política de la República de Guatemala),

La Elección del Jefe de la Contraloría. de Cuentas es facultad del Congreso de la República, por mayoría absoluta de votos de los diputados que conforman el Congreso de la República de Guatemala, el que puede removerlo.

La elección se verificará dentro de una nómina de candidatos propuestos de una nómina propuesta por la comisión de postulación.

La comisión de postulación se integra:

- a) Un representante de los Rectores de las Universidades del país;
- b) Los Decanos de las Facultades que incluyan la carrera de Auditoría;
- c) Un representante por la Asamblea General del Colegio de Economistas, Contadores Públicos y Auditores y Administradores de Empresas. (Artículo 233 de la Constitución Política de la República de Guatemala).

La Ley del Tribunal y Contraloría de Cuentas, en su artículo 1o. establece; “La función fiscalizadora de la hacienda pública y de la ejecución del Presupuesto General de Ingresos y Egresos de la Nación corresponde con exclusividad a la Contraloría de Cuentas”.

El artículo 2o. de la misma Ley preceptúa: “La Contraloría de Cuentas es. una institución técnica con absoluta independencia de funciones. Su función fiscalizadora se extiende a todas las personas que tengan a su cargo la custodia y manejo de fondos públicos u otros bienes del Estado, del municipio, de la universidad, de las instituciones descentralizadas así como sobre las demás

entidades o personas que reciban fondos del Estado y las que hagan colectas públicas...”.

Por mandato legal, la Contraloría de cuentas es una institución u órgano de **CONTROL**, como lo indica el artículo 2o de la Ley Orgánica del Tribunal y Contraloría de Cuentas, sin embargo, además de ser una institución eminentemente de control, debe ser una entidad **ASESORA**, para el buen manejo de los fondos que corresponden a los órganos administrativos, y así agilizar la inversión en la creación de obras y prestación de servicios públicos.

Esta función de asesoría y control debe ir dirigida principalmente a las Administraciones de Rentas Departamentales, y a las Administraciones Municipales, que son las que más necesitan de la misma, para mejorar la calidad de vida de los habitantes de los departamentos y del Municipio, a través de la inversión y manejo de sus recursos, como los del diez por ciento que actualmente el Organismo Ejecutivo por mandato constitucional les otorga.

1.5 Elementos de los Órganos Administrativos

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

a. Administradores o Funcionarios Públicos

Son los diferentes funcionarios o personas físicas que se encuentran a cargo de los órganos administrativos, los que pueden ser por elección popular o bien por nombramiento, de acuerdo al sistema de Servicio Civil, los que pueden ser: Presidente, Vicepresidente, Ministro de Estado, Director General, Concejo Municipal, Alcalde, Etc.

Son los que con su voluntad ejercen la competencia que pertenece al órgano administrativo.

b. Competencia

Es la cantidad de facultades, atribuciones, funciones y responsabilidades que la ley le otorga a cada órgano administrativo, para que pueda actuar. Es

necesario hacer notar que la competencia administrativa es necesariamente otorgada por la Ley.

Este caso se encuentra tratado en el capítulo que corresponde a la Competencia y Jerarquía, en el presente trabajo.

c. Actividad Material

Es la que se ejecuta basada en planes, proyectos, programas, decisiones, resoluciones o hechos administrativos, con las cuales logran la finalidad que se proponen (Bienestar general o bien común).

En este tema podremos observar, que existen como elementos del órgano administrativo diversos criterios en cuanto a los elementos del órgano administrativo, por ejemplo, la que nos presenta el autor Dromi.

Dromi analiza los dos elementos de los órganos de la administración pública en la siguiente forma:

a) Elemento *subsistivo*, abstracto e institucional de carácter continuo, integrado por la competencia, el cargo, círculo de atribuciones, centro de competencias u oficio público. La competencia equivalente en derecho público a capacidad jurídica del derecho privado, es del órgano institución, y no de la persona física o del titular del mismo u órgano-individuo, que titulariza el ejercicio de ello. El órgano institución tiene un área de competencia, un conjunto o círculo de atribuciones y facultades asignadas legalmente como función específica; el uso y ejercicio del poder fuera de la competencia, provoca el exceso o abuso de poder y el uso con un fin distinto, la desviación del poder. La competencia pertenece al órgano administrativo, aunque su uso y ejercicio lo titulariza el órgano individuo.

b) Elemento *subjetiv.* Personal y variable; el hombre, en definitiva, empleado o agente del Estado.

