

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA LEGALIDAD

(Lo formal versus lo integral)

Programa de Doctorado en Derecho
Pluralista, Público y Privado.
Facultad de Derecho,
Universidad Autónoma de Barcelona
Tesis preparada por:
Eduardo Mayora Alvarado.
Guatemala, [].

INDICE.

Abreviaturas	5
I. Introducción.....	6
i. Democracia y estado de derecho.	7
1) Las intenciones.	7
2) La disposición a canjear privilegios por estabilidad institucional.	8
3) El diseño del sistema y los recursos.....	13
ii. Se habla mucho pero se sabe poco sobre el estado de derecho.....	14
II. Algunos aspectos del origen de la institución.	22
III. El desarrollo del concepto en las anteriores constituciones de Guatemala.....	27
IV. El principio de legalidad y la jurisdicción contencioso-administrativa en la CPR.	40
V. Desarrollo legislativo; sus diversas etapas.....	41
VI. El control jurisdiccional de la legalidad en algunas de las sentencias de la Corte de Constitucionalidad.....	53
i. Control jurisdiccional y separación de poderes.	53
ii. Ámbito material de competencias del TCA.....	54
iii. Alcances del control jurisdiccional.....	58
iv. El silencio administrativo.	60
v. Los recursos administrativos previos.....	60
vi. El problema de la resolución de los “casos no previstos”.....	63
vii. La Administración no es juez y parte.	64
VII. El control de juridicidad en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia.	67
i. Sobre los alcances del control de la juridicidad de los actos de la Administración.	67
ii. El problema de los contratos administrativos.	75
VIII. El formalismo que impregna el sistema.	88
IX. El contencioso-administrativo en Francia.	95
i. Antecedentes y evolución.	95
ii. Un sistema dualista.	97
iii. Características principales.	98
iv. Las reglas de competencia en materia administrativa.....	101
v. El recurso por exceso de poder.	103
vi. Los recursos, dentro de lo jurisdiccional.	104
vii. Otras consideraciones sobre la forma y el fondo, en el sistema francés.	104
X. El nuevo sistema español.....	106
i. Antecedentes.....	106
ii. Estructura y principios que informan la jurisdicción contencioso-administrativa.	116
1) Generalidades.	116
2) Órganos que la integran y principales competencias.	118
3) Ciertos principios importantes.	123
iii. Materias sometidas al control de lo contencioso-administrativo.	127
iv. Admisibilidad del recurso.....	130
v. Las partes.....	135
vi. La transacción en el contencioso-administrativo español.....	138

vii.	La ejecución de las sentencias y otros aspectos relacionados.....	142
XI.	El sistema inglés, características principales.....	148
i.	La visión del sistema continental desde las islas británicas.....	148
ii.	Generalidades del marco constitucional.....	153
iii.	La revisión Judicial.....	158
1)	Actuaciones <i>Ultra Vires</i>	160
2)	El alcance de la delegación y la naturaleza de las reglas.....	161
iv.	La justicia natural y el derecho de audiencia.....	162
1)	Categorización.....	163
2)	Justicia natural y ecuanimidad (“fairness”)......	163
3)	El requerimiento de la notificación o citación como elemento del derecho de audiencia.....	164
4)	El derecho de audiencia, la prueba y el auxilio profesional.....	164
v.	El derecho a una resolución razonada.....	165
vi.	La justicia natural y la Convención Europea de Derechos Humanos.....	166
vii.	La justicia natural y la imparcialidad.....	167
viii.	El control jurisdiccional.....	168
ix.	Una palabra sobre el futuro.....	170
XII.	El sistema estadounidense.....	172
i.	Introducción.....	172
ii.	Las agencias administrativas, elemento central.....	173
iii.	El control jurisdiccional de la Administración.....	184
1)	La recta interpretación de la ley.....	185
2)	Las cuestiones de hecho.....	187
3)	La revisión de las reglas.....	189
iv.	Acceso a la revisión judicial.....	190
1)	El tribunal correcto.....	190
2)	Materias excluidas.....	191
3)	La legitimación activa.....	193
4)	Oportunidad y agotamiento de recursos.....	193
5)	Reclamaciones por daños.....	194
6)	Reclamaciones de daños contra funcionarios.....	195
XIII.	Algunas recapitulaciones.....	197
i.	La evolución de los procesos.....	197
ii.	La lucha por el control y por eludirlo.....	200
iii.	El control jurisdiccional de la legalidad, ¿hasta dónde puede llegar?.....	207
iv.	Opciones a la intervención administrativa.....	217
XIV.	Codificación, jurisprudencia, doctrina.....	231
i.	Dos familias jurídicas, un solo enfoque.....	231
1)	Francia.....	233
2)	España.....	236
3)	Inglaterra y Estados Unidos.....	238
ii.	Codificación versus jurisprudencia.....	240
iii.	Doctrina, ¿sobre qué?.....	248
XV.	Otros horizontes, otra mentalidad, otro perfil judicial.....	250
i.	Lo formal versus lo integral.....	250
1)	El lugar de las formas y los procedimientos.....	250
2)	Falta de conexión entre lo adjetivo y lo sustantivo.....	252
3)	El amparo: instrumento de congestión.....	253
4)	Síntesis.....	255
ii.	Es más difícil, y menos riesgoso, resolver la forma que el fondo.....	257
1)	Naturaleza del análisis.....	257

2)	Las características principales.	258
3)	Las categorías praxeológicas.	259
4)	Las consecuencias, dados los incentivos.	261
iii.	La independencia del largo plazo.	269
iv.	Las sentencias judiciales modelan el comportamiento.	278
XVI.	El nuevo paradigma de juez.....	285
i.	El paradigma preponderante.	285
ii.	El nuevo paradigma.	287
XVII.	Conclusiones.....	290
	Post Scriptum.....	297
	BIBLIOGRAFIA	298
i.	Libros.....	298
i)	Periódicos y publicaciones especializadas.....	301
ii)	Leyes.	303

Abreviaturas:

Arto.	Artículo
APA	Administrative Procedure Act
CC	Corte de Constitucionalidad
Cc	Código Civil, Decreto Ley 106
CPCYM	Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107
CPR	Constitución Política de la República
CSJ	Corte Suprema de Justicia
CT	Código Tributario de Guatemala
GJ	Gaceta Jurisprudencial de la CC
LAEC	Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad
LCA	Ley de lo Contencioso-Administrativo (vigente)
LJ	Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998, de España.
LOJ	Ley del Organismo Judicial de Guatemala
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
RFD adm	Revue Française de Droit Administratif
SAT	Superintendencia de Administración Tributaria
TCA	Tribunal de lo Contencioso- Administrativo

I. **Introducción.**

“El actual Estado de Derecho no sería siquiera concebible sin un sistema de justicia administrativa, y los principios en que el Estado de Derecho se asienta se apoyan en la idea de la libertad y los derechos humanos y repudian *a limine* cualquier interpretación que intentase dejar libre la arbitrariedad de la Administración o la consideración sistemática de los intereses gestores de ésta como superiores a las determinaciones legales y a la libertad.

Eduardo García de Enterría, 1999.

Probablemente no sea exagerado afirmar que el mundo de hoy se divide entre los pueblos que han sabido erigir instituciones para vivir bajo el imperio de la ley y aquellos que no han sabido lograrlo. Llegado el siglo veintiuno prácticamente todos los regímenes del orbe se describen a sí mismos como respetuosos, tanto de las normas que rigen la vida del Estado, como de las que gobiernan la convivencia internacional. Incluso en aquellos casos en los que cualquier grupo o facción de un país accede al poder por la fuerza, con pretensiones de estabilidad en el tiempo, sus cabecillas procuran definir tanto a la ciudadanía como a la comunidad de las naciones, las reglas básicas bajo las cuales habrán de ejercer el poder y, también, de qué manera su ejercicio del poder bajo esas reglas es legítimo o conducirá, en su día, a determinados hechos o circunstancias —un referéndum o unas elecciones libres— que proporcionarán esa legitimidad. He aquí dos problemas distintos pero íntimamente relacionados: uno, el del ejercicio del poder bajo el imperio del derecho; otro, el del ejercicio del poder con el consentimiento de los gobernados, esto es, legítimamente. Parece innecesario demostrar que la legitimidad del ejercicio del poder es, en sí, buena y deseable. El hecho de que los habitantes de un Estado den y renueven su consentimiento, a través de mecanismos suficientemente objetivos y confiables, para ser gobernados por determinadas personas o grupos de personas no sólo conviene a la convivencia pacífica sino que ahorra mucha energía social y política que puede entonces aplicarse a la edificación de las instituciones públicas y a la producción de bienes y servicios. Pero la realidad actual de la mayor parte de los países en vías de desarrollo demuestra que ese tipo de legitimidad es necesaria, pero insuficiente, para

lograr vivir bajo el imperio del derecho. Esta segunda condición suele ser consecuencia de ese proceso de edificación de las instituciones a que acabamos de hacer referencia.

i. Democracia y estado de derecho.

La íntima relación entre estas dos cuestiones —la de la legitimidad democrática y la del imperio del derecho— estriba en que la falta de la segunda o su debilidad crónica va minando paulatinamente la primera, pudiendo llegar a destruirla. Ese es un proceso que no siempre se manifiesta de la misma forma y su naturaleza y características dependen de ciertos aspectos o factores, a saber: (a) la existencia o inexistencia, por parte de los agentes de decisión política, de una genuina intención de establecer las instituciones (en el sentido amplio de este término) que conlleven la operación, efectiva, del principio del imperio del derecho; (b) la existencia de grupos de poder fáctico (económico o militar, por ejemplo) dispuestos a canjear sus posiciones privilegiadas pero inseguras (por la falta misma de bases institucionales sólidas), en el corto plazo, por otras menos rentables (*lato sensu*) pero más seguras, en el largo plazo; (c) la capacidad profesional y técnica disponible para el diseño y gestión de las instituciones necesarias; y (d) la disponibilidad de los recursos económicos básicos para dotar de los elementos materiales y humanos necesarios a las instituciones que deben erigirse y hacerse funcionar.¹

1) Las intenciones.

La determinación de la existencia o no de intenciones genuinas, por parte de los agentes de decisión política, es de por sí difícil. ¿Quién puede erigirse en juez de las intenciones de los demás? Además, como señalábamos arriba, prácticamente cualquier persona, grupo o facción que ejerza el poder en la actualidad, se declara respetuosa de los derechos humanos, del régimen jurídico del Estado y del derecho internacional, así como también enemiga de la arbitrariedad.² Los ataques, denuncias o reproches en contra de

¹ Cfr. Por ejemplo, lo hecho en Francia, con ocasión de la reforma de 1953, en: *Laubadère, André de; Venecia, Jean-Claude; y Gaudemet, Yves, TRAITÉ DE DROIT ADMINISTRATIF*, Tomo I, L.G.D.J Paris 1994. Pág. 311: « La extensión del rol y de la importancia de los tribunales administrativos resultante de la reforma de 1953 condujo a tomar un cierto número de medidas de orden estatutario destinadas a atraer hacia dichos tribunales personal de calidad, a acentuar su independencia de cara a la administración activa y a darles un valor profesional en relación con sus nuevas tareas...» (Traducción propia).

² En Guatemala, por ejemplo, La Junta Revolucionaria de 1944 dictó los llamados “Principios fundamentales de la Revolución del veinte de octubre”, en los que consideró, entre otras cosas, que: “...el

los gobernantes (sobre todo de aquellos cuyo acceso al poder se basa en la fuerza), suelen provenir de partidos u organizaciones opositoras al régimen y por lo tanto proclives a sobredimensionar los hechos o a responsabilizar de todo lo malo que ocurra a los contrincantes en el poder. Los signos externos que pudieran reflejar las intenciones de los líderes políticos en el poder son, pues, siempre difíciles de precisar, de sopesar, de considerar en su justa dimensión.

2) La disposición a canjear privilegios por estabilidad institucional.

Algo parecido ocurre en lo que se refiere a la disposición que puedan o no mostrar los diversos grupos de poder fáctico (económico, militar, sindical, religioso, etc.) que disfruten de posiciones privilegiadas, a renunciar a esas ventajas, a cambio de un sistema más estable en el largo plazo, pero menos rentable, para ellos, en el corto. Conviene precisar un tanto a qué nos referimos al hablar de “privilegios”. Se trata de cualquier ventaja, explícita o tácitamente protegida por el régimen imperante, legal o ilegalmente, que supone la percepción de rentas para sus beneficiarios. No se trata de utilidades derivadas de procesos de mercado (competitivos) ni del ejercicio de competencias públicas (poderes) claramente delimitadas, sino de rentas –directas o indirectas—que, en ausencia de la protección del régimen legal imperante, no podrían obtener sus beneficiarios. No todas las ventajas que podrían incluirse en este género son iguales ni conllevan las mismas consecuencias. No sería lo mismo, por ejemplo, que las autoridades competentes dejen impune, sistemáticamente, fenómenos como el del comercio de productos de contrabando, cuando se realiza por elementos vinculados a las fuerzas armadas, que la promulgación de una ley para proteger la producción y

funcionamiento orgánico de la democracia exige como condición primordial la aplicación de la ley sin privilegios irritantes...”. A continuación, estimando procedente “...dictar las medidas a que debe sujetarse la organización político-administrativa del país”, mediante el artículo 1° de su Decreto Número 18 derogó totalmente la Constitución de la República (tomado del DIGESTO CONSTITUCIONAL, Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, Números 4 a 7, Guatemala 1978, Págs. 292 y Sigs.). Por otro lado “los gobiernos militares surgidos del golpe producido el 23 de marzo de 1982 se autorregularon por un Estatuto Fundamental de Gobierno. Concentraron en uno los poderes ejecutivo y legislativo y se reservaron la designación de los miembros del organismo judicial.” (tomado de Alejandro Maldonado Aguirre, NUESTRA CONSTITUCION, Centro Editor Piedra Santa, Guatemala febrero de 2001. Pág. 29) Antes de eso, cuando en enero de 1963 se derrocó al presidente Miguel Idígoras Fuentes: “Se decretó la suspensión de toda actividad política, se canceló el partido ydigorista y el MDN (que dirigía el coronel José Luis Cruz Salazar), se decretó un Estatuto de Gobierno y se emitió una Ley de Defensa de las Instituciones Democráticas...” Luján Muñoz, Jorge, BREVE HISTORIA CONTEMPORÁNEA DE GUATEMALA, Fondo de Cultura Económica, México 2002, 2ª. Edición, Pág. 309.

comercialización en el mercado interno de cualquier producto. Las dos especies operan contra la instauración del ideal del imperio del derecho, pero de forma radicalmente distinta. Con todo y ello, suele haber conexiones sistémicas entre las diversas especies que integran el género de los privilegios, debido a que, buena parte de su carácter destructivo del ideal del imperio del derecho, radica en que todas ellas (cada una de las especies) debilitan los principios fundamentales del sistema, los hacen relativos a criterios discutibles u opinables.

El principio que suele estar con mayor frecuencia en juego es el de la igualdad ante la ley. Naturalmente, la obtención de cualquier ventaja, explícita o implícitamente, por parte del poder público, supone un tratamiento desigual, supone que un grupo en particular, que reúne ciertas características, percibe determinadas rentas (también, directa o indirectamente) que otras personas o grupos no perciben. La igualdad ante la ley se quiebra.

Ahora bien, hay dos tipos de problemas diferentes, en cuanto a este asunto se refiere. El primero es el del ejemplo del comercio de productos de contrabando que se deja pasar impunemente. En este caso la norma legal es la misma para todos, pero no se aplica por igual, deliberadamente. La ventaja o el privilegio se materializan en esa omisión consciente que, siendo una circunstancia de hecho, modifica el significado de la norma para el conglomerado social. El segundo es el caso de la protección (fomento, subvención, exención, etcétera) legislada, en el que la norma jurídica como tal describe las características del grupo privilegiado y dispone cuáles serán las ventajas para ese grupo. Para un jurista las diferencias entre ambas situaciones podrían juzgarse fundamentales, pero para el conglomerado social las diferencias, habiéndolas, son menos importantes.

Como afirma Karl Popper, el igualitarismo propiamente hablando es la exigencia de que los ciudadanos del Estado sean tratados imparcialmente; es la exigencia de que ni la cuna u origen, ni las relaciones de familia o la fortuna, deben influenciar a quienes administren la ley a los ciudadanos; en otras palabras –agrega- [la ley] no reconoce

privilegio natural alguno, aunque ciertos privilegios pudiesen conferirse por los ciudadanos a favor de aquellos en quienes tienen su confianza.³ La Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha adoptado –como otros tribunales constitucionales⁴— la fórmula según la cual el principio constitucional de igualdad debe entenderse en el sentido de que debe dispensarse igual tratamiento a los iguales. Sobre ese particular también es interesante lo que escribe Popper:

Posteriormente, en las Leyes, Platón resume su réplica al igualitarismo en la fórmula: ‘El tratamiento igual de los desiguales necesariamente engendra iniquidad’; y esto fue desarrollado por Aristóteles en la fórmula ‘Igualdad para los iguales, desigualdad para los desiguales’. Esta fórmula indica la que puede ser denominada la objeción estándar al igualitarismo; la objeción de que la igualdad sería excelente si tan solo los hombres fueren iguales, pero que es manifiestamente imposible, dado que no lo son y por tanto tampoco pueden hacerse iguales. Esta aparentemente muy realista objeción es, de hecho, de lo más irrealista, pues los privilegios políticos nunca se han basado en diferencias naturales de carácter.”⁵

Estas agudas observaciones ponen de relieve la confusión –así nos parece—que se ha generado en torno al principio de la igualdad ante la ley, esto es que, a partir de las evidentes desigualdades naturales entre todos los hombres, se han promulgado y aceptado

³ Cfr. Popper, Karl. THE OPEN SOCIETY AND ITS ENEMIES, Tomo I, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1966. Pág. 95: “Equalitarianism proper is the demand that the citizens of the state should be treated impartially. It is the demand that birth, family connection, or wealth must not influence those who administer the law to the citizens. In other words, it does not recognize any ‘natural’ privileges, although certain privileges may be conferred by the citizens upon those they trust.”

⁴ Cfr. Por ejemplo, Medina Guerrero, Manuel, LA VINCULACION NEGATIVA DEL LEGISLADOR A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, editorial McGraw-Hill, Madrid, 1996. Pág. 124: “Por tanto, para apreciar si una medida diferenciadora tiene o no carácter discriminatorio, el Tribunal Constitucional aplica, en primer término, el *test* de razonabilidad, que exige que la diferenciación persiga un fin constitucionalmente admisible, así como que exista una adecuación entre dicha medida diferenciadora y el fin que la misma persigue. Pero además de ser razonable, es necesario que la diferenciación sea proporcionada, entendiéndose por tal que la medida sea resultado de una satisfactoria ponderación, ya de los derechos afectados por ella (como sucede en la parcialmente transcrita STC 158/1993), ya de las circunstancias que justifican el trato desigual.”

⁵ Cfr. Op. Cit., Pág. 96: “Later, in the Laws, Plato summarizes his reply to equalitarianism in the formula : ‘Equal treatment of unequals must beget inequity’; and this was developed by Aristotle into the formula ‘Equality for equals, inequality for unequals’. This formula indicates what may be termed the standard objection to equalitarianism; the objection that equality would be excellent if only men were equal, but that it is manifestly impossible since they are not equal, and since they cannot be made equal.”

como constitucionalmente válidas muchas leyes que se basan, realmente, en *otras diferencias*. Éstas suelen ser relativas a la condición económica de ciertos grupos de personas o a la naturaleza de su relación con otros grupos: sindicatos versus empresas; productores nacionales versus productores extranjeros; ciertos grupos étnicos o lingüísticos respecto de la mayoría; etcétera. Se produce así un *non sequitur* en cuanto a la proposición *tratamiento igual a los iguales*, porque las leyes tratan desigualmente a una larga serie de grupos de ciudadanos, pero no a partir de características naturales e intrínsecas que los diferencian sino de otras, que les son circunstanciales. Esto conduce a una especie de ‘devaluación’ del principio de igualdad ante la ley pues, obviamente, dependiendo de las particulares circunstancias que de cada uno de nosotros se trate, siempre podremos ser considerados iguales o desiguales respecto a otras personas. El principio se vuelve así excesivamente relativo y vulnerable, en el sentido que explicamos a continuación.

Como señalan Gwartney y Wagner, las cuestiones de interés especial son aquellas que generan beneficios personales substanciales para un pequeño grupo del electorado, mientras que imponen un costo individual pequeño a un gran número de votantes. Pocas personas –agregan– obtienen un gran beneficio mientras que casi todas las demás sufren una pequeña pérdida. Un sistema mayoritario de democracia representativa –añaden por último– se inclina hacia la adopción de políticas de interés especial, aún y cuando dichas políticas reducen el tamaño de la ‘tarta’ económica.⁶ En la medida, entonces, que el principio del *trato igual a los iguales* echa raíces en cualquier sociedad política, los grupos de interés especial se organizan, motivados precisamente por esa circunstancia y la expectativa de que lograrán obtener determinados beneficios (tantos como puedan

⁶ Cfr. Gwartney, James D. y Wagner, Richard E., editores, PUBLIC CHOICE AND CONSTITUTIONAL ECONOMICS, JAI Press Inc., Greenwich Connecticut y Londres, Inglaterra 1988. *Public Choice and the Conduct of Representative Government*, por Gwartney y Wagner; Pág. 19: “A special interest issue is one that generates substantial personal benefits for a small number of constituents while imposing a small individual cost on a large number of other voters. A few people benefit a great deal while almost everyone else loses a little bit. A majoritarian system of representative democracy is biased toward the adoption of special interest policies, even when those policies reduce the size of the economic pie.”

conseguir) a costa de la generalidad del conglomerado.⁷ Es el conocido problema de los *beneficios concentrados y los costos difusos*.

El proceso discurre durante dos fases distintas, pero relacionadas. Primero, el grupo de interés de que se trata debe realizar el *lobby* necesario ante las instancias gubernamentales o parlamentarias competentes, para conseguir la promulgación de los reglamentos o de la legislación que confiera los privilegios que se gestionan (protección contra importaciones de productos del extranjero, contra la contratación de trabajadores provenientes del extranjero o no sindicalizados; subvenciones con cargo a los presupuestos del Estado; exenciones tributarias, y un largo etcétera). Para eso se requiere armar un caso razonablemente convincente, en cuanto al gran beneficio que la promulgación de las normas de que se trate traerá consigo. Ese es el trabajo de los asesores y expertos y pasa por la preparación de estadísticas *ad hoc*, la negociación de alianzas recíprocas (entre los grupos de interés especial y los partidos o los agentes de decisión política) y la determinación clara de las características particulares del grupo y sus debilidades. Este último aspecto es quizás el más importante, en relación con la segunda fase, que es la de la defensa de los privilegios obtenidos, tanto ante terceros opositores, como ante la justicia, sea con ocasión del control de legalidad o de constitucionalidad. La jurisprudencia de distintos países ha procurado establecer determinados requisitos, tales como el de cierta relación de causalidad entre la discriminación legislativa (positiva o negativa y el objeto o fin deseado) o el “test de razonabilidad”⁸, buscando así evitar en lo posible que las presiones de los diversos grupos de interés resulten en privilegios totalmente arbitrarios. Pero estos esfuerzos no siempre tienen éxito, en parte, por el problema ya indicado de los beneficios concentrados y de los costes difusos, y en parte porque hay muchos aspectos de considerable complejidad técnica, que escapan incluso el dominio de los propios tribunales, no se diga del público en general.

⁷ Cfr., también sobre este tema: JOURNAL DES ECONOMISTES ET DES ETUDES HUMAINES, Vol. XI, # 2/3 – Junio/Septiembre 2001. *In Honor and Memory of Frédéric Bastiat's The Law*, por Eduardo Mayora Alvarado.

⁸ Cfr. Medina Guerrero, Manuel, LA VINCULACION NEGATIVA DEL LEGISLADOR A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3) El diseño del sistema y los recursos.

En cuanto a los últimos dos aspectos o factores que tendrían que concurrir para poder instaurar el imperio del derecho⁹, a saber, la capacidad profesional y técnica para el diseño del sistema y los recursos materiales y humanos para que pueda funcionar adecuadamente, también hay consideraciones importantes que hacer. Primero, que no es fácil conseguir esos recursos y segundo, que no siempre es ésta la voluntad de quienes hacen gobierno. En general los agentes de decisión política suelen preferir asignar los presupuestos públicos a obras o proyectos tangibles, que puedan esgrimirse más fácilmente frente al electorado como los resultados “palpables” de su gestión, en contraste con los resultados intangibles de un buen sistema de justicia administrativa. Por otro lado, no siempre es posible transplantar diseños institucionales –por muy buenos que sean—de un sistema a otro, debido en parte a que los ordenamientos suelen ser muy diversos, en cuanto a los detalles, sobre todo en el área del derecho público. La falta de conocimiento del entorno próximo y del remoto de cualquier institución jurídica, puede crear problemas iguales o peores que los que se pretende evitar. Cuando en Guatemala se implantó el Código Procesal Penal vigente, por ejemplo, el Ministerio Público carecía de las características necesarias para cumplir su cometido, debido a que se le atribuía el monopolio del ejercicio de la acción pública penal, en un sistema acusatorio sin precedentes en el país. Casi una década después, muchas de las fiscalías del Ministerio Público siguen operando de manera más semejante a un juzgado de instrucción penal, que a un órgano que investiga para determinar si debe formular la acusación, bajo el control de un juez instituido para ello. De esa manera, los fiscales reciben declaraciones que plasman por escrito, formando el ineludible expediente, agregan informes, también escritos, certificaciones sobre antecedentes penales y policíacos reciben memoriales de “ambas” partes (la acusadora o denunciante y la acusada o denunciada) y van “resolviendo” las causas *cuasi* juzgado de instrucción. La fuerza de ciertas prácticas y costumbres a lo largo de más de un siglo, ha pesado más que el nuevo diseño institucional, en buena medida porque la mentalidad de los profesionales que integran institución ha sido formada dentro de la tradición anterior.

⁹ *Supra* Pág. 5.

ii. Se habla mucho pero se sabe poco sobre el estado de derecho.

A juzgar por la poca importancia relativa que, en la realidad de los hechos, se atribuye al sistema de justicia, como elemento fundamental para el desarrollo económico, cultural y político de Guatemala, cabe plantear la hipótesis de que la noción del imperio de la ley, o su más comúnmente empleada expresión: “el Estado de Derecho”, se comprende mucho menos de lo que parece, aún entre quienes podrían considerarse expertos en la materia. Así, a pesar de que los más variados grupos, integrantes de lo que hoy se llama *la sociedad civil*, al igual que todo y cualquier político, sea del oficialismo o de la oposición, claman por la vigencia del Estado de Derecho, no se ha conocido, sin embargo, de líder o dirigente alguno que haya exigido al Presidente de la República o al Congreso que se promueva la creación de más salas del Tribunal de lo Contencioso-administrativo o, en fin, la adopción de medidas parecidas que contribuyan directa y concretamente a hacer vigente el imperio de la ley.¹⁰

Es posible que este fenómeno tenga que ver, en parte, con la circunstancia, por demás natural, de que prácticamente todas las organizaciones de *la sociedad civil*, como también los partidos políticos, promueven sus propias agendas. Sea que las mismas estén relacionadas con la problemática social, cultural, económica o ambiental del país o con el preciso objetivo de alcanzar o conservar el poder político, lo cierto es que desprovistas dichas agendas de cierto marco más fundamental y de cierto contexto institucional más amplio, su contenido quedaría un tanto crudo (sus agendas más específicas quedarían al desnudo). Dicho de otra forma, la promoción de objetivos específicos, como el reconocimiento oficial de alguna lengua mayense, por ejemplo, bien podría considerarse una reivindicación justa que, no obstante, tiene menos importancia que la consecución de un estado de cosas en el que las diversas administraciones públicas estén sujetas, efectiva y no tan solo formalmente, al control de la legalidad de sus actos. Fácilmente puede uno imaginar situaciones en las que, por cualquier razón o circunstancia, se limite el derecho de cualquier ciudadano a diligenciar sus asuntos en aquella lengua que hubiese sido

¹⁰ Cfr. García de Enterría, Eduardo; LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO, Editorial Civitas, S.A. Madrid 1995. Pág. 11. Con razón dice este autor: “Así, todo el suculento tema del estado de derecho se convierte para los administrativistas en un conjunto

reconocida, al lado de otra u otras, como oficial y, si en ese caso el acceso a la justicia administrativa careciera de efectividad (como en general, cualquier otro caso), ¿de qué habría servido el reconocimiento oficial?

Por razones como las apuntadas arriba, también se utiliza de manera más o menos decorativa la noción del imperio de la ley, para promover intereses sectoriales, que van desde el respeto al fuero sindical, hasta la denuncia de las operaciones de extracción petrolera en las selvas del Petén. Siendo así las cosas es fácil entender cómo el estado de derecho se convierte en una suerte de pantalla, que de ser removida desvelaría mucho de lo que hay detrás, no siempre tan fundamental, tan necesario o respetable como el ideal del imperio de la ley.

Al mismo tiempo, como el empeño de muchos de esos grupos u organizaciones se enfoca en la consecución de sus más concretos objetivos, el ideal del imperio de la ley queda sin estudiarse ni comprenderse a fondo, por mucho que figure como parte del discurso social o político y por mucho que genuinamente gobernantes y gobernados aspiren a instaurarlo a plenitud. En ese sentido, aspiran a un bien que se lo representan como tal, más intuitiva que reflexivamente. En efecto, los mismos parlamentarios que con frecuencia se pronuncian a favor del imperio del derecho, recientemente aprobaron una reducción del orden de unos cien millones de quetzales (cerca de trece millones de dólares) para el presupuesto del Poder Judicial, en comparación con el presupuesto que se le había aprobado para el ejercicio fiscal anterior, por la misma legislatura.¹¹ Claro que

de técnicas concretas y particulares. Esta conversión de la metafísica en técnica es, justamente, nuestro papel en el gran concierto de las ciencias sociales.”

¹¹ Cfr. Periódico “*Siglo Veintiuno*”; Ciudad de Guatemala, 30 de noviembre de 2001; Pág. 14, Editorial intitulado: “*Justicia: otra vez la cenicienta del Presupuesto*”: <<De las novedades del presupuesto del Gobierno guatemalteco para el ejercicio 2002, una de las que más llama la atención es la disminución en algo así como cien millones de quetzales, del presupuesto para el Poder Judicial correspondiente al ejercicio fiscal ya indicado. >>

<<Cuando los escándalos de corrupción, el incremento de la criminalidad y la violencia, la debilitación del respeto a los derechos humanos y la pérdida de fe de los ciudadanos en su sistema político y en sus instituciones se hacen más críticos, precisamente en ese momento los representantes del Frente Republicano Guatemalteco en el Congreso de la República asestan otro golpe al imperio del derecho, obligando al Organismo Judicial a suspender proyectos ya iniciados, a operar con menos recursos cuando las necesidades y los problemas más bien se multiplican, y a prescindir de nuevos programas que la justicia de esta sociedad, marcada por la discordia, reclama a gritos.>> También, *Siglo Veintiuno*, 6 de febrero del 2002: <<La reducción de más de Q106 millones a su presupuesto de este año y la consiguiente paralización

eso podría explicarse si el presupuesto del Estado, en general, hubiese sufrido alguna reducción, por ejemplo, o si fuese posible entender que los recursos humanos y materiales del Poder Judicial ya eran suficientes. Pero ninguno de esos supuestos semeja la realidad: el Presupuesto General del Estado aumentó y, desgraciadamente, los recursos de que puede disponer el Poder Judicial están lejos de ser suficientes.¹²

de diversos proyectos de la modernización de la justicia, serán los temas centrales de la exposición del Organismo Judicial (OJ), en la reunión que el Estado de Guatemala sostendrá con el Grupo Consultivo.>> Sobre la percepción de la situación que priva en el Poder Judicial y la vigencia del Estado de derecho, también son interesantes las publicaciones siguientes:

- **Siglo Veintiuno**, 19 de marzo de 2002: “CSJ (Corte Suprema de Justicia) lanza amenaza de denunciar al Congreso. Asegura que su presupuesto es precario y que necesita con urgencia Q180 millones para no colapsar”.
- **Siglo Veintiuno**, 8 de abril de 2002: “Tribunales desbordados. Las estadísticas son claras; al ritmo actual, los tribunales de instancia del ramo penal y civil tienen capacidad para resolver solamente uno de cada 10 expedientes que ingresan en el Organismo Judicial durante el plazo que establece la ley...”
- **Siglo Veintiuno**, 22 de mayo de 2002: “Sólo el 33% investiga en el MP. El Ministerio Público (MP), ente encargado de la persecución penal en el país, es acusado frecuentemente de tortuguismo y pasividad, y parte del origen de ese problema se explica en que sólo el 33% de su personal está asignado a funciones investigativas; el 67% restante cubre aspectos investigativos...”
- **Siglo Veintiuno**, 27 de junio de 2002: “Juicios fiscales saturan tribunal. Más de 1,300 casos presentados por contribuyentes contra el Fisco abarrotan el tribunal de la Segunda del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. El exceso de trabajo provoca que cada proceso tarde más de tres años antes de recibir sentencia. Mientras tanto, sólo en el tiempo que lleva funcionando la SAT, se han congelado por esta causa unos Q290 millones...”
- **Siglo Veintiuno**, 29 de septiembre de 2002: “OJ maneja mal su presupuesto. El incumplimiento financiero del Gobierno para efectuar a tiempo los depósitos para el Organismo Judicial, hace que éste maneje inadecuadamente su presupuesto y planifique gastar los fondos en 14 meses en vez de hacerlo a un año... Salarios de bajo perfil: En busca de otro trabajo más rentable podrían estar los jueces del Organismo Judicial, debido a los salarios que ofrece dicha entidad, comenta el magistrado José Quesada...”
- **Siglo Veintiuno**, 26 de diciembre 2002: “Difícil la separación de manzanas podridas. Si no se le separa del cesto ‘una manzana podrida pudre a las demás’, y ése parece ser un lema difícil de lograr en los organismos que tienen la responsabilidad de administrar el sistema de justicia. Y es que, aunque durante este años unos ocho funcionarios del Organismo Judicial (OJ) y del Ministerio Público (MP) han sido acusados de haber cometido hechos ilícitos, pocos han sido destituidos...”
- **Siglo Veintiuno**, 3 de enero de 2003: “OJ pierde 40% de créditos. Los programas de modernización del Organismo Judicial (OJ), apoyados por el Banco Mundial (BM) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), se verán reducidos este año en Q60 millones, debido al reducido techo presupuestario que aprobó para la administración de justicia el Congreso de la República...”
- **Siglo Veintiuno**, 30 de marzo de 2003: “CIDH: ‘Grave deterioro’. Un ‘grave deterioro’ del estado de Derecho en Guatemala denunció ayer la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que concluyó una visita al país con un fuerte informe. José Zalaquett, primer vicepresidente, también dejó clara su preocupación, cuando dijo: ‘La impunidad, corrupción, crimen organizado y exclusión de diversos sectores representan un serio retroceso en la vigencia efectiva del estado de Derecho y restringen el pleno goce de los derechos humanos...’”

¹² Cfr. En *Informe al Congreso, Proyecto de presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado del Ejercicio Fiscal 2002*, publicado por el Centro de investigaciones Económicas Nacionales –CIEN–, N° 49,

Una realidad que merece exponerse en abono de las reflexiones anteriores, por lo elocuente que nos parece en este contexto, es la relativa a la distancia que existe entre el tratamiento constitucional del *control de la juridicidad de la administración pública*, por una parte, y su reflejo en el mundo de los hechos, por otra. El primer párrafo del artículo 154 constitucional contiene el que suele designarse como “principio de legalidad”, en los términos siguientes:

Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella.

De la mera lectura de esta disposición constitucional ha de convenirse en que, en el régimen jurídico guatemalteco, los actos de los funcionarios públicos sólo pueden producir consecuencias jurídicas si se conforman con la ley, puesto que en caso contrario no sólo se violaría la ley, sino también la CPR. Pero, ¿a quién toca y cómo ha de declararse la existencia de una contravención legal de esa naturaleza?

En la CPR se da respuesta expresa a esta cuestión, y con mayor énfasis que a otras cuestiones, también importantes. En efecto, el Capítulo IV del Título IV de la CPR ordena y establece el Organismo Judicial, uno de los tres en los que, según el artículo 141, se delega el ejercicio de la soberanía, que radica en el pueblo. La CPR se ocupa allí de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte de Apelaciones, de los Tribunales Militares, de los Tribunales de Cuentas y del Tribunal de lo Contencioso-administrativo (TCA). En el primer párrafo del artículo 221 de la CPR se dispone:

Su función es de contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así

Guatemala, Noviembre de 2001; Pág. 1: “El Proyecto PE/2002 incluye ingresos corrientes y de capital, es decir ingresos propios, por un monto de Q.21,166.4 millones, lo cual equivale a 11.9% del PIB calculado por el MFP para el 2002. En relación con los ingresos previstos inicialmente en el presupuesto del 2001, esta cifra implica un aumento de 11.4%. Sin embargo, de conformidad con la ejecución del 2001, estimada por las autoridades fiscales, el incremento sería de cerca de 20%.”

como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas.

A los integrantes del TCA se les confiere por el artículo 206 de la CPR derecho de antejuicio y son electos, conforme al artículo 217, por el Congreso de la República de entre una nómina que ha de proponer la comisión de postulación que allí se establece. Se eligen para el ejercicio de sus funciones por un período de cinco años, admitiéndose su reelección y, mientras estén en posesión de su cargo, gozan de las garantías de no poder ser removidos ni suspendidos, sino en los casos y con las formalidades que disponga la ley (Arto. 208 CPR).

Del régimen someramente descrito arriba difícilmente podría inferirse que, al menos al nivel de la normativa constitucional, se trata con ligereza o de manera superficial el sistema estatuido para conocer de aquellos asuntos en los que la Administración pudiese haber incurrido en ilegalidades, no a los efectos de la deducción de responsabilidades civiles o penales, sino para que se declare si se han realizado o no actos que, por ser contrarios a la ley, carecerían entonces de eficacia jurídica, total o parcialmente. Dicho de otra forma, en el contexto de las instituciones que regula la CPR, la del control de la legalidad —o juridicidad, como allí se dice—se regula en proporción directa a la importancia que debe tener, o cuando menos, no se le resta importancia. Podría creerse que la elección de los magistrados del TCA para un período de cinco años, tan sólo, ya denota una cierta falta de consistencia con la importancia de la institución. Sin embargo debe advertirse que, contrario a nociones básicas de estabilidad y de garantías de inamovilidad, la CPR establece también un período de cinco años, tanto para la Corte Suprema de Justicia, como para la Corte de Constitucionalidad y demás tribunales colegiados y jueces de primera instancia. Por todo ello, el principio de legalidad, el de la revisión jurisdiccional de la validez legal de los actos de la Administración y las garantías y prerrogativas que se acuerdan por la CPR al TCA, denotan la existencia dentro del marco constitucional guatemalteco, formalmente hablando, por lo menos, de un sistema de control de la legalidad de los actos administrativos claramente perfilado.

¿Qué ocurre, no obstante, en la realidad de los hechos? El TCA no es, en cierto sentido, creación de la CPR de 1985 (que entró en vigencia en 1986), puesto que realmente se recogió por ésta –como en otros casos—la estructura preexistente a su promulgación. Desde su creación por primera vez, hace más de siete décadas, el TCA ha tenido competencia para resolver las controversias que se suscitan entre los particulares y la administración pública, incluyendo lo tributario y, más recientemente, lo relativo a los contratos administrativos.¹³ Hasta hace menos de siete años el Tribunal se integraba por una sola sala, compuesta a su vez por tres magistrados y, de entonces para esta parte, se ha establecido una sala más, de modo que sigue habiendo solamente una sala para conocer de todas las controversias existentes en materia administrativa y otra, para todas las que tienen contenido tributario.

En el transcurso de esas más de siete décadas tanto la población del país como su administración pública han crecido enormemente, esta última tanto en lo que toca a sus dimensiones como también al ámbito de sus competencias. Pero dejando de lado la multiplicación de competencias administrativas y cómo esto ha ocurrido, es de por sí elocuente el hecho de que en 1921 el país tenía 2,004,900 habitantes,¹⁴ que en 1994 había 8,331,873 habitantes censados;¹⁵ y que se estima que en 1998 la población era de 11,562,293 habitantes y según el último censo de población ésta asciende a aproximadamente a 11,200,000 habitantes.¹⁶ Mientras que la población del país, y con ella todas sus actividades, gestiones y relaciones con la administración pública se multiplicaron por un factor de más de cinco, el Estado guatemalteco adicionó sólo una sala al TCA. Fácil es que en Guatemala sería, ya sólo por las circunstancias apuntadas, afirmar, como se sostiene en España, que: “La Jurisdicción Contencioso-Administrativa,

¹³ El instrumento de su creación fue el Decreto 1550 de la Asamblea Legislativa fechado 28 de mayo de 1928, el cual fue derogado por el Decreto Gubernativo 1881 de 28 de septiembre de 1936, promulgado, irónicamente, por el dictador Jorge Ubico, decreto el cual, a su vez, fue derogado por el Decreto 119-96 del Congreso de la República, fechado 21 de noviembre de 1996.

¹⁴ Según datos proporcionados directamente por el Instituto Nacional de Estadísticas.

¹⁵ Según datos del Censo de 1994, proporcionado por el Instituto Nacional de Estadísticas, Pág. 13.

¹⁶ Según los datos consignados en la publicación *EN CIFRAS: GUATEMALA*, de *Global Infogroup*, 1999. Pág. 25.

encargada por la Constitución de Controlar la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración, constituye hoy día una pieza básica del Estado de Derecho.”¹⁷

Este trabajo tiene por objeto aportar a la comprensión del ideal del imperio de la ley, del principio de legalidad y a la noción del estado de derecho, una breve referencia a la historia de su evolución en Occidente; y, en lo que a Guatemala se refiere, un recorrido de lo que se ha plasmado en sus anteriores constituciones y en la actual, tanto sobre el principio de legalidad, como sobre los medios establecidos para el control de la juridicidad de los actos de la Administración. La primera parte de ese recorrido se circunscribe a lo que, a nivel constitucional, se ha establecido y ordenado; la segunda parte, a las leyes de lo contencioso-administrativo que antecedieron a la que está actualmente en vigencia; y la última, al sistema que desarrolla la Ley de lo Contencioso-administrativo, Decreto 119-96 del Congreso de la República. A continuación se ensaya una descripción de algunos de los sistemas que mayor influencia han tenido, que son más característicos, o de mayor actualidad. Así, se describe brevemente el sistema francés y las reflexiones que sobre el mismo se han suscitado recientemente, a partir de ciertos principios establecidos por el Tribunal de Justicia europeo. A continuación se trata el sistema español, tanto por su novedad como por la incidencia de la doctrina española en Iberoamérica; seguidamente y de forma muy breve los sistemas inglés y norteamericano.

Con todo ello se pretende demostrar que la legalidad, como un elemento que debería marcar del ejercicio de las funciones de todas las administraciones públicas en el moderno estado de derecho, escasamente ha supuesto, en Guatemala, una dimensión meramente formal. Por el contrario, en Francia –país que podría considerarse la cuna de los sistemas modernos de control de la legalidad de los actos de la Administración— en España, el Reino Unido y en los Estados Unidos el propósito de la sumisión de la Administración al imperio de la ley,¹⁸ se ha hecho realidad en una medida importante.

¹⁷ Álvarez-Cienfuegos Suárez, José María; González Rivas, Juan José; Sancho Mayo, Gloria; ANÁLISIS TEÓRICO Y JURISPRUDENCIAL DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, Aranzadi, Segunda Edición, Navarra 2002; Pág. 19.

¹⁸ Sobre este particular es interesante lo dicho por Friedrich A. Hayek, en: LOS FUNDAMENTOS DE LA LIBERTAD, Unión Editorial, 4a. Edición, Madrid 1982. Págs. 270 y 271: “La república encontró escasas ocasiones de intentar una sistemática protección de los individuos contra el poder arbitrario del Ejecutivo y de hecho la situación que prevaleció en Francia durante la mayor parte del siglo XIX dio grandemente a los

Con base en todo lo anterior se proponen, en plan conclusivo, ciertas directrices de reforma del sistema guatemalteco, para que pueda transitarse de un control de la legalidad de los actos de las administraciones públicas, predominantemente formal, a un estado de cosas en que los ciudadanos, las personas, puedan obtener una verdadera y efectiva tutela de sus derechos, como administrados.

<<preceptos administrativos>> la mala reputación que durante tanto tiempo han tenido en el mundo anglosajón. Verdad es que dentro de la máquina administrativa se desarrolló gradualmente un nuevo poder que asumió *in crescendo* la función de limitar las facultades discrecionales de los organismos administrativos. El *Conseil d'Etat*, creado originalmente tan sólo para asegurar que las intenciones de la legislatura se ejecutasen fielmente, evolucionó en tiempos modernos de tal forma que, como los estudiosos occidentales han descubierto recientemente con cierta sorpresa, da al ciudadano más protección contra la acción discrecional de las autoridades administrativas de la que aquél puede obtener en la Inglaterra contemporánea.” Hayek cita en relación con este comentario las obras de B. Schwartz, *French Administrative Law and the Common Law World*, New York University Press, 1954; C. J. Hamson, *Executive Discretion and Judicial Control*, Londres, 1954; y M. A. Sieghart, *Government by Decree*, Londres, 1950.

II. **Algunos aspectos del origen de la institución.**

Los antecedentes más directos del control de la legalidad de los actos de la Administración deben buscarse en la Revolución Francesa,¹⁹ sin perjuicio de lo cual – como es común en relación con muchas instituciones jurídicas— existen siempre algunas semillas sembradas durante la vigencia de regímenes anteriores.²⁰ Inmediatamente vienen al punto antecedentes como el de la *Magna Carta*, que supuso la instauración de cierta legalidad a la que el rey debía someterse y a mediados del siglo XII el juez inglés Bracton ya escribía que: “El rey no ha de estar sujeto a los hombres, sino a Dios y a la ley, pues la ley hace al rey (*lex facit regem*); que le dé entonces él a la ley lo que la ley a él le da, a saber: la superioridad y el poder, pues no hay rey ahí donde gobierna la voluntad más bien que la ley (*non est enim rex ubi dominatur voluntas et non lex*).²¹

¹⁹ Sobre este particular, Cfr. LOS FUNDAMENTOS DE LA LIBERTAD, Págs. 266 y 267: “Ahora bien, a medida que el nuevo movimiento tomaba impulso se enfrentaba con una situación diferente de la que existía en América en la misma época o de la que se había dado en Inglaterra cien años antes. El nuevo factor lo constituía la poderosa y centralizada maquinaria administrativa creada por el absolutismo; el cuerpo de administradores generales convertidos en principales rectores del pueblo. Tal burocracia se preocupó mucho más del bienestar y las necesidades del pueblo de lo que podría o se esperaba que hiciera el gobierno limitado del mundo anglosajón. Así, en una primera etapa los liberales continentales se vieron en el caso de resolver problemas que en Inglaterra y los Estados Unidos no se plantearon hasta mucho más tarde y tan gradualmente que existieron pocas ocasiones para la discusión sistemática. (...) La Revolución de 1789 fue, por tanto, universalmente saludada, para citar la frase memorable del historiador Michelet, como *l’advenement de la loi*. A. V. Dicey escribió más tarde: <<La Bastilla fue el signo exterior visible del poder de lo ilegal. Su derrumbamiento fue tenido, verdaderamente, en el resto de Europa como el anuncio de ese imperio de la ley que ya existía en Inglaterra.>>”

²⁰ Cfr., Eduardo García de Enterría en: LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO, Pág. 17: “La última fase del Antiguo Régimen contempla la curiosa experiencia de un intento de mediatización judicial de los poderes regioes. Los Parlamentos judiciales, como saben ustedes, último reducto del estamento nobiliario (el propio Montesquieu fue Consejero y Presidente más tarde del Parlamento de Burdeos, y, además, en su gran libro sobre *L’esprit des lois* formula una directa y nada velada apología del sistema), se oponen a las grandes reformas de estructura que el monarca absoluto emprende en la última fase de su monarquía, sobre todo cuando estas reformas están orientadas en el sentido de una reforma de estructura social, por obra de los grandes ministros fisiócratas Turgot, Calonge, Necker. Justamente la negativa de los Parlamentos al <<enregistrement>> de las Ordenanzas regias, las llamadas <<remontrances>>, que es una especie de veto devolutivo al rey que actúan respecto a las Ordenanzas que reciben, origina la gran crisis constitucional del Antiguo Régimen, de la que va a salir directamente la convocatoria de los Estados generales.”

²¹ Cfr. Philippe Nemo, HISTOIRE DES IDÉES POLITIQUES dans l’Antiquité ey au Moyen Age, Presses Universitaires de France, 1998. Pág. 630. Agrega el autor, a continuación de la cita, lo siguiente: “Or la loi est faite par la coutume, la tradition, le temps ; le roi n’a de légitimité que parce qu’il sert une justice formée avant lui et indépendamment de lui, et à la quelle le peuple est indéfectiblement attaché. Si le roi

De particular elocuencia y belleza es el legendario juramento que se afirma que prestaban los aragoneses a sus reyes: “*Nos, que valemos tanto como vos os hacemos nuestro Rey, y Señor, con tal que nos guardeys nuestros fueros, y libertades, y syno, No.*” Más allá del debate histórico sobre la autenticidad del juramento como tal, es claro que el mismo se inscribía en una clara tradición de legalidad y de limitación de los poderes del soberano en el reino de Aragón.²²

En general, en cuanto al imperio del derecho durante el antiguo régimen, de acuerdo con Harold J. Berman: <<La idea del Estado secular, que estaba implícita en la Revolución Papal desde su inicio, y la realidad del Estado secular, que emergió del conflicto histórico entre las fuerzas eclesiásticas y seculares que constituyeron la Revolución Papal, fueron en esencia la idea y la realidad de un Estado bajo el imperio de la ley, un “Estado de derecho”. Esto supuso, primero, que las respectivas cabezas de cada cuerpo, el eclesiástico y el secular, introducirían y mantendrían sus propios sistemas legales, esto es, emitirían leyes con regularidad, establecerían sistemas judiciales, organizarían órganos de gobierno, y, en general, gobernarían *mediante* leyes. Segundo, supuso que las respectivas cabezas de cada uno de los cuerpos estaría sujeta a la ley que ellos mismos habían promulgado; podían cambiarla legalmente, pero hasta que lo hicieran debían obedecerla –debían gobernar *bajo* la ley-.²³

prétend être source de la loi par sa seule <<volonté>>, en renverse l’ordre des causes, il trahit le mandat même par lequel il s’est vu confier le maintien de l’ordre public.”

²² Cfr. Ralph E. Giesey, **IF NOT, NOT**, Princeton University Press, Princeton 1968. Pág. 230 y 240: “The phrase *Si no, no*, therefore, has many possible antecedents, in legal thought generally as well as in legal texts and oaths which impose conditions upon the king.” [...]

“When all the elements mentioned above are synchronized, the period of the 1550’s and the early 1560’s seems to be the pregnant moment for the Oath of the Aragonese. The legend that Sobrarbe was proto-Aragon was fully attested; the False Fueros of Sobrarbe were at the penultimate stage of their codification; the Privileges of Union and the edict prohibiting them had worked their peculiar roles in providing the internal substance and the external proof of the False Fueros...”

²³ Cfr. Harold J. Berman, LAW and REVOLUTION, The Formation of the Western Legal Tradition, Harvard University Press, 1983. La cita que aparece arriba, en español, dice en el original, en inglés, así Pág. 292: “The idea of the secular state, which was implicit in the Papal Revolution from its inception, and the reality of the secular state, which emerged out of the historical struggle between ecclesiastical and secular forces that constituted the Papal Revolution, were in essence the idea and the reality of a state ruled by law, a “law state” (*Rechtsstaat*). This meant, first, that the respective heads of each body, the ecclesiastical and the secular, would introduce and maintain their own legal systems, that is, would regularly enact laws, establish judicial systems, organize government departments, and, in general, rule *by* law. Second, it meant that the respective heads of each body would be bound th the law which they themselves had enacted; they could change it lawfully, but until they did so they must obey it –they must rule *under* law.”

En efecto, durante buena parte de la Edad Media también prevaleció la noción de que tanto el príncipe como los súbditos estaban sujetos a la ley natural, participación de la ley divina en la naturaleza humana, y esta noción cimentó la mentalidad típicamente occidental de un orden normativo que rige por encima de la voluntad del soberano. Las leyes, las órdenes y los actos del príncipe podían ser o no legítimos y, en palabras de Santo Tomás de Aquino, aquellas leyes humanas contrarias a la ley natural no serían tales sino “perversión de la ley”. También refutó el aquinate “la idea según la cual la cuestión del contenido de la ley pueda ser enteramente separada de aquella de su fuente” y que “la ley para ser verdaderamente tal y comportar obligación, debe absolutamente ser <<racional>>”.²⁴ Es claro que la idea misma de un orden normativo por encima de la voluntad del príncipe presupone la inadmisibilidad de los actos arbitrarios y de la falta de seguridad y estabilidad social que de tal cosa, necesariamente, se derivan.

Durante el absolutismo, al decir de García de Enterría: “...la Administración del Antiguo Régimen funcionaba sobre la idea central de la soberanía del Rey, capaz de actuar tanto por normas generales como por rescriptos singulares no vinculados a Ley alguna y capaces, además, de pasar por encima de las Leyes existentes; y, a la vez, en cuanto se tratase de asuntos administrativos, los jueces llamados soberanos, a quienes se habría trasladado el poder absoluto del monarca, decidían según la razón de Estado y no conforme a una Ley cualquiera que pudiera imponerse a ellos imperativamente.” Y un poco antes indica que: “Una de las grandes innovaciones que la Revolución Francesa aportó al mundo europeo fue la de una nueva idea de la Ley [...] la Revolución va a cambiar de forma radical la situación de la Ley en el Antiguo Régimen y va a colocarla en el lugar central de toda la construcción política y, consecuentemente, en la posición jurídica del Estado y, por lo que ahora nos interesa, de la Administración.”²⁵

²⁴ Cfr., HISTOIRE DES IDÉES POLITIQUES, Pág. 630: “De même, un théologien éminent comme saint Thomas refuse l'idée selon laquelle la question du contenu de la loi peut être entièrement disjointe de celle de sa source. La loi, pour être une vraie loi et comporter obligation, doit absolument être <<rationnelle>>.”

²⁵ Cfr. **Revista española de Derecho Administrativo**, N° 108, “La Administración Pública y la Ley” por Eduardo García de Enterría, Pág. 566.

Ahora bien, la idea de la sumisión de la autoridad a la ley, la efectiva limitación de los poderes del Estado y el control legal de la administración pública tampoco fueron frutos inmediatos de la Revolución Francesa, que si bien tuvo mayor influencia en el pensamiento jurídico y político iberoamericanos que la Revolución Norteamericana, careció de las mejores consecuencias que, en cuanto al imperio de la ley, tuvo esta última.²⁶ En parte esto puede atribuirse al excesivo entusiasmo de los revolucionarios franceses en cuanto a la titularidad y el ejercicio del poder por el pueblo,²⁷ cosa que un buen número de revolucionarios norteamericanos más bien temían, en términos de los riesgos que pueden asociarse a las democracias ilimitadas.²⁸ La comparación tampoco puede hacerse a la ligera porque la estructura administrativa de los gobiernos de aquellas

²⁶ Cfr., LOS FUNDAMENTOS DE LA LIBERTAD, Pág. 269: “Aunque en muchos aspectos la Revolución francesa se inspiró en la americana, nunca logró lo que había sido el principal resultado de ésta: una constitución que limitaba el poder de la Asamblea legislativa.”

También en: Friedrich Von Gentz, COMPARACION ENTRE LA REVOLUCION NORTEAMERICANA Y LA FRANCESA; traducción de Rigoberto Juárez-Paz, Unión Tipográfica, Guatemala 1978, Publicaciones de la Universidad Francisco Marroquín. Págs. 70, 71 y 83: “...Ellos elaboraron, sin siquiera solicitar el libre asentimiento del Rey, una mal llamada Constitución cuya incompetencia, impracticabilidad y ridículo absurdo eran tan grandes que ninguno de sus autores la hubiera defendido seriamente...; y forzaron al Rey a suscribirla y jurarla, so pena de su derrocamiento inmediato. Apenas había todo esto acontecido cuando sus sucesores, quienes sólo en virtud de esta Constitución tenían una especie de existencia legal y autoridad, en vez de gobernar de acuerdo con esta Constitución, dirigieron todas sus medidas, públicas y privadas, a destruirla. [...] Por consiguiente, la Revolución Francesa empezó con una violación de derechos, cada etapa de su desarrollo fue una violación de derechos y tuvo éxito en instaurar lo absolutamente incorrecto como la suprema máxima de un estado completamente disuelto, que sólo existía en sangrientas ruinas. [...]

...la Revolución Norteamericana fue, en todos los sentidos de la palabra, una revolución dictada por la necesidad. Inglaterra la había efectuado por sí sola por medio de la violencia. Durante diez largos años Norteamérica había peleado en contra de la revolución y no contra Inglaterra. [...] Exactamente lo opuesto de todo esto fue el caso de Francia. La Revolución Francesa fue ofensiva en su origen, ofensiva en su desarrollo, ofensiva en su totalidad y en cada momento característico de su existencia. Así como la Revolución Norteamericana había sido modelo de moderación en la defensa, la Francesa fue modelo, sin precedentes, de violencia y furia en el ataque. Así como la primera rigurosamente había adecuado sus medidas defensivas a la necesidad, la segunda se hizo cada vez más violenta y terrible en la medida que había más razones para que fuera menos violenta.”

²⁷ En **REDA, N° 108, Pág. 567**: “En esa generalidad de origen y de objeto de la ley (*“quand tout le peuple statue sur tout le peuple”*) estaría su milagroso mecanismo. Fruto de la voluntad general, se resuelve en mandatos necesariamente generales. Esto es, por otra parte, lo que hace a la Ley infalible, incapaz de error. Diderot lo dirá con convicción que nos desarma (cuando tan escarmentados estamos hoy de las Leyes actuales): *“Le volontés particulières son suspectes; elles peuvent être bonnes ou méchantes, mais la volonté générale est toujours bonne: elle n’a jamais trompé, elle ne trompera jamais”*. El mimo Rousseau está en el origen de esa sorprendente convicción, cuando en el famoso capítulo 3 del Libro II del *Contrat Social*, contestando a la cuestión de *“si la volonté générale Peut errer”*, responde: *“la volonté générale est toujours droite... le peuple ne se trompe point.”*

²⁸ Cfr., LOS FUNDAMENTOS DE LA LIBERTAD, Pág. 269: “El factor decisivo que hizo tan infecundos los esfuerzos de la Revolución en pro del acrecentamiento de la libertad individual fue la creencia de que, como en fin de cuentas el poder pertenecía al pueblo, las medidas de cautela contra el abuso de tal poder resultaban innecesarias.”

trece colonias de Norteamérica distaba mucho de la estructura administrativa de la monarquía absolutista francesa,²⁹ que como cultura de organización del aparato estatal sobrevivió el vendaval revolucionario y supuso la necesidad de resolver otro tipo de problemas.³⁰

En suma a lo dicho arriba, mientras que en los Estados Unidos quedó establecido muy al principio de su vida independiente –en 1803— la doctrina del control judicial de la constitucionalidad de las leyes y de los actos del gobierno federal, a raíz de la sentencia escrita por el magistrado John Marshall,³¹ en Francia ocurrió precisamente lo contrario, quedando la Administración fuera del control jurisdiccional. En los Estados Unidos la noción o teoría de la separación de los poderes se afianzó pero en términos de la conocida expresión de *frenos y contrapesos*, de manera que a los controles recíprocos explícitamente estatuidos por la Constitución federal, vino a sumarse la facultad de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, que es lo mismo que decir: de los actos del Poder Legislativo. En Francia los revolucionarios querían más bien evitar que los jueces llegaran a tener el poder que, de alguna forma, habían ostentado durante el Antiguo Régimen en cuanto a las ordenanzas reales y por esa razón promulgaron leyes que les vedaron la potestad de juzgar la legalidad de los actos de la Administración.³²

²⁹ Cfr. REA, N° 108, Pág. 570: “La Administración Pública experimenta en este momento la más relevante transformación de su historia. Hasta entonces la Administración era un atributo personal del monarca absoluto, vicario de Dios en la tierra que, en virtud de esta superioridad formal, gobernaba por su sola prudencia a la grey de su pueblo. Frente a este criterio de la sola prudencia en la atención al bien general, el aparato administrativo va a tener a partir de ahora que tener en cuenta las prescripciones de la legalidad, únicas en virtud de las cuales puede ordenar y prohibir.”

³⁰ Cfr., LOS FUNDAMENTOS DE LA LIBERTAD, Pág. 267: “Así, en una primera etapa los liberales continentales se vieron en el caso de resolver problemas que en Inglaterra y los Estados Unidos no se plantearon hasta mucho más tarde y tan gradualmente que existieron pocas ocasiones para la discusión sistemática.”

³¹ Cfr., Redlick, Norman y Schwartz, Bernard; CONSTITUTIONAL LAW, Matthew Bender, 1983. Pág. 1-7: “This theory is essentially attached to a written constitution, and is consequently to be considered, by this court, as one of the fundamental principles of our society. It is not therefore to be lost sight of in the further consideration of this subject. If an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void, does it, notwithstanding its invalidity, bind the courts, and oblige them to give it effect? Or, in other words, though it be not law, does it constitute a rule as operative as if it was a law? This would be the overthrow in fact what was established in theory; and would seem, at first view, an absurdity too gross to be insisted on. It shall, however, receive a more attentive consideration. It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each.” *Marbury V. Madison*, 1 Cranch 137 (U.S. 1803)

³² Cfr., LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO, Págs. 13, 16 y 17: “La idea de someter el Poder sistemáticamente a un juicio en el

Pero es fácil advertir que la promulgación de tales leyes no resolvía más que los temores de los revolucionarios, dejando fuera el problema -que en el largo plazo llegaría a tener más importancia- de que la Administración se sometiera a las leyes dictadas por la Asamblea. Y es de esa necesidad, sentida tanto por los dirigentes del gobierno como también por los propios ciudadanos, que nació y se desarrolló un sistema distinto del norteamericano, mediante la creación de órganos especializados que controlaran la legalidad de los actos de la administración pública.³³ Surge así el instituto jurídico de lo contencioso-administrativo, tanto como un medio de contralor desde dentro de la misma Administración, como también como la instancia a la cual, quienes han de entenderse con aquella, pueden llevar sus diferencias y sus quejas.³⁴ Adelante se tratará con algún detalle las características de dicho sistema.

III. *El desarrollo del concepto en las anteriores constituciones de Guatemala.*

En lo que concierne a Guatemala, opino que se puede enfocar el tema dividiendo el desarrollo del principio de legalidad y los medios para hacerlo valer, en dos partes. La primera, desde la Constitución de Cádiz hasta la promulgación de la primera Ley de lo

que cualquier ciudadano pueda exigirle cumplidamente justificaciones de su comportamiento ante el Derecho es una idea que surge del Estado montado por la Revolución francesa, pero que aparece de un modo ocasional. (...)Ocurre, sin embargo, que la idea de exigir judicialmente a la administración por modo directo ese respeto a la Ley, que sería toda su regla de vida, parece encontrarse en los propios comienzos revolucionarios con un obstáculo inesperado, que es el dogma de la separación entre la Administración y la Justicia. (...) Es así como se formula la Ley de separación entre la Administración y la Justicia, la famosa de 16-24 de agosto de 1790..."

³³ Cfr. LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. Págs. 18 y 19: "He aquí, pues, que en el mismo momento que todo este ideario de la legalidad, de la libertad, de la garantía jurídica, va a ponerse en práctica, parece encontrarse con un obstáculo impensado este principio de la separación entre la Administración y la Justicia, separación concebida como una exención judicial, una exención rotunda, radical, absoluta, de los poderes administrativos. Pero he aquí también lo casual, he aquí lo paradójico. Es justamente esta idea de la exención judicial de la Administración que va a determinar la suerte entera de lo que hoy llamamos lo contencioso-administrativo."

³⁴ Cfr., LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO, Pág. 20: "Este sistema es un sistema de autocontrol; no podían ya ejercerlo los jueces en virtud del dogma de la separación. Lo ejerce la propia Administración en su propio interés, los particulares coadyuvan, podemos decir, al modo de un Ministerio público, de un Ministerio fiscal, que denuncia la infracción de la Ley y en interés de ésta."

Sobre la deformación del concepto de Ley, Cfr. LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO, Pág. 80: "La Ley en sí misma es, pues, un puro pabellón formal que puede cobijar cualquier clase de mercancía. Nuestra sociedad, el hombre de hoy, tiene de ello plena conciencia".

Contencioso-administrativo en 1928; y la segunda, a partir de entonces hasta la época actual. A continuación se hace un breve recorrido de lo que se ha dispuesto en las sucesivas constituciones que nos han regido y luego, una descripción del sistema actual.

En cuanto a la Constitución de Cádiz, si bien precedió la emancipación de Guatemala y las demás provincias de Centroamérica y a pesar de que tuvo relativamente pocas consecuencias en el terreno práctico, gozó, no obstante, de considerable prestigio en América³⁵ y sirvió aquí de modelo parcial para la Constitución federal de 1824. A las Cortes respectivas concurrió como diputado por la ciudad de Guatemala don Antonio de Larrazábal, provisto de instrucciones muy precisas, enmarcadas, en buena medida, en la convicción imperante sobre la necesidad de implantar el gobierno de las leyes, plasmado en el proyecto de constitución, que también llevaba consigo.³⁶

³⁵ Cfr. Alfonso García-Gallo, MANUAL DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, Tomo I, Artes Gráficas y Ediciones, S.A. Madrid 1984, Pág. 879: “La oposición de Fernando VII a toda reforma institucional y la persecución de cuantos han intervenido en ellas o se muestran partidarios de las mismas, en América—donde la necesidad de reformas es más evidente y el espíritu nacionalista se ha exaltado en los criollos en los años anteriores, al intervenir en el propio gobierno—provocan un movimiento general de independencia. La Constitución de Cádiz alcanza allí, por esto mismo, un prestigio considerable.”

³⁶ Cfr. Fundación para la Cultura y el Desarrollo, HISTORIA POPULAR DE GUATEMALA, 1999, Pág. 419: “José Antonio de Larrazábal y Arrivillaga. (...) Diputado en las Cortes Constituyentes de Cádiz en representación de la ciudad de Guatemala, recibió los documentos instructivos del Ayuntamiento y del Consulado de Comercio, habiendo defendido un régimen constitucional y posiciones a favor de los americanos. Cuando Fernando VII derogó la Constitución, se le redujo a prisión, acusándosele de sedicioso. Después de cumplir tres años de confinamiento en España, volvió a Guatemala para cumplir el resto de la condena en el convento de Belén. En 1820, al ser restablecida la Constitución, quedó en libertad. Junto con el Doctor Pedro Molina representaron a la República de Centro América en el Congreso Panamericano, convocado en 1826 por Simón Bolívar y reunido en Panamá. En 1839 fue electo para un puesto en la Asamblea Constituyente, establecida para reorganizar el país, y fue designado su presidente...” También en: García Laguardia, Jorge Mario, EL PENSAMIENTO LIBERAL DE GUATEMALA, Editorial Educa, San José, Costa Rica 1977. Pág. 12: “Años antes de la independencia, el fermento ideológico que existía en el Reino de Guatemala, había llegado a un punto de desarrollo apenas superado en la América Española. La posibilidad de participar en el primer congreso constituyente español, en el que se dio lugar importante a las colonias, permitió que ese fermento aflorara. Los documentos que Antonio Larrazábal—diputado por Guatemala—lleva a Cádiz en 1811, constituyen un ejemplo de seriedad y competencia, además de que nos permiten ubicar el origen de las tendencias de nuestro pensamiento político y recoger las fuentes ideológicas diversas que están en la base de nuestra organización republicana: la ilustración francesa y el liberalismo inglés. El ayuntamiento de la capital, elabora bajo la dirección de José María Peynado, unas *Instrucciones*, para su diputado en Cortes, en las cuales el pensamiento político de la ilustración francesa se transparenta con claridad. Se incluía en ellas, una *Declaración de los Derechos del Hombre*, --la primera de la América española—y todo un proyecto de Constitución de 105 artículos, junto a múltiples consideraciones de orden económico y fiscal.”

En el artículo 131 de la Constitución de Cádiz se facultó a las Cortes para “*Proponer y decretar las leyes, e interpretarlas y derogarlas en caso necesario*” (sección primera) y para “*Hacer efectiva la responsabilidad de los secretarios del despacho y demás empleados públicos*” (sección “vigésimocuarta”). A la Diputación Permanente de Cortes —que vendría a ser lo que hoy denominamos “Comisión Permanente”, conforme al artículo 163 de la CPR— se le atribuyó por el artículo 160. 1º: “*Velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes para dar cuenta a las próximas Cortes de las infracciones que haya notado.*” Fueron éstas expresiones claras del principio del imperio de la ley sobre cualquier voluntad personal, que se centró, preponderantemente, en las potestades atribuidas a las propias Cortes. Al Rey se le atribuyó por el artículo 170: “*La potestad de hacer ejecutar las leyes...*” y por el artículo 171, 1º la de: “*Expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea conducentes para la ejecución de las leyes*”. De ahí se sigue, lógicamente, que la facultad reglamentaria misma quedó condicionada a la legalidad establecida y ordenada por la Constitución, lo cual se confirma por el juramento que debía pronunciar el Rey con arreglo al artículo 173: “*(...) juro por Dios y por los Santos Evangelios que defenderé y conservaré la Religión Católica, Apostólica, Romana, sin permitir otra alguna en el Reino; que guardaré y haré guardar la Constitución política y las leyes de la Monarquía española (...) y si en lo que he jurado, o parte de ello, lo contrario hiciere, no debo ser obedecido, antes aquello en que contravinieren, sea nulo y de ningún valor...*” (el énfasis es añadido). A lo señalado cabe agregar lo dispuesto por el artículo 226, según el cual: “*Los secretarios del despacho serán responsables a las Cortes de las órdenes que autoricen contra la Constitución o las leyes, sin que les sirva de excusa haberlo mandado el Rey.*” Esta disposición, vista en relación con las de los artículos 242 y 246, parece dibujar en parte esa concepción descrita anteriormente, en cuanto a la tajante separación de poderes que, paradójicamente, como también quedó apuntado, llevó al nacimiento de lo contencioso-administrativo; sin embargo, Luciano Parejo Alfonso se refiere a la Constitución de Cádiz diciendo que “parece inclinarse por una solución plenamente judicialista (inspirada en la división pura de los poderes, de signo contrario al modelo francés de corte bonapartista que estaba perfilándose y más cercana, por tanto, al inglés)”.³⁷ Dichos

³⁷ Parejo Alfonso, Luciano (Coordinador); Jiménez-Blanco, A.; Ortega Álvarez, L; MANUAL DE

artículos establecían, el primero, que: “*La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales*”, y el segundo, que los Tribunales: “*Tampoco podrán suspender la ejecución de las leyes, ni hacer reglamento alguno para la administración de justicia.*”³⁸

La Constitución Federal, dada por la Asamblea Nacional Constituyente el 22 de noviembre de 1824, “inspirada en el joven constitucionalismo español en su estilo e inspiración general, y en la ley norteamericana en su parte orgánica”,³⁹ sufrió modificaciones sustanciales —yendo de lo conservador a lo liberal— en 1835. Originalmente se atribuyó al Congreso la facultad de “*Hacer las leyes que mantiene la Federación, y aquellas en cuya general uniformidad tiene interés directo y conocido cada uno de los estados*”, pero al Senado se le dio la específica potestad de negar la sanción de las leyes “...*cuando la resolución sea en cualquier manera contraria a la Constitución...*” (Arto. 81) y se dispuso también que el Senado “*Cuidará de sostener la Constitución: velará sobre el cumplimiento de las leyes generales, y sobre la conducta de los funcionarios del gobierno federal.*” (Arto. 99) En este aspecto se puede apreciar cierto paralelismo con la Constitución de Cádiz, dada la injerencia que, en cuanto al control de la legalidad, se le da al órgano legislativo y representativo por excelencia. En cuanto al Poder Ejecutivo se dispuso: “*El poder ejecutivo publicará la ley: cuidará de su observancia y del orden público.*” (Arto. 113) A los funcionarios de la Federación se les impuso la obligación de prestar juramento de “*sostener con toda su autoridad la Constitución y las leyes*” (Arto. 141), añadiéndose que “*Todo funcionario público es responsable con arreglo a la ley del ejercicio de sus funciones.*” (Arto. 142).

DERECHO ADMINISTRATIVO, Parte General Vol. I; Editorial Ariel, S.A., Barcelona 1998, 4ª Edición. Pág. 832.

³⁸ Sobre este particular, Cfr. García-Gallo, Alfonso, MANUAL DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, Tomo I, Pág. 963: “La afirmación de la soberanía nacional supone en la práctica y en la Constitución de Cádiz un *poder único* —como antes el del rey—, dentro del cual cabe distinguir tres *potestades* —la de legislar, la de ejecutar las leyes y la de aplicarlas— ejercidas por tres órganos diferentes— las Cortes, el rey y los tribunales de justicia—, aunque todos ellos subordinados al que representa a la Nación y ejerce la soberanía; es decir, a las Cortes.

³⁹ Cfr. Jorge Mario García Laguardia, POLITICA Y CONSTITUCION EN GUATEMALA, LA CONSTITUCION DE 1985 Y SUS REFORMAS, Publicación del Procurador de los Derechos Humanos, Guatemala 1997. Pág. 16.

Las reformas de 1835, establecieron que al Poder Legislativo le corresponde “*Dictar las leyes conducentes a conservar en los estados las formas republicanas de un gobierno popular representativo con división de poderes, y anular toda disposición que las altere o contraríe*” (Arto. 83) y dejaron sin mayor cambio las otras normas citadas.

Es así que ni en 1824 ni en 1835 se estatuyó un contralor eminentemente jurídico, sino más bien político, de la legalidad a la que quedaron sometidas, por lo menos formalmente, las funciones públicas. En cierto modo esas deficiencias de los primeros años de la vida independiente nunca se han subsanado, más que, una y otra vez, formalmente. De cualquier manera, la historiografía más reciente cuenta entre las causas o factores que incidieron en el fracaso de la Federación el hecho de que “el esquema delineado en la Constitución era muy distinto del que de verdad se presentó. La Asamblea nunca funcionó eficientemente; en cambio, el debilitado Ejecutivo operó de modo más permanente, y asumió atribuciones que no le correspondían. Ello dio argumentos a los opositores para fundamentar su actuación política (pacífica en un inicio y armada después).”⁴⁰

Conviene hacer referencia, someramente, a la Constitución Política del Estado de Guatemala (de 11 de octubre de 1825), promulgada dentro del marco del pacto de la federación –o de la Confederación, como se dice en su preámbulo—debido, sobre todo, a que sus preceptos contienen algunas referencias más concretas en cuanto al control de la legalidad, que las de la misma Constitución federal. Así, el artículo 7° establecía que: “*Ninguna autoridad del Estado es superior a la ley: por ella ordenan, juzgan y gobiernan las autoridades, y por ella se debe a los funcionarios respeto y obediencia.*” El artículo 14 complementaba el principio de legalidad establecido en el anteriormente citado, en los términos siguientes: “*Ninguno puede ejercer autoridad en nombre del Estado, ni llenar ninguna función pública sin estar autorizado por la ley.*” En cuanto a la función legislativa –que se le atribuyó a la Asamblea—es interesante destacar que, conforme al artículo 94. 1° se le daba también al Poder Legislativo la facultad de interpretar las leyes y sobre el control de la constitucionalidad de las leyes, el artículo 106

⁴⁰ HISTORIA POPULAR DE GUATEMALA, Pág. 447.

le atribuyó al Consejo Representativo (compuesto de representantes elegidos popularmente, en razón de uno por cada departamento del Estado [Arto. 115]) la facultad de negar la sanción de las leyes, “*cuando la ley o resolución fuere contraria a la constitución federal de la República, y a la presente*”; y en lo concerniente a la legalidad, se le confería el deber de “*velar sobre la observancia de la constitución y de las leyes para dar cuenta a la Asamblea, luego que esté reunida, de las infracciones que se notaren durante su receso*” [Arto. 123] (disposición muy parecida a la de la Constitución de Cádiz). Por último el artículo 219 estableció que “*Todo funcionario público es responsable con arreglo a las leyes del ejercicio de sus funciones.*” El control de legalidad radicó, también en este caso, en los órganos representativos y en términos más bien vagos o generales.

Después de quedar desintegrada la Federación —hecho que por aquel entonces no se consideraba definitivo por importantes segmentos de la población y de sus líderes— se promulgaron, en diciembre de 1839, la *Ley Constitutiva del Poder Ejecutivo*, la *Ley Constitutiva del Poder Judicial* y la *Declaración de los derechos del Estado y sus habitantes (Ley de Garantías)*. En la segunda de las citadas se dispuso, como una de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: “*Conocer de las causas de responsabilidad que deban seguirse a los funcionarios públicos, por faltas en el ejercicio de sus empleos y que conforme a las leyes vigentes, no estén asignadas a otra autoridad; y seguir los juicios de residencia conforme a la ley de la materia.*” En la Ley de Garantías se dijo, en su artículo 5º, que: “*Todo poder reside originalmente en el pueblo: los funcionarios públicos no son dueños, sino meros depositarios de la autoridad; sujetos, y jamás superiores a las leyes legítimamente establecidas, siempre responsables por su conducta y obligación al cargo de residencia sobre el cumplimiento de sus deberes conforme a las leyes*” (algunas de estas expresiones pasaron a otras constituciones, incluida la vigente) y en el artículo 12 se agregó: “*Las autoridades constituidas no pueden ejercer otras atribuciones que las que en su respectiva esfera les designa la Constitución.*” Pero con todo y que la legalidad, como regla fundamental de la vida del Estado, se iba perfilando cada vez con mayor precisión, seguía echándose de menos, tanto la atribución de

competencias concretas, de carácter jurisdiccional, como también la articulación del procedimiento correspondiente.

