

T-J2-484
C796

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia
Abogacía y Notariado

B. UPANA-I-10452-2009 \$ 700.00



Necesidad de que las resoluciones del Registrador Mercantil General de la República, puedan impugnarse a través del recurso de revocatoria (Tesis de Licenciatura)



William Manfredo Cordón y Cordón

Guatemala, Febrero 2009

**Necesidad de que las resoluciones del Registrador Mercantil General de la
República, puedan impugnarse a través del recurso de revocatoria
(Tesis de Licenciatura)**

William Manfredo Cordón y Cordón

Guatemala, Febrero 2009

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA



RECTOR MAGNÍFICO	Ing. M. A. Abel Antonio Girón Arévalo
VICERRECTORA ACADÉMICA Y SECRETARIA GENERAL	Licda. M.Sc. Alba Araceli de González
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO	Lic. Mynor Herrera
DIRECTORA DE REGISTRO Y CONTROL ACADÉMICO	Arq. Vicky Beatriz Sicajol

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS, SOCIALES Y DE LA JUSTICIA

DECANO:	Lic. Carlos Enrique Samayoa Cifuentes
COORDINADOR DE CÁTEDRA:	Lic Joaquín Rodrigo Flores
COORDINADOR DE EXÁMENES PRIVADOS Y COORDINADOR ADMINISTRATIVO DE TESIS:	Lic Otto González Peña
COORDINADOR DE TESIS:	Lic. Erick Alfonso Álvarez Mancilla
ASESOR DE TESIS:	Lic. Ricardo Bustamante Mays
REVISOR DE TESIS:	Licda. Ana Gabriela Rodríguez Morales
COORDINADOR DE SEDE REGIONAL:	Lic. Rolando A. Morataya Flores

“Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría”

UNIVERSIDAD PANAMERICANA



TRIBUNALES QUE PRACTICARON LOS EXAMENES TECNICOS PROFESIONALES

PRIMERA FASE (AREA SUSTANTIVA)

Lic. Javier Anibal García Constanza

Licda. Vilma Bustamante de Ortiz

Lic. Raúl Armando Búcaro López

SEGUNDA FASE (AREA PROCESAL)

Lic. Ricardo Bustamante Mays

Lic. Manuel Guevara Amezquita

Lic. Javier Anibal García Constanza

TERCERA FASE (NOTARIADO)

Lic. Erwin Herrera

Lic. Abilio Arriaza

Licda. Victoria Arriaga

Licda. Mayra Jauregui

“sabiduría ante todo, adquiere sabiduría”



Guatemala, 26 de julio de 2007

Señor
William Manfredo Córdón y Córdón
Presente

Por medio de la presente, me permito informarle que preliminarmente se aprueba su punto de tesis titulado *NECESIDAD DE QUE LAS RESOLUCIONES DEL REGISTRADOR MERCANTIL GENERAL DE LA REPÚBLICA PUEDAN IMPUGNARSE A TRAVÉS DEL RECURSO DE REVOCATORIA*, y se le nombra como Asesor-Tutor al Licenciado Ricardo Bustamante.

Oportunamente deberá presentar a esta Coordinación el proyecto debidamente autorizado por su Asesor, a efecto de que el punto de Tesis sea aprobado en definitiva.

Sin otro particular,

Atentamente,

Lic. Erick Alfonso Álvarez
Coordinador de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia

Licda. Alba de González
Vicerrectora Académica

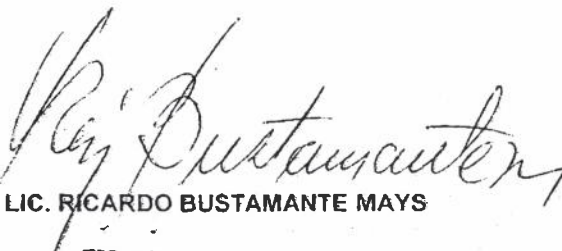
Guatemala, 15 de julio de 2008.

Señor
DECANO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Su Despacho

Señor Decano:

Respetuosamente me dirijo a usted, derivado del nombramiento conferido por la Coordinación de Tesis y la Vicerrectoría académica de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, como Asesor-Tutor del señor **WILLIAM MANFREDO CORDÓN Y CORDÓN**, en el punto de tesis titulado "**NECESIDAD DE QUE LAS RESOLUCIONES DEL REGISTRADOR MERCANTIL GENERAL DE LA REPÚBLICA PUEDAN IMPUGNARSE A TRAVÉS DEL RECURSO DE REVOCATORIA**", escrito para el examen general público de grado, me permito informarle que su elaboración reúne los requisitos reglamentarios, estando acorde a la doctrina y a la legislación nacional existentes, por lo que, doy mi correspondiente autorización y aprobación al relacionado punto de tesis.

Sin otro sobre el particular, me suscribo de usted.



LIC. RICARDO BUSTAMANTE MAYS

RICARDO
BUSTAMANTE MAYS

RICARDO BUSTAMANTE MAYS
OTARIO



UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, SOCIALES Y DE LA JUSTICIA. Guatemala, veinticinco de julio de dos mil ocho.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **NECESIDAD DE QUE LAS RESOLUCIONES DEL REGISTRADOR MERCANTIL GENERAL DE LA REPÚBLICA, PUEDAN IMPUGNARSE A TRAVÉS DEL RECURSO DE REVOCATORIA**, presentado por **WILLIAM MANFREDO CORDÓN Y CORDÓN**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado y Notario, ha cumplido con los dictámenes correspondientes del asesor nombrado, se designa como revisor metodológico a la Licenciada **ANA GABRIELA RODRÍGUEZ MORALES**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.

Lic. Erick Alfonso Álvarez
Coordinador de Tesis de la Facultad de
Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia

Lic. Ana Gabriela Rodríguez Morales
Abogado y Notario

Guatemala, 02 de febrero de 2009

Licenciado:
Carlos Enrique Samayoa
Decano de la Facultad de
Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia
Universidad Panamericana

Estimado Licenciado:

Por este medio me dirijo a usted para remitir mi dictamen de revisión metodológica de la tesis presentada por **WILLIAM MANFREDO CORDÓN Y CORDÓN**, titulada **NECESIDAD DE QUE LAS RESOLUCIONES DEL REGISTRADOR MERCANTIL GENERAL DE LA REPÚBLICA, PUEDAN IMPUGNARSE A TRAVÉS DEL RECURSO DE REVOCATORIA.**

Mi dictamen es **FAVORABLE** debido a que el estudiante realizó las correcciones que se le indicaron anteriormente.

Sin otro particular con muestras de mi consideración y respeto,

Atentamente,


Ana Gabriela Rodríguez Morales
Abogada y Notaria

Licda. Ana Gabriela Rodríguez Morales
Revisora Metodológica



UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, SOCIALES Y DE LA JUSTICIA. Guatemala, seis de febrero de dos mil nueve.

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **NECESIDAD DE QUE LAS RESOLUCIONES DEL REGISTRADOR MERCANTIL GENERAL DE LA REPÚBLICA, PUEдан IMPUGNARSE A TRAVÉS DEL RECURSO DE REVOCATORIA**, presentado por **WILLIAM MANFREDO CORDÓN Y CORDÓN**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado y Notario, ha cumplido con los dictámenes correspondientes del asesor nombrado y la revisión correspondiente. En consecuencia previo al pago de los aranceles correspondientes, **SE ORDENA SU IMPRESIÓN.**

Lic. Erick Alfonso Álvarez
Coordinador de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia



Lic. Carlos Enrique Samayoa
Decano de la facultad de Ciencias
Jurídicas, Sociales y de la Justicia

NOTA: Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y del contenido del presente trabajo de tesis.

CONTENIDO

	Pág.
Resumen Ejecutivo	1
Introducción	3
Capítulo 1	
El Estado	
1.1. Consideraciones.....	6
1.2. Origen.....	7
1.2.1. La concepción del Estado.....	8
1.3. Bien público temporal.....	13
1.4. Concepto.....	14
1.5. Elementos del Estado.....	14
1.5.1. Población.....	14
1.5.2. Territorio.....	15
1.5.3. Poder.....	16
1.5.4. Soberanía.....	17
1.5.5. Orden Jurídico.....	20
1.6. Fines del Estado.....	22
1.6.1. Las funciones del Estado.....	23
Capítulo 2	
Derecho Administrativo	
2.1. Derecho administrativo y administración pública.....	25
2.1.1. Definición de derecho administrativo.....	25
2.2. Origen del derecho administrativo.....	25
2.3. Administración pública.....	25
2.3.1. Antecedentes de la administración pública en Guatemala.....	26
2.3.1.1. Etapa indígena.....	27
2.3.1.2. Etapa colonial.....	27
2.3.1.3. Etapa independiente.....	29
2.3.1.4. Etapa liberal.....	30
2.3.2. Características.....	31
2.3.3. Sistemas.....	31

2.3.3.1. Sistema anglosajón, sajón o inglés.....	32
2.3.3.2. Sistema francés.....	32
2.4. Objeto del derecho administrativo.....	32
2.5. Fuentes.....	33
2.6. Otras Características.....	34
2.7. Derecho de petición.....	35
2.7.1. Derecho de petición individual.....	37
2.7.2. Derecho de petición colectivo.....	38
2.8. Derecho Administrativo en Guatemala.....	39
2.8.1. Sistemas de organización de la administración pública.....	41
2.8.1.1. La centralización.....	41
2.8.1.2. La desconcentración.....	41
2.8.1.3. La descentralización.....	42
2.8.1.4. Autonomía.....	44
2.9. Actividad de la administración pública.....	45
2.10. Principios fundamentales de la administración pública.....	45
2.11. La estructura de la administración pública de Guatemala.....	46
2.11.1. Organismo Legislativo.....	46
2.11.2. Organismo Ejecutivo.....	47
2.11.3. Organismo Judicial.....	47
2.12. Recursos administrativos.....	50
2.12.1. Recurso de revocatoria.....	50
2.12.2. Recurso de reposición.....	51

Capítulo 3

Silencio administrativo

3.1. Definición.....	53
3.2. Efectos.....	53
3.3. Regulación legal.....	55
3.4. Derecho comparado en cuanto al silencio administrativo.....	56
3.4.1. España.....	56

3.4.2.	México.....	57
3.5.	Clases.....	58
3.5.1.	Silencio Administrativo Sustantivo.....	58
3.5.2.	Silencio Administrativo Adjetivo.....	58
3.6.	Desventajas para el recurrente o interponente.....	59
3.7.	Renuncia a la petición.....	60
3.7.1.	Silencio Posterior a la Petición inicial.....	60
3.7.2.	Rompimiento legal del Silencio Administrativo.....	60
3.8.	Desventajas contra el recurrente.....	61
Capítulo 4		
Procedimiento Administrativo		
4.1.	Definición.....	62
4.2.	Clasificación.....	62
4.2.1.	Por la forma de iniciarse el procedimiento.....	62
4.2.2.	Por los motivos que originan el procedimiento.....	63
4.3.	Características.....	63
4.3.1.	Audiencia.....	64
4.3.2.	Enumeración de pruebas.....	64
4.3.3.	Fijación de plazo.....	64
4.3.4.	Plazo a otras instituciones que intervienen.....	64
4.4.	Análisis de pruebas.....	65
4.5.	Notificación a los administrados.....	65
4.6.	Principios.....	65
4.6.1.	Principio de Audiencia a las partes.....	66
4.6.2.	Determinación del plazo en el cual debe actuar la administración.....	66
4.6.3.	Precisión de los actos para los que la autoridad debe tomar la opinión de otras autoridades o consejos.....	68
4.6.4.	Las condiciones en las cuales la condición debe ser notificada a los particulares.....	68
4.6.5.	Principio de Legalidad, de Juridicidad y de Justicia Administrativa.....	69

4.6.6. Principio de Seguimiento de Oficio.....	70
4.6.7. Principio de Informalidad.....	70
4.6.8. Principio de Defensa.....	70
4.6.9. Principio de Imparcialidad.....	71
4.6.10. Principio de Procedimiento Escrito.....	71
4.6.11. Principio de Procedimiento sin Costas.....	71
4.6.12. Principio de Sencillez, Rapidez, Economía y Eficacia.....	71
4.6.13. Principio de Trato Justo.....	72
4.6.14. Principio de Juego Limpio.....	72
4.6.15. Principio de Publicidad.....	72
4.7. Registro Mercantil.....	73
4.7.1. Estructura.....	73
4.7.2. Regulación legal.....	74
4.7.3. Misión.....	75
4.7.4. Procesos registrales.....	75
4.7.5. Empresas mercantiles.....	76
4.7.5.1. Inscripción de una empresa mercantil.....	77
4.7.6. Sociedades mercantiles.....	78
4.7.6.1. Sociedades mercantiles extranjeras.....	79
4.7.6.2. Procedimiento de inscripción de una Sociedad Mercantil.....	79
4.7.6.3. Inscripción de una Sociedad Extranjera por un plazo Indefinido..	80
4.7.7. Auxiliares de Comercio.....	82
4.7.8. Mandatos.....	82
4.7.9. Actas de Asambleas Extraordinarias.....	83
4.7.10. Aviso de Emisión de Acciones.....	83

Capítulo 5

Análisis del derecho de petición

5.1. Conforme el Artículo 28 de la Constitución Política de la República de Guatemala.....	85
5.2. Según la Ley de lo Contencioso Administrativo.....	85

5.3. Incidencias y efectos para los particulares.....	88
5.4. Incidencias y efectos para funcionarios públicos.....	88
5.5. Alternativas de solución que normen y favorezcan la gestión administrativa.....	88
Capítulo 6	
Del Recurso de Revocatoria y de otras reclamaciones en contra de las resoluciones	
Del Registrador Mercantil General de la República	
6.1. Del Recurso de Revocatoria en contra de las resoluciones del Registrador Mercantil General de la República.....	91
6.2. De otras reclamaciones en contra de las resoluciones del Registrador Mercantil General de la República.....	92
6.3. Del Ocurso.....	92
6.4. Del Ministerio de Economía y su relación con el comercio.....	93
6.5. Necesidad de que las Resoluciones del Registrador Mercantil General de la República, puedan impugnarse a través del Recurso de Revocatoria.....	93
Conclusiones.....	96
Recomendaciones.....	98
Bibliografía.....	99
Anexo.....	101
Anexo I.....	102

Resumen Ejecutivo

De conformidad con lo que establece el artículo 28 de la Constitución, los habitantes de la República tienen el derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad, la que está obligada a tramitarlas y resolverlas conforme a la ley. Este precepto, en concordancia con el artículo 10 inciso f) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, establece que en materia administrativa el término máximo para resolver y notificar las resoluciones es el que señala la ley específica aplicable al caso concreto o, en su defecto, el de treinta días. En caso de que la autoridad omita el cumplimiento de la obligación referida en dicho término el interesado puede acudir al amparo para que se fije un plazo razonable a efecto de que cese la demora en resolver y notificar.

La potestad de los administrados de dirigir peticiones a la autoridad, individual o colectivamente, se encuentra garantizada como un derecho subjetivo público en el artículo 28 constitucional. De ello deviene la obligación del órgano ante el cual se formule la solicitud de resolver, acogiendo o denegando la pretensión, dentro del plazo que la ley rectora del acto establece.

El tema relacionado al derecho de petición se encuentra regulado en la Ley de lo Contencioso Administrativo, estableciendo que las peticiones de los particulares deben ser resueltas y notificadas en el plazo de treinta días por el funcionario público respectivo. La citada normativa también establece el recurso de revocatoria, que procede en contra de resoluciones dictadas por autoridad administrativa que tenga superior jerárquico dentro del mismo ministerio o entidad descentralizada o autónoma. Tal las resoluciones del Registrador Mercantil General de la República, contra las que debería ser procedente el mencionado recurso, de conformidad con la citada ley.

La problemática del presente estudio, se deriva de la contradicción contenida en el Artículo 28 constitucional y el Artículo 7 de la Ley de lo Contencioso Administrativo en contraposición de lo regulado en el Artículo 350 del Código de Comercio, que en forma expresa establece que contra lo resuelto por el Registrador Mercantil, no cabe recurso alguno.

Al profundizar sobre el estudio de mérito se establece que el objeto del mismo es determinar la necesidad de que las resoluciones del Registrador Mercantil General de la República, puedan

impugnarse a través del recurso de revocatoria, de conformidad con los procedimientos establecidos en la ley que rige la materia.

Es evidente e indudable la contradicción del Artículo 350 del Código de Comercio en contra de las disposiciones del Artículo 28 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que la convierte en inconstitucional, considerando que ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución y en su caso, las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales, son nulas de pleno derecho.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se refiere a la necesidad de que las resoluciones del Registrador Mercantil General de la República, puedan impugnarse a través del recurso de revocatoria. Lo anterior se debe a que la Ley de lo Contencioso Administrativo regula que las peticiones de los particulares dirigidas a cualquier funcionario público, deben ser resueltas en el plazo correspondiente.

La Ley de lo Contencioso Administrativo regula que las peticiones que se dirijan a funcionarios o empleados de la administración pública, deberán ser resueltas y notificadas dentro del plazo de treinta días, contados a partir de la fecha en que haya concluido el procedimiento administrativo.

La citada normativa también establece que procede el recurso de revocatoria, en contra de resoluciones dictadas por autoridad administrativa que tenga superior jerárquico dentro del mismo ministerio o entidad descentralizada o autónoma. La autoridad que dictó la resolución recurrida elevará las actuaciones al respectivo ministerio o al órgano superior de la entidad con informe circunstanciado.

El Artículo 28 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que los habitantes de la República de Guatemala, tienen derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad, la que está obligada a tramitarlas y deberá resolverlas conforme a la ley. En materia administrativa, el término para resolver las peticiones y notificar las resoluciones no podrá exceder de treinta días.

El problema fundamental del presente trabajo de investigación se deriva de la contradicción del Artículo 350 del Código de Comercio con el Artículo 28 constitucional y el Artículo 7 de la Ley de lo Contencioso Administrativo.

Se considera de importancia interponer el Recurso de Revocatoria en contra de las Resoluciones del Registrador Mercantil General de la República y derogar el Artículo 350 del Código de Comercio, el cual regula que contra las resoluciones del Registrador Mercantil no cabe recurso alguno

En conclusión, es notoria la contradicción del Artículo 350 del Código de Comercio en contra de las disposiciones de la Constitución Política de la República de Guatemala, contenida en el Artículo 28, lo que la convierte en inconstitucional, considerando que ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución y en su caso, las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales, son nulas ipso jure.

Es evidente que al efectuar un análisis jurídico de las normas tanto constitucional como ordinarias, se establece con claridad y en forma indubitable que existe inconstitucionalidad y contradicción por parte del Artículo 350 del Código de Comercio con el Artículo 28 constitucional y 7 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, por lo que la problemática es notoria y es necesario buscar una solución jurídica de reforma o de derogar la norma objeto de contradicción que lesiona la ley suprema guatemalteca.

La hipótesis planteada en el presente trabajo, fue confirmada tomando en cuenta que es necesario interponer el recurso de revocatoria en contra de resoluciones dictadas por el Registrador Mercantil General de la República, derogando la disposición contenida en el Artículo 350 del Código de Comercio y evitando la inconstitucionalidad del citado Artículo.

Como parte de la temática desarrollada en este trabajo, se incluyeron en el capítulo 1, el Estado, sus elementos y fines. El capítulo 2 se refiere al derecho administrativo y administración pública, antecedentes, características, sistemas, fuentes, sistemas de organización de la administración pública, y los recursos de revocatoria y reposición. El capítulo 3 contiene los temas y subtemas relacionados con el silencio administrativo, definición, regulación legal, derecho comparado, clases de silencio administrativo, rompimiento del silencio administrativo. El capítulo 4 incluye los temas del procedimiento administrativo, definición, clasificación, plazos, análisis de pruebas, principios, el Registro Mercantil y su funcionamiento. El capítulo 5 contiene el análisis del derecho de petición de conformidad con la legislación constitucional y ordinaria guatemalteca. Para finalizar, se incluyó el anexo que contiene la presentación, análisis e interpretación de resultados del trabajo de campo

efectuado, así como la tabulación de la información recabada, las gráficas con los porcentajes estadísticos obtenidos.

Capítulo 1

El Estado

1.1. Consideraciones

El Estado y el Derecho son medios, organizaciones o instrumentos, hechos por los hombres y para los hombres. Para asegurar sus fines la sociedad crea o reconoce el poder del Estado y lo somete al derecho para hacerlo racional y lógico. El Estado no es un organismo dotado de alma. Porque no hay otro espíritu que el de los propios seres humanos, ni hay otra voluntad que la voluntad de ellos. El Estado puede definirse como una institución creadora de instituciones. Siguiendo el derrotero señalado por la doctrina, podemos mencionar los siguientes fines que asume la intervención estatal, en cumplimiento de las políticas económicas y políticas. Acción de ordenamiento: Alude al establecimiento del orden jurídico nacional, tanto federal como local. Acción de regulación: El Estado influye activamente en el mercado con diversos instrumentos financieros. Acción de sustitución: El Estado protagonista del proceso económico o sea una participación directa en organizaciones que producen bienes y servicios en el mercado. Acción de orientación y coordinación: Plan Nacional de Desarrollo y Planes particulares y específicos de actividad económica. El Estado Rector de la Economía Nacional. El Estado en su doble carácter de gobierno y administración concreta sus fines, cometidos o competencias en sus órganos jurídicos que forman una estructura especial.

Las funciones del Estado y los poderes públicos que le corresponden, son potestades constitucionales que dividen, lógicamente y políticamente, la acción del Estado con fines democráticos y técnicos y evitan la concentración de la fuerza estatal en una persona o entidad. Dos aspectos del bien del Estado:

1. La existencia del Estado implica, a su vez, la defensa contra sus enemigos, que pueden existir en su interior o en el exterior. 2. La conservación del Estado supone el buen funcionamiento de su máquina administrativa, y supone, además, la existencia de una sana economía estatal. La acción del Estado puede tener por objeto: La reglamentación, la vigilancia y el control de la actividad privada; la ayuda a la iniciativa privada y a las empresas privadas de interés colectivo. La creación y la gestión de servicios públicos; y la administración juzgando los conflictos, lo que se denomina el contencioso administrativo.

- En el último tercio del siglo XX pueden identificarse cuatro fines fundamentales del Estado, en los cuales se pueden integrar la totalidad de sus actividades; en primer lugar, los fines de la política general y orden público; en segundo lugar, los fines de desarrollo económico; en tercer lugar, los fines del desarrollo social.

Tales son considerados en su aspecto material, los principales fines de la actividad administrativa: el de la economía, el de la educación y el de los valores espirituales. Los elementos formales del bien público se concretan en tres categorías: la necesidad de orden y de paz; la necesidad de coordinación, que es también orden, pero desde este especial punto de vista; y la necesidad de ayuda, de aliento y eventualmente de suplencia de las actividades privadas.

1.2. Origen

Juan Jacobo Rousseau, señala que "el origen del Estado como consecuencia de un pacto o contrato social entre los hombres, producto de su propia conveniencia y no como lo indicara Hobbes de una situación de angustia o temor. Inteligente y hábil el hombre se da cuenta de que no podrá sobrevivir con el uso de sus propias fuerzas, de los elementos a él accesibles, y prefiere pactar, convenir, a efecto de solucionar entre varios los problemas más serios de su natural estado de conformación humana. Y al asociarse, crea la suma de fuerzas, la que, a su vez, constituye la voluntad general" (1979:124).

Según el tratadista guatemalteco Alberto Herrarte, "es posible encontrar tres fases evolutivas antes de llegar al Estado moderno: la primera, predominantemente étnica. La segunda, compuesta por estados más avanzados con castas o estamentos de dominación bien identificados (militares, agrarios, teocráticos). Aquí estarían los grandes imperios teocráticos de la antigüedad. En la tercera etapa, la industria y el comercio han hecho su aparición y surgen nuevas clases sociales entre las que resalta la burguesía, dando a la sociedad un aspecto democrático" (1978:21).