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

1.6 Clases de Administración

Fundamentalmente, dentro de la Administración Pública existen cuatro clases de administración o formas de administrar, la planificación, la Administración Ejecutiva, la Administración de Control y la Asesoría.

a. Administración de Planificación

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

b. Administración Ejecutiva

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

El ejemplo de órganos ejecutivos el Presidente de la República, Ministros de Estado, Directores Generales, Concejos Municipales, etc.

c. Administración de Control

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

d. La Asesoría

Son órganos que desarrollan una actividad importante dentro de la administración pública y sirven para aconsejar o asesorar al órgano ejecutivo sobre la conveniencia legal y técnica de las decisiones que tomará quien tiene o ejerce la competencia administrativa. Esta asesoría se hace a través de la simple opinión o del dictamen.

d. El Dictamen:

Significa dictamen el ESTUDIO jurídico o técnico sobre un expediente o asunto determinado, el cual es emitido por una persona versada en la materia que se trate.

Manuel Osorio, dice que dictamen es: Opinión o consejo de un organismo o autoridad acerca de una cuestión. Parecer técnico de un Abogado sobre un caso que se consulta; en especial, cuando se concreta por escrito.”²⁴

Aunque el dictamen de un Abogado es Jurídico, también dentro de la administración pueden darse los dictámenes eminentemente técnicos, no necesariamente jurídicos.

e. Naturaleza Jurídica del Dictamen

La naturaleza jurídica del dictamen está entre establecer si el dictamen es un acto administrativo o no lo es. Desde este punto de vista, podemos decir que el dictamen no es un acto administrativo por que no produce efectos jurídicos, lo que produce los efectos jurídicos es la resolución final y notificada al particular, por el funcionario que tiene la competencia administrativa. En consecuencia, el dictamen por si solo se puede decir que es un simple hecho administrativo.

Existen básicamente tres clases de dictámenes, el Dictamen Facultativo, el Obligatorio y el Vinculante.

f. Clases de Dictamen

En la doctrina existen tres clases de dictámenes, el Facultativo, Obligatorio y el Vinculante.

1. Dictamen Facultativo

Este dictamen es aquel a través del cual el administrador queda en libertad de pedirlo, la Ley no obliga a pedirlo ni a que el administrador tenga que basar su actuación o su resolución final en el dictamen.

2. Dictamen Obligatorio

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

²⁴ Osorio Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Pág. 253.

mismo, este ejemplo se da en los recursos administrativos cuando la ley obliga a darle audiencia al Ministerio Público antes de emitir la resolución del recurso administrativo, artículo 7o. de la Ley de lo Contencioso Administrativo.

3. Dictamen Vinculante

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

Esta clase de dictámenes no existe en Guatemala, por las razones apuntadas, únicamente se da el caso de los dictámenes facultativos y los obligatorios.

1.7 Actividad de Gobierno

a. Gobernar

Significa en sentido amplio, conducir a la comunidad política al logro de sus fines esenciales, satisfaciendo sus exigencias.

La actividad de Gobierno es en suma, acción de dirección la impulsión que parte del centro para la conducción de los asuntos conforme a la política que se fija. Esta actividad se refiere al Estado en su unidad y precede a las funciones jurídicas estatales a quienes dirige, de acuerdo a la política que se trace.

Encontramos, desde luego, una estrecha vinculación entre Gobierno y Administración Pública. Esta actúa dentro de la esfera de su competencia, al tenor de las orientaciones que aquel señala de acuerdo con los fines del Estado.

b. Gobierno

Hay que entenderlo como “Aquella instancia determinada en lo esencial desde el campo político que se halla al frente de la Administración Pública”.

Hay que diferenciar lo que significa la ***Función Política*** y la ***Función Administrativa***. El Gobierno no sólo tiene que ejecutar la ley, sino que además, tiene que dotarla de contenido hasta cierto grado. La ***Función Política*** o ***Gubernativa***, como se le llama, consiste en solucionar los asuntos excepcionales que interesan a la unidad política y velar por los grandes intereses nacionales, la función política

es excepcional y macro. La Función Administrativa por el contrario, consiste en realizar los asuntos corrientes y cotidianos del público, siempre cuidando que dicha gestión particular no afecte el interés general y que no altere el orden público.

c. Actividad Discrecional

Suele confundirse lo que significa la Actividad política y la Actividad discrecional, la actividad política la acabamos de tratar, pero la actividad discrecional se puede encontrar cuando la Ley le otorga al Administrador un marco amplio para que pueda aplicar la misma, es decir le fija parámetros de donde el funcionario no puede salirse, por ejemplo cuando se está aplicando una ley en donde la misma le indica *puede* o *podrá*, no es expreso. El ejemplo más común es cuando existe una norma y le indica al administrador que puede imponer una multa de cinco a quinientos quetzales, por una infracción a una ley o reglamento, en este caso el funcionario tiene un margen para aplicar la norma dentro del cual no se puede salir.