En el Acta Constitutiva de la República de Guatemala, de 19 de octubre de 1851, con la que se afianza un período de conservadurismo relativamente largo, se dejan vigentes –en lo que no la contrariaban—la Ley de Garantías y la Ley Constitutiva del Poder Judicial, ambas de 1839 y cuyas normas relevantes a este tema ya fueron indicadas. Destaca en el Acta Constitutiva, como tal, el juramento que debía tomarse al Presidente de la República, al tomar posesión, por el Arzobispo Metropolitano. En el mismo se prometía: “*gobernar al pueblo según las disposiciones del Acta Constitutiva, las leyes vigentes y costumbres de Guatemala.*” Sin embargo, en enero de 1855 se reformaron algunos de los artículos de la Ley Constitutiva de la República y, reconociéndose como vitalicia la autoridad que ejercía el Presidente (Art. 1º), le fueron notablemente ampliados sus poderes. Después de esta etapa, conocida como la del *gobierno de los treinta años*, se produjo la *Reforma Liberal*, que inició con la Revolución de 1871 y condujo a la aprobación de la Ley Constitutiva de la República de Guatemala de 1879, que, con numerosas modificaciones –algunas *ad hoc* para favorecer a algunos de los gobernantes del período, otras para delegar funciones legislativas en el Presidente, con igual propósito— fue la constitución vigente hasta 1944.⁴¹ Es en esta Constitución que toma forma definitiva el principio de legalidad, como condición de validez de los actos de la Administración, conduciendo una serie de modificaciones de la norma correspondiente – el artículo 17— al nacimiento de la competencia jurisdiccional de lo contencioso-administrativo, a la cual eventualmente se le atribuyó rango constitucional como adelante se verá.

El texto original del artículo 17 en la Constitución de 1879 es claro y específico:

⁴¹ Cfr. García Laguardia, POLITICA Y CONSTITUCION EN GUATEMALA... Pág. 22: “La nueva asamblea promulgó una constitución de 104 artículos en la que se recogió el viejo ideario liberal de la independencia en el nuevo contexto: un texto laico, centralista –suprimía el gobierno local—y sumario, que reconocía la separación de la iglesia y el Estado, enseñanza laica, libre divorcio, cementerios civiles, prohibición de vinculaciones, abolición de órdenes religiosas, desarrollo amplio de los derechos de inspiración iusnaturalista, división de poderes, con un legislativo unicameral y un poder ejecutivo fuerte que funcionaba asesorado por un Consejo de Estado, de carácter consultivo y no representativo.

Estuvo vigente hasta 1944 –longevidad común a los textos liberales definitivos—aunque fue reformada 8 veces (1885, 1887, 1903, 1921, 1927, 1935 y 1941).”

Todo poder reside originariamente en la Nación: los funcionarios no son dueños sino depositarios de la autoridad, sujetos y jamás superiores a la ley y siempre responsables por su conducta oficial.

Se estableció en el Título II “De las Garantías” y sufrió la siguiente metamorfosis:

Reforma del 20 de octubre de 1885:

Todo poder reside originariamente en la Nación: los funcionarios no son dueños sino depositarios de la autoridad, sujetos y jamás superiores a la ley y siempre responsables, civil o criminalmente, por su conducta oficial. Cualquier ciudadano puede acusarlos por los actos con que infrinjan la Constitución o las leyes, o comprometan el honor, la seguridad o los intereses del país; y por los delitos que comentan de carácter oficial o comunes que no sean de naturaleza privada.

Reforma del 5 de noviembre de 1887:

Todo poder reside originariamente en la Nación: los funcionarios no son dueños sino depositarios de la autoridad, sujetos y jamás superiores a la ley, y siempre responsables por su conducta oficial.

Reforma del 20 de diciembre de 1927:

Todo poder reside originariamente en la Nación: los funcionarios no son dueños sino depositarios de la autoridad, sujetos y jamás superiores a la ley, y siempre responsables de su conducta oficial. En ese concepto ninguno de los Poderes de la Nación, ninguna Magistratura, ni funcionario público, tienen más facultades ni autoridad que las que expresamente les confiere la ley.

A ninguna persona puede impedirse lo que la ley no prohíbe.

Todo acto en contravención a lo dispuesto en este artículo es nulo, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar.

La responsabilidad de toda clase de funcionarios y empleados públicos, por cualquier transgresión a la ley, podrá deducirse en todo tiempo mientras no se haya consumado la prescripción, que comenzará a correr desde que el responsable hubiere cesado en el ejercicio del cargo durante el cual incurrió en responsabilidad.

La ley determinará todo lo demás que se refiere a la responsabilidad de los funcionarios públicos y empleados públicos; así como también lo que concierne a la jurisdicción contencioso-administrativa, tribunales que la ejerzan, su organización competencia y orden de procedimientos en los casos de tal naturaleza.”

He aquí el nacimiento explícito de la jurisdicción contencioso-administrativa, en relación directa con el principio de legalidad, que después de un poco más de una década, en la reforma del 11 de julio de 1935, fue definida de orden constitucional, en los siguientes términos:

Todo poder reside originariamente en la Nación; los funcionarios no son dueños sino depositarios de la autoridad, sujetos y jamás superiores a la ley; y siempre responsables por su conducta oficial. En ese concepto ninguno de los Poderes de la Nación, ninguna magistratura ni funcionario público tienen más facultades ni autoridad para las que expresamente les confiere la ley (sic).

El Presidente de la República; el del Poder Judicial; los encargados de la Presidencia y Designados a la Presidencia en ejercicio del cargo; los Secretarios de Estado; Directores Generales, Magistrados y Fiscales de la Corte de Justicia, y Magistrados del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo; los Jefes Políticos, Comandantes de Armas, jueces de 1ª. Instancia, Administradores de Rentas, Intendentes Municipales y Específicos y toda clase de funcionarios y empleados públicos que determine la ley o que manejen o administren fondos del Erario, deben depositar una declaración de todos sus bienes y deudas para que, al cesar en sus funciones y aun durante el ejercicio de ellas, cualquiera persona pueda sin responsabilidad alguna deducirles cargos por comparación de bienes o haberes. A ninguna persona puede impedirse lo que la ley no prohíbe.

Todo acto en contravención a lo dispuesto en este artículo es nulo, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar.

La responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos por cualquiera transgresión a la ley, podrá deducirse en todo tiempo mientras no se haya consumado la prescripción. La prescripción comenzará a correr desde que el

funcionario o empleado hubiere cesado en el ejercicio del cargo durante el cual incurrió en responsabilidad. Una ley determina todo lo demás que se refiere a esta materia.

La jurisdicción Contencioso-Administrativa es de orden constitucional y una ley establece la organización de los Tribunales que la ejercen, su competencia y los procedimientos respectivos.”

No deja de ser una ironía de la historia que unos conceptos tan amplios y enfáticos sobre el principio de legalidad y el control jurisdiccional de la legalidad se hayan plasmado en la Constitución, precisamente cuando estaba en el poder el último dictador, de los chapados a la antigua, del siglo veinte. En efecto, la última reforma de la Constitución de 1879 se dio el doce de diciembre de 1941 en los siguientes términos: “*La presidencia Constitucional del General Jorge Ubico terminará el 15 de marzo de 1949, y con tal fin quedan en suspenso hasta esa fecha los efectos del artículo 66 de la Constitución.*” El General Ubico nunca llegaría, en el poder, a esa fecha.

La Revolución del 20 de octubre de 1944 puso fin a la era de Ubico (aunque no específicamente a su gobierno, porque para ese momento Ubico no ejercía ya, personalmente, el poder) y a partir de una serie de actos de la Junta Revolucionaria de Gobierno y de la Asamblea Legislativa, se llega a la promulgación de la Constitución de la República del 11 de marzo de 1945. “Tres parecen ser las características del nuevo documento, que recogió el esquema general del constitucionalismo liberal del siglo XIX. En su articulado se percibe una ‘aspiración moralizadora’ que se traduce en declaraciones doctrinarias y un idealismo político explicable por el amanecer democrático en que se gesta después de una larga dictadura: moralidad pública, educación, cárceles, participación política, campaña alfabetizadota... Se produce una constitucionalización de muchas nuevas materias, buscando petrificar en la ley fundamental el nuevo programa de gobierno. Y el cambio general de tendencia en busca de una democracia social se hace evidente al comparar el artículo 16 de la Constitución liberal que apuntaba que las autoridades estaban instituidas para mantener a los habitantes en el goce de sus derechos que son: ‘la libertad, la igualdad, la seguridad de la persona, de la honra y de los bienes’ y

aquel con el que simbólicamente se inicia la nueva Constitución: ‘Guatemala es una república libre, soberana e independiente, organizada con el fin primordial de asegurar a sus habitantes el goce de la libertad, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.’⁴²

En su artículo 24 se estableció el principio de legalidad, diciendo que: *Los funcionarios no son dueños sino depositarios de la autoridad, sujetos y jamás superiores a la ley y siempre responsables por su conducta oficial, y se agregó que: ningún organismo del Estado ni funcionario público tiene más facultades o autoridad, que las que expresamente les confiere la ley;* y en el artículo 164 se estableció, con carácter privativo, la jurisdicción contencioso-administrativa así:

El Tribunal de lo Contencioso-administrativo, con atribuciones para conocer en caso de contienda originada por resoluciones o actos puramente administrativos. Sus miembros son nombrados uno por el Congreso, otro por la Corte Suprema de Justicia y el tercero por el Presidente de la República. En igual forma se nombran los suplentes. Contra las sentencias de lo contencioso-administrativo, cabe el recurso de casación.

La Constitución revolucionaria cesó de tener vigencia como consecuencia del triunfo del movimiento denominado “de la Liberación”, por el que se derrocó el gobierno de Jacobo Arbenz Guzmán, dando paso a la Constitución decretada por la Asamblea Nacional Constituyente de 2 de febrero de 1956. A juicio de García Laguardia, “en general, el texto se inspira en el anticomunismo, que aparece en el país, como cruzada continental y que proporciona a los partidos derechistas la coronación de sus programas autoritarios y una mística de fuerte arraigo en los erráticos sectores medios. Declara así punible toda acción comunista ‘individual o asociada’ (Arto. 63) y prohíbe la organización de ‘grupos que actúen de acuerdo o en subordinación con entidades internacionales que propugnen la ideología comunista (Arto. 54) disposición que reitera en el capítulo sobre partidos políticos. En el tratamiento de éstos, así como en el del sufragio, autoridades electorales y bienes nacionales, se produce una tecnificación del

⁴² Carcía Laguardia, POLITICA Y CONSTITUCIÓN EN GUATEMALA... Págs. 27 y 28.

aparato constitucional.”⁴³ En su artículo 45 se estableció que: *Ningún Organismo del Estado ni funcionario público tienen más facultades o autoridad que las que expresamente les confiere la ley.* Del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo se dispuso que:

Tiene atribuciones para conocer en caso de contienda originada por actos o resoluciones en los que la Administración Pública proceda en ejercicio de sus facultades regladas, así como en los casos de discusión de contratos y concesiones administrativas. Contra las sentencias que dicte procede el recurso de casación cuando la ley así lo establezca.

Es interesante que tanto en la Constitución *revolucionaria*, como en la *liberacionista*, el principio de legalidad se reguló como una garantía individual, mientras que en la Constitución de 15 de septiembre de 1965, resultante de sucesivas crisis políticas,⁴⁴ dicho principio pasó a figurar dentro del título y capítulo dedicado al Poder Público, en los términos siguientes:

Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella.

Del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo se dispuso que:

...tiene atribuciones para conocer en caso de contienda originada por actos o resoluciones de la administración pública, de las municipalidades y entidades descentralizadas, autónomas o semiautónomas, cuando procedan en el ejercicio de sus facultades regladas, así como en los casos de acciones derivadas de

⁴³ Cfr. POLÍTICA Y CONSTITUCIÓN EN GUATEMALA... Pág. 38.

⁴⁴ Cfr. García Laguardia, POLÍTICA Y CONSTITUCION EN GUATEMALA... Págs. 39 y 40: “En una experiencia nueva -aún no analizada globalmente- el ejército como institución tomó el poder a través de un golpe de estado el 31 de marzo de 1963, derrocando al Presidente constitucionalmente electo, Miguel Idígoras fuentes. El Coronel Peralta Azurdia, su Ministro de la Defensa convertido en Jefe de Estado y en representación de la institución armada, centralizó los poderes en su persona y ejerció, desde el punto de vista técnico, una dictadura a partir de esa fecha, ilegalizando en sus primeras disposiciones los partidos políticos. [...] En un ambiente cargado se realizaron los trabajos [constituyentes]. La constitución de 1956, inexplicablemente derogada, si tomamos en cuenta el origen y sustentación del nuevo régimen, sirvió de base para la discusión [...] Es una constitución muy desarrollada -282 artículos- que profundiza la tendencia anticomunista del régimen. Aunque los miembros de la *Comisión Redactora*, afirman haber puesto atención en la estructura de gobierno, se encuentran sensibles modificaciones en todo el aparato, aunque muchas decisiones audaces del proyecto se vieron tamizadas en el pleno, que trabajó en un ambiente de gran tensión.”

contratos y concesiones administrativas. Contra las sentencias y autos definitivos que pongan fin al proceso, procede el recurso de casación.

IV. El principio de legalidad y la jurisdicción contencioso-administrativa en la CPR.

Se llega de esta manera a la Constitución Política de la República, actualmente en vigencia, promulgada el 31 de mayo de 1985. Del proceso que llevó a su promulgación, García Laguardia escribe que la CPR fue el resultado de una negociación permanente y que: “Eso se refleja en su falta de sistematización y de unidad y en la inclusión de muchos asuntos de carácter no constitucional sino reglamentario. Una Constitución muy desarrollada, con 281 artículos y 22 disposiciones transitorias y finales, que sin embargo, necesita para funcionar de más de cuarenta leyes complementarias, no todas de las cuales se han dictado. Esta remisión a leyes secundarias ha sido el más socorrido recurso para alcanzar el consenso constitucional, que se logró en el texto como un compromiso histórico global para lograr la reconciliación de una sociedad escindida, que es además de su legitimidad, el mejor logro de la Constitución.” En su artículo 154 se dispone que: *Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella. Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido político alguno. La función pública no es delegable, excepto en los casos señalados por la ley, y no podrá ejercerse sin prestar previamente juramento de fidelidad a la Constitución.* Sobre lo contencioso-administrativo, su artículo 221 establece: *Su función es de contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas. Para ocurrir a este Tribunal, no será necesario ningún pago o caución previa. Sin embargo, la ley podrá establecer determinadas situaciones en las que el recurrente tenga que pagar intereses a la tasa corriente sobre los impuestos que haya discutido o impugnado y cuyo pago al Fisco se demoró en virtud del recurso. Contra las resoluciones y autos que pongan fin al proceso, puede interponerse el recurso de casación.*

A los magistrados que han de integrar las salas (actualmente dos) del TCA (como a los demás magistrados de los tribunales colegiados) se les elige por el Congreso de la República de una nómina que debe presentar una comisión de postulación integrada por un representante de los rectores de las Universidades del país, quien la preside, los decanos de las facultades de derecho o de ciencias jurídicas y sociales de cada universidad del país, un número equivalente de miembros electos por la asamblea general del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y por igual número de representantes electos por los magistrados de la Corte Suprema de Justicia (Arto. 217). Se les elige *in genere*, para un período de cinco años, pudiendo ser reelectos (Arto. 208) y corresponde a la Corte Suprema de Justicia disponer su integración (Artos. 86 y 87 de la LOJ).

V. Desarrollo legislativo; sus diversas etapas.

Dejando de lado modificaciones menores, la institución de lo contencioso-administrativo ha sido desarrollada en Guatemala mediante tres leyes. La primera fue el Decreto 1550 de la Asamblea Legislativa, de 5 de junio de 1928. Es un cuerpo normativo de treinta y ocho artículos, en lo que a lo contencioso-administrativo se refiere y, entre sus principales elementos y características pueden señalarse las siguientes:

1. Naturaleza jurídica: se reguló como un recurso (Arto. 1);
2. Actos impugnables: podía interponerse contra las resoluciones administrativas dictadas en el ejercicio de facultades regladas, debiéndose haber agotado previamente la vía gubernativa (Arto. 1, inciso 1° y 1, inciso 2°), y también en cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia, aplicación y efecto de los contratos celebrados sobre obras y servicios públicos (Arto. 4);
3. Sujetos legitimados activamente: los perjudicados por la resolución administrativa y la propia Administración, respecto a las providencias y resoluciones que fuesen declaradas lesivas (Arto. 3);
4. Sujetos legitimados pasivamente: la Administración y el Ministerio Público (Arto. 13).
5. Materias excluidas (Arto. 7):
 - a. las cuestiones del orden político o de gobierno; las que afecten a la organización del Ejército o a los servicios generales del Estado; y las

de carácter general relativas a la salud e higiene públicas y a la defensa del territorio;

- b. las cuestiones de índole civil (incluyendo aquellos asuntos en los que la Administración interviene como persona jurídica, sujeto de derechos y obligaciones) y criminal pertenecientes a la jurisdicción ordinaria, o que sean competencia de otras jurisdicciones;
 - c. las expresamente excluidas por leyes especiales;
 - d. las resoluciones denegatorias de concesiones;
 - e. las declaraciones de la administración sobre su competencia o incompetencia.
6. en materias tributaria y financiera establecía el principio *solve et repete* (Arto. 8.);
 7. Procedimiento: escrito, fundado en el expediente administrativo e integrado, en caso de insuficiencia, por las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles.
 8. Composición del Tribunal: se componía de tres miembros propietarios y tres suplentes, designados, un propietario y un suplente por la Asamblea Nacional Legislativa; un propietario y un suplente por el Presidente de la República; y un propietario y un suplente por la Corte Suprema de Justicia.
 9. Silencio administrativo: negativo.

La segunda Ley de lo Contencioso-Administrativo fue promulgada por el Decreto Gubernativo 1881 de 28 de septiembre de 1936, que se compuso de cincuenta y cinco artículos, en lo que a lo contencioso-administrativo específicamente se refiere y sufrió numerosas modificaciones a lo largo de su vigencia. Una de ellas, el Decreto 60 de la Junta de Gobierno, de 26 de agosto de 1954, estableció la procedencia del recurso de casación, en contra de los fallos definitivos del TCA. Entre sus principales elementos y características pueden señalarse las siguientes:

1. Naturaleza jurídica: se reguló como un recurso (Arto. 9);
2. Actos impugnables: podía interponerse contra las resoluciones administrativas que hubieren causado estado (Arto. 11, inciso 1º), es decir, cuando ya no

fueren susceptibles de recurso en la vía administrativa, por haberse agotado (Arto 12); que hubiesen sido dictadas en asunto en el que la Administración procediese en el ejercicio de facultades regladas (Arto. 11, inciso 2º); que vulnerasen un derecho de carácter administrativo, establecido anteriormente a favor del reclamante por una ley, un reglamento u otro precepto administrativo; y también en cuestiones referentes a la interpretación, cumplimiento, rescisión y efectos de los contratos celebrados por la Administración para obras y servicios públicos (Arto. 14);

3. Sujetos legitimados activamente: los perjudicados por la resolución administrativa y la propia Administración, respecto a las providencias y resoluciones que fuesen declaradas lesivas a los intereses del Estado (Arto. 10);
4. Sujetos legitimados pasivamente: la autoridad contra la que se enderezaba el reclamo y el Ministerio Público (Arto. 29).
5. Materias excluidas (Arto. 17):
 - a. las cuestiones del orden político o de gobierno; las que afecten a la organización del Ejército o a los servicios generales del Estado; y las de carácter general relativas a la salud e higiene públicas y a la defensa del territorio;
 - b. las cuestiones de índole civil (incluyendo aquellos asuntos en los que la Administración interviene como persona jurídica, sujeto de derechos y obligaciones) y criminal pertenecientes a la jurisdicción ordinaria, o que sean competencia de otras jurisdicciones;
 - c. las expresamente excluidas por leyes especiales;
 - d. las resoluciones denegatorias de concesiones; y
 - e. las resoluciones que fueren reproducción de resoluciones dictadas con anterioridad en el mismo asunto y que, no obstante haber causado estado, no se haya reclamado contra ellas.
6. en materias tributaria y financiera establecía el principio *solve et repete* (Arto. 16);

7. Procedimiento: escrito, fundado en el expediente administrativo e integrado, en caso de insuficiencia, por las disposiciones del Código Procesal Civil y Mercantil y la Ley del Organismo Judicial.
8. Composición del Tribunal: se componía de tres magistrados propietarios y tres suplentes, nombrados de la misma forma que los magistrados de la Corte de Apelaciones (Arto. 1), lo cual cambió, en sí mismo, a lo largo de la vigencia de esta ley, hasta 1996.
9. Silencio administrativo: negativo.

La ley actualmente en vigencia se denomina también “Ley de lo Contencioso-Administrativo” y fue promulgada mediante el Decreto 119-96 del Congreso de la República. En el único considerando del decreto se justifica su emisión por ciertas razones, claras y justificadas: la necesidad de actualizar la legislación en esta materia (lo cual nosotros sostenemos que se hizo sólo en un plano jurídico-formal); y la necesidad de estructurar un proceso que: (a) *asegure la efectiva tutela administrativa y jurisdiccional de la juridicidad de todos los actos de la administración pública*; (b) *asegure el derecho de defensa del particular frente a la administración*; y (c) *reconozca que el control de la juridicidad de los actos administrativos no debe estar subordinado a la satisfacción de los intereses particulares*. La alusión a la “efectiva tutela administrativa” se debe a que los primeros diecisiete artículos de la ley se refieren a las resoluciones y recursos en sede administrativa (lo cual, dicho sea de paso, también se hizo en la ley derogada por la hoy vigente, de manera menos sistematizada).

En general, los principales elementos y características de la LCA, son los siguientes:

1. Naturaleza jurídica: se regula como un proceso de única instancia, sin efectos suspensivos, salvo cuando el tribunal decida lo contrario por considerarlo indispensable y que de no hacerlo se causen daños irreparables (Arto. 18);
2. Actos impugnables: procede en caso de contienda por actos y resoluciones de la Administración y de las entidades descentralizadas y autónomas y de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas, y siempre que la resolución que lo origina no haya podido remediarse por medio de los

recursos puramente administrativos (Arto. 19). La resolución impugnada debe (Arto. 20):

- a. Haber causado estado (ya no es susceptible de impugnarse por la vía administrativa);
 - b. Vulnerar un derecho del demandante, reconocido por una ley, reglamento o resolución anterior;
 - c. Haber sido declarada lesiva para los intereses del Estado, en cuyo caso no es necesario que concurren los dos requisitos arriba indicados.
3. Sujetos legitimados activamente: el demandante y las personas que aparezcan con interés legítimo en el expediente administrativo correspondiente y la propia Administración, respecto de los actos y resoluciones que fuesen declarados lesivos a los intereses del Estado (Artos. 20 y 22);
 4. Sujetos legitimados pasivamente: el órgano centralizado o la institución descentralizada de la Administración que haya conocido en el asunto (Arto. 22).
 5. Sujetos legitimados, como órganos auxiliares de la justicia: la Procuradoría General de la Nación y, cuando el proceso se refiera al control o fiscalización de la hacienda pública, también la Contraloría General de cuentas (Arto. 22)
 6. Materias excluidas (Arto. 21):
 - a. Los asuntos referentes al orden político, militar o de defensa; y los referentes a disposiciones de carácter general sobre salud e higiene públicas, en ambos casos, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan (como también disponían las leyes anteriores);
 - b. En los asuntos que sean competencia de otros tribunales;
 - c. En los asuntos originados por denegatorias de concesiones; y
 - d. En los asuntos en que una ley excluya la posibilidad de plantearlos en la vía contencioso-administrativa.
 7. El principio *solve et repete* fue suprimido por el artículo 221 de la CPR;
 8. Procedimiento: escrito, fundado en el expediente administrativo e integrado, en caso de insuficiencia, por las disposiciones de la Ley del Organismo Judicial y del Código Procesal Civil y Mercantil (Arto. 26).

9. Composición del Tribunal: actualmente por dos salas, cada una integrada por tres magistrados titulares; y
10. Silencio administrativo: negativo (Arto. 16).
11. Potestad del Tribunal, al dictar sentencia: para revocar, confirmar o modificar la resolución cuestionada.

En general puede decirse que las características y elementos principales de la legislación de Guatemala, en materia de lo contencioso-administrativo, han sido muy similares, desde la promulgación del Decreto 1550 de la Asamblea Nacional Legislativa. Los cambios o diferencias más importantes pueden apreciarse en la composición del TCA, que inicialmente se integraba por miembros designados por los tres poderes del Estado, y a partir de 1936 solamente por magistrados electos como los demás integrantes de los tribunales colegiados del Poder Judicial. También ha mudado la naturaleza jurídica de la institución, que comenzó siendo un recurso, y se define ahora como un proceso, en el que la parte afectada se constituye en demandante y presenta una demanda, con base en la cual se emplaza al órgano administrativo centralizado o la entidad autónoma o descentralizada que conoció en el asunto, que son la parte demandada, como se indica en el artículo 35 de la LCA.

Sobre este particular conviene indicar que el artículo CPR se compone de cuatro partes: primero se define la función del TCA, diciendo que es la de *contralor de la juridicidad de la administración pública*; en segundo término se define su competencia, diciendo que *tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la Administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas*; en tercer lugar suprime la regla o práctica conocida como *solve et repete*, diciendo que *para ocurrir a este Tribunal, no será necesario ningún pago o caución previa*, y agrega las siguientes palabras: *Sin embargo, la ley podrá establecer determinadas situaciones en las que el recurrente tenga que pagar intereses a la tasa corriente sobre los impuestos que haya discutido o impugnado y cuyo pago al Fisco se demoró en virtud del recurso* (énfasis añadidos). En último término, se establece que *contra las resoluciones y autos que pongan fin al proceso, puede interponerse el recurso*

de casación (énfasis añadido). A partir del texto constitucional bien puede afirmarse que lo que se instituyó –aunque realmente ya existía—fue un recurso, del cual tiene competencia para conocer un específico órgano jurisdiccional, el TCA, por el medio adecuado, es decir, un proceso judicial, que puede terminar con una sentencia o con un auto, que son a su vez impugnables mediante el recurso de casación. En este sentido, el proceso sería el cauce a través del cual habría de substanciarse el recurso de lo contencioso-administrativo, ahí sí, para impugnar la resolución administrativa que se hubiere emitido. Sobre este particular la exposición de motivos de la iniciativa de ley, de lo que vino a ser la LCA, dice así: “Los rasgos anteriormente detallados se basan en una concepción distinta de lo Contencioso Administrativo, que deja de ser un puro recurso para convertirse en un verdadero proceso de única instancia.”

La historia legislativa sobre lo contencioso-administrativo en Guatemala debe incluir, también, lo que sobre el particular se regula en el Código Tributario, Decreto 6-91 del Congreso de la República. El CT, promulgado ya bajo la vigencia de la CPR el 25 de marzo de 1991, regula tanto los recursos administrativos como, parcialmente, el de lo contencioso-administrativo, ambos en materia tributaria. En el CT la naturaleza jurídica de lo contencioso-administrativo se define, en congruencia con la Ley de lo Contencioso-administrativo entonces vigente, como un recurso (Arto. 164) indicando que, en lo que no contraríe las disposiciones del CT, será aplicable en todo lo que se relaciona con el procedimiento, lo establecido por la Ley de lo Contencioso-administrativo (Arto. 167) y, desarrollando lo que ya disponía la CPR, establece que *para impugnar las resoluciones administrativas en materia tributaria, no se exigirá al contribuyente pago previo, ni garantía alguna*. Aunque técnicamente no era lo adecuado, porque debía más bien haberse modificado la ley de la materia, en el CT se trata de la integración del TCA, agregando a lo ya establecido por la Ley de lo Contencioso-administrativo vigente a la fecha de su promulgación, que el mismo se conformaría con el número de salas que la CSJ estimare conveniente, en atención a la especialización en cada materia (Arto. 161) y se dispuso que los magistrados que integren las salas del TCA deberían contar con especialización en materia tributaria (Arto. 162). Lo mismo puede decirse de las normas del CT que se refieren al impulso de oficio del procedimiento, a la caducidad de la

instancia, al objeto de la sentencia (Arto. 163); a las resoluciones administrativas contra las cuales procede el recurso (Arto. 164); al plazo para su interposición (Arto. 165); a la acumulación (Arto. 166); y a la procedencia del recurso de casación. El hecho, sin embargo, de haberse incluido todas esas cuestiones en el CT ha requerido resolver varios problemas de aplicación de leyes en el tiempo y dio lugar a la promulgación del artículo 17 bis de la LCA, que dispone lo siguiente:

ARTICULO 17 "BIS". *Excepciones. Se exceptúa en materia laboral y en materia tributaria la aplicación de los procedimientos regulados en la presente ley, para la substanciación de los Recursos de Reposición y Revocatoria, debiéndose aplicar los procedimientos establecidos por el Código de Trabajo y por el Código Tributario, respectivamente.*⁴⁵

Adicionalmente, con ocasión de la reforma legislativa e institucional que se hizo en relación con la recaudación de los tributos y la fiscalización de las obligaciones tributarias, se emitió el 11 de febrero de 1998 la Ley Orgánica de la Superintendencia de Administración Tributaria, Decreto 1-98 del Congreso de la República, en cuyo artículo 45 se dispone que:

Los recursos administrativos que los contribuyentes o sus representantes pueden interponer contra las resoluciones de la SAT en materia tributaria, son los que establece el Código Tributario y las leyes aduaneras. Los recursos administrativos que se interpongan contra las resoluciones de la SAT en materia no tributaria o aduanera son los establecidos en la Ley de lo Contencioso-administrativo.

En materia tributaria, contra lo resuelto por el Directorio, procede el recurso de reposición; contra lo resuelto por el Superintendente y los Intendentes, procede el recurso de revocatoria. Ambos recursos se regularán por las disposiciones del Código Tributario.

⁴⁵ Distinto es el supuesto previsto por el artículo 17 de la LCA, que exceptúa de la materia laboral la aplicación de los recursos administrativos (no en sede jurisdiccional) de reposición y de revocatoria, lo cual, por cierto, fue impugnado de inconstitucionalidad, habiendo resuelto la CC que: "...no existe conflicto entre lo dispuesto en las dos normas constitucionales, porque ha contemplado que, si bien el Tribunal de lo Contencioso Administrativo debe velar por la juridicidad de los actos de la administración, también instituyó que cuando sean de materia laboral, deben ser conocidos por un tribunal de jurisdicción privativa de trabajo. De ahí que la segregación no nace con la ley atacada sino en la Constitución misma. Con esa base, la norma no es inconstitucional y así deberá declararse." Vid. Sentencia Exp. 159-97 GJ 48.

Otro aspecto que conviene comentar y que se ha repetido en la LCA como aparecía en las leyes que la antecedieron, es el de la exclusión del control de lo contencioso-administrativo los asuntos referentes al orden político, militar o de defensa; y los referentes a disposiciones de carácter general sobre salud e higiene públicas, en ambos casos, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan. En primer lugar, el artículo 221 de la CPR, en lo conducente, dice así:

Su función [del TCA] es de contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas.

Ese texto se refiere a “la administración pública” en general y a los “actos o resoluciones de la administración (sic)”, sin distinciones ni limitaciones específicas. Por consiguiente podría afirmarse, preliminarmente, que el legislador ha excluido de la LCA ciertas materias que la CPR no excluye, tal el caso de: (a) los asuntos del orden político; (b) los asuntos del orden militar o de defensa; y (c) las disposiciones de carácter general sobre salud e higiene públicas. Comenzando por estas últimas, parece innecesaria su exclusión específica porque el contencioso-administrativo procede, en general, contra actos o resoluciones, de un lado, y por controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas. Podría replicarse que entre los actos administrativos los hay de carácter general, como las normas reglamentarias, y que por eso era necesario excluir las disposiciones generales sobre higiene y salud públicas. Pero del contexto de la propia LCA se advierte que se trata de actos individuales, cuando se dice que la *resolución que lo origina* (el caso, se entiende) no haya podido remediarse por medio de los recursos puramente administrativos. Las disposiciones generales podrían ser cuestionadas, en relación con un caso concreto, mediante la inconstitucionalidad en caso concreto; *in abstracto* y con efectos *erga omnes*, mediante la acción de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de

carácter general; y con efectos exclusivamente para con el afectado, mediante el amparo.

En lo que toca a los asuntos del orden militar o de defensa, el texto constitucional no los excluye ni tácita ni implícitamente. Por el contrario, al referirse a “la administración pública” y a los actos o resoluciones de “la Administración”, incluye lo concerniente a esa parte de la misma que integra el Ministerio de la Defensa y que tiene como superior jerárquico al propio Presidente de la República (en cuanto *comandante* en jefe de las fuerzas armadas). Podría esgrimirse por alguno que la propia Constitución limita el *acceso a la información* cuando se trata de asuntos que podrían comprometer la seguridad del Estado. Sin embargo, el contencioso-administrativo se refiere a las relaciones jurídicas que se entablan entre personas privadas y la Administración cuando aquéllas ejercen su derecho de petición, solicitando que se les conceda lo que en ley o reglamentariamente estiman que les corresponde o para obtener la autorización, permiso o licencia que les interese. De ahí se sigue que la existencia del proceso contencioso-administrativo en cuestiones del orden militar o de defensa de manera alguna afectaría el funcionamiento de las fuerzas armadas dentro del marco de la disciplina militar, ya que sus integrantes no son personas privadas situadas ante la Administración, sino que la integran, ejerciendo la profesión que les es propia.

Por último está lo concerniente a los asuntos del orden político y aquí podría decirse que la LCA no ha limitado excesivamente el control de jurisdicción que corresponde al contencioso-administrativo, puesto que suele entenderse que “la Administración” y “el Gobierno” son dos órganos íntimamente relacionados, pero distintos.⁴⁶ La primera realizaría actos meramente administrativos y el segundo, del

⁴⁶ Así, en España, por ejemplo, se intentó hacer esa distinción como se comenta en **REA N°106**, *La definitiva erradicación de los actos de Gobierno en nuestro Derecho*, por Eduardo García de Enterría; Pág. 231: “Dos leyes relevantes deben referenciarse. Por una parte, la Ley del Gobierno, de 27 de noviembre de 1997 (una Ley cuyo primer proyecto se elaboró con el fin declarado de separar al Gobierno de la Administración, dentro del mismo propósito con que se elaboró el Proyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1995, pero que, felizmente, correspondió aprobar a las nuevas Cámaras formadas tras las elecciones de 1996), artículo 26.1, prescribe que: “el Gobierno está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento en toda su actuación”, expresión esta última que se opone resultantemente a la idea de que su labor de dirección política exigiese *per se* una exención legal y judicial.”

orden político; la primera estaría compuesta por los cuadros de funcionarios y empleados subalternos y el segundo por el Presidente y su Consejo de Ministros (ministros y secretarios). En suma, esta distinción se explicaría en cuanto que toca al Presidente y sus ministros discernir las políticas de gobierno y hacerlas ejecutar, razón por la que los ministros son responsables políticamente ante el Congreso de la República y podrían verse obligados a dimitir si se pronunciare en su contra un voto de falta de confianza. Por las razones últimamente expuestas no habría –según esta línea de argumentación—un vacío de responsabilidad, ya que en defecto de la que cabe deducir por medio del proceso contencioso-administrativo, se confrontaría la responsabilidad política ante el parlamento.

Ante tales observaciones y razones es necesario oponer el texto de la propia CPR, que nada excluye del control de juridicidad que toca ejercitar al TCA. Difícilmente puede afirmarse que la distinción más bien doctrinaria a que se ha hecho referencia arriba, sea la que informe el uso de las expresiones “administración pública” y “la Administración”, que aparecen en el Arto. 221. de la CPR.

En lo que a los daños y perjuicios se refiere, la LCA disponía lo siguiente:

ARTICULO 46. REPARACIONES PECUNIARIAS. Si el contencioso administrativo se hubiere planteado en cuanto al caso de procedencia a que se refiere el inciso 1) del artículo 19, el Tribunal podrá condenar a los funcionarios responsables al pago de reparaciones pecuniarias por los daños y perjuicios ocasionados, cuando se hubiere actuado con manifiesta mala fe, sin perjuicio de la obligación solidaria estatal.

Sobre el particular ya se indicó que en sentencia de 20 de mayo de 1998 la CC declaró su inconstitucionalidad, por no ser una competencia prevista por el Arto. 221 de la CPR para el TCA; por consiguiente, en esta materia siguen rigiendo los artículos 229 y 246 del CPCYM, que señalan el trámite del juicio sumario para deducir responsabilidades civiles a los funcionarios y empleados públicos.⁴⁷ Consideramos que

⁴⁷ **MATERIA DEL JUICIO SUMARIO**

ARTICULO 229. Se tramitaran en juicio sumario:

4. La deducción de responsabilidad civil contra funcionarios y empleados públicos;
ACCION DE RESPONSABILIDAD

es de lamentarse el criterio vertido en dicha sentencia, si bien es cierto, por otra parte, que la regulación excesivamente escueta que aparecía en la LCA dejaba mucho que desear. El concepto originario suponía que si, con ocasión del conocimiento de un proceso contencioso-administrativo, se determinaba la existencia de daños y perjuicios, como consecuencia de la ilegalidad o antijuridicidad del proceder de la Administración, así pudiera declararse. En ese orden de ideas, el conocimiento y resolución de las responsabilidades civiles de manera alguna venían a ser una competencia “nueva y autónoma” del TCA, sino una cuestión derivada de y conexa con el asunto principal: la juridicidad de la actuación administrativa. Por otro lado, el tenor original de la LCA era equivocado porque en ninguna parte habla la CPR de la obligación de demostrar “manifiesta mala fe” por parte de los responsables,⁴⁸ como tampoco es éste el parámetro del derecho civil.⁴⁹

ARTICULO 246. La responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos procede en los casos en que la Ley lo establece expresamente; y se deducirá ante el juez de Primera Instancia por la parte perjudicada o sus sucesores.

⁴⁸ **ARTICULO 155. Responsabilidad por infracción a la ley.** Cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren.

La responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos, podrá deducirse mientras no se hubiere consumado la prescripción, cuyo término será de veinte años.

La responsabilidad criminal se extingue, en este caso, por el transcurso del doble del tiempo señalado por la ley para la prescripción de la pena.

Ni los guatemaltecos ni los extranjeros, podrán reclamar al Estado, indemnización por daños y perjuicios causados por movimientos armados o disturbios civiles.

⁴⁹ Código Civil: **ARTICULO 1645.** Toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

VI. El control jurisdiccional de la legalidad en algunas de las sentencias de la Corte de Constitucionalidad.

Desde su creación en la CPR, la CC ha dictado fallos en relación con el control jurisdiccional de la legalidad debido a impugnaciones diversas de inconstitucionalidad de algunas leyes, principalmente de índole tributario, y en relación con la LCA. También ha resuelto diversos amparos, que se han originado de la substanciación de procesos contencioso-administrativos, aunque no relacionados, directamente, con la naturaleza jurídica del control jurisdiccional de la legalidad. Aquí hacemos referencia, más bien, a los primeros.

i. Control jurisdiccional y separación de poderes.

Con carácter general la CC ha situado el control jurisdiccional de la legalidad de los actos de la Administración en el contexto de la división de los poderes del Estado, diciendo que:

Uno de los principios básicos del estado de derecho es el de la división o separación de poderes en que se atribuye primordialmente al Organismo Legislativo la función de crear leyes; al Organismo Judicial la de aplicarlas y declarar los derechos en los casos controvertidos que se someten a su conocimiento y al Organismo Ejecutivo la facultad de gobernar y administrar [...] El sentido de la distribución del poder estatal en diversos órganos no es básicamente la de distribuir funciones entre ellos con el objeto de obtener un desempeño eficiente; su fin primordial es que al desarrollar separada y coordinadamente sus funciones, tales órganos se limiten recíprocamente, de forma que cada uno de ellos actúe dentro de la esfera de su competencia y constituya un freno o contrapeso a la actividad de los demás, es decir, que ejerzan entre sí un control recíproco con el objeto de enmarcarse dentro del régimen de legalidad. [...] Así, el Organismo Ejecutivo realiza dicho control sobre el Legislativo cuando ejercita el derecho de veto sobre las leyes aprobadas por éste (artículo 178 de la Constitución) o cuando ejerce su facultad de dictar disposiciones en casos de emergencia o calamidad, en materias que son propias del Congreso de la República (artículo 183 inciso f); a su vez, el Organismo Legislativo ejerce control

sobre el Ejecutivo entre otros, en la interpelación a los ministros de Estado (artículos 166 y 167 de la Constitución) y sobre el Organismo Judicial cuando, por ejemplo, tramita los antejuicios contra el Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia (artículo 165 inciso h) o cuando elige a los Magistrados de dicho Organismo (Artículos 215 y 217 de la Constitución). Por su parte, el Organismo Judicial ejerce un control jurisdiccional sobre el Legislativo cuando los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia deben observar el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado; y sobre el Ejecutivo, por medio del control que ejerce el Tribunal de lo Contencioso-administrativo sobre la juridicidad de los actos de la administración pública. La Constitución Política de la República asigna determinadas funciones a cada uno de los organismos estatales, y, al hacerlo, expresa la voluntad soberana del pueblo, que, en ejercicio del poder constituyente, elaboró la Constitución [...] (Sentencia Exp. 113-92, GJ 24).

ii. Ámbito material de competencias del TCA.

En lo que se refiere al ámbito material de competencia del TCA, la CC ha considerado algunos aspectos en particular, tales como la posibilidad constitucional de que, a nivel legal, se excluyan determinadas materias (de orden diplomático o militar, por ejemplo) del control que corresponde a dicho tribunal, o bien, en lo que toca a asuntos de índole puramente laboral. Estos pronunciamientos se han hecho en relación con el cuestionamiento de si pueden eximirse del control del TCA tales materias, dado que el Arto. 221 de la CPR establece, con carácter general y sin excepciones que la función del TCA es de: “*contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas.*” No obstante, la CC ha dicho que:

Sobre este aspecto, si bien el Tribunal de lo Contencioso-administrativo debe velar por la juridicidad de los actos de la administración pública, su jurisdicción está limitada a aquellos asuntos que no pueden ser fiscalizados por otras vías conforme a la Constitución y la ley. Como se indicó anteriormente, la Constitución separó

del conocimiento del Tribunal de lo Contencioso-administrativo los asuntos laborales e instituyó el amparo, que, como garantía constitucional contra la arbitrariedad, tiene como fin velar porque no quede ningún acto de la administración sin que su juridicidad sea fiscalizada. De esa cuenta, aquellos asuntos que conforme a la ley no son materia de lo contencioso-administrativo, lo son de otras acciones que tienen el mismo fin ya que los actos administrativos tienen como características propias: a) la presunción iuris tantum de legitimidad y de haber sido emitidos buscando la tutela de un interés general; y b) su ejecutoriedad, lo que significa que pueden realizarse directamente por la Administración Pública (sic) sin necesidad de recurrir a los tribunales. Amparándose en estas características es que la ley atacada (la LCA) excluyó asuntos tales como los relacionados con el orden político, militar o de defensa, salud e higiene públicas, denegatoria de concesiones; sin embargo, no por ello debe entenderse que están exentos de control, porque puede ser ejercido por los administrados haciendo uso de la garantía constitucional del amparo, ya que conforme a la ley específica, no existe ámbito en el que no sea aplicable. (Sentencia Exp. 159-97 GJ 48).

Sobre el fragmento citado arriba debe hacerse dos comentarios: primero, que no hay texto constitucional del que pueda inferirse que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo está limitada a aquellos asuntos que no puedan ser fiscalizados por otras vías; y segundo, que por su naturaleza, el amparo procede, entre otros casos, *cuando la autoridad de cualquier jurisdicción dicte reglamento, acuerdo o resolución de cualquier naturaleza, con abuso de poder o excediéndose de sus facultades legales, o cuando carezca de ellas o bien las ejerza en forma tal que el agravio que se causare o pueda causarse no sea reparable por otro medio legal de defensa* (Arto. 10, d de la LAEC). De ahí se infiere que los abusos o excesos de poder o las actuaciones ilegales de la Administración deberían poder resolverse, primero, por otros medios legales de defensa y, en defecto de estos, por la vía del amparo. Además, el artículo 19 de la LAEC (que es una ley de rango constitucional), dispone que: *“Para pedir amparo, salvo casos establecidos en esta ley, deben previamente agotarse los recursos ordinarios, judiciales y*

administrativos, por cuyo medio se ventilan adecuadamente los asuntos de conformidad con el principio del debido proceso.” Uno de esos casos en que la LAEC dispensa el cumplimiento del llamado *principio de definitividad*, es el que acabamos de citar, es decir, cuando no hay otro medio legal de defensa.

Entonces, el criterio de la CC sobre este particular parece cuestionable, tanto porque el Arto. 221 de la CPR no hace excepción alguna para el ejercicio del control de la juridicidad de los actos de la Administración, como también porque el amparo [sí] es una garantía constitucional que, por su propia naturaleza, tiene carácter de último recurso, si cabe hablar así.

Desde la perspectiva de la doctrina, sobre el punto del control de la legalidad de los actos políticos del Gobierno, García de Enterría⁵⁰ ha indicado que:

“Al insistirse sobre la diferencia cualitativa entre Política y Administración se está diciendo algo obvio, pero es una petición de principio pretender arrancar de esa diferencia material una diferencia de régimen jurídico, tan grave, además, como la de la definitiva exclusión del Derecho Administrativo de todo un sector de actos que inicialmente se nos presentan como actos propios del sujeto en que la Administración consiste. [...] Proclamar la inmunidad jurisdiccional de la Administración en estas materias, así genérica e imprecisamente llamadas políticas, implica ni más ni menos que consagrar que la Administración puede obrar en las mismas sin límite legal ninguno, incluso atropellando los derechos más elementales y más obvios de los ciudadanos, puesto que no existe medio técnico ninguno, ni de imponerle esos límites legales, ni de exigirle el respeto a esos derechos hipotéticamente atropellados. [...] El artículo 132 de la Constitución austriaca, el 113 de la Constitución italiana y el artículo 19, párrafo IV, de la Ley Fundamental de Bonn, afirman que los ciudadanos pueden recurrir contra todos los actos de la Administración. Esto, naturalmente, impide toda posibilidad de

⁵⁰ Cfr. LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER. Págs. 56, 62 y 74

distinguir en la Administración de un sector de actividad jurisdiccionalmente exenta por su calificación de actividad política o de Gobierno.”

No sería justo dejar atrás este punto sin precisar que la CC no pretende que los actos políticos y los demás que allí se mencionan, queden libres de control jurisdiccional, porque precisamente salva la cuestión recurriendo a la garantía constitucional del amparo, lo cual nos parece técnicamente inadecuado por las razones ya expresadas.

En lo que a la materia laboral se refiere, la CC sustenta mejor su posición, porque distingue lo laboral de lo administrativo, por el fondo y no por la forma. Esto es decir que, en aquellos casos en que lo que se resuelve tiene forma de resolución administrativa, pero en el fondo es un problema de naturaleza laboral, la CC considera legítimo que la controversia se resuelva por los tribunales de trabajo, dejando a salvo el control de juridicidad de los actos de la Administración, que perteneciendo a la materia laboral, sean de naturaleza administrativa. Así lo dispone la CC: *El hecho de que algunas impugnaciones sean conocidas por los tribunales de trabajo, no significa que el acto de autoridad relacionado con esta materia, no sea objeto de fiscalización, porque lo es, pero por un tribunal privativo, como lo ordena el artículo 103 ibid. De esa cuenta la segregación que señala el accionante, no contraviene el mandato constitucional al remitir a la jurisdicción privativa laboral las impugnaciones que reclaman una atención especializada, situación que de ninguna manera implica que ciertos asuntos de carácter eminentemente administrativo, aunque sean de carácter laboral, quedan sustraídos del conocimiento del Tribunal de lo Contencioso-administrativo. Por consiguiente no existe conflicto en lo dispuesto en las dos normas constitucionales, porque ha contemplado que, si bien el Tribunal de lo Contenciosos Administrativo debe velar por la juridicidad de los actos de la administración, también instituyó que cuando sea de materia laboral, deben ser conocidos por un tribunal de jurisdicción privativa de trabajo (Sentencia Exp. 159-97 GJ 48).*

Otra de las materias excluidas, como consecuencia de que la CC declaró la inconstitucionalidad de la norma de la LCA que así lo disponía, es la relativa a la

responsabilidad de civil de los funcionarios que hubiesen realizado el acto administrativo impugnado, por considerar que “no es de la incumbencia del Tribunal de lo Contencioso-administrativo, órgano jurisdiccional cuya función está perfectamente delimitada por el artículo 221 de la Constitución [...]” (Sentencia Exp. 159-97 GJ 48)

iii. Alcances del control jurisdiccional.

En cuanto al alcance con el que el TCA puede ejercitar sus funciones de control de la juridicidad de los actos de la Administración, la CC se ha pronunciado en el sentido de que, la facultad que le daba la LCA al TCA de examinar en su totalidad la juridicidad del acto impugnado “sin que el tribunal esté limitado por lo expresamente impugnado o el agravio invocado, viola los derechos de petición, de defensa y al debido proceso, por falta de la necesaria congruencia que debe prevalecer en las decisiones judiciales para que estén dotadas de certeza y seguridad jurídica” (Sentencia Exp. 159-97 GJ 48). Este criterio se fundamenta en que no debe haber la *reformatio in pejus*, agregando que: “Las características del acto administrativo de presunción *iuris tantum* de legitimidad y de haber sido emitido buscando la tutela de un interés general [...] hace suponer que todo acto administrativo es dictado de buena fe y dentro del marco de la legalidad. Siendo la Administración la emisora del acto no se justifica que, eventualmente, el Tribunal de lo Contencioso-administrativo lo califique y que, aún cuando en parte sea consentido por el administrado, concluya que es ilegal y que, por ello, debe dejarse sin efecto en aras de proteger los intereses de la Administración” (Sentencia Exp. 159-97 GJ 48).

Este criterio también es discutible porque, al lado de los derechos constitucionales de petición, de defensa y al debido proceso, está también el principio constitucional de legalidad, que necesariamente ha de modular los primeros porque, a diferencia de lo que ocurre en materia de derecho privado, en donde son los intereses de la parte que pide y gestiona los que están en juego, siendo por consiguiente lógico que de su voluntad dependa circunscribir los alcances del pronunciamiento judicial, en materia de derecho administrativo, por el contrario, los intereses en juego rebasan los de los particulares, siendo tan importante que estos últimos puedan dirigir a la justicia contencioso administrativa las peticiones que convenga a sus intereses, como que el imperio de la ley sobre los actos de la Administración se cumpla, sin quedar limitado a dichos intereses

privados. Tampoco puede aceptarse sin más que en el ámbito del derecho administrativo opere la *reformatio in pejus*, porque al final de cuentas la Administración no <<pierde>> cuando la justicia administrativa invalida lo que, de sus actos, hubiese transgredido los límites de la ley. Gana el sistema, se afirma el estado de derecho, se realiza efectivamente el control que dispone el Arto. 221 de la CPR. No deja de ser curioso que, en la propia sentencia en que la CC se pronunció en el sentido ya indicado, también declaró que ella misma *ha desarrollado el criterio de que, si al confrontar una norma ordinaria atacada de inconstitucionalidad cae en la cuenta de que ésta es procedente porque quebranta notoriamente un precepto de la Ley Suprema, debe pronunciarse al respecto en defensa del orden constitucional que le está encomendada, aplicando para ello el principio jura novit curia sin que la falta de ese señalamiento concreto de parte del accionante constituya óbice para llevar a cabo dicha labor de vital importancia para que, en consideración de la supremacía de la Constitución, se depure el ordenamiento jurídico nacional*” (Sentencia Exp. 159-97 GJ 48). Tal parece, entonces, que la CC considera que, en tanto que el principio de supremacía constitucional sí justifica que se pronuncie de oficio sobre cualquier inconstitucionalidad no señalada por el accionante, el principio constitucional de legalidad, no es de suficiente importancia como para que el TCA haga otro tanto.

Como quiera que sea, la norma en cuestión⁵¹ ha sido declarada parcialmente inconstitucional y, por consiguiente y en vista de los motivos por los que así lo fue, el TCA no puede pronunciarse más que en cuanto a las pretensiones de quien interponga el proceso contencioso-administrativo. En otros países, como España, por ejemplo, ese enfoque rígido ha sido superado por otro a favor de un poder de revisión mucho más amplio, que abarca tanto la potestad anulatoria como también la posibilidad de recurrir contra la inactividad de la Administración y contra lo que en la Ley se denomina materias constitutivas de vía de hecho.⁵²

⁵¹ **ARTICULO 15. RESOLUCION.** Dentro de quince días de finalizado el trámite, se dictará la resolución final, no encontrándose limitada la autoridad a lo que, haya sido expresamente impugnado o cause agravio al recurrente, sino que deberá examinar en su totalidad la juridicidad de la resolución cuestionada, pudiendo revocarla, confirmarla o modificarla.

⁵² Cfr. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo II, Civitas Ediciones, Madrid, Reimpresión 2001. Pág. 581: “Hay que partir de los artículos 24 y 106 de la Constitución, ninguno de los cuales ha limitado a esos estrechos cauces el

iv. El silencio administrativo.

En cuanto al silencio administrativo, que como se apuntó antes en la LCA es negativo, la CC ha determinado que el mismo se cumple cuando, transcurridos treinta días desde la fecha en que el expediente se encuentre en estado de resolver, la Administración no se pronuncia, razonando de la siguiente manera: *“Esta corte, in pari materiae, atendiendo precisamente las circunstancias precedentes, al interpretar la obligación de la Administración de resolver y notificar lo resuelto en el plazo de treinta días, se ha pronunciado en el sentido de que las peticiones de los administrados deben quedar resueltas y notificadas con observancia de los procedimientos y dentro de los plazos que fijen las normas reguladoras del acto y que, únicamente en ausencia de éstas, deben serlo en el término de treinta días que señala el artículo 28 de la Constitución, debiéndose hacer en este acto para mejor claridad de la sentencia, la salvedad de que las peticiones en materia política están sujetas al régimen especial que señala el artículo 137 ibidem. También ha sostenido este tribunal que el plazo constitucional no puede entenderse como límite máximo para la tramitación, conclusión y notificación de los negocios promovidos ante la Administración, como argumentan el impugnante y el Ministerio Público, porque ello significaría situarla dentro de un marco temporal que, para determinados asuntos, podría resultar muy reducido, con perjuicio de los intereses que está llamada a proteger”* (Sentencia Exp. 159-87 GJ 48).

v. Los recursos administrativos previos.

La LCA establece en su artículo 19 que: *“Para que el proceso contencioso-administrativo pueda iniciarse se requiere que la resolución que lo origina no haya podido remediarse por medio de los recursos puramente administrativos.”* Pero, ¿qué ocurre en aquellos casos en que el administrado no ha hecho uso de los mismos?

proceso contencioso-administrativo y cuyos postulados más bien lo hacen enteramente incompatible con tales límites rígidos. El artículo 106 no fuerza, en modo alguno, a la técnica impugnatoria estricta, desde el momento en que habla de controlar ‘la legalidad de la actuación administrativa’ y no de actos específicos [el mismo concepto, en el art. 153, apartado c): ‘El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá ... por la jurisdicción contencioso-administrativa, en el de la Administración autónoma y sus normas reglamentarias’], pero aún más claramente el artículo 24 no permite límites convencionales al derecho fundamental a la tutela judicial de los derechos e intereses, tutela que en todo caso ha de ser, precisamente, ‘efectiva’; mucho menos tolera límites provenientes de dogmas políticos y jurídicos con sigilo y medio de retraso”.

La CC se ha pronunciado sobre este problema en relación con la anterior y ya derogada Ley de lo Contencioso-administrativo (Dto. Gubernativo 1881), que disponía, en su Arto. 11, que el recurso de lo contencioso-administrativo procedía contra las resoluciones administrativas que hubiesen causado estado, por lo que se entendía, conforme a su Arto. 12, las que ya no fueren susceptibles de recurso en la vía gubernativa por haberla agotado. Por lo tanto, entendemos que lo resuelto por la CC en relación con la cuestión planteada en el párrafo anterior, es igualmente aplicable en cuanto a la LCA, que conserva prácticamente la misma definición de cuándo causa estado una resolución administrativa.

Los dos casos consultados se refieren a disposiciones tributarias que establecieron, una, que en caso de que el contribuyente dejare de hacer uso de las audiencias correspondientes, a efectos de la determinación de la obligación tributaria que le imputare la administración tributaria, esta última podría entonces resolver en definitiva, y la otra, que en el mismo supuesto, la administración tributaria podría proceder a determinar el importe líquido de la obligación tributaria, para su cobro consiguiente por la vía de lo económico coactivo. En ambos casos se cuestionó la constitucionalidad de las normas, alegándose que el contribuyente quedaba en situación de indefensión, por privársele de recurrir a lo contencioso-administrativo.

La CC resolvió razonando, en el primer caso, que: *“Efectivamente, para que la Administración tributaria (sic) pueda integrar el cómputo líquido del impuesto, y los recargos legales, es necesario que disponga de medios para impulsar el procedimiento depurador, siendo lícito que, por inactividad del obligado, se establezca por presunción legal su conformidad con tales ajustes y sanciones, en cuyo caso, habiendo sido de su conocimiento la obligación de hacer uso de la audiencia que por el término de veinte días se le concede para impugnar por escrito las observaciones formuladas a su declaración, no puede alegarse que se trate de una resolución tomada sin la debida audiencia ni oportunidad de defensa. Al respecto, es necesario remitir a la teoría de los actos propios y a la de los hechos consentidos, que aceptan que determinadas situaciones, por razones de orden público, puedan ser presumidas cuando se imputa al*

interesado la dejación o abandono de sus propios intereses, los cuales debe procurar proteger conforme los procedimientos legales establecidos y en el tiempo oportuno. Debe entenderse, claro está, que la resolución de la autoridad administrativa al quedar firme, es susceptible del contralor de juridicidad que la ley establece, por lo que no se puede aceptar la inconstitucionalidad denunciada” (Sentencia Exp. 295-87 GJ 8). De ahí se desprende que el recurso contencioso-administrativo procedería, aún y cuando el interesado no hubiese agotado, digamos, activamente, los recursos administrativos, siendo suficiente que exista o se impugne una resolución administrativa que no sea susceptible de impugnación por la vía administrativa.

En el segundo la CC dijo: “[...] *toda resolución que dicte la Dirección General de Rentas en aplicación de la ley que se examina es susceptible de ser impugnada en la vía administrativa de conformidad con las normas antes mencionadas. Ahora bien, el artículo cuestionado no establece que las resoluciones de dicha Dirección no puedan impugnarse mediante revocatoria y, en su caso, mediante recurso contencioso-administrativo, es decir, no establece ninguna limitación a ese derecho de defensa, sino que determina que si el afectado no hiciera el pago del impuesto liquidado de oficio, se iniciará juicio económico coactivo, pero debe entenderse que ello procederá una vez que se encuentre firme la resolución respectiva ya sea porque no se hubiere impugnado, o porque agotados los recursos legales, inclusive el contencioso-administrativo, la resolución hubiere sido confirmada. La disposición impugnada debe interpretarse en este sentido y, consecuentemente, no viola el derecho de defensa ni el principio de control jurisdiccional de los actos de la administración” (Sentencia Exps. 217-91 221-91 GJ 25). De esa manera se colige que sólo podría la administración proceder a ejecutar coercitivamente lo resuelto por su parte si la resolución administrativa ha quedado firme, sea debido que no se hicieron valer los recursos administrativos y de lo contencioso-administrativo por el interesado, o bien porque agotados todos ellos, la resolución administrativa adquirió firmeza.*

vi. El problema de la resolución de los “casos no previstos”.

En algunos casos se ha recurrido, al dictar leyes, o reglamentos que desarrollan leyes diversas, a la delegación en la autoridad de aplicación de la ley de la facultad de resolver a su discreción los casos no previstos. Esta expresión, de por sí imprecisa, puede significar la delegación de la facultad de resolver con carácter general esos casos, o bien, la de resolverlos específicamente, pero sin referencia a norma alguna. En el primer supuesto, la delegación es discutible porque el Arto. 183, e) de la CPR concede la facultad de dictar normas reglamentarias, y por ende de carácter y aplicación general, solamente al Ejecutivo. Esta disposición podrá juzgarse por algunos excesivamente limitativa o inconveniente para el desarrollo de la función administrativa del Estado, pero el hecho es que así ha sido estatuido y ordenado en la propia CPR. En el segundo supuesto podría presentarse el problema técnico de que, para que proceda el contencioso-administrativo, se requiere que la resolución impugnada vulnere un derecho del demandante, reconocido por una ley, reglamento o resolución anterior (Arto. 20 LCA) y, tratándose de casos no previstos, ¿cómo podría identificarse el derecho vulnerado y en dónde?

A la CC se sometió la inconstitucionalidad de los artículos 48, 49 y 50 del Decreto 61-87 del Congreso de la República, porque, en opinión de los interesados, trasladan funciones jurisdiccionales a la Dirección General de Rentas Internas, al facultarla a resolver “*cuando fuere procedente, los casos no previstos que fueren objeto de duda...*” Nos parece que el problema se orienta, más bien, en la dirección indicada en el párrafo anterior y por eso no extraña que la CC haya descartado el argumento de la invasión de las facultades de juzgar y ejecutar lo juzgado, apuntando que: “*Lo mismo puede decirse de los artículos 48 y 50 puesto que las resoluciones de la Dirección quedan sujetas a los recursos administrativos correspondientes, y finalmente, al control jurídico del Tribunal de lo Contencioso-administrativo conforme al artículo 221 de la Constitución Política de la República, Tribunal que es el contralor de la juridicidad de la administración pública y por consiguiente, a quien corresponde la actividad jurisdiccional en esta materia. En el artículo 50 se trata de los casos no previstos o que*

fueran objeto de duda, como resolubles por la Dirección, pero se entiende lógicamente que lo hará siempre sujetándose a la Constitución, la Ley y los Reglamentos, así como a la Ley del Organismo Judicial, por lo que no se justifica la tacha de inconstitucional de esta disposición” (Sentencia Exp. 123-88 GJ 10).

Lo señalado por la CC parece, en principio, contradictorio. En efecto, si el propio precepto legal impugnado se refiere a “los casos no previstos”, ¿de qué manera podría la Dirección resolverlos sujetándose a la Constitución, la Ley y los Reglamentos? Si la norma impugnada hubiese dicho: “casos no previstos en esta ley”, podría entonces entenderse que, para su resolución, el órgano de aplicación de la ley tendría que buscar fundamento legal o reglamentario en otros cuerpos normativos, aunque fuese mediante una labor integradora del derecho. Pero no fue así y, a juicio nuestro, la CC fue demasiado lejos en su afán de respetar la voluntad legislativa porque, desde una perspectiva jurídico-formal, la Administración no puede hacer más que lo que las leyes le facultan y los administrados no pueden pedir y obtener más que lo que las leyes les conceden. Dicho de otra forma, si el supuesto de hecho conlleva consecuencias previstas en el ordenamiento jurídico, al órgano de aplicación de la ley le corresponde hacerlas cumplir; en caso contrario, se habrá tratado de hechos que, simplemente, carecen de consecuencias jurídicas.

vii. La Administración no es juez y parte.

En algunos casos, sobre todo de entidades autónomas del Estado, se confiere al funcionario de mayor jerarquía operativa del órgano o entidad de que se trate, participación también en el órgano supremo de gobierno de los mismos, que suele ser colegiado. Generalmente, las resoluciones en sede administrativa, de primer grado, las emite el primero y, las de los recursos administrativos de alzada, el segundo. En ese contexto se sometió a la CC que ese tipo de disposiciones opera contra el principio jurídico básico de que nadie puede ser juez y parte. Esto, en cuanto que el funcionario ejecutivo, al pasar a conformar el órgano que conoce en alzada, sería juez —en parte— de lo resuelto por él mismo, en primer grado.

Realmente, la idea misma de que la Administración, al ejercer sus funciones, sea una “parte” frente al administrado, que sería la otra, es una noción que refleja una realidad deformada, en la que la administración pública se ha llegado a tener y entender por el ciudadano, como un obstáculo, e incluso, como un adversario. Esto probablemente se deba, en parte, a la actitud que manifiesta la administración pública en el ejercicio de sus funciones, y en parte también, a la proliferación de reglamentos y requisitos administrativos que los ciudadanos deben cumplir para realizar sus actividades. La disyuntiva que se presenta es intentar que tanto la Administración como los ciudadanos cambien de actitud, desregulando también todo aquello que no requiere de la intervención estatal, o bien, la instauración de un procedimiento administrativo con todas las garantías propias de un proceso contencioso, tal como si Administración y administrado fuesen contrapartes.

De cualquier manera, la CC resolvió esta cuestión desde otra perspectiva, diciendo que: *“Respecto del proceso legal, ya quedó dicho que no pueden tenerse como iguales los judiciales con los administrativos, por existir en la legislación diferentes regulaciones, las que responden a la naturaleza de cada uno de ellos, siendo, eso sí, aplicables a ambos aquellos principios que son fundamentales en todo sistema de Derecho. La circunstancia de que en la ley reguladora del Instituto Nacional de Electrificación –INDE- figure como miembro del Consejo Directivo el Presidente Ejecutivo no revela la anti-constitucionalidad (sic) denunciada, como tampoco podría haberla, por ejemplo, en los casos de la Universidad de San Carlos y de las corporaciones municipales, en las que la autoridad ejecutora es a la vez miembro del órgano máximo de las entidades, por lo que no podría darse que la autoridad cuya resolución fuera impugnada se transformara en su propio juez, porque el órgano de conocimiento en grado sería diferente, existiendo, además, los mecanismos legales que preservan a las partes el derecho de impugnar la actuación de un funcionario cuando consideren comprometida su imparcialidad”* (Sentencia 223-87 GJ 7).

En este último sentido tal parece que la CC entiende que las limitaciones, por así decirlo, del proceso puramente administrativo que, como quedó expuesto en el párrafo

anterior, se estima de naturaleza distinta del judicial, son tolerables porque, en caso de lesión a los derechos de los administrados, habrá un remedio eficaz mediante el proceso contencioso-administrativo. Así, en relación con la facultad de aplicar multas administrativas, la CC ha dicho que: *“En este procedimiento administrativo se desarrolla precisamente el derecho de defensa que establece el artículo 12 constitucional, ya que al supuesto infractor se le debe dar debida noticia y oportunidad de comparecer y de hacer valer los recursos legales para impugnar las resoluciones administrativas que le son desfavorables, pudiendo, incluso, someterlo al contralor jurisdiccional correspondiente.”* Y agregó: *“Es de reiterar también, que por tratarse de una cuestión de índole administrativa debe resolverse siguiendo un procedimiento de esta naturaleza, con la observancia del principio del debido proceso, donde no se dejará al sancionado en estado de indefensión puesto que bien puede impugnar las resoluciones que estime perjudiciales a sus intereses mediante el empelo de los correspondientes recursos administrativos, sin perjuicio de que, agotada esta vía, acuda al contralor jurisdiccional”* (Sentencia Exp. 44-87 GJ 5).

VII. ***El control de juridicidad en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia.***

Como se ha visto arriba, prácticamente desde su creación el contencioso-administrativo quedó sujeto al recurso de casación, que corresponde conocer y resolver a la CSJ. Como consecuencia de ello este tribunal se ha ocupado de una gama amplia de asuntos y cuestiones relacionadas con recursos, antes, y procesos, ahora, contencioso-administrativos. De la investigación realizada se aprecia, no obstante, que son mayoritarios los casos en los que los recursos de casación, originados de un proceso contencioso-administrativo, se refieren a problemas ajenos al derecho administrativo, en general, o a la naturaleza jurídica de lo contencioso-administrativo, en particular. En efecto, casi la totalidad de los recursos de casación por vicios *in procedendo* tienen por objeto problemas propios del derecho procesal, más que del administrativo, análogos a los que se plantean en recursos de casación en materias civil o mercantil, por ejemplo, y lo mismo ocurre con los recursos de casación que se promueven por error de hecho o error de derecho en la apreciación de las pruebas. Sin embargo, a continuación se presentan algunas sentencias relativamente recientes que se refieren de manera específica a la naturaleza o a las características de lo contencioso-administrativo en nuestro ordenamiento jurídico.

i. Sobre los alcances del control de la juridicidad de los actos de la Administración.

En relación con esta cuestión la CSJ, al pronunciarse sobre el “sentido de la expresión ‘contralor de la juridicidad’”, contenido en la CPR, dijo lo siguiente:

“Ante tales términos, el problema se reduce a establecer el sentido de la expresión ‘contralor de la juridicidad’, lo cual no ofrece dificultad alguna, toda vez que por sí sola en su contexto revela claramente que el pensamiento recogido por la norma es el de atribuir al Tribunal de lo Contencioso-administrativo la función específica de ajustar a derecho los actos de la administración pública,

incluyendo a las entidades autónomas y descentralizadas. Tales actos recaen directa o indirectamente sobre la actividad de los administrados que integran el binomio, cuyas relaciones están basadas en la existencia de derechos y obligaciones de observancia bilateral, determinando así la eficacia del orden jurídico.

Se completa lo anterior con el mandato constitucional que señala a los tribunales la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado dentro del marco determinado por la Constitución Política de la República y las leyes ordinarias. La función de juzgar, jamás puede limitarse a resolver el conflicto existente necesariamente a favor de una de las partes, sino por el contrario dando a cada quien lo que por derecho corresponde.

En consecuencia, la facultad contralora de la juridicidad que se le atribuye a un órgano jurisdiccional, se materializa en la necesidad de aplicar correctamente el derecho, declarando y preservando los derechos subjetivos y las obligaciones de las partes. ” (Exp. 46-93, Gaceta de los Tribunales 1994, I Semestre)

De aquí se extraen dos ideas básicas: una, que la función de control de la juridicidad de los actos de la administración significa *ajustar a derecho* dichos actos, y otra, que al hacerlo, el TCA debe tener en cuenta los derechos y obligaciones de ambas partes, *dando a cada quien lo que por derecho corresponde*. En cuanto a esta segunda idea, sin embargo, como se indicó arriba, cuando la CC examinó este mismo asunto, por impugnación parcial de inconstitucionalidad que se presentó en contra de la LCA, dejó sentado en la Sentencia Exp. 159-97 GJ 48 que el TCA no puede pronunciarse más que sobre aquello que quien promueve el proceso contencioso-administrativo somete a decisión del tribunal. La sentencia de la CC es posterior a la de la CSJ que aquí se examina y, por tratarse de la interpretación del Arto. 221 de la CPR, el criterio de la primera debe considerarse preeminente, aunque sea, a juicio nuestro, el equivocado.

En efecto, en orden a la realización efectiva del ideal del imperio del derecho, el control de la juridicidad de los actos de la administración pública rebasa los límites del interés personal y específico de los particulares que promueven procesos contencioso-

administrativos. Estos, por lo general, carecerán de interés alguno para promover ante el TCA el enjuiciamiento de actos administrativos que, aunque de dudosa legalidad, les hubiesen sido favorables. Es verdad que la propia Administración puede promover acciones ante el TCA para que se declare la lesividad de aquellos actos administrativos que fuesen contrarios a los intereses del Estado, pero por la propia dinámica de la función administrativa es muy poco probable que la Administración se erija, ella misma, en su fiscalizadora por excelencia. Es para eso que está la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, ahora limitada —erróneamente— a examinar la legalidad, exclusivamente, de lo que impugne el demandante.

También sobre los alcances del control de la juridicidad, la CSJ conoció en casación una sentencia del TCA en la que este último se negó a declarar la prescripción alegada por el interponente del recurso diciendo que el tribunal “*sólo puede, con base en lo anterior, conocer sobre la legalidad o ilegalidad de una resolución administrativa, no puede determinar o resolver en sentencia si existen o no los fundamentos sobre los que descansa la prescripción extintiva, negativa o liberatoria.*” (Sentencia 24/04/1990, Gaceta de los Tribunales 1990, I Semestre). La CSJ se pronunció, en cuanto este problema, así:

“Esta Cámara estima que el Tribunal de lo Contencioso-administrativo, en la sentencia que se examina, efectivamente interpretó erróneamente el artículo 221, párrafo primero de la Constitución de la República. También estima que tenía facultades legales plenas para conocer y resolver sobre la prescripción que fue planteada oportuna y legalmente, desde la vía administrativa y que, para el caso de que hubiesen operado los presupuestos de tal prescripción, así lo declarara. Efectivamente, el artículo 255 de la Constitución de mil novecientos sesenta y cinco, reguló la procedencia de la vía administrativa, única y exclusivamente como contralor de la legalidad de los actos reglados; de lo cual resulta que, al amparo de tal precepto constitucional, ese Tribunal estaba únicamente facultado —tal y como lo dice la sentencia— ‘Para conocer sobre la legalidad o ilegalidad de una resolución administrativa’. Sin embargo, el artículo 221 de la

Constitución vigente amplió tal ámbito, otorgándole funciones de contralor de juridicidad de los actos y resoluciones administrativas. Esto obliga a aplicar, sucesiva y jerarquizadamente: La Constitución y las leyes constitucionales; las leyes ordinarias administrativas, reglamentos y acuerdos; las leyes civiles o comunes; los principios generales del derecho y los principios del derecho administrativo y confrontar el acto o resolución administrativa frente a cada uno de ellos, para determinar si está o no dotado de juridicidad. Actuar en sentido contrario, implicaría constreñir la función jurisdiccional de dicho Tribunal, conforme al pasado, a la mera determinación de si el acto administrativo es legal frente a los requisitos de tiempo, contenido y forma de la actividad administrativa reglada en la ley.

Consecuentemente, el tribunal sentenciador sí interpretó erróneamente el artículo constitucional citado, y tenía y tiene potestades constitucionales para conocer y resolver sobre la prescripción interpuesta.” (Sentencia 24/04/1990, Gaceta de los Tribunales 1990, I Semestre).

Este es un pronunciamiento muy importante porque amplía los alcances de la función de contralor de juridicidad que la CPR le atribuye al TCA a lo que nosotros consideramos un “control integral” de la legalidad del acto y no sólo, como lo entendía el TCA en la sentencia examinada, a un “control formal” del mismo. La importancia que reviste es tanto teórica como práctica: le da al Arto. 221 de la CPR alcances más acordes con el ideal del imperio del derecho y le proporciona a los administrados la posibilidad efectiva de discutir ante la justicia, integralmente, la juridicidad de los actos realizados por la Administración.

Este criterio parece ser más amplio y superar el sustentando en una sentencia anterior, de abril de 1987 (Sentencia 14/04/1987, Gaceta de los Tribunales 1987, I Semestre). En ese caso el TCA declaró sin lugar el recurso considerando que la omisión del interesado de impugnar ciertos aspectos de la resolución dictada durante el procedimiento administrativo “precluyó su derecho, pues tácitamente aceptó la liquidación [...]” Agregó el TCA que su finalidad es “meramente contralor de la

juridicidad del acto administrativo recurrido; y si en la mencionada resolución nada se dice al respecto en razón... de que el extremo no fue impugnado... el Ministerio no podía estimarlo o desestimarlos dado que lo ignoraba. En consecuencia, no se puede determinar ilegalidad o juridicidad en una resolución administrativa, si se impugna lo no considerado o resuelto, como sucede en el presente caso” (Sentencia 14/04/1987, Gaceta de los Tribunales 1987, I Semestre).

Sobre el particular la CSJ se pronunció así:

“La interpretación hecha por el Tribunal de lo Contencioso-administrativo, al afirmar que su función es de contralor de la juridicidad de la resolución administrativa recurrida es correcta, toda vez que el citado artículo indica que tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por resoluciones de la Administración y esto debe interpretarse en el sentido de que es precisamente el contenido de la resolución lo que fija los límites de la contienda; y cuando en una resolución se pretende impugnar aspectos que la misma no contempla, dado que la autoridad que la dictó [...] los ignoraba debido a que, a quien le correspondía hacerlos valer no lo hizo, el Tribunal de lo Contencioso-administrativo no tiene elementos sobre los cuales apoyarse para determinar o no su juridicidad, ya que este análisis no puede hacerse en abstracto, sino sobre el contenido concreto de la resolución impugnada.”