Por su parte Jorge Castillo, señala: "La forma del Estado de Guatemala es unitaria y centralizada con un mínimo de descentralización.

- Unitaria, en cuanto el Estado de Guatemala es uno y único. No existen dos o tres Estados dentro del territorio guatemalteco.
- Centralizada, porque sus competencias las centraliza o las centra todas, exclusivamente, en un nivel de decisión: la Presidencia de la República.
- Mínimo de descentralización, porque la desconcentración no existe, la autonomía casi ha desaparecido y la delegación se practica en forma excepcional". (1999:143).

Agrega el autor citado que: "La forma del Estado de Guatemala, corresponde a la forma de una estructura tradicional. Se conocen dos formas de Estado: Estado federal, que entre los estados federales reparte las competencias principales: legislativa, ejecutiva y jurisdiccional; Estado centralizado, con algún grado de descentralización, que centraliza las competencias principales, en uno y único nivel de decisión. En el Estado centralizado, tipo Guatemala, no obstante la existencia y funcionamiento de los tres principales organismos: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, la centralización opera por el Estado único (no existen varios estados) y por la concentración de excesivo poder en la Presidencia del Ejecutivo, que permite a esta organización dominar y someter a los otros poderes estatales". (1999:143).

1.2.1. La concepción del Estado

Es imposible hablar del concepto de Estado antes de la Edad Media. A lo largo de la historia de la Edad Antigua y del Medievo, las naciones asumieron algunas de las características que conforman la noción actual del Estado Moderno; sin embargo, esa idea terminó de ser integrada a la luz racionalista de los pensadores de la ilustración, quienes dilucidaron, delimitaron y conformaron de entre los resquicios del anacrónico sistema feudal, a la entidad que hoy definimos como Estado.

Se entiende al Estado como la entidad jurídica política que se integra por la unidad de territorio, población, soberanía y gobierno que resulta de la afinidad en ordenamiento legal que identifica aun grupo de personas.

Para poder comprender la distribución de funciones, así como las atribuciones del Estado, es importante estudiar primeramente, las etapas por las cuales ha pasado en la historia, iniciando por las causas del mismo en la Edad media, y continuando hacia el surgimiento y desarrollo de la teoría del Estado y la distribución de funciones entre ellas la ejecutiva, que para nosotros es de especial importancia.

El surgimiento de la concepción de Estado, se da en las postrimerías del siglo XVIII e inicios del siglo XIX, a partir de las cuales podemos explicar las causas del Estado en una época en que la concepción del mundo en occidente se vio convulsionada.

Europa, a mediados del siglo XVIII, presentaba en todas las naciones en ella asentadas, gobiernos constituidos como monarquías absolutistas. El fundamento del mandato de los reyes era explicado teológicamente, se sostenía el derecho dinástico de los monarcas como una prerrogativa a partir de la cual se legitimaba a su ascenso y mantenimiento en el poder.

La excepción de este orden era la Inglaterra insular, ya que ninguna otra nación había logrado prever que el gobierno, identificado hasta entonces con el monarca, pudiera ser circunscrito al marco normativo impuesto por sectores de la población. Por el contrario, se explicaba al país y su situación política como la unidad de una entidad inmutable, que había sido creada por Dios, y sólo él, representado por la Iglesia y los reyes, podía instrumentar su propio marco legal de atribuciones, que en todo favorecían a los eclesiásticos y a los nobles más encumbrados.

Se pensaba que los reyes sólo debían rendir cuenta de su actuación a Dios, este concepto era una verdad incuestionable hasta el siglo XVIII. La actividad administrativa integrada al porte real se limitaba en general a las atribuciones de policía con las que se aseguraban la estabilidad del régimen político, dicha actividad de control de la población era efectuada por los miembros de la nobleza.

Así pues, se admitía que la servidumbre había sido creada para otorgar sus servicios al rey, sometida a vivir en una condición un tanto mejor que la de esclavos que usufructuaban una porción del fundo feudal. Lo cultivado servía escasamente para el autoconsumo, y para pagar tributos al señor, pero

cuando las cosechas eran malas, había que cumplir con faenas en los terrenos reservados al señor feudal.

Nicolás Maquiavelo, es considerado el padre de la Teoría del Estado y la Ciencia Política; fue de origen florentino y vivió entre los años de 1469 y 1527. Su principal obra política es "El Príncipe", mismo que dedicó a César Borgia, con la obvia intención de obtener del mismo, varios favores políticos. Maquiavelo utiliza en dicha creación, por ocasión primera, la palabra Estado para referirse a las tiranías, principados y reinados en que se encontraba dividida Europa.

A lo largo de "El Príncipe", se evidencia que la palabra Estado es utilizada en su antiguo sentido latino *statum* que deviene del verbo *estare* y cuyo significado se reduce a situación o condición. Y efectivamente el objeto de dicho libro es compilar toda una serie de normas políticas, organizadas conforme a una lógica que permitiese al monarca mantener la situación que hasta entonces había caracterizado al poder; para aumentarlo a efecto de reafirmar su soberanía y presencia en su nación, sin necesidad de modificar las condiciones del régimen de gobierno.

La moral no tiene cabida en la política ni en el arte de gobernar, explicaba Nicolás Maquiavelo como una de las principales consideraciones para el mantenimiento del poder. Maquiavelo no se ocupa de definir lo que debe considerarse como Estado, sin embargo, es el primero en usar el término para referirse a las organizaciones políticas del bajo medievo, cuyo poder era ejercido en parte por los reyes y príncipes y otra facción por los grandes terratenientes. Los pensadores ilustrados se ocuparon posteriormente en precisar el fenómeno que ya Maquiavelo había vislumbrado y que llamó Estado.

En la edad Media se había sintetizado la idea del Estado, como la existencia de un orden natural proporcionado por Dios a los hombres. Dicho orden era en principio incuestionable y se creía que sólo se podía acceder a su conocimiento alcanzando niveles de contemplación.

El racionalismo surgido a inicios de la Edad Moderna, tuvo por preocupación, encontrar las circunstancias que habían logrado constituir a los diversos reinos existentes. Los filósofos empiristas de esa época trataron de analizar la evolución del Estado a partir de una dialéctica historia que

explicara el origen y la praxis del poder de los gobernantes, para encontrarle una respuesta en la existencia social.

Hobbes explica que los hombres, ante las injusticias que sucedían durante la convivencia en el Estado Natural, se reunieron para convenir en un pacto social una serie de principios que la generalidad aceptó y en consecuencia sirvió para regir a la universalidad de la población y subsecuentemente, esos mismos hombres eligieron a un representante común que velara e hiciera respetar dichos convencionalismos, el cual se personificó con el monarca, una vez firmado el contrato, los seres humanos se abandonaron al impulso de sus pasiones, volvieron a cometer las injusticias que habían caracterizado a la sociedad. Los reyes, se dedicaron entonces a la tarea que les había encomendado, controlar y gobernar a los seres humanos para darle un orden al caos en el cual subsistía la sociedad de su nación.

“Para Hobbes el pacto social es irreversible, y al igual que Maquiavelo, no concebía aún la distinción entre Estado y gobernante, por el contrario, para él, el monarca es la síntesis de ambos elementos y esto a su vez, es el producto del estado natural de las cosas, en el que el deber básico de los ciudadanos es la obediencia y el resultado de la obediencia es la protección” (Xirau, Ramón, 1955:224).

Con Hobbes apreciamos que al Estado se le deja de dar una explicación desde el ámbito teológico y se concibe a la población como un elemento que en un primer momento tiene la posibilidad de determinar e imponer al gobernante que dirija la nación, una serie de normas generales a las cuales debe someterse. Sin embargo, este filósofo explicaba que el pacto es irreversible, y por lo tanto se manifiesta abiertamente en contra de la imposición del parlamento al rey, pues considera que tal instrumento es ajeno a la naturaleza del Estado y que sólo tiende a favorecer a sectores aislados de la población.

“Locke se refiere a la naturaleza del hombre de forma distinta a Hobbes, lo define siguiendo a Aristóteles, como un animal político, cuya esencia lo ha conducido a estatuir la sociedad. El pacto social implica una relación mutua. Si en Hobbes, el contrato llevaba a abdicar los derechos individuales para ponerlos en manos de una persona. Locke afirma por su cuenta que el pacto es

bilateral y se aplica tanto a los ciudadanos como a los legisladores y al rey, que es ciudadano como los demás. El poder del rey tiene bases legales, y el rey no puede actuar en contra de las bases que han servido para establecerlo en el poder" (Xirau, Ramón, 1955:227).

Montesquieu en su obra "El Espíritu de las Leyes" considera que es por medio de la creación e imposición de leyes al rey por vía del Parlamento y la resolución de controversias a través de la Corte que se puede acceder a la libertad que busca el ser humano con la creación del Estado.

El ideal consiste justamente en alcanzar la libertad máxima dentro de las posibilidades dictadas por las circunstancias naturales e históricas. Para ello precisa en primer lugar, una separación de poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, tal como Montesquieu la encontró en la Inglaterra de su tiempo, en cuya Constitución vio el ideal político deseable para Francia.

Respecto al ejercicio de la función ejecutiva, se desprende del estudio de "El Espíritu de las Leyes" de Montesquieu que, el despotismo, la monarquía y la democracia, son la mejor depositaria para su desarrollo, y que ésta debía ser decididamente la monarquía, de tal forma que la función ejecutiva así asignada al monarca, debía ser limitada de tal manera que se evitara que pudiera derivar en el despotismo, sobre todo a causa de que era una función unipersonalista.

Al tenor del pensamiento de este filósofo se comenzaron a considerar a cada uno de los elementos del Estado: el territorio, la población y la soberanía. También con el pensamiento de Montesquieu, el Estado se conjuntó y definió en adelante como una entidad de naturaleza jurídica. Posteriormente los pensadores del siglo XIX van a elaborar y desarrollar la Teoría del Estado, y se van a dedicar a definir sobre todo cuáles son los fines que debe perseguir dicha entidad.

"Juan Amadeo Fichte, estima que junto a la fundamentalísima tarea de asegurar el goce de los derechos individuales regulando las relaciones públicas y privadas, tiene el Estado la función de organizar y distribuir el trabajo dando a los individuos la posibilidad efectiva de realizar sus actividades dentro de esa distribución. Debe asimismo regular los cambios a fin de prevenir las consecuencias de sus fluctuaciones desventajosas y promover la cultura general en todas sus manifestaciones constructivas" (Enciclopedia Jurídica Omega, 1985:382).

1.3. Bien público temporal

El bien público temporal, constituye lo que algunos autores llaman fines del Estado, y estos fines forman o son lo que justifica la existencia del Estado, pues de nada nos serviría un Estado que no tuviera una razón de ser. Toda personalidad jurídica se forma para obtener o llegar a un fin, algunos tiene fines lucrativos, otros sociales, pero el Estado tiene varios fines, alcanzar el mayor bienestar económico, educacional, de salud, el orden, la paz, etcétera. En doctrina a éstos fines en su conjunto se le llama bien público temporal, sin confundirlo con lo que es el bien común, pues éste es el fin de toda sociedad, y busca el bienestar de un grupo determinado de hombres, tal es el caso de un sindicato o de una sociedad mercantil. Mientras que el bien público, es el fin específico de la sociedad estatal, que persigue el bienestar de todos los individuos y de todos los grupos, no solo de la generación presente, sino, también de la generación futura.

A pesar de lo anterior, en la Constitución Política de la República de Guatemala, se ha de tomar como sinónimo, pues se habla de bien común: "Artículo 1º. Protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común."

Al respecto la Corte de Constitucionalidad opina que: "La Constitución Política dice en el Artículo 1 que el Estado de Guatemala protege a la persona... pero añade inmediatamente que su fin supremo es la realización del bien común, por lo que las leyes... pueden evaluarse tomando en cuenta que los legisladores están legitimados para dictar las medidas que, dentro de su concepción ideológica y sin infringir preceptos constitucionales, tiendan a la consecución del bien común. Al respecto conviene tener presente que la fuerza debe perseguir objetivos generales y permanentes, nunca fines particulares" (Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 1, expediente No. 12- 86, página No. 3, sentencia: 17-09-86).

1.4. Concepto

Proporcionar un concepto de Estado y, sobre todo, hacerlo en pocas líneas, ofrece dificultades insuperables, porque se trata de un concepto muy discutido. Para Masci, citado por Guillermo Cabanellas el Estado es: "La organización jurídica del pueblo en un territorio determinado, bajo un poder soberano, en virtud de la cual es una personalidad colectiva que se basta a sí misma". (1994:567). Para Capitant, citado por Manuel Ossorio, es "un grupo de individuos establecidos sobre un territorio determinado y sujeto a la autoridad de un mismo gobierno"(1981:382).

Hay una gran variedad de conceptos de Estado, algunos más amplios que otros, pero en realidad todos con unas u otras palabras nos llevan a lo mismo, considero que uno de los más completos es el que nos da Francisco Porrúa Pérez: "El Estado es una sociedad humana, establecida en el territorio que le corresponde, estructurada y regida por un orden jurídico, que es creado, definido y aplicado por un poder soberano, para obtener el bien público temporal, formando una institución con personalidad moral y jurídica" (1997:223).

1.5. Elementos del Estado

1.5.1. Población

Siendo el Estado una categoría jurídica, política y filosófica exclusiva de los seres humanos, resulta natural considerar a la población como uno de sus elementos básicos. Los hombres, además de su ancestral sentido gregario, buscan agruparse por razones de diversa índole, entre ellas, de raza, religión, costumbres, tradiciones, idioma y otras características propias, lo que da por resultado la unificación bajo una autoridad común, el Estado, el que en adelante, con impulso propio, definirá y caracterizará a sus pobladores.

"La existencia del Estado sería imposible sin la presencia de la población sobre la que ejercerá su autoridad, beneficios, protección o tutela, por lo que no debe perderse de vista que ha sido creado para servir a la sociedad y facilitar su convivencia, y que su existencia obedece únicamente a la voluntad de su creador, el conglomerado humano; quien de acuerdo con sus necesidades y conveniencias puede realizar cambios o modificaciones que favorezcan el logro del bien común. Es por ello que la sociedad en su forma más representativa: el Estado debe otorgar a la persona humana

suficiente libertad de acción, para que pueda desarrollar su propio programa de vida; suficientes medios materiales, para la conservación de la vida, para el desarrollo del cuerpo y del alma; y suficiente orden y tranquilidad pública indispensables para la convivencia y cooperación de los individuos y el logro del bien común" (Porrúa, Francisco, 1997:223).

"La población puede ser considerada como objeto o como sujeto de la actividad del Estado. Como objeto del imperium, la población constituye un conjunto de elementos subordinados a la actividad del Estado. Como sujeto de la actividad del mismo los individuos que integran la población son considerados miembros de la comunidad política con los correspondientes derechos y obligaciones" (García, Eduardo, 1969:101).

En cuanto a la relación entre población y Estado es importante enfatizar que ambos poseen un conjunto de derechos y obligaciones que deben ser mutuamente respetados, ya que de no hacerse así surgirá la colisión que aún siendo común y cotidiana, puede alcanzar gravísimos niveles que incluso podrían degenerar en el rompimiento del orden constitucional. Para explicar la distribución de la población en los diferentes Estados, son utilizados varios criterios. El primero es el territorial. El segundo es por características (raza, idioma, etc.). El tercero, seguramente el más utilizado, consiste en una clasificación mixta.

Algunos autores consideran sinónimos a nación y Estado, lo que constituye un error. Según Francisco Porrúa, "nación significa, la suma de individuos, una abstracción de las características especiales que distinguen a un grupo de hombres, o más bien la serie de generaciones sucesivas marcadas con el mismo carácter nacional. No se trata sino de un hecho social que puede o no darse dentro del Estado. En otras palabras, el concepto de nación es eminentemente sociológico, mientras que el concepto de Estado es eminentemente jurídico" (1997:124).

1.5.2. Territorio

Guillermo Cabanellas, define el territorio de la siguiente manera: "De la palabra latina terra... Parte de la superficie terrestre sometida a la jurisdicción de un Estado" (1981:204). Para Porrúa, "el territorio es un elemento fundamental del Estado que comprende además de la superficie terrestre, el

subsuelo, la atmósfera y el mar territorial, comprendiendo en el mismo la plataforma continental" (1997:278).

Según García Maynez, "territorio es la porción del espacio en que el Estado ejercita su poder" (1969:98).

Los conceptos anteriores nos permitirán poner en claro que el Estado es una agrupación política no una mera expresión geográfica o económica, y que por ende el ámbito de validez de su normativa no debe verse limitada a un espacio físico sobre la superficie terrena. Para subsanar esta limitación el Estado moderno, ha recurrido al uso del sustantivo espacio como un genérico al que indistintamente se le agregará el término terrestre, marítimo, espacial, aéreo, según el caso. La validez del orden jurídico o la eficacia del poder del Estado se extenderán no sólo en latitud y longitud, sino también en altura y profundidad.

De acuerdo con Hans Kelsen, "los territorios de los Estados, no son parte de la superficie terrestre, sino cuerpos cónicos, cuyos vértices se encuentran en el punto central de la tierra" 1987:182).

El territorio es un elemento indispensable para la existencia del Estado, pero ello no implica que sea parte de la esencia del mismo. Simplemente es un medio para el cumplimiento de la misión y fines del Estado, por lo que el territorio debe relacionarse, no tanto con un concepto físico o una visión geográfica, como con el concepto de un ámbito de validez donde la norma estatal se pueda realizar a cabalidad.

1.5.3. Poder

De acuerdo con Guillermo Cabanellas, poder significa: "Facultad para hacer o para abstenerse o para mandar algo. Potestad, imperio, mando, jurisdicción, atribuciones, fuerza, potencia, vigor, fortaleza, capacidad, posibilidad, autoridad, gobierno, superioridad, hegemonía" (1997:314).

Toda sociedad organizada y en este caso el Estado, necesita de cierto poder, la autoridad, para cumplir sus fines. Para lograr lo anterior el Estado debe contar con un contenido interno de normas y

fuerza física. La realidad social demuestra que la cooperación libre de los individuos, no pasa de ser una mera ilusión, lo que convierte en una necesidad la existencia de una institución que ejerza funciones de gobierno y administración. Por ello, para imponer ciertas conductas, evitar la anarquía y alcanzar el bien público, el Estado se convierte en administrador único del poder de coacción.

Según el autor Alberto Herrarte, "el poder reside en la totalidad de los ciudadanos y en ninguno en particular, lo que constituye una justificación del sistema democrático de gobierno. Sin embargo, el mencionado poder resultaría anárquico si el propio Estado no se organizara siguiendo los procedimientos por él mismo establecidos, libre de injerencias ajenas o externas. Este poder, sobre su propia organización, dará lugar a la existencia de una de sus más importantes características, atributos o cualidades: la soberanía. El mencionado poder sobre la organización del Estado, se materializará a través de los diferentes órganos que se distribuyen las competencias, que por ese motivo tienen un poder limitado y a la vez jerarquizado. Para asegurar su permanencia, el poder debe ser legitimado mediante su subordinación al orden jurídico vigente y la aceptación o consentimiento de la población" (1978:41-42).

El poder estatal no es ilimitado y en el caso particular de Guatemala, la Constitución Política de la República así lo establece en los Artículos 140, 152, 153 y 154.

1.5.4. Soberanía

Para García Maynez, "la soberanía es un atributo esencial del poder político, lo que implica la negación de la existencia de cualquier poder superior al del Estado. El poder soberano es el más alto y supremo, siendo a la vez independiente" (1969:103).

Otros autores consideran que es el poder supremo del Estado de realizar las funciones a él inherentes, tanto en su actuación interna como en sus relaciones internacionales, con independencia de cualquier otro poder.

De acuerdo con Cabanellas, soberanía es "Suprema autoridad, mando superior, manifestación que distingue y caracteriza al poder del Estado por la cual se afirma su superioridad jurídica sobre

cualquier otro poder, sin aceptar limitación ni subordinación que cercene sus facultades ni su independencia dentro de su territorio y posesiones" (1997:96).

El concepto de soberanía no fue conocido en las antiguas culturas grecoromanas ni mucho menos en las de la época medieval; incluso en los orígenes del Estado la soberanía le era disputada por poderes fácticos o instituciones y autoridades poderosas tales como la Iglesia que trató de hacer del Estado su servidor; el sacro imperio romano germánico, que pretendía universalidad, por lo que no reconocía la existencia de Estados independientes; los grandes señores feudales; las municipalidades autónomas y los gremios, ya que todos ellos, se consideraban poderes independientes y de igual rango que el Estado. El control sobre los individuos en una región determinada, era compartido por varias autoridades, las que competían entre sí para lograr su fidelidad. Tampoco existía un sistema jurídico unificado. La explicación a las situaciones antes mencionadas hay que buscarla dentro de un particular contexto: el concepto de soberanía, es una creación de la cultura occidental, para lograr fines políticos específicos en un marco de condiciones políticas, económicas, psicosociales y militares particulares.

El progresivo derrumbe del Imperio Romano, dio lugar al surgimiento de diversos Estados independientes, provocando también que filósofos, pensadores políticos y juristas, pensaran en trasladar la soberanía a esos nuevos Estados, con la finalidad de provocar la derrota definitiva de la pretendida universalidad del Imperio; acción que cobró vida bajo la forma de una teoría general del Estado.

En Francia surgió un poder de carácter nacional y territorial que dio origen al Estado nacional soberano, dando al concepto de soberanía una connotación política, al ser el resultado o consecuencia de la lucha del Rey de Francia contra la autoridad imperial y del Papa. Francia fue la cuna de aquella doctrina, según la cual, pertenece a la esencia del Estado el que sea su poder supremo e independiente. Con ello lo que se buscaba era que siendo Francia un Estado carecieran de fundamento las pretensiones imperiales de dominio. Esta nueva doctrina o teoría del Estado quedó plasmada en la obra de Juan Bodino "De República", publicada por primera vez en 1576, obra en la

que al mismo tiempo se introduce el novedoso concepto de soberanía. La obra de Bodino tuvo grandes repercusiones y pronto fue puesta al servicio de intenciones políticas concretas.

La similitud establecida entre Estado y derecho y entre, soberano y Estado, dio lugar a que tratadistas como John Austin hayan afirmado que el derecho no era otra cosa sino el mandato del Soberano, dando por hecho, que el Estado está por encima del derecho.

La doctrina clásica de la soberanía expuesta por John Austin, “consiste en el supuesto que en toda sociedad haya un poder supremo, absoluto e incontrolado que tiene la decisión final con respecto a la promulgación y formulación de normas jurídicas. En consecuencia, el soberano de Austin es un instrumento que declara inapelablemente al derecho que no está sujeto a ninguna autoridad superior y que puede emplear sin limitaciones la coacción sobre quienes están sometidos a su poder. Esta doctrina ha sido objeto de múltiples objeciones, principalmente porque se le considera producto de una abstracción, mientras que en otros casos se considera que la referida doctrina discrepa con la estructura del moderno Estado constitucional federal en el que los poderes Ejecutivo y Legislativo están divididos entre cierto número de organismos independientes; otras declaran que la soberanía no tiene sus raíces en ningún órgano gubernamental sino en la voluntad del pueblo; por otra parte, también es atacada por los defensores del derecho internacional quienes consideran que éste tiene primacía sobre el derecho interno, pero sin lugar a dudas el más fuerte ataque ha provenido de los denominados pluralistas políticos, quienes afirman que la autoridad del Estado como creador del derecho, no es exclusiva, ya que hay dentro del Estado, grupos y asociaciones cuyo poder normativo está coordinado con el del Estado y es de igual rango que éste. Esta corriente, a diferencia del anarquismo, no pretende abolir al Estado sino únicamente privarle de la soberanía” (1954:123).