También es importante no confundir la actividad discrecional, pues se cree que con este tipo de actividad el funcionario puede hacer lo que quiera y actuar fuera del margen de la ley, esto se convierte en Abuso de Poder.

d. Actividad Reglada

La actividad reglada por el contrario es una actividad en la que el administrador no se puede salir de lo que la ley le indica, en este caso, la Ley le da la forma y contenido legal de la resolución no tiene margen para poder actuar, es lo contrario de la actividad discrecional. En este le indica al Funcionario *debe* o *deberá*. El ejemplo se da cuando la norma le indica al administrador expresamente como debe resolver, si esta le indica que debe imponer el cien por ciento de multa por infracción a una ley o reglamento o una cantidad fija, deberá imponer el valor exacto de multa. Si el funcionario se excede hay abuso de poder y si es menor de lo previsto, legalmente afecta los intereses del Estado y puede ser sancionado por la propia administración, a través del Contralor General de la República y hacerse acreedor de una sanción interna.

1.8 Principios Fundamentales

Existen dos principios fundamentales en la Función Administrativa como lo son el Principio de Legalidad y el Principio de Juridicidad.

a. Principio de Legalidad:

Este principio, debe entenderse desde el punto de vista de la ley. Para el Principio de Legalidad lo fundamental es la ley y el Administrador no puede actuar si no existe una norma legal que le otorgue competencia para poder actuar. Lo fundamental en este principio es la norma legal y el funcionario o administrador no puede salirse de la misma para resolver.

Este principio lo encontramos contenido en el artículo 239 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual dice: **Principio de legalidad.** Corresponde con exclusividad al Congreso de la República, decretar impuestos ordinarios, arbitrios y contribuciones especiales, conforme a las necesidades del Estado y de acuerdo a la equidad y la justicia tributaria, así como determinar las bases de recaudaciones... Son nulas ipso jure las disposiciones, jerárquicamente inferiores a la ley, que contradigan o tergiversen las normas reguladoras de las bases de recaudación del tributo...”.

Con este artículo constitucional podemos entender que sólo la ley ordinaria emitida por el Congreso de la República tiene plena vigencia para lo relacionado con los impuestos ordinarios, arbitrios y contribuciones especiales, significa esto que sólo por una norma establecida se pueden cobrar impuestos y arbitrios. De no existir una norma legal que autorice a la autoridad administrativa, no puede recaudar impuestos.

Así mismo en el artículo 85 del Decreto 58-88 del Congreso de la República, “Código Municipal”, establece: **Principio de Legalidad.** La obtención y captación de recursos para el fortalecimiento y desarrollo del municipio y para poder realizar las obras y prestar los servicios que se necesitan, debe ajustarse a las necesidades de la Municipalidad y a las posibilidades del vecino, teniendo siempre en cuenta el principio de legalidad, que descansa fundamentalmente, sobre la equidad y la justicia tributaria”.

Como podemos observar en los artículos citados en el Principio de Legalidad lo importante es la norma y es lo único que puede autorizar al funcionario para poder actuar, de lo contrario la actuación será ilegal.

b. Principio de Juridicidad:

Juridicidad, dice Osorio, “Tendencia o criterio favorable al predominio de las soluciones de estricto derecho en los asuntos políticos o sociales. Algunos autores prefieren la palabra **juridicidad**, pero ha de estimarse barbarismo por aceptar la primera la Academia y rechazar, con su silencio, la otra. El vocablo presenta importancia jurídica por cuanto preconiza el imperio del Derecho sobre

el uso de la fuerza. Los gobiernos de facto estiman la fuerza por encima de la juridicidad.²⁵

Indistintamente se utiliza por algunos autores, las palabras “Juridicidad” y “**Juridicidad**”, y les dan a las dos palabras el mismo significado, es decir que se toman como sinónimos, sin embargo lo correcto es utilizar la palabra, juridicidad. Nuestra Constitución Política tiene plasmada en su artículo 221 la palabra “**Juridicidad**”.