Este criterio jurisprudencial puede entenderse en, por lo menos, dos sentidos: uno, restrictivo, que las omisiones de los administrados, que dan lugar a la realización de actos o a la emisión de resoluciones administrativas en determinado sentido, impiden tachar posteriormente de ilegalidad dichos actos o resoluciones por la vía de lo contencioso-administrativo; otro, amplio, que el TCA no puede declarar la ilegalidad de una resolución administrativa dictada con base en hechos y circunstancias que se tuvieron por aceptadas tácitamente por el interesado, lo cual tampoco impide ajustar a derecho todo lo actuado, al resolver el proceso contencioso-administrativo, ya con base en los hechos y circunstancias determinadas durante el procedimiento probatorio. Esta última lectura del

fallo parece menos fiel que la primera, no obstante lo cual es importante recordar lo expuesto arriba, en cuanto a que la CC ha resuelto que:

“Al respecto, es necesario remitir a la teoría de los actos propios y a la de los hechos consentidos, que aceptan que determinadas situaciones, por razones de orden público, puedan ser presumidas cuando se imputa al interesado la dejación o abandono de sus propios intereses, los cuales debe procurar proteger conforme los procedimientos legales establecidos y en el tiempo oportuno. Debe entenderse, claro está, que la resolución de la autoridad administrativa al quedar firme, es susceptible del contralor de juridicidad que la ley establece, por lo que no se puede aceptar la inconstitucionalidad denunciada” (Sentencia Exp. 295-87 GJ 8).

Por último, en cuanto a la presentación de medios de prueba durante el proceso contencioso-administrativo, que no se hubiesen presentado durante el procedimiento administrativo previo, en sentencia de 22 de octubre de 1986 el TCA declaró sin lugar el recurso contencioso-administrativo que le fue planteado considerando que: *“En el caso bajo análisis se hizo valer oposición en tiempo pero se omitió aportar la prueba documental necesaria para desvanecer el ajuste mencionado, acompañando al memorial de impugnación, un detalle de las pólizas de importación, facturas, recibos y liquidaciones de pedidos, argumentando que se hacía de esa manera por lo voluminoso de las pruebas, consistente en archivos y documentos contables, dicho argumento no es valedero pues debió presentarse la documentación correspondiente; b) la prueba ofrecida en el recurso de revocatoria también deviene irrelevante, pues dicho recurso no contempla fase convictiva alguna, debiéndose hacer la estimación únicamente con las pruebas aportadas en su oportunidad procesal, razones por las cuales el Ministerio de Finanzas Públicas resolvió correctamente; c) el expediente administrativo y el examen de libros de contabilidad de la entidad contribuyente, son pruebas que carecen de relevancia convictiva por su extemporaneidad dado que las mismas debieron aportarse en las diligencias administrativas, pues en la fase de prueba del contencioso-administrativo la prueba sirve para acreditar, reforzar o robustecer las aportadas en la*

fase administrativa o bien para acreditar que fueron erróneamente estimadas por la autoridad administrativa correspondiente” (Sentencia 10/07/1987, Gaceta de los Tribunales 1987, II Semestre).

En relación con el asunto la CSJ hizo las siguientes consideraciones, en la sentencia de casación:

“Con el argumento antes reseñado, que sirvió de base al Tribunal sentenciador para desestimar las pruebas, o sea la supuesta preclusión operada en el procedimiento administrativo, ha trasladado una institución procesal al campo del procedimiento puramente administrativo, para hacerle luego surtir efectos en materia judicial, con lo cual desvirtúa la naturaleza de juicio contradictorio que realmente tiene el llamado por nuestra legislación ‘Recurso Contencioso-Administrativo’, dentro del cual la parte actora, o recurrente, tiene el legítimo derecho de exponer sus hechos y, por ende, de proponer los hechos constitutivos de su pretensión, de proponer y rendir la prueba de los mismos, de invocar el derecho en que se funda y de formular las peticiones que a su interés convenga, todo ello ajustado estrictamente a nuestra ley. Consiguientemente, el Juzgador está obligado a conocer y resolver en sentencia, con la debida congruencia, las pretensiones del actor en relación con las pruebas que rindió dentro del proceso contencioso-administrativo en función, más no en subordinación, de lo ocurrido dentro del proceso administrativo.

De conformidad con lo dispuesto por la Constitución Política de la República, en su artículo 221, la función del Tribunal de lo Contencioso-administrativo ‘es de contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la Administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado’, vale decir, que conforme a la norma constitucional el recurso o proceso contencioso-administrativo tiene por finalidad la revisión de la juridicidad de la suma de actos que conforman el caso que se somete a conocimiento del Tribunal.

Ahora bien, el Tribunal de lo Contencioso-administrativo está obligado a resolver las pretensiones del recurrente o actor, de acuerdo con la diligencia y cuidado

con que éste haya demostrado dentro del proceso la verdad de los hechos constitutivos de su pretensión, por lo que el Tribunal de manera alguna puede desestimar pruebas que le han sido rendidas en tiempo y forma, con base en actos u omisiones que se produjeron dentro del procedimiento administrativo” (Sentencia 10/07/1987, Gaceta de los Tribunales 1987, II Semestre).

El fallo es claro y, también en cierta forma, contrastante con lo dicho por la propia CSJ en el caso de las omisiones de impugnación del administrado, examinado en este mismo apartado. Se trata, además, de dos sentencias próximas en el tiempo, por lo que parece poco probable que el criterio de la Corte haya cambiado en pocos meses. Lo más razonable es entender que se ha hecho una distinción entre las omisiones de impugnación y las de probanza, en que puedan incurrir los interesados. Es decir que, cuando el interesado omite hacer uso de las audiencias o de los recursos administrativos que tiene a su disposición durante la fase administrativa, la resolución o el acto que le afectan se convalidan en cuanto a su legalidad: la Administración no procede ilegalmente; pero que cuando la omisión se refiere a la presentación de pruebas, habiéndose hecho uso de las audiencias o de los recursos que cabe deducir, la ilegalidad sí puede ser declarada, con base en los hechos que se tengan por probados, posteriormente, dentro del contencioso-administrativo. En ambos casos, sin embargo, debido a lo resuelto por la CC, según indicamos arriba, el TCA debe considerarse facultado para resolver conforme a derecho, según lo que resulte probado y establecido durante el proceso contencioso-administrativo, *en función mas no en subordinación de lo ocurrido durante el procedimiento administrativo*. Si la presente fuere una interpretación adecuada de los fallos en cuestión, cabe afirmar que la CSJ habría hecho “una distinción sin una diferencia”, debido a que, sea que el interesado omita hacer uso de las audiencias que se le corran o de los recursos que proceda, durante el procedimiento administrativo, o bien, que el interesado sea omiso en la producción de determinados medios de prueba durante esa misma fase, lo cierto es que el TCA debe considerarse investido de la facultad y del deber, por ende, de dictar la sentencia del proceso contencioso-administrativo, arreglando a derecho la situación de hecho que se haya tenido por probada durante este último proceso.

De esa suerte, en un esfuerzo de síntesis de los criterios jurisprudenciales anteriores, puede decirse, en cuanto a este tema (del alcance del control de la juridicidad de los actos de la Administración) lo siguiente:

- i. Que el TCA no puede modificar o revocar el acto o la resolución administrativa impugnados, sino en los aspectos que el interesado no ha consentido y por lo tanto impugna;
- ii. Que el TCA debe calificar la juridicidad de los actos o resoluciones administrativas que se someten a su consideración, desde una perspectiva jurídica integral y no meramente formal o de cumplimiento de los requisitos legales de la resolución o el acto, aplicando tanto la CPR como las leyes y reglamentos administrativos y también el derecho común;
- iii. Que las omisiones del interesado durante el procedimiento administrativo, sean meramente probatorias o de una falta total de manifestación dentro de dicho procedimiento, no impiden que el acto o la resolución impugnada puedan modificarse o revocarse posteriormente por el TCA, si durante la sustanciación del proceso contencioso-administrativo se determina la existencia de hechos o circunstancias que los hacen ilegales (al acto o la resolución), aunque la Administración los hubiese ignorado, derivado de insuficiencia de pruebas o de la misma inacción del interesado.

Esta síntesis de lo que se desprende de los fallos arriba comentados no puede entenderse, todavía, como doctrina jurisprudencial, puesto que no se basa en criterios que se hayan reiterado lo suficiente (tres o más fallos en lo constitucional y cinco o más en materia de casación), como para que produzcan tales efectos. Constituye, eso sí, el sustrato de los criterios jurisprudenciales más recientes.

ii. El problema de los contratos administrativos.

De acuerdo con la parte final del primer párrafo del Arto. 221 de la CPR, el TCA tiene atribuciones para conocer “*en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas.*” Por lo general los contratos administrativos se otorgan

como consecuencia de algún procedimiento administrativo previo, que podría ser el de una cotización, el de una licitación, o de una decisión de cualquier órgano administrativo competente para contratar los servicios, por ejemplo, de un profesional. Una vez el contrato administrativo se concreta y comienza a surtir efectos, tanto la Administración como la persona con quien ella ha contratado, deben cumplir, con arreglo a las disposiciones del contrato, las obligaciones que les corresponda. Es posible y además frecuente que el contrato administrativo establezca ciertos procedimientos administrativos conducentes a la verificación de algunas de las prestaciones del contrato. Así, por ejemplo, es común que en los contratos que tienen por objeto la construcción de obras públicas, se establezca procedimientos, además de los previstos en la Ley de Contrataciones del Estado, para verificar la conclusión parcial o total de los trabajos, de modo que se pueda emitir órdenes de pago, para su tramitación y liquidación respectiva. En tal caso, es evidente que la acción de cobro del precio convenido que pudiera corresponder al contratista, tendrá que depender del cumplimiento del procedimiento acordado o del legalmente establecido.

Pero, ¿qué ocurre en aquellos casos en que no existe un procedimiento pactado ni reglamentado, o bien, que el que se hubiere acordado se estanca por razones ajenas al contratista? ¿Tiene que iniciarse, en el primer supuesto, un expediente administrativo, con la petición del interesado, para que se realice a su favor la prestación que le corresponde? ¿Debe, en el segundo supuesto, esperar el interesado hasta que le resuelva la Administración o que se verifique el silencio administrativo? ¿No puede el contratista acudir, cuando la Administración incumple el contrato, directamente al TCA, para hacer valer sus derechos?

En un recurso de casación en el que a la CSJ se le planteó por la recurrente la negativa del TCA de declarar la cancelación de un contrato administrativo, aquella hizo las siguientes consideraciones:

“[...] los únicos antecedentes que se precisa destacar en el caso que subyace son:

- a. *que la sentencia impugnada revocó la resolución ministerial objeto del Contencioso-administrativo;*
- b. *pero que, no obstante lo anterior, declaró:*
 - i. *no tener competencia para declarar la cancelación del contrato de mérito, pues su función se constriñe a juzgar respecto de la juridicidad de la resolución administrativa en cuestión;*
 - ii. *que de no actuar así, se lesionaría la independencia de los organismos constitutivos del Estado.*

En referencia a tales declaraciones, esta Cámara formula las siguientes consideraciones estimativas:

i) En relación a la Independencia de los Organismos:

(1) [...]

(2) ... de acuerdo al artículo 154 de la misma Constitución, los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella. Por lo mismo, sus actos están sometidos a examen y verificación de su licitud y si de este examen resulta que la ley fue infringida, tal declaratoria, -formulada por el órgano constitucionalmente obligado a ello—mediante la cual se condene a suspender sus efectos o a restituir la situación anterior, o en su caso, a compensar los perjuicios resultantes, no implicaría abuso de poder, ni acción ilegal que atente contra la independencia de poderes garantizada por la Constitución.

(3) [...] En tal sentido, si el órgano jurisdiccional que tiene atribuidas las funciones preceptuadas por el artículo 221 de la Constitución, al enjuiciar actuaciones administrativas, arriba a la convicción y declara que el acto bajo examen fue antijurídico, tiene facultades constitucionales, no sólo para declarar la ilegalidad del acto, sino para condenar y dictar las órdenes derivadas, lógicas y complementarias, para que aquella declaración tenga efectos positivos prácticos y realistas, sin que ello implique vulnerar la independencia de poderes.

ii) *Respecto del examen de la juridicidad:*

- (1) *Como se expresó al principio, el Tribunal de lo Contencioso-administrativo se abstuvo de conocer respecto de la cancelación del contrato y su consiguiente liquidación, sobre la base de que su misión se constriñe a determinar la juridicidad de la resolución. Por ello se precisa dimensionar, legal y técnicamente, tal declaración.*
- (2) *Esta Cámara declaró en sentencia de casación de fecha veinticuatro de abril de mil novecientos noventa⁵³: ‘...el artículo 255 de la Constitución de mil novecientos sesenta y cinco reguló la procedencia de la vía contencioso administrativa única y exclusivamente como contralor de la legalidad de los actos reglados; ; de lo cual resulta que, al amparo de tal precepto constitucional, ese Tribunal estaba únicamente facultado –tal y como lo dice la sentencia—‘Para conocer sobre la legalidad o ilegalidad de una resolución administrativa’. Sin embargo, el artículo 221 de la Constitución vigente amplió tal ámbito, otorgándole funciones de contralor de juridicidad de los actos y resoluciones administrativas. Esto obliga a aplicar, sucesiva y jerarquizadamente: La Constitución y las leyes constitucionales; las leyes ordinarias administrativas, reglamentos y acuerdos; las leyes civiles o comunes; los principios generales del derecho y los principios del derecho administrativo y confrontar el acto o resolución administrativa frente a cada uno de ellos, para determinar si está o no dotado de juridicidad. Actuar en sentido contrario, implicaría constreñir la función jurisdiccional de dicho Tribunal, conforme al pasado, a la mera determinación de si el acto administrativo es legal frente a los requisitos de tiempo, contenido y forma de la actividad administrativa...’*
- (3) *En este caso, debe agregarse que el artículo 221 de la Constitución atribuye a la jurisdicción contenciosa, facultades para conocer: ‘...en los casos de controversias derivadas de contratos... administrativos’ [...] Luego entonces, si se tiene presente que la resolución de un contrato,*

⁵³ La cual se comenta en el apartado anterior.

precisamente consiste en dejar sin efectos al mismo y que en el caso de mérito, la Cláusula Novena del contrato en cuestión estipuló la posible cancelación y que tal estipulación está sujeta a interpretación, habrá de concluirse que en el presente caso, se satisface, tanto los requisitos constitucionales, como los legales ya citados. De esa suerte la cancelación del contrato en el caso bajo examen, no era ajeno a la competencia del Tribunal de lo Contencioso-administrativo.” (Sentencia 18/06/1991, Gaceta de los Tribunales 1991, I Semestre).

Los términos de esta sentencia son importantes porque sirven para sustentar, más aun, la noción de “control integral”, versus la de “control formal” de la juridicidad. Sin embargo, como se verá enseguida, el TCA ha persistido en su actitud de ejercer más bien un “control formal” de la juridicidad.

En efecto acuerdo con la sentencia de la CC de 20 de mayo de 1998 (Sentencia. 159-97, GJ 48), en la que se examinó, entre otros, este asunto, se dijo que el Arto. 221 de la CPR debe interpretarse así:

“El accionante señala de inconstitucional el último párrafo del artículo 19 de la Ley cuestionada, que establece que para que el proceso administrativo pueda iniciarse se requiere que la resolución que lo origina no haya podido remediarse por medio de los recursos puramente administrativos, porque, según indica, impide promover ante el Tribunal de lo Contencioso-administrativo procesos declarativos al exigir como condición indispensable que previamente se agoten los recursos administrativos. El Ministerio Público, compartiendo el razonamiento del accionante, indicó que en efecto la disposición impugnada, restringe el derecho de los ciudadanos de accionar ante los órganos jurisdiccionales,

Sobre el particular, haciendo la confrontación correspondiente, se advierte que las normas que supuestamente son violadas regulan los derechos de defensa, al debido proceso, de petición y libre acceso a los tribunales y dependencias del Estado, que no se ven disminuidos ni coartados por la regulación cuestionada.

Esta norma lo que establece es un presupuesto procesal de admisibilidad de las cuestiones sometidas al control del Tribunal de lo Contencioso-administrativo, señalando que, previamente a accionar dicha vía, se deben agotar los recursos de revocatoria o reposición cuando procedieren, que conforme al artículo 17 de la Ley, son los únicos medios impugnaticios con que cuenta el particular para enervar los efectos de una resolución administrativa. La disposición tiene sentido, ya que será hasta que el asunto se haya discutido plenamente y que la decisión de la autoridad esté firme, porque haya causado estado conforme a lo previsto en el artículo 20 inciso a) de la Ley, que se pueda acudir al Tribunal de lo Contencioso-administrativo. Obviamente, el agotamiento a que se refiere este artículo no es aplicable cuando es la administración pública la que promueve el proceso contencioso-administrativo, como consecuencia de la declaratoria de lesividad, a la luz del último párrafo del artículo 20 citado, como tampoco es condición exigible en los casos de contratos y concesiones administrativos de trámite concluido. Por estas razones la norma no es inconstitucional”. (Sentencia. 159-97, GJ 48)

Aunque la impugnación de inconstitucionalidad del Arto. 19 de la LCA se refería a que la generalidad del requisito consistente en que deben agotarse los remedios administrativos disponibles, supone la imposibilidad de plantear ante el TCA acciones con efectos declarativos, la CC abordó, no obstante, tanto lo concerniente a los procedimientos y casos administrativos típicos, como también lo que atañe a los de carácter excepcional, como lo son los de la declaratoria de lesividad y los relativos a los contratos y concesiones administrativos. La Corte distingue, así, entre aquellos casos en los que, normalmente en el ejercicio del derecho de petición, el interesado acude a la administración pública para que se le conceda algún permiso, licencia, inscripción, registro, o cualquier otra cosa, de aquellos otros casos en los que no es *exigible* – dice la CC— la substanciación del trámite y del expediente administrativo previos. Es importante destacar que la impugnación que la CC considera cuando hace las declaraciones arriba transcritas, cuestiona específicamente el hecho de que el Arto. 19 de la LCA exija, siempre, el agotamiento de un procedimiento administrativo que culmine

con una decisión firme de la autoridad competente y también es importante subrayar que la CC estima que la inconstitucionalidad que se acusa no existe, entre otras razones, porque hay casos, como los relativos a la declaratoria de lesividad y a los de contratos y concesiones administrativos, en los que no es *exigible* ese presupuesto de admisibilidad. La estructura de la *ratio decidendi* de la sentencia, pues, es la siguiente:

- i. Cuestionamiento de inconstitucionalidad: la exigencia, siempre, del agotamiento de un procedimiento administrativo que culmine con una resolución administrativa restringe, inconstitucionalmente, el derecho constitucional de acceso a los tribunales de justicia, en este caso, buscando un fallo declarativo.
- ii. Análisis del cuestionamiento:
 - a. En el Arto. 19 de la LCA hay una regla general: para plantear el proceso contencioso-administrativo, debe agotarse un procedimiento administrativo que culmine con una decisión firme de la autoridad competente;
 - b. Esta regla general admite dos excepciones:
 - i. La declaratoria de lesividad; y
 - ii. Los casos de contratos y concesiones administrativos.
 - c. La regla general no viola los derechos de defensa, de petición o de libre acceso a los tribunales, porque no es más que un presupuesto procesal de admisibilidad que persigue que el asunto controvertido se haya discutido plenamente y resuelto definitivamente por la Administración;
 - d. Las excepciones, por su naturaleza (“*obviamente*” –dice la CC—), eximen a los interesados del presupuesto de admisibilidad apuntado;
 - e. Por todo ello, no existe la inconstitucionalidad que se acusa.

No obstante lo dicho y con posterioridad a este fallo de la CC, el Procurador General de la Nación entonces en funciones decidió, *motu proprio*, retener los servicios de un bufete tejano, para demandar, en nombre del Estado de Guatemala, a ciertas empresas

fabricantes de cigarrillos, por los costes irrogados por éstas al Estado con motivo del tratamiento y curación de quienes han sufrido enfermedades derivadas del tabaquismo. Algunas de dichas empresas, que se consideraron afectadas por el contrato otorgado al bufete tejano, acudieron al TCA para que se declarara la nulidad absoluta del negocio y la demanda planteada en Washington, D.C., por la falta de cumplimiento, a juicio de las demandantes, de una serie de requisitos legales necesarios para el otorgamiento, en regla, del contrato en cuestión.

El TCA rechazó *in limine* el recurso contencioso-administrativo con base en que: “[...] *De los hechos señalados, se desprende que, fuera de alguna diferencia de criterios expresados en cruce de cartas entre el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y el Procurador General de la Nación de ese entonces, que han sido superadas, no aparece constancia de que persona individual o jurídica alguna haya cuestionado, ante la administración, los actos y contratos administrativos efectuados por el Procurador General de la Nación [...] Y, si no existe contienda o controversia alguna en la administración, el Tribunal no tiene materia procesal administrativa para conocer [...] Y, en cuanto a la sentencia del veinte de mayo de mil novecientos ochenta y ocho*⁵⁴ *de la Corte de Constitucionalidad, a la que aluden los interponentes, si bien es cierto que esa alta magistratura indica que no es exigible la condición del agotamiento previo de los recursos administrativos para la procedencia del proceso contencioso-administrativo, también lo es que se refiere a los contratos y concesiones administrativos de trámite concluido [...] Una vez producida la resolución administrativa, ésta sería impugnabile conforme al artículo 17 de la Ley de lo Contencioso-administrativo...*” (Énfasis añadido. Sentencia 12/02/1999, Gaceta de los Tribunales 1999, I semestre).

En contra de esta resolución se interpuso el recurso de casación, teniendo como motivo especial, la inconstitucionalidad en caso concreto de los artículos 19 y 20 de la LCA. La CSJ, al resolver este punto, se pronunció así:

“Este Tribunal [el TCA] tiene una singularidad y especificidad, determinada por su función, ser contralor de la juridicidad de la administración. Por ello no

⁵⁴ Realmente se refiere a la de 20 de mayo de 1998

puede directamente plantearse reclamaciones ante ese Tribunal, sin antes haberse agotado la vía administrativa, en la cual esté de manifiesto el criterio de la administración, situación en la cual ya existiría controversia [...] En cuanto al criterio sostenido por la Corte de Constitucionalidad, en sentencia de fecha veinte de mayo de mil novecientos ochenta y ocho ⁵⁵ citada, debe entenderse que sólo los ‘asuntos concluidos’ pueden discutirse directamente en la vía contenciosa administrativa, lo cual supone que ya el conocimiento de la administración se ha agotado antes ...” (Énfasis añadido. Sentencia 12/02/1999, Gaceta de los Tribunales 1999, I semestre).

En relación con el auto del TCA y con la sentencia de la CSJ anteriores, debe analizarse detenidamente si, desde un punto de vista técnico-jurídico, es posible interpretar el Arto. 221 de la CPR en el sentido de que, tanto el conocimiento “*en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado*”, como también el de “*los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas*”, por parte del TCA, pueden desarrollarse legislativamente de modo tal que sea necesario agotar, previamente, un procedimiento administrativo. El primer supuesto no ofrece mayor dificultad, porque sería contrario a la lógica de la estructura jerárquica de la Administración y al principio de la separación de los poderes del Estado, que una resolución administrativa fuese cuestionada ante un órgano jurisdiccional, cuando todavía es posible que, dentro de la propia administración pública, un órgano de superior jerarquía, o el mismo que dictó la resolución originaria, revisen el asunto pudiendo revocar o reponer lo decidido inicialmente. El segundo supuesto es más discutible, por un lado, porque los contratos y concesiones administrativos contienen los derechos y obligaciones de ambas partes, ya definidos y precisan, además, las condiciones necesarias para que esas obligaciones puedan exigirse. En muchos casos los términos y condiciones aplicables al cumplimiento o a la posibilidad de exigir el cumplimiento de obligaciones contraídas por el Estado u otros entes públicos, los establece la Ley de Contrataciones del Estado y, por lo general, dichos términos y condiciones implican la realización de actos o la emisión de

⁵⁵ Se refiere, realmente, a la de 20 de mayo de 1998.

resoluciones administrativos. Pero es fácil concebir casos o circunstancias, precisamente como el que tocó resolver al TCA y a la CSJ, en los que: (a) la autoridad administrativa carecería de facultades para declarar la nulidad del contrato; (b) la autoridad administrativa carecería de facultades para declarar, unilateralmente, la rescisión o resolución de un contrato, o (c) la autoridad administrativa tendría interés institucional directo en que se mantenga la situación jurídica que afecta a terceras personas.

Otro problema que se debe considerar es el del transcurso de los plazos para la prescripción del derecho a presentar acciones legales, relacionadas con el cumplimiento de los contratos administrativos. ¿Cuándo se interrumpe la prescripción: con la mera iniciación de la gestión administrativa o con la notificación de la demanda? Al respecto, la Ley de Contrataciones del Estado dispone lo siguiente: “**ARTICULO 104.- Prescripción de Derechos y Créditos Contra el Estado.** Prescriben en dos años las acciones contra el Estado derivadas de la aplicación de esta ley, por:

1. Cobro de rentas, alquileres y otras retribuciones de la misma naturaleza;
2. Cobro de obligaciones derivadas de contratos; y
3. Cobro de honorarios, sueldos, salarios, dietas, jornales y cualesquiera otras remuneraciones.

En materia de iniciación del plazo, interrupción de la prescripción y situaciones afines, se estará a lo que para el efecto establece el Código Civil y la Ley del Organismo Judicial.” Y, de conformidad con el Código Civil, la prescripción se interrumpe “*Por demanda judicial debidamente notificada o por cualquier providencia precautoria ejecutada...* (Arto. 1506)

No es menos problemático para los administrados el hecho de que, a pesar de que el contrato suscrito establezca ya un derecho a su favor, sea necesario, no obstante, seguir un procedimiento administrativo previo, no tanto para conseguir que se cumpla la obligación que exige, sino para poder reclamar, posteriormente, ante la Justicia, su cumplimiento. Pero este último aspecto no sería un problema, solamente, para los administrados. En el largo plazo los contratistas y proveedores del Estado tendrían que adicionar a los costes ordinarios, los que se deriven de la necesidad de realizar gestiones

administrativas previas a la presentación de sus reclamos por la vía de lo contencioso-administrativo. En pocas palabras, en el largo plazo el Estado y sus entidades se verían en situación de adquirir bienes y servicios a un precio más alto, derivado de los costes adicionales para sus proveedores y contratistas derivados de la particularmente compleja exigibilidad de los contratos administrativos.⁵⁶

La interpretación, pues, del Arto. 221 de la CPR en lo que toca a las controversias por contratos o concesiones administrativos, según la cual sería necesario agotar, previamente, un procedimiento administrativo, representa inconvenientes tanto técnico-jurídicos como también prácticos y financieros. Pero además de todo ello, la idea de que “la controversia” en torno a un contrato o una concesión administrativa deba existir “en la Administración” o deba haberse planteado “ante la Administración”, para que entonces “exista la controversia” y pueda plantearse el contencioso-administrativo, carece de sustento alguno, en lo que al texto del citado artículo constitucional se refiere. En efecto, allí dice, simplemente, que el TCA tiene atribuciones para conocer “*en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas.*” La exigencia – afirmada tanto por el TCA como por la CSJ—de que la controversia deba existir dentro de un procedimiento administrativo seguido ante la Administración, no tiene fundamento en la CPR y, en lo que se refiere a la dinámica de las relaciones contractuales, fácil es advertir que las controversias surgen, sea por las diferentes interpretaciones que del mismo texto contractual puedan hacer las partes, sea del hecho mismo de que cualquiera de ellas incumpla las obligaciones que le corresponden. Y, ¿si fuese el proveedor o el contratista de las obras quien incumple el contrato? ¿Tendría que agotarse también un procedimiento administrativo previo, con todos sus recursos hasta llegar a una resolución definitiva? ¿Y, en este último caso, quién habría de impugnar la resolución, la Administración misma?

• ⁵⁶ Sobre la importancia que se le da al contrato administrativo y la economía, Cfr. **Revue française de droit administratif**, 15 (6) nov.-déc. 1999 « *Le juge administratif, l'économie et le contrat : réflexions à propos de deux arrêts du Conseil d'État*, por Laurent VIDAL

Todo lo anterior, no obstante, debe reconocerse que tanto el TCA como la CSJ difícilmente podían interpretar el tenor del Arto. 221, sin referencia alguna a la LCA y, de esa guisa, conviene analizar cómo se desarrolló en la ley, lo establecido en la CPR. Las normas de la LCA relevantes en este caso son las siguientes:

ARTICULO 19. PROCEDENCIA. *Procederá el proceso contencioso-administrativo:*

- 1) *En caso de contienda por actos y resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado.*
- 2) *En los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas.*

Para que el proceso contencioso-administrativo pueda iniciarse se requiere que la resolución que lo origina no haya podido remediarse por medio de los recursos puramente administrativos.

ARTICULO 20. CARACTERISTICAS DE LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA. *Para plantear este proceso, la resolución que puso fin al procedimiento administrativo debe reunir los siguientes requisitos:*

- a) *Que haya causado estado. Causan estado las resoluciones de la administración que decidan el asunto, cuando no sean susceptibles de impugnarse en la vía administrativa, por haberse resuelto los recursos administrativos;*
- b) *Que vulnere un derecho del demandante, reconocido por una ley, reglamento o resolución anterior.*

Si el proceso es planteado por la administración por sus actos o resoluciones, no será necesario que concurran los requisitos indicados, siempre que el acto o resolución haya sido declarado lesivo para los intereses del Estado, en Acuerdo Gubernativo emitido por el Presidente de la República en consejo de Ministros. Esta declaración sólo podrá hacerse dentro de los tres años siguientes a la fecha de la resolución o acto que la origina. (Énfasis añadidos)

Como puede apreciarse, el tenor del artículo 19 la LCA da pie para entender que, la referencia al agotamiento de los recursos administrativos, en su último párrafo, califica y rige para los dos numerales que le anteceden, el primero de los cuales trata de la impugnación de los actos y las resoluciones de la Administración y las entidades

descentralizadas y autónomas y el otro, precisamente, de los contratos y concesiones administrativos. Por otro lado, la única excepción reconocida explícitamente en cuanto al presupuesto de admisibilidad de que la resolución impugnada haya causado estado, es la subrayada en el último párrafo del artículo 20, es decir, la declaratoria de lesividad de resoluciones de la Administración. Consideradas en su conjunto estas dos disposiciones no sería incorrecto afirmar que el agotamiento de un procedimiento administrativo previo, que culmine con un resolución administrativa que cause estado, también se requiere en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas, por mucho que dicha interpretación suponga muchos otros problemas jurídicos y prácticos, como los ya señalados arriba.

Pero es el caso que, precisamente por esos problemas jurídicos y prácticos, que podían traducirse en situaciones de indefensión o de imposibilidad de acceder a los tribunales de justicia para hacer valer un derecho, se presentó ante la CC la acción de inconstitucionalidad resuelta mediante la sentencia de 20 de mayo de 1998. Y en esa sentencia la CC aclaró (quizás no con el énfasis necesario ni con el éxito esperado) que, además de la excepción del segundo párrafo del Arto. 20 de la LCA (de la declaración de lesividad) también cabe, *por obvia*, la de los contratos y concesiones administrativos, de trámite concluido. ¿Qué quiere decir esta última frase? Ciertamente no significa lo que tanto el TCA como también la CSJ afirman en sus fallos porque, como se ha dicho insistentemente, la CC consideró que los artículos 19 y 20 de la LCA no contravienen la CPR, precisamente, porque ni los casos de declaratoria de lesividad, ni los de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativos, están sujetos al agotamiento de un procedimiento administrativo previo, que culmine con una resolución administrativa firme. Por consiguiente, la expresión: “de trámite concluido” debe entenderse en el sentido de que el contrato o la concesión, según sea el caso, estén ya surtiendo sus efectos por haberse concluido todos los trámites necesarios para su celebración u otorgamiento.

VIII. ***El formalismo que impregna el sistema.***

Si se recapitula sobre los fallos y resoluciones judiciales comentados en los dos apartados anteriores, se aprecia que el denominador común a todos ellos es, por un lado, la actitud restrictivo-formalista, tanto de las administraciones públicas como también del TCA, en cuanto a los asuntos que conocen y resuelven; y por otro, la tendencia, aunque todavía tímida, que se aprecia sobre todo en la CC, a implantar un sistema de control de la juridicidad más integral, que guarde las formas y procedimientos administrativos, pero sin dejar de tutelar los derechos de las personas o de la Administración.⁵⁷

La actitud que se advierte en esos fallos se confirma en el estudio intitulado: “Las Decisiones Judiciales en Guatemala”⁵⁸, en donde se analizó una muestra compuesta por veintiséis resoluciones del TCA. En cuanto al problema allí denominado: “desatención del conflicto de fondo”, se expresa lo siguiente:

“La resolución recién examinada introduce al tema que aparece en otras diez resoluciones del conjunto examinado y que, probablemente, sea el mayor motivo de preocupación que surge del análisis efectuado. Mediante la atención a un determinado ángulo –preferentemente formal– del problema, o con argumentos que se centran en cuestiones previas, el enfoque del Tribunal pareció desatender a los problemas de fondo sometidos a su conocimiento y restringirse a un enfoque similar al de la casación que, en algunos casos, fue constreñido a una supervisión sobre el cumplimiento de formalidades.”

Lógicamente, en la medida en que el TCA se concentra en el examen de las formalidades, las propias administraciones públicas tenderán a cuidar más bien ese

⁵⁷ En efecto, la generalidad de los recursos o procesos contencioso-administrativos examinados no fueron rechazados por cuestiones de fondo, sino por estimar el TCA, por ejemplo, que el procedimiento administrativo no fue agotado, o que carece de las competencias necesarias para ordenar la cancelación de un contrato administrativo, o que la oportunidad para presentar pruebas precluye para el administrado, si no se ofrecen en sede administrativa; o, igualmente, que la oportunidad de hacer valer determinadas defensas precluye para el interesado, si no las hace valer en sede administrativa; o, por último, que no puede declarar la prescripción, sino por vía de excepción.

⁵⁸ De Luis Pásara, Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala, Guatemala, marzo de 2000.

aspecto, en desmedro de la juridicidad de sus actos, entendida ésta como un fenómeno integral y no sólo parcial, circunscrito a lo meramente formal. ¿Qué causas pueden señalarse de este fenómeno? En opinión nuestra son tres las causas principales por las que el control de la juridicidad por parte del TCA –y en alguna medida, también, de la CSJ— se limita, en gran medida, a la dimensión formal de los asuntos que se someten a su juicio.

En primer lugar está el sustrato jurídico-cultural de la sociedad guatemalteca contemporánea. El imperio del derecho, durante aproximadamente el último medio siglo, no ha sido una realidad que tanto los ciudadanos como los gobernantes hayan experimentado o vivido de manera estable y continua. Si bien es cierto que a partir del retorno a la democracia y de la promulgación de la CPR en enero de 1986, no puede señalarse la existencia de políticas de Estado deliberada y sistemáticamente arbitrarias y autoritarias, también es cierto que la carga del autoritarismo de las dos décadas anteriores y las secuelas del conflicto armado, minaron cultural e institucionalmente la conciencia de todo lo que implica el imperio del derecho en la sociedad guatemalteca, en general, y en los miembros del sector justicia, en particular. Así, por ejemplo, Jean Arnault , ex jefe de MINUGUA, explica:

*“La situación global del sistema de justicia en Guatemala es resultado de un abandono prolongado de sus instituciones, por parte del Estado, y de las condiciones creadas por el conflicto armado interno que, como bien señalara la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, desnaturalizó las instituciones responsables de la justicia en el país, al subordinarlas a los objetivos de la lucha contrainsurgente.”*⁵⁹

En segundo lugar, al tiempo que iban proliferando leyes y regulaciones administrativas se perdía la conciencia de la importancia de un ordenamiento jurídico que sea tal: internamente consistente y coherente. Constantemente se ha sacrificado la coherencia del sistema en aras de resolver problemas de índole práctico, así, por ejemplo,

⁵⁹ Cfr. Pásara, Luis; Garrido, Manuel; Maldonado, Antonio y Wagner, Karin; FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE JUSTICIA EN GUATEMALA, Minugua, Guatemala marzo de 2000. Prólogo por Jean Arnault.

a pesar de que el artículo 252 de la CPR establece con claridad que: “*El Procurador General de la Nación ejerce la representación del Estado...*”, la nueva Ley del Organismo Ejecutivo le atribuye a los ministros de Estado la facultad de “*Celebrar y suscribir en nombre del Estado, los contratos administrativos relativos a los negocios que se relacionen con su ramo.*” (Arto. 27, r)

La tercera de las causas es que es inmensamente más complejo y requiere mucho más formación profesional y tiempo, resolver el fondo de los problemas que detectar puras omisiones formales, en cualquier asunto del que conozca un funcionario público. En este contexto, como se indicó al principio de este trabajo, la dotación estatal tanto para la justicia en general, como para la justicia administrativa, en particular, es mínima. Actualmente el TCA sólo cuenta con dos salas, una de las cuales debe conocer y resolver de la totalidad de los asuntos que, en materia administrativa, se producen en el país y la otra, de todos los asuntos en materia tributaria, lo cual impide, de por sí, examinar a fondo la multiplicidad de cuestiones que se suscitan en un país que raya ya los doce millones de habitantes. Por el lado de la administración pública, debido a presiones presupuestarias y a la ingenua creencia de muchos políticos y funcionarios de alta jerarquía, de que pueden sacrificarse el profesionalismo del personal de la Administración y la estructuración de una carrera administrativa bien conformada y remunerada competitivamente, a cambio de más inversión en obras y servicios públicos, capaces de generar caudales electorales, se ha dejado también en abandono el desarrollo profesional y humano de los cuadros, profesional, técnico y de apoyo de la Administración. Paradójicamente, esa misma administración pública, masificada, carente de profesionalismo y de salarios competitivos, se ha erigido en uno de los principales obstáculos para la ejecución eficiente de las obras y la gestión eficaz de los servicios públicos, además de ser incapaz de abordar con seriedad y profundidad, el fondo de las cuestiones que le toca conocer y resolver.

Por otra parte, como dijo también Arnault: “*La temática de la justicia es una de las que más preocupa a la ciudadanía guatemalteca, que ha expresado reiteradamente*

un enorme malestar con respecto a su funcionamiento y resultados.”⁶⁰ De ahí que nos parezca todavía tímida la tendencia que se aprecia en algunos de los fallos analizados en los dos apartados anteriores, de manera que, de un examen meramente formal de la juridicidad de los actos de la administración pública, se pase a uno que sea integral.⁶¹ También es relativamente riesgoso hablar de una “tendencia” debido a que tanto los integrantes de la CC, como también los de la CSJ y el TCA, duran tan sólo cinco años en el ejercicio de sus cargos y como consecuencia de que, aunque su reelección es permitida, rara vez se ha dado, los criterios establecidos por una corte o tribunal en cualquier período determinado, no siempre perduran bajo cortes posteriores. Esto puede explicar un tanto por qué la misma CSJ que en 1991 afirmó que el TCA “*tiene facultades constitucionales, no sólo para declarar la ilegalidad del acto, sino para condenar y dictar las órdenes derivadas, lógicas y complementarias para que aquella declaración tenga efectos positivos prácticos y realistas*”⁶², haya sido la que consideró indispensable, en 1999, el agotamiento de un procedimiento administrativo previo, en materia de contratos y concesiones administrativos, a pesar de lo que, tan solo un año antes, había resuelto la CC.

En definitiva, el ideal del imperio del derecho se manifiesta, en la práctica, en dos dimensiones: una, la del poder legislativo, en la medida en que sus actos legislativos se conformen a la Constitución; otra, la de las administraciones públicas, en la medida en que sus actos administrativos se conformen a la Constitución y a las leyes y demás normas de carácter general válidamente dictadas. De lo primero debe ser garante, fundamentalmente, la CC; de lo segundo, la CSJ y el TCA. Y entonces, si el control de la juridicidad de los actos de la Administración se constriñe a lo formal, el estado de derecho será, también, una realidad tan sólo aparente, formal, huera de contenido. Lo que se requiere es que el control de la juridicidad llegue a ser integral, para que el ideal del imperio del derecho llegue a ser, también, una realidad sustancial. No es suficiente, a este último efecto, que las normas constitucionales establezcan un órgano jurisdiccional,

⁶⁰ Idem, FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE JUSTICIA EN GUATEMALA, Prólogo.

⁶¹ También sobre la problemática de la justicia, en general, véase: *Siglo Veintiuno*, edición del 8 de abril del 2002, Pág. 4: “Las estadísticas son claras: al ritmo actual, los tribunales de instancia del ramo penal y civil tienen capacidad para resolver solamente uno de cada 10 expedientes que ingresan en el Organismo Judicial durante el plazo que establece la ley.”

formalmente independiente de la Administración, con facultades explícitas para ejercer el control de la juridicidad de sus actos y resoluciones y que se promulguen leyes ordinarias que desarrollen las disposiciones constitucionales, a menos que, junto a todo ello, exista una clara y generalizada conciencia sobre la importancia de que el control de la juridicidad sea integral, y no meramente formal.⁶³ Para lograr este objetivo es menester, además, que el sistema de justicia cuente con los recursos humanos y materiales necesarios, administrados con racionalidad y eficacia.⁶⁴ Los dos aspectos, el cultural y el económico, se condicionan recíprocamente porque, allí donde esté ausente la convicción de que el principio de legalidad se realiza en los fallos judiciales, mucho más allá que en el texto constitucional o de la LCA, podrá invertirse muchos recursos que los resultados serán dudosamente fructíferos. De igual manera, la saturación del sistema, la congestión del TCA y la imposibilidad material de sus miembros de ocuparse profesional y detenidamente de los asuntos que se someten a su consideración, impide, por más conciencia que hubiere, ir al fondo de las controversias.

Por último, pero no menos importante, debe mencionarse la concepción misma del proceso contencioso-administrativo. En efecto, el proceso gira en torno al expediente administrativo, a tal punto que —como se expuso en relación con dos de los fallos estudiados— el TCA ha llegado a considerar que en el proceso contencioso-administrativo las pruebas pueden servir para complementar las que ya se hayan vertido

⁶² Sentencia 18/06/1991, Gaceta de los Tribunales 1991, I Semestre.

⁶³ Cfr. Sobre este particular, Morello, Augusto M., LA REFORMA DE LA JUSTICIA, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1991. Pág. 34 : “...como se señaló en el Congreso de Bologna (agosto de 1998) la tendencia es subrayar que es más importante que contar con catálogos de ilusiones en una difusa red de posibilidades que enuncian las Constituciones (hasta la mitad de este siglo) como derecho *de*, con derechos *a o para*, pues en puridad de verdad el referido catálogo de esas libertades ampliadas cobra reverberación incorporándose al consenso comunitario, recién cuando el *aporte del derecho procesal constitucional refuerza la operatividad cierta de sus garantías.*”

⁶⁴ Cfr. LA REFORMA DE LA JUSTICIA, Págs. 99, 102 y 103: “El tema, de tamaño nada reducido, debe ser encarado con visión global y sopesando, cuidadosamente, el conjunto de sus parcelas en dirección a la racionalización adecuada de la Administración de Justicia y al logro de la imprescindible eficiencia de la misma. Al modo de operar, en la dinámica y efectividad concreta del accionar de los jueces, y en la conveniente satisfacción real (no sólo formal) de la tutela jurisdiccional. [...] La inversión de recursos (escasos) para alcanzar, raudamente, las mejores alternativas de costo-eficiencia sea respecto del “estudio jurídico” o de la empresa “órgano judicial”, constituye una labor de análisis *previa*, por ser de fundamental importancia cuando se asume la tan deseada —y postergada— puesta al día de este cuadrante. [...] En el tema de los recursos humanos, v.gr., es decisivo prever el destino efectivo de los abogados jóvenes (y no tanto) y revertir la situación del exceso contra la falta de profesionales jurídicos especializados, que se sientan útiles para ejercer en el área de su vocación coincidiendo la salida laboral con su personal realización. [...]

al expediente administrativo durante la fase propiamente tal, con el añadido de haber entendido su función casi como una revisión formal del cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios de la resolución impugnada. Por ende, al expediente administrativo se le da una importancia desmesurada y, la propia LCA lo sitúa en el centro mismo de la litis. Es claro que el expediente administrativo es importante para dilucidar si la Administración cumplió con la ley con ocasión del ejercicio de sus funciones al conocer y resolver el asunto que, eventualmente, se lleve al TCA. Primero, porque el expediente contiene buena parte de la historia del caso y documenta las diligencias realizadas, dejando constancia también de los términos en que se fue articulando la voluntad de la Administración, hasta llegar a conformar una resolución firme de su parte. Segundo, porque es también en el expediente administrativo en el que se coleccionan las peticiones del interesado y los elementos de juicio —que no son estrictamente hablando pruebas— que en su opinión le merecen una declaración favorable. Pero con todo y ello, el expediente administrativo no debe ser más que el punto de partida del proceso contencioso-administrativo y no su médula, mucho menos su fin. Sin embargo, lo que se dispone por los artículos 28, V; 32, 33 y 35 apunta en la dirección contraria. Particularmente se evidencia este aspecto en lo que se refiere a las pruebas que pudieran sustentar las pretensiones procesales del actor, ya que la LCA establece lo siguiente:

ARTICULO 41. APERTURA A PRUEBA. Contestada la demanda y la reconvencción, en su caso, se abrirá a prueba el proceso, por el plazo de treinta días, salvo que la cuestión sea de puro Derecho, caso en el cual se omitirá la apertura a prueba, la que también se omitirá cuando a juicio del tribunal existieren suficientes elementos de convicción en el expediente. La resolución por la que se omita la apertura prueba será motivada.

La apreciación de los medios de prueba debe hacerse por el tribunal —cualquiera que sea— una vez se han recibido todos y llegado el momento de fallar. Esto no impide que los medios de prueba que fueren impertinentes se rechacen o circunstancias análogas. Pero darle la facultad al TCA para omitir la apertura a prueba del proceso, cuando a su

juicio haya suficientes elementos de convicción en el expediente, parece excesivo e inconveniente.⁶⁵

Para concluir, las condiciones para la instauración de un control integral de la juridicidad de los actos de la Administración, es necesario que los órganos jurisdiccionales competentes asuman la actitud de examinar el fondo de las controversias que les sometan a consideración; que dichos órganos cuenten con los elementos humanos y materiales necesarios para poder abocarse a esa tarea; y que el proceso contencioso-administrativo no quede reducido a una mera instancia revisora del expediente administrativo, sino a un proceso jurisdiccional pleno, en el que los que se consideren afectados puedan agotar los medios de que dispongan, tanto en lo que a sus alegaciones se refiere, como también en lo que toca a sus medios de prueba.

⁶⁵ Más ponderado parece el Arto. 60, numeral 3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de España, que dispone: “*Se recibirá el proceso a prueba cuando exista disconformidad en los hechos y éstos fueran de trascendencia, a juicio del órgano jurisdiccional, para la resolución del pleito. Si el objeto del recurso fuera una sanción administrativa o disciplinaria, el proceso se recibirá siempre a prueba cuando exista disconformidad en los hechos.*”

IX. *El contencioso-administrativo en Francia.*

i. *Antecedentes y evolución.*

Como indicamos anteriormente,⁶⁶ la necesidad de hacer valer el principio de legalidad y a la vez, la decisión de mantener de manera tajante la separación de los poderes del Estado, llevó al surgimiento del sistema francés de control de la legalidad de los actos de la Administración, desde dentro de la propia administración pública.⁶⁷ “En 1806 se crea ya en el Consejo de Estado una Sección de lo contencioso-administrativo, que comienza a operar con procedimientos formalizados; el propio Napoleón⁶⁸ está en su origen y la llama <<tribunal especial ... mitad administrativo, mitad judicial>> para <<regular esa porción de poder arbitrario (=discrecional) necesario en la Administración del Estado>>. El Consejo de Estado, en su función de conciencia de la Administración, admitió rápidamente resolver (o, más exactamente, proponer resoluciones al Gobierno) sobre peticiones de anulación de actos administrativos en los que se denunciaban vicios

⁶⁶ En el apartado “Algunos aspectos sobre el origen de la institución”, *supra*.

⁶⁷ Cfr. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo II, Civitas Ediciones, Madrid, Reimpresión 2001. Pág. 557: “Este obstáculo instrumental para hacer prevalecer los dos grandes principios revolucionarios de la legalidad y la libertad, que no podían obviamente, abandonarse, va a forzar al sistema francés a buscar una fórmula de protección frente a la Administración completamente singular, la que se llamará (rehabilitando un término del Antiguo Régimen, por cierto) contencioso-administrativo. La institución del Consejo de Estado, creada por la Constitución napoleónica del año VIII para <<resolver las dificultades que se susciten en materia administrativa>>, y como órgano puramente administrativo, por supuesto, de asistencia al Gobierno, va a admitir enseguida, primero las reclamaciones contra la Administración basadas en derechos patrimoniales (que, dado el carácter formal de la separación de poderes, no tendrían acceso a los jueces ordinarios); pero enseguida, agraviados por cualquier ilegalidad en la actuación administrativa.”

⁶⁸ Sobre este particular explica García de Enterría, en **REA**, N° 108, Pág. 571: “La legalización de la Administración, su sumisión a la Ley para que ésta determine de una manera previa “*les règles et le mode de leurs fonctions*”, queda así consagrada desde el primer texto constitucional revolucionario. Pero no se trata sólo de un enunciado retórico, sino que la propia Constitución se preocupa inmediatamente de hacer eficaz ese sometimiento, implantando un sistema de control de observancia de la Ley. El artículo siguiente, el 5, precisa, en efecto: “*Le Roi a le droit d’annuler les actes des administrateurs de département contraires aux Lois ou aux ordres qu’il leur aura adresse*”. [...] Esmein, en su clásico *Précis élémentaire de l’histoire du droit français de 1789 a 1814*, 1908, vio en esas reglas de la Constitución de 1791 el origen del contencioso-administrativo moderno, aunque no se hiciese bajo forma judicial (esto porque el juez tenía vedado formalmente enjuiciar o molestar a la Administración en virtud de la capital Ley de separación de los poderes judicial y administrativo de 16-24 de agosto de 1790).” Luego, en la Pág. 572, agrega: “Pero la instauración definitiva de este sistema será la obra de Napoleón, como es bien conocido. Hasta entonces Ministros y autoridades departamentales acumulaban las funciones de administrar y de decidir recursos. La Constitución del año VIII, completada en esto por la Ley de 28 pluvioso del mismo año VIII, crean órganos especializados en la resolución de impugnaciones de los administrados contra los actos de la Administración, en el *Conseil d’État*, la Constitución, artículo 52, y los *Conseils de Préfecture*, la citada Ley. En 1806 (Decretos de 11 de junio y 22 de julio) se singulariza en el seno del *Conseil d’État*, la

manifiestos de legalidad [...] Un cuerpo de doctrina se formó rápidamente al hilo de esas decisiones de los recursos contencioso-administrativos, cuerpo que es el origen mismo del Derecho Administrativo como un sector especial del ordenamiento y como ciencia jurídica singular.”⁶⁹

En cuanto a la evolución del sistema francés, nos resulta particularmente interesante lo que afirman los profesores García de Enterría y Fernández, en cuanto a que: “La objetividad del sistema y el cuidado que el Consejo de Estado ha mantenido en no interferir el funcionamiento de la Administración, sino depurarlo a través del control abstracto de su legalidad, control cada vez más afinado, especialmente por la línea del recurso de anulación o por exceso de poder, hizo que en 1872 se delegase directamente en los hasta entonces sólo órganos consultivos, el Consejo de Estado y los Consejos de Prefectura, la facultad de resolver directamente los recursos. Se pasa así al sistema de <<jurisdicción delegada>>, en que el sistema francés continúa y que le permite un notable desenvolvimiento.”⁷⁰ Puede decirse entonces que, careciendo el sistema francés originariamente –y hasta cierto punto también hoy—de los elementos formales de un sistema de control de la juridicidad de los actos de la Administración, como lo sería la existencia de tribunales independientes de esta última y con facultades explícitas para controlar la legalidad de sus actos, no obstante, el Consejo de Estado fue adquiriendo precisamente esas características, por la calidad doctrinaria de sus recomendaciones, por la sustancia de las mismas. Las fue adquiriendo en una dimensión más sustancial que formal, transitando del sistema de la “justicia retenida” al de la “justicia delegada”, de manera que se estima que llegó a producirse una verdadera separación entre las funciones del administrador y aquellas del juez.⁷¹ Técnicamente se trata de instituciones que son

“*Commission du contentieux*” y se ponen en pie las primeras reglas de procedimiento para estos asuntos, que quedan así separados de los generales consultivos de que el Conseil continúa conociendo.”

⁶⁹ García de Enterría y Fernández, CURSO..., Tomo II, Pág. 557.

⁷⁰ CURSO... Pág. 558.

⁷¹ Cfr. También sobre este proceso evolutivo y el punto al que finalmente llegó: Debbasch, Charles y Ricci, Jean-Claude, CONTENTIEUX ADMINISTRATIF, Dalloz, Paris 1999. Págs. 4 y 5: “En l’an VIII, on crée des organismes (Conseil d’État, conseils de préfecture) chargés de participer au jugement de l’administration. Mais le principal de ces organes, le Conseil d’État, doit simplement donner un avis sur les affaires qui lui sont soumises. La décision appartient toujours au Chef de l’État : c’est le système de la justice retenue, même si, en pratique, les avis du Conseil d’État son, le plus souvent, entérinés. Il reste un pas à franchir : confier au Conseil d’Etat lui-même, le soin de trancher le litiges administratifs. C’est l’objet de la loi du 24 mai 1872 qui réalise ainsi une véritable justice administrative en assurant le passage

parte más de la Administración que una emanación del poder judicial, pero en las que el juez administrativo ha sabido proporcionar reglas que tienen en cuenta, a la vez, las dificultades de la acción administrativa y las necesidades de la protección de los derechos de los particulares.⁷² En el sistema francés constituye, pues, un principio fundamental de valor constitucional, la existencia y la independencia de la jurisdicción administrativa.⁷³

ii. Un sistema dualista.

Con todo y ello, algunos entienden que, realmente, el sistema francés es intermedio ya que la jurisdicción administrativa no tiene el monopolio del conocimiento de lo litigios administrativos, puesto que algunos corresponde resolverlos a los órganos propiamente jurisdiccionales.⁷⁴ Esta circunstancia de dualidad de jurisdicción en materia administrativa plantea numerosos problemas,⁷⁵ siendo el más grave el de la dificultad extraordinaria de la repartición de las competencias entre los dos órdenes de

de la justice retenue à la justice déléguée. Désormais, la séparation entre la fonction de juge et celle d'administrateur est assurée. La naissance de la justice administrative au sein de l'administration a, cependant, permis la formation d'une juridiction particulière liée à l'administration. L'existence d'une juridiction administrative indépendante de la juridiction judiciaire et dotée d'un statut et de prérogatives spécifiques constitue, selon le Conseil constitutionnel, un principe fondamental reconnu par les lois de la République. »

⁷² CONTENTIEUX... Pág. 5: «Elle est beaucoup plus une partie de l'administration qu'une émanation du pouvoir judiciaire. Apparu pour des raisons historiques, le contrôle de l'administration par un ordre de juridictions particulier se justifie aujourd'hui pour des raisons pratiques. [...] Le juge administratif a su dégager des règles de droit qui tiennent compte à la fois des difficultés de l'action administrative et des nécessités de la protection des droits particuliers. »

⁷³ Cfr. Auby, Jean Marie y Auby Jean-Bernard, INSTITUTIONS ADMINISTRATIVES, Dalloz, Paris 1996. Págs. 252 y 252: « Le Conseil Constitutionnel s'y est référé dans la décision 80/11 DC du 24 juillet 1980. <<Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni au gouvernement de censurer les décisions des juridictions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence.>> Constitue donc un principe fondamental de valeur constitutionnelle, *l'existence et l'indépendance de la juridiction administrative.* »

⁷⁴ Cfr. Op. Cit, Pág. 265. Vid. también, por ejemplo, **RFD adm 17 (1) janv.-févr. 2001**, « Contrat Administratif et compétence judiciaire » por *Gweltaz Guiavarc'h*. El artículo trata del caso de los mercados comunales y galerías (les halles et marchés publiques) que son por lo general dadas en régimen de concesión a privados que gestionan dichos mercados, cobran derechos de plaza a los comerciantes (para su propia cuenta) y dan mantenimiento y limpieza a las instalaciones. Todo ello, según el autor, supone la existencia de un servicio público y de su delegación, no obstante lo cual, casi todos los litigios que surgen de la operación de todo ello, se conocen y resuelven por el “juez jurisdiccional” y no por el administrativo.

⁷⁵ Cfr. CONTENTIEUX..., Pág. 33: « La compétence du juge administratif n'est pas nettement fixée. L'évolution historique a conduit à un raffinement extrême des règles de délimitation du contentieux administratif et du contentieux judiciaire. Ceci explique que s'il est possible de découvrir un critère de la compétence du juge administratif, il s'agit en fait d'une systématisation doctrinale. »

jurisdicción.⁷⁶ Es por esta razón que se ha propuesto en numerosas ocasiones que se supriman las jurisdicciones administrativas, confiando los litigios administrativos a las jurisdicciones ordinarias, o al menos, a órganos especializados de dichas jurisdicciones. Esta tesis no ha tenido, hasta la fecha, éxito alguno y, parece –según los Profs. Auby— criticable, ya que puede considerarse que la existencia de jurisdicciones administrativas encuentra su justificación en el particular derecho aplicable a la Administración, que es derecho público, en el que las reglas son bien diferentes del derecho privado.⁷⁷

iii. Características principales.

La estructura del sistema es, en sí, compleja, ya que se compone de varios elementos, con el Consejo de Estado a la cabeza.⁷⁸ Este cuenta con secciones y subsecciones, con los tribunales administrativos y las cortes administrativas de apelaciones.⁷⁹

⁷⁶ Cfr. INSTITUTIONS ADMINISTRATIVES, Pág. 266

⁷⁷ Cfr. Op. Cit., Pág. 266: « Pour cette raison, notamment, on a proposé à plusieurs reprises de supprimer les juridictions ordinaires, ou tout au moins à des formations spécialisées de ces juridictions. Cette thèse n'a eu, jusqu'à présent, aucun succès et paraît en effet critiquable. On peut considérer que l'existence des juridictions administratives trouve sa justification dans le droit particulier applicable à l'administration. Ce droit est, comme on l'a vu, le droit public dont les règles sont largement différentes de celles du droit privé. »

⁷⁸ Esto, no obstante, como se indica en Laubadère, André de; Venecia, Jean-Claude; y Gaudemet, Yves, TRAITÉ DE DROIT ADMINISTRATIF, Tomo I, L.G.D.J Paris 1994. Pág. 299: "Si le conseil d'État est le tribunal suprême de l'ordre administratif, il doit, respecter les décisions de certaines autres juridictions... C'est ainsi, en particulier, que s'imposent à lui, dans les limites de la compétence des organes dont elles émanent : les décisions du conseil constitutionnel, [...] celles de la cour de justice des communautés européennes, celles du tribunal des conflits".

⁷⁹ Cfr., Op. Cit., Pág. 300 y sigs. : "Le personnel du conseil d'Etat comprend: le vice-président et six présidents de sections ; des conseillers en service ordinaire ; des maîtres des requêtes ; des auditeurs divisés en deux classes ; un secrétaire général pris parmi les maîtres des requêtes ou les conseillers. (...) La présidence du conseil d'État appartient en droit au premier ministre ou en son absence au ministre de la Justice ; en fait, seules les séances solennelles sont parfois présidées par l'un de deux... (...) c'est parmi eux (notamment parmi les maîtres des requêtes) que son choisis et désignés par décrets les commissaires du gouvernement dont le rôle est considérable : ils sont chargés, dans les affaires contentieuses, de présenter des conclusions dans lesquelles ils développent et soutiennent le point de vue du droit..." ; Pág. 302 y sigs. : "Le conseil d'État est l'organe consultatif du gouvernement ; à ce titre il lui fournit des avis dans le domaine législatif et dans le domaine administratif (...) Le conseil d'État n'est pas seulement, comme la cour de cassation pour l'ordre judiciaire, le tribunal suprême chargé d'assurer l'unité de jurisprudence ; il est également juge de premier et dernier ressort et juge d'appel. (...) Le conseil d'État est divisé en sections. Cette division a pour résultat de rétablir assez largement la séparation de l'administration consultative et de la juridiction. (...) Aujourd'hui, le conseil d'État est divisé en six sections : finances, travaux publics, intérieur, section sociale, contentieux, rapport et études. (...) La section du contentieux est divisée en dix sous-sections. En principe, les affaires sont instruites par une sous-section et jugées soit par cette sous-section soit par deux ou trois sous-sections réunies, mais les affaires considérées comme étant d'une importance particulière ou comme posant des questions de principe délicates peuvent être renvoyées soit à la <<section du contentieux en formation de jugement>>, soit à l'assemblée du contentieux et donner ainsi lieu à des <<arrêts de section>> ou à des <<arrêts d'assemblée>>". (...) Parfois souhaitée en doctrine [...], l'institution de cours administratives d'appel par la loi du 31 décembre 1987 apparaît la pièce maîtresse d'une réforme d'ensemble du contentieux administratif dont les termes ont été difficiles à dégager, plusieurs

La jurisdicción administrativa se distribuye, según diversos criterios de competencia, entre todos ellos. En lo que al Consejo de Estado se refiere, tiene competencia para conocer directamente: (i) del recurso por exceso de poder para la anulación de decretos, reglamentarios o individuales y, por asimilación, las ordenanzas; (ii) de los recursos de anulación de decretos de resolución de contratos administrativos y de concesiones, o los relacionados con la clausura de establecimientos peligrosos, incómodos o insalubres; (iii) de los litigios relacionados con la situación individual de funcionarios nombrados por decreto del presidente de la República; (iv) de los recursos por exceso de poder contra los actos reglamentarios de los ministros, contra los que se realizan después de haberse dictaminado por el Consejo de Estado y contra las decisiones administrativas tomadas por los organismos colegiados con competencia en todo el territorio nacional; (v) de aquellos recursos dirigidos contra actos administrativos cuyo campo de aplicación se extiende más allá del ámbito de competencia un solo tribunal administrativo; (vi) de los litigios que nacen fuera de los territorios sujetos a la jurisdicción de los tribunales administrativos y a los consejos del contencioso administrativo; y (vii) de los asuntos relativos a los daños que pudiesen causar los navíos nucleares franceses y los que se refieren a ciertas designaciones, como los miembros del Consejo Económico y Social, los representantes franceses a la Asamblea de las Comunidades Europeas o el Consejo Superior de los Franceses del Extranjero.⁸⁰ Además de ser tribunal de casación y en ocasiones, también apelación, dentro del sistema, el Consejo de Estado conoce además de los conflictos entre tribunales dentro de la misma jurisdicción administrativa.⁸¹

En cuanto a las características del contencioso-administrativo francés, se señalan las de ser (i) inquisitorial; y (ii) escrito.⁸² Es inquisitorial en cuanto que se dirige por el juez, a partir del momento en que se le requiere, y dispone de grandes poderes en cuanto a la ordenación y conducción de la instrucción⁸³ y es escrito en el sentido de que los diversos actos de la instancia comportan redacciones escritas y que el juez tiene en cuenta

projets antérieurs n'ayant pas abouti." Y Pág. 313 : « Comme le conseil d'État, les tribunaux administratifs sont à la fois des juridictions et des conseils administratifs ; cette dualité d'attributions appartenait déjà aux conseils de préfecture. »

⁸⁰ Cfr. TRAITÉ..., Tomo I, Págs. 326 a 329.

⁸¹ Cfr. Op. Cit., Tomo I, Págs. 329 y 330.

⁸² Cfr. Op. Cit, Tomo I, Pág. 435.

⁸³ Cfr. Op. Cit, Tomo I, Pág. 436.

que en el expediente figuran elementos escritos, a la vez que los alegatos no pueden más que desarrollar el contenido de los memoriales escritos, sin añadir cosa alguna, todo lo cual contrasta con el proceso civil, principalmente informado por el principio de la oralidad.⁸⁴ Los caracteres señalados inciden en el hecho de que, en materia probatoria, el juez dispone de considerables poderes para exigir de la Administración la producción de documentos y la indicación de los motivos de su decisión, aunque formalmente la misma no tuviese por que ser motivada. Los medios de prueba se organizan por la ley en cuanto a los que se rinden frente a los tribunales administrativos,⁸⁵ pero no frente al Consejo de Estado, que dispone libremente de las medidas de instrucción, empleando principalmente los medios escritos.⁸⁶ El recurso no puede presentarse a menos que exista una decisión previa de la Administración,⁸⁷ contraria a la pretensión del recurrente, la cual, en el recurso por abuso de poder, es la resolución que se impugna; en el contencioso de plena jurisdicción es en el que esta regla revela su originalidad pues, por ejemplo, en el contencioso por responsabilidad, el administrado, víctima de los daños, no podrá presentarse directamente al juez, a menos que haya provocado antes una decisión de la Administración, rechazando su pretensión.⁸⁸ El plazo, en general, para la presentación del recurso contencioso es de dos meses a partir del día en que se pone del conocimiento del interesado, aunque existen algunos plazos especiales, como en materia de obras públicas, en las que no se aplica plazo alguno.⁸⁹

La regla general es que los recursos ante las jurisdicciones administrativas no tienen carácter suspensivo de la ejecución de las decisiones administrativas impugnadas, a menos que haya disposiciones legislativas especiales, además de que el Consejo de Estado ha dispuesto siempre –y los tribunales administrativos a partir de la reforma de

⁸⁴ Cfr. TRAITÉ..., Tomo I, Págs. 436 y 437

⁸⁵ Cfr. Op. Cit., Tomo I, Pág. 324 : « Les tribunaux administratifs sont aujourd'hui les juges administratif de droit commun dans les ressorts territoriaux où ils fonctionnent ».

⁸⁶ Cfr. Op. Cit., Tomo I, Pág. 437

⁸⁷ Sobre este punto véase, también: **RFD adm. 14 (5) sept.-oct. 1988**, artículo de Eugénie Prévédourou, Pág. 1028: « Or, malgré l'incertitude regrettable qui pèse sur la détermination du caractère obligatoire des recours administratifs, le défaut d'exercice d'un tel recours préalablement à l'accès au juge n'est pas régularisable en cours d'instance. Le manquement à l'obligation d'exercer ce recours est sanctionné juridiquement d'une façon radicale par l'irrecevabilité du recours intenté directement devant le juge et par l'impossibilité de régulariser cette irrecevabilité. »

⁸⁸ Cfr. TRAITÉ..., Tomo I, Pág. 439

⁸⁹ Cfr. Op. Cit., Tomo I, Pág. 441

1953— del derecho de acordar, a solicitud del recurrente, la suspensión temporal de la ejecución de las medidas administrativas impugnadas, en caso de que las mismas entrañen la posibilidad de daños irreparables.⁹⁰ Por otra parte existe también el instituto del “referido administrativo” (*référé administratif*) por el cual tanto el presidente del tribunal administrativo como el de la corte de apelaciones administrativa, pueden ordenar las medidas de urgencia que juzguen oportunas, incluso en el caso de la ausencia de una decisión administrativa previa, sin perjuicio del asunto principal ni de obstaculizar la ejecución de medida administrativa alguna.⁹¹

iv. Las reglas de competencia en materia administrativa.

Actualmente se siguen en derecho francés las técnicas de *determinación de la competencia por la ley* o de *competencia por atribución* y de *competencia por naturaleza*, según se trate de normas de derecho positivo que atribuyen, caso por caso, la competencia, o de la aplicación de principios abstractos, desarrollados por la jurisprudencia.⁹²

La determinación de lo que compete conocer a la jurisdicción administrativa sufrió, en Francia, una larga y compleja evolución. Inicialmente se partió del criterio de que todo aquello en lo que la Administración fuese parte, estaba fuera de la competencia de los tribunales de justicia ordinarios. Poco después se desarrolló, hasta antes de 1873, el criterio de distinción entre los actos de ‘autoridad pública’ (*puissance publique*) y los ‘de gestión’ (*actes de gestion*), entendiéndose que quedaba sometido a la jurisdicción administrativa todo aquello en lo que la Administración actuase en ejercicio de autoridad pública, ya que la Administración puede también sujetarse a las reglas del derecho privado. A lo dicho se sumaban aquellos asuntos en los que se podía llegar a condenar pecuniariamente al Estado —la teoría del ‘Estado deudor’ (*l’État débiteur*). Con ocasión del caso *Blanco*, en 1873 se estableció que la jurisdicción administrativa debía conocer todo lo relativo al ‘servicio público’, es decir, todo lo concerniente a la organización y el funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, sea que la administración actúe por vía contractual, sea que proceda por vía de autoridad. Este criterio amplió el

⁹⁰ Cfr. TRAITÉ..., Tomo I, Págs. 447 y 449

⁹¹ Cfr. TRAITÉ..., Tomo I, Pág. 454.

cúmulo de asuntos sometidos a la jurisdicción administrativa, aunque con el tiempo se distinguió entre aquellos casos en los que la Administración decide organizar servicios públicos dentro de un régimen propiamente administrativo, de aquellos en que lo hace mediante la contratación privada, que han de quedar sometidos a la justicia ordinaria.⁹³

Las reglas que imperan actualmente (a partir de la decisión del Consejo Constitucional de 25 de enero de 1987) son, en general, que la existencia de la jurisdicción administrativa constituye un principio fundamental reconocido por las leyes de la República y que hay ciertos principios fundamentales, también reconocidos por dichas leyes, que el legislador no puede alterar, tales como que a la jurisdicción administrativa compete decidir en última instancia sobre los asuntos relacionados con la anulación o la modificación de las decisiones tomadas en el ejercicio de las prerrogativas de autoridad pública por las autoridades que ejercen el poder ejecutivo, sus agentes, las colectividades territoriales de la República o los organismos públicos situados bajo su autoridad o control. Con carácter particular se ha establecido, siguiendo la técnica de la competencia por naturaleza, que: (i) los actos relativos al funcionamiento de la justicia ordinaria, que den lugar a un litigio o contencioso, se conocen y resuelven por la propia justicia ordinaria; (ii) también compete a la justicia ordinaria conocer de los actos de la Administración que supongan un grave atentado contra la propiedad privada (expropiaciones y requisiciones) y contra los derechos fundamentales de un individuo (sanciones privativas de libertad), dentro del marco de las teorías de la toma (*l'emprise*) o de las vías de hecho (*voie de fait*) y a menos que haya disposiciones legales específicas de establezcan lo contrario; y (iii) asimismo, se entiende que los jueces ordinarios tienen competencia para resolver sobre el sentido o la legalidad de los actos administrativos, por vía de excepción y de conformidad con ciertas reglas desarrolladas por la jurisprudencia. Mediante la técnica de la *determinación de la técnica por la ley*, se ha establecido que: (i) compete a la jurisdicción ordinaria conocer todo lo relativo al estado civil de las personas, el contencioso de los impuestos indirectos (a excepción del IVA) como los derechos de registro y aduanales, los contenciosos relativos a la seguridad social y en materia de responsabilidad de la Administración (en las áreas de los servicios postales, de

⁹² Cfr. INSTITUTIONS ADMINISTRATIVES, Pág 268.

registros públicos, de atropellos y daños causados por vehículos al servicio de la Administración); y (ii) compete a la jurisdicción administrativa conocer de los contenciosos en las ventas dominiales, de los contenciosos concernientes a los impuestos directos, de los litigios concernientes a los contratos que autoricen la ocupación del dominio público y de los contenciosos relativos a los trabajos públicos.⁹⁴

v. El recurso por exceso de poder.

El recurso por exceso de poder ha sido desarrollado, casi en su totalidad, jurisprudencialmente. Sobre la base del sucinto texto de la ley de 24 de mayo de 1872, el Consejo de Estado ha desarrollado toda una teoría jurisprudencial muy completa y tiene el carácter de derecho común, lo que significa que cabe contra toda decisión administrativa sin que sea necesario un texto particular que lo prevea, e incluso si la ley declara que cualquier acto es “insusceptible de recurso alguno” (lo que se ha entendido en la jurisprudencia como excluyente de cualquier otro recurso, menos el recurso por exceso de poder). La política jurisprudencial del Consejo de Estado ha sido de abrir, más y más, el acceso al recurso por exceso de poder a fin de beneficiar a los recurrentes, tanto como sea posible, de las facilidades que el mismo ofrece, así como también a fin de perfeccionar su eficacia.⁹⁵

En cuanto a su naturaleza jurídica, se trata de un recurso jurisdiccional que forma parte de los contenciosos de legalidad objetiva de los actos de la Administración, esto es que se trata de un recurso hecho para un acto (“*fait à un acte*”) y no un recurso “entre partes”.⁹⁶ El recurso por exceso de poder forma parte, pues, del contencioso de la legalidad, lo que significa que el juez que lo conoce y resuelve limita su control a una confrontación entre el acto impugnado y la regla de derecho. Exceso de poder es sinónimo de ilegalidad, en un sentido amplio que abarca tanto la finalidad del acto impugnado, como también su objeto.⁹⁷

⁹³ Cfr. Sobre el proceso evolutivo : TRAITÉ..., Tomo I, Págs. 339 a 342.

⁹⁴ Cfr. Para un desarrollo en detalle de las reglas de la competencia: INSTITUTIONS ADMINISTRATIVES, Págs. 268 a 279.

⁹⁵ Cfr. TRAITÉ..., Tomo I, Págs. 461 y 462

⁹⁶ Cfr. TRAITÉ..., Tomo I, Págs.462 y 464

⁹⁷ Cfr. TRAITÉ..., Tomo I, Págs. 465 y 466.

vi. Los recursos, dentro de lo jurisdiccional.

Dejando de lado ciertas excepciones, el sistema de control de la legalidad de los actos de la Administración en Francia está conformado por los tribunales administrativos de primer grado, cuyas resoluciones pueden apelarse ante las cortes administrativas de apelación. Contra lo que éstas resuelven, cabe el recurso de casación ante el Consejo de Estado (que también conoce en apelación de ciertos recursos especiales).⁹⁸

vii. Otras consideraciones sobre la forma y el fondo, en el sistema francés.

Como señalan Debbasch y Ricci, el francés es un contencioso-administrativo marcado por sus orígenes administrativos. El juez administrativo, explican, sigue considerándose como una rama especializada de la Administración, más bien que alguien que le es extraño. A la vez, el juez administrativo toma de sus especiales relaciones con la Administración un poder suplementario: su poder es mejor aceptado que si emanara de un poder extraño...⁹⁹ Es un sistema que, quizás en parte por sus peculiares características y origen, ha tenido que probar su eficacia, no sin haber sido cuestionado. En efecto, agregan los autores citados, que cabe preguntarse si no se asiste a la declinación de la jurisprudencia administrativa, ahora que muchas de las materias que tradicionalmente se desarrollaron de esa manera, han sido legisladas o reglamentadas, a la vez que el desarrollo de las normas y de la jurisprudencia internacional han influido e influyen fuertemente en el contencioso-administrativo, dada la aplicabilidad directa de tratados internacionales,¹⁰⁰ la aceleración de los efectos de la integración comunitaria y del derecho y la jurisprudencia emanada de la Convención Europea de Derechos del Hombre, en cuyas páginas se ha discutido el derecho a un proceso equitativo frente a las

⁹⁸ Cfr. TRAITÉ..., Tomo I, Págs. 516 y 518.

⁹⁹ Cfr. CONTENTIEUX..., Pág. 6.

¹⁰⁰ Sobre este tema Vid., también : Prévédourou, **RFD adm. 14 (5) sept. Oct. 1998**: « En l'état actuel du droit du contentieux administratif français, le recours administratif quasi juridictionnel, érigé en condition de recevabilité de certains recours juridictionnels, risque de priver l'intéressé de droits procédant du droit communautaire, à savoir du droit de recours devant une autorité judiciaire et de droits matériels dont l'exercice effectif ne devient possible qu'à travers les garanties juridictionnelles. La difficulté pour l'administré de prendre connaissance du caractère obligatoire d'un recours administratif – difficulté justifiée en raison de l'absence de code de procédure administrative et de la disparité des réglementations en vigueur – et les conséquences préjudiciables en cas de non épuisement de cette voie contentieuse administrative sont incompatibles avec la notion de Communauté de droit, telle la Communauté européenne. Le sursis de la procédure juridictionnelle et la possibilité pour le requérant mal informé d'exercer le recours administratif obligatoire en cour d'instance seraient susceptible de combler les lacunes

jurisdicciones administrativas, en relación, precisamente, con el sistema francés.¹⁰¹ Este sistema, continúan Debbasch y Ricci, es considerado como un instrumento que permite sujetar a la Administración al respeto del derecho; se ha visto en él, incluso, un modelo del que el Consejo de Estado –venerado e imitado— ha sido el artesano; los vientos han cambiado, sin embargo, y a los elogios exagerados se han contrapuesto críticas excesivas, lo cual disimula una evolución profunda del sistema francés de derecho administrativo... Actualmente, persona alguna imagina que el remedio a la crisis de la que sufre el contencioso-administrativo se encuentre en la exégesis histórica o en el afinamiento de los razonamientos jurídicos. Son crisis que reflejan un movimiento más profundo que toca el conjunto de la Administración francesa y más generalmente, la sociedad francesa misma.¹⁰²

du droit positif français en fonction des implications de la Communauté de droit sur l'ordonnement juridique des États membres. »

¹⁰¹ Cfr. CONTENTIEUX..., Pág. 7.

¹⁰² Cfr. Op. Cit., Pág. 8.