“El Estado en su dimensión jurídica es aceptado como la norma suprema que resume todas las demás, sin importar la forma estructural de esa norma, pero exige un orden jerárquico y la subordinación de un orden jurídico, que a partir de la norma fundamental, define al Estado como el titular de la representación jurídica de la comunidad a la cual organiza y regula. Sin embargo, es aquí mismo donde surge o se descubre el verdadero elemento generador, en quien radica el poder soberano de crear la norma fundamental que a su vez, crea jurídicamente al Estado; siendo este

elemento, el propio pueblo" (1992:42). Acorde con esta línea de pensamiento, la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 141, establece lo siguiente: 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.

No obstante lo anterior, debe tenerse presente que a partir del siglo XX el mundo no es el mismo y ante el desarrollo alcanzado por el derecho y las relaciones internacionales, ha surgido un nuevo problema que atañe directamente a la soberanía de los Estados, cuando al someterse a la norma del derecho internacional parecieran renunciar a ese poder supremo del que estaban investidos. La verdad es que parte de la soberanía, consiste precisamente en el hecho de poder autorregular la supremacía del derecho internacional, y al legitimar la norma que deviene en convenios y tratados internacionales, la convierte en legislación interna.

1.5.5. Orden Jurídico

"Orden significa colocación de las cosas en el lugar que les corresponde, concierto de las cosas entre sí, regla o modo, sucesión de las cosas. Ordenamiento significa: Acción y efecto de ordenar, ley pragmática u ordenanza que da el superior" (1983:244).

Según el diccionario de legislación y jurisprudencia de Escriche, orden significa "cada uno de los cuerpos o brazos que componen un Estado."

De acuerdo con el diccionario de derecho usual de Cabanellas, orden significa: "regla, modo o norma de acción, normalidad basada en la libertad y en la justicia en que vive un pueblo, relación entre cosas, serie o sucesión de hechos. Ordenamiento significa: orden, concierto; debida y conveniente disposición o estructura, organización, mandato, orden, ley, pragmática, colección o cuerpo de leyes, determinación oficial de las fuentes del derecho, la academia ha admitido una acepción nueva, pero dual: breve código de leyes promulgadas al mismo tiempo, o colección de disposiciones referentes a determinada materia" (1997:126).

De acuerdo con lo anterior, y haciendo una visión retrospectiva de los elementos del Estado ya analizados es posible determinar que ni las corrientes anárquicas ni su contraparte, las de corte

despótico, satisfacen la necesidad humana de convivencia armónica y pacífica, la que solamente puede alcanzarse mediante el establecimiento de una normativa aceptada por el conglomerado social y por supuesto, respaldada por el poder coercitivo que garantice su cumplimiento.

Por demás está repetir que la sociedad humana, integrada por seres individuales, con características propias que diferencian a unos de otros, no puede confiar en la supuesta bondad y solidaridad que las corrientes socialistas atribuyen al ser humano; lo que implica de manera necesaria y probablemente indispensable, la presencia en la misma de un orden normativo de la conducta y de la estructuración del grupo social, al que denominaremos, orden u ordenamiento jurídico.

El mencionado orden u ordenamiento jurídico consiste en un conjunto armónico de normas de derecho que harán posible la convivencia pacífica de los miembros de la sociedad humana a la cual estructura, organiza y rige, teniendo el bien común como valor jurídico tutelado, así como una creciente inclinación a limitar los excesos de poder, siendo por ello que al hablar del Estado también nos estamos refiriendo al orden jurídico y viceversa.

El derecho como conjunto de normas jurídicas, instaura o procura un orden determinado. Ello quiere decir que la presencia de lo jurídico implica la sistematización de conductas sociales, determinando cuáles deben seguirse, y, cuáles omitir. El derecho asegura a la sociedad la presencia de ciertos valores, el primero de los cuales es el orden jurídico, lo que motiva que en algún momento se les identifique como sinónimos.

El orden jurídico implica la existencia de un conjunto sistematizado y jerarquizado de normas, es decir, de prescripciones obligatorias y coercibles que deben ser observadas por los miembros de la sociedad. Asimismo, delimita instancias y competencias, lo que representa el ámbito concreto de lo que la autoridad puede o no hacer.

El derecho tiene una función ordenadora que implica la generación de paz social. El derecho como orden también implica la renuncia al uso de la fuerza para dejar su monopolio en manos de la

autoridad, buscando con ello la resolución de conflictos sociales mediante las vías previstas por las normas jurídicas.

1.6. Fines del Estado

La actividad general del Estado, es lo que debe hacerse de acuerdo con el orden jurídico imperante en un país. El Estado es una obra colectiva y artificial, creada para ordenar y servir a la sociedad. Su existencia se justifica por los fines que históricamente se le viene asignando. El Estado existe para realizar esos fines y se mantendrá en tanto se le encomienden esas metas. Con su fuerza irresistible, no puede prescindir de lo que es el alma de la organización política, su principio vital, su motor interno: el fin. Es la finalidad del Estado. Es la idea objetiva de un bien superior, que no puedan realizar las comunidades menores, la que aglutina las voluntades de los miembros de la sociedad para constituirse en Estado.

El Estado es el ordenamiento total, es un determinado territorio, y regulado por fines que son el resultado de un proceso histórico. La actividad del Estado, es decir, lo que el Estado debe hacer, se define por el conjunto de normas que crean órganos, fijan su funcionamiento y los fines que deben alcanzar. La exigencia lógica del Estado se precisa por los fines o propósitos que una sociedad organizada le ha venido señalando de acuerdo con su propia naturaleza.

El Estado no tiene el monopolio de lo que es público, ni de utilidad pública, ni del bien público, ni de los servicios públicos, de tal suerte que el desarrollo de la vida pública no significa necesariamente el desarrollo de la administración del Estado.

Desde el surgimiento de la teoría del Estado con Maquiavelo, padre de la ciencia política, se explicaba a la divinidad no sólo como un fin del Estado, sino como fin de la existencia y de la trascendencia universal. Con la ilustración, y en lo sucesivo, las concepciones del Estado y sus fines, cambiaron su foco al humanismo, primero con una clara tendencia individualista que fue sustentada por el liberalismo que apenas se gestaba.

El Estado se contempla como el baluarte que garantice la realización de los valores como la libertad, la justicia, la seguridad y los servicios públicos, estos últimos se transforman entonces en las aspiraciones que se espera alcancen en la entidad estatal.

Por lo tanto, esos juicios de valor son los fines que el ser humano pretende conseguir al convivir inmerso en la realidad del Estado, valores que tiendan a la realización del bien general, que es la meta última de todos los Estados.

1.6.1. Las funciones del Estado

Montesquieu, a partir del análisis que realizó a la organización política británica, patentizó que en todo gobierno existen tres funciones fundamentales e indispensables para la efectiva realización del acto de gobernar.

Esas tres funciones son la legislativa o creación de preceptos jurídicos abstractos; la ejecutiva que consiste en la aplicación de la ley a casos concretos, y la judicial que se refiere a la resolución de controversias jurídicas entre los individuos entre sí y éstos y los órganos gubernamentales.

También Montesquieu propuso que la única forma en que se podía garantizar la libertad y la justicia a los ciudadanos, era que el rey, que hasta entonces había concentrado en su persona el poder total, ya no tuviera facultades absolutistas.

De las teorías de ese pensador surgen tres órganos en los cuales se depositan y distribuyen ese trío de funciones y que comúnmente se conocen como poderes.

El congreso o parlamento, dividido generalmente en dos cámaras, la de senadores y la de diputados, o cámaras alta y baja según la tradición inglesa, y al que se le faculta para la creación de la Ley. El ejecutivo, cuyo titular en algunos Estados es un órgano Colegiado y en otros casos un rey, o presidente constitucional como en México, cuya función es la aplicación o la ejecución de la Ley. Por último, el Judicial cuya función consiste en la resolución de conflictos mediante la actuación de los preceptos a los conflictos de casos concretos.

La palabra atribución proviene del vocablo latino *atribuere*, compuesto por el prefijo *ad* que significa a y el verbo *tribuere* dar. En el Diccionario de la Lengua Española, se establece como

significado de este verbo lo siguiente: señalar a una cosa a alguno como de su competencia. En este sentido, cuando nos referimos a las atribuciones del Estado, hablamos de derechos y obligaciones que la Ley otorga como prerrogativa o facultades expresas a los órganos que componen el gobierno.

En la Constitución se expresa el contenido fundamental de la actividad que corresponde realizar a cada uno de los órganos depositarios de las funciones gubernamentales. La Constitución aporta a los ciudadanos la certeza jurídica de que la actividad que cada uno de los órganos públicos desempeña, se realiza conforma a derecho y por lo tanto sujetas a las atribuciones conferidas por la ley suprema.

Las funciones del Estado son las tareas que realizan los órganos estatales al efectuar cada una de las facultades tendientes a la realización de las funciones de que sean depositarios.

En general pueden definirse tres tipos muy generales de cometidos, los de policía, los de fomentos y de servicio. Una de las características de las funciones del Estado es que en realidad la definición de servicio público les es a todos inherente, tal como trataremos capítulos más adelante.

Entendidos entonces las funciones del Estado como las tareas que realiza al interactuar en la realidad social para efectuar el fin último del Estado que es el bien común, es que pueden entenderse las siguientes definiciones para cada uno de ellos.



Capítulo 2

Derecho Administrativo

2.1. Derecho administrativo y administración pública

2.1.1. Definición de derecho administrativo

Para el tratadista francés Alessandro Rochild el derecho administrativo es, "Aquella rama del derecho público que tiene por objeto el estudio del régimen jurídico de la administración pública y sus relaciones con los particulares" (1991:65).

Se llega al concepto de derecho administrativo a través del concepto de Estado. El advenimiento del Estado de Derecho fue el resultado de la convergencia de ciertas circunstancias, entre las que se destacan las revoluciones inglesa y francesa, la emancipación americana y las teorías políticas enunciadas por Montesquieu (división de poderes) y Rousseau (la ley como expresión de la voluntad general).

2.2. Origen del derecho administrativo

El tema del origen del derecho administrativo principia cuando se afirma que en ciertos Estados aún contando con una administración pública y funcional, no existe derecho administrativo. Con la anterior afirmación se quiere decir que en un Estado puede existir una administración con las características apuntadas, sin que exista por tal motivo, derecho administrativo. "Aclarando lo expuesto, Francia cuenta con administración técnica y funcional y con derecho administrativo. Al contrario, Inglaterra cuenta con administración técnica y funcional y no cuenta con derecho administrativo. Francia es la cuna del derecho administrativo" (Calderón, Hugo, 1999:27).

2.3. Administración pública

"La administración pública es la actividad que busca servir a los habitantes del Estado de Guatemala, persigue la realización del bien común, es servicio a cargo de personas (funcionarios y empleados) que ejecutan funciones administrativas con efectividad" (Calderón, Hugo, 1999:32).

Existe actividad administrativa en los tres principales organismos del Estado de Guatemala y en cada una de ellas emana jerárquicamente una estructura subordinada e interrelacionada con actividades diversas. La actividad administrativa del Organismo Ejecutivo, es la única que se denomina administración pública, no obstante que actividad administrativa existe, también en las organizaciones autónomas y descentralizadas del Estado de Guatemala. Técnicamente, la denominación correcta es administración Pública del Estado de Guatemala, de acuerdo a autores y catedráticos de derecho administrativo guatemalteco.

“La administración pública en Guatemala, busca servir a los guatemaltecos, persigue la realización del bien común, es servicio a cargo de personas que ejecutan funciones administrativas con efectividad. Por otro lado el derecho administrativo en Guatemala tiene con fin supremo velar por el bienestar, la felicidad y la vida de los guatemaltecos. Este propósito se cumple por medio del buen funcionamiento de la administración pública. Una preocupación del derecho administrativo es la calidad de la administración; en cuanto la administración del derecho administrativo es la calidad de la administración; en cuanto a que ella afecta vidas humanas” (Calderón, Hugo, 1999:32).

La actividad administrativa equivale a la actividad puramente material que puede ser interna, externa, reglada y discrecional. Con relación a la actividad material interna se lleva a cabo dentro de la organización, no se proyecta fuera o al medio ambiente externo de la organización.

La Constitución Política de Guatemala en el artículo 1 considera el bien común como el fin supremo del Estado de Guatemala. “La Constitución Política dice en su artículo 1 que el Estado de Guatemala protege a la persona... pero añade inmediatamente que su fin supremo es la realización del bien común, por lo que las leyes... pueden evaluarse tomando en cuenta que los legisladores están legitimados para dictar las medidas que, dentro de su concepción ideológica y sin infringir preceptos constitucionales, tiendan a la consecución del bien común. Al respecto conviene tener presente que la fuerza debe perseguir objetivos generales y permanentes, nunca fines particulares” (Gaceta No. 1, expediente No. 12-86, página No. 3, sentencia: 17-09-86).

2.3.1. Antecedentes de la administración pública en Guatemala

2.3.1.1. Etapa indígena

“Las comunidades indígenas constituyen formaciones preestatales en que el gobierno y la religión conformaron una misma entidad. o donde el rey o príncipe ejerce funciones de señor y de jefe del ejército, apoyándose en cierta administración cuya precisión a estas alturas sólo es posible aplicando la analogía a formaciones preestatales europeas y americanas. Con estas bases, es posible intentar reconstruir en parte la administración indígena” (Castillo González, Jorge, 1999:144).

Los datos reunidos hasta la fecha permiten afirmar que los mayas alcanzaron un desarrollo equivalente a la actividad preestatal material, no formal, con cierta administración confundida o mezclada con la legislación y la justicia.

“Los elementos de la ciudad estado pueden servir para detectar otros elementos que también debieron existir en las comunidades indígenas. En tal sentido, la ciudad estado romana, al principio denominada civitas, después república o cosa común a los ciudadanos. La polis griega o sea el Estado, constituye un concepto idéntico al de ciudad. Tanto griegos como romanos no contaron con un Estado como el actual; sin embargo, los pre-estados de ambos, igual que el pre-estado maya, equivalían a organización de la ciudad y como consecuencia, los bienes pertenecen en común a los habitantes de la ciudad-estado, es decir, a griegos, romanos o mayas” (Castillo González, Jorge, idem).

Con respecto a la dinastía del pueblo maya conquistador, constituye la organización suprema del poder público y de la administración indígena, lo que permite afirmar, que entre los mayas existió un gobierno basado en la jerarquía y que ésta, operaba basada en la dinastía. En cada pueblo debió existir una dinastía propia y cada uno, con su propia jerarquía, lo que le dio realce a dicha población, puesto que los mayas contaban con una organización bien estructurada.

2.3.1.2. Etapa colonial

“La conquista española, consumada entre los años de 1523 y 1524 significa la sustitución de la organización militar y religiosa de los indígenas, principalmente en los pueblos quiché, cakchiquel y

tzutuil. Este hecho equivale a la destrucción del poder político-religioso que durante siglos gobernó en las comunidades indígenas” (Castillo González, Jorge, 1999:146).

“El estudio de otras comunidades indígenas puede ayudar a encontrar los elementos y características de las comunidades indígenas guatemaltecas en el campo administrativo, por ejemplo, el estudio de los incas. No existe evidencia de que, los mayas llegaran a constituir un imperio y la posibilidad no se descarta del todo. Los incas sí constituyen un imperio, que luego de conquistar un territorio, ordena trabajar las tierras conquistadas y construir acequias de agua. Se supone que igual cosa hacen los mayas conquistadores. Después de consumada la conquista, los incas pasan a ser dueños supremos de las tierras conquistadas y de las aguas. Algo semejante hicieron los mayas, con la variante que atribuyen la propiedad de la tierra y del agua al sacerdote-gobernante y su familia” (Castillo González, Jorge, idem).

La administración colonial dura aproximadamente tres siglos y no se puede explicar ni entender sin algún conocimiento del Estado existente en España al momento de producirse la conquista. Para el año 1500, en España se efectuaba el proceso de pasar del feudalismo al Estado-Nación. Los reyes católicos habían cimentado su poder sobre casi toda la península y la hegemonía política de los señores feudales comenzaba a declinar.

Los españoles introducen por medio de su legislación el régimen de propiedad privada individual, dejando por un lado el tradicional derecho de propiedad en común de los indígenas, despojándolos de la tierra que habían ocupado durante siglos, aplicándoles el principio de propiedad exclusiva para los españoles, criollos y mestizos. Durante la colonia, la actividad administrativa es realizada por cuatro instituciones: la monarquía, la Casa de Contratación de Sevilla, el Consejo de Indias y la Junta de Guerra.

En la administración colonial las autoridades emplean como documentos oficiales las ordenanzas reales, las órdenes reales, las cartas reales y los autos reales. Los autos equivalen a informes administrativos sobre agricultura, industria, régimen de trabajo, repartimientos y comercio en las

zonas territoriales de la colonia. En la práctica, tales informes representan el antecedente de los dictámenes de las asesorías o de los estudios de planificación económica.

“Vista la estructura administrativa, la administración colonial se organiza en dos niveles: La administración central; y la administración territorial o local. En resumen, la administración colonial corresponde a una comunidad pre-estatal de avanzada organización. El poder público se concentra en el monarca y en sus representantes en la colonia. No existe separación de funciones. Las autoridades centrales y territoriales ejercen cierto y limitado poder de decisión, discrecional por causa de la distancia entre la colonia y la metrópoli. La administración colonial como tal, no clasifica entre un tipo definido debido a que desde la transición hasta su final, adopta formas administrativas indígenas con fines puramente utilitarios, adaptándolas primero y desconociéndolas después, siempre buscando la supervivencia, la explotación humana y el saqueo de los recursos naturales. La administración colonial no persigue el bien común, y este es desconocido por los intereses y necesidades de los conquistadores y de la corona española. La administración colonial exclusivamente centralizada sustituye al sacerdote gobernante o cacique, por el monarca” (Castillo González, Jorge, idem).

2.3.1.3. Etapa independiente

Para el autor Jorge Castillo la etapa independiente se refiere a que: “El 15 de septiembre de 1821 se produce el hecho histórico de la independencia. Este hecho histórico importante se convierte en la base de la administración independiente y se divide en dos etapas: El Estado Federal y el Estado de Guatemala. En esta etapa, la administración indígena abarca las actividades administrativas, legislativas y jurisdiccionales, no existe razón para suponer que la administración surge primero o después porque debe surgir al mismo tiempo que las otras funciones”. (1999:151)

Continúa dicho autor manifestando que: “Al declararse la independencia, las ex colonias pasan a formar parte del Estado federal, un Estado que tuvo la pretensión de ser monárquico sin monarca. Administrativamente, el ideal independentista liberal tiene por objeto la destrucción de toda la organización colonial y este objetivo lleva a crear una nueva organización administrativa basada en los Ministerios de Gobernación, Justicia, Negocios Eclesiásticos e Instrucción, de Hacienda y Guerra

y de Relaciones Exteriores. También se dio la administración civil, administración religiosa y administración militar”. (idem).

El Estado de Guatemala, formalmente se basa en la separación de poderes y materialmente, se basa en la dictadura, el centralismo y el caudillismo. Estos elementos corresponden al pre-estado. La administración independiente, por lo tanto, es discrecional y arbitraria, bajo la autoridad y responsabilidad del caudillo y de grupos oligarcas y religiosos.

2.3.1.4. Etapa liberal

La etapa liberal se desarrolló durante los gobiernos de los Presidentes Miguel García Granados y Justo Rufino Barrios. Sobre el gobierno de éste último se dice que: “Esta administración desarrolla la estructura estatal. Aparte de la Presidencia de la República, organiza siete Ministerios de Estado: de Gobernación y Justicia; Educación Pública; Fomento; Hacienda y Crédito Público; Guerra; Relaciones Exteriores y Agricultura” (Castillo González, Jorge, 1999:154).

“La administración liberal busca el bienestar público derivado de la agricultura y la educación. El Estado liberal impone bienestar público por medio de la dictadura, sin consultar a los ciudadanos. También impone a los ciudadanos lo que el Presidente de la República considera que puede ser su bienestar. Durante la administración liberal, la administración territorial o local continúa basándose en departamentos y municipios y éstos comprenden ciudades, villas, pueblos, aldeas y caseríos” (Castillo González, Jorge, 1999:154).

Al fallecer el General Justo Rufino Barrios, provisionalmente asume el poder Alejandro Sinibaldi en el año de 1885 y más tarde convoca para elegir Presidente con la finalidad de cumplir el segundo período constitucional, pero en junio de 1887, irrumpe arbitrariamente el General Manuel Lisandro Barillas asumiendo en consecuencia el Ejecutivo el poder supremo del país y nuevamente queda en suspenso la posibilidad de un régimen constitucional. En el año de 1889, entra en vigencia la Constitución Política que respalda a todas las dictaduras liberales. Los gobernantes que sucedieron a Manuel Estrada Cabrera y Jorge Ubico, implantan políticas que restringen determinados derechos,

garantías y libertades para mantener el poder, pero curiosamente desprovistas del intervencionismo liberal.

2.3.2. Características

El derecho administrativo tiene las siguientes características:

- Es un derecho reciente que surge con la Revolución Francesa y la consolidación del estado de derecho, y su estudio en forma independiente se manifiesta a principios del siglo XX.
- Es un derecho no codificado, pues es tan extensa la variedad de leyes administrativas que no se ha logrado su unificación en un solo cuerpo de leyes (código).
- Es una rama del derecho público, pues gracias a él se conoce la actividad del Estado, la cual se encuentra encaminada al cumplimiento y satisfacción de los intereses públicos.
- Es un derecho autónomo, pues ha logrado su independencia de la base común del derecho al abarcar un conjunto de doctrinas propias, tener métodos específicos, un contenido extenso que merece un estudio conveniente y particular, tener leyes propias y contar con órganos jurisdiccionales que dirimen exclusivamente conflictos de la materia.
- Es un derecho subordinado, pues se encuentra subordinado a la ley constitucional, lo cual doctrinariamente se llama constitucionalización del derecho administrativo.
- Es un derecho dinámico o mutable, pues es más cambiante que cualquiera otra ciencia jurídica, dado el constante desarrollo y evolución, que tiene la administración pública para obtener el bienestar general que realiza a través del servicio público.

2.3.3. Sistemas

Existen dos sistemas de derecho administrativo, los cuales son.

2.3.3.1. Sistema anglosajón, sajón o inglés

“Aquí no existe un derecho especial que regule las relaciones entre la administración pública y los particulares, sino que estas relaciones son reguladas por el derecho común (derecho civil). Sus fuentes principales son la jurisprudencia y el precedente administrativo. Se aplica en Inglaterra y los Estados Unidos de Norteamérica” (Calderón, Hugo, 1999:31-32).

2.3.3.2. Sistema francés

“Este sistema surge gracias a la Revolución Francesa, la cual cambia todo el régimen monárquico, por ende el sistema administrativo existente, naciendo el derecho administrativo como un derecho especial que regula las relaciones que se dan entre la administración pública y los particulares, y las que se dan entre las mismas instituciones administrativas. Su fuente principal es la ley, de donde deviene el denominado principio de legalidad. Se desarrolla especialmente en Francia e Italia y tiene aplicación en varios países europeos y en Latinoamérica, incluyendo Guatemala” (Calderón, Hugo, 1999:31-32).

2.4. Objeto del derecho administrativo

Tiene por objeto el estudio de las normas jurídicas que le conciernen a la acción administrativa del Estado y el estudio de la regulación normativa de los entes del poder ejecutivo y sus relaciones.