Cabanellas, también se expresa en el mismo sentido de considerar a la Juridicidad como: Tendencia a la aplicación del **Derecho Estricto** en materias políticas y sociales.”²⁶

Suele confundirse el Principio de Legalidad con el Principio de Juridicidad, manejando los conceptos como sinónimos, lo que es incorrecto, pues no deben aplicarse con iguales significados, aunque ambos conceptos son similares, podemos decir que, la **Juridicidad es el género y la legalidad es la especie**.

Con la aplicación del Principio de Juridicidad implica someter los actos, decisiones o resoluciones de la Administración Pública **al Derecho**.

Podemos distinguir que si la actuación administrativa debe someterse al derecho, significa que el Derecho es una “**Ciencia**” y toda ciencia descansa en “**Principios**” y toda ciencia tiene “**Instituciones Doctrinarias**” y por supuesto el derecho es la “Norma Jurídica”, que son elementos importantes que contiene la Ciencia del Derecho Administrativo.

De lo anterior podemos inferir que si la Actuación Administrativa debe ser sometida al Principio de Juridicidad, implica la aplicación del Derecho y esto trae como consecuencia la aplicación en primer lugar de la norma jurídica, en caso de no haber una norma, necesariamente hay que aplicar los Principios Generales del Derecho Administrativo y en última instancia se pueden aplicar las Instituciones Doctrinarias del Derecho Administrativo.

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

En este caso ni la Constitución ni la ley indican que la Administración Pública y sus entidades deben actuar sobre la base del principio de juridicidad, pero desde el momento que la Constitución indica que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es **Contralor de la Juridicidad**, significa que la autoridad administrativa debe someter su actuación a la juridicidad y en

²⁵ Op. Cit. Pág. 408.

²⁶ Cabanellas, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, T.II. Pág. 468.

consecuencia debe aplicar este principio en sus actuaciones, decisiones, actos administrativos o resoluciones.

c. Diferencias entre el Principio de Legalidad y de Juridicidad:

Con relación a las diferencias entre el principio de legalidad y el principio de juridicidad estriba en su aplicación, *el Principio de Legalidad* debe someter su actuación a *una norma* y si no hay norma no puede actuar, el administrador tiene que actuar apegado a la Ley, mientras que en *el principio de Juridicidad* tiene un campo más amplio para poder actuar, pues fundamentalmente tiene que buscar la *Norma, la Ley*, pero a falta de la misma puede aplicar y buscar en los *Principios Generales*, y en todo caso puede aplicar las *Instituciones Doctrinarias* del Derecho Administrativo, puesto que resolver sobre la base del Derecho, hay que analizarlo como ciencia y toda ciencia tiene principios e instituciones doctrinarias.

d. Violaciones a los Principios de Legalidad y de Juridicidad.

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

Básicamente se trata de la violación a los principios de legalidad y de juridicidad y aparecen estas violaciones cuando el funcionario público actúa con *“Abuso de Poder”* o con *“Desviación de Poder.”*

1. Abuso de Poder

También se utiliza indistintamente el Abuso de Poder, Abuso de Autoridad, o Abuso de las Funciones Públicas. El abuso de poder implica que un funcionario público actúa en contra de un administrado extralimitándose en las atribuciones o sin tener la competencia administrativa, perjudica los derechos e intereses particulares, o por arrogarse poderes y funciones que no le corresponden y con ello exagera las atribuciones y competencias que le están dadas por la ley, así como actuar sin que la ley le confiera atribuciones legales, es decir sin competencia administrativa, este tema es de primordial importancia y será ampliado en la última parte del presente trabajo, relacionado con el Derecho Procesal Administrativo.

El uso y ejercicio del poder fuera de la competencia administrativa, provoca el exceso o abuso de poder.

2. Desviación del Poder

La desviación implica la acción o efecto de desviar, en este caso las atribuciones que le están conferidas a un funcionario las desvía y con ello lesiona los derechos e intereses de los particulares.

El uso y el ejercicio de la competencia administrativa con un fin distinto del que le otorga al funcionario la ley es la desviación de poder.

El Abuso de Poder y la Desviación de Poder, son dos figuras jurídicas, por medio de las cuales se pueden afectar los derechos e intereses de los particulares, existiendo en este caso los mecanismos para que un particular se pueda oponer o impugnar dichas violaciones. Es necesario para estos temas hacer un análisis del tema de los Actos Administrativos, que se encuentra analizado en próximos capítulos.