X. *El nuevo sistema español.*

i. **Antecedentes.**

La evolución del contencioso-administrativo español fue de la mano, lógicamente, de los acontecimientos sociales y políticos de cada una de sus etapas históricas, algunas de las cuales podrían considerarse de características análogas a las que atraviesa Guatemala en la actualidad. Concretamente la exclusión del control contencioso-administrativo de los actos discrecionales y de los políticos durante un considerable período de tiempo tuvo en España efectos parecidos a los que esa misma circunstancia ha tenido en Guatemala hasta la promulgación de la LCA, en relación con ambos asuntos, y en lo que a los actos políticos toca, todavía hasta nuestros días.¹⁰³ También es importante mencionar que la evolución del contencioso-administrativo español transitó, algunas veces, por deficiencias técnicas, y otras, por difíciles conflictos ideológicos y políticos, a todo lo cual tuvo que hacerse frente hasta llegar a la situación actual. La senda no fue corta, no fue fácil, pero sí exitosa.

Como se mencionó al principio de este trabajo, el instituto de lo contencioso-administrativo en Europa continental tiene sus orígenes en Francia y en ese sentido, en lo que a España se refiere, explican García de Enterría y Fernández que: “Sin perjuicio de precedentes aislados y casuísticos invocables en el antiguo Derecho, el Derecho español recibe del francés en el siglo XIX el modelo de un sistema contencioso-administrativo edificado a la vez sobre la doble línea aparentemente contradictoria de un aseguramiento efectivo de los principios de legalidad de la Administración y de libertad de los ciudadanos, por una parte, y, por otra, de la encomienda de esta función a órganos no jurisdiccionales *stricto sensu*. El mecanismo es una pieza más en la recepción del

¹⁰³ Cfr. Arto. 21 de la Ley de lo Contencioso Administrativo:

ARTICULO 21. IMPROCEDENCIA. El contencioso administrativo es improcedente:

1. En los asuntos referentes al orden político, militar o de defensa, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan;
2. En asuntos referentes a disposiciones de carácter general sobre salud e higiene públicas, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan;
3. En los asuntos que sean competencia de otros tribunales;
4. En los asuntos originados por denegatorias de concesiones de toda especie, salvo los dispuesto en contrario por leyes especiales; y

sistema administrativo francés.”¹⁰⁴ Agregan que: “la instauración efectiva del sistema no tiene lugar hasta las Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845, que confían el contencioso a los Consejos Provinciales (aunque con jurisdicción delegada no propia) y al Consejo de Estado (llamado Consejo Real en su primer tiempo) que proponía al Gobierno, sin vincularle, los llamados Reales Decretos Sentencias.”¹⁰⁵ Se promulga posteriormente la Ley de 13 de septiembre de 1888 que “liquida la alternativa entre sistema judicial y administrativo con un llamado sistema armónico, que consistía en constituir órganos jurisdiccionales con jurisdicción delegada pero en cuya composición entran a la par personal judicial y personal administrativo.”¹⁰⁶ Conviene recordar aquí que la Ley de lo

5. En los asuntos en que una ley excluya la posibilidad de ser planteados en las vías contencioso administrativa.

¹⁰⁴ En: CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo II, Civitas Ediciones, Madrid, Reimpresión 2001. Pág. 558.

Sobre este particular, también: Parejo Alfonso, L.; Jiménez-Blanco, L.; y Ortega Álvarez, L.; MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, 4ª. Edición, Editorial Ariel, S.A., Barcelona 1998; Vol. 1, Págs. 677 y 678: “...subsistiendo la acción autónoma del poder ejecutivo (...) la cuestión que se plantea es la de a quién corresponde, caso de incidir aquella acción en posiciones subjetivas de los particulares y suscitarse conflicto sobre lo que sea de Derecho, decidir en definitiva sobre este último en tal caso: si al propio poder ejecutivo o, por el contrario y como es la solución común, al poder judicial. La solución definitiva que acaba imponiéndose y perfilándose hasta nuestros días, es la de mantener el estatuto del poder ejecutivo, que continúa así pudiendo actuar y decidir por sí solo (acción gubernativa o administrativa), pero privarle a esa actuación y capacidad de decisión de todo carácter definitivo o último, gracias a la articulación -- sucesiva a ella y cuando lo gubernativo o administrativo se torna, por su cuestionamiento por el particular, contencioso-- de un control judicial de legalidad, lo que determina la configuración de la jurisdicción contencioso-administrativa como “revisora”. (...) “Inicialmente, el constitucionalismo de Cádiz, no obstante y quizás precisamente por el precedente de la Constitución de Bayona, parece inclinarse por una solución plenamente judicialista (inspirada en la división pura de los poderes), de signo contrario al modelo francés de corte bonapartista que estaba perfilándose y más cercana, por tanto, al inglés.”

¹⁰⁵ Idem.

Cfr., también Parejo, Jiménez-Blanco y Ortega, MANUAL...; Vol. I, Pág. 678: “Ha de esperarse, pues, hasta casi la mitad del siglo, para que la emergencia de una burguesía precisada de un Estado operativo y eficaz haga fraguar, aquí como en otros muchos órdenes, una solución, que va a persistir prácticamente sin alteraciones hasta la Revolución de 1868. Inspirada ya claramente en el modelo francés y establecida por sendas Leyes de 2 de abril y de 6 de julio de 1845, consiste en un mecanismo de doble escalón --los Consejos Provinciales y el Consejo de Estado (denominado aún en los primeros años Consejo Real)--, que presupone una actividad gubernativa previa, cuya conversión en contenciosa (litigiosa) desencadena justamente su puesta en marcha, y que es prácticamente aún de jurisdicción retenida, puesto que limitado en su escalón superior a meras propuestas no vinculantes, tomando las decisiones en definitiva el Gobierno, y de competencia muy limitada.”

¹⁰⁶ Idem Pág. 559

Cfr., también Parejo, Jiménez-Blanco y Ortega, MANUAL..., Vol. I, Pág. 678: “Tras el corto e inestable paréntesis que representó el triunfo de la Revolución de 1868, durante el cual se volvió al sistema judicialista puro, con la Restauración se plantea inmediatamente y de manera frontal la necesidad de una solución adecuada, suscitándose un vivo debate entre los defensores del sistema judicialista y los del sistema de ‘jurisdicción administrativa’. La solución llega, por la vía transaccional, con la Ley de 13 de septiembre de 1888 (denominada de Santamaría de Paredes), que implanta un sistema por ello denominado ecléctico o ‘armónico’, el cual va a durar --con modificaciones y progresos secundarios-- prácticamente hasta la vigente Ley.” (Se refieren a la de 1956)

Contencioso-administrativo de Guatemala, de 1928, establecía un tribunal integrado por un magistrado designado por la Asamblea Legislativa, otro por el Presidente de la República y un tercero por la Corte Suprema de Justicia.

Muy interesante nos parece lo que los autores citados comentan sobre la sustitución del sistema de lista de los asuntos contenciosos por una “cláusula general, que admitía una tutela contencioso-administrativa sobre cualquier resolución administrativa” cuyo destino final “fue delinear la cláusula general (art. 1.º de la Ley) de tal forma que, por una parte, quedarán excluidos los ámbitos más extensos y también más peligrosos o delicados de la actuación administrativa”, lo que en definitiva condujo a que “el recurso francés de exceso de poder quedó al margen” del sistema español, “pérdida ingente que retrasó tres cuartos de siglo” dicho sistema.¹⁰⁷ En segundo lugar –añaden– “la cláusula general excluyó de todo control en bloque a todos los actos discrecionales, entendiendo por tales cualquiera que tuviera un solo elemento de tal naturaleza”¹⁰⁸.

Esta última característica, como se indicó en su momento, ha marcado, también, nuestra historia legislativa en esta materia, además de la exclusión explícita de los actos políticos y la determinación de la inembargabilidad de los caudales públicos. Estos tres aspectos constituyen elementos fundamentales, tanto de la función administrativa contemporánea, como también del control de su juridicidad y se estiman aquí indispensables para que la Administración se responsabilice, en general, de sus actos.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Cfr. CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Idem.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Cfr. lo que con tanta claridad se dice en la exposición de motivos de la LJ en: Toledo Jáudanes, Julio (Editor), LEGISLACION DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA, Civitas, Vigésima segunda edición, Madrid 2000. Pág. 549: “En cambio, la Ley no recoge ya, entre estas exclusiones, la relativa a los llamados actos políticos del Gobierno, a que se refería la Ley de 1956. Sobre este último aspecto conviene hacer alguna precisión. La Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad –llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política—excluida *per se* del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción contencioso-administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad, el propio concepto de ‘acto político’ se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya esa delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido sólo por el Derecho Constitucional, y exento del control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho.”

Específicamente, la dificultad de trazar límites suficientemente claros entre lo que debe entenderse por actos discrecionales, por oposición a los reglados, y actos administrativos, por oposición a los políticos, abre un espacio enorme a la discusión tanto jurisdiccional como también doctrinal. Afortunadamente la exigencia de que la resolución administrativa que se impugne se haya dictado en ejercicio de facultades regladas, ha desaparecido en la LCA¹¹⁰. También podría decirse que en el caso del derecho guatemalteco el problema es más aparente que real, dada la amplitud del amparo como garantía constitucional y legal; sin embargo, la inexistencia, o por lo menos la imprecisión, de los aludidos límites conceptuales plantea un doble problema puesto que, por una parte, de conformidad con la LAEC: *“Toda persona tiene derecho a pedir amparo, entre otros casos: (...) Cuando en actuaciones administrativas se exija al afectado el cumplimiento de requisitos, diligencias o actividades no razonables o ilegales, o cuando no hubiere medio o recurso de efecto suspensivo.”*¹¹¹ Por otra parte, porque, también con base en la LAEC: *“Para pedir amparo, salvo los casos establecidos en esta ley, deben previamente agotarse los recursos ordinarios, judiciales y administrativos, por cuyo medio se ventilan adecuadamente los asuntos de conformidad con el principio del debido proceso.”*

Fácil es advertir que para que ambos preceptos pudieran operar efectivamente sería indispensable que las nociones de lo administrativo y lo político estuviesen claramente perfiladas, ya que de lo contrario se incurriría en costes institucionales, económicos y de erosión de la moral colectiva, resultantes de las posiciones o criterios más o menos amplios o estrictos que cada órgano jurisdiccional pudiese hacer valer. Adicionalmente, al ser de treinta días corridos el plazo para interponer el amparo, ante la duda sobre la naturaleza administrativa o política de cualquier acto ilegal o irrazonable por parte de la Administración, acudir primero a lo contencioso-administrativo supondría perder la protección del amparo, si aquél se rechaza por ser la resolución en cuestión

¹¹⁰ El texto vigente dice así: “Para plantear este proceso, la resolución que puso fin al procedimiento administrativo debe reunir los siguientes requisitos:

a) Que haya causado estado. Causan estado la resolución de la administración que decidan el asunto, cuando no sean susceptibles de impugnarse en la vía administrativa, por haberse resuelto los recursos administrativos;
b) Que vulnere un derecho del demandante, reconocido por una ley, reglamento o resolución anterior.”

¹¹¹ Otro caso de procedencia, posiblemente adecuado, sería el siguiente: “g) EN materia política, cuando se vulneren derechos reconocidos por la ley o por los estatutos de las organizaciones políticas. Sin embargo, en materia puramente electoral, el análisis y examen del tribunal se concretará al aspecto jurídico, dando por sentadas las cuestiones de hecho que se tuvieron por probadas en el recurso de revisión.”

inimpugnable por las razones aquí discutidas (rechazo que se conocería mucho después de vencido el plazo legal para interponer el amparo). Si, por el contrario, se plantea el amparo y se declara sin lugar, en sentencia, los tres meses para interponer el contencioso-administrativo seguramente habrán transcurrido también en exceso. A lo dicho debe agregarse que con frecuencia los órganos jurisdiccionales que actúan como tribunales de amparo carecen de especialidad alguna en materia de derecho administrativo, siendo todavía más difícil que se llegue a perfilar un criterio definido. Lógicamente las funciones de la CSJ, como tribunal de casación, y de la CC, como máximo intérprete constitucional, deberían aportar claridad sobre los conceptos de lo administrativo y lo político. Desafortunadamente, este tema ha quedado fuera, casi por completo, del examen de dichos tribunales y cuando se ha abordado ha sido para decir que los asuntos del orden político sí están sujetos a control, pero por la vía del amparo.¹¹² Sobre este enfoque ya se expuso algunas consideraciones al describir el régimen que establece la LCA y a las mismas se remite al lector.

El problema de la inembargabilidad de caudales públicos es fuente directa de conductas irresponsables por parte de las diversas administraciones públicas porque, aunque la CPR prevé que debe pasar al presupuesto del ejercicio fiscal siguiente, lo necesario para cumplir con *las condenas de los tribunales* (Arto. 172, j), lo largo y complejo de cualquier proceso judicial para que se declare la obligación de indemnizar por concepto de daños y perjuicios, supone que los funcionarios principales responsables de lo ocurrido, difícilmente serán los que deban incluir estas previsiones presupuestarias para cubrir el importe de las condenas a daños y perjuicios que se dictaren, de manera tal que las consecuencias de sus actos irresponsables vendrían a complicar los presupuestos financieros de otros funcionarios y en otras circunstancias. Se pierde la conexidad entre la persona que generó la responsabilidad y la que tendrá que sustraer de los recursos que gestione, lo necesario para cumplir la condena a daños y perjuicios, a menos que la demanda se planteara, por el interesado, en contra tanto del Estado como del funcionario

¹¹² Referirse a comentarios sobre la sentencia de la CC en el expediente 159-97

que hubiere actuado ilegalmente, quienes conforme al artículo 154 de la CPR responden solidariamente.¹¹³

Volviendo al hilo de la evolución del Derecho español, a decir de García de Enterría y Fernández: “La cuestión se empeora aún más con motivo de la guerra civil abierta en 1936. La Ley de 27 de agosto de 1938 suspendió en bloque, sin ninguna reserva, el recurso contencioso-administrativo contra los actos del Estado, suspensión no levantada hasta la Ley de 18 de marzo de 1944” –y agregan que—: “En 1952 se aprobó un texto refundido de toda la legislación contencioso-administrativa cuya aparición dio lugar a una crítica generalizada sobre la situación de nuestro contencioso, crítica que jugó un papel indudable en la preparación de la reforma de 1956.”¹¹⁴

Esta Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 supuso un avance sustancial en el desarrollo de la correspondiente institución en España,¹¹⁵ en el sentido de que:

- Jurisdiccionaliza totalmente lo contencioso-administrativo;
- Institucionaliza el principio de especialización técnica en los magistrados;

¹¹³ La parte conducente del artículo 155 CPR dice así: “Cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren.”

¹¹⁴ Idem, Pág. 560

¹¹⁵ Cfr. Parejo, Jiménez-Blanco y Ortega, MANUAL..., Vol. I, Pág. 679: “Esta Ley, de una gran calidad técnica –según unánime apreciación por la doctrina y la jurisprudencia-, ha supuesto un enorme y definitivo progreso para el Derecho Administrativo, posibilitando su modernización –no en último término a través de un extraordinario desenvolvimiento de la jurisprudencia, especialmente a partir de los años setenta-, lo que vale decir su construcción conforme a las exigencias del Estado de Derecho. No puede sorprender pues, que, salvo en algunos aspectos, este texto haya superado perfecta y airoosamente la dura prueba de la Constitución de 1978.”

Vid., también sobre este particular:

- LEGISLACION, Pág. 543: “Dicha Ley, en efecto, universalmente apreciada por los principios en los que se inspira y por la excelencia de su técnica, que combina a la perfección rigor y sencillez, acertó a generalizar el control judicial de la actuación administrativa, aunque con algunas excepciones notorias que imponía el régimen político bajo el que fue aprobada.”
- ANÁLISIS TEÓRICO Y JURISPRUDENCIAL DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, Pág. 19: “Con la publicación de la Ley de 26 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se crea por primera vez en España un sistema judicial que va a permitir el control pleno de toda la actividad de la Administración. Las bondades de esta Ley, su calidad técnica, su rigor conceptual y su clara sistemática a la hora de estructurar el proceso contencioso-administrativo han sido reconocidas de forma unánime por la doctrina, sin excepciones.”

- Introduce un instituto similar al *excès de pouvoir* francés, mediante lo que llama la “legitimación para demandar la declaración de no ser conformes a derecho”;
- Circunscribe lo necesario la exclusión de los actos políticos y rectifica la exclusión del control de los actos discrecionales, que quedan por vez primera sometidos a la jurisdicción (adelanto que estimamos de primordial importancia);
- Mejora lo relativo a la ejecución de las sentencias;
- Ordena y regula el proceso de una manera simple y eficaz, admitiendo la prueba dentro del mismo y dando al tribunal eficaces poderes de dirección; y
- Para efectos de este estudio, lo más importante y notable, **proclama “de manera expresa el carácter ‘espiritualista’ del proceso que subordina sus formalidades a la efectividad de la tutela”**.¹¹⁶

Este último aspecto y la forma tan clara como se enuncia arriba evidencia que, como ocurre actualmente en Guatemala y se demuestra posteriormente, en España también se sufrió el vicio o exceso del ‘formalismo’, por el cual se ahoga la tutela efectiva de los derechos en un mar de ritualidades y trámites, muchos de ellos carentes de importancia o de significación para dilucidar la cuestión de fondo.¹¹⁷ Naturalmente que para dotar a los órganos jurisdiccionales del poder —aquí sí, discrecional— de juzgar cuándo se está subordinando la efectiva tutela de los derechos a los formalismos procesales, es indispensable que el tribunal sea independiente, cuente con el tiempo necesario para el estudio adecuado de los asuntos de que conozca y que su criterio sea hecho público, para que quede sujeto al escrutinio constante de abogados, profesores, colegas y, sobre todo, de la propia Administración. En relación con esta problemática la exposición de motivos de la iniciativa de ley de la LCA señala, como una de las características de la misma, que vendría en refuerzo de los derechos de defensa y la

¹¹⁶ Cfr. MANUAL..., Págs. 561 y 562.

¹¹⁷ Cfr. Sobre este particular lo que, en la exposición de motivos de la LJ, se dice de la Ley de 1956, LEGISLACION, Pág. 543: “Y dio luz a un procedimiento simple y en teoría ágil, coherente con su propósito de lograr una justicia eficaz y ajena a interpretaciones y prácticas formalistas que pudieran enervar su buen fin.”

posición de los gobernados por el hecho de “que la demanda contencioso administrativa no podrá rechazarse por deficiencias puramente formales, pues en tales casos el tribunal señalará término al demandante para la subsanación de la falta, tal como ocurre en el Derecho Laboral, del cual se ha tomado esa disposición; todo ello sin perjuicio de que si a juicio del tribunal la falta es insubsanable, rechazará de plano la demanda, como es normal en otro tipo de procesos.” Si bien debe darse la bienvenida a este precepto, es menester distinguir con claridad lo que la ley española de 1956 estableció como principio, del alcance, por otro lado, de lo que ahora es el artículo 31 de la LCA.¹¹⁸ La primera “proclama el carácter espiritualista del proceso, que subordina sus formalidades a la efectividad de la tutela”, el segundo, restringe la potestad del TCA de rechazar la demanda por la omisión de requisitos formales, a los que fueren insubsanables. De allí a la efectiva tutela hay un enorme trecho.

De vuelta al desarrollo de las instituciones españolas, la Constitución de 1978¹¹⁹ “confirmó la línea iniciada abiertamente por la Ley Jurisdiccional de 1956,

¹¹⁸ **ARTICULO 31. SUBSANACION DE FALTAS Y RECHAZO.** Si el memorial de demanda presenta errores o deficiencias que a juicio del tribunal sean subsanables, se señalará plazo para que el demandante lo enmiende.

Si la demanda presentare errores, deficiencias u omisiones insubsanables a juicio del tribunal, éste la rechazará de plano.

¹¹⁹ Cfr. Jiménez-Blanco y Ortega, *MANUAL...*, Vol. I, Págs. 679 y 680: “Los elementos del marco constitucional aludidos son los siguientes:

1. Desde la atribución al Gobierno de la potestad reglamentaria (art. 97 CE) y la definición del estatuto de la Administración pública (art. 103.1 CE) como organización objetivamente servicial de los intereses generales, que ha de actuar siempre con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, la asignación a los Tribunales del control del ejercicio de aquella potestad y de la legalidad de la actuación de ésta, así como del sometimiento de la misma a los fines que la justifican; preceptos éstos complementados –para las Comunidades Autónomas—por el art. 153, c) CE. De ello resulta:
 - a. La configuración revisora o *ex post* de la intervención judicial, en tanto que consistente precisamente en un control pero sólo en cuanto sucesiva a la actividad previa del poder público administrativo, que presupone.
 - b. La atribución de ese control precisamente a los órganos del poder judicial ordinario, si bien especializados en el seno de éste (orden jurisdiccional contencioso-administrativo).
Y
 - c. La plenitud del control, en el sentido de comprensivo éste, como mínimo, de todo cuanto produzca el ejercicio de la potestad reglamentaria y de la totalidad de la actuación (no normativa) de la Administración.
2. La plenitud del control judicial así determinado también desde la perspectiva del derecho de los ciudadanos a su efectiva actuación, en función del reconocimiento, sin restricciones, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, con prohibición taxativa de toda situación de indefensión (art. 24.1 CE)

robusteciéndola resueltamente y prestándole el rango supremo propio de sus normas”¹²⁰, como se desprende con claridad de su artículo 106.1 que prescribe que: “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la Administración, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”, al que debe agregarse –siguiendo la exposición de García de Enterría y Fernández— los artículos 24, sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; el 103.1 sobre el principio de legalidad; el 117.3, sobre la potestad exclusiva de los Tribunales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; y el 132.1, que suprime la exclusión de inembargabilidad, dejando a salvo únicamente los bienes de dominio público y los comunales, “calificaciones que no comprenden, con toda evidencia, al dinero público, que ha quedado en consecuencia, privado de su viejo privilegio histórico de inejecutabilidad”¹²¹. Como se dijo antes, este aspecto es de amplísimas consecuencias prácticas, capaz, como pocas otras técnicas jurídico-financieras, de infundir en los titulares de las diversas administraciones públicas el sentido de responsabilidad legal necesario para su buen funcionamiento, además de la protección de los derechos de los administrados.

Antes de la promulgación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998 (LJ), se emitió la de 26 de diciembre de 1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, “con el ánimo de cumplir lo previsto en el art. 53.2”¹²² de la Constitución, pero fue la primera y no ésta la que debió promulgarse “pese a los grandes méritos de la Ley Jurisdiccional de 1956 y el notable esfuerzo realizado por la jurisprudencia, constitucional y contencioso-administrativa, para reinterpretarla a la luz de la Constitución ... no sólo por la conmoción general que para la justicia administrativa supuso la promulgación de la Norma Fundamental, sino también por la concurrencia de una serie de circunstancias de hecho que ponían en gravísimo riesgo su eficacia social. Entre éstas y en primer término:”¹²³

- El congestionamiento existente en casi la totalidad de las Salas contencioso-administrativas;

3. La ubicación de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa en la Justicia ordinaria (...)”

¹²⁰ MANUAL, Idem.

¹²¹ Idem, Pág. 563.

¹²² Idem, Pág. 564

- Como consecuencia de ello, la violación del derecho fundamental a la tutela judicial “sin dilaciones indebidas” o “en plazo razonable”;
- La pobreza de las medidas cautelares de la Ley de 1956;
- La precariedad del sistema de ejecución de sentencias;
- La reconversión del Estado, antes unitario y centralizado, en ampliamente descentralizado.¹²⁴

La LJ fue “muy respetuosa con el texto anterior, incluso en el plano formal y en la propia sistemática” pero, a juicio de García de Enterría y Fernández, no fue renovadora porque: “en no pocos aspectos se ha quedado por detrás, incluso, de los avances ya plenamente consolidados de la propia jurisprudencia contencioso-administrativa y, por supuesto, de las innovaciones introducidas sin alarde alguno, pero con notable decisión, en estos últimos años en el Derecho francés.”¹²⁵ Merece la pena resaltar la puntualización que acaba de citarse en cuanto al papel que jugó la jurisprudencia en el desarrollo del contencioso-administrativo español, porque, aunque de diferente naturaleza que el rol que en Francia desempeñó la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha sido muy importante. Sobre el particular se señala en la exposición de motivos de la LJ, refiriéndose a la Ley de 1956, lo siguiente: “De esta manera, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956 abrió una vía necesaria, aunque no suficiente, para colmar las numerosas lagunas y limitaciones históricas de nuestro Estado de Derecho, oportunidad que fue adecuadamente aprovechada por una jurisprudencia innovadora, alentada por el espectacular desarrollo que ha experimentado la doctrina española del Derecho administrativo.”¹²⁶ En Guatemala, por el contrario, la contribución jurisprudencial ha sido, cuando mucho, marginal y esto es un reflejo, como adelante se sostiene, del formalismo que ha prevalecido durante tanto tiempo e impera todavía.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ Siguiendo lo expuesto en: CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Pág 565

¹²⁵ Op. Cit. Pág. 566.

¹²⁶ Cfr. LEGISLACION, Pág. 543

ii. Estructura y principios que informan la jurisdicción contencioso-administrativa.

1) Generalidades.

En lo que al objeto central de este trabajo incumbe es interesante que la exposición de motivos de la LJ señale, con carácter general y a modo de introducción, que, desde el punto de vista de “dotar a la Jurisdicción Contencioso-administrativa de los instrumentos necesarios para el ejercicio de su función”, a la vista de las circunstancias del momento, “la reforma compagina las medidas que garantizan la plenitud material de la tutela judicial en el orden contencioso-administrativo y el criterio favorable al ejercicio de las acciones y recursos y a la defensa de las partes sin concesión alguna a tentaciones formalistas, con las que tienen por finalidad agilizar la resolución de los litigios.”¹²⁷ Este párrafo opone la materialidad de la tutela judicial al formalismo. Se refiere a un marco en el que las líneas verticales se conforman por las medidas que garantizan la plenitud de dicha tutela, y las horizontales, por las medidas que tienen por finalidad agilizar la resolución de los conflictos. El *telos* que se establece para la LJ es, por lo tanto, muy claro: que los administrados gocen de una tutela judicial material y ágil, “sin concesión alguna a tentaciones formalistas.” En seguida se explica que: “Fiel al propósito de no alterar más de lo necesario la sistemática de la Ley anterior, el nuevo texto legal comienza definiendo el ámbito propio, el alcance y los límites de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Respetando la tradición y de conformidad con el artículo 106.1 de la Constitución, se le asigna el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa sujeta al Derecho Administrativo.”¹²⁸ Aquí salta un aspecto importante que distingue el sistema español del nuestro, consistente en que en aquél la potestad reglamentaria se controla por la Jurisdicción Contencioso-administrativa, mientras que en éste, *in abstracto*, mediante la acción de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general, y en concreto, bien mediante la inconstitucionalidad en caso concreto (que persigue una declaración de inaplicabilidad), bien mediante el amparo.

¹²⁷ Idem, supra 120, Pág. 546

¹²⁸ Idem, Pág. 547.

A continuación hay dos observaciones que amerita citar y comentar. Primero que: “Lo que realmente importa y lo que justifica la existencia de la propia Jurisdicción Contencioso-administrativa es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponde.” Segundo, que: “Por eso la nueva Ley somete al control de la Jurisdicción la actividad de la Administración pública de cualquier clase que esté sujeta al Derecho Administrativo, articulando para ello las acciones procesales oportunas.”¹²⁹ Se trata de dos ideas fundamentales: el exacto sometimiento de la Administración al derecho y la articulación, para ello, de las acciones procesales idóneas. En este segundo aspecto la LCA peca de menos al pretender sujetar a los mismos requisitos, formas y procedimientos, desde la impugnación de una resolución administrativa ordinaria, hasta la discusión de una concesión para la gestión de una autopista, por ejemplo. Esto ha dado lugar, en parte, a que se afirme que, para poder discutir lo relativo a un contrato administrativo, debe antes agotarse un procedimiento administrativo que culmine con el pronunciamiento de una resolución administrativa, como se indicó en su momento.

En lo que se refiere a los actos políticos del Gobierno, se señala, con mucha claridad que: “La Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad –llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política—excluida *per se* del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad, el propio concepto de ‘acto político’ se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido sólo por el Derecho Constitucional, ya sea estableciendo una

¹²⁹ Idem, Pág. 548.

lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho”.¹³⁰

2) Órganos que la integran y principales competencias.

La integración de la jurisdicción contencioso-administrativa en España —como también en Francia— es compleja,¹³¹ en parte debido a la estructura autonómica del Estado español y también a que, como se ha indicado arriba, se ha procurado hacer frente al desbordamiento de casos y trabajo que se consideraba existente a la promulgación de la LJ. Es una jurisdicción especializada, de manera que los recursos de organización y personal que se le dedican se explicitan, también, por esa razón.¹³² “Integrada plenamente por el Poder Judicial, la jurisdicción contencioso-administrativa constituye un ‘orden jurisdiccional propio’ (art. 9 LOPJ), con órganos singularizados, cuyo diseño, ya avanzado por la LOPJ de 1985 y desarrollado por la Ley de Demarcación y Planta Judicial de 28 de diciembre de 1998, ha venido a ser perfilado definitivamente y

¹³⁰ Idem, Pág. 549

¹³¹ En ANÁLISIS TEÓRICO Y JURISPRUDENCIAL DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, Aranzadi, Segunda Edición, Navarra 2002, Pág. 81: En referencia al artículo 6 de la LJ: “Delimita el precepto los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, siguiendo los postulados básicos de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, especialmente el artículo 55, en cuanto que determina que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se integra dentro de éste y señala sus competencias en el artículo 58; la Audiencia Nacional, que se integra por la Sala de lo Contencioso-Administrativo en la forma prevenida en el artículo 64.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyas competencias delimita el artículo 66; los Tribunales Superiores de Justicia, cuyas Salas de lo Contencioso-Administrativo delimita el artículo 74 y que se hallan integradas dentro del respectivo Tribunal Superior, a tenor del artículo 72.1 y finalmente, los órganos unipersonales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que son los Juzgados unipersonales en cada provincia, con jurisdicción en toda ella (artículo 90) o los Juzgados Centrales, con competencia en todo el territorio nacional. La ley, en este punto, realiza una descripción enumerativa de los órganos jurisdiccionales, partiendo de los órganos unipersonales; Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, que constituyen una novedad importante dentro de la descripción enumerativa de los órganos jurisdiccionales; las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia; la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.”

¹³² Una de las iniciativas que se ha presentado en Guatemala apunta en otra dirección, según declaraciones del Poder Judicial reportadas en la prensa local: “Disminuir el número de juicios en los ramos de familia, contencioso administrativo, civil y laboral en un 70% pretende la Corte Suprema de Justicia (CSJ), por medio de la aprobación del Código Procesal General, iniciativa de ley que será enviada el próximo mes al Congreso (...) La unificación del procedimiento para tramitar procesos en las áreas no penales de la justicia pretende la inmediación, oralidad, economía y simplificación de distintas etapas y actos que se realizan durante la tramitación de los casos.” Cfr. Periódico *Siglo Veintiuno*, ciudad de Guatemala 20 de mayo de 2002, Págs. 2 y 3.

completado por la reforma de ambas Leyes, que ha acompañado a la nueva LJ. Esos órganos son los siguientes (art. 6 LJ):

- Juzgados de lo Contencioso-administrativo.
- Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo.
- Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.
- Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.
- Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.”¹³³

A los efectos de este trabajo resulta innecesario descender a todos los detalles de distribución de competencias entre cada uno de los juzgados y salas indicados, por lo que se hará mención de las principales:

Los **Juzgados de lo Contencioso-administrativo** habrán de ser provinciales y son unipersonales¹³⁴; tienen competencia para conocer, en única y primera instancia, de:

- Los recursos que se deduzcan frente a los actos de las Entidades locales;
- Los recursos que se deduzcan frente a los actos de las Comunidades Autónomas;
- Los recursos que se deduzcan contra actos y disposiciones de la Administración periférica del Estado y de las Comunidades Autónomas, de los organismos, entidades y corporaciones de Derecho Público cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional y de los órganos superiores cuando confirmen íntegramente en vía de recurso, fiscalización o tutela los dictados por los anteriores;
- Las impugnaciones contra actos de las Juntas Electorales de Zona y las formuladas por cualquiera de las Juntas Electorales en materia de proclamación de candidaturas y candidatos;
- Las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración Pública.¹³⁵

¹³³ Cfr. CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Vol. II, Pág. 567

¹³⁴ Idem, supra 127, Vol. II, Pág. 568

Los **Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo** fueron creados por la LJ “en la villa de Madrid, con jurisdicción en toda España ... con la finalidad de ‘descargar’ a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de una parte de los asuntos de los que venían entendiendo hasta ahora”.¹³⁶ Tienen competencia para conocer, en primera o única instancia, de los recursos que se interpongan contra:

- Los actos de los Ministros y Secretarios de Estado en materia de personal, salvo que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera o a ascensos, orden y antigüedad en el escalafonamiento del personal militar;
- Los actos de los órganos centrales de la Administración General del Estado que impongan multas no superiores a 10 millones de pesetas y de cese de actividades o privación del ejercicio de derechos por tiempo no superior a seis meses;
- Las disposiciones generales y actos emanados de los organismos públicos estatales con competencia en todo el territorio nacional.¹³⁷

Las **Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia** forman parte de estos últimos, cuyo territorio coincide con el de una Comunidad Autónoma. “Las Salas son órganos colegiados y para el despacho ordinario, la vista y la deliberación o fallo de los recursos deben estar constituidas, al menos, por tres magistrados ... todos ellos procedentes de la Carrera Judicial y uno, como mínimo, con la condición de ‘especialista’ en el contencioso-administrativo...”¹³⁸

Conocen, en única instancia, de los recursos que se deduzcan en relación con:

- el contencioso local y autonómico, en lo no atribuido a los juzgados;¹³⁹

¹³⁵ Idem, Vol. II, Págs. 568 y 569.

¹³⁶ Idem, Vol. II, Pág. 569

¹³⁷ Idem, Vol. II, Pág. 569.

¹³⁸ Idem; Vol. II, Pág. 570

¹³⁹ Idem; Vol. II, Pág. 571

- los actos de los órganos de gobierno de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en materia de personal, administración y gestión patrimonial;¹⁴⁰
- las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos Regionales y Locales; el contencioso electoral; con los convenios entre Administraciones Públicas cuyas competencias se ejerzan en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma correspondiente;¹⁴¹
- los órganos de la Administración General del Estado de nivel inferior a Ministro o Secretario de Estado cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional en materia de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa;¹⁴² y
- “cualesquiera otras actuaciones administrativas no atribuidas expresamente a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional”.¹⁴³

“En *segunda instancia* les corresponde el conocimiento de las apelaciones que se promuevan contra las sentencias y autos de los Juzgados, en los términos que en su momento veremos, así como de los recursos de queja (art. 10.2). Asimismo conocerán de los recursos de *revisión* contra sentencias firmes de los Juzgados (art. 10.3) y de los *recursos de casación* para la unificación de doctrina y en interés de Ley previstos en los artículos 99 y 101 LJ.”¹⁴⁴

La **Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional** tiene competencia para el contencioso estatal, exclusivamente. Conoce en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con las disposiciones generales y los actos de los Ministros y Secretarios de Estado en general y en materia de personal, cuando dichos actos se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de

¹⁴⁰ Idem; Vol. II, Pág. 571

¹⁴¹ Idem; Vol. II, Pág. 571

¹⁴² Idem; Vol. II, Pág. 571

¹⁴³ Idem; Vol. II, Pág. 571

¹⁴⁴ Idem; Vol. II, Pág. 571

carrera, a los convenios entre Administraciones Públicas no atribuidos a los Tribunales Superiores de Justicia y a las resoluciones del Ministerio de Economía y Hacienda y del Tribunal Económico-Administrativo Central en materia económico-administrativa (salvo si se refieren a tributos cedidos).¹⁴⁵

También conoce en única instancia de los recursos que se interpongan contra los actos del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y contra las resoluciones del Ministerio de Economía y Hacienda que pongan fin a los recursos administrativos ordinarios que se deduzcan contra ellos; las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, de la Agencia de Protección de Datos, de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, del Consejo Económico y Social, del Instituto Cervantes, del Consejo de Seguridad Nuclear, del Consejo de Universidades y de la Junta Arbitral.¹⁴⁶

“En *segunda instancia* conocerá de los recursos de apelación contra las sentencias de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo y de los correspondientes recursos de queja. Y, en fin, de los recursos de revisión contra las sentencias firmes de dichos Juzgados Centrales.”¹⁴⁷

La **Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo** actúa en Secciones (actualmente son siete), que se distribuyen los asuntos por materias o Ministerios u órganos de procedencia, según acuerdos anuales de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.¹⁴⁸ Existe una Sección, formada por el Presidente del Tribunal Supremo, el de la sala de lo Contencioso-Administrativo y cinco Magistrados de ésta, a la que se atribuye el conocimiento del recurso de casación para la unificación de doctrina cuando la contradicción se produzca entre sentencias dictadas en única instancia por Secciones distintas de la referida Sala.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Idem; Vol. II, Pág. 572

¹⁴⁶ Idem; Vol. II, Pág. 572

¹⁴⁷ Idem; Vol. II, Pág. 572

¹⁴⁸ Idem; Vol. II, Pág. 572

¹⁴⁹ Idem; Vol. II, Pág. 572

Tiene competencia, en única instancia, para conocer en recursos contencioso-administrativos contra los actos o disposiciones del Consejo de Ministros y de sus Comisiones Delegadas; contra actos y disposiciones en materia de personal y de administración emanados de los órganos constitucionales superiores (Tribunal Constitucional, et. al.¹⁵⁰); actúa como Tribunal de casación contra las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (en única instancia); las resoluciones del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad contable; y finalmente, actúa como Tribunal de revisión para decidir los recursos de este nombre cuya resolución no corresponda ni a los Tribunales Superiores de Justicia ni a la Sala especial del Artículo 61 LOPJ (que adelante se describe).¹⁵¹

La **Sala especial del artículo 61 LOPJ** se compone por el Presidente del Tribunal Supremo, todos los Presidentes de Sala de éste y los Magistrados más antiguos y más modernos de cada Sala y se le ha encomendado, en materia contencioso-administrativa, los recursos de revisión contra las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; los incidentes de recusación del Presidente de la Sala o de más de dos Magistrados de la misma; y las pretensiones de declaración de error judicial, cuando el mismo se impute a una Sala del Tribunal Supremo.¹⁵²

3) Ciertos principios importantes.

Los Profs. García de Enterría y Fernández señalan ciertos aspectos del sistema español, en relación con el francés que, por haberse tratado aquí este último en capítulos anteriores, se ha juzgado oportuno recoger. Al respecto, dicen así: “No hay ninguna

¹⁵⁰ También en CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Vol. II, Pág. 587, los autores indican que: “La opción a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa de ese contencioso de los órganos constitucionales (y de la Administración electoral) ha sido razonable por dos razones: porque la materia de que trata es esencialmente materia de personal y de relaciones patrimoniales con terceros (contratos, responsabilidad aquiliana, expropiaciones: a esto es a lo que la LOPJ llama ‘actos de administración’) cuya analogía, e incluso identidad, con la materia contencioso-administrativa típica es patente...”

¹⁵¹ Cfr. CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO; Vol. II, Págs. 573 y 574

¹⁵² Idem; Vol. II, Pág. 574

necesidad de acudir, como vimos que se hizo históricamente en Francia, a ninguna interpretación del principio de la división o separación de los poderes para explicar que la actuación de los Tribunales contencioso-administrativos haya de producirse normalmente *a posteriori* de la actuación administrativa y haya de respetar íntegro el ámbito de responsabilidad que la Constitución asegura a los órganos políticos: al Gobierno y sus agentes, como director de la política y de la Administración civil y militar (art. 97), a las instituciones garantizadas (Comunidades Autónomas, Administración Local: arts. 137, etc.), a los demás órganos constitucionales sobre los que vimos que el Tribunal Supremo puede fiscalizar determinados actos. La Constitución española no recoge tal ‘interpretación’ análoga a la francesa de la división de los poderes, aunque de ella sí resulte la instauración y la garantía de tal división, en los términos precisos de su articulado y no según cualquier modelo teórico o cualquier presuposición tácita.”¹⁵³ Agregan que: “Ocurren, simplemente, dos cosas: ningún precepto constitucional ha querido derogar la técnica de la autotutela, que más bien se presupone en el artículo 106 (‘los Tribunales *controlan* la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa’) y que está inserta en nuestra tradición y cultura política y jurídica; segundo, el control judicial de la Administración se opera exclusivamente sobre la legalidad de su actuación (medida según ‘la Ley y el Derecho’, arto. 103.1) de la acción administrativa, no sobre el contenido político de las decisiones, que la Constitución reserva íntegro a los órganos políticos antes aludidos.”¹⁵⁴ Y por último, precisan: “El *punctus saliens* de la justicia administrativa es mantener esa observancia de la Ley y el Derecho y respetar, a la vez, el ámbito propio de las competencias políticas y de sus agentes, responsables de la gestión de los intereses generales. Esto supone, en el plano estructural, el respeto del ejercicio previo de la autotutela administrativa como modo ordinario de intervención jurisdiccional en la actividad de la Administración. El recurso contencioso-administrativo adopta por ello con normalidad la técnica impugnatoria de los actos o disposiciones previos ya dictados y normalmente en trance de ejecución.”¹⁵⁵

¹⁵³ Idem; Vol. II, Pág. 575

¹⁵⁴ Idem; Vol. II, Pág. 575

¹⁵⁵ Idem; Vol. II, Pág. 576

De modo pues que a juicio de estos autores –que hacemos propio– tanto el ejercicio dentro de sus competencias de la función administrativa del Estado, como también su control *a posteriori*, son perfectamente compatibles con la doctrina de la separación de los poderes del Estado, ya que aquélla se ejerce dentro de ese concepto de autotutela, por el que los propios funcionarios públicos deben velar por la legalidad de su actividad, sin perjuicio de que, llegado el momento y de ser necesario, los órganos jurisdiccionales puedan reestablecer cualquier situación que hubiere podido resultar del ejercicio ilegal de las funciones en cuestión, por medio del control que supone el contencioso-administrativo.¹⁵⁶ Esta última jurisdicción, por lo tanto, ni sustituye ni reemplaza en el sistema español las funciones que corresponde desempeñar a los funcionarios de las diversas administraciones, sino que la encauza en la legalidad, cuando por cualquier circunstancia se hubieren apartado de ella.¹⁵⁷

Lo mismo puede decirse del sistema guatemalteco, si bien la organización del mismo y su operación en la práctica distan mucho de lograr un control eficaz, todavía más por haberse declarado inconstitucional, parcialmente, el artículo 15 de la LCA, por considerarse por la CC que: *“Las características del acto administrativo de presunción iuris tantum de legitimidad y de haber sido emitido buscando la tutela de un interés general [...] hace suponer que todo acto administrativo es dictado de buena fe y dentro del marco de la legalidad. Siendo la Administración la emisora del acto no se justifica que, eventualmente, el Tribunal de lo Contencioso-administrativo lo califique y que, aún*

¹⁵⁶ También sobre este particular, Cfr. Álvarez-Cienfuegos Suárez, José María; González Rivas, Juan José; Sancho Mayo, Gloria; ANÁLISIS TEÓRICO Y JURISPRUDENCIAL DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, Aranzadi, Segunda Edición, Navarra 2002, Pág. 19: “Puede decirse que el Derecho Administrativo se resume en la búsqueda del necesario equilibrio y armonía entre los privilegios de la Administración y la defensa de los derechos y garantías de los administrados. Esta ineludible tensión, con avances y retrocesos fruto de los distintos momentos y circunstancias, es una clara muestra del esfuerzo de todos, Jueces, Abogados y Profesores universitarios por introducir la racionalidad y los límites al ejercicio del poder.”

¹⁵⁷ Cfr. CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO; Vol. II, Págs. 583 y 584, sobre este particular: “Esta interpretación de la Ley Jurisdiccional ahora derogada, que la Constitución hizo inexcusable, no siempre pudo imponerse a la inercia del tópico principio revisor del que la jurisprudencia contencioso-administrativa postconstitucional siguió extrayendo muchas veces consecuencias excesivas. La nueva LJ, siguiendo la pauta de una importante Sentencia constitucional de 25 de septiembre de 1995, ha puesto, sin embargo, punto final a cualquier vacilación en este aspecto afirmando en su Exposición de Motivos su propósito de ‘superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración.’”

cuando en parte sea consentido por el administrado, concluya que es ilegal y que, por ello, debe dejarse sin efecto en aras de proteger los intereses de la Administración” (Sentencia Exp. 159-97 GJ 48).

Parece bastante claro que, un acto ilegal, realizado por la Administración, no deja de ser menos contrario al principio del imperio del derecho, por el hecho de que el administrado lo hubiere consentido. Fácil es advertir que el administrado bien podría haber consentido el acto ilegal por serle de su conveniencia y, todavía peor, con perjuicio de terceras personas (que podrían ser sus vecinos, sus competidores, los usuarios de un servicio público que le ha sido concesionado, etcétera). En la práctica, en Guatemala, lo usual es que el administrado impugne lo que, de la resolución administrativa, le resulta perjudicial o contrario a sus intereses o a sus derechos, de manera que difícilmente llegarían a estar sujeto al control judicial, por la vía de lo contencioso administrativo, aquellos aspectos de la resolución administrativa puesta en tela de juicio que le convengan al particular, aunque fueren ilegales. Sin embargo esa ilegalidad bien podría afectar a la propia Administración, al Estado o a terceros.

En lo que toca a la separación de los poderes del Estado, el meollo de la cuestión es que cada uno de ellos pueda funcionar “ordinariamente” con arreglo, tanto al marco normativo que le rige, como también a los principios que informan su respectiva función; pero cuando esas normas o esos principios dejan de observarse se produce una situación “extraordinaria” que, en la medida en que los poderes públicos deben someterse al régimen constitucional y legal, exige la correspondiente corrección. Ésta perfectamente puede suponer la intervención de otro u otros de los poderes del Estado, sin que la actividad “ordinaria” de todos ellos resulte afectada.

En el sistema español “La Ley 6/1997, de 14 de abril, delimita los principios fundamentales que rigen la actuación de la Administración General del Estado, que son, entre otros, los de jerarquía, descentralización, desconcentración, economía, simplicidad y coordinación, principios que se integran dentro de la organización administrativa que ha de regirse por los de eficacia, eficiencia, programación y desarrollos de objetivos,

responsabilidad por la gestión pública, racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos, el efectivo servicio a los ciudadanos, la objetividad, la transparencia, la cooperación y coordinación con todas las Administraciones Públicas.”¹⁵⁸

iii. Materias sometidas al control de lo contencioso-administrativo.

“En el artículo segundo (de la LJ) se establece dentro del orden jurisdiccional contencioso-administrativo la individualización de aquellas cuestiones que son de especial conocimiento por dicha jurisdicción y que delimitan el aspecto puramente objetivo del proceso contencioso-administrativo, abarcando las siguientes materias:

- a) La protección de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas (...)
- b) El análisis de los elementos reglados, diferenciados en el texto legal de los discrecionales del acto, y la determinación de las indemnizaciones que son procedentes (...)¹⁵⁹ Ya el artículo 2 a) de la Ley de la

¹⁵⁸ En ANÁLISIS TEÓRICO Y JURISPRUDENCIAL DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, Aranzadi, Segunda Edición, Navarra 2002, Págs. 59 y 60.

¹⁵⁹ *Idem*, Págs. 65 a 67:

“La Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en algunas sentencias ha excluido el control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa de determinados actos, por entender que quedan exentos de control judicial (...)

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio 1994, se hace efectivo el principio de legalidad, cualquiera que sea la naturaleza objetiva del acto realizado por el Gobierno, constando en la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de junio 1994 (RJ 1994, 5050), la clara posición jurisprudencial sobre la admisión de control de una actividad política del Gobierno que origina problemas cuando se aplica a cada caso concreto y cuyo contenido jurisprudencial se encuentra en las Sentencias dictadas con fecha 4 de abril 1997 (...)

El Tribunal Supremo vuelve a recordar –como ya hiciera en las Sentencias de 28 junio 1994 (RJ 1994, 5050), 4 abril 1997 (RJ 1997, 4515) y 3 diciembre 1998 (RJ 1998, 10027)— que el concepto de acto político no constituye ya un impedimento para que la jurisdicción contencioso-administrativa entre a conocer de las cuestiones planteadas contra actos del Gobierno, cualquiera que sea la naturaleza de los mismos (...)

[Tomado de la Sentencia 26 noviembre 1999 (RJ 2000, 3197)] El artículo 2 a) de la Ley 29/1998, establece que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y los elementos reglados del acto, cualquiera que fuera la naturaleza de dichos actos, lo que implica, de conformidad con la exposición de motivos de la nueva ley, que se parte del principio del sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, que se excluye el reconocimiento de categorías exentas o excluidas del control jurisdiccional y que, en todo caso, corresponde a esta jurisdicción determinar el carácter político o administrativo del acto recurrido, teniendo en cuenta que el reconocimiento del control sobre los elementos

Jurisdicción 29/1998 había introducido una modificación sustancial respecto de la anterior regulación de 1956 en lo que se refiere a la denominada doctrina del ‘acto político’. Hoy en día, cualquiera que sea la naturaleza de los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas serán recurribles cuando se trate de la protección jurisprudencial de los derechos fundamentales o de la determinación de las indemnizaciones que fueren procedentes.¹⁶⁰

- c) Los actos de preparación y adjudicación de los contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas;¹⁶¹
- d) Los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho Público adoptados en el ejercicio de funciones públicas, lo que plantea el control jurisdiccional contencioso-administrativo de todos los actos pertenecientes a las Corporaciones de Derecho Público, dentro de las cuales adquieren especial relevancia las Corporaciones públicas en forma de Colegios Profesionales.¹⁶²
- e) Los actos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos cuando éstos desarrollan el ejercicio de potestades administrativas, así como aquellos actos de los concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente a esta jurisdicción, de acuerdo con la legislación específica de aplicación.¹⁶³

reglados del acto, no excluye la vigencia del artículo 24.1 de la Constitución y permite que el legislador defina mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos, por lo que corresponde a esta Sala examinar eventuales extralimitaciones o incumplimientos de los requisitos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión en el Acuerdo de Consejo de Ministros recurrido (...)

Es siempre controlable el elemento reglado judicialmente asequible de los actos de los poderes públicos, sin que quepa aquí acusar al órgano jurisdiccional de que se introduzca en el ámbito de una discrecionalidad ajena al estricto control jurisdiccional, cuando lo invocado en el recurso es la causación de indefensión y la omisión del procedimiento legalmente establecido y dichos aspectos procedimentales y de competencia son aspectos reglados, susceptibles del control jurisdiccional, como han reconocido las precedentes Sentencias de esta Sala ... ”

¹⁶⁰ En ANÁLISIS TEÓRICO Y JURISPRUDENCIAL DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, Aranzadi, Segunda Edición, Navarra 2002, Pág. 69.

¹⁶¹ Idem, Pág. 70.

¹⁶² Idem, Pág. 70.

¹⁶³ Idem, Pág. 71.

- f) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación del que derive, no pudiendo ser demandada aquélla por este motivo ante los órganos del orden civil o social.¹⁶⁴
- g) Aquellas otras materias en las que de manera expresa y por Ley, se otorgue competencia a este orden jurisdiccional, como sucede en los siguientes casos:
 - a. Tutela de los derechos de libertad sindical y huelga de los funcionarios públicos y personal del artículo 1.3, a) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores;
 - b. Impugnación de disposiciones generales y actos de las Administraciones Públicas sujetas a Derecho Administrativo en materia laboral;
 - c. Las resoluciones en materia económico-administrativa prevenidas en el artículo 40 del Texto Articulado de la Ley de Bases 39/1980;
 - d. Los criterios previstos en las Leyes Orgánicas 5/1985, Electoral General y 9/1983, reguladora del derecho de reunión, que también otorgan competencia a este orden jurisdiccional;
 - e. Los supuestos previstos en la disposición adicional 4ª de la Ley de la Jurisdicción, en la que se determina el carácter recurrible de los actos y resoluciones administrativas de determinados entes públicos y agencias; y
 - f. La Ley 48/1998, de 30 diciembre, reguladora de determinados procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los

¹⁶⁴ Idem, Págs. 71 y 73: lo que "...plantea, en definitiva, una valoración de asunción por parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de todos los temas que afectan a la responsabilidad patrimonial de la Administración, habida cuenta del desarrollo normativo contenido en los artículos 139 a 145 de la Ley 30/1992 y del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que contiene el régimen jurídico en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas, excluyéndose de su conocimiento las jurisdicciones civil o social y asumiendo la materia relativa a la responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en la forma que ya describían, históricamente, el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, el artículo 133 del Reglamento de Expropiación Forzosa y los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado...

...la competencia para conocer de las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial debe ser la Jurisdicción contencioso-administrativa, incluso cuando, como en este caso 'actúen en relaciones de derecho privado'..."

transportes y las telecomunicaciones, atribuye el conocimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa de las reclamaciones contra determinados actos de adjudicación de dichos contratos.”¹⁶⁵

El artículo 3 de la LJ excluye del conocimiento “las materias que no son susceptibles de conocimiento por parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, efectuándose una enumeración taxativa de tres materias fundamentales: a) En primer lugar, las cuestiones que se atribuyan a los órganos jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración Pública, siendo determinante en el caso del orden jurisdiccional civil la exclusión de conocimiento por parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de las pretensiones de estricto derecho privado, civil y mercantil, la delimitación de las conductas típicas con relevancia penal (LO 10/1995, de 23 de noviembre) asumidas con exclusividad y preferencia por la jurisdicción penal y las cuestiones que afectan al orden social de la jurisdicción cuando afectan a las relaciones laborales o al ámbito del Derecho social de la jurisdicción, como reconoce el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

Se excluye del conocimiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el recurso contencioso-disciplinario militar que asume, en virtud de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio sobre competencia y organización de la jurisdicción militar, la jurisdicción estrictamente castrense y también se excluye del conocimiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa los conflictos de jurisdicción que surjan entre los Juzgados y Tribunales y la Administración Pública, así como los conflictos de atribuciones entre los órganos de una misma Administración.”¹⁶⁶

iv. Admisibilidad del recurso.

El recurso contencioso-administrativo cabe contra “los actos específicos, las disposiciones de alcance general y los actos expresos, tácitos o presuntos o la vía de hecho de la Administración Pública, siempre que éstos pongan fin a la vía administrativa,

¹⁶⁵ En ANÁLISIS TEÓRICO Y JURISPRUDENCIAL DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, Aranzadi, Segunda Edición, Navarra 2002, Pág. 76.

¹⁶⁶ En ANÁLISIS TEÓRICO Y JURISPRUDENCIAL DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, Aranzadi, Segunda Edición, Navarra 2002, Págs. 76 y 77.

ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, o determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento.”¹⁶⁷ En comparación con el ordenamiento guatemalteco hay coincidencia en cuanto a que debe agotarse la vía administrativa para que se admita el recurso, si bien la LJ es más específica en cuanto a lo que esto significa, entre otras cosas porque incluye específicamente los actos de trámite en los términos allí consignados. Las diferencias son más interesantes, primero, porque la LJ incluye las nociones de “actos tácitos o presuntos”, la “vía de hecho de la Administración Pública”, y los actos de “alcance general”. En cuanto a los primeros entendemos que no existe parangón en la LCA o en los fallos de los tribunales competentes, pero en lo que concierne a la “vía de hecho” y a los actos de “alcance general” consideramos que, dada la amplitud con la que tanto la CPR como la LAEC estatuyen y regulan el amparo, su impugnación sería posible por esa vía, por un lado porque el artículo 10, (e) dispone que *toda persona tiene derecho a pedir amparo, entre otros casos... cuando en actuaciones administrativas se exija al afectado el cumplimiento de requisitos, diligencias o actividades no razonables o ilegales o cuando no hubiere medio o recurso de efecto suspensivo*; por el otro, porque el mismo artículo, literal (b), establece que se puede pedir amparo para que *se declare en casos concretos que una ley, un reglamento, una resolución o acto de autoridad, no obligan al recurrente por contravenir o restringir cualesquiera de los derechos garantizados por la Constitución o reconocidos por cualquier otra ley*; y porque la literal (d) prevé, además, el supuesto de cuando *cualquier autoridad de cualquier jurisdicción dicte reglamento, acuerdo o resolución de cualquier naturaleza, con abuso de poder o excediéndose de sus facultades legales, o cuando carezca de ellas o bien las ejerza en forma tal que el agravio que se causare o pueda causarse no sea reparable por otro medio legal de defensa*. Por último, la norma citada añade que *lo determinado en los incisos anteriores no excluye cualesquiera otros casos, que no estando comprendidos en esa enumeración, sean susceptibles de amparo de conformidad con lo establecido por los artículos 265 de la Constitución y 8 de esta ley*.

¹⁶⁷ Idem, Pág. 165.

Dicho lo anterior cabe preguntarse si al tenor del artículo 221 de la CPR podrían considerarse comprendidos allí los supuestos de admisibilidad de la LJ española de que aquí tratamos. Dicha norma constitucional le atribuye al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo la función de *contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la Administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas*. En vista, pues, de que la facultad reglamentaria, por cuyo medio se dictan por excelencia las disposiciones de alcance general, le corresponde al Presidente de la República, con el refrendo de alguno o algunos de sus ministros (Arto. 182 y 183, e.) y, en vista también de que a este funcionario se le define como *superior jerárquico de los funcionarios y empleados del Organismo Ejecutivo* (Arto. 183, n.), lo que equivale a decir: de la Administración Pública, podría entenderse, entonces, que el acto que supone dictar un reglamento se realiza por la Administración Pública, por medio del Presidente de la República –y sus ministros-, que es su superior jerárquico. En este sentido, la LCA bien podría haber contemplado la impugnación, por la vía de lo contencioso-administrativo, de las disposiciones de carácter general, de los reglamentos, promulgados por el Presidente de la República de la manera como ya se explicó.

En lo que se refiere a los “actos tácitos o presuntos” el razonamiento es más sencillo, ya que la norma constitucional habla de “actos... de la Administración...” en general, de manera tal que la LCA bien podría incluir, entre ellos, los tácitos o presuntos, como una especie.

Por último, ¿qué puede decirse de la vía de hecho? Antes de dar respuesta, veamos en más detalle qué significa esto en España. Sobre el particular, ...”el concepto de vía de hecho, en el ámbito de la delimitación objetiva del recurso es determinante para que también se entienda extendido el ámbito del recurso contencioso-administrativo a la inactividad de la Administración o a las actuaciones materiales que constituyan vía de hecho en los términos establecidos en la ley ...siendo la jurisprudencia constitucional en relación con el contenido constitucional del artículo 18.2 de la Constitución sobre la

inviolabilidad del domicilio, la que establece el concepto de vía de hecho, condicionada por la carencia de norma legal habilitante o título legítimo para dar cobertura a la actuación administrativa en su conjunto.”¹⁶⁸ En otras palabras, la vía de hecho supone que la Administración Pública actúa sin base legal que la habilite o título legítimo que cubra su actuación, todo lo cual ha de desentrañarse de las normas jurídicas que rijan el ámbito material de la misma (la actuación). Para impugnar la vía de hecho en el escrito debe aludirse “al órgano o dependencia que se atribuya una u otra (la inactividad o la vía de hecho), así como a cualesquiera otros datos que sirvan para identificar suficientemente el objeto del recurso.”¹⁶⁹

A juicio nuestro, entonces, el concepto de “vía de hecho” no tendría cabida en nuestro ordenamiento legal bajo la norma constitucional que se refiere a las contiendas por “actos de la Administración”, que gozan de una presunción de legalidad, mas sí bajo la norma que le atribuye la TCA la función de *contralor de la juridicidad de la administración pública*, entendida esta última como una actividad. Así, la LCA también podría incluir este supuesto para aquellos casos en que dicha actividad carezca del todo de norma habilitante o de título legítimo.

Es interesante hacer notar que, para la presentación del recurso contencioso administrativo, “respecto de las vías de hecho el precepto establece un plazo de diez días y dicho plazo comenzará a contarse desde el día siguiente a la terminación del plazo, también de diez días, que el artículo 30 concede a la Administración para atender al requerimiento de cese de la actuación. Sin embargo, después de las reformas introducidas en este artículo por el Senado, si no hubiere requerimiento, posibilidad que también admite la Ley, el plazo será de veinte días desde que se inició la actuación administrativa en vía de hecho.”¹⁷⁰

¹⁶⁸ Cfr. ANÁLISIS TEÓRICO Y JURISPRUDENCIAL DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, Aranzadi, Segunda Edición, Navarra 2002, Pág. 166.

¹⁶⁹ Cfr. ANÁLISIS TEÓRICO Y JURISPRUDENCIAL DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, Aranzadi, Segunda Edición, Navarra 2002, Pág. 202.

¹⁷⁰ Idem, Pág. 213. También en la Pág. 173: “El artículo 30 que ha de entenderse en consonancia con lo dispuesto en los artículos 1.1 y 25.2 de la Ley permite que el interesado, en caso de vía de hecho, formule requerimiento a la Administración actuante, intimando a su cesación. Si dicha intimación no hubiese sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducirse directamente recurso contencioso-administrativo.”

Dejando atrás este tema, es interesante hacer notar que en el ordenamiento español, como en el nuestro, también se ha suprimido el *solve et repete*, aunque en algunos casos cabría la obligación de prestar garantía.¹⁷¹

En cuanto a las disposiciones de carácter general, la impugnación puede ser directa o indirecta. La primera se refiere a la norma como tal y la indirecta se basa “en la impugnación de actos dictados en aplicación de la norma legal, puesto que expresamente, en el párrafo primero del artículo 26 se reconoce la impugnación directa de las disposiciones generales y la admisibilidad de los actos que se produzcan en aplicación de tales disposiciones, fundándose, en este supuesto, en que tales actos no son conformes a derecho...”¹⁷² Además, “...cuando un Juez o Tribunal hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de una disposición general, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición general, salvo que el Juez o Tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general fuere también competente para conocer del recurso directo contra la referida disposición, en cuyo caso, la sentencia no sólo ha de declarar la validez del acto de aplicación, sino también la validez de la disposición general impugnada, o bien, cuando sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo anule cualquier disposición general cuando conozca del recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma.”¹⁷³

El recurso también cabe cuando, con base en alguna disposición de carácter general, la Administración debe realizar alguna prestación a favor de una o varias personas, la cual incumple. En este caso, el particular ha de reclamar ante la Administración el cumplimiento de la prestación y, transcurridos tres meses desde la fecha de la reclamación, puede promoverse el recurso contra la inactividad de aquélla.¹⁷⁴

¹⁷¹ Idem, Pág. 206: “Ha sido suprimido el tan comentado requisito del previo pago o depósito en los asuntos sobre contribuciones, impuestos, arbitrios, multas, etc, a favor de la Hacienda Pública que exigía el antiguo artículo 57.2, e), cuando así procediera con arreglo a las leyes. Desaparece así, como requisito previo a la interposición, el tan criticado ‘solve et repete’. Sin embargo, será necesario atender a la legislación propia de cada tributo para completar este requisito, en cada caso concreto.

¹⁷² Cfr. ANÁLISIS TEÓRICO Y JURISPRUDENCIAL DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, Aranzadi, Segunda Edición, Navarra 2002, Pág. 167.

¹⁷³ Idem, Pág. 169.

¹⁷⁴ Idem, Pág. 171.

v. Las partes.

Este tema puede tratarse tanto breve como extensamente, dependiendo de la especificidad con la que se le quisiera abordar. Aquí nos interesa dar al lector una idea general de cómo el ordenamiento contencioso-administrativo español regula la materia desde una perspectiva muy importante cual es la de que ninguna persona pueda verse privada del acceso a la justicia,¹⁷⁵ aspecto este en el que entra en juego el principio básico de que: “La existencia de posiciones procesales enfrentadas requiere en un Estado de Derecho que la contienda se desenvuelva entre sujetos que gocen de iguales derechos ante el órgano que debe juzgar. Se trata de la llamada igualdad en la ley; igualdad configurada como tal en las normas procesales, que responden al principio general de igualdad proclamado en el art. 14 de la Constitución.”¹⁷⁶ Ese principio de igualdad estaría contenido en los artículos 4º y 12 de la CPR e implica las mismas consecuencias, como se aprecia de lo indicado por la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia en el auto de 3 de julio de 1992: “...la protección la garantiza el ordenamiento jurídico preestableciendo el debido proceso, que prevé una serie de actos procesales que son comunes a las partes, para la igualdad en la defensa de sus respectivos derechos.”¹⁷⁷

Pues bien, en ese contexto el artículo 18 la LJ establece que:

Tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, además de las personas que la ostenten con arreglo a la ley de Enjuiciamiento Civil, los menores de edad para la defensa de aquellos de sus

¹⁷⁵ Vid. Navarro Pérez, José Luis; LAS PARTES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, Editorial Ibarra de Arce, S.L., Córdoba, 2000. Pág. 18: “Lo que se pretende es que nadie, persona física o jurídica, privada o pública, que tenga capacidad jurídica suficiente y sea titular de un interés legítimo que tutelar, concepto comprensivo de los derechos subjetivos pero más amplio, pueda verse privado del acceso a la justicia.”

¹⁷⁶ Cfr. Navarro Pérez, José Luis; LAS PARTES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, Pág. 20.

¹⁷⁷ Cfr. Gaceta de los Tribunales, 1992, II Semestre. También, en la sentencia de amparo de 28 de noviembre de 1992, en la misma Gaceta, la Cámara de Amparos de la CSJ indicó lo siguiente: “La Corte Suprema de Justicia, en casos similares al que se refiere este amparo, ha sostenido el criterio de que el artículo 243 del Código Procesal Civil y Mercantil, al condicionar la admisión del recurso de apelación en los juicios de desocupación y cobro de rentas, al pago de las rentas, establece una desigualdad entre las partes del proceso, pues el sujeto demandado, para poder utilizar dicho recurso, debe pagar las rentas atrasadas. Se ha considerado que esta previsión de la ley contradice el principio de igualdad que la doctrina, entre otros, le asigna al correcto desarrollo del proceso y por los cuales se justifica llamarle “debido proceso”. Este debido proceso, en su conjunto, está previsto en el artículo 12 de la Constitución Política de la República; y, si una norma ordinaria limita el derecho de defensa, que es el que se ejerce cuando se interpone un recurso, su contradicción con la norma constitucional es evidente...”

derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas, también tendrán capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando la Ley así lo declare expresamente.

En cuanto al concepto, entonces, de ‘parte procesal’ Navarro Pérez apunta que el mismo: “... se configura en base a tres requisitos que se integran para concurrir de forma ineludible en el sujeto de derecho que tal cualidad pretende: 1. Capacidad procesal; 2. Legitimación; y 3. Postulación procesal.”¹⁷⁸

En relación con la capacidad procesal el autor aludido indica que:

- “Es apreciable de oficio por el órgano jurisdiccional como los demás requisitos procesales, previa audiencia de las partes”;
- “Como los demás defectos procesales puede ser subsanado”;
- Puede ser examinada en el trámite de defensas previas (art. 58.1), o al dictar sentencia (art. 69.b)”;
- “La personalidad que ha sido reconocida por la Administración en vía administrativa no puede ser discutida en vía contenciosa, según reiteradísima jurisprudencia.”¹⁷⁹

Y puntualiza en las que para nosotros son peculiaridades interesantes, a saber:

- Primero que: “la vigente Ley Jurisdiccional reconoce capacidad para actuar en el proceso a personas que no tienen la plenitud de sus derechos civiles, y que en el ámbito jurisdiccional civil actual carecerían de la necesaria capacidad de obrar, como sucede con los menores de edad...”¹⁸⁰ y

¹⁷⁸ Cfr. Navarro Pérez, José Luis; LAS PARTES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, Pág. 19.

¹⁷⁹ Idem, Pág. 24.

¹⁸⁰ Idem, Pág. 27.

- Segundo, que la nueva Ley: “... como excepción a la regla general, ha venido a reconocérsela (la capacidad procesal) a ‘los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes y autónomos (en este último supuesto parece referirse a las ‘herditas yacens’), entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas’, dicha capacidad procesal quedará condicionada a que ‘la ley así lo declare expresamente.’”¹⁸¹

En cuanto a la legitimación, como segunda condición que determina la capacidad de ser parte procesal, se entiende que es: “la aptitud para ser demandante en un proceso concreto, esto es, para ejercitar la facultad de deducir una pretensión determinada y que el órgano jurisdiccional haya de examinarla en cuanto al fondo.”¹⁸² La legitimación es un requisito procesal y la LJ “supone la presencia de un derecho o interés legítimo en la anulación del acto o disposición administrativa de cuya impugnación se trata”.¹⁸³ Este requisito puede examinarse de oficio por el órgano jurisdiccional y también a instancia de parte, ya sea al momento de la admisión del recurso, al tramitarse las alegaciones previas, o bien, en la sentencia.¹⁸⁴ Es interesante hacer notar que la legitimación no es un requisito subsanable, ya que “Si la legitimación depende de una determinada posición respecto a la pretensión, tal posición existirá o no desde el momento de iniciarse el proceso” y que “una jurisprudencia reiterada ha venido afirmando que la legitimación reconocida en vía administrativa no puede ser desconocida en vía procesal.”¹⁸⁵

Este de la legitimación es otro aspecto en el que en España la jurisprudencia ha jugado un papel importante, ya que a decir de Navarro Pérez: “...la Ley de 1956 hablaba sólo de interés directo; paulatinamente la jurisprudencia del TS y de las Audiencias Territoriales fue ampliando el concepto de interés directo hasta sustituirlo por el de

¹⁸¹ Cfr. Navarro Pérez, José Luis; LAS PARTES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, supra 174.

¹⁸² Idem, Pág. 37.

¹⁸³ Idem, supra 176.

¹⁸⁴ Idem, Pág. 38.

¹⁸⁵ Idem, Págs. 38 y 39.

interés legítimo. Finalmente la Ley 1998 aceptó la ampliación, sustituyendo el concepto de interés directo por el de interés legítimo, que es ahora el exigido.”¹⁸⁶

En lo que se refiere a la legitimación pasiva la LJ “considera parte demandada a las Administraciones públicas o cualesquiera de los Organismos mencionados en el art. 1.3 de esta Ley contra cuya actuación se dirija el recurrente. Como ha observado la doctrina, la determinación de la legitimación pasiva en el proceso no ofrece dificultades, ya que suponiendo éste un acto de la Administración pública, deberá ser demandada la entidad administrativa que dictó el acto contra el que se deduce la pretensión.”¹⁸⁷

El último de los elementos que conforma el concepto de parte procesal es el de la postulación, que también se exige por la LCA (y salvo algunas excepciones, por las leyes procesales en general) aunque en términos un tanto distintos.¹⁸⁸ En España “esta exigencia se traduce en que el órgano jurisdiccional no admitirá escrito alguno de persona que carezca de tal poder de postulación. El art. 3º., pár. 2º., LEC y el art. 10, pár. 1º de la misma Ley así lo señalan. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional debe rechazar *in limine litis* los escritos que no reúnan tales requisitos, y si no obstante tal prohibición se admite el escrito, se producirá la nulidad de las actuaciones” (...) Su régimen procesal se resume así: “1) Podría ser apreciado de oficio por el Tribunal, previa audiencia de las partes (art. 43); 2) deberá de ser subsanado en la forma prevista en el art.129; y finalmente, 3) Podrá decidirse acerca del mismo al resolver las defensas previas propuestas por el demandado (art. 71), o al dictar sentencia (art. 82.b).”¹⁸⁹

vi. La transacción en el contencioso-administrativo español.

No obstante que hay otros aspectos o temas relacionados con la LJ que pueden considerarse de carácter más general que este tema de la transacción, no son, sin

¹⁸⁶ Cfr. Navarro Pérez, José Luis; LAS PARTES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, Pág. 40.

¹⁸⁷ Idem, Pág. 74.

¹⁸⁸ **LCA: ARTICULO 28. CONTENIDO.** El memorial de demanda deberá contener: ...
II. Nombre del demandante o su representante, indicación del lugar donde recibirá notificaciones y nombre del abogado bajo cuya dirección y procuración actúa;

¹⁸⁹ Cfr., LAS PARTES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, Págs. 96 y 97.

embargo, tan novedosos o peculiares como del que aquí se trata. En efecto, el procedimiento principal, los medios de prueba, su diligenciamiento y otros aspectos importantes que integran el conjunto, pueden considerarse tradicionales –no es por nada que algunos se han pronunciado sobre la LJ diciendo que no fue renovadora.¹⁹⁰

Pero en este aspecto de la transacción hay consideraciones que conviene hacer, aunque sea brevemente, debido a las relaciones tan íntimas que existen entre la legalidad rígida –que se rompa pero no se doble—y el formalismo ritualista, vacío de contenido y trascendencia. De esa manera, en la medida en que se tuviera a la función administrativa como una especie de proceso de aplicación de cierto sistema algebraico, que llamamos Derecho administrativo, el formalismo sería sumamente difícil de erradicar. En su lugar debe pensarse en la función administrativa y en el derecho administrativo, como instrumentos para resolver problemas sociales, políticos y económicos; en palabras de Loperena Rota: “La Administración y el administrado tienen derecho a poder negociar la solución extrajudicial de un conflicto con carácter general y ese derecho, hoy ya formalmente reconocido, no entra en colisión, siguiendo el procedimiento debido, con el interés general o su defensa. Si encontramos y tratamos de propiciar una nueva cultura administrativa en la que autoridades y funcionarios se relacionen con los administrados con una cordialidad que no merme un ápice la dignidad del poder público que ejercen, y los ciudadanos vean definitivamente a la Administración no como un leviatán, sino como la institución de defensa y promoción de los intereses comunes sintiéndose comprometidos en la tarea de su buen funcionamiento, el ordenamiento ni podía estar ni se ha mantenido al margen.”¹⁹¹

Así, pues, se presenta la cuestión de si la transacción como contrato por el que las partes se hacen concesiones recíprocas (Arto. 2151 Cc) o por el cual las partes, dando,

¹⁹⁰ Supra, Pág. 111: “La LJ fue “muy respetuosa con el texto anterior, incluso en el plano formal y en la propia sistemática” pero, a juicio de García de Enterría y Fernández, no fue renovadora porque: “en no pocos aspectos se ha quedado por detrás, incluso, de los avances ya plenamente consolidados de la propia jurisprudencia contencioso-administrativa y, por supuesto, de las innovaciones introducidas sin alarde alguno, pero con notable decisión, en estos últimos años en el Derecho francés.”

prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado (Arto. 1809 del Código Civil Español) cabe dentro del marco de estricta legalidad de la función administrativa. En cuanto a esto Loperena Rota señala que: “Hay una realidad constatable sin mayor estudio: la Administración casi siempre tiene poder de disposición sobre el objeto del litigio. Observemos que en vía administrativa dijo no a la pretensión del administrado, pero pudo decir sí (...) Por ello, siempre hay una capacidad de disposición, si no sobre el Derecho, sí sobre los hechos, que han permitido desde siempre a la Administración alguna capacidad de disposición en todos los actos administrativos. Desde este punto de vista, negar la licitud de la transacción judicial porque la administración carece de facultad de disponer sobre el objeto litigioso parece francamente infundada.”¹⁹² En todo caso, “la reciente aprobación de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa ha resuelto definitivamente las dudas que todavía podían quedar sobre la admisibilidad general de la transacción en el Derecho administrativo.”¹⁹³

La disposición aplicable de la LJ (Arto. 77) dice así:

1. *En los procedimientos en primera y única instancia, el juez o Tribunal de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad.
Los representantes de las Administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos.*
2. *El intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones salvo que todas las partes personales lo soliciten y podrá producirse en cualquier*

¹⁹¹ Loperena Rota, Demetrio; LA TRANSACCION EN LA NUEVA LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, Instituto Vasco de Administración Pública, 2000. Pág. 201

¹⁹² Cfr. LA TRANSACCION EN LA NUEVA LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, Pág. 135.

¹⁹³ Idem, supra 185.

momento anterior al día en el que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia.

3. *Si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo de interés público o de terceros.*

Para cerrar este tema conviene señalar que en España hay posiciones encontradas en cuanto a si un contrato de transacción concluido al amparo de la disposición arriba citada sería de naturaleza privada o pública, lo cual determinaría, a su vez, si su ejecución se llevaría a un tribunal del orden civil o de lo contencioso-administrativo, respectivamente.¹⁹⁴ Esto se debe, en parte, a ciertas disposiciones legales contenidas, entre otras, en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así, mientras que para V. Gimeno Sendra: “Si fuera la Administración quien inobservara lo acordado en la transacción, el particular podrá acudir a la vía civil ordinaria, pues, el haberse sometido a la Administración a las normas de Derecho privado mediante la suscripción de dicho contrato, puede el particular formalizar la oportuna reclamación previa e instar un proceso sumario ejecutivo o el declarativo correspondiente”¹⁹⁵, Loperena Rota afirma que: “Antes al contrario por ser un contrato administrativo, su conocimiento corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa. Es impensable que si se

¹⁹⁴Sobre este asunto, también Cfr. Baena del Alcázar, Mariano, Director; LEY REGULADORA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA, Editorial Trivium, S.A., Madrid 1999. Pág. 705: “Lo que importa aquí es comentar el artículo 113 de dicha Ley, que se ocupa de la ejecución en sede jurisdiccional del acuerdo así homologado, disponiendo, de un lado, que cabe instar su ejecución forzosa, y de otro, el momento a partir del cual puede hacerse, que lo es una vez transcurrido el plazo de ejecución que se hubiere fijado en el acuerdo, o transcurridos dos meses desde el requerimiento que una de las partes haga a la otra para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo si éste no hubiera fijado plazo. Además de las claras normas que explícitamente contienen en el precepto, entiendo implícitas en él las siguientes derivaciones: 1º Que al igual que ocurre en la ejecución de sentencias, no hay razón para excluir de modo pleno una posible intervención activa del órgano judicial mientras transcurren aquellos plazos de –llamémosle así– cumplimiento voluntario; ahora bien, por la propia naturaleza del acuerdo transaccional, esa posible intervención debe estar aquí más limitada; a mi juicio, sólo debe producirse a instancia de parte y cuando sea necesaria para remover obstáculos o para impedir una situación que pueda poner en riesgo la efectividad del acuerdo y, por ende, su futura ejecución forzosa.”