Tiene un campo tan extenso de estudio que es difícil aseverar su verdadero sentido o finalidad y por eso muchos autores le asignan fines múltiples, sobre todo por sus aspectos públicos y sociales. Sin embargo, en forma general, Rafael Bielsa afirma: “Que el objeto del derecho administrativo es el estudio de la administración pública y de sus relaciones entre los órganos públicos que la constituyen y los administrados” (1972:56).

Específicamente, Alessandro Rochild expone: “Que el derecho administrativo obedece al interés público. su fin primordial es alcanzar la utilidad colectiva. el beneficio social o el bienestar general de todos los administrados, o sea. el logro del bien común” (1991:65).

2.5. Fuentes

“Fuente es el principio u origen de algo y en un sentido jurídico, fuente del derecho es el fundamento, el lugar de dónde nace o se produce la norma jurídica. Las fuentes del derecho en general son: a) las fuentes históricas; b) las fuentes reales o materiales; y c) las fuentes formales. Todas ellas tienen aplicación en el derecho administrativo, en especial las denominadas fuentes formales, las cuales son los distintos modos o formas a través de los cuales se manifiesta externa y socialmente la norma jurídica” (Calderón, Hugo, 1999:33).

Existe gran diversidad de criterios para determinar cuales son las fuentes formales en el derecho administrativo, sin embargo, en lo personal, me parece muy completa, relevante y aplicable a nuestro sistema administrativo la clasificación que hace el autor francés Alessandro Rochild “al exponer que las fuentes formales con las que opera el derecho administrativo pueden ser:” (1991:82).

- Directas, principales o primarias: La legislación (ley constitucional y ley ordinaria administrativa); los tratados y convenios internacionales en materia administrativa; los reglamentos; los estatutos y ordenanzas; y los instructivos y circulares.
- Indirectas, auxiliares o secundarias: La jurisprudencia o doctrina legal; los usos y costumbres administrativas; los principios generales del derecho administrativo; y la doctrina científico administrativa.
- Concurrentes, posibles o terciarias: La supletoriedad y analogía de las leyes comunes; la equidad; y el precedente y la práctica administrativa.

“En Guatemala la principal fuente formal del derecho administrativo es la ley, tomando como punto de partida la Constitución Política de la República de Guatemala como ley suprema fundamental del Estado y las demás leyes constitucionales. Siguiendo en su orden las leyes ordinarias administrativas. Estas últimas, se dictan en forma de decretos, aunque el nombre varía dependiendo el gobierno y la época en que se emitieron, así se encuentran los decretos legislativos, los Decretos del Congreso de

la República, los Decretos Presidenciales, los Decretos Gubernativos y los Decretos Leyes" (Castillo, Jorge, 1991:102).

Otra fuente de gran importancia, dice el mismo autor, la constituyen los reglamentos y los acuerdos, esta última un tanto confusa en la práctica como consecuencia de que los reglamentos se publican a través de acuerdos. De éstos existen diversos tipos, según la autoridad que los dicte, de allí que se mencione de Acuerdos Gubernativos, Acuerdos Presidenciales y Acuerdos Ministeriales, los cuales contienen temas de variada índole, tales como: reglamentos, declaraciones, derechos, procedimientos, condecoraciones, nombramientos, exoneraciones, creación de oficinas estatales o de comisiones, definición de funciones. Las entidades descentralizadas y autónomas y los Organismos Legislativo y Judicial también emiten acuerdos dentro del campo de sus atribuciones administrativas. Las demás fuentes formales también tienen aplicación dentro de la administración pública, aunque unas más que otras, dependiendo de las circunstancias y casos concretos.

2.6. Características

El derecho administrativo se caracteriza por ser:

- **Común:** Es un derecho que, al igual que el derecho civil, es común a todas las actividades (municipales, tributarias, etc.) y sus principios son aplicables a todas esas materias.
- **Autónomo:** Es una rama autónoma del Derecho, tiene sus propios principios generales, se autoabastece; es decir es un sistema jurídico autónomo paralelo al derecho privado.
- **Local:** Es un derecho de naturaleza local porque tiene que ver con la organización política en nuestro país; es decir que habrá un derecho administrativo provincial y un derecho administrativo nacional.
- **Exorbitante:** Excede la órbita del derecho privado, porque donde hay una organización estatal hay derecho administrativo. No hay plano de igualdad entre partes, ya que una de ellas es el Estado, que tiene facultades de poder público.

Estado de Derecho: forma de Estado en que se reconocen y tutelan los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos, mediante el sometimiento de la Administración a la ley. En el Estado de Derecho se ubica a la Administración como esencialmente ejecutiva, encontrando en la ley su fundamento y el límite de su acción. Es una Administración sometida al Derecho y, aunque está habilitada para dictar reglas generales, éstas están subordinadas a la ley.

2.7. Derecho de petición

“El Derecho de Petición permite a las personas dirigirse a los poderes públicos, tanto a los órganos parlamentarios como a los gobiernos, con una petición cuyo contenido puede ser muy diverso. Desde una petición muy puntual hasta una pretensión dirigida a la elaboración de una norma. En la propuesta que trabaja Elkarrri se hace referencia a la presentación de una iniciativa concreta de diálogo. Cuál será el contenido de esa propuesta, sus términos concretos, todavía no nos son conocidos. Puede teóricamente dirigirse a solicitar la realización de actividades concretas, la adopción de acuerdos o declaraciones, el inicio de procedimientos legales para elaborar normas u otras decisiones” (Revista Elkarrri No. 97 del 01-10-2003).

La mencionada revista, al abordar sobre el derecho de petición expresa que: “La petición se puede dirigir, tal como se ha dicho, a los órganos representativos o a los ejecutivos. El régimen jurídico es diferente en ambos casos, aunque ahora no interesa detenerse en consideraciones sobre ese aspecto, para hacerlo en cambio sobre las consecuencias de presentación de la petición. Ciertamente la petición no significa que el poder público al que vaya dirigida esté obligado a dar satisfacción a lo solicitado. Tampoco puede entenderse que el beneficiario de la petición esté obligado a cumplirla en sus propios términos. Una tal conclusión abocaría a la desaparición de este derecho. No es posible que cada uno de nosotros y de nosotras pueda tener derecho a obtener aquello que solicita. La respuesta es más sutil. Quien recibe la petición debe dar una satisfacción que permita afirmar que el Derecho de Petición tiene un sentido, una funcionalidad, que es un instrumento realmente operativo en esta democracia de aquí y de ahora. De esta forma, la petición presentada necesita ser contestada, argumentada, lo que significa ser atendida, en el sentido de estudiada, sin que admita este derecho el silencio como respuesta o la respuesta sin motivación. El Derecho de Petición puede ser un

instrumento para abrir un debate concreto, para la adopción de unas decisiones determinadas, para intentar forzar un pronunciamiento de los poderes públicos sobre algo que preocupa a una serie de personas”.

Continúa desarrollando sobre el particular Elkarri que: “El respeto al Derecho de Petición depende por una parte de quien lo practica, y de que su petición esté bien construida y expresada. Por otra, y en mayor medida, del carácter democrático de quienes ostentan el poder en un momento determinado. A una petición elaborada, expresiva de un proceso de reflexión, representativa de una opinión fundada, los poderes públicos no pueden responder de cualquier manera. Deben atender debidamente la solicitud, como expresión de su respeto a la democracia, a los derechos de las personas, a los instrumentos jurídicos que permiten una mayor aproximación del poder a los ciudadanos y ciudadanas”.

La Revista Elkarri considera que el derecho de petición ha sido un instrumento jurídico poco experimentado, y que en la actualidad es escasamente operativo en su participación, cumpliendo meramente un papel legitimador de decisiones políticas que se quieren o se deben cubrir de un lado democrático especial, ello porque, los poderes públicos son frecuentemente rehaceos a la participación pública y concluye que “ El fortalecimiento de una democracia se produce como consecuencia de la utilización, lo más frecuente posible, de los instrumentos de participación que el sistema pone en manos de las personas, por la utilización y ejercicio de sus derechos democráticos”. Es propicio agregar, que en todo ello, es vital y de mucha ayuda el poder de acción y fiscalización de la administración pública por parte de la sociedad civil organizada y representativa, desde luego, enmarcando su actividad de conformidad con la ley.

El artículo 28 de la Constitución Política de la República de Guatemala, regula: “Derecho de petición. Los habitantes de la República de Guatemala tienen derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad, la que está obligada a tramitarlas y deberá resolverlas conforme a la ley. En materia administrativa el término para resolver las peticiones y notificar las resoluciones no podrá exceder de treinta días. En materia fiscal, para impugnar resoluciones

administrativas en los expedientes que se originen en reparos o ajustes por cualquier tributo, no se exigirá al contribuyente el pago previo del impuesto o garantía alguna.”

“...De conformidad con la regulación legal anterior, los habitantes de la República tienen el derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad, la que está obligada a tramitarlas y resolverlas conforme a la ley. Este precepto, en concordancia con el artículo 10 inciso f) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, establece que en materia administrativa el término máximo para resolver y notificar las resoluciones es el que señala la ley específica aplicable al caso concreto o, en su defecto, el de treinta días. En caso de que la autoridad omita el cumplimiento de la obligación referida en dicho término el interesado puede acudir al amparo para que se fije un plazo razonable a efecto de que cese la demora en resolver y notificar...” (Gaceta No. 54, expediente No. 661-99, página No. 296, sentencia 27-10-99”.

2.7.1. Derecho de petición individual

El Artículo 28 de la Constitución Política de la República establece: “Derecho de petición. Los habitantes de la República de Guatemala tienen derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad, la que está obligada a tramitarlas y deberá resolverlas conforme a la ley. En materia administrativa el término para resolver las peticiones y notificar las resoluciones no podrá exceder de treinta días. En materia fiscal, para impugnar resoluciones administrativas en los expedientes que se originen en reparos o ajustes por cualquier tributo, no se exigirá al contribuyente el pago previo del impuesto o garantía alguna.”

“De conformidad con lo que establece el artículo 28 de la Constitución, los habitantes de la República tienen el derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad, la que está obligada a tramitarlas y resolverlas conforme a la ley. Este precepto, en concordancia con el artículo 10 inciso f) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, establece que en materia administrativa el término máximo para resolver y notificar las resoluciones es el que señala la ley específica aplicable al caso concreto o, en su defecto, el de treinta días. En caso de que la autoridad omita el cumplimiento de la obligación referida en dicho término el interesado puede

acudir al amparo para que se fije un plazo razonable a efecto de que cese la demora en resolver y notificar” (Gaceta No. 54, expediente No. 661-99, página No. 296, sentencia 27-10-99).

El artículo 1 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto 119-96 del Congreso de la República, regula: “Derecho de Petición: Las peticiones que se dirijan a funcionarios o empleados de la administración pública, deberán ser resueltas y notificadas dentro del plazo de treinta días, contados a partir de la fecha en que haya concluido el procedimiento administrativo. El órgano administrativo que reciba la petición, al darle trámite deberá señalar las diligencias que se realizarán para la formación del expediente. Al realizarse la última de ellas, las actuaciones estarán en estado de resolver, para el efecto de lo ordenado en el párrafo precedente. Los órganos administrativos deberán elaborar y mantener un listado de requisitos que los particulares deberán cumplir en las solicitudes que les formulen. Las peticiones que se planteen ante los órganos de la administración pública se harán ante la autoridad que tenga competencia para conocer y resolver. Cuando se hagan por escrito, la dependencia anotará día y hora de presentación.”

El derecho de petición individual es una conquista definitiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es de la propia esencia de la protección internacional de los derechos humanos la contraposición entre los individuos demandantes y los Estados demandados en casos de supuestas violaciones de los derechos protegidos. Fue precisamente en este contexto de protección que se operó el rescate histórico de la posición del ser humano como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotado de plena capacidad procesal internacional.

2.7.2. Derecho de petición colectivo

El derecho de petición colectivo, también se encuentra regulado por el Artículo 28 constitucional, en el sentido que los habitantes de la República tienen el derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad, la que está obligada a tramitarlas y resolverlas conforme a la ley.

En el caso de peticiones colectivas, además de cumplir los requisitos anteriores, serán firmadas por todos los peticionarios, debiendo figurar, junto a la firma de cada uno de ellos su nombre y apellidos.

2.8. Derecho Administrativo en Guatemala

Existe actividad administrativa en los tres principales organismos del Estado de Guatemala y en cada una de ellas emana jerárquicamente una estructura subordinada e interrelacionada con actividades diversas. La actividad administrativa del Organismo Ejecutivo, es la única que se denomina administración pública, no obstante que actividad administrativa existe, también en las organizaciones autónomas y descentralizadas del Estado de Guatemala. Técnicamente, la denominación correcta es administración Pública del Estado de Guatemala.

“La administración pública en Guatemala, busca servir a los guatemaltecos, persigue la realización del bien común. es servicio a cargo de personas que ejecutan funciones administrativas con efectividad. Por otro lado el derecho administrativo en Guatemala tiene con fin supremo velar por el bienestar, la felicidad y la vida de los guatemaltecos. Este propósito se cumple por medio del buen funcionamiento de la administración pública. Una preocupación del derecho administrativo es la calidad de la administración; en cuanto la administración del derecho administrativo es la calidad de la administración; en cuanto a que ella afecta vidas humanas” (Enciclopedia Microsoft Encarta, 2003).

La actividad administrativa equivale a la actividad puramente material que puede ser interna, externa, reglada y discrecional. Con relación a la actividad material interna se lleva a cabo dentro de la organización, no se proyecta fuera o al medio ambiente externo de la organización. Al no encontrarse fuera de la organización, no afecta intereses, derechos y libertades de los particulares y de otras organizaciones públicas o privadas.

La Constitución Política de Guatemala en el artículo 1 considera el bien común como el fin supremo del Estado de Guatemala.

La administración pública es la actividad que busca servir a los habitantes del Estado de Guatemala, persigue la realización del bien común, es servicio a cargo de personas (funcionarios y empleados) que ejecutan funciones administrativas con efectividad.

La actividad formal equivale a la actividad que regularmente se desarrolla en cada uno de los tres Organismos del Estado, actividad legislativa, ejecutiva y judicial. La actividad material equivale a la actividad puramente material y que puede ser interna, externa, reglada y discrecional. Ambas actividades se llevan a cabo por medio de procesos o procedimientos y su objetivo es tomar decisiones y resolver problemas.

El Derecho administrativo, es la rama del Derecho público que tiene por objeto la Administración pública, entendida como actividad a través de la cual el Estado y los sujetos auxiliares de éste tienden a la satisfacción de intereses colectivos.

“En los Estados modernos tanto la administración como la jurisdicción se encuentran reguladas por una normativa y cabe distinguir ambas funciones en razón de lo siguiente: al ejercitar la función de juzgar, el Estado persigue la realización de los derechos controvertidos o inciertos; al ejercitar la vía administrativa, tiende a realizar intereses generales. En esta línea señalada, las acciones fundamentales que la Administración lleva a cabo son las siguientes: a) Acción de garantía. Mediante este procedimiento la administración fija el marco de la vida colectiva; establece el orden de convivencia, garantizando cuáles son los ámbitos dentro de los que pueden desarrollarse las iniciativas privadas y cuáles las posibles conductas de los particulares, lo que se realiza manteniendo la tranquilidad y el orden público o definiendo derechos, como en el caso del urbanismo, o limitando posibilidades de actuación, como cuando tasa un precio. b) Acción de prestación. Tiene por finalidad entregar a sus destinatarios ciertos bienes o prestar determinados servicios. Los puede ofrecer la administración en el mercado, en régimen de Derecho privado o mediante un concesionario al que fija pautas de actuación, o bien puede ejecutar el servicio público de forma directa y como tal administración. c) Acción de estímulo. La administración incita a los particulares a que cumplan actividades concretas de interés público mediante subvenciones, créditos, desgravaciones o exenciones fiscales, recursos estos muy utilizados en materia de urbanismo” (Enciclopedia Microsoft Encarta, 2003).

2.8.1. Sistemas de organización de la administración pública

La administración pública, como todo elemento del Estado, necesita ordenarse adecuada y técnicamente, es decir, organizarse, para realizar su actividad en forma rápida, eficaz y conveniente. Para ello se ha tratado, a través de la evolución de la administración pública de buscar formas de organización que respondan lo mejor posible a las necesidades del país en un momento determinado. Rafael Godínez Bolaños, citado por Calderón Morales, dice que: “Los sistemas de organización de la administración pública, son las formas o el modo de ordenar o de estructurar las partes que integran el Organismo Ejecutivo y las entidades públicas de la administración estatal, con la finalidad de lograr la unidad de la acción, dirección y ejecución, evitar la duplicidad de los esfuerzos y alcanzar económicamente los fines, cumplir las obligaciones del Estado, señalados por la Constitución Política de la República”.

Existen cuatro formas de organización administrativa, las cuales son:

2.8.1.1. La centralización

Es aquella forma de organización administrativa que tiene lugar cuando los órganos de la Administración tienen una relación de dependencia y subordinación directa e inmediata con el órgano superior de la misma. Se caracteriza principalmente por dos circunstancias:

- Todas las funciones estatales se concentran en un órgano superior, ejerciendo todas las facultades públicas: decisión, revisión, mando, vigilancia, disciplina y nombramiento;
- Existe una relación de jerarquía entre los órganos inferiores con el superior. Ese órgano superior jerárquico o Jefe supremo de la administración pública lo constituye el Presidente de la República como titular del Organismo Ejecutivo.

2.8.1.2. La desconcentración

Es aquella forma de organización administrativa que tiene lugar cuando, a un órgano inferior se le confieren ciertos poderes de administración del que jerárquicamente depende, para que los ejerza a

título de competencia propia, bajo determinado control del órgano superior. Se caracteriza principalmente por cinco circunstancias:

- Existe una independencia relativa o parcial, pues aún existe vínculo de dependencia entre el órgano superior y el inferior;
- La competencia del inferior es limitada, pues las facultades son dadas en cierta materia, generalmente en la prestación de servicios públicos específicos en sus demás actividades el órgano está centralizado;
- El traspaso de poderes debe tener origen legal;
- El órgano superior es quien nombra a su personal y el que ejerce control sobre la actividad que el órgano desconcentrado desarrolla en ejercicio de los poderes que le fueron dados; y
- Al órgano desconcentrado se le puede otorgar cierto patrimonio y manejo autónomo de su presupuesto. Los autores del derecho administrativo sitúan la desconcentración administrativa como un punto intermedio entre la centralización y la descentralización.

2.8.1.3. La descentralización

Es aquella forma de organización administrativa que tiene lugar cuando el Estado otorga facultades y atribuciones determinadas a un órgano administrativo, quien actúa con independencia funcional al contar con personalidad jurídica y patrimonio propio, a efecto de prestar ciertos servicios públicos a la colectividad. Se caracteriza principalmente por seis circunstancias:

- El órgano central les ha transferido a los órganos, descentralizados los poderes de decisión y de mando;
- Sin perder su calidad de estatal, el órgano descentralizado goza de independencia administrativa, es decir, que realiza todas sus funciones sin depender directamente del gobierno central, sin perjuicio a que en ciertos casos se ejerza determinado control o vigilancia;
- Para ejercer mejor sus facultades y atribuciones el Estado a través de la ley ordinaria les ha dado personalidad jurídica y patrimonio propio para que puedan ejercer derechos y contraer

obligaciones por sí mismos. es decir, que se crea una nueva persona jurídica dice de carácter público distinta del Estado, pero parte de la estructura estatal;

- Poseen un régimen jurídico propio, constituido por su Ley Orgánica la cual regula su personalidad, su patrimonio, su denominación, su objeto y su actividad;
- Pueden manejar su presupuesto con el objeto de que administren sus recursos y realicen sus actividades económicas por sí mismos, sin embargo, ésta independencia financiera es relativa, pues deben hacerlo conforme a su Ley Orgánica, Ley Orgánica del Presupuesto, el Presupuesto General del Estado, la Ley de Contrataciones del Estado, sus estatutos y reglamentos propios, además de la vigilancia que debe mantener por mandato constitucional la Contraloría General de Cuentas;
- Pueden emitir sus propias normas jurídicas (estatutos y reglamentos), pero sin violar la ley orgánica que las creó ni la Constitución Política de la República.

Existen tres clases de descentralización:

- a) Descentralización por servicio técnica o institucional: Se da cuando la administración pública no toma en cuenta una determinada demarcación territorial sino el ámbito de necesidades a llenar para cumplir con un servicio público técnico y específico;
- b) Descentralización por colaboración, funcional o corporativa: Se da cuando la administración pública autoriza a organizaciones privadas para hacerlas participar en el ejercicio de la función administrativa, o sea, prestar determinados servicios públicos; y
- c) Descentralización por región o territorial: Se da cuando la administración pública establece una organización administrativa destinada a manejar los intereses colectivos dentro de determinada área geográfica.

2.8.1.4. Autonomía

Es aquella forma de organización administrativa que tiene lugar cuando el Estado por disposición de la ley transfiere determinadas facultades y atribuciones a un órgano administrativo, otorgándole personalidad jurídica y patrimonio propio para la realización de las mismas, actuando con plena independencia funcional y autofinanciamiento (autarquía). Se caracteriza principalmente por seis circunstancias:

- Generalmente la autonomía es reconocida por la ley constitucional;
- Los órganos autónomos están dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio, por lo que sin perder su calidad de estatal constituyen una persona jurídica de carácter público distinta del Estado, contando con capacidad para tomar sus propias decisiones y gestionar sus asuntos por sí mismos;
- Su grado de emancipación funcional, administrativa y financiera es mayor que la descentralización, pues tiene como elemento esencial la autarquía, lo cual les permite el autofinanciamiento, gozando de independencia económica al disponer libremente de sus propios recursos captarlos por sí mismos sin depender del Presupuesto General del Estado;
- Las entidades autónomas no dependen del Organismo Ejecutivo, el cual no ejerce ninguna clase de control político o financiero, pues no administran fondos públicos sino privados;
- Los órganos autónomos pueden designar a sus propias autoridades, teniendo su propio representante legal y
- Se rigen por sus propias leyes, lo que los faculta a crear sus estatutos y reglamentos.

Se considera que, en nuestro medio, técnicamente, no existe una verdadera autonomía, ya que las entidades denominadas autónomas carecen de suficientes ingresos propios, por lo que se encuentran presupuestadas, dependiendo así financieramente del Estado, por lo que al captar fondos públicos

son fiscalizadas por mandato constitucional por la Contraloría General de Cuentas. Así también, el órgano central ejerce control sobre las mismas y en algunos casos dependen del nombramiento de funcionarios por parte del ejecutivo, de ahí que se mencione una semiautonomía.

2.9. Actividad de la administración pública

“Es el conjunto de tareas y atribuciones propias que realiza el Estado en el ejercicio de la función administrativa” (Rochild, Alessandro, 1991:107). Menciona a ese respecto Castillo González que: “La actividad administrativa del Estado se somete a la ley a consecuencia de basarse en el orden jurídico. Actividad administrativa existe en todos los Organismos del Estado. La actividad administrativa del Organismo Ejecutivo recibe el nombre de administración pública. Actividad administrativa también existe en las organizaciones autónomas y descentralizadas que también forman parte del Estado. El concepto de administración pública, técnicamente administración del Estado de Guatemala, es amplio y general” (1999:104-106).