¹⁹⁵ Cfr. Navarro Pérez, José Luis; LAS PARTES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, Pág. 215.

acuerdan las condiciones de una licencia administrativa, la eventual litigiosidad ulterior corresponde conocer al juez civil.”¹⁹⁶

vii. La ejecución de las sentencias y otros aspectos relacionados.

Terminamos con unas cuantas puntualizaciones sobre este particular el estudio del nuevo régimen español sobre lo contencioso-administrativo porque la ejecución de las sentencias constituye, a nuestro juicio, un modelo a seguir tanto por la especificidad de sus disposiciones como por el manifiesto interés del legislador (y de la doctrina y la jurisprudencia españolas) en lograr esa tutela judicial efectiva que, desde la Constitución Española, ha irradiado con tanta fuerza todo el ordenamiento.

En este tema al igual que en el conjunto, ha habido un proceso evolutivo importante que, partiendo de la doctrina de la *retención* o justicia retenida, pasando por la de la justicia *delegada*, ha culminado en la clara e indiscutiblemente atribución a los tribunales de justicia del poder o facultades de ejecución de sus propias sentencias. Baena del Alcázar lo expone en los siguientes términos: “Lo único que interesa resaltar de aquel devenir histórico, en la medida en que puede contribuir a entender cuál es el avance que los preceptos objeto de comentario introducen sobre el régimen derogado, es la ‘retención’ que, con mayor o menor intensidad, se mantuvo en el seno de la Administración misma de la potestad de ejecución de las sentencias. Ésta quedó concebida como una ‘ejecución administrativa’ o ‘autoejecución’, entregada a la decisión de la Administración, en la que las facultades del órgano sentenciador quedaban relegadas y limitadas, no detentando propiamente facultades coactivas de ejecución forzosa (...) Su explicación tradicional se localiza en el principio de *separación de poderes*, al que se anuda la consideración de que la ejecución de lo fallado conlleva posteriores actuaciones administrativas que, por tal principio, han de quedar encomendadas a la Administración, sin injerencia del Poder Judicial; y en el principio de la *inalienabilidad* de los bienes de dominio público e *inembargabilidad* de los derechos, fondos, valores y bienes de la Hacienda Pública, que al privar al Tribunal de la más eficaz medida de ejecución, desplaza naturalmente la responsabilidad de ésta a la

¹⁹⁶ Idem, Pág. 216.

Administración, reservando al primero tan sólo facultades de impulso y fiscalización (...) En todo caso, esa concepción de ‘retención’ o ‘autoejecución’, y básicamente el sistema diseñado en la *Ley Maura*, siguió latiendo en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, si bien en ésta se introducen algunas previsiones que abrían, dado su tenor literal, las posibilidades de una interpretación que, progresivamente, hubiera dotado de mayor naturaleza judicial, también, a esta fase del proceso (...) Se explica, pues, que tras la entrada en vigor de la Constitución arreciaran las críticas de aquel diseño tradicional y, por lo tanto, en la medida en que es reflejo de él, del régimen legal de ejecución de sentencias dispuesto en los artículos 8.1 y 103 a 112 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, que la opinión más generalizada afirmó inconstitucional por incompatible con los artículos 24.1 (en el particular en que ‘todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos’), 103.1 (en cuanto sujeta los principios de actuación de la Administración Pública a la cláusula final de ‘sometimiento pleno a la Ley y al Derecho’), 106.1 (‘Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican’), 117.3 (en cuanto que en todo tipo de procesos, y por lo tanto también en los contencioso-administrativo, el ejercicio de la potestad jurisdiccional, ‘juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan’...”¹⁹⁷

A partir del régimen constitucional expuesto, el Tribunal Constitucional español da el penúltimo paso en este caminar en su sentencia número 67/1984, de 7 de junio, al declarar que: “La ejecución de las sentencias es una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de Derecho. Por ello, el sistema jurídico debe estar organizado de tal forma que una eventual transgresión de los deberes de cumplimiento y colaboración que impone el artículo 118 de la Constitución no pueda impedir en ningún caso la efectividad de las sentencias y resoluciones judiciales

¹⁹⁷ Op. Cit.; Págs. De la 653 a la 657.

firmes.”¹⁹⁸ La culminación se da en la LJ en cuya exposición de motivos, sobre este particular, se expone: “La Ley ha realizado un importante esfuerzo para incrementar las garantías de ejecución de las sentencias, desde siempre una de las zonas grises de nuestro sistema contencioso-administrativo. El punto de partida reside en la imperiosa obligación de cumplir las resoluciones judiciales y colaborar en la ejecución de lo resuelto, que la Constitución prescribe, y en la potestad de los órganos judiciales de hacer ejecutar lo juzgado, que la propia Constitución les atribuye. Prescripciones que entroncan directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, como viene señalando la jurisprudencia, ese derecho no se satisface mediante una justicia meramente teórica, sino que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propios términos. La negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas.”¹⁹⁹

Como indica Baena del Alcázar: “Así, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 117.3 de la Constitución y 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se afirma (art. 103.1) que la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales *corresponde exclusivamente* a los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo; potestad cuyo ejercicio en el caso concreto compete al Juzgado o Tribunal que haya conocido del asunto en primera o única instancia.”²⁰⁰

La facultad de instar la ejecución de las sentencias se les confiere tanto a las partes como también a las personas afectadas, “es decir, aquellas que ostenten un derecho o interés legítimo que pueda verse afectado por la inejecución”.²⁰¹ Por su lado, el artículo 103.5 de la LJ dispone que el órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia declarará, a instancia de parte, la nulidad de los actos o disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento, con lo que se crean los medios para hacer frente a la posibilidad de que se

¹⁹⁸ Idem, Pág. 658.

¹⁹⁹ Idem, Pág. 672.

²⁰⁰ Op. Cit. Pág. 673.

²⁰¹ Idem, Pág. 673

pretendiera dictar otros actos administrativos con dicho propósito.²⁰² También es importante lo que dispone el artículo 104.1 de la LJ puesto que impone la obligación de comunicar la sentencia al órgano que hubiere realizado la actividad objeto del recurso en un plazo de diez días y el órgano en cuestión tiene, a su vez, diez días para: “a) acusar recibo de la comunicación, b) indicar el órgano responsable del cumplimiento del fallo.”²⁰³ Estos actos son importantes porque, según dispone el artículo 104.2, por regla general el plazo para cumplir el fallo es de dos meses a partir de la comunicación de la sentencia, pudiendo fijarse plazos menores “demostrándose una vez más que el legislador ha sido sensible a la idea de que la ejecución de la sentencia es parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva y de que éste puede quedar negativamente afectado por la dilación temporal de aquélla.”²⁰⁴

La LJ establece la posibilidad de que se sustancien Incidentes de ejecución debido a la complejidad que puede suscitar en la práctica la ejecución de una sentencia contencioso-administrativa. Estos “pueden versar sobre cualquier cuestión que se plantee en la ejecución y sobre la que quepa decidir sin contrariar el contenido del fallo; citando el precepto tan sólo a modo de ejemplo tres de ellas, especialmente adecuadas para procurar una cabal y rápida ejecución.”²⁰⁵

Ante la negativa del órgano administrativo obligado a cumplir con la sentencia se prevé la denominada ejecución forzosa con base en lo que el artículo 112 dispone con carácter general: “...el Juez o Tribunal adoptará, previa audiencia de las partes, las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado... sobre lo que Baena del Alcázar comenta lo siguiente: --A mi juicio, la norma trasluce no ya una facultad otorgada al órgano judicial, sino un mandato dirigido a éste (‘adoptará’) para que acuerde aquella o aquellas medidas que siendo legalmente posibles sean, a su vez, necesarias, en el triple sentido de conducentes a la efectividad de lo mandado, no insuficientes y no

²⁰² Idem, Pág. 674

²⁰³ Cfr. Baena del Alcázar, Mariano, Director; LEY REGULADORA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA, Págs. 67 y 676.

²⁰⁴ Idem, Pág. 677

²⁰⁵ Idem, Pág. 679

excesivas.”²⁰⁶ “A continuación contempla el artículo 112 dos medidas singulares, consistentes en la imposición de multas coercitivas y en la deducción de testimonio para la exigencia de responsabilidad penal. Tienen asimismo carácter general, en el sentido de ser utilizables para la efectividad de todo tipo de pronunciamientos, pero no tienen pese a la dicción del precepto un carácter propiamente facultativo, pues el Juez o tribunal, por la razón ya apuntada de su posición en orden a la satisfacción de los derechos fundamentales, debe adoptarlas si concurren sus respectivos presupuestos, ya que en sí mismas son conducentes para lograr la efectividad de lo mandado en el caso concreto, e incluso, para propiciar una sensibilidad proclive al cabal y pronto cumplimiento de lo juzgado. A ambas es común el requisito previo del apercibimiento, es decir, de una advertencia explícita de que se procederá a su imposición en el caso de persistir el incumplimiento.”²⁰⁷

Para finalizar, es importante mencionar aunque sea tan sólo temáticamente que sobre la ejecución de las sentencias la LJ regula, además de todo lo dicho, lo relativo a la imposibilidad de la suspensión e inexecución total o parcial del fallo; lo concerniente a la imposibilidad material o legal de ejecutar el fallo, que deben ser consideradas por el órgano jurisdiccional debiéndose en caso de ser estimadas fijarse una indemnización para el afectado; a la expropiación de los derechos o intereses reconocidos en la sentencia, siempre que se presenten causas graves como el temor fundado de guerra o el quebranto de la integridad del territorio nacional; lo que toca a la publicación e inscripción de los pronunciamientos anulatorios, según se trate de la anulación de una disposición general o de un acto administrativo individualizado; a la ejecución de condenas al pago de cantidades líquidas, respecto de lo cual es de particular interés insistir en el hecho de que sólo son inembargables los bienes de dominio público y los comunales, con el agregado de que la LJ prevé también que se lleven a cabo en un plazo breve las modificaciones presupuestarias que fueren necesarias para cumplir con la sentencia; lo relacionado con la reposición de la situación alterada por actividades de la Administración que contravengan el fallo; con la extensión de los efectos de sentencias firmes a terceros; con lo que toca a la materia tributaria y de personal al servicio de la Administración pública; y, para no

²⁰⁶ Op. Cit. Pág. 680

mencionar sino las más importantes, lo concerniente a la ejecución de los acuerdos transaccionales homologados, sobre lo cual ya hicimos referencia al hablar de la transacción en lo contencioso administrativo (Supra N° 6).²⁰⁸ Se trata, por consiguiente, de una cuidadosa y manifiesta preocupación por hacer efectiva la tutela judicial en esta materia que rebasa, por mucho, la mera confirmación, revocación o modificación de lo resuelto por el órgano administrativo que se prevé en la LCA de Guatemala cuyas normas se contraen a indicar que en la sentencia se señalará al órgano administrativo un plazo prudencial para su ejecución y que la que podría entenderse ejecución forzosa, deberá presentarse ante los tribunales del orden civil, por la vía de apremio prevista en el Código Procesal Civil y Mercantil o ante la competencia económico coactiva, según corresponda.²⁰⁹

²⁰⁷ Idem, Pág. 681

²⁰⁸ Sobre el particular se refiere al lector a la obra de Baena del Alcázar, Mariano, Director; LEY REGULADORA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA, Págs. De la 684 a la 708.

²⁰⁹ Conforme al Artículo 45:

La sentencia examinará en su totalidad la juridicidad del acto o resolución cuestionada, pudiéndola revocar, confirmar o modificar...

Todo lo que se dice sobre su ejecución, es lo siguiente:

ARTICULO 47. REMISION DE ANTECEDENTES. Firme la resolución que puso fin al proceso, se devolverá el expediente al órgano administrativo con certificación de lo resuelto.

ARTICULO 48. CUMPLIENTO. La sentencia señalará un plazo prudencial al órgano administrativo que corresponda, para que ejecute lo resultado.

La sentencia es ejecutable en vía de apremio ante los tribunales competentes del ramo civil o ante la competencia económico coactiva, según sea el caso.

XI. *El sistema inglés, características principales.*

i. **La visión del sistema continental desde las islas británicas.**

La obra de A. V. Dicey, *Una Introducción al Estudio de la Ley de la Constitución*, muchas veces editada y publicada por última vez en 1915 es ya clásica y su influencia ha sido, en Inglaterra, enorme.²¹⁰ En ella el autor dedica un largo capítulo para comparar las diferencias que, en su opinión, existen entre el sistema continental de Derecho administrativo –a partir, fundamentalmente, del francés— y el sistema inglés. Después de su lectura hemos creído que permite comprender con claridad el desarrollo de las ideas del control jurisdiccional de la legalidad en Inglaterra y también el porqué de muchas de las características actuales del sistema inglés.

En primer lugar Dicey considera que el sistema continental se basa en ideas ajenas a las premisas fundamentales del derecho común (términos con los que designaremos el *common law* inglés).²¹¹ Para él, el contraste entre ambos sistemas permite comprender mejor el verdadero significado de la idea inglesa de la supremacía del derecho o ley ordinaria del país, que impregna, en efecto hasta nuestros días, el control jurisdiccional de la legalidad de los actos de la Administración en Inglaterra.²¹² De acuerdo con Dicey, el sistema francés implica que la situación legal del funcionario público en el Continente es fundamentalmente distinta que la del funcionario del servicio civil inglés, de tal manera que aquel sistema produce una situación que es

²¹⁰ Cfr. Dicey, Albert Venn, AN INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION, *Liberty Classics*, Liberty Fund Inc., Indianápolis, 1982, Pág. xi: “Very few jurists ever put forward doctrines of constitutional law which become not merely classic but which remain alive as standards. A year after the publication of Albert Venn Dicey’s *Law of the Constitution* in 1885, Gladstone already was reading it aloud in Parliament, citing it as an authority. Half a century later these doctrines were still regarded so essential and fundamental that a special inquiry was necessary to determine whether more recent constitutional changes did not infringe on them.” Del prefacio escrito por Roger Michener para la edición de Liberty Fund Inc.

²¹¹ Cfr. Dicey, Op. Cit., Pág. 213: “In many continental countries, and notably in France, there exists a scheme of administrative law –known to the Frenchmen as *droit administrative*—which rests on ideas foreign to the fundamental assumptions of our English common law...”

²¹² Cfr. Idem, Pág. 214: “...It illustrates, by way of contrast, the full meaning of that absolute supremacy of the ordinary law of the land –a foreign critic might say of that intense legalism— which we have found to be a salient feature of English institutions.”

fundamentalmente inconsistente con esa idea inglesa de la supremacía del derecho o ley ordinarios.²¹³ Dicho en pocas palabras, la existencia misma de un Derecho administrativo, distinto del derecho común, marca para este autor un contraste fundamental entre ambos sistemas e incide: (i) en la posición y responsabilidades de los funcionarios públicos; (ii) en los derechos civiles y las responsabilidades de los individuos, en sus asuntos y gestiones con los funcionarios y representantes del Estado; y (iii) en el procedimiento por cuyo medio se hacen valer estos derechos y responsabilidades.²¹⁴

Según Dicey, la fisonomía del Derecho administrativo francés obedece a que Napoleón fundió en un solo sistema la noción, propia del Antiguo Régimen, de que los funcionarios públicos gozan, frente a los ciudadanos, de ciertas “prerrogativas” y la idea, propia de la dogmática revolucionaria, de que los tribunales judiciales deben dejar en libertad de acción a la Administración y abstenerse de interferir en la gestión de los asuntos que le competen a esta última.²¹⁵ El dogma revolucionario de la separación de los poderes, por su parte, lo atribuye el autor a que, aparentemente, Montesquieu no comprendió exactamente cómo funcionaba la Constitución inglesa (en la que los distintos poderes se contrabalancean) y a que, encima de ello, los escritos de aquél fueron exagerados por los revolucionarios franceses.²¹⁶

De todo ello resulta que, contrario a la tradición inglesa, Dicey haya observado que en la primera etapa del desarrollo del Derecho administrativo en Francia: (i) las normas que se deben hacer valer para resolver problemas entre dos personas privadas y las que deben observarse para dilucidar asuntos entre una persona privada y la Administración, sean diferentes; (ii) que los órganos que aplican las unas y las otras, deban ser diferentes; (iii) que los tribunales comunes están impedidos de conocer cuestiones que pudieren interferir con la Administración (de donde surgió la necesidad de

²¹³ Cfr. *Idem*, Pág. 216: “...and, lastly, to make clear to ourselves how it is that the existence of a scheme of administrative law makes the legal situation of every government official in France different from the legal situation of servants of the State in England, and in fact establishes a condition of things fundamentally inconsistent with what Englishmen regard as the due supremacy of the ordinary law of the land.”

²¹⁴ *Idem*, Pág. 217

²¹⁵ *Idem*, Págs. 218 y 219.

²¹⁶ *Op. Cit.*, Pág. 220.

resolver conflictos de jurisdicción); y (iv) –“lo más despótico”–que los tribunales del orden común tengan vedado enjuiciar a un funcionario público que, aunque hubiere procedido ilegalmente contra un ciudadano, haya actuado de buena fe, obedeciendo órdenes de sus superiores.²¹⁷

En cuanto al segundo período de evolución del Derecho administrativo francés, que Dicey sitúa entre 1830 y 1870, se comenta por el autor que del mismo sus compatriotas tuvieron y han tenido la idea de que –si bien con algunos sobresaltos– fue una época en la que Francia disfrutó de estabilidad política, orden civil, sujeción al imperio del derecho y de pacífico progreso, particularmente en la parte que toca al reinado de Luis Felipe, al que los ingleses han considerado un “rey constitucional” y a su reinado como uno en el que las leyes ordinarias del reino han tenido plena validez. Y añade que, muy para sorpresa de los ingleses, cuando investigan más a fondo, constatan que durante todos esos años han sido escasas las modificaciones que se han hecho al sistema de Derecho administrativo establecido por Napoleón.²¹⁸ Adicionalmente, Dicey acota que cualquier crítico inglés recordará que, a la fecha en que él escribe, el Consejo de Estado gozaba en Francia de igual respeto que el Tribunal de Casación y que ese prestigio ha ido en aumento desde 1830.²¹⁹ Ahora bien, por el lado del pasivo en el balance de su análisis, Dicey, siguiendo la obra “*L’Ancien Régime et la Revolution*” de Tocqueville, señala que los funcionarios públicos de la Administración francesa gozaron durante este período de tiempo de una situación o status legal parecido pero superior aún al de los soldados en Inglaterra, por cuanto que, si bien ambos estaban sujetos a castigo por la inobservancia de la disciplina a la que estaban sujetos, los funcionarios de la Administración francesa gozaron de la protección de no poder ser enjuiciados ante los tribunales judiciales, por daños causados a los ciudadanos privados, ya que podían alegar que los mismos eran un “acto de Estado”; de hecho señala que entre 1852 y 1864 se plantearon 264 solicitudes al amparo del artículo 75 de la Constitución, para obtener

²¹⁷ Idem, Págs. 221 a 225.

²¹⁸ Idem, Pág. 229.

²¹⁹ Idem, Pág. 230.

autorización del Consejo de Estado para proceder en contra de funcionarios públicos franceses y que solamente 34 fueron otorgadas, rechazándose 230.²²⁰

El tercer período del análisis de Dicey va de 1870 a 1908. A la caída del Segundo Imperio, señala, la opinión pública insistió sobre tres reformas drásticas que se efectuaron al sistema: el citado artículo 75 fue derogado en 1870; en mayo de 1872 las recomendaciones del Consejo de Estado adquirieron fuerza obligatoria; y en esa misma fecha, se creó el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.²²¹ Lo verdaderamente interesante es el comentario de Dicey: aunque dichas reformas puedan haber supuesto la emisión casi inmediata de la legislación necesaria, dando así la apariencia de haber sido modificaciones súbitas, realmente fueron, a su juicio, el resultado de una “continua revolución” de la opinión pública francesa y la perseverancia con la que los letrados del Consejo de Estado, bajo la guía de la lógica y de la jurisprudencia francesa, desarrollaron a partir de lo arbitrario de la práctica administrativa, un verdadero sistema de Derecho administrativo.²²² Es más, añade que si se tomara la historia del Derecho francés desde 1800 hasta el día en que esto escribía, un inglés tendría que llegar a la conclusión de que la arbitraria autoridad del Ejecutivo, como existió en tiempos de Napoleón o del reinado de Luis Felipe, fue gradual y notablemente reducida, si no del todo abolida, a tal punto que, si bien el Derecho administrativo se hace valer por órganos que no son jurisdiccionales en un sentido estricto y si bien esta rama del derecho francés contiene disposiciones que no son compatibles con la idea inglesa moderna del *rule of law*, no obstante, se le acerca mucho y, desde luego, es totalmente ajeno a las prerrogativas del poder despótico.²²³

Dicey cierra sus comentarios en cuanto a este tema dibujando una serie de paralelismos que él advierte entre la evolución del Derecho administrativo francés y la evolución inglesa del concepto del imperio del derecho, con unos dos siglos de antelación. Así se refiere a los esfuerzos de los abogados de la Corona, quienes en el siglo XVII procuraron la creación de ciertas prerrogativas reales, para permitir que el

²²⁰ Op. Cit. Págs. 234 y 235.

²²¹ Idem, Págs. 237, 238 y 239

²²² Idem, Pág. 240.

fenómeno administrativo fuese fluido y pudiera escapar del legalismo de Coke; en ese contexto compara el funcionamiento del famoso tribunal del *Star Chamber*, que a su juicio era una extensión del poder Ejecutivo y, en ese sentido, parecido al Consejo de Estado. También asemeja la protección que emanada del ya citado Artículo 75 con la orden (“*writ*”) “*De non procedendo Rege inconsulto*” del derecho inglés de la época de Bacon y el carácter especializado de la jurisdicción administrativa francesa del siglo XIX con el de la jurisdicción de equidad (*Equity*) de la Inglaterra del siglo XVII.²²⁴

En definitiva Dicey, después de un interesante análisis del surgimiento y del desarrollo del Derecho administrativo francés y de los paralelismos históricos que menciona en su obra, llega a un punto clave, al cual siempre supo que llegaría: los intentos que también en Inglaterra procuraron generar ciertas prerrogativas legales e institucionales a favor de la Administración, no desembocaron en un Derecho administrativo “especial”, hecho valer por órganos “especializados”, porque todo ello se oponía a “esos hábitos de igualdad ante la ley que habían sido desde antiguo la característica esencial de las instituciones inglesas” (Traducción propia).²²⁵ Y así, acota el autor, a pesar de que el Derecho administrativo francés se parece mucho más que el Derecho civil francés al *common law*, en cuanto al método de su creación, por haberse desarrollado sobre la base de sucesivos precedentes, en su contenido no ocurre lo mismo. En cuanto al método, añade, el Derecho administrativo francés “ha crecido” a lo largo de poco más de un siglo (para ese entonces), no se “ha hecho” de golpe, al igual que ha ocurrido en relación con la Constitución de Inglaterra.²²⁶

Al final de cuentas, este clásico del derecho constitucional inglés se enfoca en las cuestiones que, a pesar de la erradicación o superación de cualquier arbitrariedad sistémica por parte de la Administración francesa y de los paralelismos y semejanzas entre el proceso evolutivo de su sistema y el del francés de Derecho administrativo, vuelven a ser el *quid* de la cuestión:

²²³ Idem, Pág. 242.

²²⁴ Op. Cit., Pág. 243 y 250.

²²⁵ Idem, 245.

- I. “En Inglaterra los poderes de la Corona y sus funcionarios pueden aumentarse o disminuirse de tiempo en tiempo. Pero estos poderes, cualesquiera que sean, deben ejercitarse de acuerdo con los principios ordinarios del derecho común, que rigen las relaciones entre un inglés y otro.” (Traducción propia)²²⁷;
- II. “...Las cuestiones sobre la aplicación de estos principios (de Derecho administrativo francés) no se sitúan dentro de la jurisdicción de los tribunales ordinarios.” (Traducción propia)²²⁸ Y
- III. La garantía de protección de los funcionarios que proceden de buena fe, tras la responsabilidad del Estado, en el caso francés, en contraste con la protección del Estado, tras la responsabilidad de sus funcionarios, en lo que a Inglaterra se refiere.

El balance crítico final es difícil para Dicey, primero por el éxito paulatino pero sostenido del Consejo de Estado y demás órganos del sistema francés, en términos de la erradicación de su sistema jurídico-político de la arbitrariedad de la Administración, por regla general; y segundo, por la calidad técnica de la jurisprudencia que dio cuerpo al Derecho administrativo. Sin embargo, estima que para cualquier inglés sería difícil creer que el sistema francés podría jamás dar la certeza, la confianza o el confort que proporcionan los principios básicos de que tanto gobernantes como gobernados, Administración como ciudadanos, deben estar sujetos a las mismas reglas, aplicadas por los mismos tribunales. Eh ahí la duda fundamental.

ii. Generalidades del marco constitucional.

²²⁶ Idem, 245 de 252.

²²⁷ Op. Cit., Pág. 254: “In England the power of the Crown and its servants may from time to time be increased as they may also be diminished. But these powers, whatever they are, must be exercised in accordance with the ordinary common law principles which govern the relation of one Englishman to another.”

²²⁸ Idem, Pág. 255: “...the other is that questions as to the application of these principles do not lie within the jurisdiction of the ordinary Courts.”

“El sistema es inflexible por la misma razón por la que, relativamente, ni es abierto ni democrático. La razón es que en Gran Bretaña tenemos una Constitución que deriva su principal legitimidad de la historia y la tradición y no de cualquier noción contractual por la que la gente se aglutina para sus comunes propósitos.”²²⁹

Es interesante que modernamente se entienda en el Reino Unido que el Derecho administrativo (*Administrative Law*) controla el uso y pone coto al abuso del poder gubernamental,²³⁰ cuando hace tan solo un siglo Dicey considerara ajeno a las tradiciones del sistema inglés la existencia de una rama distinta del derecho, relativa al problema de la sujeción de las actuaciones de la Administración Pública a la ley. Claro está que las características de la Constitución británica han determinado una específica fisonomía de esta rama del derecho inglés, por las características que procuraremos describir en este apartado someramente. De hecho, el término “Constitución” tiene en Inglaterra la connotación de “sistema de gobierno”, más que la de cualquier documento que pudiese contener los principios que rigen el sistema.

El centro del sistema constitucional británico es el Parlamento, que tal y como se integra y funciona hoy día tiene poco que ver con el “Parlamento Modelo” de Eduardo I (1295). La evolución de las actuales instituciones parlamentarias se estima que comienza hacia finales del siglo catorce²³¹ y no fue sino hasta la Gloriosa Revolución de 1688 que el Parlamento adquiere la característica de “soberano” y que los reyes pierden el derecho a legislar.²³² El hecho de que se le considere soberano al Parlamento es muy importante,

²²⁹ Cfr. Holme, Richard, *Economic and Political Liberalism*, en BRITAIN'S CONSTITUTIONAL FUTURE; The Institute of Economic Affairs, Goron Pro-Print Co. Ltd., Lancing, W. Sussex 1991. El párrafo original, traducido arriba por el autor de este trabajo, es el siguiente, Pág. 139: “The system is inflexible for the same reason which accounts for its relative lack of openness and democracy. The reason is that we have in Britain a constitution which derives its main legitimacy from history and tradition rather than from any contractual notion of the people banding together for their common purposes.” Además, en la Pág. 140: “In the British constitution there is no Bill of Rights putting the universal rights of equal citizens first and permanent in all things. Even the relatively modest attempts to incorporate the European Convention on Human Rights into UK law, ‘repatriating our rights’, has met with strong opposition from an unholy alliance between some MPs frightened of a loss of parliamentary sovereignty and a Whitehall system which finds administration easier if government can remain, in certain crucial respects, above the law and difficult to challenge.”

²³⁰ Cfr. James, Philip S., INTRODUCTION TO ENGLISH LAW, Butterworth & Co (Publishers) Ltd, Londres 1989. El párrafo original, traducido arriba por el autor de este trabajo, dice así: “Administrative law controls the use, and checks the abuse, of governmental power.”

²³¹ Op. Cit., Pág. 116.

²³² Op. Cit., Pág. 116.

dado que la constitución británica no ha sido jamás escrita en su totalidad y, porque debido a todo ello puede alterar cualquier ley, por muy fundamental que pudiere parecer, por un simple “acto” (*Act of Parliament*). Es cierto, por otra parte, que los tribunales han sido muy “astutos” para salvaguardar los principales derechos de los ciudadanos, pero en teoría (salvo por algunas leyes relacionadas con la prohibición de discriminar por razones de sexo y de raza) no existe en el Reino Unido tal cosa como las libertades fundamentales salvaguardadas por la Constitución de los Estados Unidos (u otras).²³³

Muchas de las normas constitucionales británicas son “leyes”, en el sentido específico de que los tribunales deben hacerlas valer (tal el caso de la *Act of Settlement*), pero hay otras reglas que no lo son y se denominan “convenciones” (*Conventions*). Surgen del uso o de acuerdos tácitos o expresos entre los diversos poderes (o facciones) y se las observa y respeta, no porque los tribunales las harían valer, sino porque así lo exige la fluidez del proceso político o por respeto a las tradiciones. De esa manera —por convención— ocurrió, por ejemplo, con el surgimiento del Gabinete y también con la regla según la cual cuando se hace necesario integrar un nuevo Gobierno, el monarca debe invitar la líder del partido que controla la mayoría en la Cámara de los Comunes a formarlo. La idea misma de que el Gobierno debe controlar la mayoría en el Parlamento, nació también por convención.²³⁴

Al Parlamento, en síntesis, le competen tres funciones fundamentales: (a) la del control de las finanzas públicas; (b) la de legislar; y (c) la de ser contralor de la función gubernamental, de modo tal que, según el principio del “gobierno responsable”, la pérdida del control de la mayoría parlamentaria en la Cámara de los Comunes, le obliga al Gobierno a renunciar o a buscar la disolución del Parlamento.²³⁵

²³³ Op. Cit., Pág. 118.

²³⁴ Op. Cit., Págs. 118 y 119.

²³⁵ Op. Cit., Pág. 128: “Besides these two functions, modern parliaments have a third. They are, in theory, the ‘watch-dogs’ of the nation, having the power and the duty of controlling the government. This comes about as the result of the principle or ‘Responsible Government’. The government must, according to this principle, command a majority in the House of Commons and if it fails to do so must resign or seek a dissolution.”

En lo que al Ejecutivo se refiere, con la caída de la *Star Chamber*, en 1641, se abolieron las funciones judiciales del Consejo (el *Privy Council*) y, al ser muy numeroso, el rey Carlos II designó a un grupo de entre ellos para que le sirviesen como sus consejeros, quedando así todos ellos, técnica y precisamente, al servicio del Rey.²³⁶ Todo ello no obstante, hacia finales del siglo XVIII estaba ya bien sabido que era imposible gobernar sin contar con la confianza del Parlamento, lo cual llevó a que los consejeros del Rey –el Gabinete– fuesen miembros de alguna de sus cámaras, pasando a ser así, también, responsables ante el órgano representativo del Estado y, poco tiempo después, sólo ante el mismo.²³⁷

Las funciones ejecutivas, el quehacer gubernamental, se llevan a cabo, pues, por el Gabinete, esto es, por los ministros de su majestad “en nombre de la Reina”, quien solamente puede actuar según éstos le aconsejen (*upon their advice*), no obstante lo cual es ella la cabeza de la Mancomunidad (*the Commonwealth*).²³⁸ Del “ministerio” (*the Ministry*) hace cabeza el Primer Ministro que, por convención, debe normalmente ser el líder del partido político que dirige la mayoría en la Cámara de los Comunes, además de corresponderle, sin despacho (*sinecure*), el cargo de Primer Lord del Tesoro.²³⁹ Otra convención importante es la de la “solidaridad parlamentaria”, según la cual se entiende que los miembros del Gabinete toman sus decisiones colectivamente –nada importa si algún ministro en particular haya estado ausente de la reunión– y responden como un todo ante el Parlamento, de modo tal que, con base en la teoría de que “la Reina no puede causar daño” los ministros pueden ser hechos personalmente responsables por sus actos en nombre de la Reina.²⁴⁰

Teóricamente los funcionarios dependientes de los ministros son “sirvientes de la Corona” (*servants of the Crown*) y, por consiguiente, podrían ser removidos por ésta (esto es decir, por medio de sus superiores actuando en nombre de la Corona) debido a que la Corona no puede obligarse contractualmente con “sus sirvientes”. En la práctica

²³⁶ INTRODUCTION TO ENGLISH LAW, Pág. 116.

²³⁷ Op. Cit., Pág. 117.

²³⁸ Op. Cit., Pág. 125.

²³⁹ Op. Cit., Pág. 133.

²⁴⁰ INTRODUCTION TO ENGLISH LAW, Pág. 134.

esto no es así, pues el servicio civil británico se rige por “Órdenes del Consejo” (*Orders in Council*) que aseguran la estabilidad y condiciones necesarias para el ejercicio de sus funciones. De hecho, el sistema se ha estructurado procurando una división entre los funcionarios “políticos” y los permanentes o administrativos y así, el funcionario superior del servicio civil británico es el Secretario Permanente del Tesoro.²⁴¹

Por último, desde esta perspectiva constitucional y antes de entrar en el tema del control jurisdiccional de la Administración, es importante mencionar que el Profesor James trae a cuenta al Profesor Dicey, en cuanto a que en su obra *Law of the Constitution*, que comentamos en el apartado anterior, se refería a la “Prerrogativa real” como un residuo de autoridad discrecional o arbitraria en manos de la Corona. Actualmente, sin embargo, los poderes de prerrogativa que han quedado los ejercita el Ejecutivo (excepto por el otorgamiento de ciertos honores, que corresponde conferirlos a la Reina), pero como derivan del Derecho Común corresponde a los tribunales de justicia definir su naturaleza y extensión.²⁴²

El Poder Judicial se integra por la llamada Suprema Corte de Judicatura (*the Supreme Court of Judicature*), que se integra por la Alta Corte de Justicia (*the High Court of Justice*) para materias civiles y por a Corte de la Corona (*the Crown Court*) para asuntos criminales. Las decisiones de ambos tribunales pueden apelarse a la Corte de Apelación (*the Court of Appeal*) y la totalidad de la Suprema Corte de Judicatura se encuentra bajo la competencia de la Cámara de los Lores,²⁴³ o más específicamente de

²⁴¹ Op. Cit., Pág. 136.

²⁴² Op. Cit., Pág. 140.

²⁴³ Op. Cit., Pág. 35.

Cfr. además, Encyclopaedia Britannica CD, 1997 Edition; voz: The Supreme Court of Judicature: Until the Judicature Act of 1873 (q.v.) the English court system was cluttered with courts, most of them dating back into medieval periods, with overlapping judicial powers. In 1873 several of these courts were abolished and replaced by a Supreme Court of Judicature consisting of the the Court of Appeal and the High Court of Justice, the latter having five divisions--Chancery; Queen's (or King's) Bench; Common Pleas; Exchequer; and Probate, Divorce, and Admiralty.

In 1881 refinement of the court system continued with the Queen's Bench Division absorbing Common Pleas and Exchequer. Under the Courts Act of 1971, the court system of England and Wales was further refined, with other specialized courts being abolished and replaced by the Crown Court in 1972. The Crown Court is an intermediary court that is above the magistrates' courts but below the High Court of Justice and the Court of Appeal.

The modern Supreme Court of Judicature has the following judicial responsibilities: The Court of Appeal (q.v.) is divided into a Civil Division and a Criminal Division. The High Court of Justice is made up of

sus miembros con facultades judiciales, que provienen de la propia Suprema Corte de Judicatura.²⁴⁴ También funciona el Comité Judicial del *Privy Council*, al que corresponde conocer, en apelación, de asuntos provenientes de las colonias de la Corona y de aquellos países de la Mancomunidad Británica que todavía no hayan suprimido esta apelación y, a petición del interesado, dentro del propio Reino Unido.²⁴⁵

iii. La revisión Judicial.

Este concepto (The Rule of Law) siempre ha ocupado una posición importante en el derecho Inglés, aunque sólo vino a

three divisions which have both original and appellate jurisdiction: (1) the Chancery Division, presided over by the lord chancellor, or vice chancellor, and dealing with land sales, estates, etc., (2) the Queen's Bench Division, presided over by the lord chief justice and dealing mainly with contract and tort (the Admiralty Court and the Commercial Court being both part of the Queen's Bench Division), and (3) the Family Division, headed by a president, which deals with adoption, matrimonial proceedings, and other familial matters. The Crown Court (q.v.) is concerned mostly with criminal cases.

The Supreme Court of Judicature, as a comprehensive body, sits below the House of Lords, which is the final court of appeal.

²⁴⁴ Cfr. Encyclopaedia Britannica CD, 1997 Edition; Voz 'House of Lords':

Lords, House of, the upper chamber of Great Britain's bicameral legislature. It emerged as a distinct element of Parliament (q.v.) in the 13th and 14th centuries and presently comprises the following elements: (1) the archbishops of Canterbury and York, the bishops of Durham, London, and Winchester, and 21 other bishops holding sees in England, (2) all the dukes, marquesses, earls, viscounts, and barons in the hereditary peerages of England, Scotland, and the rest of the United Kingdom, (3) from January 1980, all life peers and peeresses created under the Life Peerages Act of 1958, and (4) the judges of the Supreme Court of Judicature (the Court of Appeal and the High Court of Justice). The last act as Britain's final court of appeal. The total number of persons thus qualified to sit in the House of Lords is in excess of 1,170.

²⁴⁵ Cfr. Encyclopaedia Britannica CD, 1997 Edition:

Judicial Committee of the Privy Council,

a British tribunal composed of certain members of the Privy Council that, on petition, hears various appeals from the United Kingdom, the British crown colonies, and members of the Commonwealth that have not abolished this final appeal from their courts.

The tribunal's authority derives from the Judicial Committee Act of 1833, but its origins lie much further back in English history. From the earliest times the king has been accounted the supreme source of justice, and his council has always had judicial as well as advisory functions. In the later Middle Ages, when courts for all ordinary causes were well established, a form of residual justice remained with the king for some matters and was dealt with by the king's council working in committees. These committees were the source of some of the prerogative courts that fell into disrepute in the 17th century and were abolished or no longer used by 1689. After this date, appeals to the sovereign, especially from overseas, were dealt with by a general committee of the Privy Council. In 1833 the special judicial tribunal known as the Judicial Committee was created, to be made up of the lord chancellor, the lord of appeals in ordinary, any privy councillors who have held such offices in the past, and the president and former presidents of the Privy Council. Judges from British colonies and independent Commonwealth countries are also included. The committee may sit in divisions and hear various cases simultaneously and is in no way bound by previous decisions. Its judgment is made in the form of a report to the sovereign, and this decision may be implemented by an order in council. The sovereign retains the power to refer any question to the committee, and such special references are still made.

*popularizarse cuando fue enunciado por
Dicey en su Law of the Constitution.*²⁴⁶

Los principios de la revisión judicial o jurisdiccional de los actos de la Administración fueron definidos con autoridad en el caso *Council of Civil Servants Unions Versus Minister for the Civil Service* y se integra de tres elementos fundamentales: el imperio del derecho (*The Rule of Law*); el principio de Justicia Natural; y la doctrina “*Ultra Vires*”.²⁴⁷ Ahora bien, en el ordenamiento jurídico inglés la revisión judicial existe tanto para los actos de la administración, como también para el caso en que ésta promulgue normas jurídicas de carácter general y, en este último caso, la revisión judicial es sólo uno de los medios existentes para controlar dicha actividad de la Administración. Los otros medios son: la consulta al Parlamento, la publicación y el escrutinio legislativo (por parte también del Parlamento).²⁴⁸ Tanto la consulta como el escrutinio legislativo tienen en común ser medios de control que se ejercitan con carácter general, a todas las reglas, no sólo en cuanto a su mérito sino también en lo que toca a su legalidad técnica.²⁴⁹ La revisión judicial, por el contrario, se realiza *ex post facto* y se ha concentrado en los estatutos que contienen poderes delegados.²⁵⁰ Como el objeto de este trabajo es el del control jurisdiccional de los actos de la Administración, nos circunscribiremos aquí a ese aspecto, para lo que conviene hacer una breve descripción de lo que en el Reino Unido se denomina “legislación delegada o subordinada.”

Las facultades que se el conceden al Ejecutivo para dictar reglas de carácter general, va más allá que un mero “llenar los detalles técnicos”, abarcando amplias temáticas de política pública, de manera que el balance de poder entre el Parlamento y el Ejecutivo ha cambiado últimamente, habiéndose fortalecido el de este último.²⁵¹ Particularmente complejo es lo relativo al uso de facultades legislativas por delegación, cuando en las leyes por las que se confieren esas facultades, se incluye la llamada “cláusula Enrique VIII”. Este tipo de delegación faculta a los órganos a quienes se les confiere, poderes suficientes para modificar, corregir o incluso derogar disposiciones

²⁴⁶ INTRODUCTION TO ENGLISH LAW, Pág. 145.

²⁴⁷ Op. Cit., Pág. 145.

²⁴⁸ Craig, P.P., ADMINISTRATIVE LAW, Sweet & Maxwell, Cuarta edición, Londres 1999. Pág. 363.

²⁴⁹ Op. Cit., Pág. 363.

²⁵⁰ Idem.

legislativas, propiamente dichas.²⁵² Así, por ejemplo, el *Human Rights Act 1998* concede al Ejecutivo facultades para alterar aquellas leyes que fueren declaradas contrarias a la Convención Europea de Derechos Humanos, por un tribunal competente.²⁵³ La legislación delegada toma diversos nombres y formas: Órdenes del Consejo (*Orders in Council*), reglas (*rules*), regulaciones (*regulations*), y estatutos (*byelaws*).²⁵⁴ Las Órdenes del Consejo tienden a ser el conjunto más importante de legislación subordinada o delegada y para promulgarse por el *Privy Council* (aunque son redactadas por el Ejecutivo) requieren de una ley base dictada por el Parlamento.²⁵⁵ Las reglas y las regulaciones se emiten por lo general por un ministro, por una agencia administrativa o por las autoridades locales y todas ellas (incluyendo las Órdenes del Consejo), están sujetas a las reformas de 1946 sobre la promulgación de este tipo de normas jurídicas.²⁵⁶

1) Actuaciones *Ultra Vires*.

Volviendo, entonces, a la revisión judicial, cuando la legislación delegada o subordinada ha de emitirse observando un determinado procedimiento, podría ser declarada inválida por un tribunal en caso que el mismo se obvie o deje de observarse, conformándose en este supuesto una actuación de la Administración *ultra vires procesal*.²⁵⁷ Por otro lado, cuando las circunstancias son tales que: (a) la autoridad que promulgó la legislación subordinada carecía de facultades para hacerlo; o (b) al hacerlo las normas emitidas entran en conflicto con la legislación de bases u otra, de mayor jerarquía que la legislación subordinada, se configura entonces una actuación *ultra vires substantiva*.²⁵⁸

²⁵¹ Idem, Pág. 366.

²⁵² ADMINISTRATIVE LAW, Pág. 366.

²⁵³ Op. Cit., Pág. 366.

²⁵⁴ Idem, Pág. 367.

²⁵⁵ Idem.

²⁵⁶ Idem.

²⁵⁷ Idem, Pág. 384.

²⁵⁸ Idem y, además, Cfr. ADMINISTRATIVE LAW, THE PROBLEM OF JUSTICE, Pág. 113: “*The whole of administrative law may be regarded as an expression of the principle of legality. Public authorities, like other persons, may act only in ways permitted by law, and they may do nothing which would otherwise be wrongful without specific authority from the law. This principle is so general and so obvious that it is rarely mentioned in the courts. But in substance it is the same as a principle which is very often mentioned, the doctrine of ultra vires. This is the conventional expression for the simple proposition that a governmental body has no authority to act outside its own specific powers. If it does so, the court will intervene. The jurisdiction of the court does not derive from any written constitution or Act of Parliament. It rests simply upon the inherent power of the court to grant remedies against action which is*

Una violación del tipo *substantivo* puede darse también cuando las normas violan ciertos “principios constitucionales”, a menos que hubiere alguna ley dictada por el Parlamento que específicamente justificara el proceder de la autoridad que emitió las reglas.²⁵⁹ En cualquier caso, al considerar problemas de actuación *ultra vires substantiva*, los tribunales suelen aplicar ciertos criterios, tanto para los supuestos en que dicha actuación consiste en la emisión de normas de legislación subordinada, como de otros tipos de actuación. Se trata de los criterios de “propósito”, “relevancia” y “razonabilidad”.²⁶⁰

Así, cuando puede demostrarse ante un tribunal que las facultades para dictar legislación subordinada, tiene relación con la realización de determinados propósitos, las normas dictadas pueden anularse cuando es contraria a tales propósitos o cuando conduce a “propósitos impropios”, y de igual manera puede serlo cuando se establece que el ejercicio de dichas facultades fueren encontrado “irrazonable”.²⁶¹ Ahora bien, el mero hecho de que el juez estuviere en desacuerdo con el contenido de las normas impugnadas sería insuficiente para invalidarlas, debiéndose determinar, específicamente, que las mismas son manifiestamente injustas, que suponen una interferencia “opresiva o gratuita” en los derechos de quienes están sujetos a la normativa, que se juzgaría injustificable por una “persona razonable”, o que las disposiciones exhiben mala fe o son parciales o desiguales en su aplicación.²⁶²

2) El alcance de la delegación y la naturaleza de las reglas.

También puede declararse inválida la emisión de normas de legislación delegada, cuando hay problemas subjetivos u objetivos en la delegación. La regla general es que las facultades delegadas deben ejercitarse por la autoridad a la que se le confieren, lo cual, en el caso de los ministros no es necesariamente así, debido a que hay ciertas autoridades

unlawful. The doctrine of ultra vires is therefore a doctrine of the common law, despite the fact that the powers which are controlled under it are almost always conferred by Act of Parliament.”

²⁵⁹ ADMINISTRATIVE LAW, Pág. 385.

²⁶⁰ Op. Cit., Pág. 385.

²⁶¹ Idem.

²⁶² Idem, Pág. 386.

que actúan en su nombre. Se trata, pues, de una cuestión todavía abierta en los tribunales ingleses, pero en principio las facultades han de ejercitarse por quien las ha recibido.²⁶³

También puede ser problemático lo relativo a la naturaleza “real” de las reglas. Esto es decir que, el tipo de control del que se ha venido tratando tiene por objeto las normas de legislación subordinada dictadas por la Administración, no así sus actos u órdenes administrativos; sin embargo, es posible que, bajo la forma de tales se promulguen disposiciones que, en realidad, son normas de legislación subordinada. El criterio aplicable será, en esos casos, el de la “generalidad de aplicación” de la disposición de que se trate, requiriéndose, como ha quedado dicho, de facultades suficientemente específicas para que la Administración pueda dictar normas de aplicación general.²⁶⁴ Como dice Craig: “En última instancia el problema es controlar y validar el ejercicio de funciones esencialmente legislativas, que no gozan de la legitimación formal una elección en la que cada persona tiene un voto.”²⁶⁵

iv. La justicia natural y el derecho de audiencia.

Cualquier persona que se considere agraviada por actos de la Administración, tiene derecho a reclamar que se ha violado el principio de “justicia natural” (*natural justice*)²⁶⁶, frase que denota dos ideas: la de que se haya notificado al afectado el asunto de que se trate y que se le haya oído adecuadamente (*audi alteram partem*); y por otro lado, que el juzgador sea imparcial (*nemo iudex in causa sua*).²⁶⁷

El proceso por el cual se ha ido perfilando, caso a caso, todo lo que implica y lo que no implica esta noción de justicia natural, está más allá de nuestro alcance, siendo

²⁶³ ADMINISTRATIVE LAW, Pág. 387.

²⁶⁴ Op. Cit., Pág. 392.

²⁶⁵ Idem, Pág. 394.

²⁶⁶ Nos parece que Wade et al en ADMINISTRATIVE LAW, THE PROBLEM OF JUSTICE, Pág. 169, ofrecen una interesante introducción al concepto: “*Just as the courts can control the substance of what public authorities do under the doctrines of unreasonableness, improper purposes, and so forth, so also they can control the procedure under which they do it. This is achieved by enforcing the principles of natural justice, a branch of the law that has been greatly developed in recent years. The leading case of Ridge v. Baldwin, decided in 1963, may be regarded as the turning of the tide and the beginning of the period of rapid progress in administrative law. As had been discovered a few years earlier in connection with statutory tribunals, public opinion is highly sensitive about procedure. Intensive government requires severe laws which drastically restrict the rights and liberties of citizens, sometimes reaching the point of expropriation. The public will endure such laws only if they are fairly and impartially administered.*”

²⁶⁷ ADMINISTRATIVE LAW, Pág. 401.

posible, sin embargo, traer a colación algunos de los temas más fundamentales, como los desarrolla el profesor Craig en la obra que hemos seguido aquí.

1) Categorización.

Una de las cuestiones básicas en cuanto a este tema es el de la categorización del acto: si lo es meramente administrativo o no. Pero esto se refiere a si el agravio alegado procede de un acto meramente administrativo o si lo es judicial, todo ello, en un sentido material y no formal, ya que, en cualquier caso, se trata de actos de la Administración. Uno de los casos que se cita en este sentido es *Pearlberg v. Varty*, en el que la Cámara de los Lores sostuvo que un contribuyente no tiene derecho a presentar su caso (*make written representations*) ante un comisionado individual, cuando de lo que se trata es de una autorización para que se hagan estimaciones de valor (*assessments*) más allá del límite de tiempo normal, por ser un acto meramente administrativo.²⁶⁸ Esto no obstante, las cosas cambian cuando el problema se relaciona con la transgresión de derechos, privilegios o de expectativas legítimas, sobre lo cual se cita el caso *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*, en el que se sostuvo que, si bien el estándar de justicia natural puede aplicar a un acto administrativo, ello depende de si el individuo afectado tiene algún derecho, interés, o expectativa legítima tales que no sería justo (*fair*) privarle de ellos sin una audiencia previa.²⁶⁹

2) Justicia natural y ecuanimidad (“fairness”).

La jurisprudencia británica también se ha debatido en cuanto a si las nociones de justicia natural y de ecuanimidad son o no distintas. Es probable que la cuestión tenga más relevancia en el contexto puramente inglés, debido al significado tan especial de la expresión “fairness”,²⁷⁰ que a falta de otra mejor hemos equiparado aquí con la noción de “ecuanimidad”. En cualquier caso, algunos tribunales tratan las ideas de justicia natural y de ecuanimidad diciendo que la primera no es más que una manifestación de la segunda y en otros casos los tribunales han aplicado la noción de justicia natural a las decisiones judiciales (en un sentido material) y la de ecuanimidad ha sido reservada para los actos

²⁶⁸ Op. Cit., Pág. 407.

²⁶⁹ Idem, Pág. 408.

²⁷⁰ De hecho, el Prof. Craig hace el siguiente comentario, Op. Cit., Pág. 409: “However, the further that one moved away from any thing resembling a “judicial” or “quasi-judicial” situation, the more appropriate it

meramente administrativos: la Administración debe actuar ecuánimemente.²⁷¹ De hecho, algunos opinan que el uso de la noción de justicia natural refleja el deseo de los tribunales de ejercer un control, propiamente procesal, en cuanto a los actos de la Administración que supusieren funciones materialmente jurisdiccionales, a lo que otros replican que lo que más bien se impuso fue la necesidad de proteger jurídicamente a las personas que sufrían afecciones suficientemente graves, independientemente de la naturaleza de las funciones ejercitadas por los funcionarios públicos del caso.²⁷² Como quiera que sea, el derecho de audiencia presupone un trato ecuánime a las partes por quien tenga las facultades de tomar la decisión de que se trate.

3) El requerimiento de la notificación o citación como elemento del derecho de audiencia.

Sobre este elemento del derecho de audiencia, como parte de la justicia natural no hay, estrictamente hablando, reglas específicas, sino como es propio del sistema jurídico inglés, una serie de fallos que dan la pauta a seguir. Así, se considera contrario a la justicia natural informar a cualquier persona de un solo reclamo cuando fueran varios; o hallar culpable a una persona por ofensas distintas de las que le fueron inicialmente atribuidas, al igual que la confirmación de una orden sobre bases factuales que el afectado no tuvo ocasión de cuestionar o de probar lo contrario. Por último, se entiende contrario a la justicia natural negarle al afectado tiempo suficiente para preparar su caso.²⁷³

4) El derecho de audiencia, la prueba y el auxilio profesional.

Es interesante indicar que, aún tratándose de procedimientos administrativos, ante tribunales que forman parte de la Administración, y aunque no exista una regla que así lo disponga, las audiencias suelen ser orales e, incluso, en aquellos casos en que una ley permite prescindir de una audiencia, no es lo acostumbrado dejar de concederla, como tampoco aceptar una renuncia al derecho de audiencia.²⁷⁴ Por otro lado, por regla general

became to use the term fairness rather than natural justice. On this view, the distinction between the terms natural justice and fairness was linguistic rather than substantive." (énfasis agregado)

²⁷¹ ADMINISTRATIVE LAW, Pág. 409.

²⁷² Op. Cit., Pág. 410.

²⁷³ Idem, Pág. 426.

²⁷⁴ ADMINISTRATIVE LAW, Pág. 427.

los tribunales administrativos se consideran, por los tribunales jurisdiccionales, exentos de ceñirse estrictamente a las normas procesales de ofrecimiento y producción de la prueba, con tal que los medios de prueba diligenciados hayan podido valorarse adecuadamente, los tribunales judiciales se abstendrán de revalorar las pruebas. Ante los tribunales de la Administración pueden producirse medios de prueba no documentales, mientras el afectado tenga oportunidad de hacer comentarios sobre los mismos, al igual que debe dársele ocasión de presentar argumentos sobre la totalidad del caso.²⁷⁵

En lo que toca al auxilio profesional, en general no se considera que haya derecho a contar con el mismo y a los tribunales administrativos se les reconoce por los tribunales judiciales la discrecionalidad suficiente para permitir que se cuente o no con dicho auxilio, no obstante lo cual cabe la revisión judicial del ejercicio de esa facultad discrecional.²⁷⁶

v. El derecho a una resolución razonada.

Como dice Craig, la obligación de los tribunales administrativos de razonar sus decisiones es conveniente por varias razones, entre las que pueden mencionarse que, de esa manera, la labor de la revisión judicial por parte de los tribunales judiciales, de lo decidido por aquéllos, puede enfocarse a determinar si hubo o no un propósito impropio, al igual que, cuando es obligatorio proceder a hacer consultas, el tribunal administrativo se ve obligado a sopesar las opiniones de quienes hubieren sido consultados y, en definitiva –agrega, citando a Rabin—, “la esencia misma de la arbitrariedad es que el estado redefina el estatus de una persona, sin dar una explicación adecuada de sus razones para haberlo hecho.”²⁷⁷ La obligación de razonar las decisiones de los tribunales administrativos puede establecerse por la legislación, el derecho común o la normativa de la Comunidad Europea, caso en el cual el artículo 253 le impone este deber, estrictamente hablando, a los órganos de la Comunidad, pero se entiende que cuando las autoridades nacionales actúan como agentes de la misma, aplicando la normativa correspondiente, deben entonces observar este requisito.²⁷⁸

²⁷⁵ Op. Cit., Pág. 428.

²⁷⁶ Idem, Pág. 429.

²⁷⁷ Idem, Pág. 430. El texto citado, en inglés, es el siguiente: “the very essence of arbitrariness is to have one’s status redefined by de state without an adequate explanation of its reasons for doing so.”

²⁷⁸ ADMINISTRATIVE LAW, Pág. 437.

vi. La justicia natural y la Convención Europea de Derechos Humanos.

Las normas y criterios hasta aquí comentados se derivan, principalmente, del derecho común. Pero mediante la *Human Rights Act 1998* el Reino Unido incorporó a su legislación nacional la Convención Europea Sobre derechos Humanos y, por lo tanto, los tribunales británicos deben aplicar todos los principios ya indicados en consonancia con dicha Convención, particularmente, lo dispuesto por el artículo 6(1). Particularmente interesa lo relativo al derecho a ser juzgado por tribunales independientes establecidos por ley, en lo concerniente a los derechos y obligaciones civiles de la persona.²⁷⁹ Sobre el particular el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dicho que, al considerar si los estados miembros cumplen con lo establecido por la Convención, no obstante habrá de tomar en cuenta los criterios nacionales sobre el particular, su criterio propio y autónomo habrá de ser la guía definitiva.²⁸⁰ Así, el alto Tribunal ha indicado que el artículo 6 presupone que debe haber acceso a los tribunales e igualdad procesal, lo cual a su vez implica que a cada parte debe otorgársele una oportunidad razonable de presentar su caso, incluyendo la prueba, en circunstancias tales que el afectado no quede en condiciones desventajosas en relación con su oponente.²⁸¹

El principio relativo a la independencia del tribunal, administrativo o judicial, presupone que ninguna otra agencia (órgano administrativo) pueda suspender o detener la ejecución de lo resuelto por el tribunal y que este último sea independiente, tanto de las partes como del Ejecutivo. Naturalmente que esta situación no se cumple cuando las decisiones se toman por órganos administrativos varios o por los gobiernos locales, en relación con lo cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dicho que el artículo 6 debe entenderse satisfecho cuando existan derechos de apelación o de revisión judicial de las decisiones en cuestión.²⁸² En el Reino Unido el control jurisdiccional se confiere, precisamente, mediante lo que allí se denomina “apelación”, que tiene por objeto la

²⁷⁹ Op. Cit, Pág. 445.

²⁸⁰ Idem, Pág. 446.

²⁸¹ Idem.

²⁸² Idem, Pág. 447.

revisión de puntos meramente de derecho; y la revisión judicial, que se refiere a temas de ilegalidad, irracionalidad y corrección procesal.²⁸³

vii. La justicia natural y la imparcialidad.

La imparcialidad es el otro aspecto fundamental de la noción de justicia natural y puede presentarse en dos contextos: (i) que el funcionario que tome la decisión tenga algún interés personal o pecuniario en la cuestión; o (ii) que el órgano administrativo para el que actúa tenga interés en la decisión, debido a los objetivos o metas que se ha trazado.²⁸⁴ En cuanto a lo primero se ha considerado que, si se determina la existencia de algún interés pecuniario por parte de quien toma la decisión, es innecesario hacer más averiguaciones en cuanto a si existe o no un problema de parcialidad. Esto se ha extendido a otras clases de interés personal, como lo evidencia el caso *Pinochet Ugarte*, en el que este último cuestionó la decisión tomada a favor de su extradición alegando que Lord Hoffmann, uno de quienes conoció del asunto, formó parte de *Amnesty International Charity Ltd*, una entidad que fue constituida para realizar obras de caridad para *Amnesty International*, la cual se había pronunciado a favor de la extradición de Pinochet. La Cámara de los Lores se pronunció en el sentido de que, sobre la base del principio que un juez está impedido de intervenir en causa propia, debe entenderse que también lo está cuando tiene relaciones o está involucrado con una de las partes.²⁸⁵ Otro de los problemas de falta de imparcialidad se relaciona con la figura del “juez y parte” que, siendo distinta del supuesto de interés personal, parece un tanto confundida en la decisión que acabamos de mencionar. De cualquier manera, el caso que se cita es *R. v. Lee, ex p. Shaw*, en el que la Comisión de asuntos de sanidad del Concejo de una ciudad instruyó a uno de sus funcionarios subordinados a iniciar un procedimiento en contra de determinada persona, siendo el caso que uno de los miembros del órgano ante el que se desarrolló dicho procedimiento, formaba parte también de la Comisión. El tribunal que revisó el asunto resolvió indicando que la decisión impugnada no era válida.²⁸⁶ Otro aspecto que ha dado lugar a que se invaliden decisiones administrativas por falta de

²⁸³ ADMINISTRATIVE LAW, Pág. 447.

²⁸⁴ Op. Cit., Pág. 451.

²⁸⁵ Idem, Pág. 452.

²⁸⁶ Idem, Pág. 453.

imparcialidad, es el relativo a la anticipación de criterio, cuando el juzgador ha externado su criterio antes de que concluya el conocimiento completo del asunto.²⁸⁷

Otra de las cuestiones debatidas en relación con el problema de la imparcialidad es si esta debe ser del mismo grado o nivel para un tribunal y órgano de la Administración, que la que se exige de un tribunal de justicia. Sobre el particular, la Corte de Apelación ha dicho que, mientras que no siempre puede esperarse el mismo nivel de imparcialidad, no obstante las obligaciones de justicia natural y ecuanimidad exigen que un ministro oiga, dé audiencia, para conocer las presentaciones de la parte.²⁸⁸ Esto no obstante, la más reciente jurisprudencia de la Cámara de los Loes, en el caso *R. v. Gough*, establece que el mismo “test” de imparcialidad debe aplicarse en todo los casos en donde se presente la cuestión, sea que se trate de jueces de paz, tribunales, jurados, árbitros y ese “test” debe ser si existe un peligro real de falta de imparcialidad tal que pueda inclinar a cualquiera de los miembros del órgano que decide, a mirar sin ecuanimidad (*unfairly*) el asunto, favorable o desfavorablemente.²⁸⁹

viii. El control jurisdiccional.

El control jurisdiccional de la administración pública puede ocurrir de dos maneras: por medio de la “revisión judicial”, que se ha desarrollado dentro del derecho común, y por medio de la “apelación”, cuando se establece y como se establece por las leyes dictadas por el Parlamento. La primera no apunta a determinar si lo que se ha resuelto por los órganos administrativos es correcto, sino si es legal; la segunda sí franquea el paso a la discusión de los méritos de lo resuelto por la autoridad administrativa.²⁹⁰ En cualquier caso, el principio fundamental por el cual se le reconoce a los tribunales judiciales la facultad de contralor es la de verificar que, tanto los órganos como los tribunales (no jurisdiccionales) de la Administración, hagan valer la voluntad del Parlamento, dentro de los límites de las facultades que el propio Parlamento les fijó, esto es, dentro del ámbito de su competencia.²⁹¹ Para explicar la doctrina de la revisión judicial se han desarrollado varias teorías, como lo es la del hecho preliminar o colateral,

²⁸⁷ ADMINISTRATIVE LAW, 453.

²⁸⁸ Op. Cit., Pág. 455.

²⁸⁹ Idem, Pág. 456.

²⁹⁰ Idem, Pág. 461.

por la cual se trata de distinguir entre las condiciones que permitirían a un órgano o tribunal de la Administración abocarse a considerar los méritos del caso, de los méritos del caso en sí mismos. De esa suerte, el tribunal jurisdiccional debería circunscribirse, cuando se trata del ejercicio de sus facultades de revisión judicial, a establecer si la autoridad administrativa era la competente para resolver el asunto a cuyo conocimiento se abocó y si al hacerlo se mantuvo dentro de los límites de su competencia, ejerciendo a plenitud sus facultades. El fondo del asunto quedaría, así, fuera de la revisión judicial.²⁹² Otra teoría es la de la “revisión limitada” (*limited review*), con arreglo a la cual se estima que cualquier tribunal de la Administración puede errar en cuanto a la materia que resuelva o sobre el asunto que es pronuncie, pero que en la medida en que lo haya hecho dentro sus competencias legales, los tribunales jurisdiccionales deben permitir esos errores “legales”, sujeto a la posibilidad de que pueda examinarse el fondo del asunto, si cupiera legalmente la apelación.²⁹³ De estas teorías deriva la noción de que los tribunales jurisdiccionales están para determinar, mediante la revisión judicial, cuándo han procedido *ultra vires* los órganos administrativos o los tribunales que funcionan dentro de la propia administración.²⁹⁴ Todo lo anterior no obstante, Craig es de la opinión que actualmente es posible que el hecho de que un tribunal de la Administración haya llegado a conclusiones erróneas, según las normas con las normas del derecho común, bien podría considerarse como una actuación *ultra vires*, de modo tal que lo que podríamos llamar errores de aplicación o interpretación del derecho, en lo que concierne al fondo del asunto, pueden dar lugar, por igual, a la revisión judicial.²⁹⁵ Sobre este particular se cita lo dicho por Lord Browne- Wilkinson en el sentido de que debe entenderse que el Parlamento “sólo confirió facultades decisorias (podría decirse, quizás: jurisdiccionales) sobre la base de que serían ejercitadas sobre bases legales correctas”, de lo cual Craig deduce que cualquier yerro en la dirección del fallo o resolución da lugar a la aplicación del principio *ultra vires*.²⁹⁶ Algo parecido ocurre con lo afirmado por Lord Reid, quien consideró que dicho principio también opera cuando el tribunal administrativo, en el proceso de la resolución del asunto al que se aboca, “se pregunta la

²⁹¹ Idem, Págs. 461 y 462.

²⁹² ADMINISTRATIVE LAW, Pág. 464.

²⁹³ Op. Cit., Pág. 468.

²⁹⁴ Idem, Pág. 471.

²⁹⁵ Op. Cit., Pág. 472.

cuestión equivocada”, esto es, resuelve aspectos distintos de los que debería haber resuelto. Una vez más, según Craig, la amplitud de esta interpretación da lugar a que los tribunales jurisdiccionales terminen decidiendo con casi total libertad cuándo una cuestión es o no de competencia (*jurisdictional*) del órgano o tribunal administrativo, lo cual a su vez encaja con lo expuesto por Lord Denning, en el sentido de que la línea que separa los errores de derecho relativos a la falta de competencia y los que ocurren “dentro” del ámbito de competencia del órgano que decide el asunto, es muy fina y que esa caracterización por lo general dependerá de si el tribunal jurisdiccional desea intervenir en el tema cuya revisión se le propone.²⁹⁷

En resumen, la idea fundamental sigue siendo que los órganos jurisdiccionales tienen competencia para verificar que los órganos y tribunales de la Administración cumplan y hagan cumplir la voluntad del Parlamento, para lo cual generalmente intervendrán siempre que encuentren que se ha cometido un error de derecho de importancia, aunque no se trate sólo del ámbito competencial del órgano que ha resuelto el asunto en sede administrativa, como se concibió inicialmente el ámbito de la revisión judicial. La división entre errores de derecho relacionados con cuestiones de competencia y errores de derecho cometidos, dentro del ámbito de la competencia de quien decide, ya no tiene la importancia que originariamente se le atribuyó.²⁹⁸ Todo esto, no debe olvidarse, es en suma a los casos en que leyes específicas dispongan la posibilidad de “apelar” el asunto resuelto por un órgano o tribunal de la Administración, ante un tribunal jurisdiccional, caso en el cual este último ejercerá el control que le corresponde, directamente sobre el fondo del asunto.

ix. Una palabra sobre el futuro

Como se dijo al principio de este capítulo, el Reino Unido no tiene una Constitución rígida ni codificada, a tal punto que al tiempo que esto se escribe, ya se ha reformado parcialmente la Cámara de los Lores (no los habrá más hereditarios) y, además, el Gobierno del Sr. Blair ha propuesto una reforma importante y extensa del sistema judicial que, por otro lado, ha encontrado seria resistencia por parte de los

²⁹⁶ *ADMINISTRATIVE LAW*, Pág. 473.

²⁹⁷ Op. Cit., Págs. 480 y 482.

funcionarios judiciales.²⁹⁹ La reforma supondría la creación de un Tribunal Supremo, fuera de la Cámara de los Lores y, además, la abolición del cargo del *Lord Chancellor*, que, a la vez que integra el Gabinete, también dirige el sistema legal.³⁰⁰ En su lugar, se organizaría una Comisión encargada de la designación de los jueces. Parte de la reforma propuesta tendría como consecuencia, además, la exclusión de ciertas materias, específicamente, las del asilo y las decisiones sobre inmigración, de revisión judicial.³⁰¹ Por consiguiente, se trata de un sistema en plena dinámica de cambio, más bien estructural que sustantivo, pero profundo.

²⁹⁸ Idem., Págs. 484 a 486.

²⁹⁹ Cfr. *The Economist*, March 13-19, 2003. The British Constitution, Labour's Wreck; Pág. 55: "The first two measures were remanded to a committee on March 8th, thanks in part to pressure from current and former Law Lords; if they ever emerge, they may be heavy with amendments. The move to curtail judicial review is likely to be mangled in the House of Lords next week. But such victories are unlikely to mollify the judges. The most vocal would like to make sure that government stunts of this kind are avoided in the future, preferably by making them illegal."

³⁰⁰ Cfr. *The Economist*, March 13-19, 2003. The British Constitution, Labour's Wreck; Pág. 14: "The problem with this week's bill, which was intended to give the judiciary greater independence by abolishing the office of Lord Chancellor (who both sits in the cabinet and runs the legal system), giving his power to appoint judges to an independent commission and setting up a Supreme Court detached from the House of Lords, lay partly in the way the changes were introduced. The government announced its plans with startling arrogance."

³⁰¹ Cfr. Idem, Pág. 55.

XII. ***El sistema estadounidense.***

i. Introducción.

Como sería de esperarse, el sistema estadounidense de control jurisdiccional de la actividad de la Administración comparte ciertas características con el sistema británico, pero sobre todo en lo que se refiere a la importancia del derecho común (el *common law*) y a cómo ha filtrado éste el Derecho administrativo. También comparten varios de sus conceptos fundamentales (Por Ej. de atenerse a los precedentes, de ecuanimidad o *fairness*, de debido proceso y del control del ámbito de las competencias de los órganos administrativos). De hecho, como exponen Breyer *et al: los orígenes del Derecho Administrativo estadounidense están en las cortes de derecho común de Inglaterra (common law courts)... el Derecho Administrativo creció a partir del derecho común, mismo que continúa teniendo una influencia considerable...* (Traducción propia)³⁰² Es interesante que, a lo largo de la exposición del desarrollo histórico del sistema, estos autores pongan de relieve que órganos o instituciones inglesas, tales como la *Star Chamber* o la *Court of High Commission*, bien podrían haberse convertido en algo parecido al Consejo de Estado en Francia o a su análogo en Italia, debido a los remedios legales que crearon para desagaviar a los súbditos afectados, pero dicha ruta histórica se vio interrumpida por la Gloriosa Revolución de 1688.

Las colonias inglesas de América heredaron, pues, instituciones tales como las *writs* (que son una especie de mandato) y el poder del Canciller para dictar interdictos, *injunctions*, con el objeto controlar las actuaciones de los funcionarios administrativos.³⁰³ Aunado a esto, hacia finales del siglo XVIII, la aspiración a establecer mercados libres y en condiciones de igualdad, sin concesiones monopolísticas ni privilegios, jugó un papel muy importante en los Estados Unidos, de modo tal que la injerencia del gobierno en la vida económica y social del país era muy limitada entonces, y siguió siéndolo por más de cien años de ahí en adelante.³⁰⁴

También hay otros paralelismos, como lo concerniente al principio de la responsabilidad de los funcionarios públicos, que *era un elemento fundamental de la idea*

³⁰² Cfr. Breyer, Stephen G.; Stewart, Richard B.; Sunstein, Cass R.; y Spitzer, Matthew L.; ADMINISTRATIVE LAW and REGULATORY POLICY, Aspen Law & Business 1999. Págs. 14 y 15.

³⁰³ Op. Cit. Pág. 16.

que tenían los juristas ingleses sobre el principio del imperio del derecho (A. V. Dicey, *La Ley de la Constitución 189*)³⁰⁵ y en cuanto a los tribunales administrativos, que si bien ejercitan funciones materialmente jurisdiccionales, lo hacen dentro del seno de la Administración y sujetos a “revisión judicial.”

Ahora bien, hay diferencias muy importantes como lo son, en primer lugar, el rol tan preeminente que juega la Constitución federal y las de los Estados y el hecho de que, ni el Congreso de la unión, ni las legislaturas de los Estados, pueden modificar, por sí solos, la una o las otras. También la estructura federal del Estado supone diferencias importantes, puesto que, como es natural, eso da lugar a tantos “derechos administrativos” como lo hay Estados, además del Derecho administrativo federal. Este último ha adquirido más y más importancia a lo largo de los años porque, como veremos adelante, la Federación ha decidido legislar y regular áreas muy importantes de la vida económica y social del país, que con anterioridad estaban sujetas a los regímenes jurídicos de los Estados. En este capítulo, por esa razón y por la multiplicidad de los otros sistemas, no trataremos más que del Derecho administrativo de la Federación en las tres dimensiones básicas del régimen estadounidense: la reglamentación (*rulemaking*); la investigación (*investigation*); y la función jurisdiccional (*adjudication*).³⁰⁶

ii. Las agencias administrativas, elemento central.

Por lo general se afirma que el Derecho administrativo de los Estados Unidos ha evolucionado a lo largo de cinco o seis etapas.³⁰⁷ La primera, que iría de la fundación de

³⁰⁴ ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY PROCESS, Pág. 17.

³⁰⁵ *Idem*, 15.

³⁰⁶ Wade, William; Rganemalm, Hans; y Strauss, Peter L., ADMINISTRATIVE LAW. THE PROBLEM OF JUSTICE, Edited by Aldo Piras, Giuffrè, Milan 1991. Pág. 648: *Judicial interpretation of the federal Constitution could be said to create a framework of three basic procedure-types within which procedural claims can be analyzed: rulemaking, investigation, and adjudication. These correspond, roughly, to the three characteristic ‘powers’ of government in separation of powers analysis, legislative, executive, and judicial.*”

³⁰⁷ Cfr. También sobre este particular: Ballbé, Manuel y Franch, Marta (Directores), MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Marquès Tallers Gàfics, Girona, 2002; Ballbé, *Principios Pluralistas*, Págs. 51 y Sigs.: “A finales del siglo XIX se agudiza la crisis en el Estado comunidad, debido a la corrupción y a una politización partidista de los cargos administrativos por encima de cualquier mérito o capacidad profesional. Efectivamente, cada día se hacía más evidente la necesidad de construir una Administración pública, hasta entonces anoréxica y que además adolecía de falta de profesionalidad... Ello implicaba inspirarse en los modelos europeos... Así nació el llamado progresivismo, como tendencia opuesta al *spoil system*... La piedra angular de esta nueva filosofía era el principio de que la Administración es separable, y debe estar apartada de la refriega política... Las tesis progresivistas fueron

la República hasta 1875, fue de una actividad administrativa estatal muy limitada, en la que los tribunales, por medio del sistema de las *writs*, resolvían las demandas contra los funcionarios distinguiendo si éstos habían o no actuado dentro de su “jurisdicción”. La segunda, de 1876 hasta 1930, vio el nacimiento de las regulaciones de la vida económica, primero a nivel estatal y, posteriormente, al federal, con la creación de la *Interstate Commerce Commission* encargada de regular la operación de los ferrocarriles. Durante este período también se estableció la *Federal Trade Commission*, para la aplicación de las leyes anti-monopolio. Los tribunales, al revisar las actuaciones de la Administración se fijaron en la razonabilidad del procedimiento seguido para determinar las cuestiones de hecho y en la circunstancia de si los órganos de aplicación de la ley habían procedido dentro de sus competencias legales, sin incurrir en arbitrariedades. El tercer período histórico, conocido como el del *New Deal*, supuso una “avalancha de regulaciones y leyes administrativas”. El presidente Roosevelt propuso a la nación una “carta de derechos económicos” y presentó numerosas iniciativas de ley para regular otras tantas actividades económicas. Entre ellas sobresale la emitida para la creación de la *National Recovery Administration*, buena parte de cuya legislación fue declarada inconstitucional por la Suprema Corte. A tal punto llegó el empeño de la Administración Roosevelt por regular la vida económica del país, mediante la creación de numerosas agencias reguladoras, y la posición de la Suprema Corte –invalidándolas por inconstitucionales—, que el Presidente propuso al Congreso de la unión una iniciativa para modificar la integración del máximo tribunal federal, a modo de que Roosevelt pudiera nominar otros magistrados afines a sus proyectos. De esa manera llegaría a tener la mayoría de votos en el seno de la Suprema Corte, que hasta entonces le faltaban. Empero, el Comité Judicial

*las verdaderas reformadoras de la Administración americana y aunque se influenciaron en los modelos administrativos europeos, esta transformación siguió una lógica propia... El crash del 29 de la Bolsa de Nueva York provocó un intervencionismo en el área financiera para revitalizar la economía... En palabras del juez BREYER, “estas medidas estaban justificadas para salvar al capitalismo de él mismo, corrigiendo los fallos más obvios del mercado no regulado hasta entonces”... A partir de 1960 vuelve a haber un cambio auspiciado por los movimientos sociales que criticaban la regulación y la Administración por no defender el interés general sino el interés de grupos determinados... Ello ha conformado un derecho de protección especial de estas minorías, no sólo en un sentido defensivo, sino también positivo, en lo que se ha venido en llamar **affirmative action** ... Para corregir las patologías que se dan en la sociedad denominada de primacía del mercado, en la era de la **deregulation** o liberalización de los mercados, paradójicamente se crea, en palabras de Majone, una **reregulation**,, esto es, unas nuevas formas de intervencionismo y con otros enfoques como son la prevención de riesgos y pligros en ámbitos considerado hasta hace unas décadas poco relevantes (medio ambiente, salud y seguridad en el trabajo, seguridad vial, etc.)...*

del Senado segó esa iniciativa, declarando que era inconmensurablemente más importante para el futuro de los Estados Unidos conservar un Poder Judicial independiente, que cualquier política económica del Presidente por acertada que pudiere considerarse. Durante esta etapa de la evolución del Derecho administrativo estadounidense, sin embargo, los defensores de la idea de crear “agencias independientes” ganaron mucho terreno, pues los tribunales fueron, al concluir la crisis constitucional, más deferentes ante las determinaciones de hecho y las de tipo discrecional de dichas agencias.