2.10. Principios fundamentales de la administración pública

En el año de 1925 Merkl, citado por Castillo González, “Divulga que la tesis de que toda la actividad administrativa del Estado debe fundarse en ley, como medio para establecer y consolidar el estado de derecho” (1999:108-115). A partir de ese año universalmente se acepta que la actividad administrativa de las organizaciones públicas debe estar basada en ley. Este es el origen del principio de legalidad administrativa. Durante dos décadas o más, los interpretes del principio de legalidad entendieron que la actividad administrativa se basa en la ley, pero que la inexistencia total o parcial de la ley autoriza al funcionario o al empleado, a tomar decisiones con libertad total, o sea con total discrecionalidad. Este es el origen de la juridicidad. Así pues, existen dos principios fundamentales en la función administrativa:

- El principio de legalidad: Consiste en que toda la actividad administrativa de las entidades públicas debe estar sometida a lo que establecen las leyes vigentes del Estado. Tiene su fundamento en la ley y la autoridad no puede actuar si no existe una norma legal o reglamentaria que le otorgue competencia para ello, es decir que el titular del órgano administrativo para realizar cualquier acto o resolver cualquier situación no puede salirse de lo que la norma

preceptúa. La legalidad persigue dos objetivos primordiales: a) Dar seguridad jurídica a los habitantes del Estado; y b) Dar firmeza a las decisiones administrativas.

- El principio de juridicidad o de juricidad: Surge gracias a la preocupación de erradicar la discrecionalidad, teniendo por finalidad consolidar el sometimiento al derecho de todas las organizaciones públicas. Consiste en que a falta de ley que regule determinado asunto o caso concreto, el funcionario o empleado público no puede actuar o resolver en forma arbitraria, sino debe aplicar los principios generales y las instituciones doctrinarias del derecho administrativo. Esta aplicación se hace con la observancia de ciertos parámetros de las leyes existentes, pues si bien es cierto que no existe ley aplicable tampoco puede actuar o resolver en contra o fuera de la misma. Se fundamenta en el hecho de que es obligación del Estado resolver los problemas que se le presenten, dándole al titular del órgano administrativo un campo más amplio para poder actuar.

Existen las siguientes diferencias: La legalidad obliga a la administración a someter toda su actividad a la ley, mientras que la juridicidad obliga a la administración a someter toda su actividad al derecho administrativo; la legalidad siempre estará legislada, mientras que la juridicidad puede no estarlo; la legalidad funciona con la escala jerárquica de las leyes que existen en cada Estado, mientras que la juridicidad prescinde de esta escala y funciona ante los vacíos o deficiencias de la legalidad; pues en cierta forma la juridicidad perfecciona la legalidad; y la legalidad se consagra en los Estados Constitucionales de Derecho, en los cuales la discrecionalidad se da en una etapa evolucionada, aunque tiende a desaparecer; mientras que la juridicidad se consagra en los Estados de facto de hecho, o con poca tradición democrática.

2.11. La estructura de la administración pública de Guatemala

La administración pública en nuestro medio, es la administración del Estado de Guatemala, el cual dentro de su régimen político adopta el de la división de organismos, de conformidad con los artículos 140 y 141 de la Constitución Política de la República de Guatemala. lo que permite construir la estructura de la administración pública de la manera siguiente:

2.11.1. Organismo Legislativo

Está formado por el Congreso de la República de Guatemala. su principal atribución es la de crear y derogar las leyes. y se encuentra integrado por los diputados. Su base legal está regulada

principalmente en los Artículos del 157 al 181 de la Constitución Política de la República de Guatemala y por su propia ley denominada Ley Orgánica del Organismo Legislativo, Decreto número 63-94 del Congreso de la República. Sus principales órganos son: El Pleno; la Junta Directiva; la Presidencia; la Comisión Permanente; la Comisión de Trabajo, Comisión de Derechos Humanos; las Comisiones de Trabajo; las Comisiones Extraordinarias y las Específicas; y la Junta de Jefes de Bloque.

2.11.2. Organismo Ejecutivo

Es el organismo principal de la administración pública por eso le está encomendada la función administrativa preferentemente, también realiza la función política o de gobierno Su denominación proviene de una de sus atribuciones primordiales: ejecutar las leyes del país, o sea, hacer que las mismas se cumplan. Su base legal se encuentra regulada principalmente en los Artículos del 182 al 202 de la Constitución Política de la República de Guatemala y por su propia ley denominada Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto número 114-97 del Congreso de la República. Por estar adecuado a un sistema republicano presidencialista se encuentra integrado por: Presidencia de la República; Vicepresidencia de la República; Secretarías de la Presidencia; Ministerios de Estado; Viceministerios de Estado; Direcciones Generales; Gobernaciones Departamentales; y Consejos de Desarrollo Urbano y Rural. Alrededor del Organismo Ejecutivo, giran otras entidades u órganos estatales que no son parte del poder central, pero que se ubican dentro de la administración pública, están son las denominadas instituciones descentralizadas y autónomas.

2.11.3. Organismo Judicial

Está integrado por la Corte Suprema de Justicia y los tribunales de justicia establecidos por la ley, su principal atribución es ejercer la función jurisdiccional que consiste en la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, es decir, en la facultad que tiene el Estado a través de sus órganos respectivos de administrar justicia y aplicar la ley a casos concretos. Se encuentra integrado por los magistrados y jueces. Su base legal esta regulada principalmente en los Artículos del 203 al 222 de la Constitución Política de la República de Guatemala y en su propia ley denominada Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89 del Congreso de la República. Hay tres tipos de unidades que componen la estructura orgánica del Organismo Judicial:

De conformidad con el Organigrama elaborado por la Unidad de Modernización del Organismo Judicial, en el año 2000, se indica que: “Las unidades con función judicial (Jurisdicción Ordinaria): Corte Suprema de Justicia, Salas de la Corte de Apelaciones de los Ramos Civil y Penal, Juzgados de Primera Instancia de los Ramos Civil y Penal, Juzgados de Paz o Juzgados menores de los Ramos Civil y Penal”.

A través de dicho organigrama “Las unidades con función judicial (Jurisdicción Privativa): Tribunales de Amparo, Tribunales de Exhibición Personal, Tribunal de Conflictos de Jurisdicción. Salas de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social. Juzgados de Trabajo y Previsión Social. Salas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Tribunales de Familia, Tribunales de Primera y Segunda instancia de Cuentas, Tribunal y Juzgados de Menores, Juzgados de Ejecución y Tribunales del Ramo Mixto”.

Siguiendo la estructura del referido esquema “Las unidades con función administrativa: Actualmente están organizadas bajo un sistema gerencial, y, en general, comprende: Corte Suprema de Justicia, Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, Presidencia del Organismo Judicial, Secretaria de la Presidencia, Asesoría Jurídica, Auditoría Interna, Supervisión General de Tribunales, Instituto de Capacitación Institucional, Gerencia General, Equipo Gerencial, Secretaría de Planificación y Desarrollo Institucional, Secretaría de Información Institucional, Gerencia de Recursos Humanos, Gerencia Financiera, Gerencia Administrativa y Gerencia de Comunicación Social. Entre otros se encuentran: Archivo General de Protocolos. Archivo General de Tribunales, Registro de Procesos Sucesorios e inscripción de Abogados, Centro Administrativo de Gestión Penal, Centro de Servicios Auxiliares de la Administración de Justicia, Escuela de Asuntos Judiciales, Centro de Mediación y Conciliación del Organismo Judicial”.

A los tres Organismos del Estado se les denomina órganos principales o primarios, puesto que son los de mayor relevancia dentro de la estructura estatal. Entre los mismos no debe existir subordinación, sino una recíproca coordinación y colaboración. En su conjunto forman la administración del Estado de Guatemala.

Por otro lado también existen otros órganos paralelos e independientes a los tres Organismos del Estado, denominados órganos especiales, secundarios o de control, los cuales cuentan con un fundamento constitucional y leyes propias que los instituyen y regulan. Sus funciones esenciales son el dar consulta o asesoría a los Organismos del Estado, o bien, prestar el control político y jurídico de la legalidad y juridicidad de los actos realizados por los mismos. Estos son:

1. El Tribunal Supremo Electoral: Artículo 223 de la Constitución Política de la República y Ley Electoral y de Partidos Políticos (Decreto número 1-85 de la Asamblea Nacional Constituyente).
2. La Contraloría General de Cuentas: Artículos 232 al 236 de la Constitución Política de la República y Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas (Decreto número 31-2002 del Congreso de la República).
3. El Ministerio Público. Artículo 251 de la Constitución Política de la República y Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto número 40-94 del Congreso de la República).
4. La Procuraduría General de la Nación. Artículo 252 de la Constitución Política de la República y Decreto número 512 del Congreso de la República.
5. La Corte de Constitucionalidad: Artículos 268 al 272 de la Constitución Política de la República y Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (Decreto número 1-80 de la Asamblea Nacional Constituyente).
6. La Procuraduría de los Derechos Humanos: Artículos 274 y 275 de la Constitución Política de la República y Ley de la Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos (Decreto número 54-86 del Congreso de la República).
7. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo: Artículo 221 de la Constitución Política de la República.

2.12. Recursos administrativos

A efecto de poder demandar al Estado y sus organizaciones, los particulares, previo deben agotar la reclamación previa o diligencias previas. El Estado demandará a los particulares, sin agotar la reclamación previa o sin diligencias previas, en forma directa. Los particulares no demandarán al Estado sin diligencias previas. En consecuencia, las diligencias previas constituyen otro privilegio de la administración pública. Este privilegio es suavizado por el derecho reconocido a los particulares de poder renunciar a las diligencias previas para demandar al Estado en forma directa, si así conviene a sus intereses. Esta posibilidad representa un ahorro de tiempo, trámites y gastos, cuando el problema será debatido en los tribunales, inevitablemente. El concepto de diligencias previas abarca con amplitud todo el procedimiento administrativo, tanto el que inicia el particular como el que inicia la propia administración pública. En ambos procedimientos se incluyen los recursos administrativos. Las diligencias previas previstas legalmente, caso Guatemala, eliminan toda posibilidad de poder presentar un recurso contencioso administrativo sin previo procedimiento administrativo.

Legalmente se confirma la existencia de dos recursos ordinarios, pero, sin justificación, se establece la posibilidad de tres procedimientos administrativos con distintas formalidades. La intención del legislador de establecer dos medios de impugnación para toda la administración, es terminar con la diversidad de recursos administrativos y procedimientos. El legislador termina con la diversidad de recursos, no así con la diversidad de procedimientos. El legislador no establece otras excepciones de procedimiento. Ante las excepciones expresas, dos en total, previstas en la ley, cabe afirmar el principio de que la autoridad administrativa no ampliará o restringirá las excepciones legales sin incurrir en interpretación indebida, abuso de poder y violación de la ley. La autoridad administrativa no asumirá en ningún caso, funciones legislativas que no le corresponde, sin incurrir en el delito de usurpación de funciones.

2.12.1. Recurso de revocatoria

El Artículo 7 de la Ley de lo Contencioso Administrativo regula: "Recurso de revocatoria. Procede el recurso de revocatoria en contra de resoluciones dictadas por autoridad administrativa que tenga superior jerárquico dentro del mismo ministerio o entidad descentralizada o autónoma. Se

interpondrá dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de la resolución en memorial dirigido al órgano administrativo que la hubiere dictado”.

El Artículo 8 de la citada ley preceptúa: “Admisión. La autoridad que dictó la resolución recurrida elevará las actuaciones al respectivo ministerio o al órgano superior de la entidad con informe circunstanciado, dentro de los cinco días siguientes a la interposición.”

2.12.2. Recurso de reposición

El Artículo 9 de la Ley de lo Contencioso Administrativo establece: “Recurso de reposición. Contra las resoluciones dictadas por los ministerios y contra las dictadas por las autoridades administrativas superiores individuales o colegiadas de las entidades descentralizadas o autónomas podrá interponerse recurso de reposición dentro de los cinco días siguientes a la notificación. El recurso se interpondrá directamente ante la autoridad recurrida.”

Artículo 10. Legitimación. Los recursos de revocatoria y de reposición podrán interponerse por quien haya sido parte en el expediente o aparezca con interés en el mismo.

Artículo 11. Requisitos. En el memorial de interposición de los recursos de revocatoria y de reposición se exigirán los siguientes requisitos.

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

Artículo 12. Trámite. Encontrándose los antecedentes en el órgano que deba conocer de los recursos de revocatoria o reposición se correrán las siguientes audiencias.

No cabe este recurso contra las resoluciones del Presidente y Vicepresidente de la República ni contra las resoluciones dictadas en el recurso de revocatoria.

a) A todas las personas que hayan manifestado su interés en el expediente administrativo y hayan señalado lugar para ser notificadas. b) 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. c) A la Procuraduría General de la Nación.

Artículo 13. Plazo. 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 evacuan en el plazo fijado.

La aplicación de los recursos de reposición y revocatoria en todos los Ministerios de Estado, Municipalidades y organizaciones autónomas y descentralizadas, es todavía objeto de resistencia. El principal argumento en contra afirma que “las disposiciones de las leyes especiales prevalecen sobre las disposiciones de las leyes generales”. La aplicación se debatió ampliamente en la Universidad de San Carlos, Ministerio de Gobernación, Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y Municipalidad de Guatemala, a efecto de continuar aplicando en cada organización los recursos previstos en sus leyes orgánicas.

El artículo 17 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, establece los recursos administrativos de revocatoria y de reposición, como los únicos medios de impugnación ordinarios en toda la administración pública centralizada y descentralizada o autónoma. Este artículo establece una excepción. Se exceptúan—dice textualmente el citado artículo— aquellos casos en que la impugnación de una resolución deba conocerla un Tribunal de Trabajo y Previsión Social. Posteriormente el Decreto número 98-97 del Congreso de la República, establece otra excepción, adicionando al artículo 17, el artículo 17 BIS. El texto de la ampliación es el que sigue: “Excepciones. Se exceptúa en materia laboral y en materia tributaria la aplicación de los procedimientos regulados en la presente ley, para la sustanciación de los Recursos de Reposición y Revocatoria, debiéndose aplicar los procedimientos establecidos por el Código de Trabajo y por el Código Tributario, respectivamente.”

Capítulo 3

Silencio administrativo

3.1. Definición

Es la figura jurídica en la que el órgano administrativo dotado de competencia administrativa, no resuelve las peticiones o las impugnaciones de los particulares. También se define como la falta de decisión de la administración pública ante las peticiones planteadas por los particulares y asimismo por la falta de resolución ante la interposición de los recursos administrativos.

“El silencio administrativo es el nombre que en Derecho administrativo recibe el hecho de que una Administración pública no responda a una solicitud o a un recurso en el plazo que tiene establecido para ello. Da lugar a un acto administrativo presunto” (Centro sobre Derecho y sociedad (2004). *Boletín No. 5. Quito Ecuador*).

El silencio administrativo da origen por tanto a un acto presunto, el cual tiene a su vez el mismo valor que si hubiese respondido la Administración expresamente. Supone por tanto una garantía para el interesado, que, o bien puede considerar estimada su petición (silencio positivo), o denegada por silencio administrativo. De esta forma, se impide que, con el fin de evitar un probable recurso, la Administración no emita ninguna resolución, y tenga al ciudadano esperando eternamente.

“En el momento en que ocurre el silencio administrativo, el ciudadano tiene abierta la vía para acceder a la siguiente instancia administrativa o a la jurisdicción contenciosa administrativa” (Boletín No. 5, 2004).

3.2. Efectos

Se agota la vía administrativa cuando el particular puede plantear una acción de amparo para que la administración pública resuelva. El particular puede tener por confirmado el acto administrativo y también podrá hacer uso del plazo legal establecido en el proceso contencioso administrativo para discutir la legalidad del acto ante los tribunales de justicia.

El silencio administrativo de naturaleza negativa tiene lugar en aquellos casos en los que la administración pública no resuelve una petición o recurso administrativo en el plazo legal establecido o en su caso dentro de los treinta días siguientes de planteado como plazo máximo constitucional, ante el cual dicha negativa de la administración pública, se tendrá por agotada la vía administrativa, por confirmado el acto o resolución que motivó el recurso y el administrado podrá acudir a las salas de lo contencioso administrativo o discutir la juridicidad de dicho acto.

El silencio administrativo de naturaleza positiva tiene lugar en aquellos casos expresamente determinados en la ley, en los que se establece que si la administración pública no resuelve dentro del plazo legal, se tendrá por resuelto favorablemente la petición del particular.

La consecuencia de presentar una petición a la administración, es la emisión de la resolución correspondiente. Sin embargo, en muchos casos, las peticiones no se resuelven dentro del término legal, ni después de transcurrido el mismo. No hay resolución y por eso se dice: la administración guarda silencio. Esto es lo que se denomina silencio administrativo.

La regulación legal del desistimiento y la posibilidad de plantear demanda contenciosa o judicial, con base en el mismo, contra la administración, es una forma práctica de terminar con el silencio administrativo.

La consecuencia de presentar una petición a la administración debe ser la emisión de la resolución correspondiente. Sin embargo, en muchos casos, las peticiones no se resuelven dentro del término legal, ni después de transcurrido el mismo. No hay resolución y por eso se dice “La administración guarda silencio”. Esto es lo que se denomina silencio administrativo.

El silencio administrativo equivale a la no resolución. En tanto hay silencio, no hay resolución. La autoridad puede hacer el trámite inicial, o sea recibir y providenciar la petición o el recurso. Y no hacer más. Incluso puede hacer una serie de trámites: dictámenes, investigaciones, estudios e informes. Puede emitir la resolución definitiva sin llegar a notificarla. El silencio se hace patente por la no notificación de la resolución definitiva de la petición o del recurso.

El silencio administrativo surge al no resolverse la petición del administrado, por negligencia, falta de interés o cualquier otra causa por parte de la administración. durante el plazo establecido constitucionalmente, teniéndose como consecuencia la petición por contestada en sentido negativo, aún sin que exista resolución. Y se tiene por contestada en sentido positivo o negativo, cuando la misma se resuelve, es decir que existe resolución.

Tradicionalmente, el silencio administrativo es el camino legal para acudir a los tribunales contenciosos. Esta es la posición de la legislación guatemalteca: transcurridos treinta días a partir de la fecha en que el expediente se encuentre en estado de resolver, sin que el Ministerio o la autoridad correspondiente haya proferido resolución, se tendrá para el efecto de usar la vía contencioso administrativa, por agotada la vía gubernativa y por confirmado el acto de resolución que motivó el recurso.

3.3. Regulación legal

La Ley de lo Contencioso Administrativo en el artículo 16 preceptúa: Silencio administrativo. Transcurridos treinta días a partir de la fecha en que el expediente se encuentre en estado de resolver sin que el ministerio o la autoridad correspondiente haya proferido resolución se tendrá para el efecto de usar la vía contencioso administrativa por agotada la vía gubernativa y por confirmado el acto o resolución que motivó el recurso. El administrado, si conviene a su derecho, podrá accionar para obtener la resolución del órgano que incurrió en el silencio.

El artículo 157 del Código Tributario, regula: Silencio Administrativo. Transcurrido el plazo de treinta días hábiles contados a partir de la fecha en que las actuaciones se encuentren en estado de resolver, sin que se dicte la resolución que corresponde, se tendrá por agotada la instancia administrativa y por resuelto desfavorablemente el recurso de revocatoria o de reposición, en su caso, para el solo efecto de que el interesado pueda interponer el recurso de lo Contencioso Administrativo.

Por otra parte, el Código Tributario al referirse al silencio contestado en sentido positivo o afirmativo en su artículo 41 respecto a las Retenciones, establece que "...el contribuyente podrá solicitar a la Administración Tributaria que no se efectúe la retención. En este caso, pagará el impuesto total a su vencimiento, en las condiciones que la ley establezca. La Administración Tributaria deberá resolver dentro del plazo de quince días; en caso contrario, la petición se tendrá por resuelta favorablemente."

Para que se produzca la figura jurídica del silencio administrativo con efectos legales, es necesario que se den las condiciones siguientes:

- Que el órgano ante quien se plantea la petición o impugnación, sea legalmente competente.
- Que se encuentre un plazo fijado en la ley o el reglamento y que el mismo transcurra sin que la administración se pronuncie, independientemente que exista o no algún procedimiento establecido.

En nuestra legislación, cuando no se tenga un plazo plenamente establecido, es necesario recurrir en primer lugar al artículo 28 de la Constitución y artículo 10 literal f) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

3.4. Derecho comparado en cuanto al silencio administrativo

3.4.1. España

En España el sentido por defecto del silencio administrativo es estimativo, aunque en la práctica, hay tantas excepciones, que casi nunca se da. Sin embargo, es muy importante el silencio estimativo en el caso de procedimientos sancionadores. En este caso, si la Administración pública no responde en tiempo y forma a un recurso administrativo, se le da la razón al administrado, y la sanción se tiene por no puesta. El silencio administrativo se regula en los artículos 43 y 42 de la Ley 30/1992.

En los procedimientos iniciados a solicitud de interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo según proceda, sin perjuicio de la resolución expresa que la administración debe dictar.

Los interesados podrán entender estimadas, por silencio, sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario.

El silencio no es estimatorio en los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución española de 1978 ni aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público.

El silencio tiene efecto desestimatorio en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación (por silencio administrativo) de una solicitud por el transcurso del plazo para resolver, se entenderá estimado si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dicte resolución expresa sobre el recurso. Es una forma de fomentar que se dicte resolución expresa.

En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo para resolver, sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, no exime a la administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos:

- Desestimatorio: En el caso de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas.
- Se producirá la caducidad: en los procedimientos en que la administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen.

En los supuestos en los que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución.

3.4.2. México

En el sistema jurídico mexicano, el silencio administrativo, trae como consecuencia que se actualice la figura de Resolución negativa ficta, es decir, que en caso de que la administración pública omita dar respuesta expresa a una solicitud o recurso legal, ésta se entenderá como contestada en sentido

negativo y dejará al interesado expedita la vía para impugnar dicha resolución negativa en un Procedimiento Contencioso Administrativo; por supuesto, esto tiene sus excepciones, y tal es en el caso de que la ley específica que regula la materia del acto sobre el que recae la solicitud o recurso establezca específicamente la figura de Resolución afirmativa ficta, en cuyo caso, ante el silencio de la autoridad la solicitud o recurso se entenderá como resuelto a favor del solicitante o recurrente.

3.5. Clases

3.5.1. Silencio Administrativo Sustantivo

Tiene lugar cuando el particular plantea una petición ante la administración pública con base a la garantía constitucional y no obtiene la resolución a que está obligada la administración. Por norma general con el derecho de petición y el silencio administrativo sustantivo no existe ninguna clase de efectos, ya sean favorables o desfavorables, pero sí existen casos excepcionales en los cuales la ley le asigna a falta de resolución administrativa efectos positivos para el particular. Como por ejemplo, el artículo 41 del Código Tributario.

Esta figura se da cuando se trata de una petición originaria del particular, con base en la Constitución y no se obtiene resolución o decisión administrativa. Este silencio administrativo se encuentra sujeto al control judicial, a través de la Acción de Amparo, siempre y cuando exista legalmente el procedimiento para que la administración pública pueda alegarlo dentro del proceso. En un procedimiento se encuentra agotado el procedimiento administrativo cuando el expediente se encuentra en estado de resolver, es decir que a partir de que el expediente a pasado por las oficinas correspondientes del órgano, de acuerdo al trámite administrativo establecido, y se encuentre listo para emitir la resolución correspondiente, a partir de acá se empieza a contar los treinta días que indica la constitución y pasado ese término la administración no resuelve, entonces estaremos ante lo que conocemos como silencio administrativo de naturaleza sustantiva.

3.5.2. Silencio Administrativo Adjetivo

Tiene lugar cuando el particular que se considere afectado por un acto o resolución en materia administrativa, impugna a través del planteamiento de un recurso administrativo, pero la administración pública no resuelve el mismo dentro del plazo que establece la ley.

- a. El recurso se considera resuelto desfavorablemente y por agotada la vía administrativa.
- b. Se encuentra expedito el camino para acudir a la vía judicial

El silencio administrativo de naturaleza adjetiva o procesal, se da por falta de resolución ante un recurso planteado. Al momento que un particular pasa de lo sustantivo a lo procesal, ya existe la litis contra la administración. En este caso la ley protege a los administrados, en muchos casos otorgando efectos desfavorables al recurso planteado para el sólo efecto de tener expedita la vía judicial, a través del proceso contencioso administrativo. Es decir aparece la figura de la decisión ficta desfavorable.

Como se puede observar, tanto el silencio administrativo sustantivo, como en el procesal, se encuentran sujetas a control judicial en unos casos, a través del contencioso administrativo y en otros casos mediante la interposición del amparo.

3.6. Desventajas para el recurrente o interponerte

El silencio administrativo coloca al particular en una situación desventajosa e incómoda, que se resume en cuatro puntos:

- Realizar el trámite burocrático
- Esperar a que resuelva la administración pública: Pérdida de tiempo.
- Demandar sin que se haya emitido resolución: riesgo de que la administración pública pruebe que trabaja en la emisión de la resolución y que el juez ante las evidencias, declare prematuro el contencioso.
- Gran cantidad de trámites para obtener la resolución, sin gastar recursos en papeleo.

¿Pierde la administración, competencia para resolver luego de transcurrido el término legal con que cuenta para resolver? No pierde competencia. Ya que las resoluciones tardías, o sea las que se emiten fuera del término legal para resolver, abrirían la posibilidad para plantear otro recurso. En la legislación guatemalteca, la resolución tardía, sencillamente agota la vía gubernativa y abre el camino hacia el proceso contencioso administrativo.

3.7. Renuncia a la petición

Nadie acepta el silencio desfavorable y perjudicial de la administración pública. Todos le buscan al problema una solución razonable. La renuncia a la resolución definitiva o a la resolución del recurso luego de ser notificada la administración directamente, faculta al particular para demandar sin más trámites. Esta es otra fórmula que pretende restar importancia al silencio administrativo.

3.7.1. Silencio Posterior a la Petición inicial

El silencio administrativo se estudia a partir del día siguiente del término legal que concede la ley a la autoridad para emitir la resolución del recurso administrativo. La Constitución Política de la República, en el artículo 28, establece la obligación de resolver las peticiones. No establece el silencio como consecuencia de no emitirse resolución. La doctrina estudia por igual el silencio a partir de la no resolución de la petición inicial y el silencio a partir de la no resolución del recurso administrativo. El silencio por la no resolución del recurso no es posible sin la previa emisión de la resolución definitiva o de fondo. El silencio derivado de la no resolución de la petición inicial se regula en forma positiva y negativa. La legislación guatemalteca regula el silencio a partir de que el expediente se encuentre en estado de resolver. El tiempo de treinta días no parte de la fecha de la petición inicial ni la fecha de presentación del recurso.

3.7.2. Rompimiento legal del Silencio Administrativo

Varias fórmulas se proponen para romper el silencio administrativo. 1. Adjuntar a la demanda contenciosa la copia del recurso debidamente sellada, fechada y firmada por la recepción administrativa; 2. Levantar actas notariales haciendo constar la no resolución; 3. Presentar acción de amparo. Cualquiera de estas tres fórmulas debe funcionar; sin embargo, en la legislación guatemalteca, el amparo es realmente efectivo. Obliga a la administración a resolver dentro del término fijado por el juez, que puede ser de ocho, quince o veinte días hábiles. Aún así, la administración pública acostumbra resolver más allá del término fijado por el tribunal, pero, resuelve no obstante que puede incurrir en el delito de desobediencia previsto en el Código Penal.

Matemáticamente, el día treinta y uno hay silencio administrativo. Sin embargo, no se aconseja interponer recurso de amparo en vista del plazo justo. Sin que haya transcurrido el plazo justo, la improcedencia del amparo es posible, aunque el mismo se interponga con base en el silencio administrativo. El plazo justo depende del caso. Razonablemente, es igual al tiempo previsto legalmente para resolver.

3.8. Desventajas contra el recurrente

El silencio coloca al particular en una situación desventajosa e incómoda, que se resume en tres puntos: 1. Esperar a que resuelva la administración: pérdida de tiempo; 2. Demandar sin que se haya emitido resolución: riesgo de que la administración pruebe que trabaja en la emisión de la resolución y que el juez ante las evidencias declara anticipado el contencioso administrativo, y 3. Gran cantidad de trámites burocráticos para obtener la resolución.

La administración no pierde competencia para resolver luego de transcurrido el término legal con que cuenta para resolver. Si la perdiera, las resoluciones tardías, o sean las que se emiten fuera del término legal para resolver, abren la oportunidad para interponer otro recurso. En la legislación guatemalteca, la resolución tardía, sencillamente agota la vía gubernativa y abre el camino hacia el contencioso.

Nadie acepta el silencio impune y perjudicial de la administración. Todos buscan la solución razonable. La renuncia a la resolución definitiva o a la resolución del recurso luego de ser notificada la administración directamente, faculta al particular a demandar sin más trámites. Esta es otra fórmula que pretende restar importancia al silencio administrativo.

Capítulo 4

Procedimiento Administrativo

4.1. Definición

Para Guillermo Cabanellas el procedimiento administrativo puede ser conceptualizado como “Serie de actos y diligencias que regulan el despacho de los asuntos ante la Administración pública. en la modalidad gubernativa cuya expresión la constituye el expediente”. Para el autor Acosta Romero, “el procedimiento administrativo significa la serie de actos en que se desenvuelve la actividad o función administrativa” (Citado por Bielsa, Rafael, 1972:35).

Raúl Rodríguez Lobato, indica que “Procedimiento administrativo es la parte del Derecho Administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación administrativas” (Citado por Bielsa, Rafael, 1972:37).

4.2. Clasificación

Como es normal dentro de las doctrinas del Derecho Administrativo, existen un sin número de clasificaciones del procedimiento administrativo, en este sentido daremos la clasificación que creemos es la más importante del procedimiento.

4.2.1. Por la forma de iniciarse el procedimiento

Fundamentalmente, son dos las formas en que se puede iniciar el procedimiento administrativo: porque el particular pidió algo a la administración pública; o de oficio, cuando el administrador, por alguna falta administrativa, tiene que sancionar al administrado.

De oficio: Un procedimiento administrativo, se puede impulsar de oficio, es decir sin que medie petición del administrado, cuando hay violaciones a leyes y reglamentos y se impone alguna sanción administrativa.

Petición del interesado: Cuando el particular hace uso del derecho de petición plasmado en el artículo 28 de la Constitución Política de la República, y pretende de la administración que se le

otorgue algo. En este caso es el particular el interesado en que la administración inicie el procedimiento, ya sea por simple petición, por recurso o medio de impugnación, o por denuncia administrativa.

4.2.2 Por los motivos que originan el procedimiento

Por impugnación. Cuando el particular hace uso de los recursos administrativos e impugna una resolución administrativa que le afecta en sus derechos e intereses. Para el administrado es un medio de defensa en contra de la administración pública, a este acto le hemos llamado el control directo de los actos y resoluciones de la administración pública.

Petición propiamente dicha. Como ya quedó apuntado anteriormente, el particular solicita a la administración pública de conformidad con el artículo 28 de la Constitución Política de la República.

De Oficio. Cuando la administración lo inicia sin mediar petición de los particulares, normalmente se inicia de oficio un procedimiento administrativo, como ya lo explicamos antes.

4.3. Características

Las características del procedimiento administrativo, suelen confundirse con sus principios, que en buena medida son características, pero éstas deben analizarse con el perfil deseado del procedimiento, para garantizar el cumplimiento de sus principios.

Se ha planteado en todos los países del mundo la necesidad de sistematizar el procedimiento administrativo e incluso la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América, desarrolló el concepto de lo que se llama un trato justo o un juego limpio, porque el particular debe saber siempre a donde va la administración, y la administración no debe guardar en secreto sus intenciones.

En el Congreso Internacional de Ciencias Administrativas celebrado en Varsovia en 1971, se precisaron conclusiones sobre las características fundamentales que debe reunir todo procedimiento administrativo:

- 4.3.1 **Audiencia.** A todo administrado debe dársele audiencia antes que el administrador emita su decisión final, resolución o acto administrativo.
- 4.3.2 **Enumeración de pruebas.** Enumeración de todos los medios de prueba que deben ser utilizados por la administración o por las partes en el procedimiento. Aunque dentro del procedimiento administrativo es norma general que las pruebas corran a cargo del que solicita, hay que tomar en cuenta que, en caso el procedimiento sea impulsado de oficio, el administrador debe recabar algunas pruebas para emitir una resolución mas justa para el particular, como informes a otras dependencias, inspecciones oculares, dictámenes técnicos y jurídicos etc.
- 4.3.3 **Fijación de plazo.** Fijación de un plazo en el cual la administración debe resolver, tomando en cuenta los medios de prueba que deban practicarse. También los plazos o términos dentro de la administración pública, dependen en buena medida de los reglamentos que tenga fijados la administración. En Guatemala, la existencia del artículo 28 de la Constitución Política de la República y el artículo 10 inciso f) de la Ley de Amparo, se establece que si existen plazos fijados y al no estar fijados se debe aplicar los treinta días que establece la Ley de Amparo y mismo artículo 28 de la Constitución Política.
- 4.3.4 **Plazo a otras instituciones que intervienen.** Precisión de la forma y plazo cuando deben intervenir otras autoridades o consejos jurídicos o técnicos. Los plazos en los que deben realizarse las audiencias o la intervención a otros órganos e instituciones deben estar fijados en las normas reglamentarias, en su caso aplicar el artículo 10 de la Ley de Amparo, que es en un máximo de 30 días. Debe tomarse en cuenta que todo procedimiento administrativo, que se encuentra en los reglamentos tiene que tener fijados los plazos en que debe realizar todas las diligencias que deba realizar, por el contrario, si existiere procedimiento que no determine plazos, debe aplicarse lo que la Constitución Política establece para el derecho de petición, en su artículo 28, establece que en materia administrativa, el término no podrá exceder de treinta días.

4.4. Análisis de pruebas

Necesidad de analizar, por lo menos en una forma sumaria (rápida) todos los actos que puedan afectar a los particulares atendiendo al interés general. En este caso, al hacer el análisis de la prueba el administrador debe aplicar los principios que le están atribuidos al procedimiento, como lo son el de legalidad, juricidad y el de justicia administrativa.

El análisis de las pruebas que el administrado rindió y las pruebas que el mismo órgano administrativo recabe dentro del procedimiento administrativo, es lo que al final del mismo y al momento que tenga que emitir una resolución administrativa, se podrá en primer lugar, ajustar al Derecho y en segundo lugar, que la resolución administrativa sea justa, es decir que se aplique lo que se le denomina justicia administrativa.

4.5. Notificación a los administrados

Condiciones en las cuales la decisión debe ser notificada a los particulares involucrados y como reglas generales complementarias: La declaración que todo quebrantamiento a las normas que fijen garantías de procedimiento para el particular debe provocar la nulidad de la decisión administrativa y la responsabilidad para quienes la infrinjan.

Toda resolución administrativa debe ser hecha saber a los administrados que intervienen en el procedimiento administrativo y la administración la forma de hacerlas saber a los administrados, a través de las notificaciones.

Notificar al particular significa hacerle saber que existe un procedimiento abierto en su contra o bien si el procedimiento es a petición de interesado, hacerle saber lo que el órgano administrativo decidió sobre el asunto que se ventila dentro del procedimiento administrativo.

4.6. Principios

Dentro del Derecho Procesal Administrativo, se ha planteado la necesidad de sistematizar el procedimiento administrativo. En el Decreto 119-96 del Congreso de la República quedan contenidos una serie de principios: "Los expedientes administrativos deberán impulsarse de oficio. se

formalizarán por escrito, observándose el derecho de defensa y asegurando la celeridad, sencillez y eficacia del trámite. La actuación administrativa será gratuita.”

Como lo plantea el Profesor Manuel del Río González, en el Congreso Internacional de Ciencias Administrativas celebrado en Varsovia en el año 1.971, se precisaron conclusiones sobre los principios que debe reunir todo procedimiento administrativo, los cuales se desarrollan y analizan a continuación:

4.6.1. Principio de Audiencia a las partes

De toda actuación administrativa que sea de interés para particulares, éstos deben tener conocimiento de la misma, la administración no debe ocultar nada a sus administrados, especialmente cuando el procedimiento administrativo es iniciado de oficio, por el órgano administrativo.

4.6.2. Determinación del plazo en el cual debe actuar la administración

Todo procedimiento administrativo debe estar regido por plazos dentro de los cuales debe tramitarse, resolverse y notificar sus determinaciones a los interesados que intervienen en el expediente administrativo. En Guatemala el plazo máximo de resolución, de conformidad con el artículo 28 de la Constitución Política es de 30 días; pero debe entenderse que los treinta días inician desde que el expediente se encuentra en estado de resolver, es decir cuando se agotó el procedimiento correspondiente.

El plazo también está indicado en el artículo 1o. del Decreto 119-96 del Congreso de la República Ley de lo Contencioso Administrativo que indica:

Las peticiones que se dirijan a funcionarios o empleados de la administración pública deberán ser resueltas y notificadas dentro del plazo de treinta días contados a partir de la fecha en que haya concluido el procedimiento administrativo.

El órgano administrativo que reciba la petición al darle trámite deberá señalar las diligencias que se realizarán para la formación del expediente. Al realizarse la última de ellas, las actuaciones estarán en estado de resolver, para el efecto de lo ordenado en el párrafo precedente. Los órganos

administrativos deberán elaborar y mantener un listado de requisitos que los particulares deberán cumplir en las solicitudes que les formulen.

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

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

La regulación constitucional anterior significa que establece en forma general que si hay un término para resolver y es el de treinta días puesto que cuando se encuentre algún procedimiento en el cual no se pueda establecer término para resolver o tramitar, según el artículo transcrito será de treinta días. Pero lo más importante es que el procedimiento debe estar agotado y mientras el procedimiento no se encuentra agotado no hay posibilidades de poder plantear un amparo por falta de resolución.

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

Es de considerarse lo preceptuado por el artículo 5 del Decreto 119-96 del Congreso de la República que regula: “Se archivarán aquellos expedientes o trámites en los que los administrados dejen de

accionar por mas de seis meses, siempre que el órgano administrativo haya agotado la actividad que le corresponde y lo haya notificado.”

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

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

Se refiere a las asesorías técnicas y jurídicas o la intervención de la Procuraduría General de la Nación, sección de consultoría. Dentro de los procedimientos administrativos, existe la posibilidad de la intervención de los órganos de asesoría o de consulta, para dar mayor eficiencia técnica y jurídica, de los actos o resoluciones que emite el Administrador. Sin embargo hay que hacer notar que hay casos en que deviene innecesaria la consulta, más cuando se trata de actos típicamente reglados, normales y cotidianos del órgano administrativo.

También existen casos en los que en la resolución de un asunto deba intervenir más de una institución administrativa de distinta competencia, por ejemplo una Municipalidad y una Gobernación Departamental.

4.6.4. Las condiciones en las cuales la condición debe ser notificada a los particulares

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

De conformidad con el artículo 28 de la Constitución Política de la República, que ya hemos mencionado, y el artículo 10 inciso f) de la Ley de Amparo, se puede establecer que dentro de los

treinta días de agotado el procedimiento correspondiente, se debe resolver y se debe notificar al particular, pues la Constitución así lo establece.

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

Para el autor Jorge Castillo en su libro “Derecho Administrativo”, todo procedimiento administrativo se debe regir por principios, entre éstos podemos mencionar:

1. Legalidad, juridicidad y justicia
2. Seguimiento de oficio
3. Informalidad
4. Derecho de defensa
5. Imparcialidad
6. Escrito
7. Sin costas, sencillo, rápido, económico y eficaz.

4.6.5. Principio de Legalidad, de Juridicidad y de Justicia Administrativa

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

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

4.6.6. Principio de Seguimiento de Oficio

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

4.6.7. Principio de Informalidad

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

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

4.6.8. Principio de Defensa

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

Este derecho se analiza en el artículo 12 de la Constitución Política de la República, aplicándose supletoriamente a lo administrativo; pero si se hace un análisis de lo que significa la juridicidad,

podemos ver que los principios deben ser aplicados sin necesidad de la aplicación supletoria de la regulación artículo constitucional mencionada.

Este principio debe ser aplicado independientemente de la norma jurídica, pues recordemos que los principios equivalen a normas aunque aún no se encuentren plasmados en una ley, es decir tienen existencia por sí solos.

4.6.9. Principio de Imparcialidad

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

Este caso se puede ejemplificar en un procedimiento ante Juez de Asuntos Municipales cuando existe denuncia o queja de un particular contra otro particular o en el caso de las licitaciones públicas, en las que el funcionario o funcionarios que participan en éstas deben actuar con absoluta imparcialidad.

4.6.10. Principio de Procedimiento Escrito

El procedimiento administrativo es eminentemente escrito y todas sus actuaciones, pruebas, inspecciones, etc. deben quedar escritos dentro del mismo. Este es principio general en Guatemala, salvo en casos cuando puede ser verbal.

4.6.11. Principio de Procedimiento sin Costas

Cuando en un procedimiento administrativo se dicta la resolución final no hay pronunciamiento de condena en costas al administrado. Esto debido a que el procedimiento administrativo es gratuito.

4.6.12. Principio de Sencillez, Rapidez, Economía y Eficacia

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

administrativo debe culminar con un resultado que sea beneficioso tanto para la administración como para los particulares.

Otros principios que creemos de suma importancia del procedimiento administrativo son los que desarrolla la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de Norteamérica, siendo estos:

4.6.13. Principio de Trato Justo

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

Desde este punto de vista hay que analizar que la finalidad de la administración pública es el bienestar general, en consecuencia el administrador debe procurar ser justo con sus administrados. Aunque siempre hemos considerado que los órganos administrativos no ejercen jurisdicción, es decir que no son los órganos jurisdiccionales, dentro del procedimiento administrativo debe haber justicia administrativa.

4.6.14. Principio de Juego Limpio

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

4.6.15. Principio de Publicidad

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

4.7. Registro Mercantil

El Registro Mercantil es parte del Ministerio de Economía, tiene como fin primordial la inscripción de los actos y contratos que determina el Código de Comercio.

4.7.1. Estructura

El Banco Mundial incluye a Guatemala entre las tres primeras naciones del mundo que reportan un mayor incremento en el registro de nuevas empresas individuales. Debido a la implementación de un sistema moderno de registro, el país mantiene un incremento del 25% al año, el cual se observa a partir del 2004, según el informe *Empresarialidad y formación de firmas a través de los países*, publicado en el mes de octubre de dicho año. La entidad indica que el país, junto con Sri Lanka y Jordania, son los que han implementado a nivel mundial sistemas modernos para el registro de nuevos negocios, lo cual ha incidido en ese crecimiento. (Siglo 21. Pulso económico. <http://www.sigloxxi.com/index.php>).

El informe indica que desde la creación del Registro Mercantil, en 1971, su estructura estuvo obsoleta por más de 2 décadas. En 1996 se impulsó un plan de modernización para reestructurar la entidad, con la implementación de registros electrónicos. Pero en el período 2002-2003, bajo una nueva administración, la estrategia fue paralizada, incidiendo en una reducción del 11% en inscripciones de nuevas empresas. (Siglo 21. Pulso económico. <http://www.sigloxxi.com/index.php>).

A partir de 2004 se impulsa de nuevo la modernización del RM, reduciendo los trámites de inscripción de negocios y la promoción de la inversión extranjera que impactó para que se reportara un 25% anual en nuevos registros.

Además, el Ministerio de Economía implementó el sistema integrado para la inscripción de empresas, que facilitará a los empresarios realizar simultáneamente los trámites de inicio de operaciones con una permanencia de 15 minutos, y permitirá que todas las empresas queden habilitadas para trabajar en 24 horas, al recibir su inscripción en el RM, la Superintendencia

de Administración Tributaria y el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social. (Siglo 21, Pulso económico. <http://www.sigloxxi.com/index.php>).

4.7.2. Regulación legal

El Registro Mercantil funciona de conformidad con lo preceptuado en el Código de Comercio, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de la forma siguiente:

El Artículo 332 del Código de Comercio regula que el Registro Mercantil funcionará en la capital de la República y en los departamentos o zonas que el Ejecutivo determine. Los registradores deberán ser abogados y notarios, colegiados activos, guatemaltecos naturales, tener por lo menos cinco años de ejercicio profesional y su nombramiento lo hará el Ejecutivo por el órgano del Ministerio de Economía.

El registrador de la capital deberá inspeccionar, por lo menos dos veces al año, los demás registros mercantiles y de las faltas o defectos que observará, dará cuenta inmediatamente al Ministerio de Economía, proponiendo las medidas que estime pertinentes. El Ejecutivo por intermedio del citado Ministerio emitirá los aranceles y reglamentos que procedieren.

El Artículo 333 del mismo cuerpo legal establece que el Registro Mercantil será público y llevará los siguientes libros:

- 1°. De comerciantes individuales.
- 2°. De sociedades mercantiles.
- 3°. De empresas y establecimientos mercantiles.
- 4°. De auxiliares de comercio.
- 5°. De presentación de documentos.
- 6°. Los libros que sean necesarios para las demás inscripciones que requiere la ley.
- 7°. Índices y libros auxiliares.

Estos libros, que podrán formarse por el sistema de hojas sueltas, estarán foliados, sellados y rubricados por un juez de Primera Instancia de lo civil, expresando en el primero y último folios

la materia a que se refieran. Los libros del Registro Mercantil podrán ser reemplazados en cualquier momento y sin necesidad de trámite alguno, por otros sistemas más modernos.

4.7.3. Misión

Desde el año de 1,971, el Registro Mercantil General de la República tiene la misión de Registrar, Certificar, dar Seguridad Jurídica a todos los actos mercantiles que realicen personas individuales o jurídicas. (<http://www.registromercantil.gob.gt/auxiliarescomercio.asp>. 19 diciembre 2007)

En el Registro Mercantil se inscriben todas las sociedades nacionales y extranjeras, los respectivos representantes legales, las empresas mercantiles, los comerciantes individuales y todas las modificaciones que de estas entidades se quieran inscribir.

El balance entre la certeza jurídica y la agilidad en el servicio a nuestros usuarios, es sin duda la mejor mezcla que nuestra organización presta a todos los ciudadanos que los solicitan.

Con la disponibilidad de nuevas herramientas tecnológicas, el Registro Mercantil arranca una nueva era, acercando los servicios registrales a los requerimientos de los usuarios.

4.7.4. Procesos Registrales

En esta sección se encontrará los conceptos, procedimientos, requisitos y cualquier información necesaria para las siguientes inscripciones que se pueden llevar a cabo en el Registro Mercantil:

- Empresas mercantiles
- Sociedades mercantiles
- Sociedades mercantiles extranjeras
- Comerciantes individuales
- Auxiliares de comercio
- Mandatos
- Actas de asambleas extraordinarias
- Aviso de emisión de acciones

A continuación se describe el procedimiento para registrar una empresa individual o sociedad anónima:

Empresa propiedad de una Sociedad Anónima:

1. Presentar formulario de inscripción de empresa con firma autenticada de representante legal.
2. Presentar fotocopia de nombramiento de representante legal, vigente.
3. Presentar fotocopia de patente de sociedad.
4. Solicitar una orden de pago y cancelar en la agencia bancaria que funciona dentro de las instalaciones del Registro, la cantidad de Q. 100.00, que es el monto que corresponde a la inscripción de una empresa.
5. La patente de comercio de empresa estará lista para ser retirada, 24 horas después de la presentación del expediente con la respectiva orden de pago porteadada por el banco.