La cuarta etapa va desde la posguerra, cuando se dicta la fundamental *Administrative Procedure Act* (APA), hasta 1962. La APA supuso una suerte de síntesis de la transacción a la que se llegó entre los entusiastas de las regulaciones administrativas y los celosos de la delegación de poderes que se hacía a las agencias independientes.³⁰⁸ Se establecieron una serie de requisitos procedimentales para regir el funcionamiento de las agencias y, además, sus facultades discrecionales quedaron sujetas al control jurisdiccional. El quinto período de evolución vio el surgimiento de la “revolución de los derechos” y del concepto del “interés público”, como *telos* del Derecho administrativo y llegó hasta 1980. Durante esos años se asistió a la creación de numerosas comisiones, tales como la *Consumer Product Safety Commission*, la *Equal Employment Opportunity Commission*, la *National Highway Traffic Safety Administration*, la *Environmental Protection Agency* y otras. Los tribunales y la sociedad entera se toparon con el problema de la “captura” de las agencias, por parte de las propias industrias supuestamente reguladas por aquéllas, de modo que los intereses de los consumidores y otros grupos protegidos se vieron burlados, favoreciéndose, más bien por el contrario, los intereses de las empresas reguladas. Esta problemática, otras limitaciones del sistema y la pérdida de competitividad de la industria estadounidense llevaron al surgimiento del

³⁰⁸ Cfr. ADMINISTRATIVE LAW, THE PROBLEM OF JUSTICE, Pág. 651: “*For the national government, much of the framework is provided by the federal Administrative Procedure Act. This statute was enacted with broad bipartisan support in 1946, following almost a decade of study and debate whose principal themes, paradoxically, illustrated the great difficulty in formulating apt generalizations; its basic procedures have been little changed since. As previously seen, the statute applies to a broadly defined range of ‘agency action’, addressing in separate chapters internal agency procedures and structural arrangements, and judicial review.*”

movimiento “anti-regulación”, que ha marcado el inicio y el desarrollo de la última etapa o etapa contemporánea, a la que se alude como la del “Estado de costes y beneficios”. Durante estos años ha cambiado en alguna medida el carácter, tanto de la actividad de las llamadas agencias independientes, como también de la revisión judicial de sus actuaciones, como se verá posteriormente en detalle, exigiéndose que, a partir de las determinaciones factuales de los funcionarios de los órganos competentes, se hicieran consideraciones de coste-beneficio para justificar cualquier acción regulatoria de dichas agencias, siempre dentro del ámbito de las competencias conferidas por las leyes que les tocaba, a cada una, ejecutar.³⁰⁹

A lo largo de ese proceso –del que no puede hacerse aquí un examen más que somero—han entrado en conflicto intereses de grupos específicos, filosofías e ideologías diversas, relacionadas, sobre todo, con el papel que toca desempeñar al Estado en la economía o en la vida social. A decir del profesor Edley, “Históricamente las murallas erigidas en torno a la separación de poderes tenían el objeto de minimizar el riesgo de la arbitrariedad del Gobierno. Comenzando hacia finales del siglo XIX, sin embargo, y culminando con la aceptación de la Suprema Corte de la hegemonía de lo administrativo, sugerida por el *New Deal*, los tribunales comenzaron a reconocer más y más que era necesario un diseño menos rígido para acomodar las exigencias modernas. En respuesta

³⁰⁹ Cfr., sobre este particular, ADMINISTRATIVE LAW and REGULATORY POLICY, Págs. 16 a 32; y Cass, Ronald A.; Diver, Colin S.; Bermann, Jack M.; ADMINISTRATIVE LAW, CASES AND MATERIALS, Aspen Law & Business, New York and Gaithersburg, 2002. Págs. 3 a 7. Extractos (traducción propia): *Vivimos en un Estado administrativo. Cuando menos, ese aserto connota el enorme tamaño y cómo el gobierno moderno lo infiltra todo (pervasive). Juntos, los gobiernos federal, estatales y locales de los Estados Unidos emplean aproximadamente a uno de cada seis trabajadores estadounidenses, consume un tercio del producto geográfico bruto, regulan todas las industrias significativas y suministran servicios, asistencia o beneficios a todos los estadounidenses. Pero, más que eso, la invocación del Estado administrativo connota la peculiar forma en la que ha ocurrido el crecimiento gubernamental... El Estado administrativo no brotó del suelo ni descendió de los cielos. Ha sido creado, pedazo a pedazo, a lo largo de los últimos dos siglos, sobre todo, por legislaturas, algunas veces por funcionarios electos, jueces, o el electorado actuando por referéndum... Con la aprobación de la Ley del Comercio Interestatal de 1887 (Interstate Commerce Act of 1887) el Congreso creó la primera agencia regulatoria “moderna”, la Interstate Commerce Commission (ICC)... El Comité Brownlow, nombrado por el presidente Franklin D. Roosevelt, recomendó en 1937 la abolición de las ya numerosas comisiones colegiadas que se había constituido (el cuarto “poder acéfalo” del Estado) y que sus competencias fuesen transferidas a dependencias del Ejecutivo. También recomendó que se separaran las funciones de enjuiciamiento y de prosecución, transfiriendo las primeras a un tribunal administrativo independiente, al estilo del Conseil d’Etat francés o del Consiglio di Stato italiano... En 1940 el Congreso aprobó la ley “Walter-Logan”, que habría implementado las recomendaciones del Comité Brownlow... Roosevelt la vetó...*

—agrega—una variedad de doctrinas judiciales modernas y actitudes se desarrollaron. Sus elementos fueron la regularización de los procesos administrativos, una presunción a favor de la revisión judicial y la deferencia jurisdiccional ante el *expertise* de la Administración, *expertise* que era en sí mismo un constreñimiento racional y profesional contra la arbitrariedad. Estos elementos fueron eventualmente reflejados en la *Administrative Procedures Act*. Ya es muy tarde —continúa—para protestar contra la penetración del formalismo de la separación de poderes, a menos en el contexto de las multifuncionales agencias administrativas. Pero con nosotros continúa subyacente la preocupación por el gobierno arbitrario, y las ocasiones para sentirla se multiplican en la medida en que burócratas no electos acumulan enormes poderes discrecionales para dictar política y emitir normas generales.”³¹⁰

Cass *et al*, afirman que hay dos perspectivas desde las que se ha enfocado este proceso: una según la cual el regulador *se enfoca en algún problema social subyacente o necesidad, para cuya resolución se entiende que algún aparato administrativo es la respuesta. De acuerdo a esta perspectiva, las agencias administrativas se crean para servir algún tipo de “interés público” o para promover algún “valor público”. El segundo tipo de explicación ve la creación de agencias administrativas como el resultado de una lucha entre legisladores que sirven sus propios intereses y facciones, los grupos de interés y los individuos poderosos, que compiten todos por los premios legislativos. Esta es la perspectiva del ‘public choice’ sobre el origen de las agencias.* (Traducción propia)³¹¹ Shapiro ve la problemática más bien como un proceso en el que, de una situación en la que la administración pública prácticamente no interviene en la vida económica y social del país, se pasó a un modelo “pluralista”, entendido éste en términos de un sistema en el que la idea es garantizar a la mayor cantidad de grupos potencialmente afectados por las regulaciones de las agencias administrativas, una cierta intervención en el proceso de regulación, mediante audiencias, consultas y la valorización de los diversos intereses en juego, buscando la solución más eficiente para *agregar* sus

El Congreso finalmente aprobó la Ley de Procedimiento Administrativo de 1946.

³¹⁰ Edley, Christopher F., *ADMINISTRATIVE LAW, Rethinking Judicial Control of Bureaucracy*, Yale University Press, New Haven and London, 1990. Págs. 4 y 5 (Traducción propia).

³¹¹ Op. Cit., Pág. 7

preferencias en ocasiones contradictorias.³¹² Este modelo ha sido explicado, también, en términos de la teoría del “*public choice*”, lo que supone entender el proceso político como una serie de intercambios de bienes públicos (subvenciones, proteccionismo, privilegios, etc.) a cambio de votos, de financiaciones para las campañas electorales o de apoyo público. Este proceso de intercambios se verifica entre diversos protagonistas del proceso –grupos de presión o de interés particular, políticos, legisladores, etc.³¹³ El desarrollo del modelo pluralista ha traído consigo –según el autor citado– problemas tales como el de la “captura” de las agencias reguladoras y otros, como de falta de competitividad global de las industrias reguladas, por ejemplo, que han conducido a una situación de desencanto con las regulaciones públicas y de crítica contra el modelo, habiéndose formulado por algunos, como respuesta, el “superpluralismo”.³¹⁴ Pero ni el uno ni el otro han sido, en opinión de Shapiro, la solución. Así, *comenzando en los sesentas* –escribe– *ha ocurrido un gran movimiento en la filosofía moral, que se ha denominado de “la ética posconsecuencialista”. Este movimiento rechaza el utilitarismo pronunciándose a favor de hacer énfasis en el valor de un acto, independientemente de sus consecuencias.*³¹⁵ (...) *Este enfoque de la ética se dice ‘teleológico’ y, por supuesto, no es puramente no-consecuencialista. Sí que mira a las consecuencias de un acto para determinar si es o no correcto. Pregunta sobre las consecuencias, empero, no tanto en términos de dar a la gente lo que inmediatamente prefieren sino, en cuanto a una meta u objetivo último.*³¹⁶ (Traducción propia). Se trata de una perspectiva que deja de lado, por tanto, la visión del papel del Estado, a través de la actuación de sus administraciones públicas en la vida económica y social, como el medio idóneo para agregar eficientemente las preferencias de las diferentes personas o grupos, consiguiendo así la realización del postulado utilitarista de *lograr el mayor bienestar para la mayor cantidad de personas*. Se dirige, por el contrario, a la cuestión de *si cada una de las acciones gubernamentales es buena o mala, en un sentido deontológico.*³¹⁷ Esta cuestión impone,

³¹² Shapiro, Martin; WHO GUARDS THE GUARDIANS, JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATION; The University of Georgia Press, Athens, Georgia, 1988. Pág. 4 y sigs.

³¹³ Cfr. JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATION, Pág. 6

³¹⁴ Op. Cit., Pág. 11: “...Sin embargo, la influencia mucho más grande de ciertos grupos que la otros sobre determinadas agencias gubernamentales, frecuentemente con el resultado de algo como su captura, sigue siendo percibido como el mayor problema en la política estadounidense.” (Traducción propia).

³¹⁵ Idem, Pág. 12.

³¹⁶ Idem, Pág. 12.

³¹⁷ Idem, Pág. 13.

a su vez, la de cuál ha de tenerse como criterio válido para establecer “lo bueno y lo malo”. En relación con ello el autor mencionado explica que los posconsecuencialistas entienden que esto se logra por medio del “discurso filosófico” que se suscita entre los filósofos de la sociedad contemporánea.³¹⁸ *Cuando se trata de cuestiones morales el discurso tiende hacia la persuasión, más que a la demostración (...) Es en extremo difícil explicar este estilo de conversación, pero se trata de una curiosa y maravillosa mezcla de recurso a la lógica, a la experiencia y, sobre todo, a convicciones profundas en cuanto a que ciertas formas de tratar a los seres humanos se revuelven contra nuestros más profundos sentimientos morales, todo lo cual es, no obstante, cuidadosamente examinado y criticado.*³¹⁹ (Traducción propia)

De acuerdo con Shapiro, si bien la ética posconsecuencialista explica cómo el discurso filosófico, entre filósofos, lleva a la determinación de “lo bueno y lo malo”, es necesario determinar, no obstante, cómo podría ocurrir tal cosa en el marco del proceso jurídico-político y en la dinámica de la Administración pública. Sería necesario, ante todo, que en el proceso interviniesen personas particularmente entrenadas o preparadas para llevar a cabo esa crítica y examen cuidadoso de la lógica, la experiencia y las convicciones. ¿Dónde encontrar ese perfil personal cuando se mira a la función administrativa? La respuesta, según él, está en el papel que juegan los abogados y los jueces, debido, como se verá adelante, a que en el afán de garantizar que las agencias administrativas cumplieren su objetivo, dentro del marco de la ley, los propios tribunales de justicia las sujetaron, tanto en lo que concierne a las resoluciones que pronuncian, como también a las regulaciones que emiten, a las formas y procedimientos propios de la función jurisdiccional.³²⁰ *Estos abogados —escribe Shapiro— descubren que los abogados litigantes y los jueces han estado siempre envueltos en el discurso ético prescrito por los filósofos, cuando creían que lo que hacían era discutir un pleito. La continua corriente de litigios de orden constitucional o sobre políticas públicas en los Estados Unidos puede ser vista como un discurso continuo sobre valores públicos, en el*

³¹⁸ Idem, Pág. 18

³¹⁹ JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATION Pág. 19

³²⁰ Idem, Págs. 24 y 25.

que se han enfrascado un grupo de personas entrenadas en el discurso de los valores públicos: los que se han graduado de las escuelas de derecho.³²¹ (Traducción propia)

Así, a través del litigio, a la vez se descubren y se hacen valer los valores en las políticas públicas.³²² (Traducción propia) Esta sería la forma de legitimación de la independencia de las agencias administrativas, tanto del Poder Ejecutivo como también del Legislativo, es decir, que por los procedimientos de tipo jurisdiccional a los que éstas han quedado sujetas por la jurisprudencia de los tribunales de justicia, aplicando la APA y demás leyes que específicamente las rigen, y como resultado también de la revisión judicial de sus actuaciones, han llegado a ser capaces de determinar “el bien común” o “el interés general”, mediante ese proceso de “discurso de expertos” en el que, abogados y jueces se han enfrascado.

Pero no terminan allí los problemas en relación con este asunto, porque tanto el Ejecutivo como también el Legislativo gozan de una legitimación democrática, de la que las agencias administrativas carecen. Según Shapiro este escollo se supera por dos vías: primero, por las doctrinas del *Statutory Duty and Regulatory Purpose*.³²³ Como su nombre lo implica, estas doctrinas hacen referencia a que los tribunales de justicia por lo regular examinarán si las resoluciones o las reglas dictadas por las agencias reguladoras se conforman con los deberes que el Congreso les ha señalado en las leyes que las organizan o en otras que deban aplicar, y si cumplen los propósitos, explícitos y en algunos casos también implícitos, que se derivan de dichas leyes. De esa manera – parecido a lo que ocurre en Inglaterra—la revisión judicial tiende a verificar que las agencias administrativas actúen dentro de los límites de sus obligaciones y propósitos legalmente establecidos, de donde, en opinión de Shapiro, han devenido verdaderamente independientes de los poderes Ejecutivo y Legislativo, excepto por lo que al cumplimiento de sus deberes estatutarios se refiere.³²⁴

³²¹ Idem, Pág. 24.

³²² WHO GUARDS THE GUARDIANS, Pág. 25.

³²³ Op. Cit., Págs. 121 y Sigs.

³²⁴ Idem, Págs. 122 y 123.

Cass *et al* enfocan el problema desde dos puntos de mira de carácter fundamental: uno, el problema de la delegación de facultades legislativas a las agencias administrativas ante la disposición constitucional según la cual “todos los poderes legislativos aquí conferidos se depositan en un Congreso...”; y el otro, el de la independencia de las agencias administrativas del Presidente de los Estados Unidos, ante la disposición constitucional de que “el poder ejecutivo se deposita en el Presidente de los Estados Unidos”.³²⁵ En ambos casos es interesante que la cuestión se formule desde la perspectiva del control legislativo de las agencias administrativas y del control presidencial de las mismas, como dando por sentada la posibilidad de que las agencias administrativas pueden ejercitar constitucionalmente funciones de naturaleza legislativa, sin formar parte del Congreso, y ejecutivas, independientemente del Presidente de los Estados Unidos.

El recorrido por la jurisprudencia que a lo largo de casi siglo y medio se ha producido sobre ambos problemas está fuera del alcance de este resumen del sistema estadounidense de revisión judicial de los actos de la administración pública, sin embargo es interesante comentar que, al emprenderlo, Cass *et al* ponen de relieve que la tensión persiste y que estas cuestiones fundamentales siguen abiertas. En lo que concierne al problema de la delegación de funciones legislativas, los primeros fallos establecieron la llamada “doctrina de la no delegación” (*The nondelegation doctrine*), sustentando el tenor del texto constitucional y obligando, por así decirlo, a que subsecuentes fallos distinguieran la facultad de emitir normas generales, que fue conferida desde el principio a las agencias administrativas, de un concepto más o menos estricto de la potestad legislativa. No fue sino hasta 1928, en el caso *Hampton & Co. V. United States* que se admitió la posibilidad constitucional de hacer tal delegación, siempre que estuviera sujeta a cierto “principio inteligible para guiar al delegado”.³²⁶ Posteriormente se esgrimieron criterios tales como el de que la delegación es posible cuando lo que se le autoriza a la agencia delegada es, meramente, “llenar los espacios en blanco” de la ley por la que se hace la delegación. Los críticos de la delegación de potestades legislativas citados por Cass *et al* (como Ely, Lowi, Schoenbrod y Aranson) argumentan que las delegaciones de

³²⁵ Op. Cit. Págs. 19 y Sigs y 82 y Sigs.

amplios poderes legislativos reducen el coste de legislar de dos maneras significativas: primero del lado político, porque el Congreso puede aprovechar el beneficio de legislar sobre temas socialmente sensibles, como el control de la contaminación del aire, por ejemplo, sin asumir los costes que inevitablemente generará dicho control, tales como una disminución del crecimiento económico y aumentos en los precios de los bienes y servicios; segundo, porque reduce los costes de transacción de emitir leyes que frecuentemente crean “bienes privados” para beneficiar a grupos específicos (a costa del público en general), ya que al delegar la potestad de dictar reglas generales a una agencia administrativa, son menos complejos e intensos los debates parlamentarios, las negociaciones, etcétera.³²⁷

En lo que se refiere al control presidencial de las agencias administrativas, los casos que se han suscitado van desde la discusión del problema del “aislamiento político” de las agencias, para que puedan resolver los asuntos de su competencia de acuerdo con su “expertise” y no con base en criterios políticos, hasta el cuestionamiento de la potestad del Presidente de nombrar y de remover a los integrantes de las comisiones que suelen dirigir las agencias administrativas. Con frecuencia los fallos se han enfocado en la existencia o no de una causa válida (*good cause*) para el ejercicio de estas facultades.³²⁸ En cualquier caso, como indicamos arriba, la cuestión de la independencia de las agencias administrativas del control presidencial está lejos de haberse zanjado definitivamente. Por una parte, mediante la creación de las poderosas *Office of Information and Regulatory Activities* y la *Office of Management and Budget* la presidencia ha conseguido ejercer poderes de control y supervisión importantes de la actividad de casi todas las agencias administrativas y, por otra, a través de las llamadas *Executive Orders*, los jefes del Ejecutivo han podido emitir directrices que alcanzan a la casi totalidad de la Administración.³²⁹

En plan conclusivo puede decirse que las agencias administrativas —que algunos llaman agencias “independientes”—son el elemento fundamental de la actividad

³²⁶ *ADMINISTRATIVE LAW*, Pág. 20

³²⁷ *ADMINISTRATIVE LAW*, Págs. 43 y 44.

³²⁸ *Idem*, Págs. 82 y Sigs.

administrativa en los Estados Unidos.³²⁹ A decir de Gellhorn y Levin, lo que hace más dramático la delegación es que estas agencias típicamente ejercitan facultades que son características de cada una de las tres principales ramas del gobierno.³³¹ Eso de manera alguna significa que funcionen fuera del sistema o ajenas a cualquier control, o ignorando o prescindiendo de las políticas generales que puedan emanar del Congreso o del Ejecutivo, las cuales, sin embargo, tampoco pueden hacer nugatorias ni las competencias ni los propósitos para los que cada una de dichas agencias han sido establecidos. Por otro lado, es evidente que la historia y la evolución de esta forma de administración pública se relaciona directamente con el fundamental tema de la regulación de las actividades económicas, en un sentido amplio, del país. Desde un inicio, con la creación de la hoy extinta *Interstate Commerce Commission*, el conjunto de situaciones subyacentes, ya sea que se describan como la preocupación por hacer frente a una falla del mercado, derivada del surgimiento de monopolios ferrocarrileros, ya sea que se le vea como la concreción de medidas adoptadas por la propia industria para protegerse contra la entrada de nuevos competidores, la problemática ha sido esencialmente económica y las agencias administrativas han sido establecidas para regular una variedad enorme de actividades de esa índole. Sin embargo, después del auge de la regulación de la vida económica llegó la era de la des-regulación y difícilmente podría afirmarse que en esta etapa se haya fraguado ya una síntesis del proceso que, a su vez, hace mudar al paso del tiempo la fisonomía y características de las agencias administrativas estadounidenses.³³² Uno de

³²⁹ Idem, Págs. 117 y Sigs.

³³⁰ Cfr. ADMINISTRATIVE LAW, Rethinking Judicial Control of the Administration, Pág. 5: “The ‘administrative’ state is now inevitable because of the ever-lengthening agenda of complex public policy problems and the institutional limitations of legislatures. The broad delegations of power to these agencies – make the workplace ‘reasonably’ safe, assist the disabled who cannot engage in ‘substantial gainful activity’, award licenses and allocate scarce resources in accordance with the ‘public interest, convenience and necessity,’ and similar formulas—create administrative discretion far more sweeping in scope and pervasive than the familiar and inherent ministerial discretion of the executive.”

³³¹ Gellhorn Ernest y Levin Ronald, ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS IN A NUTSHELL, West Group, St. Paul, Min, 1997. Pág. 9, en donde agregan lo siguiente: “*Many agencies operate under statutes that give them legislative power to issue rules which control private behavior, and which carry heavy civil or criminal penalties for violations; executive power to investigate potential violations of rules or statutes and to prosecute offenders; and judicial power to adjudicate particular disputes over whether an individual or a company has failed to comply with the governing standards.*”

³³² Cfr. Sobre este particular, también, Ballbé en MANUAL, Principios del Estado Pluralista, Págs. 70 a 72: “*Efectivamente, como hemos visto, una de las medidas más importantes y destacables para hacer frente al fenómeno antes citado es la creación de agencias administrativas independientes o con un importante grado de autonomía. Estas agencias se caracterizan en que se superponen y están a la vez separadas de la Administración tradicional que queda jerárquicamente dentro del poder ejecutivo, ministerio o*

los fenómenos más recientes y significativos en este sentido es el giro que ha tomado la regulación de los órganos sociales de alta dirección de las sociedades o corporaciones que cotizan en bolsa, a partir del escándalo ENRON y los que se destaparon posteriormente. Por el papel tan central y preponderante de las agencias administrativas en los Estados Unidos, es lógico que el problema de la revisión judicial de los actos de la Administración se enfoque, principalmente, en el control de sus actividades reglamentarias y propiamente administrativas. En la siguiente sección procuraremos hacer una síntesis de cómo se realiza ese control.

iii. El control jurisdiccional de la Administración.

La revisión judicial suele ponerse en movimiento para otorgar protección a cualquier persona que fuere dañada por la decisión una agencia.³³³ Una de sus principales funciones es la de asegurar que la agencia administrativa actúa de acuerdo con la voluntad de las ramas políticas, tal como se expresa en la legislación que les faculta a actuar y tal como el proceso regulatorio, ha evolucionado a lo largo de los años, llegando a ser un sistema complejo y no completamente coherente.³³⁴ Típicamente una agencia administrativa comienza por interpretar la ley que está supuesta a implementar; establece los hechos acerca de la situación que aborda y usa de su discreción al aplicar la ley a la situación factual cuya existencia ha determinado; cada uno de estos tipos de acciones invoca una diferente clase de indagación por la corte que revisa el caso (Traducción propia).³³⁵ Estas mismas categorías se reflejan en la APA (5 U.S.C.A. sección 706); dos de sus disposiciones tratan de cuestiones de derecho: si se ha violado la Constitución y si la agencia administrativa ha excedido sus facultades legales; otras dos se refieren a si la agencia ha actuado sobre la base de suficiente evidencia (cuando sus

departamento administrativo correspondiente. La finalidad de la constitución de esta nueva agencia administrativa autónoma y separada de la estructura gubernamental o administrativa jerarquizada es la de romper la captura del regulador por el regulado... Se contrarrestan importantes finalidades del Estado y la sociedad, como es la productividad, con nuevos principios como son la preservación del medio ambiente y la salud humana como elemento integrador. Y esto no sólo como factores contrapuestos a nuevos principios y valores que es necesario introducir e integrar, ya que en las sociedades avanzadas la preservación del medio ambiente es un factor inherente a la cualidad y competitividad económica y empresarial...

³³³ Cfr. ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS; Pág. 71.

³³⁴ ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS, Págs. 71 y 72.

actuaciones se asemejan a las de un proceso judicial) o a si ha procedido de manera “arbitraria o caprichosa”.³³⁶ Los tribunales pueden también revocar los actos de las agencias administrativas de establecerse errores de procedimiento.³³⁷

“Así, el tribunal tiene dos tareas: asegurarse, a través de un examen relativamente agudo (*intrusive*) de las conclusiones legales de la agencia, que no se exceda de los límites exteriores de la delegación que se le ha hecho; y asegurarse también, a través de un examen más deferente de las determinaciones factuales y discrecionales de la agencia, que las facultades delegadas se han ejercitado de manera racional (Traducción propia).³³⁸

1) La recta interpretación de la ley.

Como es lo acostumbrado en todo sistema de *common law*, los fallos de los tribunales van decantando a lo largo del tiempo, caso a caso, los “tests” o criterios de cuándo se ha violado la Constitución o la ley, o incurrido en una interpretación irrazonable de las normas aplicables. Así, por ejemplo, en el caso “Chevron U.S.A., Inc. V. NRDC, 467 U.S. 837 (1984)”, la Corte Suprema prescribió dos criterios o indagaciones que deben hacer los tribunales que revisan la actuación de una agencia administrativa, en lo que concierne a la interpretación de la legislación que les corresponde aplicar. El primero es si “el Congreso ha abordado directamente la precisa cuestión en discusión”, caso en el cual el tribunal debe “dar efecto a la intención inequívocamente expresada por el Congreso”.³³⁹ Si la ley, sin embargo, no tratara del asunto controvertido o lo hiciera ambiguamente, el tribunal revisor deberá establecer si la respuesta de la agencia administrativa es “permisible” o bien, si llevó a cabo una interpretación razonable.³⁴⁰ En este caso se esgrimieron argumentos tales como que las agencias administrativas deben merecer el reconocimiento de grados de independencia más altos debido a que son expertas en los asuntos de que conocen y les son familiares,

³³⁵ Op. Cit., Págs. 73 y 74.

³³⁶ Idem, Pág. 74.

³³⁷ Idem.

³³⁸ ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS, Pág. 75. También en ADMINISTRATIVE LAW, Rethinking Judicial Control of the Administration, Pág. 29: “Like ‘reasonableness’ in tort law and ‘intent’ in criminal law, no doctrinal device is more pervasive in administrative law than line drawing based distinctions between conclusions of law, findings of fact, and discretionary choices of policy.”

³³⁹ Op. Cit., Pág. 81.

³⁴⁰ Idem.

habiendo sido en vista de ello precisamente, que el Congreso les ha delegado las facultades que afirman tener. También se expuso que los marcos regulatorios son a tal punto de naturaleza técnica, que debe dejarse en manos de los especialistas su aplicación a las situaciones que constantemente se van presentando. A esto se le ha llamado en el sistema estadounidense “deferencia” y se refiere, como queda dicho, al grado de independencia que los tribunales revisores debieran conceder a las agencias administrativas. A decir de Gellhorn y Levin, “aún así el sistema legal americano nunca ha abrazado estos argumentos. Permanece tenue en el ambiente el sentimiento de que a las agencias administrativas no se les puede confiar el ser los árbitros finales de su propio poder, que los tribunales independientes son un control necesario y que los tribunales son al menos tan competentes como las agencias en materia de interpretación legal (Traducción propia).³⁴¹

Los tribunales deben determinar, por lo tanto, si las agencias administrativas han aplicado los factores legales permisibles, para lo cual, según el propio caso *Chevron*, los tribunales pueden recurrir a las “herramientas tradicionales de interpretación de la ley”, como lo son la estructura en general de la ley de que se trate, otras disposiciones relacionadas con el asunto, la historia legislativa y los propósitos subyacentes de la ley.³⁴² Ahora bien, la ambigüedad de la ley no implica necesariamente que cualquier agencia pueda entonces hacer cualquier “interpretación administrativa” de las normas del caso, puesto que si dicha interpretación administrativa fuere irrazonable, podría ser que la resolución dictada sea de todas formas revocada. Según Gellhorn y Levin, el caso *Chevron* no dejó del todo claro cuándo debe considerarse que la interpretación administrativa es irrazonable y tampoco ha habido casos posteriores que lo aclaren, es más, opinan que en la práctica los tribunales han encontrado tantas leyes inequívocas y tantas aplicaciones irrazonables de los mandatos legales, que algunos sospechan que la doctrina *Chevron* es un fraude: “las cortes la invocan cuando desean ser deferentes y la ignoran cuando prefieren ir por su propio camino”.³⁴³

³⁴¹ Idem, Pág. 82.

³⁴² ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS, Pág. 85

³⁴³ ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS, Págs. 86 y 87.

2) Las cuestiones de hecho.

Por el lado de las determinaciones factuales los problemas que deben resolverse son, como se dijo arriba, de dos tipos: uno, se da cuando la resolución impugnada se ha proferido dentro de un procedimiento que se asemeja a un proceso judicial o cuando las normas que hubiere emitido la agencia administrativa fueren el resultado de un “record” (el expediente que se forma como consecuencia de un proceso en el que se corre audiencias a los interesados, se escuchan declaraciones, se hace averiguaciones, etcétera)³⁴⁴; otro, cuando las actuaciones carecen de las características que acabamos de mencionar.³⁴⁵ En el primer caso, el examen de los tribunales revisores se dirige a la existencia de “evidencia substancial”; en el segundo, la revisión se orienta a la determinación de si la agencia ha procedido “arbitraria o caprichosamente”.³⁴⁶

(a) Evidencia substancial.

Una vez establecidas las cuestiones de derecho, se debe determinar si la agencia ha cumplido con el criterio de la evidencia substancial, al tribunal no le corresponde establecer los “hechos verídicos”, sino más bien la razonabilidad del proceso empleado por la agencia administrativa en la totalidad del “record”, tanto en lo que pudiere favorecer como en lo que pudiere afectar a la agencia.³⁴⁷ En el caso “Consolidated Edison Co. v HLRB, 305, U.S. 187, 229 (1938)” el criterio de la evidencia substancial se definió en los siguientes términos: “...es tal evidencia relevante que una mente razonable podría aceptar como adecuada para soportar una conclusión” (Traducción propia).³⁴⁸

(b) Revisión del abuso en la discrecionalidad.

En el supuesto de que el tribunal revisor haya encontrado que la agencia administrativa cuyas actuaciones se cuestionan entendió correctamente el derecho aplicable y adoptó un enfoque racional de los hechos, debe entonces considerar si la

³⁴⁴ Op. Cit., Pág. 105.

³⁴⁵ Cfr. También sobre este particular, ADMINISTRATIVE LAW, Rethinking Judicial Control of the Administration. Pág. 31: “Agency findings of fact are to receive somewhat more deference, and they will be accepted by the reviewing court if not ‘arbitrary or capricious’ and, in on-the-record formal proceedings, if supported by ‘substantial evidence in the record as a whole’. Such judicial deference on questions of fact is consistent with the most natural reading of the statutory instructions on scope of review, although there is ample room for interpretation.”

³⁴⁶ Idem, Pág. 89.

³⁴⁷ Idem, Pág. 91.

acción fue arbitraria, caprichosa, un abuso de discreción, o de cualquier otra forma contraria a la ley.³⁴⁹ En el caso “Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe, 401 U.S. 402 (1971)” la Corte Suprema estableció que la revisión de la arbitrariedad depende de “si la decisión se basó en la consideración de los factores relevantes y en si ha habido un claro error de juicio.” (Traducción Propia)³⁵⁰ Actualmente, sin embargo, el énfasis se ha hecho en la “calidad del razonamiento de la agencia”, de tal modo que el tribunal revisor podría revocar lo resuelto por ella a menos que pueda determinarse que su análisis es al menos aparentemente correcto a la luz del record (el expediente), de las alegaciones de las partes y de los constreñimientos de la legislación subyacente.³⁵¹ En lo que toca al abuso de la discrecionalidad, según el caso “Greater Boston Television Corp. v. FCC, 444 F.2d 841, 850-52 (D.C. Cir. 1970)”, los tribunales revisores habrán de intervenir si “se percatan, especialmente a través de una peligrosa combinación de señales, que la agencia no ha mirado a fondo (*a hard look*) los problemas salientes, ni se ha involucrado genuinamente en una toma de decisión razonada.” (Traducción propia)³⁵² Una de esas señales peligrosas sería, por ejemplo, que la agencia se hubiere apartado de sus propios criterios anteriores (de su jurisprudencia), aunque los tribunales de justicia no requieren, por otra parte, que las agencias se adhieran matemáticamente a sus precedentes; otra situación similar sería que la agencia hubiese resuelto en contra de sus acciones pasadas, a las que los administrados se atuvieron en su propio proceder (la doctrina del *estoppel*).³⁵³

³⁴⁸ ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS, Pág. 90.

³⁴⁹ Op. Cit., Pág. 93. También en ADMINISTRATIVE LAW, Rethinking Judicial Control of the Administration. Pág. 33: “Within the traditional formulation, agency policy choices (including so-called mixed questions applying law to facts, discussed next) are accorded still more deference and, whether made through rule making or adjudication, are approved if they have a ‘reasonable basis in the law’. Policy choices are entitled to even more deference than findings of fact because they reflect political choices—accommodation of competing interests, application of value choices, and responsiveness to the electorate—methods of decision making though to be sharply distinguishable from the chief business of the courts, and hence owed great deference.”

³⁵⁰ ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS, Pág. 94.

³⁵¹ Idem.

³⁵² Idem, Pág. 95.

³⁵³ Idem, Pág. 97.

3) La revisión de las reglas.

Al igual que las decisiones o resoluciones de las agencias, también están sujetas a revisión judicial las normas reglamentarias (o regulatorias, como se les llama también) que aquéllas emiten.³⁵⁴ En general, el ámbito de la revisión judicial descrito arriba, aplica por igual para el caso de las normas expedidas por las agencias administrativas. Esto es que deben conformarse con la legislación por la que se ha delegado la facultad de emitirlas y con la Constitución, además de que tampoco deben ser arbitrarias o caprichosas.³⁵⁵ El caso “Automotive Parts & Accessories Ass’n v. Boyd, 407 F.2d 330 (D.C. Cir. 1968), cuyo criterio fue posteriormente avalado por la Suprema Corte en el caso “Motor Vehicle Mfrs. Ass’n v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.”, se estableció que no hay razón alguna para que la revisión judicial de la emisión de reglas por parte de las agencias deba ser menos indagatorio y estricto que un “juicio (*adjudication*) formal”, no obstante lo cual, debido a que se aborda materias diferentes, inevitablemente varía del modelo jurisdiccional (*adjudicatory*). El objetivo fundamental es ver si la agencia a la que le haya dado una tarea esencialmente legislativa, la ha desempeñado tomando los recaudos necesarios para evitar los peligros de la arbitrariedad y la irracionalidad.³⁵⁶ En este último fallo la Corte Suprema estableció que la agencia debe mostrar la existencia de una “conexión racional” entre los hechos establecidos y las opciones reglamentarias escogidas, declarando que: “Normalmente, las normas dictadas por una agencia serían arbitrarias y caprichosas si la agencia se ha basado en factores que el Congreso no tuvo intención de someter a su consideración, si omitió del todo considerar un aspecto del problema, si ofreció una explicación de su decisión que contraría la evidencia que consta ante la agencia, o si las normas son a tal punto carentes de sentido (*implausible*) que sea imposible pensar que se trata de una mera diferencia de enfoque o que son producto del “expertise” de la agencia.”³⁵⁷

³⁵⁴ Cfr. ADMINISTRATIVE LAW, Rethinking Judicial Control of the Administration, Pág. 31: “An important qualification is that where Congress has delegated lawmaking powers to the agency, the court must defer if the agency’s conclusion of law is reasonable and within the scope of the delegation, and so the nature of the court’s more independent posture is again key.”

³⁵⁵ Op. Cit., Pág. 106.

³⁵⁶ Idem, Pág. 107.

³⁵⁷ Idem, Pág. 110.

Sobre la diferencia, en cuanto al ejercicio de facultades pseudo-legislativas por parte de las agencias, entre el significado de los criterios de “evidencia substancial” y de “arbitrariedad”, se asentó en el fallo del caso “Association of Data Processing Serv. Orgs. V. Board of Govs., 745 F.29 677 (D.C.Cir.1984)” que “la verdadera diferencia entre los dos *tests* estriba en que el de la evidencia substancial es uno en el que el tribunal busca el fundamento de las determinaciones factuales en el *record* de una audiencia formal, mientras que en el de arbitrariedad no procede así (...) Esto no quiere decir –agregó el ponente—que una agencia requiera más soporte factual para pasar un *test* u otro.” (Traducción propia)³⁵⁸

iv. Acceso a la revisión judicial.

Recientemente el acceso a la revisión judicial de la actividad de las agencias administrativas se ha ido franqueando de manera más amplia, “a tal punto que sorprendería a los abogados de hace una generación”.³⁵⁹ Veremos a continuación algunos aspectos muy generales en cuanto a cómo se consigue dicho acceso.

1) El tribunal correcto.

En general existen dos criterios: el de la llamada “revisión estatutaria” (*statutory review*) y el de la llamada “revisión no estatutaria” (*non-statutory review*). El primero se refiere a aquellos casos en los que cierta legislación específica indica cuál es el tribunal competente para conocer de la acción que proceda; el segundo se contiene en la APA, que básicamente remite a los tribunales comunes y según el tipo de acción que corresponda.³⁶⁰ Ahora bien, la presentación de la acción o reclamo ante un tribunal equivocado no supone necesariamente que se rechace la demanda, puesto que el tribunal instado puede transferir el asunto al competente.³⁶¹

El modelo de la “revisión estatutaria” (aunque por su naturaleza existe gran variedad de casos) lo impuso la *Federal Trade Commission Act of 1914*, dándole competencia a los tribunales federales de apelaciones para conocer del asunto, una vez

³⁵⁸ ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS, Pág. 114.

³⁵⁹ Op. Cit., Pág. 342.

³⁶⁰ Idem, Pág. 343.

³⁶¹ Idem.

que la agencia dicta su resolución final.³⁶² En lo que concierne a la “revisión no estatutaria” pueden presentarse diversas situaciones diferentes. Así, por ejemplo, con base en la *Mandamus and Venue Act* cualquier interesado puede presentarse ante un juez federal de distrito para pedirle que “compela a un funcionario o empleado de los Estados Unidos o de cualquiera de sus agencias a ejecutar un deber que se le deba al demandante.”³⁶³ Esta acción cabe, sin embargo, sólo cuando la agencia actúa en lo que en nuestro sistema llamaríamos “facultades regladas”, por lo que para cuestionar otro tipo de actos se recurre por lo regular “estatuto federal general de cuestiones de jurisdicción” (28 U.S.C.A. § 1331), que atribuye competencia a los jueces federales de distrito para conocer de cualquier caso que surja bajo la Constitución o las leyes de los Estados Unidos. Las acciones de carácter declaratorio y de carácter interdictal (*declaratory o injunctive relief actions*) son la ruta más acostumbrada para quienes buscan obligar a una agencia a hacer algo, a impedirselo o a dejar sin efecto determinado acto (*set aside*).³⁶⁴ Encontramos aquí un rasgo importante de esa noción tan fundamental del derecho inglés, de que debe ser los tribunales comunes los competentes para conocer, también, de la revisión judicial de los actos de la administración pública.

2) Materias excluidas.

Como se indicó arriba, la revisión judicial abarca la casi totalidad de la actividad administrativa, sin embargo, hay dos categorías de asuntos que se excluyen de su alcance: los que por alguna ley específica fueren excluidos y los asuntos que, por disposición legal, pueden dejarse a la discreción de la Agencia. Así, por ejemplo, cierta ley establece que las decisiones de la Administración de Veteranos, atribuyendo beneficios a los dependientes o a los sobrevivientes, tienen carácter definitivo. Ello no obstante, en el caso “Johnson v. Robinson, 415 U.S. 361 (1974)” la Corte Suprema sostuvo que sí procedía la acción del demandante, puesto que no la había planteado bajo dicha ley, sino más bien cuestionando su constitucionalidad.³⁶⁵ Años más tarde, en 1988, la Corte accedió a otra impugnación contra la Administración de Veteranos, sobre la base de que se sustentaba en una ley distinta de su ley orgánica y, eventualmente, ese mismo año, el

³⁶² Idem, Pág. 344.

³⁶³ ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS, Pág. 345.

³⁶⁴ Op. Cit. Pág. 346.

³⁶⁵ Idem, Pág. 349.

Congreso optó por remover de la ley la exclusión hasta entonces existente.³⁶⁶ Esto encaja con lo que en la jurisprudencia se ha denominado “presunción de revisabilidad”, que en la práctica supone la existencia de circunstancias muy peculiares para que se admita cualquier tipo de exclusión. Todo ello, empero, en el caso “Thunder Basin Coal Co. v. Reich, 510 U.S. 200 (1994)” la Corte Suprema admitió la validez de una ley que le impedía a los empleadores dedicados a la industria minera impugnar las decisiones sobre seguridad y salubridad en las minas, dictadas por la agencia conocida por sus siglas como MSHA, en vista de que de otra manera el propósito básico de la legislación en cuestión quedaría en juego, si las medidas necesarias no pudiesen ser implementadas debido a las impugnaciones de la industria.³⁶⁷

Las cuestiones o asuntos dejados a la discreción de las agencias suelen ser los que pueden afectar la seguridad nacional y las relaciones o política exterior “debido a que los tribunales carecen de información sobre asuntos militares o diplomáticos, debido a la confidencialidad de mucha de esa información y al deseo de que los estados Unidos ‘se pronuncien con una sola voz’ en sus relaciones exteriores.”(Traducción propia)³⁶⁸ También se ha dejado a la discreción de las agencias aquellas actividades propiamente de gestión, que suponen numerosas decisiones menudas, sustentadas, muchas veces, en la intuición o en corazonadas de los responsables.³⁶⁹ El criterio más importante en cuanto a este aspecto, sin embargo, es el de la “inexistencia de una ley que aplicar”. La Corte Suprema ha dicho que cuando simplemente no hay una ley que aplicar, existe una presunción de que el acto de que se trata está excluido de revisión judicial.³⁷⁰ Desde un punto de vista del positivismo jurídico y del casi absoluto principio de legalidad del sistema legal continental, es difícil pensar en actividades de la Administración que, siendo “legales” estén, a la vez, fuera de la aplicabilidad de cualquier ley. Comoquiera que sea, lo cierto es que para efectos prácticos, son muy limitadas las materias y asuntos excluidos de la revisión judicial y, como consecuencia del sistema de la validez de los precedentes, de ordinario los criterios se van delineando en el camino.

³⁶⁶ Idem, Pág. 350.

³⁶⁷ ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS, Pág. 352.

³⁶⁸ Op. Cit., Pág. 354.

³⁶⁹ Idem.

³⁷⁰ Idem, Págs. 356 y 357.

3) La legitimación activa.

Inicialmente se reconocía legitimación activa a quienes tenían un interés legalmente protegido, sea bajo la Constitución, una ley o el derecho común (*common law*), siendo insuficiente tener un interés económico personal en el asunto; sin embargo, con la promulgación de la APA se estableció que podía buscar la revisión judicial cualquier persona “adversamente afectada o agraviada por la acción de una agencia dentro del significado de la legislación relevante.”³⁷¹ En el fallo del caso “Association of Data Processing Service Organizations v. Camp, 397 U.S. 150 (1970)”³⁷², la Corte Suprema redujo a dos los criterios para determinar la existencia de legitimación activa: (1) si el reclamante alega sufrir un “daño de hecho” (*injury in fact*); y (2) si puede argumentarse que el interés cuya protección se busca por el reclamante se encuentra en la zona de intereses protegidos o regulados por la ley o la garantía constitucional en cuestión.³⁷³ La noción del “daño de hecho” denota que el reclamante sufre o podría sufrir, efectivamente (y no sólo en abstracto), un daño y que el mismo podría ser revertido (*redressed*) si el fallo fuere favorable.³⁷⁴ De acuerdo con Gellhorn y Levin la evolución del criterio del daño de hecho ha llevado a costosas determinaciones de hecho, para resolver las cuestiones de legitimidad activa, siendo ya tiempo que se examinen a fondo las bases doctrinales y prácticas de la teoría.³⁷⁵

4) Oportunidad y agotamiento de recursos.

Al igual que en otros sistemas de control jurisdiccional de la legalidad de los actos de la Administración, en el estadounidense se requiere de los actos o resoluciones impugnados sean definitivos o finales (y no solamente tentativos), que se haya agotado los recursos previos y, así se le describe: que la cuestión esté madura para conocerse.

En cuanto a la finalidad o definitividad del acto impugnado, la propia APA establece que está sujeta a revisión judicial “la acción final de la agencia”, lo que por lo general debe entenderse –según la jurisprudencia en la materia—en un sentido práctico e

³⁷¹ ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS, Págs. 358 y 360.

³⁷² Cfr. ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY, Págs. 879 a 881.

³⁷³ ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS, Págs. 360 y 361.

³⁷⁴ *Idem*, Pág. 365.

³⁷⁵ *Idem*, Pág. 370.

impide cuestionar decisiones de funcionarios subalternos, siempre que las mismas no afecten al público.³⁷⁶

De presentarse cualquier acción cuando posprocedimientos ante la agencia administrativa de que se trate se estén todavía sustanciando, los tribunales generalmente rechazarán la demanda, por haber omitido el reclamante agotar los remedios administrativos.³⁷⁷ Ahora bien, cuando se ha determinado que la agencia actuante claramente se ha extralimitado de sus competencias, o cuando se ha establecido que los remedios administrativos a disposición del afectado serían inadecuados para resolver la cuestión que ha planteado, los tribunales han dado curso a las acciones planteadas.³⁷⁸

En cuanto a si la cuestión está “madura” para conocerse y resolverse, el fallo fundamental es el del caso “Abbot Laboratories v. Gardner, 387 U.S. 136 (1967)”³⁷⁹ por el que quedó establecido que “el tribunal debe evaluar tanto si los temas de que se trata están listos para una decisión judicial, como también el posible daño para las partes de retenerse la consideración del tribunal.”³⁸⁰

5) Reclamaciones por daños.

Cualquier persona puede demandar al gobierno el resarcimiento de los daños que hubiere sufrido, pero la reclamación debe estar basada en ley, puesto que de lo contrario el afecta podría toparse contra la doctrina de la inmunidad de soberanía. Así, por ejemplo, “en la Tucker Act, 28 U.S.C.A. § 1491, los Estados Unidos han consentido a ser demandados por daños ante el tribunal de reclamos de los EE UU, derivado del incumplimiento de contratos o por expropiaciones sin justa compensación. Para el caso de los daños extracontractuales, la avenida apropiada es la *Federal Tort Claims Act*.” (Traducción propia)³⁸¹ Esta última generalmente atribuye responsabilidad al Gobierno

³⁷⁶ ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS, Págs. 376 y 377.

³⁷⁷ Op. Cit., Pág. 371.

³⁷⁸ Idem., Págs. 372 y 373.

³⁷⁹ Cfr. También en ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY, Pág. 831: La Corte Suprema escribió: “A survey of our cases shows that judicial review of a final agency action by an aggrieved person will not be cut off unless there is a persuasive reason to believe that such was the purpose of Congress.”

³⁸⁰ ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS, Pág. 380.

³⁸¹ Idem, Pág. 387. Sobre este tema véase también en ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY, Págs. 814 a 816.

por cualquier acción u omisión dañina, “de la manera y con el mismo alcance que un individuo privado en circunstancias similares”, lo cual, no obstante su generalidad, está sujeto a ciertas excepciones, tales como los supuestos de daños intencionales, de difamación, de inducción a error (*misrepresentation*) o la interferencia con derechos contractuales, al igual, sobre todo, que aquellos casos en los que un funcionario haya actuado en el ejercicio de funciones discrecionales.³⁸²

6) Reclamaciones de daños contra funcionarios.

El fallo señero en cuanto a la responsabilidad civil por daños y perjuicios de los funcionarios públicos del gobierno federal es “Barr v. Matteo, 360 U.S. 564 (1959)”³⁸³, que establece que éstos son inmunes totalmente frente a tales reclamaciones siempre y cuando hayan actuado “dentro del perímetro externo de su línea de deberes”, y esta doctrina ha sido reafirmada por la llamada *Westfall Act* de 1988 en términos de que cualquier acción por daños y perjuicios presentada en contra de un funcionario del gobierno federal que haya actuado dentro del ámbito de sus funciones (*scope of his employment*), los Estados Unidos substituirán al demandado y la acción se deducirá conforme hemos indicado en el apartado anterior.³⁸⁴ Esta sustitución se produce, sin embargo, solamente sí y cuando el Procurador General certifica que el funcionario actuó dentro del ámbito de sus funciones y dicha certificación, en sí misma, está sujeta a revisión judicial.³⁸⁵ Ahora bien, los tribunales han sopesado en sus fallos el grado de inmunidad que debe conferirse a los funcionarios, de manera que una excesiva inmunidad no sea fuente de injusticias, por una parte, y que una excesiva rigurosidad con los funcionarios no de lugar a que los funcionarios actúen con excesiva cautela, en detrimento de los propósitos para los que se han estatuido sus funciones. En ese sentido, los criterios que se han desarrollado suponen mayor inmunidad para los funcionarios que ejercitan menos discrecionalidad en el descargo de sus funciones y se exige, en todo caso, que aquellos que han actuado con discrecionalidad lo hayan hecho “con la creencia de buena fe que su conducta era legal y razonable”.³⁸⁶ Más recientemente, en el fallo del

³⁸² ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS, Pág. 388.

³⁸³ Cfr. Sobre este tema, también: ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY PROCESS, Págs. 819 a 823.

³⁸⁴ ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS, Pág. 390.

³⁸⁵ *Idem*, Pág. 391.

³⁸⁶ *Idem*, Pág. 392.

caso “Harlow v. Fitzgerald, 457 U.S. 800 (1982)”, se sentó el criterio de si el demandado “violó derechos constitucionales o legales claramente establecidos, de los cuales una persona razonable debía estar enterada.”³⁸⁷

³⁸⁷ ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS, Pág. 393.

XIII. **Algunas recapitulaciones.**

*El Estado de Derecho ... es la cifra misma de la historia, siempre inacabada, de la reducción del ejercicio del poder al Derecho.*³⁸⁸

i. La evolución de los procesos.

Hemos intentado, a lo largo de estas páginas, presentar algunas perspectivas históricas sobre el origen y el desarrollo del control de la juridicidad de los actos de la Administración en Guatemala, en Francia, en España, en el Reino Unido y en los Estados Unidos y algunos de los elementos más importantes sobre sus características y situación actual. En algunos casos son perspectivas que, en diversos momentos y de distinta manera, se entrecruzan. Esto es decir, por ejemplo, que la tradición francesa tuvo decisiva influencia tanto en España como en Guatemala, como también la británica la tuvo en los Estados Unidos, si bien de manera más general, referida más bien al sistema y principios jurídicos fundamentales y no tanto a lo que concierne, más estrictamente, al control jurisdiccional de la legalidad de la actuación administrativa. El tratamiento de las instituciones de Guatemala, sus antecedentes constitucionales y legislativos, ha sido más extenso, primero, con el objeto de aportar algo más al relativamente escaso material que sobre el particular existe, y segundo, porque el objeto primordial de este trabajo es ofrecer una explicación coherente del sistema guatemalteco y un balance de sus aciertos y limitaciones, a partir, también, de los criterios vertidos en algunas de las sentencias de la CC y de la CSJ, sobre la naturaleza y el alcance del control de la juridicidad en el ordenamiento jurídico de Guatemala.

Una de las observaciones que podría hacerse después del breve recorrido hecho por estas páginas es que, ninguno de todos los sistemas abordados surgió de golpe y mucho menos de manera tal que pudiera predecirse, en los albores de su desarrollo, cuál sería su fisonomía, doscientos, cien o cincuenta años más tarde. El sistema francés, el

³⁸⁸ Cfr. Parejo Alfonso, L; Jiménez-Blanco, A.; Ortega Álvarez, L.; MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Vol. 1, Pág. 677.

más antiguo de los regímenes modernos (¿podría hablarse de control judicial de la legalidad durante el antiguo régimen?), podría haber discurrido por muy diversas rutas evolutivas, sobre todo porque fue abriéndose paso dentro el contexto de los acontecimientos de la historia política de Francia: de la Revolución al Imperio, luego la Restauración de la monarquía, después otra vez la República... La evolución de las instituciones españolas podría quizás describirse como más escalonada, en cuanto que puede referirse, casi desde el principio, a ciertas leyes específicas que se fueron promulgando a lo largo, más o menos, del último siglo y medio, reflejando también – naturalmente—las circunstancias o condiciones políticas de cada momento, hasta llegar a la Constitución de 1978 y todavía después. Del otro lado del Canal de la Mancha, cuando el británico Dicey hizo el análisis de las instituciones francesas en la obra a la que en su momento hicimos referencia,³⁸⁹ tanto el fenómeno administrativo como también su control judicial en su país, eran muy distintos y estaban muy distantes de lo que son el aparato administrativo inglés y los mecanismos para el control jurisdiccional de la legalidad en la actualidad. De igual manera, como se puntualizó en cuanto al sistema estadounidense, el Comité *Brownlow*, designado para abordar estos asuntos incluyó entre sus recomendaciones, hacia 1937, considerar la conformación de un Consejo de Estado, *a la francesa*.³⁹⁰ En su lugar, el hondo debate jurídico-institucional entonces existente se resolvió mediante la promulgación de la APA.

Puede observarse también que, si bien es cierto que los sistemas de Francia, España, Gran Bretaña y los Estados Unidos son regímenes maduros, sofisticados y, sobre todo, eficaces, también lo es que determinados problemas o cuestiones de no poca importancia exigen, en algunos casos, clarificación, en otros, atención. No es de extrañarse. Hace tan solo década y media, Suecia introducía modificaciones legislativas importantes a su sistema de control de la legalidad de la actividad de la Administración, debido a que fue condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al conocer de una demanda en la que se cuestionaba si el sistema sueco cumplía con lo previsto por el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal falló diciendo que:

³⁸⁹ *Supra*, Pág. 146.

*“En resumen, la causa de la Sucesión Sporrong y la señora Lönnroth no ha podido ser conocida ni examinada por un Tribunal con plena jurisdicción. Ha habido, pues, violación del artículo 6.1 en el supuesto de los dos demandantes.”*³⁹¹

Casi lo mismo ocurrió en relación con el reino de Holanda, que promovió por ello modificaciones legislativas transitorias hacia 1987 y las definitivas, años después. En el caso *Benthem* el demandante argumentó que la Sección Contenciosa del Consejo de Estado holandés emite un simple informe, de carácter no vinculante, ante lo cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos encontró que:

*“El poder de decisión es inherente a la noción misma de tribunal en el sentido del Convenio y el informe de la Sección no tiene carácter vinculante. A pesar de que se siga en la mayoría de los casos –como de hecho sucedió en el presente--, ésta no es sino una práctica no obligatoria de la que la Corona se puede apartar en cualquier momento. El procedimiento ante la Sección de lo Contencioso-administrativo del Consejo de Estado no asegura, pues, la solución jurisdiccional del litigio, requerida por el artículo 6.1.”*³⁹²

Puede apreciarse que el análisis del alto Tribunal apunta a la esencia del problema y no a la forma. No estima suficiente la mera existencia de alguna instancia a la que pudiera someterse la cuestión, debe tratarse de un “tribunal con plena jurisdicción”. Tampoco basta el hecho de que la Administración “siga en la mayoría de los casos” la recomendación del órgano competente para conocer del asunto que fuere, se requiere de una práctica obligatoria. En el caso holandés, la deficiencia que acusa el Tribunal no se relaciona con el hecho de que sea la Sección de lo Contencioso-administrativo la que emita el informe, sino que el procedimiento no asegura “la solución jurisdiccional del litigio”.

³⁹⁰ Supra, Pág. 172.

³⁹¹ Cfr. **Revista de Administración Pública, Num. 136 Enero-Abril 1995**, *La Armonización Europea en el Control Judicial de la Administración: El Papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, por Carlos Padrós Reig y Joan Roca Sagarra; Pág. 242.

³⁹² Cfr. Padrós, Op. Cit., Pág. 257.

ii. La lucha por el control y por eludirlo.

Ese decurso evolutivo, por lo tanto, es denominador común de los referidos sistemas y, volviendo a la cita del acápite: *es la cifra misma de la historia, siempre inacabada, de la reducción del ejercicio del poder al Derecho*. En este contexto es interesante traer a colación lo que el Profesor Ballbé ha denominado “técnicas para eludir el control”. Se trata, en sus propias palabras, de “*una serie de técnicas para eludir el control judicial por parte de la Administración pública*”³⁹³ e incluye, entre otras, las siguientes:

- La justicia retenida;³⁹⁴
- La justicia delegada;³⁹⁵
- La expansión de la jurisdicción militar en asuntos administrativos y de seguridad;
- La autorización previa del gobierno para procesar a un funcionario;
- Los actos políticos o de gobierno;
- Los secretos oficiales;
- La falta de medios y de personal en los juzgados y tribunales contencioso-administrativos y penales; y
- La inexistencia de una carrera judicial y de una permanencia de los puestos judiciales.

Lo importante en cuanto a este tema es reconocer que existe una tensión que podría considerarse connatural al problema del ejercicio del poder. Quien lo ostenta prefiere ejercerlo a discreción y, sobre todo, sin estar sujeto a responsabilidades ante terceros. A estas alturas de la evolución de la historia del pensamiento jurídico y político, sin embargo, tendría que considerarse insólito que cualquier persona o grupo de personas reclamara, ante el conglomerado social, la posibilidad de ejercitar cuotas importantes de poder político sin sujeción a ciertos límites bastante definidos. Como se acotó al

³⁹³ Cfr. MANUAL, Principios Pluralistas, Págs. 48 y 49.

³⁹⁴ Idem, se trata de “la existencia de unos tribunales administrativos (nombrados por la propia Administración) que únicamente realizan una propuesta de resolución no vinculante para el jefe del poder ejecutivo.

³⁹⁵ Idem, “se trata de la misma situación anterior, pero en este caso, la resolución del tribunal es vinculante para el poder ejecutivo.”

principio de este trabajo,³⁹⁶ los mismos regímenes de facto han dictado normas dentro de las cuales habrían de ejercitar los poderes que han asumido por la fuerza o las circunstancias imperantes. Este tipo de situaciones, en el mundo de hoy, se considera universalmente y de todas formas anormal, y sólo se justifica en el contexto de un conjunto de circunstancias igualmente anormales, como podrían serlo las que se suscitaron en Afganistán, cuya nueva Constitución ha sido recientemente aprobada, o las que imperan en Irak. Ahora bien, quizás los riesgos más grandes vengan determinados por condiciones menos dramáticas o extremas, cuya apariencia de legalidad esconde realidades casi igualmente deplorables que las de aquellas sociedades políticas en las que el velo se ha corrido del todo y la crudeza del poder en bruto se presenta tal cual. En estos casos los responsables asumen las consecuencias que el derecho atribuye a los criminales de guerra o a quienes han incurrido en delitos de lesa humanidad. Pero, paradójicamente, en la medida en que la apariencia de legalidad es más fuerte, los riesgos de una realidad oculta plagada de injusticias o abusos, aumentan. Este es un fenómeno difícil de calificar por varias razones. Por lo general, primero, es difícil documentar y corroborar los abusos o excesos de poder. Como reza el refrán *el papel lo aguanta todo* y suele ser necesario el examen concienzudo de un experto —como un juez— para penetrar más allá de lo que formalmente figura en los folios del expediente administrativo. En segundo lugar, muchas veces las violaciones legales ocurren fuera del expediente, o peor aun, ni siquiera existe un expediente en el que pudiera determinarse que las autoridades competentes han actuado excediéndose en sus facultades. Y es en relación con esta problemática, de la apariencia que oculta una realidad muy distinta, que entran en juego esas técnicas de elusión del control judicial de la actividad de la Administración.

Como se ha dicho y mostrado en otras partes de este trabajo,³⁹⁷ la insistencia de un buen número de líderes políticos y sociales de Guatemala, pronunciándose decididamente a favor del estado de derecho, del imperio de la ley y de la majestad de la justicia, junto a las normas constitucionales y legales que también proclaman dichos principios, contrasta con los escasos recursos, materiales y humanos, dedicados por el Estado para el sistema de justicia, en general, y para el control jurisdiccional de la

³⁹⁶ Supra, Pág. 7, cita a pie de página.

actividad administrativa, en particular. También se puntualizó que no se trata de un problema de falta de recursos y, puesta esa realidad en el contexto de las técnicas para eludir el control judicial, bien podría ser que ni siquiera sea un problema de mala definición de las prioridades del gasto público.

Efectivamente, si tuviesen que señalarse los principales factores que inciden en la pobre dotación de la justicia en Guatemala, nosotros discutiríamos los siguientes:

1. Tanto el *homo politicus* como los intelectuales (o formadores de opinión pública) en el fondo ignora las manifestaciones concretas que conforman un régimen político en el que impera el derecho;
2. Tanto el *homo politicus* como los intelectuales (o formadores de opinión pública) establecen una conexión más próxima entre la realización de proyectos *desarrollistas* y la promoción del bienestar general, que entre este último objetivo y la implantación de las instituciones necesarias para hacer realidad el imperio del derecho y su debida dotación de recursos;
3. El *homo politicus* conoce las manifestaciones concretas de un régimen en el que impera el derecho, pero elude su instauración (al menos a plenitud) porque le supone constreñimientos o limitaciones al ejercicio del poder de que dispone, o responsabilidades personales por la forma en que lo ejercita.

En cuanto al primero se los factores apuntados debe distinguirse entre los dirigentes políticos, los principales cuadros de los partidos y las organizaciones políticas y de los poderes del Estado, por un lado, y los cuadros medios y bajos. También debe tomarse en cuenta que hay intelectuales de intelectuales, *think tanks* serios y otros no y medios de difusión social profesionales y otros carentes de objetividad. Si uno se enfoca, entonces, en los altos dirigentes, funcionarios e instituciones de la *media* como también en los intelectuales de mayor prestigio, a juzgar por sus manifestaciones públicas (como se aprecia de algunas de las citas hechas al principio de este trabajo: “Introducción”) sólo

³⁹⁷ Supra, Págs. 13 y Sigs.

cabe suponer que su conocimiento del problema es superficial o a nivel muy general, o bien, que sus intenciones son otras (del tipo del factor 3.)

El problema de lo que nosotros llamaríamos *la deformación desarrollista* sí que ha sido de consecuencias importantes. Como lo señalaba el Profesor Ballbé, “*La importancia del Derecho administrativo está en estrecha relación con el incremento del intervencionismo administrativo en muchos sectores...*”³⁹⁸ Ese intervencionismo, que en Europa occidental o en los Estados Unidos se ha dado más bien para regular tarifas y servicios, la protección del medio ambiente, reprimir conductas contrarias a la libre competencia, o garantizar determinados niveles de información y transparencia en mercados tales como el de capitales, en Guatemala –y demás países de la región— se dio con el objeto de *desarrollar* mercados, actividades económicas, infraestructuras o servicios públicos. No se ha tratado solamente de propiciar el surgimiento de las actividades o de los mercados, sino también que los bienes, servicios o infraestructuras que fueren, sean asequibles para la parte de la población que vive en situación de pobreza. Así, por ejemplo, el Instituto Nacional de Comercialización Agrícola se crea para asegurarle al campesino ciertos niveles de precios de sus productos; el Instituto de Fomento de la Producción, para el desarrollo productivo; el Instituto Nacional de Electrificación, no sólo para la expansión de las redes de transmisión o de distribución del fluido eléctrico, sino también para que el mismo llegue a los usuarios a una tarifa asequible; el Instituto Nacional de Transformación Agrícola, para poner tierras cultivables al alcance de la población rural, siempre en aumento; el ya extinto Banco Nacional de Desarrollo Agrícola, para financiar en condiciones favorables al pequeño productor; la Corporación Financiera Nacional (prácticamente liquidada), para financiar proyectos productivos que pudieran estimarse conducentes al desarrollo; el Instituto de Recreación de los Trabajadores, para el objeto que su nombre señala; el Banco Nacional de la Vivienda, para el desarrollo del sector correspondiente; el Instituto Guatemalteco de Turismo, etcétera. El conjunto de estas administraciones (muchas de ellas organizadas como entidades autónomas), llegó a ser una parte muy importante no sólo de los presupuestos públicos (de hecho casi todas ellas representaban déficits recurrentes para

³⁹⁸ Cfr. MANUAL, Pág. 51.

las finanzas del Estado) y, con el tiempo, se convirtieron en el propio objeto de su existencia, para los miles de personas que las dirigían, las asesoraban, trabajaban en ellas, les suministraban bienes y servicios o, por último, recibían alguno de sus beneficios. Beneficios que, naturalmente, lo eran para los individuos directamente favorecidos por los muchos programas que a lo largo del tiempo se crearon, algunos de los cuales todavía existen. Pero el costo social real de todos esos programas fue enorme. En buena medida se tradujo en escándalos de corrupción, ya fuere por malversaciones, peculados u otras acciones deliberadamente delictivas, ya fuere por omisiones negligentes que dieron lugar a pérdidas millonarias.

Este modelo de desarrollo, mediante la intervención o injerencia, más o menos directa del Estado, a través de la administración central y de las administraciones descentralizadas, arrancó hacia la década de los cincuentas. El economista Von Hoegen lo describe así:

“Las medidas gubernamentales de política económica, impulsadas a partir de 1945, se pueden dividir en dos grandes períodos que han sido poco estudiados. El primero está comprendido de 1945 a 1982; y el segundo, de 1982 a la actualidad. Uno se caracterizó por la aceptación generalizada de la intervención estatal en la economía, lo cual era producto de la influencia ejercida por los planteamientos del economista John Maynard Keynes y por la Escuela Historicista Alemana de finales del siglo XIX, a través de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL). En síntesis, esa corriente concebía al Estado como promotor y responsable del desarrollo, en tanto que al sector privado se le relegaba a una función ejecutora de las medidas dictadas o promovidas por el gobierno. El período en cuestión se puede dividir, a su vez en dos partes: la primera tenía cierta influencia socialista, a pesar de su compromiso explícito de promover un sistema económico capitalista (1945-1954); la segunda era de inspiración keynesiana, historicista, o cepalina (1954-1982) (...)

Retomando el hilo de la discusión anterior, esta visión *desarrollista* de por lo menos tres de las últimas cinco décadas de la historia del país, que tampoco ha sido

erradicada del todo y que tiene importantes y hondas raíces intelectuales e ideológicas, desvió la atención de los dirigentes políticos y de los intelectuales del país hacia la creación de las “instituciones para el desarrollo” casi, podría decirse, como si las instituciones del estado de derecho –que nadie podría dar por ya establecidas y en marcha—nada o muy poco tuvieran que ver, precisamente, con el desarrollo del país. Quizás no sería exagerado afirmar que, ante la disyuntiva de gastar un quetzal más en una de esas numerosas instituciones y administraciones *ad hoc* para el desarrollo, o invertirlo en el sistema de justicia, la conducción política de la República consideró más importante lo primero. No es de extrañarse, por consiguiente, que cuando se fueron presentando los escándalos de corrupción o de negligencia crasa en la gestión de casi todas esas entidades y dependencias, fueron muy pocos funcionarios los que respondieron ante la justicia. El sistema había quedado en el olvido por décadas y era incapaz de enfrentar el desafío que todo eso suponía. Había venido a ser, verdaderamente, la *Cenicienta* del Estado.

Pasemos a las técnicas de elusión del control judicial. A lo dicho han de agregarse ciertas reflexiones relacionadas con el problema de la visión desarrollista del Estado. Una de las implicaciones prácticas del principio de legalidad de los actos de la administración pública es la rigidez, que las normas jurídicas de derecho imprimen a cualquier tipo de actividad. Los funcionarios públicos están obligados a referir su actividad, sus decisiones, por regla general, a normas formuladas en términos y de acuerdo a técnicas que, si bien facilitan la labor aplicativa e interpretativa desde una perspectiva jurídico-formal, conforman, por otro lado, verdaderos laberintos por los cuales es difícil transitar, desde la perspectiva de la gestión de fenómenos administrativos complejos. Puesto en términos más simples, las normas del Derecho administrativo, formuladas dentro de los cánones de la técnica correspondiente, facilitan el control de la legalidad, pero dificultan la administración de actividades extra-gubernamentales.

Efectivamente, si se compara la interacción del marco normativo del Derecho administrativo y la actividad estrictamente gubernamental, por una parte, con la interacción de aquél con actividades que no constituyen propiamente hablando funciones de gobierno, es fácil apreciar una serie de contrastes importantes. Así, por ejemplo,

cuando cualquier ciudadano se presenta ante un órgano administrativo a gestionar una licencia para prestar un servicio de transporte, al funcionario competente corresponde tan solo determinar si la solicitud reúne los requisitos legales y reglamentarios, en cuyo caso, recabados los dictámenes que fueren necesarios, deberá expedir la licencia. Si, a pesar de haberse reunido dichos requisitos, la licencia pedida se rechaza, al órgano jurisdiccional le basta determinar, a partir del expediente y de los elementos de juicio que adicionalmente se le sometan a consideración, dicha circunstancia. Pero cuando lo que se pide es un crédito para cualquier actividad que, según las reglas que rigen el funcionamiento de un banco estatal establecido para el fomento de la producción, las cosas se complican. La concesión de un crédito o, en general, la gestión exitosa de una institución financiera, requiere de una estructura normativa y de incentivos que permita y propicie la toma de decisiones que tiendan a maximizar el valor de la inversión de los propietarios, dentro de límites relativamente amplios y flexibles. Un buen banquero hace mucho más que seguir un manual de procedimientos o un reglamento de crédito. En este orden de ideas, en el momento mismo en que el Estado incursiona en actividades pseudo-empresariales se enfrenta ante la difícil disyuntiva de romper, al menos parcialmente, con el principio de legalidad, o bien por el contrario, condenarse a la ineficiencia, al burocratismo, a la ineficacia. Y es en este contexto que ciertas técnicas, como la de la exclusión del control jurisdiccional de los actos discrecionales, se convierten en un elemento crítico, que puede llegar a quebrar el sistema en su conjunto. Paradójicamente también es cierto que las probabilidades de que cualquier órgano público o entidad estatal puedan desarrollar eficazmente actividades que suponen el ejercicio de amplias facultades discrecionales, serán muy bajas dentro del marco del Derecho administrativo.

Esto no quiere decir que, la discrecionalidad sería condición suficiente para que los órganos públicos o las entidades estatales puedan realizar eficazmente actividades distintas de lo propiamente gubernamental. Cuando mucho se trata de una condición necesaria. En cualquier caso, volviendo a la discusión anterior, el hecho es que, en la medida en que se crearon en Guatemala administraciones autónomas para regular el mercado de los granos, otorgar financiamientos para el fomento de la producción o para la construcción de viviendas, por ejemplo, se hizo evidente que la estructura tradicional

del Derecho administrativo era incompatible con la realización eficaz de los objetivos asignados a dichas administraciones o entidades. Por otra parte, en la medida en que se admitiera que las decisiones que sus funcionarios estaban supuestos a tomar eran de naturaleza discrecional, desaparecía entonces cualquier posibilidad de control jurisdiccional de la legalidad de su actividad administrativa y, en virtud de que el sistema de justicia había sido relegado a un segundo plano, las probabilidades de ejercer otro tipo de controles, por la vía de las responsabilidades civiles o penales que pudieran derivar de dicha actividad, eran muy limitadas.

En definitiva, la conjunción de la mentalidad desarrollista que primó durante un largo período de tiempo y el afán por eludir el control jurisdiccional de la legalidad de la actividad administrativa, tuvo consecuencias devastadoras. Su legado más gravoso, sin embargo, es que buena parte de los recursos que podrían haberse empleado para ir edificando y fortaleciendo el Poder Judicial, se dedicaron a financiar por varias décadas el funcionamiento y los déficits de las dependencias y entidades ya indicadas.

iii. El control jurisdiccional de la legalidad, ¿hasta dónde puede llegar?

La historia del proceso por el cual poco a poco se ha ido sometiendo el poder al derecho implica la proposición básica de que, por regla general, cualquier persona que ejerce poder prefiere estar sujeta a menos que a más control. Cuando el titular de cualquier haz de poderes y facultades, los ejerce en beneficio del conglomerado respecto del cual tiene poder, como suele decirse: ha descargado sus responsabilidades; empero, en la medida en que el ejercicio del poder puede llegar a constituir un beneficio personal para quien lo ejerce, las responsabilidades de su ejercicio (del poder) para beneficio personal serían el coste respectivo. Por lo tanto, mientras más poder pudiera cualquier persona ejercer con menos responsabilidades, su beneficio neto sería mayor. En ese orden de ideas, las técnicas para la elusión del control jurisdiccional de la legalidad de la actividad administrativa no serían más que una serie de mecanismos divisados para procurar reducir los costes asociados con el ejercicio del poder, para beneficio propio. Se trata de los costes del titular de las potestades porque, para la ciudadanía en general, la situación es más bien la contraria.

Excepto en el caso del “déspota benevolente”, el ejercicio de poder ilimitado puede comportar grandes beneficios personales para su titular, a costa del conglomerado sujeto a la potestad del poderoso. La inexistencia de límites equivale a la inexistencia de costes para quien ejercita el poder. Pero para la ciudadanía en general, los beneficios de quien ejerce el poder sin sujeción a constreñimiento alguno, representan costes (excepto en el caso del “déspota benevolente”). A la inversa, la existencia de controles eficaces del ejercicio del poder, representa beneficios para la ciudadanía (y costes para el titular del poder). Ahora bien, como las probabilidades de que, en cualquier momento determinado, el titular del poder sea un “déspota benevolente”, son inciertas en el mejor de los casos, carece de toda lógica argumentar a favor de cualquier sistema de gobierno que carezca de controles eficaces. También es un corolario importante de estas proposiciones que, lo que para el titular del poder son beneficios, para la ciudadanía son costes, porque no existen bases suficientes, ni racionales ni empíricas, como para sugerir como una alternativa modélica el paradigma del “déspota benevolente”.

Todo esto, que podría parecer una verdad de Perogrullo, contrasta, no obstante, con las teorías jacobinas sobre la voluntad general, que tanta influencia han tenido en lo que el Premio Nóbel James M. Buchanan ha denominado la visión romántica del Estado.³⁹⁹ Cuando se tiene como paradigma de funcionario público a un individuo capaz y personalmente desinteresado que está en posición de determinar qué es el bien común y de actuar y de tomar decisiones que conduzcan a realizarlo, ¿qué objeto podría tener limitar sus facultades legales o someterlas al control de otras personas (los ciudadanos u otros funcionarios)? Si, por el contrario, el paradigma de funcionario fuere el de una persona común y corriente que promueve sus personales intereses con preferencia a los intereses de terceros, que procura maximizar sus beneficios individuales en las

³⁹⁹ Cfr. Buchanan, James M., THE COLLECTED WORKS OF JAMES M. BUCHANAN, Volume I: The Logical Foundations of Constitutional Liberty, Liberty Fund, Indianápolis, 1999. Págs. 45 y 46: “*Public choice theory*’, or ‘*the economic theory of politics*’, has emerged only in the decades after World War II. In summary, this theory models the realities rather than the romance of political institutions.” “...Public choice theory has been the avenue through which a romantic and illusory set of notions about the workings of governments and the behavior of persons who govern has been replaced by a set of notions that embody more skepticism about what governments can do and what governors will do, notions that are surely more consistent with the political reality that we may all observe about us.”

circunstancias en que se encuentre –cualesquiera que fueren-, la necesidad del control jurisdiccional de la legalidad se manifiesta evidente.

Los paradigmas analíticos sobre el comportamiento humano no describen ni pretenden describir a “cada funcionario”, sino más bien determinar las características que, por lo general, sería lógico encontrar. Es en ese sentido que la idea del “déspota benevolente”, carece de valor paradigmático. Dicho de otra forma, aún aceptando la posibilidad de que pudiera existir personas que, dotadas de cuotas importantes de poder exento de control, lo emplearían sólo en beneficio de los gobernados, sería, por otro lado, absurdo convertir esa probabilidad en el paradigma que sirva de modelo para desarrollar las reglas constitucionales del Estado, su sistema de gobierno. Sería absurdo, además, porque en la vida privada las personas procuran maximizar sus beneficios; prefieren más que menos de cualquier cosa que los beneficie y actúan, en general, para pasar de un estado de cosas menos satisfactorio a otro más satisfactorio.⁴⁰⁰ ¿Por qué habrían de comportarse de manera distinta, dentro del marco de sus circunstancias, en la vida pública?⁴⁰¹

Todo esto conduce a la cuestión de la naturaleza de las atribuciones que podría darse al Gobierno, con una expectativa razonable de que los funcionarios encargados de desempeñarlas lo harían en beneficio del conglomerado social y no en el suyo propio. Precisamente como se indicó en lo que se refiere al sistema estadounidense, una de las cuestiones de más debatidas es si los tribunales revisores de la actividad de las agencias administrativas deben ser deferentes, y en tal caso, hasta qué punto, ante las

⁴⁰⁰ Cfr. Mises, Ludwig Von, HUMAN ACTION, A Treatise in Economics, The Yale University Press, 1966. Pág. 13: “We call contentment or satisfaction that state of a human being which does not and cannot result in any action. Acting man is eager to substitute a more satisfactory state of affairs for a less satisfactory. His mind imagines conditions which suit him better, and his action aims at bringing about this desired state. The incentive that impels a man to act is always some uneasiness. A man perfectly content with the state of his affairs would have no incentive to change things.”

⁴⁰¹ Cfr. Buchanan, James M., THE COLLECTED WORKS OF JAMES M. BUCHANAN, Volume 10: The Reason of Rules: Constitutional Political Economy, Liberty Fund, Indianápolis 2000. Pág. 56: “If an individual in a market setting is to be presumed to exercise any power he possesses (within the limits of the market rules) so as to maximize his net wealth, the an individual in a corresponding political setting must also be presumed to exercise any power he possesses (within the limits of political rules) in precisely the same way.”

determinaciones de hecho y apreciaciones técnicas que las mismas llevan a cabo.⁴⁰² ¿No han sido instituidas para funcionar independientemente del proceso político? ¿No se les ha dotado de recursos bastantes para que desarrollen áreas de *expertise* y especialización? ¿Qué sentido podría tener entonces que el Poder Judicial tenga facultades para revocar sus decisiones?⁴⁰³

El Profesor Ballbé afirma, en este contexto, que:

“Efectivamente, como hemos visto, una de las medidas más importantes y destacables para hacer frente al fenómeno antes citado (de la captura del regulador) es la creación de agencias administrativas independientes o con un importante grado de autonomía. Estas agencias se caracterizan en que se superponen y están a la vez separadas de la Administración tradicional que queda jerárquicamente dentro del poder ejecutivo, ministerio o departamento administrativo correspondiente. La finalidad de la constitución de esta nueva agencia administrativa autónoma y separada de la estructura gubernamental o administrativa jerarquizada es la de romper la captura del regulador por el regulado.

A través de esta técnica, al viejo regulador se le sustraen importantes competencias en la materia, que se atribuyen a una nueva Administración pública que no tiene los vínculos estrechos –tejidos a lo largo de los años– con las

⁴⁰² Supra Pág. 170 y siguientes.

⁴⁰³ Cfr. Sobre este tema, en el caso de España, lo dicho por Fernández, Tomás R.; DE LA ARBITRARIEDAD DE LA ADMINISTRACIÓN; Editorial Civitas, S.A. 2ª. Edición. Págs. 129, 131 y 132: *“Precisado esto, conviene ahora proseguir con las razones esgrimidas por quienes reclaman en nombre de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho mayores espacios de libertad para el desarrollo de los programas de Gobierno y rechazan, en consecuencia, las injerencias de los jueces en esos espacios, criticando el exceso de galantismo del que tales injerencias resultan y, por supuesto, el exceso inherente a las pretensiones de sustitución por aquéllos de las decisiones discrecionales de las autoridades administrativa.”*
“Reducida así la cuestión a su núcleo estricto, es decir, a la libertad de elección por la Administración entre las varias soluciones posibles, no creo que pueda ser motivo de escándalo el que los jueces, obligados por el artículo 9.3 de la Constitución a distinguir entre discrecionalidad legítima y arbitrariedad prohibida, exijan en primer término una motivación suficiente de las razones que han determinado a la Administración a elegir una solución concreta y a preferir ésta a las demás posibles.”
“Porque, ¡nótese bien!, exigir a la Administración que dé cuenta de sus actos, que explique con claridad las razones que la mueven a elegir una solución en lugar de otra u otras y confrontar con la realidad la consistencia de esas razones es algo que no sólo interesa al justiciable, sino que importa decisivamente a la comunidad entera.”

empresas reguladas del sector. Se configura la nueva Administración con unos principios innovadores, alternativos y diferenciados, que contrarrestan los tradicionales objetivos de la Administración pública, como puede ser el fomento de la explotación industrial, agrícola y económica sin más condiciones.

Se contrarrestan importantes finalidades del Estado y la sociedad, como es la productividad, con nuevos principios como son la preservación del medio ambiente y la salud humana como elemento integrador. Y esto, no sólo como factores contrapuestos a la productividad industrial y competitividad empresarial, sino precisamente como unos nuevos principios y valores que es necesario introducir e integrar, ya que en las sociedades avanzadas la preservación del medio ambiente es un factor inherente a la cualidad y competitividad económica empresarial.”⁴⁰⁴

En efecto, de la era de la regulación se pasó a la de la desregulación y es verdad que, tanto en los Estados Unidos como en muchos otros países, se ha superado una etapa en la que se aplicaron una serie de técnicas de intervencionismo estatal que, más allá de las intenciones con las que fueron establecidas, fueron ineficaces, cuando no contraproducentes. Tal el caso de la fijación de precios mínimos o máximos, de la determinación cuotas de producción, de la concesión subvenciones directas u otras formas de fomento productivo. Paso a paso se tuvo que reconocer que todas esas formas de intervención en la economía actuaban, precisamente, contra los mecanismos del mercado que lo hacen deseable como proceso de ordenación de la vida económica. En el momento mismo en que los precios o tarifas de cualquier actividad o servicio pasaban a ser determinados por una dependencia estatal o agencia administrativa, aunque fuere parcialmente (estableciendo bandas, por ejemplo), la competencia también migraba del mercado a la industria del lobby. Para los consumidores era imposible saber a ciencia cierta si los precios de los bienes o servicios afectados, reflejaban, verdaderamente, una situación de eficiencia económica, en la que la competencia impone que los precios tiendan a reflejar los costes.

⁴⁰⁴ Cfr. MANUAL, Págs. 70 y 71.

De acuerdo con Ballbé, el hecho de que las nuevas agencias independientes se concentren en la protección del medio ambiente, de la salud y la seguridad humanas, y en evitar concentraciones de tipo monopolístico, como valores todos que se sobreponen al objetivo de propiciar un entorno económico productivo y competitivo “sin más condiciones”, consigue cierto equilibrio indispensable en un Estado pluralista.⁴⁰⁵ En este modelo de sociedad, al igual que en el aspecto político se separan los poderes del Estado y opera el famoso sistema de *checks and balances*, así también en lo económico se estatuyen las instituciones necesarias para evitar concentraciones que, de otra forma, supondrían la acumulación de cuotas excesivas de poder, en detrimento de ese pluralismo que, a su vez, es garantía de equilibrio social y de libertad ciudadana. Así, por ejemplo, Ballbé indica que: “*La principal finalidad del Derecho intervencionista de la competencia no es la eficiencia de las empresas sino la protección de los ciudadanos a través de la instauración de una democracia política y económica.*”⁴⁰⁶

Si bien suscribimos esta noción general de “democracia política y económica”, no estamos persuadidos de que la eficiencia económica sea una finalidad ajena al diseño de las instituciones correspondientes.⁴⁰⁷ En gran parte esta diferencia de opinión puede estribar en la noción de eficiencia económica que se acepte como base para realizar el análisis. En este contexto, también es necesario considerar lo dicho por Ballbé en cuanto que la antinomia *Mercado versus Estado* se le muestra como una falacia.⁴⁰⁸ También coincidimos con esto y, en efecto, como hemos escrito en otra parte: “...*el sistema económico de libre mercado supone precisamente la inexistencia de privilegios y, más bien, requiere de un conjunto de normas generales, abstractas y de igual aplicación a todos para un número indeterminado de casos futuros. Y en eso radica justamente la naturaleza de las instituciones constitucionales necesarias para que pueda llegar a*

⁴⁰⁵ Cfr. MANUAL, Págs. 60 y siguientes.

⁴⁰⁶ Cfr. MANUAL, Pág. 62.

⁴⁰⁷ Cfr. Sobre este particular lo discutido en el **The Journal of Law, Economics & Organization V15 N1**, *The Quality of Government*, por Rafael la Porta, Florencio López-de-Silanes, Andrei Shleifer y Robert Vishny. Pág. 265: “*These results present clear evidence of systematic influence of historical circumstances, as captured by ethnolinguistic heterogeneity, legal origins, and religion, on government performance. Government performance is surely in part determined by economic development, but it is also shaped by systematic variation in the histories of individual countries. This conclusion, we believe, is strongly supported by data.*”

⁴⁰⁸ Idem, Pág. 55.

surgir una economía de mercado.”⁴⁰⁹ Por consiguiente es imposible hablar de economía de mercado en ausencia de determinadas instituciones jurídicas y políticas y, en nuestra opinión, también lo es hablar de un Estado pluralista al margen del problema de la eficiencia económica. En primer lugar, porque, en lo que toca al problema del derecho administrativo de la competencia, por ejemplo, la preocupación fundamental es que cualquier empresa pueda llegar a tener tal dominancia en cualquier mercado relevante que, por medio de la reducción de su producción (del *output*) u otras técnicas, pueda imponer precios monopolísticos. Estos últimos se estiman económicamente ineficientes porque no tienden a reflejar costes, sino que incorporan rentas antieconómicas que se extraen de los bolsillos de los consumidores para pasar a los de los propietarios de la empresa.⁴¹⁰ Algunos economistas estiman que la legislación antimonopolios yerra el tiro porque, por una parte, la competencia perfecta no existe ni puede crearse mediante la promulgación de normas jurídicas, y por otra, porque sería menos imperfecto (y generaría menos ineficiencias económicas) que el derecho se circunscribiera a eliminar cualquier barrera de entrada al mercado.⁴¹¹ Esta es una discusión diferente de la que aquí planteamos, cual es que, incluso en el supuesto de que la legislación antimonopolios sea

⁴⁰⁹ Cfr. Mayora Alvarado, Eduardo, TEORÍA CONSTITUCIONAL PARA UNA SOCIEDAD LIBRE, Fundación República Para Una Nueva Generación, Buenos Aires 1997. Pág. 27.

⁴¹⁰ Cfr. Cooter, Robert y Thomas, Ulen, DERECHO Y ECONOMÍA, Fondo de Cultura Económica, México 1998. Pág. 355: “*Los monopolistas fijan los precios a un nivel demasiado elevando, lo que distorsiona la economía. Un precio es demasiado alto cuando excede el costo marginal de la producción de un bien. Cuando el precio supera al costo marginal, algunos consumidores que estarían dispuestos a pagar por el bien más que su costo de producción se abstienen de comprarlo. Si la producción de un bien cuesta menos que lo que la gente estaría dispuesta a pagar por él, la no provisión del bien es ineficiente (“ineficiencia de la asignación”). Además de los precios altos, el monopolio mina la disposición y el dinamismo de los empresarios (“ineficiencia dinámica”). En consecuencia, los economistas condenan al monopolio por ineficiente.*”

⁴¹¹ Cfr. HUMAN ACTION, Págs. 357 y siguientes y, también sobre este aspecto, Rothbard, Murray N., MAN, ECONOMY, and STATE, A Treatise on Economic Principles; The Ludwig Von Mises Institute, Auburn, Alabama, 2001, Pages 581-2: “*The market in the world of production may be termed “free competition” or “free entry”, meaning that in a free society anyone is free to compete and produce in any field he chooses. Free competition is the application of liberty to the sphere of production: the freedom to buy, sell and transform one’s property with out violent interference by an external power. We have seen above that in a regime of free competition consumers’ satisfaction will, at any time, tend to be at the maximum possible, given natural conditions. The best forecasters will tend to emerge as de dominant entrepreneurs, and if anyone sees an opportunity passed up, he is free to take advantage of his superior foresight. The regime that tends to maximize consumers’ satisfaction, therefore, is not “pure competition” or “perfect competition” or “competition without cartel action,” or anything other than one simple economic liberty.*” Page 790: “*Similarly, antitrust laws and prosecutions, while seemingly designed to combat monopoly and promote competition, actually do the reverse, for they coercively penalize and repress efficient forms of market structure and activity.*”

el medio adecuado para conseguir los objetivos que proclama, el problema de la eficiencia económica le es central.

En lo que a la protección del medio ambiente se refiere, ocurre otro tanto. La idea básica en este caso es que, prácticamente, no existe actividad humana que no incida en el medio ambiente. La subsistencia misma del ser humano implica cambios en el ambiente que lo rodea; tanto su alimentación como su vestido y su vivienda, conllevan cambios en el entorno físico en que existe y se desarrolla. De ahí que ninguna organización ambientalista que pueda considerarse seria proponga que el medio ambiente deba permanecer intacto. El objetivo fundamental de estos movimientos ha sido entendido como dos caras de una misma moneda: evitar actividades cuya naturaleza e intensidad supongan la extinción de recursos renovables, susceptibles de aprovecharse de manera sostenible; y privilegiar el uso de recursos renovables de manera sostenible, en lugar de la explotación de recursos no renovables. Jurídicamente estas proposiciones generales suponen la limitación de derechos tales como el de la propiedad o los de industria y comercio, de modo tal que se consiga en la práctica ese desarrollo sostenible. Cuánto de esto está basado en análisis suficientemente sólidos, es materia de otra discusión.⁴¹² Lo que aquí interesa señalar es que ninguna regulación ambiental podría, simple y

⁴¹² Cfr. Anderson, Terry L. y Leal, Donald R., ECOLOGÍA DE MERCADO, Unión Editorial, Madrid 1993. Págs. 256 y 257: “Las soluciones innovadoras para la contaminación atmosférica deberían centrarse en los caminos por los que el gobierno puede definir y hacer cumplir los derechos de propiedad, reduciendo así los costes de la negociación relativos al nivel óptimo de contaminación. Quienes, por el contrario, creen en las predicciones apocalípticas del recalentamiento global reclaman enfoques reguladores bajo las banderas del desarrollo sostenible, ‘su engañosa sencillez y su aparente evidencia han oscurecido su ambigüedad intrínseca’. Se trata, pues, de un concepto plenamente aceptado por todos. Una de las versiones del desarrollo sostenible (que tiene cierta coherencia con la economía neoclásica) proclama que deben ‘maximizarse las coacciones sobre los sujetos’. Según esto, todos los principios ecológicos y todas las éticas ambientalistas deben adoptarse teniendo siempre a la vista el entramado institucional desarrollado por el gobierno. Estos valores pueden incorporarse a través de mercados, como ya se dijo en el capítulo VI, a propósito de la provisión privada de instalaciones para el ocio y de agradables espacios medioambientales. La diferencia esencial consiste en que la ecología de libre mercado incorpora estos valores a través de intercambios voluntarios, mientras que el desarrollo sostenible persigue la solución a través de la tecnología y fija ‘precios justos’ para internalizar los efectos a terceros.

Otra versión, más extremista, pide la ‘conservación de los recursos’, con lo que pretende significar que no deberían reducirse las reservas de ninguno de ellos. Pero este objetivo es inalcanzable, salvo que se pretenda prohibir todo consumo actual de recursos no renovables. No se podría, por ejemplo, extraer mineral de una mina de cobre y transformarlo en bienes de capital, porque se reduciría el stock de cobre disponible para las futuras generaciones. La teoría de la conservación de los recursos ignora la posibilidad de que el consumo de algunos bienes no renovables sea capaz de reducir la utilización de otros que pueden ser más importantes para la vida humana o para el ecosistema.”

sencillamente, prohibir cualquier tipo e intensidad de actividad humana que afecte ‘de cualquier manera’ el medio ambiente. Las autoridades competentes siempre se verán en la necesidad de determinar, mediante sus reglamentaciones o sus resoluciones, un punto por encima del cual la actividad en cuestión deviene inaceptable. ¿Cómo determinar ese punto? ¿Cuáles son los criterios a seguir? Incluso dentro de las llamadas áreas protegidas, excluidas de ‘toda actividad’, se permite (y a veces se propicia) la realización de tareas de investigación científica o arqueológica. Lógicamente, esto sólo es posible porque las normas, o la discreción que las normas dejan al criterio de los funcionarios competentes, estiman que los beneficios de afectar el medio ambiente de que se trate, serían mayores que los costes de hacerlo. Adicionalmente, en relación con la protección del medio ambiente, independientemente de cuán rigurosas sean las normativas aplicables, también hay métodos más eficientes que otros para conseguir ese objetivo y, dejando a salvo la falibilidad humana, es lógico esperar que las reglas e instituciones estatuidas para ello, procurarán orientar la actividad de la Administración hacia el empleo de los métodos más eficientes, sean cuales fueren las circunstancias imperantes.

Las reflexiones anteriores vienen al punto de hasta dónde puede llegar el control jurisdiccional de la legalidad de la actividad administrativa. En ese sentido, si se observa lo acontecido en Guatemala durante la época desarrollista o el debate que ha suscitado en Estados Unidos el tipo de funciones que pueden desempeñar adecuadamente las agencias administrativas, incluso las que se circunscriben a la protección de la libre competencia o del medio ambiente, tiene que convenirse en que existe una cierta relación entre la naturaleza de las funciones administrativas, por un lado, y la posibilidad de que el control jurisdiccional de la legalidad pueda ser eficaz. Así,

- 1) cuando la Administración ejerce funciones regladas, que:
 - i) pueden requerir en ocasiones la necesidad de determinar cuestiones de hecho;
 - o
 - ii) suponen la necesidad de resolver cuestiones complejas, pero,
 - iii) no implican la necesidad de definir políticas públicas o la determinación de criterios teóricos, técnicos o científicos; entonces,

- el control jurisdiccional de la legalidad de su actuación puede realizarse a plenitud.
- 2) Cuando, por el contrario:
- i) los órganos administrativos tienen facultades para o establecer o dictar políticas públicas,
 - (a) haciéndolas valer por medio de las normas que dictan o,
 - (b) haciéndolas valer por medio de las resoluciones que emiten, entonces,
 - el control jurisdiccional presenta más dificultades y, por regla general, plantea la disyuntiva de:
 - I. Que se traslade a los órganos jurisdiccionales competentes, por medio de la revisión o control judicial, la última palabra sobre dichas políticas públicas o en cuanto a los aludidos criterios teóricos, técnicos o científicos; o bien
 - II. Que la revisión o control jurisdiccional se limite a la determinación de cuestiones jurídico-formales o de procedimiento administrativo y, cuando mucho, de protección de los derechos fundamentales.

Da la impresión que, de los diversos sistemas descritos en capítulos anteriores, los europeos han tendido a una revisión jurisdiccional más predominantemente jurídica-formal y de respeto a los procedimientos administrativos, mientras que en los Estados Unidos, el control jurisdiccional ha ido más lejos. Esto no quiere decir que en los sistemas europeos —como se ha visto— las facultades discrecionales queden fuera de la revisión judicial, sino que ésta se orienta más al análisis de los elementos que concurrieron (o que debieron haber concurrido) a la formación y manifestación de la voluntad del órgano administrativo cuya actividad se revisa, mientras que en los Estados Unidos, además de estos aspectos, los tribunales revisores escudriñan más de cerca el contenido material de la resolución administrativa (o sus reglamentaciones). Como es natural, esta característica ha dado lugar, precisamente, a esa tensión a que aludimos arriba.⁴¹³

⁴¹³ Supra, Pág. 205.

Esto tampoco es de extrañarse porque, para empezar, por definición los tribunales jurisdiccionales han sido establecidos y sus miembros entrenados para hacer valer el derecho, y no criterios económicos, sociales o políticos, según fuere el caso; en segundo término porque, ¿qué sentido podría tener la sustitución de los criterios de política pública de un órgano administrativo por los de uno jurisdiccional? ¿No son los parlamentos y sus órganos internos los más indicados para cuestionar y ventilar la adopción de políticas públicas equivocadas?

En la medida y en tanto en cuanto el Estado, a través de sus órganos administrativos –sea los que integran la Administración central, sea las nuevas agencias administrativas— ejerza facultades relacionadas con la definición de políticas públicas ambientales, con la salud pública y los medicamentos, con los medios y sistemas de transporte o con las circunstancias que conforman un fenómeno de concentración de poder de mercado que deba considerarse indeseable, parece que lo más juicioso es que los sistemas de control sean tanto de naturaleza política, como también jurisdiccional, ya que los tribunales confrontan la disyuntiva de asumir el rol de *policy makers*, como dicen de manera tan gráfica los estadounidenses, o de contentarse con determinar si las formas y procedimientos jurídicos se han satisfecho.

Pero, ¿hay otras salidas? ¿Puede el Estado dejar de intervenir?

iv. Opciones a la intervención administrativa.

La cuestión de si el Estado contemporáneo podría dejar de intervenir en numerosas actividades de la vida económica, en relación con aspectos tales como la protección del medio ambiente, de la salud humana, de la libre competencia, de la estabilidad monetaria, o del consumidor, para mencionar tan sólo las más significativas, es mucho más amplia que el objeto específico de este trabajo, pero se relaciona con el mismo en el sentido de lo discutido en la sección anterior. Efectivamente, distintas formas de intervención administrativa conducen a resultados también distintos. Así, por ejemplo, no es lo mismo:

- 1) Organizar la generación y el suministro de la energía eléctrica dentro de la Administración centralizada; que
- 2) Organizar la generación y el suministro de la energía eléctrica por medio de una entidad estatal, pero descentralizada y del tipo autárquico; que
- 3) Dejar a los privados que generen y suministren la energía eléctrica, bajo la rectoría de un “ente u órgano regulador”.

En ninguno de esos tres supuestos puede hablarse, en sentido estricto, de un mercado de generación y de suministro de energía eléctrica, pero evidentemente es más probable que, dadas ciertas condiciones, surja un cierto proceso de mercado a partir del último esquema. De hecho, este tipo de esquema conduce, más temprano que tarde, al surgimiento de un mercado propiamente dicho, o a una intervención directa. Los esquemas eclécticos difícilmente pueden extenderse por períodos prolongados de tiempo.

Esto se debe a la interacción que se produce entre los procesos económico, político y de la intervención en sí,⁴¹⁴ lo cual puede ilustrarse refiriéndonos de nuevo al ejemplo de la energía eléctrica, respecto del cual cabe considerar dos puntos de partida básicos:

- A. Que la energía eléctrica se estime como un bien o servicio público al que toda la población debe poder tener acceso; o
- B. Que la energía eléctrica se estime como un bien o servicio disponible para quienes puedan demandarlo, es decir, para quienes puedan adquirirlo al coste que el servicio tenga en cualquier momento determinado.

En la primera hipótesis, la generación y el suministro de energía eléctrica podrían organizarse de cualquiera de las tres maneras indicadas arriba, es decir, como un servicio

⁴¹⁴ Cfr. En materia de política monetaria, por ejemplo: Buchanan, James M., ECONOMIA CONSTITUCIONAL, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1993. Pág. 197: “*Injertar la economía keynesiana en el tejido de una democracia política ha dado lugar a una importante revisión de la constitución fiscal básica. El resultado ha sido una tendencia a los déficits presupuestarios y, por consiguiente, una vez que el funcionamiento de las instituciones democráticas son tomadas en cuenta, la inflación. Los gobiernos democráticos responderán por lo general más enérgicamente ante el desempleo que ante la inflación. Los ajustes presupuestarios dirigidos a la prevención o al control de la inflación raras veces se darán como consecuencia de una política premeditada...*”

público a cargo de la Administración centralizada; a cargo de una o varias administraciones públicas descentralizadas; o bien, en manos privadas, bajo la autoridad de algún órgano regulador. Cualquiera que fuere el sistema organizativo escogido, sería necesario incorporar alguna modalidad de subvención pública, de modo que aquellos que desean, pero no pueden demandar (en el sentido económico⁴¹⁵) el fluido eléctrico, puedan adquirirlo a un precio por debajo de su coste. Dicha subvención tendría que financiarse: (a) con cargo a los presupuestos públicos, lo cual implicaría que los recursos de dichos presupuestos que se dediquen a la subvención, ya no estarían disponibles para otras finalidades; o (b) disponiendo que los consumidores de mayores ingresos paguen precios más altos que el coste de la energía eléctrica, para que los consumidores de menores ingresos puedan pagar precios por debajo de dicho coste. Asumiendo que fuere posible gestionar dichas subvenciones de esta última forma, es decir, logrando que los consumidores de mayores ingresos cubran la diferencia necesaria para que los de menores ingresos puedan adquirir el fluido por debajo de su coste, el sistema sería, no obstante, económicamente ineficiente. Entre otras razones porque todos los recursos económicos que los consumidores de mayores ingresos tendrían que gastar para financiar la subvención, se habrían asignado, en ausencia de esta distorsión regulatoria:

- (1) a otras actividades económicamente rentables, o
- (2) al consumo de otros bienes o servicios; o por último,
- (3) al ahorro (que estaría entonces disponible para los demandantes de crédito).

En pocas palabras, las subvenciones generarían una asignación ineficiente de recursos que, en la medida de su importancia, afectaría el nivel de prosperidad de la economía en su conjunto. Si las subvenciones fueren más bien insignificantes, porque los beneficiarios de la subvención fueren una porción relativamente pequeña del conjunto,

⁴¹⁵ Cfr. Benegas Lynch, (h), Alberto; FUNDAMENTOS DE ANALISIS ECONOMICO, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994. Pág. 85: “En el ámbito del mercado, el precio monetario cumple con dos funciones básicas: tiene a ‘limpiar’ el mercado, es decir, hacer oferta y demanda iguales y, asimismo, sirve de señal o guía para la asignación de los siempre escasos recursos productivos. La oferta está constituida por los bienes o servicios que se ponen a la venta y la demanda está formada por aquellos que requieren cierto bien o servicio y cuentan con los recursos necesarios para adquirirlos (el deseo, entonces, es una condición necesaria pero no suficiente para que exista demanda).”

los efectos nocivos para la economía en general serían difícilmente perceptibles, de lo contrario, las ineficiencias se harían sentir de múltiples maneras.

Según el nuevo modelo de intervención administrativa, es decir, el de las “agencias independientes”, de las tres opciones concebibles de organización de la intervención administrativa, sólo la tercera encajaría adecuadamente (la del “ente u órgano regulador”) y tendría el propósito, fundamentalmente, de:

- a) Regular directa o indirectamente los precios y tarifas que, a lo largo de la cadena de producción y comercialización del fluido, encajarían en el diseño;
- b) Prevenir conductas anticompetitivas (monopolísticas) de los generadores y distribuidores privados;
- c) Prevenir daños al medio ambiente; y
- d) Prevenir daños a la salud y seguridad públicas.

Además de las ineficiencias económicas derivadas de la mala asignación de recursos, si se examina el contenido de todas y cada una de las funciones que tendría el órgano regulador, es fácil advertir que su cumplimiento requeriría: (i) procurar mantener los ingresos de los generadores/distribuidores tan bajos como fuere posible, por un lado; y (ii) que los generadores/distribuidores asuman los costes más altos posibles para la protección del medio ambiente y de la salud pública. Esto tendría que ser así porque:

- a) Mientras más altos fueren los precios y tarifas que carguen los generadores y distribuidores de energía eléctrica, mayores serían los costes del fluido y más grandes tendrían que ser las subvenciones;
- b) Mientras más grandes fueren las subvenciones, más fuertes serían los incentivos de los que son fuente directa de su financiación, para accionar dentro del sistema político en contra de las mismas; y
- c) Ante la fijación de las tarifas y precios más bajas posibles por parte del órgano regulador, los generadores/distribuidores procurarían gastar lo mínimo posible en equipos, procedimientos y mecanismos para la protección del medio ambiente y de la salud y seguridad públicas.

Pero esto implicaría dos grandes contrasentidos: (i) por un lado, la determinación de los precios y tarifas fuera de mecanismos de mercado anularía la competencia, cuya protección supuestamente debería asegurar la agencia independiente; y (ii) si el regulador llegara a fijar precios y tarifas por debajo de cierto margen de rentabilidad (que realmente nadie, más que cada inversor conoce para sí), los generadores y distribuidores carecerían de los incentivos necesarios para invertir en mantener o aumentar su producción, incurriéndose así en el riesgo de que se vayan produciendo niveles cada vez mayores de demanda insatisfecha, cuando el objetivo inicial de todo el sistema era el de dar acceso a todos al bien o servicio en cuestión. Llegado este punto, al Gobierno no le quedará más opción que abrir el mercado, para que puedan cargarse precios y tarifas que conlleven una rentabilidad que atraiga la inversión, o suprimirlo del todo, asumiendo la totalidad de los costes de emprender las inversiones no rentables que serían necesarias.

En síntesis, lo que hemos llamado esquemas eclécticos que, por un lado persiguen que funcione un mercado razonablemente eficiente y por el otro persiguen una serie de objetivos “meta mercado”, son una especie de “bomba de tiempo”. Primero, porque pretenden que los mercados se desenvuelvan de acuerdo con criterios ajenos a la lógica del mercado y, luego, porque prescinden de los incentivos de los diversos actores para generar presiones dentro y fuera del proceso político. Más específicamente, estos esquemas persiguen que los mercados funcionen “como si no existiera distorsión alguna”, creando, al mismo tiempo, las causas de las distorsiones.

Podría creerse que en el ejemplo de la energía eléctrica el hecho de que, arbitrariamente, se identificó por nuestra parte como uno de los objetivos “meta mercado” que el servicio fuera asequible prácticamente para toda la población, es el problema principal y no, por ejemplo, la protección de la libre competencia, del medio ambiente y de la seguridad y salud públicas. Veamos.

Supongamos que se arranca del segundo punto de partida, es decir, uno en el “que la energía eléctrica se estima como un bien o servicio disponible para quienes puedan demandarlo, es decir, para quienes puedan adquirirlo al coste que el servicio tenga en

cualquier momento determinado.” En este caso, el órgano regulador se abstendría de determinar directa o indirectamente los precios, porque la competencia haría que los mismos tiendan a reflejar los costes reales y lo único que se persigue es que, aquellas personas que puedan pagarlos, disfruten del servicio. El órgano regulador, no obstante, sí actuaría para evitar situaciones de tipo monopolístico, entendidas como concentraciones que se estiman excesivas y que, por lo tanto, podrían traducirse en el uso de “poder de mercado” por los monopolistas o los carteles, que podrían entonces llegar a cargar precios por encima de los costes reales, quedándose el monopolista con la utilidad correspondiente. Además protegería el medio ambiente y la salud y seguridad humanas.

Esos tres objetivos “meta mercado” incidirían, inevitablemente, en el incremento de los costes y de los precios. Primero, porque, en ausencia de privilegio alguno, cualquier generador o distribuidor que llegare a tener una posición dominante sólo podría adquirirla porque, debido a sus precios más bajos, iría ganando mayores porciones de mercado. Llegado cierto punto, sin embargo, el órgano regulador tendría que detener ese proceso, porque la teoría supone que, cuando el dominante fuere el “señor del mercado”, estaría entonces en posibilidad de subir los precios, por encima de costes, haciéndose de la utilidad respectiva, en detrimento de los consumidores. Por lo tanto, tendría que recurrirse a alguna medida que le impida a quien ha llegado a esa posición dominante, aumentar su porción de mercado, con lo cual se eliminarían, también, sus incentivos para ofrecer mejores precios. En segundo lugar, tanto la protección del medio ambiente, como de la salud y la seguridad humanas, implicaría la imposición, para todos los agentes del mercado, de costes adicionales que, irremisiblemente, tendrían que reflejarse en los precios del fluido.

Ahora bien, el problema que se presenta en relación con estas consecuencias inevitables es que: (a) no afectan por igual a todos los proveedores; y (b) tampoco afectan a todos los consumidores por igual. Entre los diversos generadores o distribuidores de energía, para seguir con el ejemplo, los habría siempre unos más eficientes que otros y eso significa que un coste adicional de “x” podría: (i) para los más eficientes, significar una merma de utilidades que no los disuade de mantener el mismo nivel de actividad

económica; (ii) para otros menos eficientes, significar una merma de utilidades que podría incidir en una reducción de su nivel de actividad económica; o (iii) para los menos eficientes, implicar pérdidas que les llevaría a salir del mercado. Si llegara a presentarse situaciones como las descritas en los dos últimos supuestos, el órgano regulador habría provocado, sin quererlo, mayores niveles de concentración en el mercado y, por ende, menos competencia. Todo lo contrario de su principal objetivo. Algo parecido ocurre en relación con los consumidores, porque un incremento de precios “x” afecta de manera muy diferente a los consumidores “marginales” que a los que no lo son. El consumidor marginal es el último consumidor a cualquier precio determinado y, si ese precio aumenta, deja de consumir el producto o servicio de que se trate.⁴¹⁶

Nada hemos dicho todavía de la dinámica que, paralelamente, se produce por el lado del proceso político. Los agentes políticos responden, dentro de las reglas del sistema, a cualquier fenómeno que pueda suponerles costes o beneficios en relación con su proyecto político, como suele llamársele. Por consiguiente, ciertos incrementos de costes o de precios, que pudieren sacar del mercado a uno o más empresas marginales, o a cualquier determinado número de consumidores marginales, suele ser, para algunos agentes políticos un serio problema, y para sus detractores, una oportunidad dorada para criticar las políticas oficiales. El desempleo, los aumentos de precios, los cierres de empresas, de cierta magnitud, siempre son un problema o una oportunidad políticas.

Claro está que hay ciertos mercados, como el de la generación de energía y su distribución, que presentan ciertas peculiaridades, como el hecho de que las redes de transmisión o de distribución no pueden duplicarse sin incurrir en costes muy significativos. En ese caso, como también en el de las telecomunicaciones, por ejemplo, suele ser necesario introducir ciertas obligaciones legales o reglamentarias de

⁴¹⁶ Cfr. Huerta de Soto, Jesús, ESTUDIOS DE ECONOMÍA POLÍTICA, Unión Editorial, Madrid, 1994. Pág. 21: “*En efecto, el ser humano actor, a lo largo de una serie de etapas, valora los medios en función del fin que cree que los mismos le permitirán alcanzar, efectuándose dicha valoración no de manera global, sino en función de las distintas unidades intercambiables de medio que sean relevantes en el contexto de cada acción concreta. Siendo esto así, el actor tenderá a valorar cada una de las unidades intercambiables de medio en función del valor que la última de ellas tenga en su escala valorativa, puesto que de perder una unidad o de lograr una unidad más de medio, la correspondiente utilidad que se pierda o gane vendrá dada en función del valor que en la escala valorativa individual tenga el fin que pueda perderse o ganarse como consecuencia de esa unidad.*”

interconexión y otras, que propicien la apertura de los mercados. También es cierto que algunas sociedades han llegado a consensos relativamente amplios o muy difundidos en cuanto a que, en palabras del profesor Ballbé, la preservación del medio ambiente y la salud humana son “*nuevos principios y valores que es necesario introducir e integrar, ya que en las sociedades avanzadas la preservación del medio ambiente es un factor inherente a la cualidad y competitividad económica y empresarial.*”⁴¹⁷ Así lo entendemos también nosotros, sin embargo, esa idea básica obliga a preguntarse ¿cuál es la mejor manera de introducir e integrar esos valores y principios: la nueva intervención administrativa u otro tipo de instituciones? Esta es una cuestión muy importante porque los consensos se forman y se resquebrajan, muchas veces, por las consecuencias económicas concretas que acarrearán para diversas personas en diversas circunstancias y, por consiguiente, siempre es económicamente mejor y moralmente superior, emplear la solución más adecuada.

En ese orden de ideas, es necesario considerar las bases y la estructura de las principales formas de intervención administrativa y, alternativamente, los sistemas de definición de derechos privados que se han desarrollado recientemente. El común denominador de ambos paradigmas es la imperfección. Ninguna institución humana puede escapar esa condición y de ahí se sigue que lo que se impone es la comparación de sistemas imperfectos, procurando determinar cuál sería más eficaz para hacer realidad los principios y valores de convivencia social que cada sociedad, en cada momento determinado, define como deseables. Esto pone de manifiesto que, ni cualquier forma de intervención administrativa, ni cualquier sistema de definición de derechos privados, son, por sí mismos, valores o principios. Son más bien “medios” para alcanzar dichos valores y principios de la convivencia social.

Así, quienes favorecen las nuevas formas de intervención administrativa presuponen que las diversas agencias pueden determinar, *ex ante*, los estándares ambientales, de seguridad y de salud públicas que los diversos agentes económicos deben observar, para lograr, por ejemplo, cierto nivel de crecimiento económico sostenible, que

⁴¹⁷ Cfr. MANUAL, Pág. 71.

la propia Administración (o la legislatura) tendría que haber definido más o menos concretamente. Del otro lado, quienes privilegian las soluciones de derecho privado estiman que es posible (es decir, que los beneficios superarían los costes) generar sistemas de derechos privados, susceptibles de protección por los tribunales de justicia, en temas tales como las emisiones de gases por la industria, la pesca o la explotación de los bosques. Anderson y Leal afirman, sobre este particular, lo siguiente:

“Dada la dificultad de implantar regulaciones nacionales e internacionales, la solución al problema común de la atmósfera global requerirá respuestas innovadoras. A lo largo de las páginas de este libro hemos estimulado el desarrollo de los derechos de propiedad y, en caso necesario, el establecimiento de títulos de propiedad parecidos a las cuotas individuales y transferibles de las pesquerías. Este enfoque tiene capacidad suficiente para aportar las únicas soluciones realmente innovadoras en el campo de la contaminación atmosférica.

En el caso de las emisiones de los automóviles, a las que se acusa de ser una de las causas principales de los gases de invernadero, el planteamiento de los derechos de propiedad es de una simplicidad absoluta: privatizar las vías de circulación congestionadas. Las emisiones de los coches son un problema porque al tratarse de una fuente móvil resulta costoso rastrear a los contaminantes y exigirles compensación por daños y perjuicios. Estos costes podrían reducirse en muy buena medida si se considera que la fuente de la contaminación son las autovías y autopistas y se hace a sus propietarios responsables de los daños. Considérese hasta qué punto podría afectar esta medida a la congestión del tráfico, que obliga a reducir los niveles de velocidad y aumenta las emisiones. Si la media de velocidad pasa de 100 a 10 km por hora, se multiplica por 10 el tiempo de funcionamiento de los motores. Y como el combustible es menos eficiente a velocidades cortas, también este factor contribuirá al aumento de las emisiones.

Con la privatización de las autopistas y con estrictas normas de responsabilidad, los propietarios de estas vías de comunicación tendrán incentivos para reducir las emisiones. Los automóviles dotados de mejor equipamiento para el control de las contaminaciones podrían pagar peajes más baratos y se podría llegar,

incluso, a prohibir la circulación de los que no cuentan con sistemas adecuados...

Respecto de otras fuentes contaminantes en las que no es tan sencilla la solución de los derechos de propiedad, debe depositarse más confianza en el desarrollo de estos derechos. De todas formas, la contaminación del aire requiere, al igual que todas las soluciones basadas en derechos de propiedad, que las emisiones sean medidas y controladas.”⁴¹⁸

Pero no es el propósito de este trabajo entrar en la discusión detallada de las ventajas o desventajas relativas de cada uno de estos esquemas institucionales –el de la intervención administrativa por medio de agencias independientes o el de la definición de derechos de propiedad, para que surjan mercados-, sino más bien señalar que es insoslayable la existencia de dificultades técnicas y conceptuales cuando se pasa al plano del control jurisdiccional de la legalidad de la actividad de la Administración, si la naturaleza de sus funciones deviene fundamentalmente técnica, de definición de políticas o de adopción de criterios teóricos, *per se* discutibles. Y esto impone la necesidad de examinar marcos institucionales alternativos, en los que los órganos jurisdiccionales puedan cumplir su función, digamos, natural.

El mismo problema se presenta cuando se trata del derecho de protección a la competencia, puesto que, como ya se ha señalado en otra parte de este trabajo, hay escuelas de las ciencias económicas que, en efecto, entienden que es posible determinar en qué momento se han presentado circunstancias que podrían permitir a cualquier empresa (o a un cártel) cargar precios monopolísticos y, además, que es posible tomar medidas que impidan tal cosa, como también las excesivas concentraciones de poder económico. Otras escuelas económicas entienden que, dentro de la imperfección que marca toda y cualquier institución humana, la del mercado funciona mejor cuando el marco jurídico se circunscribe a impedir o a remover cualquier tipo de barrera a la entrada o de privilegio que pudiera suponer, para cualquier competidor, una ventaja sobre los demás.

⁴¹⁸ Cfr. ECOLOGÍA DE MERCADO, Págs. 252 y 253.

Cuando los tribunales de justicia son llamados a revisar los hallazgos de las agencias establecidas para la protección de la libre competencia, los procesos judiciales se convierten en foros en los que se discute teoría económica, más que cualquier otra cosa.⁴¹⁹ ¿Es ésta la mejor opción institucional? Estimamos que el examen de esta cuestión es insoslayable porque el control jurisdiccional de la legalidad de las actuaciones de la administración pública tiene limitaciones que es necesario reconocer; entre otras, que los jueces no son expertos en las variadísimas materias técnicas, teóricas y de política pública en las que incursionan las agencias independientes o los órganos administrativos, ni dirigen cuadros de investigadores o expertos que pudieran proporcionarles los elementos necesarios para determinar cómo y cuándo las facultades atribuidas a dichas agencias se han descargado con razonabilidad, ecuanimidad, imparcialidad y acierto. La revisión judicial sólo puede funcionar en relación con materias, fundamentalmente, “revisables”. Así por ejemplo, la decisión de un banco central de reducir sus tasas de interés, con efectos sistémicos (y en el caso de los Estados Unidos, también globales), es diferente de la decisión de un gobierno municipal o local, de conceder o denegar una licencia de construcción. El Derecho puede o no concederle al Banco Central la potestad de, básicamente, dirigir la política monetaria del Estado; pero si le concede las facultades para hacerlo, los elementos que los funcionarios competentes pueden o deben tomar en consideración para definir dicha política monetaria, no sólo son extra-legales sino también teóricamente discutibles, por lo que vano sería someter sus decisiones a revisión judicial; los controles en este tipo de casos tendrán que ser de naturaleza política. En el

⁴¹⁹ Cfr. Sobre este particular: Adams, Walter y Brock, James W., ANTITRUST ECONOMICS ON TRIAL, Princeton University Press, 1991. En forma del diálogo que se produce entre un abogado y un experto que depone ante un tribunal, que conoce de un caso de protección a la libre competencia, los autores examinan los temas que mencionan en su introducción, Pág. xi: “*For some twenty-five years, a shrill cacophony of divergent opinion has marked the debate on U.S. antitrust policy. Theorists against empiricists. Apostles of the Chicago-based New Learning against defenders of the traditional structure/conduct/performance paradigm. ‘Laissez-faire’ advocates against ‘interventionists’. ‘Neoconservatives’ against ‘neoliberals’. Aside from the arguments of those who believe that antitrust is a counterproductive anachronism and should be abolished altogether, the debate has centered on the proper role of antitrust to promote a decentralized decision-making mechanism, or is it simply to promote a maximum of ‘consumer welfare’? Does concentration of power in the hands of a single firm or a few firms matter, or can we rely on the market to erode monopoly and oligopoly power? How should economic power be measured in the relevant product market and geographic market? Is there a trade-off between market dominance and superior efficiency? In this context, what is an appropriate policy toward mergers generally, and toward horizontal, vertical, and conglomerate mergers specifically? What scientific and practical guidelines are at hand to formulate a rational and workable policy on mergers?...*”

caso de la licencia de construcción, si bien podría haber elementos de discrecionalidad o de subjetivismo en la decisión, como dice el profesor Fernández: “no creo que pueda ser motivo de escándalo el que los jueces (...) exijan en primer término una motivación suficiente de las razones que han determinado a la Administración a elegir una solución concreta y a preferir ésta a las demás posibles.”⁴²⁰ En este mismo contexto, sin embargo, el profesor Escribano Collado pone por ejemplo lo resuelto por el Tribunal Supremo español en una sentencia de 15 de diciembre de 1986, en el sentido de que en un asunto urbanístico cabe “la posibilidad de sustituir el criterio técnico de la Administración por el del propio Tribunal cuando los datos obrantes en el juicio conduzcan a una ‘única solución coherente’. Si son, en cambio, posibles varias soluciones, todas ellas lícitas, únicamente la Administración podrá decidir según su propio criterio de oportunidad.”⁴²¹ El mismo autor indica cómo, hacia principios de los noventa, la posición prevaleciente del Tribunal Supremo había sido “contraria a enjuiciar las decisiones tomadas por los órganos técnicos de la Administración, cuando aquéllas se basan en criterios de expertos o de técnicos propiamente dichos, especialmente en el ámbito de la valoración de méritos y de la evaluación de pruebas que miden la capacidad o el conocimiento de los candidatos.”⁴²²

Se trata pues de una cuestión que no es fácil de zanjar porque la diferencia entre una decisión del tipo de la de política monetaria y otra como la de la licencia de construcción, talvez no sea esencial, porque no radica en un elemento distinto de la mera discrecionalidad del agente de decisión; sin embargo, siendo el género común, parecen ser especies diferentes. Si la licencia fuere denegada porque los planos del inmueble, por ejemplo, colisionan con el estilo arquitectónico del distrito en el que pretende edificarse, el problema sería uno de opinión técnica y sería necesario tan solo determinar que la opinión que la municipalidad tomó en consideración, no fue arbitraria.⁴²³ Pero en el caso

⁴²⁰ Cfr. DE LA ARBITRARIEDAD DE LA ADMINISTRACIÓN, Pág. 131.

⁴²¹ Cfr. Escribano Collado, Pedro; **Técnicas de Control Judicial de la Actividad Administrativa**, en: LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO COMPARADO, Editorial Civitas, S.A., 1992. Pág. 370.

⁴²² Cfr. Op. Cit., Pág. 368.

⁴²³ Cfr. Op. Cit. Pág. 174, en la que el autor alude a la sentencia de 11 de julio de 1991 que, en nuestra opinión, encaja en la especie de lo discrecional revisable. El texto recogido por el Prof. Fernández dice así: “Esto es lo que dice la ejemplar sentencia de 11 de junio de 1991, que yo cité en el escrito que tanto ha irritado a mi colega. Las dos empresas que se presentaron al concurso convocado por el Ayuntamiento de

de la política monetaria, aumentar o disminuir la tasa de interés en un cuarto o en un medio por ciento, es totalmente arbitrario porque se relaciona con lo que ciertos síntomas o indicadores económicos “le dicen” o le transmiten a los técnicos, que a su vez los convierten en diversos escenarios posibles que podrían o no presentarse, dependiendo también de múltiples variables. Al final de cuentas, a la Junta, al Consejo o a quien fuere que le toque decidirlo, no le queda más que actuar intuitiva o instintivamente, aunque fuere sobre la base de los estudios e informes que se le presenten.

Hay decisiones que pueden ser discrecionales pero no arbitrarias, y otras que sólo pueden quedar al libre arbitrio del agente de decisión, en el sentido específico de que para un órgano jurisdiccional sería lógicamente imposible determinar cómo o por qué la decisión tendría que haber sido diferente.⁴²⁴ La línea divisoria entre cuáles decisiones discrecionales pueden tolerarse por no ser arbitrarias y cuáles son imposibles de juzgar, no es exactamente lo mismo que el problema de la discrecionalidad ni se quiere dar tal cosa a entender; lo que aquí se discute por nuestra parte es que, dentro del ámbito de las decisiones discrecionales, hay: a) algunas que permiten la determinación de la existencia o no de arbitrariedad, tanto en lo que al órgano o agencia que deciden el asunto, como también en relación con los dictámenes técnicos obrantes al expediente; b) algunas en las que no sólo es posible determinar la existencia o no de arbitrariedad, sino que además existe información suficiente y capacidad, por parte del órgano jurisdiccional, para señalar cuál es o debió ser la opción técnica a seguir; y c) otras en las que, por tratarse de

Madrid reunían, según los informes técnicos obrantes al expediente administrativo, ‘un alto grado de capacitación, experiencia y medios suficientes’, sin que desde esta perspectiva se hubieran establecido diferencias entre ambas. Así las cosas, ‘en igualdad de alto grado de capacitación, experiencia y medios suficientes’ para realizar una obra, la racionalidad de los principios de buena administración exige la elección de la mejor oferta económica, al menos cuando no se invoca razón alguna para apartarse de esa solución’, dice con exquisita prudencia la Sentencia, que inevitablemente concluye afirmando que ‘de ello deriva que la decisión ajustada a Derecho era la de adjudicar el contrato a la hoy parte apelante y así lo ha declarado esta Sala, que, en virtud del principio de efectividad de la tutela judicial –art. 24.1 de la Constitución— puede sustituir a la Administración en sus pronunciamientos cuando existe ya base en los autos.’

⁴²⁴ Cfr., sobre el problema del control de los actos discrecionales, también el trabajo de Escribano Collado; **Técnicas de Control Judicial de la Actividad Administrativa**, en el que señala en Págs. 363 y siguientes que la jurisprudencia española de principios de los años noventa ha variado su enfoque anterior del control de la discrecionalidad administrativa, concentrándose en: a) la flexibilización de la prueba de la desviación de poder; b) la congruencia de la decisión discrecional con la realidad objetiva a la que se aplica; c) el carácter razonado del ejercicio de la discrecionalidad; esto es, la exigencia de su motivación; d) el enjuiciamiento del ejercicio de la discrecionalidad técnica; y 5) los principios de proporcionalidad y de elección de la mejor opción.

cuestiones *per se* debatibles (cuál es el mercado relevante para cualquier bien o servicio; si dos productos son o no marginalmente sustituibles; si la economía estaba a punto de sobrecalentarse; si llegó el momento en que una empresa puede fijar precios monopolísticos; etcétera), la opinión de un tribunal –si pudiera técnicamente darla—sería tan arbitraria como la de los técnicos cuyos pareceres obran al expediente.

En este contexto, el profesor Igartua Salaverría ofrece una clasificación interesante, entre la “discrecionalidad interpretativa” y la “discrecionalidad estratégica”. La primera se refiere a “cuando las disposiciones jurídicas vienen expresadas con lenguaje indeterminado”; y la segunda, a “cuando –independientemente de si el lenguaje legal es indeterminado o no—las disposiciones jurídicas no prescriben –ni determinada ni indeterminada—cuál, de entre los medios conducentes a un fin, ha de adoptarse”.⁴²⁵ De acuerdo a su enfoque, “la discrecionalidad administrativa (discrecionalidad estratégica) existe independientemente de las características del lenguaje legal, aunque éstas puedan aportar, con la frecuencia que sea, la presencia contingente de una segunda discrecionalidad (discrecionalidad interpretativa); y la discrecionalidad judicial (discrecionalidad interpretativa) depende sobremanera de las características del lenguaje legal.”⁴²⁶ Ahora bien, precisamente por la cita que hace este autor de lo dicho por García de Enterría y Fernández, es decir, que “la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se funda en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.) no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración”⁴²⁷, es que nos preguntamos aquí: ¿de qué manera podrían los tribunales de justicia controlar la juridicidad de la actividad administrativa, cuando se trata de esa discrecionalidad estratégica, si no fuera sustituyendo su criterio extrajurídico, por el del órgano jurisdiccional? Parece ser que la única solución práctica a esta cuestión sería la de la “deferencia”, proclamada con no pocos bemoles en decisión del caso *Chevron U.S.A., Inc. V. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984), que oportunamente hemos comentado. En ese supuesto, empero, asoma inmediatamente el peligro de la arbitrariedad.

⁴²⁵ Cfr. *Revista española de Derecho administrativo*, *Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa*; Pág. 544

⁴²⁶ *Idem*, Pág. 545

Creemos, por lo tanto, que los límites lógicos y naturales del control jurisdiccional o de la revisión judicial de la actividad administrativa, deben llevar a la reflexión sobre qué tipo de facultades deben o no conferirse a los órganos del Estado, pronunciándonos en el sentido de que uno de los elementos concretos que deberían servir base para otorgar o no cualquier poder o facultad pública, es la posibilidad real de que dicho poder o facultad sea efectivamente controlable por los órganos jurisdiccionales. En definitiva, la ruta a seguir se nos presenta más próxima a lo que el profesor Tomás R. Fernández describe en estos términos:

“Allí donde ésta no se produjo (una cultura jurídica estatocéntrica) y donde la división de poderes siguió siendo interpretada en su sentido primigenio las cosas suceden de manera opuesta. La sociedad no está absorbida ni tutelada por el Estado, sino que se autorregula por vía contractual en el marco de las Leyes, unas Leyes que tampoco pretenden preverlo, ni regularlo todo, imponiendo a priori un modelo de conducta uniforme, seleccionado al efecto por sus autores, sino que se limitan a prohibir los comportamientos claramente indeseables y a asegurar un cierto equilibrio protegiendo los intereses de los más débiles, dejando, en consecuencia, libre el espacio restante, y por tanto, un amplio margen para la autorregulación social, que los jueces, en último extremo, corregirán o complementarán.”⁴²⁸

XIV. Codificación, jurisprudencia, doctrina.

i. Dos familias jurídicas, un solo enfoque.

Algunos tildan el sistema guatemalteco de “elemental” y echan de menos la existencia de un código procesal administrativo, así como también lamentan lo rudimentario del proceso contencioso-tributario.⁴²⁹ Claro está que una buena plataforma legislativa, por así decirlo, facilita el desarrollo de la función misma del control de la legalidad, tanto a los jueces como también a los funcionarios y, sobre todo a los administrados. Empero, cuando se analizan las características, circunstancias y situación actual de dicho régimen jurídico, resulta de interés e importancia tener presente cómo se originaron, desarrollaron y llegaron a su mayor expresión los sistemas que hemos

⁴²⁷ Cfr. *Principio de legalidad...* Pág. 553.

⁴²⁸ Cfr. Fernández, Tomás R.; Op. Cit., Pág. 115.

⁴²⁹ Cfr. Castillo González, Jorge Mario, *DERECHO ADMINISTRATIVO*, Instituto Nacional de Administración Pública, 10ª Edición, Guatemala 1998. Pág. 427: “En Guatemala no existen tribunales

descrito brevemente en este trabajo. En ese sentido, podría hacerse una primera clasificación, entre los continentales –el francés y el español— y los anglo-americanos – el inglés y el estadounidense, ya que en general se piensa que las dos familias jurídicas más importantes de occidente son la del derecho romano-germánico y la de la *common law* y se las entiende distintas en cuanto que la una es un sistema de “derecho escrito” (con lo que frecuentemente se quiere decir: “derecho legislado”) y la otra, de “derecho jurisprudencial” (de casos o de precedentes). La realidad, no obstante, es bastante más compleja e interesante y, para los efectos de este estudio, importa señalar que el peso específico de la jurisprudencia de los consejos de Estado, de los criterios judiciales, de la doctrina de las cortes de casación, etcétera, es mucho más importante en la tradición romano-germánica de lo que suele creerse.⁴³⁰ Por consiguiente, caracterizar los sistemas estudiados de la manera propuesta tendría por objeto más bien apuntar precisamente lo contrario: que, independientemente de que Francia y España, por un lado; e Inglaterra y los Estados Unidos, por el otro, pertenezcan a familias jurídicas diferentes, la importancia de la doctrina o de los fallos de los tribunales para efectos del desarrollo de la institución del control jurisdiccional de la legalidad de la actividad administrativa, ha sido fundamental. En los cuatro casos, los tribunales han sabido asumir su potestad revisora, desarrollarla, justificarla y hacerla digna de respeto. En ninguno se ha llegado –ni se llegará—al estadio final de perfección, pero el factor individual de mayor relevancia ha sido la evolución de esta institución en las páginas de las sentencias o de las resoluciones de los diversos órganos que en todos esos países tienen las competencias para realizar el control jurisdiccional.

administrativos. En consecuencia, existe un proceso contencioso organizado en forma elemental, sin juez administrativo y sin Código Procesal Administrativo.”

⁴³⁰ Cfr. Por ejemplo, Merryman, John H., THE CIVIL LAW TRADITION, Stanford University Press, California, 1985. Pág. 47. “*Whatever the ideology of the revolution may say about the value of precedent, the fact is that courts do not act very differently toward reported decisions in civil law jurisdictions than do court in the United States. The judge may refer to a precedent because he is impressed by the authority of the prior court, because he is persuaded by its reasoning, because he is too lazy to think the problem through himself, because he does not want to risk reversal on appeal, or for a variety of other reasons. These are the principal reasons for the use of authority in the common law tradition, and the absence of any formal rule of stare decisis is relatively unimportant. Those who contrast the civil law and the common law traditions by a supposed nonuse of judicial authority in the former and a binding doctrine of precedent in the latter exaggerate on both sides. Everybody knows that civil law courts do use precedents.*”

Otro aspecto de interés que debe señalarse es que, si bien las tradiciones dentro de las que el contencioso-administrativo se desarrolló en España y en Francia, y la revisión judicial en Inglaterra y los Estados Unidos, son diferentes, algunas técnicas se han empleado de manera similar. Así, por ejemplo, el único de los cuatro sistemas en el que no existe la figura de los “tribunales administrativos”, como pertenecientes a la Administración, es el de España y el único en el que el Poder Judicial no tiene (sustancialmente) competencias de control jurisdiccional, es el de Francia, factor que tampoco ha incidido en el hecho de que los cuatro, insistimos, cuenten con una orgullosa tradición jurisprudencial en esta materia.

1) Francia.

A la luz de la evolución del sistema francés, considerado por propios y ajenos como uno de los principales modelos en el mundo, puede afirmarse que el carácter esencialmente jurisdiccional de cualquier sistema –tanto en cuanto a su forma como a su contenido⁴³¹—puede ser una condición conveniente y deseable, pero no necesaria para que el control de legalidad sea una realidad concreta. Si la siguiente etapa de evolución de dicho sistema habrá de ser la supresión de la “jurisdicción administrativa”, de manera que el control de la legalidad quede circunscrito a la “jurisdicción judicial”, está por verse y, seguramente, ciertos factores exógenos tendrán más incidencia en ello que una preocupación por deficiencias de fondo, en cuanto al control efectivo de la legalidad. Nos referimos a que el debate, que parece instaurado en cuanto al futuro del sistema francés, radica más bien en la cuestión de si la plena vigencia del derecho a tener acceso a un sistema de justicia administrativa imparcial, exige la existencia de una estructura completamente jurisdiccional, y no en cuanto a la inexistencia, actualmente, de un sistema que, en efecto y en la realidad, consiga sujetar la Administración al derecho.

De cualquier manera, lo que aquí interesa subrayar es que uno de los modelos paradigmáticos del control de la legalidad de los actos de la Administración –como lo es el francés— se originó, desarrolló y llegó a sus mayores grados de refinación técnica y eficacia práctica, careciendo de ciertas características formales y estructurales que sí se

⁴³¹ La ausencia de lo cual, por cierto y como quedó indicado arriba, ha sido criticado del sistema francés dentro del sistema europeo de derechos humanos.

presentan en el ordenamiento jurídico guatemalteco. Nos referimos al hecho de que este último se origina y desarrolla: (i) estatuido, expresamente, a nivel constitucional; (ii) estructurado dentro del Poder Judicial y con las garantías, por consiguiente, de independencia, estabilidad en el servicio, antejuicio (o inmunidad) y demás, que por lo general se han otorgado a los órganos jurisdiccionales; (iii) con las facultades necesarias y explícitamente ordenadas (tanto a nivel constitucional, como legal), de revocar o modificar, por ilegales, los actos y resoluciones de la administración pública; y (iv) con facultades explícitas (tanto a nivel constitucional, como legal) para conocer y resolver sobre controversias relacionadas con contratos y concesiones administrativos. Cuando se afirma que el sistema de Guatemala se originó y se ha desarrollado con las características aludidas, debe aclararse que, lo que en estricto rigor eso significa es que, “formalmente” así ha sido.

En Francia esto ha ocurrido con base y gracias, principalmente, a la jurisprudencia del Consejo de Estado. Este órgano sigue siendo parte del aparato administrativo del Estado y, aunque esa circunstancia misma sea para algunos criticable, hace todavía más interesante y digno de atención el hecho de que en ese país sea una realidad notable la vigencia del ideal del imperio del derecho, y como expresión concreta de ello, el control de la legalidad de los actos de la Administración, por medio de esa peculiar figura de la “jurisdicción administrativa”.

Tratando de este particular, desde la perspectiva de “una visión histórica y comparatista”, el profesor García de Enterría explica como:

“El Conseil d’État carecía de cualquier poder para imponer en el terreno de los hechos las consecuencias de su juicio eventualmente anulatorio, lo que venía a demostrar; adicionalmente, que no era propiamente un juez porque de serlo le hubiese correspondido, además de tutelar derechos, ejecutar forzosamente sus fallos y todas las consecuencias derivadas de los mismos.

La fuerza de esa construcción, lógica y rigurosa, quedaba respaldada por la existencia de un recurso ‘de plena jurisdicción’, que sí daba lugar a un verdadero proceso entre partes y en el que la parte privada pedía la tutela de un verdadero derecho subjetivo. Lo único que impedía calificar de proceso judicial al que sustentaba este recurso era la falta de status judicial formal del órgano llamado a resolverlo, una formación administrativa especializada pero independiente para adoptar su decisión, así como su privación de poderes de ejecución forzosa

*contra la Administración. Pero este recurso no podía suplir el desamparo en que el excès de pouvoir dejaba a los derechos subjetivos de los ciudadanos, puesto que el desarrollo del recurso de plena jurisdicción concluyó limitando su aplicación a los solos derechos subjetivos de los ciudadanos, de naturaleza patrimonial (contratos, responsabilidad extracontractual, más tarde impuestos). Todo el grueso de los derechos subjetivos de los ciudadanos, en el complejo mundo de relaciones que mantienen con la moderna Administración, quedaba así remitido al proceso del excès de pouvoir, vía angosta y notoriamente insuficiente, puesto que tales derechos no podían jugar en él, limitado al plano estrictamente ‘objetivo’, ningún papel, sobre todo en el plano sustancial de la tutela efectiva, que como tales derechos subjetivos merecen en un verdadero Estado de Derecho. ...La legislación, por una parte; la práctica de la Sección de la Memoria y Estudios del Consejo de Estado...; la práctica jurisprudencial, por otra (aunque ésta aun en mucha menor medida, por cierto...) han afectado la pureza de la imponente construcción del excès de pouvoir por la resuelta aparición de una perspectiva ‘subjetivista’...
 ...En fin, la Ley de 8 de febrero de 1995 ha extendido a todos los grados jurisdiccionales esos poderes de ejecución, los ha hecho más operativos y ha quebrantado la vieja incapacidad del juez contencioso-administrativo para dictar injonctions o condenas de hacer contra la Administración para imponer la ejecución forzosa de los fallos estimatorios.”⁴³²*

En ese orden de ideas, pues, el recurso por exceso de poder ha sido desarrollado, casi en su totalidad y a excepción por los últimos desarrollos arriba indicados, jurisprudencialmente y, además, ha sido “política jurisprudencial” del Consejo de Estado propiciar el mayor acceso a dicho recurso, a fin de beneficiar a los recurrentes, tanto como sea posible, de las facilidades que el mismo ofrece, así como también a fin de perfeccionar su eficacia.⁴³³ De igual forma, las competencias de los jueces ordinarios para

⁴³² Cfr. En **Revista de Administración Pública, Num. 152, Mayo-agosto 2000**; *Contencioso-Administrativo objetivo y Contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión Histórica y Comparatista*, por Eduardo García de Enterría. Págs. 95 a 97.

⁴³³ Idem y, además en **Revue du droit public, No 6/1999**, Le juge administratif, la procédure et le temps, por Manuel Gros, en donde se expone cómo se ha procurado, también a través tanto de la legislación como de la jurisprudencia descongestionar el sistema, lograr procesos de menor duración y la emisión de resoluciones preventivas o cautelares, que puedan evitar daños irreparables. Entre otros pasajes, Pág. 1718: « UN RISQUE D’OBSESSION DE DÉSENCOMBREMENT : L’EXEMPLE DU DÉSISTEMENT AUTOMATIQUE
 ...Devant la Haute Assemblée, les adversaires de ce décret invoquaient la contrariété de cet article à l’article 6-1 de la Convention européenne des droits de l’homme relatif au droit d’accès au juge. L’idée étant que le justiciable peut croire à tort qu’un rejet du sursis à exécution équivaut à un rejet au fond et que de ce fait il n’utilise pas –par silence— son droit à épuiser le dossier au fond. Or, comme on le rappelait, le sursis à exécution n’est jugé –et notamment le caractère « sérieux » des moyens fondé, car il n’a pas été totalement passé au crible de l’instruction complète du débat contradictoire poussé à l’extrême. »

resolver sobre el sentido o la legalidad de los actos administrativos, por vía de excepción, se ha definido por la jurisprudencia.⁴³⁴

El hecho histórico mismo de que el sistema que quizás haya influido individualmente más en el diseño de la legislación guatemalteca de lo contencioso-administrativo, haya nacido y se haya desarrollado a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos, pone en tela de juicio la idea de que sea una codificación más extensa lo que haga falta. Al final de cuentas, como discutimos adelante, es necesario preguntarse: ¿una codificación de qué?

2) España.

Si se echa una mirada al sistema español, ocurre algo parecido que con el francés, pero con sus propias características. En efecto, véase lo que se opina de la Ley de lo Contencioso Administrativo de 1956:

- *“Puede decirse, sin temor a exagerar, que la Ley de 1956 se adelantó a su tiempo permitiendo la elaboración de una rica y profunda doctrina plasmada en innumerables trabajos científicos y en una **abundante y valiosa jurisprudencia.**”* (Énfasis agregado)⁴³⁵ O, también:
- *“Antes de la promulgación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998 (LJ), se emitió la de 26 de diciembre de 1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, ‘con el ánimo de cumplir lo previsto en el art. 53.2’ de la Constitución, pero fue la primera y no ésta la que debió promulgarse ‘pese a los grandes méritos de la Ley Jurisdiccional de 1956 y el notable esfuerzo realizado por la **jurisprudencia, constitucional y contencioso-administrativa, para reinterpretarla a la luz de la Constitución...**”⁴³⁶*

En otras palabras, el punto de partida fue, es verdad, un marco legislativo bien vertebrado que, de esa manera dio lugar a esa “abundante y valiosa jurisprudencia” que,

⁴³⁴ Vid Pág. 100 supra.

⁴³⁵ En ANÁLISIS TEÓRICO Y JURISPRUDENCIAL DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, Aranzadi, Segunda Edición, Navarra 2002, Pág. 20, en la cual se agrega: “Su Exposición de Motivos, calificada de pieza maestra del Derecho Administrativo moderno, ha permitido que la doctrina y la **jurisprudencia** fueran profundizando en principios básicos de la jurisdicción como el control de los denominados actos políticos, de la discrecionalidad administrativa, garantizando el sometimiento de los Reglamentos a la Ley y al resto del ordenamiento jurídico, ampliando el concepto de interés jurídico hasta convertirlo en interés legítimo, erradicando la desviación de poder y, en último término, ofreciendo a todos los ciudadanos una tutela judicial cada vez más efectiva y real, superando **los obstáculos meramente formalistas** que impedían el paso a una concepción material de la justicia.”

⁴³⁶ Vid. Pág. 112 supra

como puede apreciarse de los comentarios siguientes, prácticamente ha sido el puente hacia la legislación actual, superándola incluso:

- “*Muchas de las novedades de la Ley lo son en apariencia pues, como hemos dicho, ya habían sido incorporadas a la interpretación común **por la doctrina y la jurisprudencia.***” (Énfasis agregado)⁴³⁷
- *Sobre el particular se señala en la exposición de motivos de la LJ, refiriéndose a la Ley de 1956, lo siguiente: “De esta manera, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956 abrió una vía necesaria, aunque no suficiente, para colmar las numerosas lagunas y limitaciones históricas de nuestro Estado de Derecho, oportunidad que fue adecuadamente aprovechada por una **jurisprudencia innovadora**, alentada por el espectacular desarrollo que ha experimentado la **doctrina** española del Derecho administrativo.” (énfasis agregado)⁴³⁸*
- *La LJ fue “muy respetuosa con el texto anterior, incluso en el plano formal y en la propia sistemática” pero, a juicio de García de Enterría y Fernández, no fue renovadora porque: “en no pocos aspectos se ha quedado por detrás, incluso, de los avances ya plenamente consolidados de la propia **jurisprudencia** contencioso-administrativa y, por supuesto, de las innovaciones introducidas sin alarde alguno, pero con notable decisión, en estos últimos años en el Derecho francés.”⁴³⁹*

Desde una perspectiva iberoamericana, es de hacer notar el período histórico durante el cual necesariamente se desarrolló gran parte de dichas jurisprudencia y doctrina, porque alguno podría creer que, debido a las circunstancias políticas por las que Guatemala ha atravesado, era imposible que ocurriera un proceso parecido, a la medida de las dimensiones y propio de una nación joven y en vías de desarrollo. Pues no debe saltarse sin más a conclusiones porque el hecho interesante es, ya se adivina, que desde 1956 hasta aproximadamente 1977 –año en que se realizaron las elecciones generales de 15 de junio— la jurisprudencia y doctrina contencioso-administrativa españolas se forjaron dentro del régimen dictatorial de Francisco Franco. Y es que, en definitiva, el control jurisdiccional de la legalidad de la actuación de la Administración pública sólo puede tomar vida, tener existencia real, en las sentencias y resoluciones de los tribunales competentes. De muy poco podría servir un código impecable, a menos que sus principios, normas y sistema, se articulen de manera coherente, al ser confrontados con la realidad, en las sentencias de los tribunales de justicia, a tal punto que para saber

⁴³⁷ En ANÁLISIS TEÓRICO Y JURISPRUDENCIAL DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, Aranzadi, Segunda Edición, Navarra 2002, Pág. 20.

⁴³⁸ Vid Pág. 113 supra.

verdaderamente hasta dónde estaban la Administración española o la guatemalteca, entre 1956 y 1977, por ejemplo, sujetas al derecho, es a las sentencias de los tribunales competentes a las que habría que recurrir para determinarlo, más que a la letra de la ley o a las eruditas exposiciones de motivos de los autores de los anteproyectos.

Antes de pasar a los sistemas del ámbito de la *common law*, consideramos interesante reproducir las siguientes reflexiones del profesor Fernández:

“Me limitaré por ello, para terminar, a hacer unas breves consideraciones en torno a los logros de la jurisprudencia contencioso-administrativa más reciente, que me parece justo destacar. En nuestro Derecho Administrativo la jurisprudencia ha ocupado siempre un papel secundario, a remolque en muchos períodos del legislador y de la doctrina. El diálogo paciente trabado entre aquélla y ésta a raíz de la aparición de la ‘Revista de Administración Pública’ y, sobre todo, la sabia medida del legislador de 27 de diciembre de 1956 de propiciar como lo hizo, la especialización de la magistratura contribuyó decisivamente a fines de los sesenta a corregir la situación heredada del pasado. Ese impulso permanece y, más aún, ha rendido sus mejores frutos justo en el momento en que la contribución de la jurisprudencia era más necesaria, puesto que nosotros, fascinados lógicamente por la aparición, por vez primera en nuestras vidas, de una Constitución –la primera, además, de nuestra Historia que se presentó y fue recibida como una auténtica norma jurídica—y por los retos que sus radicales novedades planteaban, abandonamos por un tiempo su análisis para ocuparnos exclusiva y preferentemente de los temas mayores de la reconstrucción del Estado y del estudio de la nueva justicia constitucional. Desde 1978 hasta hoy, prácticamente, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha caminado sola en la vanguardia del Derecho Administrativo del que en este sentido ha sido su único motor. Sus logros, sin embargo, han sido extraordinarios.” (Énfasis agregado)⁴⁴⁰

3) Inglaterra y Estados Unidos.

*The doctrine of ultra vires is therefore a doctrine of the common law, despite the fact that the powers which are controlled under it are almost always conferred by Act of Parliament.”*⁴⁴¹

⁴³⁹ Idem.

⁴⁴⁰ Cfr. DE LA ARBITRARIEDAD DE LA ADMINISTRACIÓN, Pág. 136

⁴⁴¹ Cfr. ADMINISTRATIVE LAW, THE PROBLEM OF JUSTICE, Pág. 113. Nuestra traducción del texto citado, sería la siguiente: “La doctrina ‘ultra vires’ es, por lo tanto, una doctrina de la common law, a pesar de que los poderes que bajo la misma se controlan son conferidos, casi siempre, por una Ley del Parlamento.”

Podría creerse que señalar la importancia de la jurisprudencia en el sistema inglés o en el estadounidense de revisión judicial de la actividad administrativa es innecesario, por las características de los mismos, ya apuntadas oportunamente. Sin embargo, una cosa es la deferencia ante los precedentes, como método, y otra el peso específico de los elementos y procedimientos propiamente jurisdiccionales que los tribunales ingleses y los estadounidenses supieron imponer —no sin dificultad— a las agencias administrativas en su actividad. En efecto, a través de la articulación de nociones abstractas, pero cuidadosamente esculpidas por los tribunales, de justicia natural o de evidencia sustancial, por ejemplo, los órganos, dependencias o agencias administrativas se han visto obligadas a observar una serie de principios y procedimientos que garantizan o tienden a garantizar que sus facultades se ejercerán dentro de los límites de la ley y nada más. Claro está que, como ya hemos indicado, mientras más elusivos, vagos o de índole teórica o de política pública son esos límites, más difícil es, por consiguiente, hacerlos valer. Como hemos también señalado arriba, autores tales como Craig, Shapiro, Edley o Cass, entre otros, ponen en tela de juicio si ciertos criterios jurisprudenciales significan algo más que fórmulas vagas que pueden emplearse tanto para que un tribunal tome distancia, como para que escudriñe más a fondo el *récord* administrativo, según fuere la preferencia subjetiva del juzgador.⁴⁴² Esto, en nuestra opinión, se relaciona más bien con

⁴⁴² Cfr. También sobre este particular, en el contexto del análisis del comportamiento estratégico de las agencias y de los tribunales inferiores, en el **The Journal of Law, Economics & Organization**, V15 N2, 1999, *Strategic Instruments: Legal Structure and Political Games y Administrative Law*, por Emerson H. Tiller y Pablo T. Spiller. Pág. 361: “*If our assessment about the relative cost and policy impacts of rulemaking and adjudication are accurate, then our theory helps to explain the shift away from rulemaking in the 1980s and the move to other instruments for agency policy. More specifically, the last two conditions noted above were most probably met in the late 1970s and early 1980s. First, the decision-making resources of the federal appellate courts increased. In 1978 Congress made one of the largest expansions of the federal appellate judiciary by increasing the number of judgeships on those courts by more than one-third (35 new judgeships added to an existing 97). These judgeships were filled by a Democratic president (Carter) and confirmed by a Democratic Senate. More judgeships meant more decision resources for these courts. Second, the gap between the ideological preferences of the judiciary and the agencies increased in the early 1980s. By the time of Carter’s departure the federal appellate judiciary (the D.C. Circuit in particular) was full of Democrats, many of whom were staunchly liberal. In contrast, the ideal points of agencies were quickly to become more conservative as Reagan loyalist took control. Consequently, by the early 1980s an ideological chasm between agencies and the courts (especially the Democrat-laden D.C. Circuit) had occurred. In other words, the distance between the ideal points of agencies and courts increased. That scholars began to notice the ‘ossification’ of rulemaking and the increased use of adjudication (and other nonrulemaking instruments) to change policy is consistent with the implications of our model. More specifically, regulators during this period, knowing that the courts were a hurdle for policy change, increasingly abandoned rulemaking and instead turned to administrative instruments that could be more difficult and costly for the appellate courts to monitor and reverse.*”

el tema más general del tipo de atribuciones o facultades legales que podrían, verdadera y efectivamente, ser objeto de control jurisdiccional, sobre lo que hemos ya expuesto algunas reflexiones.

Lo cierto es que también en Inglaterra como en los Estados Unidos, la existencia real del control jurisdiccional de la legalidad de la actividad administrativa está en los fallos de los tribunales de justicia, más que en cualquier otra fuente del derecho, primaria o secundaria. Para concluir, ha parecido interesante reproducir parte de las observaciones concluyentes en un trabajo de Richard B. Steward:

*El desarrollo del Derecho Administrativo en los Estados Unidos en los últimos veinticinco años ha traído consigo importantes innovaciones en el campo judicial. Ampliando el ámbito de la revisión judicial, imponiendo nuevos requisitos al procedimiento de elaboración de las disposiciones generales, desarrollando nuevas y más exigentes técnicas de control en cuanto al fondo de las decisiones, **los Tribunales han logrado importantes avances en aras de una actuación más transparente y razonada por parte de ese amplio conjunto de Agencias cuya proliferación constituye uno de los hitos más destacados del desarrollo del Estado del Bienestar en aquel país.**” (énfasis agregado)⁴⁴³*

ii. Codificación versus jurisprudencia.

Lo elemental del Derecho administrativo guatemalteco no está, por consiguiente, en la falta de un código de derecho y de procedimientos administrativos, sino en que no se ha desarrollado por medio de la doctrina de los tribunales, por medio de la jurisprudencia, ni lo establecido por la CPR ni lo dispuesto por la LCA o por el Código Tributario, en lo que a esta rama en particular del derecho se refiere. Sería verdaderamente afortunado que “el vacío jurisprudencial” pudiera llenarse con la promulgación de un buen código, porque aunque nada despreciable, esta no sería una tarea difícil de emprender –y de hecho de manera alguna se propugna aquí que se descarte-. Sin embargo, y en primer lugar, como dijimos al principio de este apartado, cuál sería el material que se codificaría, ya que no hay jurisprudencia o doctrina científica que sistematizar. Tendría que tratarse, por lo tanto, del implante de algún modelo académico o del transplante de algún código extranjero. En segundo lugar, y más

⁴⁴³ Cfr. **La Justicia Administrativa En Estados Unidos**, en: LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO COMPARADO, Editorial Civitas, S.A., 1992. Pág. 588.

importante todavía, un tal código sólo tendría implicaciones en cuanto a la vida ciudadana de reflejarse en las sentencias de los tribunales.