Empresa propiedad de una Persona Individual:

1. Presentar formulario de inscripción de comerciante individual y de empresa con firma autenticada del propietario.
2. Presentar certificación contable firmada y sellada por un contador.
3. Presentar cédula de vecindad original. Solicitar una orden de pago y cancelar en la agencia bancaria que funciona dentro de las instalaciones del Registro, la cantidad de Q. 100.00, por la inscripción de la empresa y Q. 75.00 por la inscripción del comerciante.
4. La patente de comercio de empresa estará lista para ser retirada, 24 horas después de la presentación del expediente con la respectiva orden de pago porteadada por el banco.
5. Si la propiedad de la empresa es de más de una persona, presentar un formulario por cada copropietario.

4.7.5. Empresas Mercantiles

Se entiende por empresa mercantil el conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos coordinados, para ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios. (Artículo 655 del Código de Comercio de Guatemala)

4.7.5.1. Inscripción de una Empresa Mercantil

1. Comprar un formulario de solicitud de inscripción de comerciante y de empresa mercantil. Tiene un valor de Q 2.00.
2. Pedir una orden de pago y cancelarla en el banco
 - Q75.00 para inscripción como Comerciante
 - Q100.00 para la inscripción de Empresa.
3. Con la orden de pago ya cancelada, presentar expediente en las ventanillas receptoras de documentos en un fólder tamaño oficio con pestaña. El expediente debe contener:

En caso de empresa individual

- Formulario correspondiente con firma autenticada de propietario.
- Cédula de vecindad.
- Una certificación contable firmada y sellada por un contador autorizado por la SAT.

En caso de empresa de sociedad

- formulario correspondiente con firma autenticada de representante legal
 - fotocopia de nombramiento de representante legal previamente inscrito
 - fotocopia de patente de sociedad
4. El expediente es calificado por el departamento de empresa. El expediente puede ser rechazado por varios motivos, los más comunes son los siguientes:
 - El formulario debe ser llenado a máquina.
 - La certificación contable debe contener nombre de la empresa, el capital, nombre del propietario y dirección.
 - La fecha de la autentica debe coincidir con la fecha del formulario.
 - Ausencia de categoría.
 - No se especifica el régimen matrimonial o estado civil.
 - No se especifica el municipio o el departamento en la dirección.

5. Luego de realizados todos los tramites, puede pasar a recoger su expediente a la ventanilla de entrega de documentos. Cuando pase a recoger su expediente
 - Revise cuidadosamente su patente.
 - Si fuera el caso, revise que el razonamiento en su cedula este correcto.
6. Colocar Q 50.00 de timbres fiscales a la patente.

El Artículo 336 de la misma normativa regula que la inscripción de la empresa o establecimiento mercantil se hará en la forma prevista en el artículo anterior, que comprenderá:

- 1°. Nombre de la empresa o establecimiento.
- 2°. Nombre del propietario y número de su registro como comerciante.
- 3°. Dirección de la empresa o establecimiento.
- 4°. Objeto.
- 5°. Nombres de los administradores o factores.

4.7.6. Sociedades Mercantiles

Es un contrato por que dos o más personas convienen en poner en común bienes y servicios para ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias. (Artículo 1728 del Código Civil de Guatemala).

El Artículo 337 del Código de Comercio regula que la inscripción de las sociedades mercantiles se hará con base en el testimonio respectivo, que comprenderá:

- 1°. Forma de organización.
- 2°. Denominación o razón social y nombre comercial si lo hubiere.
- 3°. Domicilio y el de sus sucursales.
- 4°. Objeto.
- 5°. Plazo de duración.
- 6°. Capital social.
- 7°. Notario autorizante de la escritura de constitución, lugar y fecha.
- 8°. Órganos de administración, facultades de los administradores.

9o. Órganos de vigilancia si los tuviere.

Siempre que se trate de sociedades cuyo objeto requiera concesión o licencia estatal, será indispensable adjuntar el acuerdo gubernativo o la autorización correspondiente y el término de inscripción principiará a contar a partir de la fecha del acuerdo o autorización.

4.7.6.1. Sociedades mercantiles extranjeras

Es un contrato por el que dos o más personas convienen en poner en común bienes y servicios para ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias. (Artículo 1728 del Código Civil de Guatemala).

4.7.6.2. Procedimiento de inscripción de una Sociedad Mercantil

- Comprar un formulario de solicitud de inscripción de Sociedad Mercantil. Tiene un costo de Q.2.00.
- Solicitar una orden de pago y cancelarla en el banco.
- Q 275.00 para inscripción de sociedad mercantil.
- Q 6.00 por cada millar de capital autorizado.
- Q 15.00 por edicto.
- Con la orden de pago ya cancelada, presentar expediente en las ventanillas receptoras de documentos en un fólder tamaño oficio con pestaña. El expediente debe contener:
- Formulario correspondiente autenticado
- Original y fotocopia simple del testimonio de la escritura de constitución de la sociedad.
- El expediente es calificado por el departamento de Asesoría Jurídica. Si todo está correcto y conforme la ley, se ordena la inscripción provisional y la emisión del edicto para su publicación.
- Se debe inscribir el nombramiento del representante legal de la sociedad, el cual se realiza siguiendo los pasos respectivos para la inscripción de auxiliares de comercio.
- Dicho edicto debe ser publicado 1 veces en el Diario Oficial.
- Ocho días hábiles después de la publicación del edicto, se debe presentar en el Registro Mercantil.
- Un memorial solicitando la inscripción definitiva de la sociedad
- La página completa donde aparece la publicación de la inscripción provisional

- El testimonio original de la escritura
- Fotocopia del nombramiento del Representante Legal previamente inscrito en el Registro Mercantil.
- Luego de realizados todos los tramites, puede pasar a recoger su expediente a la ventanilla de entrega de documentos. Cuando pase a recoger su expediente
- Revise cuidadosamente su patente
- testimonio original ya razonado
- Adherir Q 200.00 de timbres fiscales en la patente de comercio de Sociedad.
- Cuando la sociedad está inscrita definitivamente, debe hacerse el trámite para inscribir la empresa, propiedad de la sociedad. Para ello deben seguirse los pasos indicados para inscribir una empresa.
- Dentro de un año máximo, después de inscrita definitivamente la sociedad, debe hacerse el trámite para inscribir el Aviso de Emisión de Acciones (solo para sociedades accionadas), el cual se realiza siguiendo los pasos respectivos para el aviso de emisión de acciones.

•

4.7.6.3. Inscripción de una Sociedad Extranjera por un plazo Indefinido

- Llenar el formulario de solicitud de inscripción de sociedad extranjera debidamente (tal formulario tiene un costo de Q2.00 y se adquiere en la sede del Registro Mercantil).
- Solicitar una orden de pago y cancelarla en el banco.
- Q. 1,275.00 para inscripción de sociedad mercantil.
- Q. 6.00 por cada millar de capital autorizado inicial de operaciones.
- Q.15.00 por edicto para publicación en el diario oficial.
- Con la orden de pago ya cancelada, presentar expediente en las ventanillas receptoras de documentos en un fólder tamaño oficio con pestaña. El expediente debe contener:
- Memorial o escrito que contiene la explicación sobre los datos generales y registrales de la sociedad matriz en su país de origen.
- Adjunto al memorial y formulario indicados en los numerales anteriores, deberá presentarse los documentos indicados en el artículo 215 del Código de Comercio. Todos los documentos provenientes del Extranjero, deberán ser traducidos al español y protocolizados ante Notario. Los documentos pueden ser protocolizados en una sola escritura o por separados en escrituras

individuales. Se exceptúa el requisito señalado en el inciso 4° del artículo 215 del Código de Comercio, referente al Mandato, en virtud que éste documento deberá presentarse por separado para su respectiva inscripción en este Registro. La entidad extranjera estará obligada a presentar una fianza, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones contraídas en la República de Guatemala por un monto de USD\$50,000.00 a favor de terceros.

- Acompañar el mandato otorgado a favor de abogado guatemalteco, presentando para el efecto fotocopia legalizada del testimonio de la escritura de protocolización del mandato debidamente inscrito en el Archivo General de Protocolos y en el Registro Mercantil. Artículo 215 inciso 4°. Del Código de Comercio.
- El expediente es calificado por el departamento de Asesoría Jurídica. Si todo está correcto y conforme la ley, se ordena la inscripción provisional y la emisión del edicto para su publicación.
- Se debe inscribir el nombramiento del representante legal de la sociedad. el cual se realiza siguiendo los pasos respectivos para la inscripción de auxiliares de comercio.
- Dicho edicto debe ser publicado 1 veces en el Diario Oficial.
- Ocho días hábiles después de la publicación del edicto, se debe presentar en el Registro Mercantil.
- Un memorial solicitando la inscripción definitiva de la sociedad
- La página completa donde aparece la publicación de la inscripción provisional
- El testimonio original de la escritura
- Fotocopia del nombramiento del Representante Legal previamente inscrito en el Registro Mercantil.
- Luego de realizados todos los tramites, puede pasar a recoger su expediente a la ventanilla de entrega de documentos. Cuando pase a recoger su expediente
- Revisar cuidadosamente su patente
- Testimonio original ya razonado
- Adherir Q 200.00 de timbres fiscales en la patente de comercio de Sociedad.
- Cuando la sociedad está inscrita definitivamente, debe hacerse el trámite para inscribir la empresa, propiedad de la sociedad. Para ello deben seguirse los pasos indicados para inscribir una empresa.

4.7.7. Auxiliares de Comercio

- Comprar un formulario de solicitud de inscripción de auxiliar de comercio. Tiene un valor de Q 2.00.
- Pedir una orden de pago y cancelarla en el banco
- Q75.00 para inscripción de Auxiliar de Comercio
- Con la orden de pago ya cancelada, presentar expediente en las ventanillas receptoras de documentos en un fólder tamaño oficio con pestaña. El expediente debe contener:
 - Formulario correspondiente con firma autenticada
 - Nombramiento original con sus respectivos timbres
 - Copia de nombramiento
- El expediente es calificado por el departamento de auxiliares de comercio. El expediente puede ser rechazado por varios motivos, los más comunes son los siguientes:
 - El formulario debe ser llenado a maquina.
 - No haber efectuado el pago de la multa
 - Q 25.00 (cuando aplique)
 - Especificación inadecuada de cargo
 - Nombre del auxiliar diferente en nombramiento y formulario

4.7.8. Mandatos

Contrato que tiene lugar cuando una parte da el poder a otra, que ésta acepta, para representarla al efecto de ejecutar en su nombre y por su cuenta un acto jurídico o una serie de actos de esa naturaleza.

Para inscribir un Mandato

- Comprar un formulario de solicitud de inscripción de Mandato. Dicho formulario tiene un costo de Q 2.00.
- Solicitar una orden de pago y cancelarla en el banco. Dicho trámite tiene un valor de Q.75.00
- Con la orden de pago ya cancelada, presentar expediente en las ventanillas receptoras de documentos en un fólder tamaño oficio con pestaña. El expediente debe contener:
 - Formulario correspondiente autenticado

- o Original y fotocopia simple del testimonio de la escritura de mandato
- o Si es extranjero, traer pases de ley
- o Si es de persona a persona el mandato, deben tener actividad comercial
- o Luego de realizados los trámites puede pasar a recoger su expediente a la ventanilla de entrega de documentos

4.7.9. Actas de Asambleas Extraordinarias

- Comprar un formulario de solicitud de inscripción de actas de asamblea. Tiene un valor de Q.2.00.
- Pedir una orden de pago y cancelarla en el banco
- Q75.00 para inscripción de Acta de Asamblea
- Con la orden de pago ya cancelada, presentar expediente en las ventanillas receptoras de documentos en un fólder tamaño oficio con pestaña. El expediente debe contener:
 - o Formulario correspondiente con firma autenticada
 - o Acta de asamblea original con sus respectivos timbres
 - o Fotocopia de acta de asamblea
- El expediente es calificado por el departamento de auxiliares de comercio. El expediente puede ser rechazado por varios motivos, los más comunes son los siguientes:
 - o El formulario debe ser llenado a máquina.
 - o No haber efectuado el pago de la multa Q 25.00

4.7.10. Aviso de Emisión de Acciones

1. Comprar un formulario de solicitud de aviso de emisión de acciones. Tiene un valor de Q 2.00.
2. Pedir una orden de pago y cancelarla en el banco
 - Q150.00 para inscripción de Aviso de Emisión de Acciones
 - Q 25.00 para Multa después de 1 año (respecto de patente de sociedad)
3. Con la orden de pago ya cancelada, presentar expediente en las ventanillas receptoras de documentos en un fólder tamaño oficio con pestaña. El expediente debe contener:
 - o Formulario correspondiente con firma autenticada
 - o Fotocopia de patente de sociedad

- Fotocopia de nombramiento de representante legal vigente
4. El expediente es calificado por el departamento de auxiliares de comercio. El expediente puede ser rechazado por varios motivos. los más comunes son los siguientes :
- El formulario debe ser llenado a máquina.
 - Pago de multa después de 1 año respecto a la fecha de la patente de sociedad
 - Especificación inadecuada de las acciones que se solicitan (tipo, monto unitario, etc.)

Capítulo 5

Análisis del derecho de petición

5.1. Conforme el Artículo 28 de la Constitución Política de la República de Guatemala

El Artículo 28 constitucional establece: "Derecho de petición. Los habitantes de la República de Guatemala tienen derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad, la que está obligada a tramitarlas y deberá resolverlas conforme a la ley. En materia administrativa el término para resolver las peticiones y notificar las resoluciones no podrá exceder de treinta días. En materia fiscal, para impugnar resoluciones administrativas en los expedientes que se originen en reparos o ajustes por cualquier tributo, no se exigirá al contribuyente el pago previo del impuesto o garantía alguna."

El contenido del artículo 28 de la Constitución armoniza perfectamente con lo preceptuado en el artículo 10 inciso f) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, toda vez que la citada disposición establece que en materia administrativa el término máximo para resolver y notificar las resoluciones es el que señala la ley específica aplicable al caso concreto o, en su defecto el de treinta días.

Se desprende de la citada normativa que, en caso de que la autoridad omita el cumplimiento de la obligación referida en dicho término, el interesado puede acudir al amparo para que se fije un plazo razonable a efecto de que cese la demora en resolver y notificar. Siendo en consecuencia potestad de los administrados, dirigir peticiones a la Autoridad, individual o colectivamente. Potestad que se encuentra garantizada en el artículo 28 de la ley fundamental.

5.2. Según la Ley de lo Contencioso Administrativo

El ejercicio del derecho de petición y las causas que regularmente originan el silencio administrativo, sus incidencias y efectos. El derecho de petición corresponde a los habitantes. Habitantes es equivalente a población, y ésta, legalmente se divide en vecinos y transeúntes. Vecino es la persona individual que tiene residencia continua por más de un año, o sus negocios o sus intereses

patrimoniales en algún municipio. Transeúnte es la persona que accidentalmente se encuentra en algún municipio teniendo vecindad y residencia en otro, se requiere que la persona se encuentre residiendo en el territorio del Estado, pero si se encuentra afuera, puede ejercer el derecho por medio de representante o apoderado.

Según la Constitución, la petición administrativa puede ser individual (de una persona) y colectiva (de más de dos personas).

La autoridad está obligada a tramitar las peticiones. Esto quiere decir que ninguna autoridad, funcionario o empleado público, puede negarse a dar trámite a la petición que le sea presentada, salvo lo expresado en el artículo 66 literal b) del Decreto 2-89 del Congreso de la República, cuya disposición concede facultades a los jueces para devolver sin providencia alguna y con sola la razón circunstanciada del secretario, los escritos contrarios a la decencia, a la respetabilidad de las leyes y de las autoridades o que contengan palabras o frases injuriosas aunque aparezcan tachadas. La negativa a recibir la petición para su trámite, da lugar al recurso de amparo (Artículo 10 inciso f) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad). Este recurso tiene por objeto disponer que la petición sea admitida para su trámite.

En cuanto a la redacción o contenido, este puede llegar al extremo de injuriar o calumniar al funcionario y aún así, debe admitirse para su trámite. En este caso extremo, el documento que contiene la petición, constituye medio de prueba para iniciar acción penal en contra del solicitante, dependiendo del caso.

Según la Constitución, deberá resolver las peticiones. “Deberá”, equivale a la obligación de emitir resolución; si esta obligación deja de cumplirse, se incurre en incumplimiento de deberes, el cual es un delito.

La resolución y la notificación de las peticiones administrativas no podrá exceder de 30 días hábiles que se cuentan a partir de la fecha en que se presenta e ingresa para su trámite cada petición. No obstante que término y plazo es lo mismo, la Constitución mantiene el criterio de contar los días

hábiles, o se los días laborales en la organización pública. “no podrá exceder” significa que los 30 días hábiles constituyen el límite mayor fijado por la Constitución que, sin embargo, no fija límite menor por cuanto algunas peticiones podrán resolverse y notificarse de ser posible el mismo día que se presentan.

En consonancia con la Constitución, las leyes pueden fijar límites menores. En el IGSS, el recurso de apelación debe resolverse dentro de un término de 10 días (art. 52. Ley Orgánica del IGSS). Los recursos de revocatoria y de reposición en el Ministerio de Trabajo deben resolverse dentro de un término de 8 días (art. 275 Código de Trabajo).

Si alguna ley excede los 30 días fijados por la Constitución, la norma que establece el exceso es contraria a la Constitución y debe considerarse nula ipso jure (art. 175 primer párrafo de la Constitución).

La consecuencia de presentar una petición a la administración, es la emisión de la resolución correspondiente. Sin embargo, en muchos casos, las peticiones no se resuelven dentro del término legal, ni después de transcurrido el mismo. No hay resolución y por eso se dice: la administración guarda silencio. Esto es lo que se denomina silencio administrativo.

El silencio administrativo es el requisito que la ley otorga al particular como requisito mínimo para iniciar un proceso contencioso administrativo ante el órgano jurisdiccional competente. La Ley de lo Contencioso Administrativo regula que posterior a los treinta días a partir de la fecha en que el expediente se encuentre en estado de resolver, sin que la autoridad correspondiente haya emitido la resolución de mérito, se tendrá el camino legal para usar la vía contencioso administrativa, por agotada la vía gubernativa y por confirmado el acto de resolución que motivó el recurso. El silencio positivo regularmente se establece en asuntos laborales, tributarios y agrarios, en que las leyes son proteccionistas. Los silencios en Guatemala en su mayoría son negativos.

La Ley de lo Contencioso Administrativo en el artículo 16 preceptúa: Silencio administrativo. Transcurridos treinta días a partir de la fecha en que el expediente se encuentre en estado de resolver

sin que el ministerio o la autoridad correspondiente haya proferido resolución se tendrá para el efecto de usar la vía contencioso administrativa por agotada la vía gubernativa y por confirmado el acto o resolución que motivó el recurso. El recurrente, si conviene a su derecho, podrá accionar para obtener la resolución del órgano que incurrió en el silencio.

5.3. Incidencias y efectos para los particulares

Las incidencias y efectos para los particulares se determinan cuando la administración pública no resuelve en el término fijado por la ley, silencio administrativo o resuelve desfavorablemente la petición del recurrente. En ese sentido, para asegurar la efectiva resolución administrativa y la juridicidad de todos los actos de la administración pública y para asegurar el derecho de defensa del particular frente a la administración pública, la ley específica expresamente regula el procedimiento para plantear los recursos y los procesos que correspondan para obtener una resolución apegada a derecho.

5.4. Incidencias y efectos para funcionarios públicos

Las incidencias y efectos para funcionarios públicos, consiste en el deber de resolver las peticiones presentadas por los particulares, de acuerdo a lo que preceptúa la Constitución Política de la República, en el plazo indicado, y posteriormente si se diera el planteamiento de los recursos de revocatoria, reposición y el Proceso Contencioso Administrativo, cumplir con los requisitos y los plazos legales de trámite, cuyo incumplimiento causa responsabilidad para los funcionarios del órgano administrativo asesor si no se evacuan en el plazo fijado.

5.5. Alternativas de solución que normen y favorezcan la gestión administrativa

A los particulares como interesados que le resuelvan sus peticiones diligentemente. La alternativa legal para resolver las peticiones presentadas por los particulares, sería que la administración pública cumpla con el término de treinta días máximo para notificar la resolución lo favorable o desfavorable y en ese sentido, cuando corresponda, que el recurrente no tramite los recursos que la ley le permite plantear ante la administración.

A los funcionarios públicos como responsables de dar trámite y/o resolver los asuntos que le corresponda conocer.

Se considera conveniente la creación de una ley específica que sancione a los funcionarios de la administración pública y de las entidades autónomas y descentralizadas, responsables de no dar trámite o resolver asuntos de su competencia posterior al plazo de treinta días fijados por la ley respectiva. Lo anterior es tomando en cuenta que el administrado debe de cumplir con los plazos de ley para obtener el trámite de su solicitud de manera conveniente y en cambio el funcionario de la administración, puede incumplir los plazos fijados sin que se le responsabilice por su falta de cumplimiento en el trámite respectivo, a pesar que la ley establece la obligación de tramitarlas y resolverlas en el tiempo estipulado.

La Educación básica que los particulares deben conocer para que promuevan sus gestiones apegados a derecho, haciendo uso de los recursos con que cuenta en el pleno ejercicio de sus derechos ciudadanos.

Los administrados deben tener conocimiento que para que exista la oportunidad de plantear un recurso administrativo, tiene necesariamente que existir una resolución administrativa, pues los recursos administrativos se plantean en contra de resoluciones administrativas.

El fundamento legal que deben conocer los particulares, lo contempla la Constitución Política de la República de Guatemala, pues en el artículo 28 regula el derecho de petición que los habitantes de la República tienen derecho a dirigir a la autoridad que está obligada a resolverlas y notificar las resoluciones en un máximo de treinta días.

También los particulares deben conocer los recursos de revocatoria y de reposición, establecidos en la Ley de lo Contencioso Administrativo, y cuándo procede su planteamiento contra las resoluciones dictadas por las autoridades administrativas superiores, individuales o colegiadas de las entidades descentralizadas o autónomas, al obtener una resolución desfavorable por parte de la autoridad administrativa. También el particular debe tener conocimiento de los requisitos para presentar los recursos relacionados y los plazos que deben cumplirse para su validez, tomando en cuenta que dichos plazos son perentorios e improrrogables.

Asimismo la educación básica para particulares incluye el conocimiento del Proceso Contencioso Administrativo que procede en caso de contienda por actos y resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversia derivadas de contratos y concesiones administrativas.

Capítulo 6

Del Recurso de Revocatoria y de otras reclamaciones en contra de las resoluciones del Registrador Mercantil General de la República.

6.1. Del Recurso de Revocatoria en contra de las resoluciones del Registrador Mercantil General de la República.

La Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, en su único considerando expresa : “Que es necesario actualizar la legislación en materia de contencioso administrativo, con el objeto de estructurar un proceso que, a la vez que garantice los derechos de los administrados, asegure la efectiva tutela administrativa y jurisdiccional de la juridicidad de todos los actos de la administración pública, asegurando el derecho de defensa del particular frente a la administración, desarrollando los principios constitucionales y reconociendo que el control de la juridicidad de los actos administrativos no debe estar subordinado a la satisfacción de los intereses particulares.”; inspiración que recogieron los legisladores de la exposición de motivos de dicha ley, de cuyo texto se lee “En nuestro medio la Ley de lo Contencioso Administrativo tiene singular importancia dentro del régimen legal del país, con el objeto de controlar jurisdiccionalmente los actos de la Administración Pública. De esa manera, esta Ley debe asegurar el derecho de defensa del particular frente a la administración...” . En ese orden de ideas, la ley citada establece en el artículo 7 el Recurso de Revocatoria, que procede “...en contra de resoluciones dictadas por autoridad administrativa que tenga superior jerárquico dentro del mismo ministerio o entidad descentralizada o autónoma...”.

El Registro Mercantil General de la República es parte del Ministerio de Economía, por imperio de ley, infiriéndose su fundamento legal del contenido del artículo 332 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, en consecuencia dicho Ministerio, debe velar por el control de la legalidad y juridicidad de los actos administrativos que realice el referido Registro, a través del conocimiento y decisión del Recurso de Revocatoria interpuesto contra éste.

6.2. De otras reclamaciones en contra de las resoluciones del Registrador Mercantil General de la República.

El Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, estableció acciones de reclamos, en contra de la calificación del registrador, así como en contra de las oposiciones a la inscripción de sociedades mercantiles, ambas reguladas en los artículos 348 y 350 de dicho cuerpo legal, respectivamente; acciones que se ventilarían por el procedimiento de los incidentes. Sin embargo, el último artículo citado, al hacer la salvedad y excepcionalidad de su aplicación, en el segundo párrafo refiere que "...Las oposiciones a la inscripción de sociedades mercantiles relativas a la razón social, la denominación social o del nombre comercial, serán resueltas por el Registrador Mercantil, con base en las constancias del Registro de la Propiedad Industrial o del propio Registro Mercantil que produzcan las partes para demostrar su derecho. Si fuere el caso, denegará la inscripción definitiva y cancelará la inscripción provisional. Contra lo resuelto por el Registrador Mercantil es este caso, no cabe recurso alguno...".

Ello no obstante, siendo el Registrador Mercantil, un funcionario público, al servicio del Estado, depositario de la ley y nunca superior a ella, según designio constitucional, no debería estar investido de excesivas facultades que a causa de sus decisiones arbitrarias pudiera afectar al administrado, estando desprotegido éste al no poder accionar en defensa de sus intereses, por medio de los recursos administrativos que la ley le provee. De ahí la necesidad de que las resoluciones del Registrador Mercantil General de la República, puedan impugnarse a través del recurso de revocatoria.

6.3. Del Ocurso:

La no admisión de recurso alguno, en el carente lenguaje terminológico utilizado en el segundo párrafo del artículo 350 del Código de Comercio, también se extiende al ocurso en la vía incidental que refiere el artículo 1164 del Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno, dada la supletoriedad concedida en el artículo 360 de la ley específica mercantil citada, para la aplicación supletoria al Registro Mercantil de "...las disposiciones del Código Civil en lo relativo al Registro de la Propiedad..." , caso en el cual, tampoco se puede interponer y que vendría hacer un remedio jurídico contra las decisiones consideradas arbitrarias del Registrador Mercantil.

6.4. Del Ministerio de Economía y su relación con el comercio:

Al Ministerio de Economía de conformidad con el Artículo 32 de la Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto 114-97 del Congreso de la República. "Le corresponde hacer cumplir el régimen jurídico relativo al desarrollo de las actividades productivas no agropecuarias, del comercio interno y externo, de la protección al consumidor, del fomento a la competencia, de la represión legal de la competencia desleal, de la limitación al funcionamiento de empresas monopólicas; de inversión nacional y extranjera, de promoción, a la competitividad, del desarrollo industrial y comercial, para ello, tiene a su cargo las siguientes funciones: a)... f) Velar por la seguridad y eficiente administración de los registros públicos sometidos a su jurisdicción..."; disposición que es congruente con lo preceptuado en el artículo 332 del Código de comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República, al ser dicha institución parte del Ministerio de Economía a quien debe dar cuenta de su funcionamiento.

El Ministerio de Economía ante la globalización del mercado, tiene no solo que, generar políticas de competitividad nacional sino también internacional, dentro de las acciones que ha implementado dicho Ministerio de acuerdo a políticas y lineamientos gubernamentales, están las de enfocarse en programas de modernización, para mejorar las condiciones generales para la inversión privada tanto nacional como extranjera, contemplándose en ellas, el proceso de modernización del Registro Mercantil, para prestar mejores servicios a los usuarios que invierten en el país, máxime hoy tan en boga las negociaciones entre los gobiernos a través de los tratados de libre comercio, en los que el Ministerio de Economía es un principal actor. En tal sentido se percibe la orientación de un Ministerio de Economía fuerte, rector del desarrollo productivo económico del país, en consecuencia es importante que tal Despacho Ministerial supervise y ejerza total control administrativo, de legalidad y de juridicidad sobre los actos administrativos del Registro Mercantil de la República de Guatemala.

6.5. Necesidad de que las Resoluciones del Registrador Mercantil General de la República, puedan impugnarse a través del Recurso de Revocatoria:

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece el Derecho de Petición como un derecho fundamental del administrado frente a los actos de la Administración pública, derecho que

se hace extensivo a través de los recursos administrativos establecidos en la Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto 119-96 del Congreso de la República. El derecho administrativo pertenece al Derecho Público, por ello las instituciones públicas y sus respectivos funcionarios, dentro de esa esfera legal y conforme al contenido de los artículos 154 y 155 constitucionales, deben ser depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella, en consecuencia cuando en el ejercicio de su cargo, infrinjan la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirvan, serán solidariamente responsables por los daños y perjuicios que se causaren.

El Registro Mercantil General de la República, es una dependencia del Ministerio de Economía, tal como lo establecen el Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República y el Reglamento Interno del Ministerio de Economía, Acuerdo Gubernativo No.182-2000.

La actuación del Ministerio de Economía reviste gran importancia en la economía y el mercado, máxime ahora que el comercio no se torna sólo nacional, sino también compite dentro del ámbito internacional, circunstancias en las que no queda fuera el Registro Mercantil General de la República, cuya actuación debe supeditarse por conveniencia legal, institucional y económica del país, al Ministerio de Economía, quien es la institución responsable de supervisar las actividades de dicha dependencia, a través del control de la legalidad y juridicidad de los actos administrativos de la institución registral; tal control por ser ésta una institución pública debe regirse por la Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto 119-96 del Congreso de la República.

Control que se efectúa por medio de la interposición del Recurso de Revocatoria contenido en la referida ley, garantizando el derecho de defensa de los usuarios (administrados) del Registro Mercantil General de la República (Dependencia de la Administración Pública), recurso ad-hoc, el que no debe ser ninguna novedad utilizarse, pues no obstante, ser nueva la ley que lo contempla, goza ya de experimentación y especialidad en la Administración Pública.

Al contrario de las acciones que contempla el Código de Comercio -que no se va a negar es una ley visionaria en el tiempo y bien asentada en éste- data de 1970, contiene instituciones, materias y

procedimientos que disienten de la realidad jurídica y administrativa de la institucionalidad del país, remitiendo al procedimiento incidental las reclamaciones y oposiciones que se interpongan contra los actos del Registrador Mercantil, cuya normativa está contenida en la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República, y que para el caso actúa como norma supletoria, al igual que el ocurso regulado en la legislación civil, cuando la Ley de lo Contencioso Administrativo, específica en la materia, regula un procedimiento sencillo, ágil y dinámico administrativo.

Como se ha dicho, es el Recurso de Revocatoria que se debe interponer en contra de los actos y resoluciones que dicte el Registrador Mercantil General de la República y que compete, conocer, considerar y decidir –resolver en definitiva- al Ministro de Economía, recurso que de no ser favorable, está sujeto al control jurisdiccional a través del proceso de lo contencioso administrativo que regula la mencionada ley, y que se ventila en única instancia en una Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, al tenor del artículo 221 constitucional, cuya función es ser contralor de la juridicidad de la Administración Pública, intrínsecamente armonizado con el derecho de petición consagrado en el artículo 28 de esa Ley fundamental.

El presente trabajo investigativo, constituye un esfuerzo por fortalecer la administración pública y garantizar los derechos del administrado frente a ésta, es todo un ensayo que orienta al criterio de uniformidad para el uso de los recursos administrativos contenidos en la Ley de lo Contencioso Administrativo contra los actos y resoluciones dictados por la administración pública, a fin de que exista una verdadera tutela de la legalidad y un oportuno control jurisdiccional, no permitiendo un abuso en la discrecionalidad que la ley provee al Registrador Mercantil, al poder dictar resoluciones arbitrarias contrarias a la razón y a la justicia, bajo un estricto control del titular del Ministerio de Economía, ello, sin causar la mínima injerencia estatal, en las soluciones de los asuntos mercantiles en aquellas relaciones entre comerciantes propiamente y comerciantes con particulares, cuyas situaciones regula la legislación mercantil, que normal y naturalmente se ventilan en juicio oral, o que las partes hayan dispuesto someter a arbitraje.

CONCLUSIONES

1. La figura jurídica del Silencio Administrativo en Guatemala, se considera inoperante, tomando en cuenta que los particulares no hacen uso de los mecanismos determinados por la ley, con la finalidad que la administración pública cumpla con los plazos en los cuales la ley le obliga a resolver las peticiones e impugnaciones interpuestas por los particulares.
2. El Artículo 350 del Código de Comercio, en forma expresa contradice la Ley de lo Contencioso Administrativo, pues el primero establece que contra lo resuelto por el Registrador Mercantil no cabe recurso alguno, y la segunda establece en su artículo 7 que procede el recurso de revocatoria en contra de resoluciones dictadas por autoridad administrativa que tenga superior jerárquico dentro del mismo ministerio o entidad descentralizada o autónoma.
3. Se considera necesario reformar el Artículo 350 del Código de Comercio, adicionando la facultad de los particulares de interponer el Recurso de Revocatoria cuando las resoluciones del Registrador Mercantil afecten sus intereses.
4. Se establece que existe inconstitucionalidad y contradicción por parte del Artículo 350 del Código de Comercio respecto al Artículo 28 constitucional y 7 de la Ley de lo Contencioso Administrativo respectivamente, siendo necesario buscar una solución jurídica de reforma o de derogar la norma objeto de contradicción que lesiona la ley suprema guatemalteca.
5. Se estima oportuno derogar parcialmente el segundo párrafo del artículo 348 del Código de Comercio, las reclamaciones en contra del Registrador Mercantil no se tramiten por el procedimiento incidental, a efecto de que tácitamente pueda hacerse uso del Recurso de Revocatoria contemplado en la Ley de lo Contencioso Administrativo.
6. Se desprende la necesidad de la adición de un artículo 350 Bis en el Código de Comercio, que quede así “Recurso de Revocatoria. Procede el recurso de revocatoria en contra de los actos y

resoluciones que dicte el registrador Mercantil General de la República, el que se conocerá, tramitará y decidirá por lo dispuesto en la Ley de lo Contencioso Administrativo”.

RECOMENDACIONES

1. Que se reforme el Artículo 350 del Código de Comercio, adicionando la facultad de los particulares de interponer el Recurso de Revocatoria cuando las resoluciones del Registrador Mercantil afecten sus intereses.
2. Que de acuerdo a la inconstitucionalidad y contradicción existente por parte del Artículo 350 del Código de Comercio, respecto al Artículo 28 constitucional y 7 de la Ley de lo Contencioso Administrativo respectivamente, se derogue la norma objeto de contradicción que lesiona la ley suprema guatemalteca.
3. Que se derogue el segundo párrafo del artículo 348 del Código de Comercio, para que dé lugar tácitamente a la interposición del Recurso de Revocatoria en el ámbito administrativo.
4. Que se adicione un artículo 350 Bis en el Código de Comercio, a través del cual se legisle que procede el recurso de revocatoria contra los actos y resoluciones dictados por el Registrador Mercantil General de la República, que se sustancie a través del procedimiento establecido en la Ley de lo Contencioso Administrativo.

BIBLIOGRAFIA

- AUSTIN, John. (1954). *The province of jurisprudence determined weidenfeld and Nicolson*, Londres.
- BIELSA, Rafael. (1972). *Principios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Roque Depalma.
- CABANELLAS, Guillermo. (1994). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta.
- CABANELLAS, Guillermo. (1981). *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta.
- CABANELLAS, Guillermo. (1979). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1979.
- CALDERÓN, Hugo. (1999). *Derecho Administrativo I*. Guatemala. Editorial Llerena.
- CASTELLANOS, Carlos. (1993). *Derecho Procesal Guatemalteco*. Guatemala, Editorial Tipografía Nacional.
- CASTILLO, Jorge. (1999). *Derecho Administrativo*. Guatemala, Centro de Impresiones Gráficas.
- Centro sobre Derecho y Sociedad. (2004). *Boletín No. 5*. Quito Ecuador.
- Centro sobre Derecho y Sociedad, (2004). *Nociones básicas sobre el silencio administrativo*. Quito Ecuador.
- Corte de Constitucionalidad, (1986). *Gaceta No. 1. Expediente No. 12- 86*. Guatemala.
- Corte de Constitucionalidad, (1999). *Gaceta No. 54. Expediente No. 661-99*. Guatemala.
- DEL RÍO GONZÁLEZ, Manuel. (1989). *Crédito, moneda y bancos en Puerto Rico durante el siglo XIX, Río Piedras*, Editorial de la Universidad de Puerto Rico.
- Diccionario enciclopédico Quillet. México: Editorial Cumbre S.A. 1983.
- Enciclopedia jurídica Omega. Buenos Aires, Argentina: Editorial Nemesis. 1985.
- Enciclopedia Microsoft Encarta, 2003.
- GARCÍA, Eduardo. (1969). *Introducción al Estudio del Derecho*. México, D.F. Editorial Porrúa.
- HERRARTE, Alberto. (1978). *Derecho procesal penal*, Guatemala: Editorial José de Pineda Ibarra.

- KELSEN, Hans. (1987). *Teoría general del Estado*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universitaria.
- MAQUIAVELO, Nicolás. (2003). *El Príncipe*, México, vigésima primera edición, Editorial Porrúa. S.A. de C.V.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat Baron de la Bréde et de Montesquieu. (1998). *El Espíritu de las Leyes*. Editorial Tecnos.
- OSSORIO, Manuel. (1981). *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- PORRÚA, Francisco. (1997). *Teoría del Estado*. México, D.F. Editorial Porrúa.
- ROCHILD, Alessandro. (1991). *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Administrativo Francés*. Editorial La Sorbona, París, Francia.
- RODRÍGUEZ LOBATO, Raúl. (2003). *Derecho Fiscal*, México: Editorial Oxford.
- ROSSEAU, Juan. (1992). *El contrato social o principios del derecho político*, traducción de José Villaverde, Madrid, Tecnos.
- XIRAU, Ramón. (1987). *Introducción a la Historia de la Filosofía*. Universidad Nacional Autónoma de México. México.
- Revista Mexicana de Estudios Canadienses Elkarri No. 97. (2003).

Legislación:

- Constitución Política de la República de Guatemala*. Asamblea Nacional Constituyente de 1986.
- Código de Comercio, Decreto 2-70, 1970.*
- Ley de lo Contencioso Administrativo*. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 119-96, 1996.
- Ley del Organismo Judicial*. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 2-89, 1989.
- Ley del Organismo Ejecutivo*. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 114-97, 1997.
- Código Civil, Decreto Ley 106, 1963.*

ANEXO

ANEXO 1

1. Presentación, análisis e interpretación de resultados
 - 1.1. Cuestionario de encuesta de la investigación de campo

Universidad Panamericana

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

El cuestionario de la encuesta fue practicado a cuarenta y dos encuestados, muestra obtenida entre Abogados y Notarios.

Información personal:

1. Profesión u oficio: _____
2. Fecha: _____

Instrucciones:

Para contestar en forma afirmativa o negativa la pregunta que se le formula, coloque una X en el espacio correspondiente.

1. ¿Tiene conocimiento de alguna definición de derecho administrativo y administración pública?
SI _____ NO _____
2. ¿Conoce las fuentes del derecho administrativo?
SI _____ NO _____
3. ¿Sabe alguna definición de derecho de petición y su regulación legal en el sistema guatemalteco?
SI _____ NO _____
4. ¿Conoce los sistemas de organización de la administración pública en Guatemala?
SI _____ NO _____
5. ¿Tiene conocimiento de la figura de silencio administrativo?

SI _____ NO _____

6. ¿Conoce los recursos administrativos contemplados en la Ley de lo Contenciosos Administrativo?

SI _____ NO _____

7. ¿Tiene conocimiento de las funciones del Registro Mercantil?

SI _____ NO _____

8. ¿Considera que es importante interponer el Recurso de Revocatoria en contra de las Resoluciones del Registrador Mercantil General de la República y derogar el Artículo 350 del Código de Comercio, el cual regula que contra las resoluciones del Registrador Mercantil no cabe recurso alguno?

SI _____ NO _____

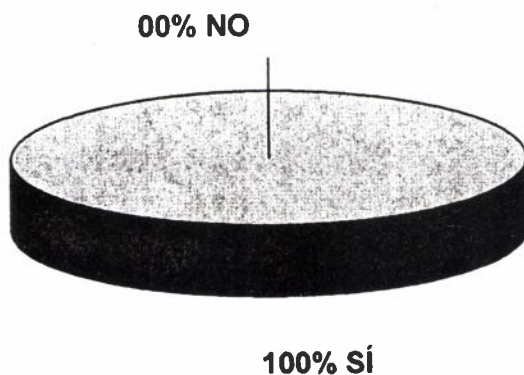
1.2. Cuadro estadístico

Pregunta Número	SÍ	Porcentaje Tabulado	NO	Porcentaje Tabulado
1	42	100%	0	0%
2	42	100%	0	0%
3	42	100%	0	0%
4	42	100%	0	0%
5	42	100%	0	0%
6	42	100%	0	0%
7	42	100%	0	0%
8	42	100%	0	0%

1.3. Análisis estadístico e interpretación de resultados

Pregunta No. 1

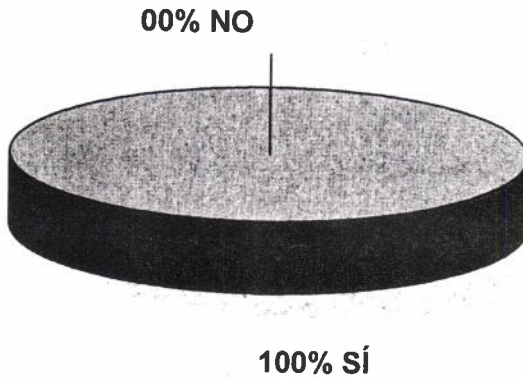
¿Tiene conocimiento de alguna definición de derecho administrativo y administración pública?



Interpretación: De la muestra investigada de cuarenta y dos encuestados (42), el 100% manifestaron tener conocimiento acerca de derecho administrativo y administración pública.

Pregunta No. 2

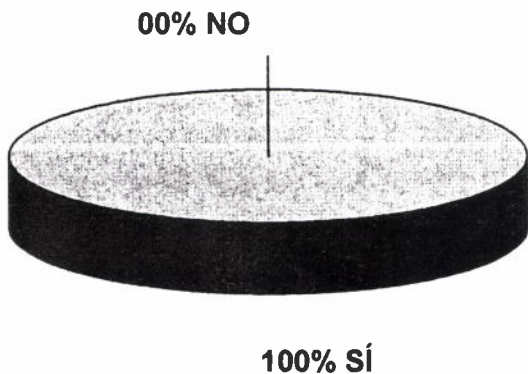
¿Conoce las fuentes del derecho administrativo?



Interpretación: De la muestra investigada de cuarenta y dos (42) encuestados, el 100% manifestaron conocer las fuentes del derecho administrativo.

Pregunta No. 3

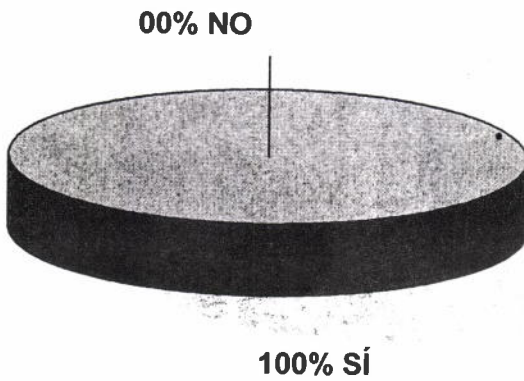
¿Sabe alguna definición de derecho de petición y su regulación legal en el sistema guatemalteco?



Interpretación: De la muestra investigada de cuarenta y dos (42) encuestados, el 100% manifestaron tener conocimiento de la definición de derecho de petición.

Pregunta No. 4

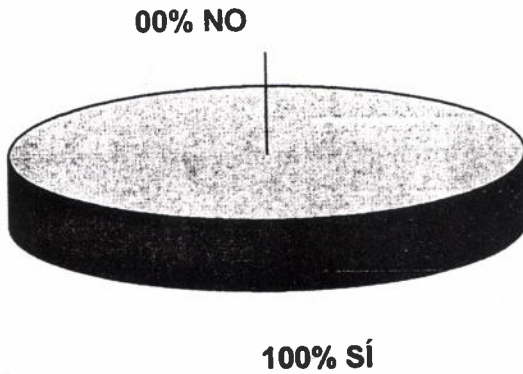
¿Conoce los sistemas de organización de la administración pública en Guatemala?



Interpretación: De la muestra investigada de cuarenta y dos (42) encuestados, el 100% manifestaron que sí.

Pregunta No. 5

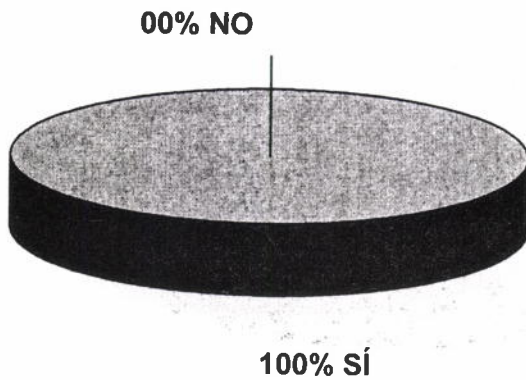
¿Tiene conocimiento de la figura de silencio administrativo?



Interpretación: De la muestra investigada de cuarenta y dos (42) encuestados, el 100% manifestaron tener conocimiento del silencio administrativo.

Pregunta No. 6

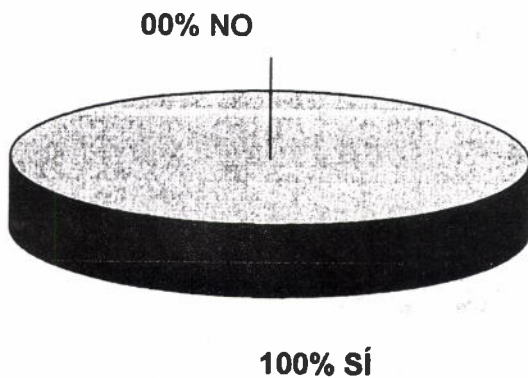
¿Conoce los recursos administrativos contemplados en la Ley de lo Contenciosos Administrativo?



Interpretación: De la muestra investigada de cuarenta y dos (42) encuestados, el 100% manifestaron que sí.

Pregunta No. 7

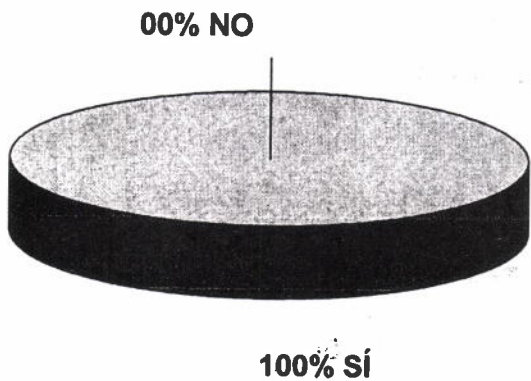
¿Tiene conocimiento de las funciones del Registro Mercantil?



Interpretación: De la muestra investigada de cuarenta y dos (42) encuestados, el 100% manifestaron que sí tienen conocimiento.

Pregunta No. 8

¿Considera que es importante interponer el Recurso de Revocatoria en contra de las Resoluciones del Registrador Mercantil General de la República y derogar el Artículo 350 del Código de Comercio, el cual regula que contra las resoluciones del Registrador Mercantil no cabe recurso alguno?



Interpretación: De la muestra investigada de cuarenta y dos (42) encuestados, el 100% manifestaron que sí.