Pero, como evidentemente no puede relanzarse un sistema legal con todo y jurisprudencia, ¿qué hacer? Si los razonamientos que se han venido exponiendo por nuestra parte fueren que el control jurisdiccional de la legalidad de la actividad administrativa sólo puede funcionar eficazmente allí donde ya hay jurisprudencia, tendría que convenirse, entonces, en que hasta que la misma no se conforme o acumule, dicho control sería imposible. Realmente, ni se ha afirmado lo primero ni debe concluirse lo segundo. Al punto al que se ha venido dirigiendo nuestra atención –y llega el momento de precisarlo— es a un problema de “mentalidad” o de “cultura jurídica”, como elementos subjetivos que se evidencian de diversas maneras y que describimos al principio de este trabajo, a saber:

- i. El papel secundario que, en general, se ha atribuido y reconocido en Guatemala al Poder Judicial;
- ii. Los escasos recursos que, comparado con los que se han asignado a otras funciones del Estado, se han utilizado en Guatemala para la administración de justicia;
- iii. La existencia, por consiguiente, de pocos tribunales especializados (sólo dos salas para toda la República) en esta materia;
- iv. La falta de divulgación sistemática de los fallos del Tribunal de lo Contencioso Administrativo o de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, en general y en lo que a esta materia se refiere; y
- v. El excesivo formalismo que, en parte, sirve de válvula de escape a todas estas deficiencias, y en parte degrada el valor de los fallos que se pronuncian, careciendo por ello –salvo raras excepciones— de relevancia doctrinal.

La mentalidad que subyace a todos estos aspectos al mismo tiempo se nutre de ellos en forma de círculo vicioso; esto es decir que, como el sistema en general está mal dotado, su producción –su jurisprudencia— también es, por lo general, de mala calidad y,

como consecuencia de ello, la actitud mental que predomina es la de buscar soluciones en otra parte: la legislación, la Administración, la reglamentación, etcétera. Lo que se requiere, por consiguiente, es romper ese círculo vicioso, de modo que el control jurisdiccional de la legalidad se haga realidad, en el sentido ya apuntado de que sólo puede tenerla en las sentencias de los tribunales.

La pregunta que se impone, por tanto, es: ¿cómo romper el círculo vicioso? A juicio nuestro esto requiere de acciones en dos sentidos; primero, es necesario marcar un punto de partida de manera, digamos, oficial y concreta; y segundo, es necesario superar el formalismo. De este punto tratamos después.

El punto de partida podría consistir en la modificación de las disposiciones legales existentes, relativas a cómo se conforma la doctrina legal. Actualmente, de acuerdo con el artículo 627 del Código Procesal Civil y Mercantil: *“Si se alegare infracción de doctrina legal, deben citarse, por lo menos, cinco fallos uniformes del Tribunal de Casación que enuncien un mismo criterio, en casos similares, y no interrumpidos por otro en contrario.”* Adicionalmente a la necesidad de que concurren estos presupuestos para la conformación de la doctrina legal, dado el carácter estrictamente técnico del recurso de casación, la mayor parte de la doctrina del Tribunal de Casación se refiere a los innumerables supuestos en que no se configuran los motivos legalmente definidos. Esto quizás deba atribuirse, en parte a ese carácter eminentemente técnico de la casación, recogido tanto en la legislación positiva como también en la doctrina científica (y la de la propia Corte), según todo lo cual se trata de un medio de impugnación que persigue depurar los errores de juicio o de procedimiento de los tribunales que conocieron en instancia y que pudieran haber conducido a pronunciar un fallo ilegal; y en parte a la excesiva frecuencia con que los litigantes procuran un examen más laxo, a guisa de “tercera instancia”, de los asuntos que promueven.

Como quiera que sea, basta analizar el diseño del sistema de creación de doctrina legal para sustentar la tesis de que, en esas circunstancias, “la jurisprudencia”, en un sentido amplio de la expresión, queda necesariamente relegada a un plano secundario.

Efectivamente, de ordinario el proceso contencioso-administrativo se plantea para discutir la juridicidad de los actos o resoluciones de la Administración pública en el contexto de leyes o disposiciones jurídicas varias, que rigen su actividad y, generalmente la naturaleza y alcances del juicio contencioso-administrativo como tal, son temas ajenos al asunto que se somete a consideración del Tribunal. Por lo tanto, los criterios que el TCA vierte en sus sentencias y resoluciones, relacionados con temas importantísimos de la materia contencioso-administrativa, sólo podrían reflejarse de alguna forma en las sentencias de la CSJ, actuando como Tribunal de Casación, si, en relación con dichos temas, el TCA hubiere incurrido en alguna infracción sustancial del procedimiento, una violación de ley, una interpretación errónea de la ley o en su aplicación indebida. Los errores de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba podrían también dar lugar a que se aborden cuestiones importantes en este contexto, pero por la naturaleza de estos motivos de casación, las probabilidades parecen menores.

Por consiguiente, la situación actual es una en la que, para que se genere doctrina legal sobre puntos relativos al instituto de lo contencioso-administrativo como tal, hace falta:

- i) que el TCA se haya pronunciado en la sentencia o resolución que le ponga fin al proceso, sobre algún punto relativo a dicho instituto, cuando de ordinario su fallo tendrá que ver, más bien, con los derechos que al interponerte le interesa proteger;
- ii) que al hacerlo, el TCA haya incurrido en alguno de los supuestos que configuran un motivo de casación, tales como la violación, la interpretación errónea o la aplicación indebida de la ley, en relación, justamente, con dicho punto relativo al instituto de lo contencioso-administrativo;
- iii) que el recurrente lo plantee en esos términos Tribunal de Casación y que éste se pronuncie en relación con el punto específico, en por lo menos cinco fallos uniformes y no interrumpidos por otro en contrario.

En tales condiciones, en un ambiente o cultura jurídica excesivamente legista y poco sensible a tradiciones tales como la del *rule of precedent* o la del *stare decisis*, la jurisprudencia no va llegar a jugar un papel importante, por lo menos en el corto o en el medio plazos, como en efecto tampoco lo ha jugado desde que se creó por primera vez el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la década de los treinta.

Para cambiar, por lo tanto, las actuales circunstancias en relación con este problema, parece adecuado proponer que las condiciones o presupuestos legales para que se configuren precedentes obligatorios, se modifiquen sustancialmente. El énfasis debería estar, a juicio nuestro, en el propio TCA, más que en el Tribunal de Casación, por la naturaleza y características del recurso del mismo nombre, ya mencionadas, pero sin restar autoridad a la doctrina legal emanada de dicho Tribunal. Por consiguiente, el sistema podría ser uno en el que los precedentes creados por el TCA, mediante sus sentencias o resoluciones, tendrían carácter vinculante, siempre y cuando (i) no fueren contrarios a la doctrina legal conformada por el Tribunal de Casación, o (ii) se legislara *a posteriori* en sentido diferente, claro está. Siguiendo el mismo criterio de lo que ya se ha dispuesto en cuanto al amparo, por el artículo 43 de la Ley de la materia, podría disponerse que fueren, como se dice en dicha disposición: “*tres fallos contestes*” del TCA en materia contencioso administrativa, entendido todo esto en un sentido amplio.

La modificación legislativa podría efectuarse a la LCA, para lo que sería suficiente disponer que:

- iv) Tres fallos contestes de cualquiera de las salas del TCA, producen doctrina legal de observancia obligatoria;
- v) En caso de diversidad de criterios entre las salas:
 - (1) En materias ajenas a lo tributario, prevalecerá el criterio de la Sala I del TCA;
 - (2) En materia de Derecho tributario, prevalecerá el criterio de la Sala a la que se le atribuya competencia para conocer de asuntos de dicha materia;

- (a) De haber más de una sala competente para conocer de asuntos en materia tributaria y haber diversidad de criterios, prevalecerá el de la sala más antigua;
- vi) La doctrina legal sentada por el TCA, debe observarse por las administraciones públicas del Estado, de los municipios y de las entidades descentralizadas, autónomas o semi-autónomas; y
- vii) El Tribunal de Casación podrá revertir mediante una o más de sus propias sentencias la doctrina legal del TCA, en cuyo caso:
 - (1) El fallo que la revierta, por sí solo, conformará doctrina legal; y
 - (2) El Tribunal de Casación deberá ordenar la publicación del fallo en cuestión en el Diario Oficial.

Recapitulando sobre este particular, entendemos que la situación ideal sería una en la que la tradición y cultura jurídicas, tanto de los funcionarios públicos y sus asesores jurídicos, como también de los abogados y magistrados, fuese la de reconocer a los fallos de los tribunales un carácter jurisprudencial más íntegro, de manera que los propios tribunales pronunciaran sus fallos desde esa perspectiva. Es decir, un estado de cosas en el que los magistrados conciban sus sentencias como un aporte, tanto en el plano de la resolución del asunto específico, como también en el de constituir una pauta o criterio que deberían ser consonantes con los vertidos por ellos mismos o por sus colegas, en casos análogos previos. Todo esto lleva, en conjunción con los esfuerzos de la doctrina científica, a la conformación de una cultura jurídica común, de un bagaje compartido, que dota de certeza y estabilidad a la sociedad, en general. En defecto, sin embargo, de tales cultura y tradición jurídicas, esto es, en un ambiente en el que casi se prescinde por completo de los criterios que el TCA vierte en sus sentencias y que la doctrina legal del Tribunal de Casación es, por las razones ya expuestas, tan escasa, parece justificado inducir un cambio de mentalidad por medio de la legislación que rige la materia. Los efectos de la modificación normativa propuesta aquí se irían produciendo en la medida en que el interés de los propios litigantes privados y, desde su propia perspectiva, de las diversas administraciones, sirviera de incentivo para ir en búsqueda de esa doctrina legal, que en cierto modo, existe en bruto pero debe decantarse y depurarse. En ese sentido,

podría considerarse oportuno marcar un punto de partida, no solamente en cuanto al momento desde el cual pudiera ya invocarse la existencia de doctrina legal de cumplirse los presupuestos ya expuestos, sino también en cuanto ámbito temporal de las sentencias que podrían invocarse con esos efectos. Primero, porque “la materia prima” existente, esto es, las sentencias y resoluciones definitivas del TCA no se han publicado ni existen, en general, a disposición del público o del foro. Son públicas en un sentido muy restringido: constan físicamente en expedientes judiciales que no están ordenados con arreglo a criterio técnico alguno. Apenas existen archivos de ordenador o bases de datos, muy recientes, sobre los cuales pudiera empezarse una tarea de sistematización. Segundo, porque el TCA no ha dictado sus sentencias, también por las razones ya aludidas, desde esa doble perspectiva del caso concreto y del bagaje compartido y, por consiguiente, aunque algunas de sus sentencias recogen análisis y reflexiones profundas y serias sobre las normas jurídicas que interpretan y aplican a los asuntos de que conocen, por lo general, privan los enfoques excesivamente específicos.

Existe otra ventaja en cuanto a este enfoque de “borrón y cuenta nueva” y es que probablemente generaría menos resistencia al cambio. Desde el punto de mira de las direcciones de asuntos jurídicos de las múltiples administraciones públicas, la proposición de que, de la noche a la mañana, sus integrantes deben desentrañar de entre décadas, literalmente, de fallos y sentencias del TCA, por lo general ignorados, cuál es la “doctrina legal” actualmente obligatoria para los órganos administrativos bajo su responsabilidad, sería impensable. Simple y sencillamente no existen los medios materiales necesarios para poder determinarlo. Cosa parecida ocurriría a las propias salas del TCA, si bien quizás en menor medida, en relación con los fallos más recientes; pero para los abogados que por lo general representan los intereses de los administrados, la tarea sería igualmente descomunal, aún en el caso de que se crearan organizaciones con o sin fines de lucro, para emprenderla.

Otro problema, de índole teórica y no práctica, sería el del conflicto de leyes en el tiempo. ¿Es constitucionalmente posible atribuirle, hoy, efectos de doctrina legal a fallos o sentencias dictados en el pasado, esto es, antes del inicio de la vigencia de la norma que

les confiriera tales efectos? En cierto sentido puede afirmarse que esto sí sería posible, porque los efectos derivados del hecho de concurrir los presupuestos para que se conforme cualquier doctrina legal, se producirían *a posteriori*. Es decir, los derechos y obligaciones que pudieran surgir, tanto para la Administración como también para los administrados, de cualquier doctrina legal que pudiera considerarse conformada, se producirían hacia el futuro, después del inicio de la vigencia de la ley que les diera vida, jurídicamente hablando. Tanto la Administración como los administrados, según este análisis, tendrían derecho o estarían obligados a adecuar sus conductas futuras, no las pasadas, a la doctrina legal que se considerara conformada, por concurrir los presupuestos correspondientes. Desde otro punto de vista, sin embargo, hechos jurídicos acaecidos en el pasado (las sentencias ya dictadas) estarían teniendo consecuencias jurídicas que, cuando se produjeron, no tenían. En ese sentido, se le estaría atribuyendo efectos jurídicos ulteriores, a hechos jurídicos que, cuando se realizaron, carecían de tales efectos. ¿No constituye tal cosa un supuesto de retroactividad? En general, según la doctrina de la CC, la retroactividad bajo la CPR se produce cuando la ley posterior afecta derechos adquiridos y no meras expectativas y no se presenta cuando la norma es prospectiva, aunque se refiera a hechos ocurridos con anterioridad al inicio de su vigencia, razón por la cual probablemente la propuesta que aquí se presenta no se juzgaría de inconstitucional.⁴⁴⁴ Todo ello no obstante, la cuestión es discutible.

Más que las consideraciones prácticas o de política legislativa que pudiere hacerse, que si bien son importantes requerirían de consideraciones fundadas en elementos de juicio de los cuales se carece por nuestra parte y tampoco interesan a la médula de nuestro análisis, debe insistirse en que, como se aprecia del desarrollo de los sistemas de que se ha tratado en este trabajo en términos generales y sucintos, la jurisprudencia juega un papel primordial para el desarrollo de la “cultura del control jurisdiccional de la legalidad de la actividad administrativa” y, a falta de condiciones que pudieran hacerla surgir espontáneamente, se justifica –quizás hasta se impone–

⁴⁴⁴ Cfr. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA Y SU INTERPRETACIÓN POR LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Editorial Serviprensa, S.A., Guatemala 2002. Pág. 31: “*Como ha asentado esta Corte, no hay retroactividad en ‘la disposición que regula situaciones pro futuro pero que tienen su antecedente en hechos ocurridos con anterioridad’...*”

considerar modificaciones legislativas que propicien dicha cultura aflore, crezca y se consolide. En Guatemala, además, la mentalidad que ha predominado por un período considerablemente largo –siete décadas de contencioso-administrativo— es casi opuesta al surgimiento de esa cultura, debido a que el énfasis se ha puesto en la legislación, de manera desproporcionada, quedando la doctrina legal, o la jurisprudencia, en un sentido más lato, relegada a un plano muy secundario. Esto no ha ocurrido solamente en lo que al contencioso-administrativo se refiere, pero la circunstancia de que por tanto tiempo y hasta la fecha hayan sido tan exiguos los recursos que se le han dedicado, ha pronunciado esa hipertrofia del sistema de justicia guatemalteco en general.

Antes, pues, de invertir recursos en la preparación un Código Procesal Administrativo o cosa parecida, consideramos de mayor prioridad generar el marco de condiciones que pudieran propiciar un cambio de énfasis, un cambio de mentalidad, un cambio cultural, trayendo la jurisprudencia al plano de importancia que ha tenido en sistemas de control jurisdiccional de legalidad que, como los aquí tratados, pueden considerarse eficaces.

iii. Doctrina, ¿sobre qué?

Nos referimos aquí a la doctrina científica, específicamente. Hablamos de los tratados, los manuales, los “cursos”, los artículos, las monografías, las investigaciones, etcétera. Se trata, en general, de ese conjunto de esfuerzos intelectuales por describir de manera sistemática el Derecho y cómo sus partes se relacionan entre sí. Es el desarrollo de teorías que pretenden explicar la operación de los múltiples elementos del Derecho, de modo tal que pueda comprenderse, y no sólo observarse, la fenomenología jurídica. Constituye la aplicación de los innúmeros integrantes de la “comunidad jurídica” (una comunidad cada vez más global) a la tarea de explicar el Derecho como un orden, integrado por múltiples piezas, que deben interrelacionarse congruentemente, aún y cuando, libre como es el proceso de producción de la doctrina, en ocasiones absorba el

tinte de las ideologías, de las inclinaciones personales, de los enfoques filosóficos de los diversos autores.⁴⁴⁵

Este último elemento, el de la congruencia, es fundamental porque, como dice el profesor Hernández Marín: “Casi todos los autores están de acuerdo en que el Derecho está constituido esencialmente por normas jurídicas, es decir, están de acuerdo en llamar ‘normas jurídicas’ a todas o a la mayoría de entidades que pertenecen al derecho.”⁴⁴⁶ Como, por otra parte y encima, son varias las fuentes del derecho, se impone entonces la siguiente cuestión: ¿De qué manera se consigue, en tales circunstancias, cierto grado razonable de congruencia entre las múltiples normas jurídicas que componen ese gigantesco conjunto? La respuesta puede considerarse desde una perspectiva normativista kelseniana, o bien, desde una más tradicional, de la que se hacen eco los profesores Malaurie y Aynès, diciendo que: “los caracteres tradicionales de la norma de derecho, que le parecen incluso congénitos, han sido puestos en tela de juicio por el normativismo de Kelsen; según él, una norma de derecho podría ser especial e individual, por ejemplo en el caso de una estipulación contractual, de una decisión judicial, o de un acto administrativo individual. Si bien ese acto tiene, evidentemente, un carácter obligatorio, no es sin embargo, a mi juicio, una norma, a menos que le sea desprovisto a las palabras su sentido.” (Traducción propia)⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ Cfr. Sobre la noción de doctrina científica, Malaurie, Philippe y Aynès, Laurent, COURS DE DROIT CIVIL, Éditions Cujas, Paris 1994. Pág. 286-7: “La doctrine est constituée par l’ensemble des opinions écrites que les auteurs publient. » (...) Libre, la doctrine est diverse. Il y a des auteurs purement **techniques**, parfois des castrats de la technique, qui ne veulent jamais s’engager ; parmi eux, il y a ceux qui sont exclusivement descriptifs, se bornant à énumérer, avec un grand luxe de connaissances, des séries d’arrêts ou les opinions des autres ; il y a aussi ceux qui sont pragmatiques et ne recherchent que les conséquences pratiques des règles. Il y en a, à l’opposé, que ne voient dans le droit que ses aspects **politiques**, notamment en droit de travail ; mais dans la doctrine, comme partout ailleurs en France, reculent les idéologies. »

⁴⁴⁶ Cfr. Hernández Marín, Rafael, HISTORIA DE AL FILOSOFIA DEL DERECHO CONTEMPORANEA, Tecnos, Madrid 1989. Pág. 37. A continuación de la cita agrega que: “Sin embargo, no existe acuerdo respecto a qué son las normas jurídicas.”

⁴⁴⁷ Op. Cit. Pág. 39. El texto en francés dice: « Les caractères traditionnels de la règle de droit, qui lui paraissaient même congénitaux, ont été mis en cause par le normativisme de Kelsen ; selon lui, une règle de droit pourrait être spéciale et individuelle, par exemple dans le cas d’une stipulation contractuelle, d’une décision judiciaire, ou d’un acte administratif individuel. Si cet acte a, d’évidence, un caractère obligatoire, il n’est pourtant pas, à mon avis, une règle, sauf à retirer aux mots leur sens. »

XV. Otros horizontes, otra mentalidad, otro perfil judicial.

i. Lo formal versus lo integral.

1) El lugar de las formas y los procedimientos.

Un viejo aforismo jurídico reza que *no sólo basta pedir; sino hay que saber pedir*, significando que los problemas jurídicos son de las más diversas índoles y que, debido a eso, las formas y procedimientos para plantearlos (y también resolverlos) se corresponden con la naturaleza propia de cada asunto. Esto también hace referencia a que, conforme la fenomenología social se ha ido sofisticando, son cada vez más las especies de asuntos que llegan a los tribunales de justicia, lo cual a su vez ha tenido como consecuencia que el derecho sustantivo, siguiendo las pautas de las investigaciones de los estudiosos del derecho, reconozca nuevas problemáticas y plasme nuevas soluciones en los instrumentos adecuados o que la jurisprudencia cumpla su papel integrador del derecho. Es verdad que muchas veces los propios juristas confunden lo que no son más que nuevos envoltorios de viejos problemas, y así, sobre la base de sus confusiones se desarrollan cuerpos normativos paralelos a los ya existentes, que muchas veces adolecen de la calidad técnica de los ordenamientos a los que se superponen y hacen más difícil que el ordenamiento jurídico sea un todo consistente y coherente. La nueva legislación sobre protección al consumidor en Guatemala, es un buen ejemplo, pues reproduce, deformadas y mal articuladas, disposiciones que ya existían en el Código Civil o en el de Comercio y crea un órgano administrativo con atribuciones mal definidas que, dotado además de recursos exigüos, ha sido un rotundo fracaso. Una sociedad más compleja, que opera en un mundo mucho más interdependiente, requiere, sin embargo, de un andamiaje jurídico que se actualice y de esa manera le permita encarar los conflictos y diferencias que, también más complejas, inevitablemente se presentan novedosos o en proceso de evolución. Para poder dilucidarlas el Derecho tiene que estatuir ciertas formas y procedimientos acordes a la naturaleza propia de cada especie, de modo que su conocimiento y resolución puedan ocurrir eficiente y eficazmente.

Desde esa perspectiva, las formas y los procedimientos en el Derecho son canales o conductos por cuyo medio pueden transmitirse al juez, y éste conocer y resolver

adecuadamente, las sustancias del problema que le fuere sometido a juicio. Se van conformando para que ese fenómeno de comunicación que es todo proceso judicial, en el que todos los que intervienen transmiten información que a la postre debe sintetizar el órgano jurisdiccional, sea fluido y, sobre todo, acorde a la naturaleza de las cuestiones que constituyen el objeto del litigio. Así, por ejemplo, cuando en el Código Procesal Civil y Mercantil se establecen ciertos requisitos de información sobre la persona que gestiona (su nombre completo, nacionalidad, estado civil, domicilio, etcétera), que deben figurar en la primera solicitud que dirige al órgano jurisdiccional, pero los exonera para las demás solicitudes, la idea es que tanto el Juez como la contraparte ya han sido informados una vez de dichos extremos y sería absurdo (salvo el caso de los cambios que pudieran suscitarse), que lo fueren reiteradamente de las mismas circunstancias. A un nivel más complejo, sería inconveniente que el procedimiento para conocer un asunto de mayor cuantía, fuere el mismo que el estatuido para resolver sobre una medida cautelar, sobre todo si hubiere peligro en la mora.

La forma y los procedimientos, por consiguiente, son fundamentalmente “medios” para conseguir determinados “fines” y no fines en sí mismos, lo cual no quiere decir que sean dispensables, puesto que son formalidades y procedimientos “legales”, sino que deben emplearse (como medios que son) para realizar, en última instancia, los valores tutelados por el Derecho. En ese sentido, las normas jurídicas que establecen las formalidades y los procedimientos, deben considerarse subordinadas a determinados valores u objetivos definidos por el sistema jurídico en su conjunto y en ese sentido, también, las formas y los procedimientos deben considerarse instrumentales, en orden a que los derechos subjetivos de las personas puedan hacerse valer, por lo general. No se trata, realmente, de una cuestión de jerarquía entre las normas sustantivas y las adjetivas, de manera que estas últimas deban considerarse inferiores a las primeras, sino de una complementariedad funcional. Las normas procedimentales y las formalidades que las mismas estatuyen, desde esa perspectiva, tendrían que entenderse como los instrumentos adecuados para lograr que los derechos subjetivos, establecidos por el Derecho sustantivo, sean verdaderamente eficaces, en orden, a la vez, a la realización de los

valores fundamentales, o de los objetivos principales, del ordenamiento jurídico en su conjunto.

2) Falta de conexión entre lo adjetivo y lo sustantivo.

Ahora bien, como se expuso anteriormente, refiriéndonos a las obras de Pásara y sus colegas,⁴⁴⁸ existe abundante evidencia de que esta relación de complementariedad funcional entre las normas de procedimiento y las que establecen formalidades legales, por un lado, y aquellas por las que se establecen los derechos subjetivos de las personas, por el otro, no impregna, por lo general, las resoluciones judiciales en Guatemala. En cierto sentido existe una desconexión fundamental entre los aspectos sustantivo y adjetivo del Derecho, en la mentalidad de los juzgadores guatemaltecos –o por lo menos, de muchos de ellos. Idéntica mentalidad se observa, como un espejo, en los abogados. La evidencia apunta a que, para los unos y los otros, las formas y los procedimientos valen en y por sí mismos, más o menos independientemente del fondo de los asuntos que “por su medio” se discuten. Predomina, pues, una mentalidad formalista y ritualista.

Este es un punto de suma importancia para emprender cualquier reforma del sistema, porque sus consecuencias son enormes. En efecto, jueces y abogados guatemaltecos se representan el proceso judicial, en términos generales, como una secuencia de numerosas etapas en las que el fondo del asunto tiene relevancia en el primer y último momentos, pero en el largo intervalo de en medio, nada o casi nada importa. De hecho, como también se expuso por Pásara et al.,⁴⁴⁹ en no pocas ocasiones el juez que recibe las pruebas es distinto del que dicta la sentencia, debido, en parte, a la poca estabilidad de la carrera judicial, tanto en términos del período de cinco años señalado para prácticamente la totalidad de los cargos de juez o de magistrado, como también, en parte, debido a que la “rotación” de los funcionarios judiciales de un juzgado, o de una sala a otra, se utiliza con frecuencia como medio disciplinario por la Corte Suprema de Justicia. Todo ello aunado al término excesivamente largo de cualquier proceso judicial, produce consecuencias catastróficas.

⁴⁴⁸ Cfr. Supra, § VIII, en LAS DECISIONES JUDICIALES EN GUATEMALA.

El fondo del asunto, entonces, tiene importancia para los abogados de las partes al momento de preparar la demanda y de contestarla o de reconvenir y de contestar la reconvencción; dependiendo de las circunstancias (el planteo de una declinatoria, o cosas parecidas), estas etapas pueden también relevar cierta importancia para el tribunal, pero menos. Después de esa fase inicial, el fondo del asunto queda prácticamente preterido (excepto en alguna medida limitada durante el período de prueba), hasta que llega el día de dictar sentencia. Entremedio se suscitan innumerables actos y diligencias procesales ajenos, casi por completo, al fondo del litigio y esto se debe, precisamente, a que las formalidades y los procedimientos legales adquieren, de ahí en adelante, el carácter de fines en sí mismos.

La depuración de los presupuestos procesales —aunque en este aspecto ha habido algunos avances— suele emprenderse con el objeto de que el proceso termine prematuramente. Desafortunadamente, debido al exceso de casos que sobrecarga el trabajo de los tribunales en general, muchos jueces y magistrados enfrentan incentivos poderosos para enfocar la etapa de depuración de los presupuestos procesales como un medio, además, para aligerar esa pesada carga. Si, no obstante, la demanda (o la reconvencción) logran pasar ese riguroso examen formalista, de ahí en adelante es común que el expediente crezca hasta formar varias piezas que documentan discusiones muchas veces intrascendentes y, por lo general, ajenas al fondo de la controversia. Hasta en aquellos casos en que pareciera que el mérito de las pretensiones del demandante es indiscutible, el proceso puede tardar años. Declinatorias, recusaciones, revocatorias, reposiciones, nulidades, apelaciones y, de manera muy significativa, el amparo, pueden darle al deudor de cualquier obligación jurídica —a la misma Administración— largos años de evasión de sus responsabilidades legales.

3) El amparo: instrumento de congestión.

⁴⁴⁹ Cfr. FUNCIONAMIENTO DE JUSTICIA EN GUATEMALA.

Este no es el lugar para hacer una reseña histórica de la evolución del amparo en Guatemala, pero es importante señalar la mentalidad excesivamente garantista, en general, de muchos de los que intervinieron en la discusión de la CPR de 1985. Esta mentalidad fue, en buena medida, una respuesta natural ante el “desamparo” en que el Poder Judicial dejó, con excesiva frecuencia, a quienes fueron víctimas de acciones represivas durante las tres décadas anteriores y llevó, por último, a la concepción y reglamentación de un juicio o proceso de amparo con características y alcances tan amplios que, pasados pocos años, este instituto se había revertido contra el propio sistema. Realmente, claro está, no es que “el amparo” se haya convertido en un problema, sino que el uso, más o menos “natural” que comenzó a hacerse del mismo, lo convirtió en un problema.

En efecto, a partir del artículo 265 de la CPR fue establecido que *no hay ámbito que no sea susceptible de amparo*, de manera que quedó incluido todo lo jurisdiccional también. La LAEC desarrolla esta proposición de ribetes absolutos, entre otros artículos, en el 10, d), diciendo que procede el amparo: *Cuando cualquier autoridad de cualquier jurisdicción dicte reglamento, acuerdo o resolución de cualquier naturaleza, con abuso de poder o excediéndose de sus facultades legales, o cuando carezca de ellas o bien las ejerza en forma tal que el agravio que se causare o pueda causarse no sea reparable por otro medio legal de defensa.*(Énfasis agregado) Como era lógico, se dispuso en el artículo 19 que previamente a la presentación de un amparo, debía *agotarse los recursos ordinarios, judiciales y administrativos, por cuyo medio se ventilan adecuadamente los asuntos de conformidad con el principio del debido proceso* (Énfasis agregado), pero esto sólo terminó por agravar las cosas.

Nos referimos a que, en el contexto de esa mentalidad formalista y ritualista descrita arriba, por la que las formas y los procedimientos han venido a ser o constituir fines en sí mismos, la posibilidad de plantear cualquier cantidad de amparos a lo largo de un proceso, después de agotar cualquier número, también, de recursos judiciales, ha llegado a conformar uno de los factores principales de la actual congestión del sistema, encima, porque, como lo dispone el artículo 5, d) de la LAEC, *Los tribunales deberán*

tramitarlos y resolverlos (los procesos relativos a la justicia constitucional) con prioridad a los demás asuntos y, como lo establece el artículo 22 de la misma, la omisión de requisitos por quien solicita un amparo, da lugar a que el tribunal que conozca del asunto les señale un plazo de 3 días para que cumpla con ellos.

Por otro lado, como se infiere del ya citado artículo 10, el amparo se extiende también a las facultades “legales” –y no sólo constitucionales—de la autoridad cuyos actos se cuestionen, lo cual es congruente con lo que estipula el artículo 8, que reitera que *no hay ámbito que no sea susceptible de amparo* y añade que *procede siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación de los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.* (Énfasis agregado). Como si todo lo anterior fuera poco, el artículo 2 de la LAEC prevé que *las disposiciones de esta ley se interpretarán siempre en forma extensiva...*

El cuadro no termina con lo expuesto arriba, ya que la CC conoce en apelación de casi todas las sentencias de amparo (la excepción serían los que deben presentarse directamente ante ese propio Tribunal) y de algunos de los autos que se dictan durante el proceso. La contrapartida, cuando se abusa del amparo, vendría determinada por una multa relativamente sin importancia que se aplica a los abogados que han patrocinado el asunto y las costas que, por lo general, serán las de un asunto de valor indeterminado.⁴⁵⁰

4) Síntesis.

Procurando hilar los elementos hasta aquí acotados, tenemos que en la justicia guatemalteca se acusa una falta de conexión funcional entre las formalidades y los procedimientos, como medios para lograr la realización de los derechos subjetivos de las personas, de manera tal que dichas formalidades y procedimientos se convierten en fines en sí mismos, que, no sólo se discuten sin cesar a lo largo de cualquier proceso judicial, sino que además afloran en sucesivos amparos, la inmensa mayoría de los cuales se conocen y resuelven en dos instancias. Difícilmente podrían el formalismo y el

⁴⁵⁰ Según el Arto. 46 de la LAEC, de alrededor de unos EE UU \$125.00.

ritualismo característicos del foro guatemalteco, haber encontrado terreno más fértil para entronizarse y desterrar de los procesos judiciales, casi por completo, el fondo del asunto. La consecuencia lógica de esta situación es que abogados, fiscales y jueces realizan sus respectivas actividades en torno a discusiones meramente formales o de procedimiento que, si bien en algunas ocasiones tienen relación con las exigencias del debido proceso, por lo general acusan deficiencias o errores que sería relativamente fácil corregir. De hecho, muchas de las faltas que se acusan son intrascendentes, en el sentido de que la resolución del fondo del asunto en nada habría cambiado si no se hubieren cometido. Para que la administración de justicia fuere integral sería necesario que la mentalidad de los abogados y los jueces cambiara, reconociéndole valor a las formas y los procedimientos, en función, y sólo en función, de la consecución del objeto central de todo proceso: las pretensiones de las partes, y de la realización de los valores superiores del Derecho. Es probable que un cambio de mentalidad en esa dirección ya esté ocurriendo, aunque –como indicamos en el apartado siguiente—los incentivos operan en su contra. Por esa razón consideramos conveniente, si no necesario, considerar la posibilidad de “forzar”, por así decirlo, ese cambio.

Nos referimos a la promulgación de disposiciones legales que, de manera inequívoca:

- a) Subrayen la adecuación funcional que debe existir entre las formas y los procedimientos, por un lado, y la resolución del fondo del asunto, por el otro;
- b) Orienten la potestad que actualmente tienen los tribunales, de enmendar el procedimiento, en dirección a dicha adecuación funcional y no, como dice actualmente la LOJ, cuando se haya cometido “error sustancial”. El texto vigente, en lo conducente, dice así: *Los jueces tendrán facultad para enmendar el procedimiento, en cualquier estado del proceso, cuando se haya cometido error sustancial que vulnere los derechos de cualquiera de las partes. Para los efectos de esta ley, se entenderá que existe error sustancial, cuando se violen garantías constitucionales, disposiciones legales o formalidades esenciales del proceso.* (El subrayado es nuestro)

El problema del texto actual es que no es difícil violar una disposición legal, de índole meramente formal o de procedimiento que, no obstante, carezca de relevancia en cuanto a la resolución del fondo del asunto; por otro lado, ¿qué significa “formalidad esencial”? Si, en cambio, los jueces tuvieran facultad para enmendar el procedimiento cuando se haya cometido errores que, de no subsanarse, afectarían la resolución del fondo del asunto, debiéndose razonar y motivar dicha circunstancia en el auto respectivo, quizás el enfoque funcional afloraría con mayor facilidad.

- c) Sólo podrían estimarse procedentes las impugnaciones por motivos de forma o de procedimiento, cuando las faltas acusadas, de no ser corregidas o enmendadas, afectarían la resolución del fondo del asunto. En tal caso, además, la estimación del recurso o medio de impugnación planteado, debería conducir, exclusivamente, a la subsanación de aquellos aspectos que, de no enmendarse, afectarían la resolución del fondo del asunto.
- d) El amparo, en materia judicial, sólo debería tramitarse y sustanciarse cuando, a juicio del tribunal competente, la violación o amenaza de violación aducida por el interponente, podría afectar el derecho de toda parte a un debido proceso, por incidir directamente y de manera imposible de subsanar dentro del propio proceso judicial, en la forma en que se resolvería el fondo del asunto, en caso contrario, debería rechazarse *in limine*.

ii. Es más difícil, y menos riesgoso, resolver la forma que el fondo.

1) Naturaleza del análisis.

En este apartado hacemos referencia a lo que podría denominarse el conjunto de incentivos racionales que derivan del marco de referencia o del contexto de la actividad jurisdiccional. Para su desarrollo es necesario describir ese marco de referencia o contexto y, a continuación, aplicar analíticamente ciertas categorías praxeológicas básicas. En relación con el marco de referencia o contexto, se trata, una vez más, del atingente a la administración de justicia guatemalteca, o más ampliamente de las normas

e instituciones, en general, del sector justicia. Ya hemos descrito en más de una ocasión, refiriéndonos a las fuentes que, en nuestra opinión, sustentan nuestros asertos (Vid. Capítulos I, VIII y XV), cuál es la situación imperante; por lo tanto, aquí no es necesario más que puntualizar algunas de las características más relevantes, para efectos de este análisis, debiendo agregar lo que aporta la Ley de la Carrera Judicial, de reciente promulgación, como elemento que conforma dicho contexto.

2) Las características principales.

Las características más relevantes serían, entonces, las siguientes:

- a) Los recursos financieros dedicados al sistema son insuficientes, a pesar de que existe la posibilidad real de asignar más recursos, mejorando la calidad del gasto público en otras áreas, servicios o funciones públicas o, simplemente, sacrificando otras de menor prioridad o importancia que las que tiene el sistema de justicia;
- b) Como consecuencia de lo anterior, por lo general, los recursos humanos necesarios también son insuficientes y relativamente (en comparación, por ejemplo, a las profesiones liberales de la abogacía y el notariado) mal remunerados;
- c) Los niveles de capacitación medios, también como efecto de lo anterior, son relativamente bajos;
- d) La cantidad de asuntos y su complejidad, considerados en relación con los recursos materiales y humanos del sistema, sobrepasan su capacidad (ambos);
- e) Las estructuras de remuneración de los jueces y magistrados no son, en general, sensibles a la calidad de su trabajo o a la naturaleza de sus resoluciones, si de forma, de procedimiento o de fondo; y
- f) Aunque existe la posibilidad de desarrollar una carrera de medio o largo plazo en el Poder Judicial, los nombramientos se hacen (cuando se expiden formalmente, ya que algunos funcionarios son nombrados con carácter provisional) por períodos de cinco años, sin garantías explícitas o

implícitas de renovación, esto es: la función jurisdiccional carece de estabilidad institucional.

3) Las categorías praxeológicas.

Se trata aquí de dos o tres categorías básicas de la acción humana, que explican a un nivel abstracto cómo actúa cualquier persona. Por acción humana se entiende, en este contexto, la acción consciente dirigida a sustituir un determinado estado de cosas por otro, que el actor, de acuerdo a su propia escala de valores y preferencias, estima más satisfactorio. En ese sentido, bien podría ser que la persona que actúe valore aliviar las condiciones de privación de otras personas, o bien, prefiera la estabilidad social y política en el medio y largo plazos, antes que la obtención de beneficios inmediatos que podrían, no obstante, afectar dicha estabilidad. Si así fuere, seguiría siendo “racional” en el sentido que aquí se entiende ese concepto, aportar recursos propios para actividades comúnmente llamadas de solidaridad social o de caridad. También sería concebible que cualquier persona optara por asumir el coste, por ejemplo, de recursos humanos temporalmente improductivos, a cambio de mayor estabilidad laboral de su empresa en el futuro.

Algunos autores hablan, en cuanto a este tema, de la “hipótesis REM”, con lo cual describen el paradigma del individuo “racional, egoísta y maximizador”.⁴⁵¹ Empero, el empleo de esa terminología supondría una de dos cosas, a saber: (a) que todos los valores y preferencias que determinan la acción de los individuos deben considerarse siempre egoístas; o (b) que cualquier valor o preferencia personal que pudiere considerarse “altruista”, desde el momento mismo que reportare alguna satisfacción a quienquiera que los tenga, convertiría en egoísta su acción, aunque fuere guiada por tales valores o preferencias. La cuestión, pues, de hasta qué punto una persona caritativa o solidaria, actúa por o para su propia satisfacción es compleja y ha sido esgrimida por algunos como una de las deficiencias del paradigma también conocido como del *homo economicus*. Afirmar que el comportamiento altruista (caritativo, solidario, etcétera) también se

produce porque deriva para su agente un beneficio o satisfacción personales, lo consideran una deformación de la realidad.⁴⁵² Esto no obstante, algunas máximas de la conducta moral, tales como que *se beneficia más quien da, que quien recibe*, o que *renunciar a sí mismo entraña una satisfacción más profunda que afirmarse a sí mismo*, sustentarían el aserto de que puede haber y perseguirse una satisfacción personal genuina, cuando se actúa altruistamente. Para los efectos del análisis que aquí nos ocupa, sin embargo, no parece que sea necesario llegar al fondo de este punto, puesto que, aunque la imagen del “juez excelso”, profundamente comprometido con los valores supremos del derecho e incorruptible, constituya un ideal a inculcar, carece, no obstante, de utilidad práctica como paradigma para la organización del sistema de justicia. Dicho de otra forma, el diseño o la estructuración de un sistema de justicia funcional y razonablemente eficaz requiere del paradigma del “juez profesional”, y aunque cualquier poder judicial ganaría mucho contando con jueces excelsos, no es indispensable que por regla general lo sean (excelsos) para lograr esas funcionalidad y eficacia razonables. Por lo tanto, como basta con la “racionalidad” para el análisis de cualquier sistema de justicia, incluso si dicha racionalidad excluyera el comportamiento o la conducta altruista (lo cual nosotros no creemos), esta categoría praxeológica seguiría siendo válida para efectos de dicho análisis.

Las personas actuamos, entonces, como ha dicho Mises, “para mejorar”.⁴⁵³ Al proceder así, el actor prefiere más que menos de lo que encuentra satisfactorio, siempre y cuando cada unidad adicional de cualquier cosa que fuere que desee conseguir, le cueste menos que el beneficio que le reportaría esa unidad adicional. En otras palabras, su análisis se produce “al margen” o “marginamente”. Además, el actor constata que cada vez que debe decidirse por una opción, necesariamente debe renunciar a las opciones alternativas y que, en ese sentido también, sus recursos son escasos (cualquier cantidad de ellos que emplee para algún fin, dejará de utilizarse para todos los otros fines posibles). Nada de esto supone que, al actuar con arreglo a estas categorías de la acción,

⁴⁵¹ Cfr., por ejemplo, Schäfer y Ott, MANUAL DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO CIVIL, Editorial Tecnos, Madrid 1991.

⁴⁵² Cfr. THE COLLECTED WORKS OF JAMES M. BUCHANAN, Volume 10: The Reason of Rules: Constitutional Political Economy

⁴⁵³ Cfr. HUMAN ACTION, Pág. 13.

el actor sería infalible, puesto que sus estimaciones (de cuál sería el costo o cuál el beneficio de cualquier unidad de un bien, por ejemplo) bien podrían ser erróneas. La estructura de su razonamiento, sin embargo, será siempre el mismo.

4) Las consecuencias, dados los incentivos.

Si fuere aceptable la proposición según la cual, por regla general, el Derecho sustantivo es bastante más complejo que el Derecho procesal en general, no se diga que las normas que se relacionan particularmente con las formas y los procedimientos, tendría que aceptarse, también, que, por regla general, es más costoso resolver el fondo de cualquier litigio que las incidencias de forma o de procedimiento que, en relación con él, podrían suscitarse. Un “actor racional” puesto ante la disyuntiva de *resolver el fondo o la forma*, en igualdad de condiciones (*ceteris paribus*, como dicen los economistas), optaría por resolver la forma. Esto le sería menos costoso. Si, por el contrario, las condiciones fueren más beneficiosas para él si optare por resolver el fondo, de tal manera que los costes adicionales de hacerlo fuesen menores que los beneficios adicionales, ese mismo “actor racional” optaría por resolver el fondo de la controversia.

No parece muy difícil demostrar la premisa mayor, es decir, que el Derecho sustantivo es más complejo que el procesal. Esto se debe a que las normas del Derecho procesal suelen ser, fundamentalmente, producto de un esfuerzo de organización. Nos referimos a que, si bien el Derecho procesal puede considerarse relacionado en última instancia a ciertos conceptos abstractos de justicia o de certeza jurídica, como valores que el Derecho debe tender a realizar, no obstante, las normas que rigen el proceso judicial suelen ser concebidas a manera de un acto de deliberada creación, por una o varias personas más o menos determinadas. Esto podría decirse tanto en relación, por ejemplo, a la decisión que toma una comisión de juristas que prepara un anteproyecto de código procesal, de cualquier naturaleza, como también de los individuos que, en el Poder Legislativo, realmente intervengan, aunque fuese parcialmente, en el diseño del sistema. El Derecho procesal se nutre, indiscutiblemente, de ciertos principios básicos (como podrían serlo los de defensa, de contradictorio, de audiencia, etcétera) y persigue lograr el descubrimiento de la verdad, para que se haga justicia sobre los hechos que realmente

acontecieron y puedan ser probados, pero, al final de cuentas, supone la plasmación de una cierta organización, de un cierto esquema que puede ser aprehendido en su totalidad, prácticamente, por la mente o las mentes que lo han diseñado, así como por otras. Se trata de lo que Hayek ha denominado “normas de organización” o “*tesis*” y se distinguen de las normas de los órdenes espontáneos, o “*nomos*”, que se descubren y no se inventan (como las “*tesis*”).⁴⁵⁴ Esa operación de “descubrimiento” de las *nomoi* (en plural) se refiere, realmente, a un proceso que de manera alguna es ajeno al quehacer del jurista, sobre todo, de quienes están dedicados a la investigación. Efectivamente, el estudioso del derecho, el investigador, observa permanentemente lo que, en el ámbito de su disciplina, ocurre en el seno de la sociedad en que vive y lo explica de manera sistemática. Así, por ejemplo, las nuevas figuras contractuales se originan de prácticas o técnicas que se van difundiendo, por lo general por su eficacia o superioridad para ordenar cualquier faceta de la actividad humana, y el jurista extrae de ese cúmulo de prácticas y técnicas los elementos que las caracterizan y las sitúa en sus respectivos contextos. Se trata, por lo general, del Derecho sustantivo y, particularmente, del Derecho privado sustantivo. Precisamente porque las nuevas técnicas, prácticas, modelos y, a veces, instituciones jurídicas completas, surgen de la interacción descentralizada de millones de personas dispersas por todas partes, es que la complejidad del sistema de Derecho privado sustantivo es bastante mayor que la del Derecho procesal y, sobre todo, que la de las normas de éste que se refieren a las formas y procedimientos, específicamente.

De manera alguna significa lo dicho arriba que no haya normas e instituciones del Derecho procesal que surjan al modo de un *nomos*, incluso en lo que a la observancia de determinadas formas o procedimientos se refiere, sino quiere decir que, por lo general, los sistemas de Derecho privado sustantivo son bastante más complejos de el Derecho procesal. Y, en ese mismo orden de ideas, el costo de desentrañar o determinar los derechos y obligaciones sustantivos de las partes, a partir del material con que se cuenta, y las consecuencias de sus conductas en relación con los mismos, suele representar mayor complejidad y, por lo tanto, mayores riesgos también. Adicionalmente, las implicaciones que pueden derivarse de cometer un error en el plano de los derechos y obligaciones

⁴⁵⁴ Cfr. LOS FUNDAMENTOS DE LA LIBERTAD y otros trabajos del mismo autor como DERECHO.

sustantivos de las partes, son, por regla general, mayores. Esto es decir que, si bien un error de aplicación o de interpretación de las normas del derecho procesal puede tener graves incidencias en cuanto a la determinación del fondo del asunto, esto, necesariamente, ocurre por la vía indirecta, mientras que cuando se trata de los derechos y obligaciones sustantivos, las consecuencias son directas.

Si se contrastan, entonces, las categorías de la acción humana, con las principales características del sistema de justicia de Guatemala, ¿qué debería concluirse?

Primero, si tuviere como válido lo afirmado antes, es decir, que por regla general es más costoso resolver el litigio de fondo, que cualesquiera cuestiones de forma o de procedimiento, ¿no deberían los escasos recursos materiales y humanos de que se dispone, dedicarse a la resolución del fondo y no de la forma? A un nivel abstracto, la respuesta parece obvia y debe ser afirmativa, pero, a un nivel personal o individual, de no existir incentivo alguno directamente referido a compensar los mayores costes de resolver el fondo de la controversia, lo que racionalmente debería esperarse de los jueces es que opten por la vía menos costosa y menos riesgosa: la forma, el procedimiento. Dicho de otro modo, puesto cualquier funcionario judicial ante una situación en la que:

(a) por lo general es más fácil resolver cuestiones de forma o de mero procedimiento que de fondo;

(b) por lo general es más costoso y riesgoso resolver el fondo del asunto; y

(c) no hay premio (incentivo) específico alguno referido específicamente a la resolución del fondo del asunto;

es de esperarse que serán las cuestiones de forma o de mero procedimiento las que serán dilucidadas, en lugar que las sustanciales. Si a lo anterior se agrega que la capacitación media de los jueces es deficiente y la estabilidad de sus cargos no está debidamente asegurada, sería irracional que asuman, por regla general, los mayores costes y riesgos relativos a la resolución del fondo de los casos de los que conocen. La realidad confirma este análisis, que, a su vez, explica esa realidad.

La Ley de la Carrera Judicial, Decreto 41-99 del Congreso de la República, refleja, en cierta medida, los “incentivos perversos” del sistema, como les denominan los estudiosos del *Public Choice*. Esto, naturalmente, jamás fue querido, pero aunque en sus *considerandos* y en sus primeros dos artículos se afirma la necesidad de reformar el sistema de justicia, para conseguir objetivos estabilidad, independencia, profesionalismo e imparcialidad judiciales, sus disposiciones dicen –porque no pueden más que reproducir las de la CPR—otra cosa. Así, por ejemplo, dos de dichos considerandos declaran lo siguiente:

Que una de las grandes debilidades estructurales del Estado guatemalteco reside en el sistema de administración de justicia, que es uno de los servicios públicos esenciales; que su reforma y modernización deben dirigirse a impedir que éste genere y encubra un sistema de impunidad y corrupción y, al mismo tiempo, se revierta la ineficacia, se garantice el libre acceso a la justicia, la imparcialidad en su aplicación, la independencia judicial, la autoridad ética, la probidad del sistema en su conjunto y su modernización.

Que la consolidación de un verdadero Estado de Derecho, el fortalecimiento democrático de las instituciones y las necesidades del desarrollo requieren de un sistema de justicia que proporcione estabilidad, credibilidad y confianza en las instituciones y en las leyes.

Sin embargo, veamos lo que se dispone sobre el nombramiento y de los jueces y la elección de los magistrados:

ARTICULO 3. PERIODO DE SERVICIO Y GARANTÍA DE ESTABILIDAD.

*Los jueces y magistrados ejercerán sus funciones de forma **permanente e inamovible**, hasta que cesen en las mismas con arreglo a lo que dispone la Constitución Política de la República y esta ley.*

*Los jueces de primera instancia y los magistrados, cualquiera que sea su categoría o grado, durarán en sus funciones **cinco años, pudiendo ser nuevamente nombrados o reelectos, según corresponda**. Los jueces y magistrados, cualquiera que sea su categoría o grado, sólo podrán ser removidos o suspendidos en el ejercicio de sus funciones en los casos y mediante el procedimiento que determina la presente ley.*

Los jueces y magistrados están obligados a procurar un rendimiento satisfactorio en el ejercicio de sus funciones, de manera que contribuyan a una pronta y eficaz administración de justicia. (Énfasis agregado)

Las nociones de “permanencia” e “inamovilidad” de las funciones judiciales, en el marco de un horizonte temporal de “cinco años”, “pudiendo” los jueces ser nuevamente

nombrados o los magistrados electos, carecen, realmente, de significación real y está claro que lo único cierto con lo que un juez o un magistrado puede contar, el día de su nombramiento o de su elección, es con dicho plazo de cinco años; todo lo demás es contingente. No deja de ser una ironía, y al mismo tiempo una muestra adicional de esa mentalidad que tan profundamente ha echado raíces en Guatemala, que de los cinco integrantes del Consejo de la Carrera Judicial, uno ha de designarse por la Asamblea de Jueces y otro por el de la Asamblea de Magistrados, para que ejerzan sus funciones por un período de **un año**, “pudiendo ser reelectos” (Arto. 5) y que idéntico plazo se establezca para las “Juntas de Disciplina Judicial”, que son, en esta materia, “los jueces de los jueces” (Arto. 7).

También queda en tela de juicio la idea misma de “carrera judicial”, ya que la ley que rige la materia, en su artículo 14, establece dos categorías, a saber: la de los jueces de primera instancia y los de paz, a la que se ingresa por nombramiento; y la de los magistrados de la Corte de Apelaciones y demás tribunales colegiados y de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a la que se ingresa por elección. Es el caso, no obstante, que nada asegura a un juez de paz que, llegado cierto momento en su carrera, cumpliéndose determinadas circunstancias objetivas, será efectivamente nombrado Juez de Primera Instancia o electo magistrado, como tampoco existe garantía alguna para los jueces de primera instancia, que, en algún estadio de su carrera y de acuerdo a condiciones objetivamente determinables, serán electos magistrados. La situación de los magistrados de la Corte de Apelaciones y demás tribunales colegiados, es análoga, en términos de sus opciones para integrar, algún día, la Corte Suprema de Justicia.

Es verdad que, en cuanto a llenar plazas vacantes y ascensos se refiere, la Ley de la Carrera Judicial dispone que: *Vencido el período de funciones de los jueces de primera instancia, la Corte Suprema de Justicia renovará o no el nombramiento de los jueces, para lo cual deberá tener en cuenta la previa evaluación de su rendimiento y comportamiento profesional elaborado por el Consejo de la Carrera Judicial* (Arto. 20); y que, aunque no es suficientemente precisa la expresión “tener en cuenta”, no deja de ser un elemento de orientación de la decisión que, en tales circunstancias, debería tomar la

CSJ. Por otro lado, los elementos para realizar dicha evaluación se describen en la Ley de la manera siguiente:

ARTICULO 32. EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO. *El rendimiento de los jueces y magistrados en el desempeño de sus cargos será evaluado por el Consejo de la Carrera Judicial anualmente, o cuando lo considere conveniente.*

Para ello, el Consejo tomará en consideración, entre otros, los siguientes elementos:

- a. El número de autos y sentencias dictadas (sic) mensualmente y su calidad;*
- b. El número de autos y sentencias confirmadas (sic), revocadas o casadas, con distinción de las definitivas;*
- c. El número de audiencias o días de despacho en el tribunal en cada mes del año;*
- d. El número de casos resueltos mediante aplicación de procedimientos y medidas de desjudicialización;*
- e. La observancia de los plazos o términos judiciales a que esté sujeto, conforme a ley;*
- f. Las sanciones a las que haya sido sometido;*
- g. El informe de rendimiento académico que elabore la Unidad de Capacitación Institucional.*

*La **escala** de rendimiento satisfactorio de los jueces y magistrados la fijará el Consejo de la Carrera Judicial, será pública y la renovación de los nombramientos y los ascensos se efectuará (sic) **con estricta sujeción a ella.** (Énfasis agregado).*

En primer lugar es de hacerse notar que la evaluación se realiza para efectos de “renovación de los nombramientos y ascensos”, pero no para la remuneración de los funcionarios judiciales, de manera que, como indicamos arriba, no hay premio (incentivo) específico si se resuelve el fondo del asunto, en lugar de dar largas al caso, entreteniéndose discusiones de forma. En efecto, son muchos los autos –de hecho la mayor parte de ellos—⁴⁵⁵ los que se refieren más bien a cuestiones de forma o de procedimiento y los elementos de evaluación los ubican, exactamente, en el mismo renglón de evaluación que el aplicable a las sentencias que, por lo general, son las resoluciones judiciales que resuelven el fondo de la litis. Esto no necesariamente implica que el

⁴⁵⁵ Para mencionar algunos podemos referirnos a los que resuelven las recusaciones, las excusas, las inhibitorias, las declinatorias, las excepciones previas, el emplazamiento, los recursos de reposición, las nulidades (por violación de ley o por infracción del procedimiento), etcétera.

Consejo debiera darles el mismo valor a los unos que a las otras, pero quizás refleja la falta de una mentalidad que distinga, en este contexto, el coste y riesgo superiores que conlleva la resolución del fondo de la cuestión litigiosa y no sus problemas formales o procedimentales. En segundo lugar, podría interpretarse, a partir del texto de este artículo, que la CSJ debe resolver los nombramientos y los ascensos “con estricta sujeción a la evaluación” realizada, pero, en realidad, si se lee detenidamente el último párrafo de este artículo, lo que dice es que es la “escala” de evaluación la que debe observarse estrictamente por la CSJ. Esto querría decir que, de haber una sola vacante y más de un aspirante evaluado que aspire a llenarla, debería otorgarse la vacante al que tenga una mejor evaluación. Empero, como indicamos arriba, la CSJ no está legalmente obligada a ceñirse a dicha evaluación, sino que a “tenerla en cuenta”. Como si eso fuera poco, además de los elementos, más o menos objetivos de que se compone la evaluación, el artículo citado los enumera “entre otros”; ¿qué debe entenderse por esta expresión?

Otra de las técnicas empleadas por la Ley de la Carrera Judicial, que más bien arroja dudas que certeza sobre las expectativas que podrían formarse los jueces y magistrados, en cuanto a su estabilidad y las reglas a las que están sujetos, es la de la “preferencia” en el nombramiento. La norma que la establece dice así:

ARTICULO 24. PREFERENCIA PARA LAS VACANTES. *Para la provisión de las plazas vacantes y de las que se crearen conforme a ley en las categorías de juez, tendrán preferencia:*

- a. Los jueces de la misma categoría que soliciten el traslado y reúnan los requisitos establecidos en esta ley para los traslados.*
- b. Los jueces que hayan servido en la categoría inmediatamente inferior a la del cargo que deba llenarse y que reúnan las condiciones establecidas en esta ley para el ascenso.*
- c. Los jueces suplentes nombrados conforme lo previsto en la presente ley.*

Cuando haya dos o más jueces comprendidos en la preferencia a que se refiere este artículo, el Consejo de la Carrera Judicial sacará a concurso público la provisión de la plaza.

La incertidumbre viene determinada por este último párrafo, puesto que bastaría que dos o más jueces opten por la plaza que se abre para que desaparezca la preferencia

del todo la preferencia que se les acuerda y deban competir por ella con todos los que, conforme a la Ley, llenen los requisitos legales. Algo parecido ocurre con la norma atinente a los ascensos, cuyo tenor es el que sigue:

ARTICULO 25. ASCENSOS. *Se considera ascenso el acto por el cual un juez o magistrado pasa a desempeñar un cargo judicial de competencia diferente por razón de categoría o grado según lo establecido en esta ley, con la aprobación de la autoridad nominadora respectiva, previo cumplimiento de los requisitos y calidades que corresponden. El reglamento de esta ley regulará expresamente esta materia.*

A pesar de la idea general contenida en esta norma, según la cual se produce un ascenso cuando “un juez o magistrado pasa a desempeñar un cargo judicial de competencia diferente por razón de categoría o grado”, ya decíamos arriba que tal cosa sólo es posible dentro de las dos categorías existentes y, en la superior, de manera relativamente limitada. En efecto, como a los jueces de paz y a los de primera instancia se les nombra por la CSJ (no se les elige por el Congreso), estrictamente hablando no pueden ser ascendidos a la condición, por ejemplo, de magistrados de la Corte de Apelaciones. Para llegar a serlo, un juez de primera instancia tendría que ser postulado por la Comisión de Postulación correspondiente y, posteriormente, electo por el Congreso de entre la nómina postulada. En el caso de los magistrados que integran la Corte de Apelaciones y otros tribunales colegiados, distintos de la CSJ, la situación es, realmente, la misma que la de los jueces de primera instancia, ya que la única forma de llegar a ser electo magistrado de ésta sería la inclusión del interesado en la nómina respectiva y, después, su elección por el Congreso de la República, de entre dicha nómina. En ambos casos —el de un juez de primera instancia o el de un magistrado de la Corte de Apelaciones— la probabilidad de ser incluido en la nómina de la Comisión de Postulación, depende de múltiples variables entre las que la evaluación, de la que antes hablamos, podría ser una, pero no la determinante. Las Comisiones de Postulación no están obligadas a ceñirse o sujetarse a las mismas.

Volviendo, entonces, al problema de los incentivos contrastados con las circunstancias y las consecuencias que pueden deducirse de todo ello, consideramos que, si bien la Ley de la Carrera Judicial es un paso en la dirección correcta, debido

fundamentalmente al marco constitucional del que deriva y depende, está bastante lejos de conformar el marco adecuado y necesario como para que los funcionarios judiciales estuvieren ante incentivos sistémicos suficientemente claros, como para asumir el coste más alto de procurar resolver el fondo de los asuntos de que conocen, en lugar de dar cabida a la discusión de cuestiones de forma o de procedimiento, muchas veces intrascendentes en relación con el objetivo superior de administrar justicia pronta y cumplida.

iii. La independencia del largo plazo.

Los mecanismos de designación o elección de los jueces y magistrados, respectivamente, y el horizonte temporal de sus funciones han influido enormemente – como es natural—en la mentalidad de los funcionarios judiciales guatemaltecos y sobre la percepción que de ellos tienen sus conciudadanos. Ni los propios magistrados ni sus conciudadanos pueden ignorar el hecho, simple pero lleno de significación, del carácter temporal y contingente de las funciones judiciales en el país. Esta situación de carácter general abarca también, lógicamente, al TCA.

La independencia y el horizonte temporal de la función judicial están íntimamente relacionadas, a tal punto que hay estudios en los Estados Unidos que revelan que las diferencias ideológicas que pudieren observarse en cualquier – ¿o en todos?— candidato a un cargo dentro de la judicatura, *ab initio*, tienen, tiempo después, poca relevancia en cuanto al contenido de las sentencias judiciales. Es decir, los sesgos ideológicos *ex ante* de dichos candidatos, tan temidos y cuestionados en los Estados Unidos, no afloran de manera importante en sus fallos posteriormente, cuando la designación ha sido de por vida, como ocurre en el Poder Judicial federal.⁴⁵⁶ Hay también investigaciones en las que

⁴⁵⁶ Cfr. Sobre este particular en **Journal of Legal Studies**, vol XXIV (June 1995), *Politics and the Judiciary: The Influence of Judicial Background on Case Outcomes*, por Orley Ashenfelter, Theodore Eisenberg, and Sewart J. Schwab. Pág. 281: “Many will be surprised that we cannot find that Republican judges differ from Democratic Judges in their treatment of civil rights cases. The religion and gender of the judge had larger but still modest effects. One can always question the data or model, and we are careful not to accept our null hypothesis that there are no differences. But their failure to emerge in a reasonably sized fraction of all civil rights filings in a year (about 8 per cent of the national total for nonprisoner cases) is evidence that individual judge characteristics cannot be assumed to influence substantially the mass of cases.” ... “What should shape the outcome of indeterminate cases? Of course, close cases often make policy, both for the courts and for the society at large. Our findings neither

se demuestra que, ahí donde hay tribunales más independientes (por haber sido designados y no electos), las agencias administrativas emplean más recursos para evitar que sus políticas o decisiones sean revertidas mediante la revisión judicial.⁴⁵⁷ Son dos cuestiones de suyo importantes, pues ponen de manifiesto la existencia de una relación directamente proporcional entre la estabilidad y el plazo para el ejercicio de las funciones judiciales, como numerador, y la independencia de los magistrados, como denominador, por una parte; y los efectos de auto-disciplina que se producen en los órganos administrativos, cuando los tribunales son verdaderamente independientes, por la otra.

También se infiere, a partir de dichos estudios, que la elección, digamos, “democrática” de los funcionarios judiciales no genera, por lo general, independencia, y que el sistema de elección fue escogido en algunos Estados de la federación estadounidense, cuando lo que se perseguía era que los integrantes del Poder Judicial

undermine that received wisdom nor suggest the unimportance of careful judicial selection. But the political aspects of that selection process may not filter down to the mass of litigation.”

⁴⁵⁷ Cfr. Sobre este particular en **The Journal of Law, Economics & Organization**, V16 N2, *Independent Courts and Administrative Agencies: An Empirical Analysis of the States*, por F. Andrew Hanssen.

Pág. 548: “Throughout history, American states have tended to elect their judges when the desire for judicial accountability is paramount, and to appoint them when the desire for judicial independence holds sway. The first citizens of the United States were anxious to safeguard judges from political meddling; the life appointment of judges was enacted in nine of the thirteen original states, and various checks on the appointer were written into the procedures in the other four states. However, as the nineteenth century progressed, concern increasingly focused on questions of popular participation and the responsiveness of public officials to the general will, and states began to elect their judges instead. The initial judicial elections were partisan affairs, held concurrently with elections for other state and local offices. Criticism that partisan elections enabled party machines to capture state judiciaries spurred the establishment of nonpartisan judicial elections, where candidates were forbidden from revealing party affiliation. But as it gradually became apparent that nonpartisan and partisan elections differed little in their ability to check political control, the pendulum swung back. With emphasis again directed toward sheltering judges from political interference, appointment, under what became known as the ‘merit plan’, again emerged as the favored method. Missouri became the first state to enact merit appointment for its supreme court in 1940 and a number of others have followed.”

Pág. 567: “There are many stories about administrative agencies who, faced with the prospect of judicial review and reversal, have devoted substantial time and effort to making their decisions ‘litigation proof’. This article has explored whether this occurs to a greater degree where agencies are subject to review by more independent appointed courts—these courts are less influenced by the kinds of political/electoral factors that ultimately underlie administrative decision making. I investigate three state agencies—utility commissions, insurance commissions, and the state education bureau—and find consistent evidence: each employs a significantly larger staff, controlling for the size of the regulated sector and the ideological preferences of the key political actors, in states with more independent appointed courts.

fuesen “responsables” ante los electores. Responsables, además, en el sentido más bien político, como el término “accountable” se entiende en inglés.⁴⁵⁸

En términos todavía más sintéticos, la independencia judicial es una función o consecuencia, principalmente, del modo o procedimiento para la designación de los jueces y magistrados y del horizonte temporal de dichas funciones y, en ese contexto, si bien el régimen constitucional y legal de Guatemala ha evolucionado de manera interesante en cuanto al modo de designación de los jueces y de los magistrados, se ha quedado, por otro lado, anclado en una bastante inexplicable mentalidad de horizontes temporales excesivamente cortos.

En cuanto a los procedimientos de designación, tanto en relación con los jueces, como también en lo que a los magistrados se refiere, se ha conseguido relegar a un segundo plano al poder político-partidario, en el sentido de que los partidos mayoritarios representados en el Congreso no eligen directamente a los magistrados de la CSJ, de la Corte de Apelaciones o de los demás tribunales colegiados, sino que debe hacerlo de entre nóminas que les presentan comisiones de postulación, que se integran por tres profesiones jurídicas: la de abogado, la académica y la de magistrado. Es verdad que, esto no obstante, los propios partidos políticos han procurado organizar grupos de abogados que les sean afines, para que puedan promover la candidatura de postuladores igualmente afines y que, en ese sentido al menos, la política partidista ha permeabilizado el proceso.⁴⁵⁹ Todo ello no obstante, somos de opinión que el sistema ha operado razonablemente bien.

En lo que a los jueces concierne, su nombramiento compete a la CSJ y no sería sino en la medida en que el Congreso de la República pudiera influir en las decisiones de dicho Tribunal, que podría hablarse de injerencia en el nombramiento de los jueces de paz y de primera instancia, por parte del Parlamento, lo cual realmente no ha sido objeto

⁴⁵⁸ Cfr. El **Webster’s Encyclopedic Unabridged Dictionary of the English Language**, Dilithium Press Ltd., New York 1994, define este vocablo, en su primera acepción, en los términos siguientes: *subject to having to report, explain, or justify; responsible; answerable*

de preocupación a partir de 1986. Por consiguiente, aunque el sistema es perfectible, no podría considerársele del todo inconveniente, sobre todo, si pudiera combinarse con una “carrera judicial”, en el sentido pleno de la expresión.

El problema más importante viene determinado por los horizontes temporales del nombramiento o de la elección de los funcionarios judiciales, sobre lo cual no hemos de reiterar aquí observaciones ya vertidas en otros apartados, sino más bien circunscribirnos a señalar algunas consecuencias que, desde la perspectiva de la racionalidad de la acción del ser humano, deberían esperarse de esta situación.

En primer lugar no hemos hablado de “plazo” –ese plazo de cinco años del régimen guatemalteco— porque, siendo posible que pueda nombrarse de nuevo a los jueces y reelegirse a los magistrados, vencido el plazo inicial, el análisis de la situación a partir de un período temporal exactamente delimitado carecería de objetividad y, probablemente también, de utilidad. Por esa razón hemos preferido hablar de horizontes temporales. Además, estimamos que los profesionales suelen tomar sus decisiones vocacionales más bien desde una perspectiva de “horizonte temporal”, más o menos flexible, que de plazos estancos y rígidos.

La pregunta fundamental que quisiéramos explorar aquí es ¿qué tipo de profesional del derecho, de ordinario, puede atraer el régimen constitucional y legal actual, hacia las funciones judiciales? Para responderla proponemos considerar tres modelos o perfiles de valoración, en relación con cualquier actividad profesional, de los aspectos que aparecen a continuación, en el orden y ponderación que en la tabla de abajo se muestra:

⁴⁵⁹ El autor participó en varias comisiones de postulación, entre 1989 y 2000, en su calidad de Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín y pudo constatar personalmente algunas de las dinámicas que, en este contexto, se dieron.

Aspectos:	Perfil materialista:	Perfil medio:	Perfil idealista:
Ingresos:	12	10	8
Prestigio:	4	6	6
Estabilidad:	10	8	8
Nivel de exigencia:	-6	-4	-2
Total:	20	20	20

Tabla XV.1

Los ingresos incluirían la totalidad de satisfactores materiales que la actividad reporta para el profesional, ya sea que se paguen en especie o se den como derechos o privilegios colaterales, o que el profesional los adquiriera con los ingresos efectivos que perciba. El prestigio personal sería el reconocimiento que tanto los miembros de su círculo más o menos inmediato de relaciones personales, como también la comunidad en que vive, profesan o evidencian en relación con la actividad de que se trate. La estabilidad de la actividad se refiere, precisamente, al horizonte temporal con el que se puede contar para su desarrollo y desempeño; y, por último, el nivel de exigencia abarcaría tanto el número de horas por día (por semana o por mes, como quisiera calcularse) y la responsabilidad moral, legal y los riesgos (también personales y legales) derivados de la actividad en cuestión.

El primero de los perfiles sería el de una persona que valora, más que otras cosas, los satisfactores materiales, en sentido estricto. Por esa razón, le da al prestigio asociado con cualquier actividad de que se trate, menos importancia y le pesan más los sacrificios de esfuerzo y los riesgos asociados con la actividad. En lo que al perfil medio se refiere, las cargas pesarían un poco menos y el prestigio más, siendo todavía más importantes los ingresos y la estabilidad de la actividad que fuere. Por último, el modelo de profesional idealista está dispuesto a trabajar más por menos (por eso las cargas y riesgos de la actividad le pesan menos), interesándole, más que a los otros dos, el prestigio asociado a la actividad que realiza. Sin embargo, la estabilidad sigue siendo importante, porque el

prestigio sólo se construye con el transcurso del tiempo (en actividades profesionales ordinarias no es posible hacerse de buen prestigio en pocos años).

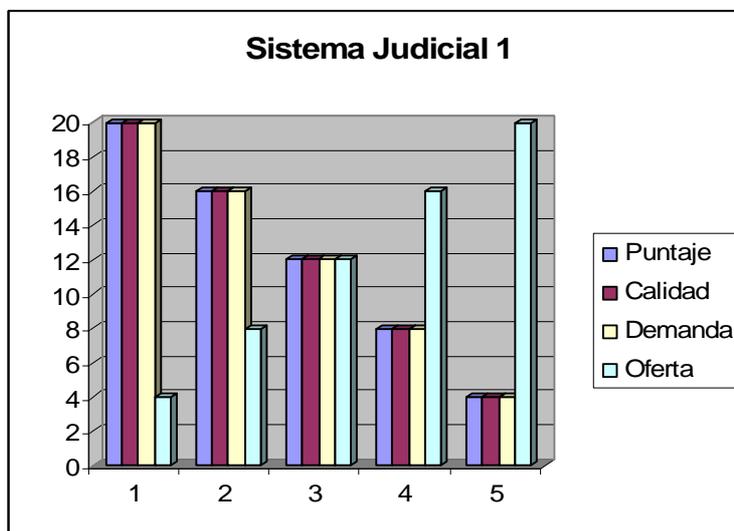
En ese orden de ideas, la opción profesional ideal sería, para cada uno de ellos o ellas, la que arroje las puntuaciones señaladas en la Tabla XV.1, y la menos deseable sería una en la que los aspectos más valorados por cada uno de ellos o ellas, les fueren contrarios o adversos. Llamaremos a la primera la “opción óptima”, correspondiéndole, como se muestra en la Tabla XV.1 un punteo de 20 (para cualquiera de los tres perfiles). A la segunda la designaremos como la “opción pésima”, correspondiéndole un punteo de 4 (para cualquiera de los tres perfiles). No puede dársele a esta última una puntuación de cero, porque entonces dejaría de ser opción.

Lógicamente es de esperarse que la demanda por opciones óptimas tendería a ser la más alta y que, por el contrario, la demanda por opciones pésimas tendería a ser la más baja, razón por la cual habría relativamente pocas opciones óptimas y, relativamente también, muchas opciones pésimas. Asumiendo, por otro lado, que el sistema no fuere insensible al mérito y calidad profesionales de los diversos integrantes del conglomerado de juristas, sería de esperarse entonces que las mejores opciones irían a parar en manos de los profesionales de mayor calidad y mérito y, al revés, las peores tocarían a los de peor calidad. Es muy probable que, por regla general, esto sea lo que ocurra en el entorno profesional guatemalteco, aunque no sin algunas distorsiones importantes, derivadas de diversas circunstancias que no es necesario explorar aquí. De manera gráfica, lo expuesto arriba puede apreciarse en la Gráfica XV.1, en la que el “Puntaje”, sobre una base máxima de 20 puntos, es el que hemos atribuido a los tres modelos o perfiles profesionales y que, para facilitar su comprensión, hemos empleado también para medir la “calidad” y mérito profesionales y la “demanda” y “oferta” de las diversas opciones. De esa manera, un profesional de primera calidad y mérito tendría un puntaje de 20 y otro de la menor calidad y mérito, uno de 4.

No se trata, en ningún caso, de medidas o cantidades que reflejen la realidad del entorno profesional de Guatemala, sino que se trata de una expresión gráfica del concepto

expuesto arriba, a saber: que las opciones profesionales óptimas son escasas y suelen quedar en manos de los profesionales más y mejor capacitados, que por esa razón suelen excluir a los demás en un orden descendente.

Así, la Gráfica XV.1 muestra que, para opciones profesionales óptimas, la demanda es muy grande, la oferta muy pequeña y las adquieren los profesionales de mayor calidad, mientras que para opciones profesionales pésimas (Puntaje de 4/20), la oferta es muy grande, la demanda muy pequeña y quedan para los profesionales de menor calidad (4/20).



Gráfica XV.1

¿Qué puntaje podría dársele a la profesión judicial en Guatemala? Muchos datos importantes no están disponibles públicamente, sin embargo, habiendo consultado tres despachos de abogados⁴⁶⁰ de los de más altos ingresos en el país y conociéndose públicamente las generalidades sobre el régimen de ingresos, responsabilidades y actividades de los magistrados del nivel del TCA, los resultados serían algo parecido a lo siguiente:

⁴⁶⁰ No se obtuvo autorización para revelar sus nombres.

Concepto:	Ejercicio liberal:	Magistratura:
Ingresos:	12	6
Prestigio:	5	3
Estabilidad:	6	3
Nivel de exigencia:	-3	-3
TOTAL:	20	9

Tabla XV.2

Lo anterior supone, obviamente, que el ejercicio liberal de las profesiones de abogado y notario⁴⁶¹ es la opción óptima, aunque uno de los despachos entrevistados estima que la intensidad de sus labores y los riesgos que asumen son bastante mayores que los de los magistrados, a diferencia de los otros dos. Otra apreciación meramente subjetiva es la relativa al prestigio personal que reportan una y otra actividad, pero todos los entrevistados coincidieron en que reporta más prestigio el ejercicio liberal de la profesión, al nivel de dicho despacho. En este caso estimamos que, en parte por las razones expuestas por Pásara,⁴⁶² la sociedad guatemalteca no atribuye por regla general gran prestigio a las profesiones de juez o magistrado, a excepción de las más altas magistraturas de la CSJ y la CC. De cualquier modo, si se estimara que debe reconocerse igual prestigio a las profesiones de abogado, que a la de magistrado del TCA (que para nosotros sería lo deseable, claro está), la puntuación total para esta última ascendería de 9/23 a 11/23. ¿Por qué hemos dado a la estabilidad una puntuación de 3, para la magistratura, y de 7 para el ejercicio liberal? Ante la falta de data sobre el particular, hemos optado por hacer una comparación de marcos normativos de cada actividad y, en ese sentido, no hay normas que impongan limitaciones temporales al ejercicio de las profesiones liberales de la abogacía y el notariado, como las que hay para las de juez o magistrado. Por lo tanto, cualquier persona que se plantee desarrollar su vida profesional en el ejercicio liberal de dichas carreras, puede hacerlo desde una perspectiva de total estabilidad.

⁴⁶¹ Que en Guatemala es legal y, además, lo usual.

Veamos cómo se compara el mejor de los puntajes para la carrera judicial (12 puntos sobre 23), con la “opción óptima” de cada perfil:

Aspectos:	Materialista Op.	Materialista J.	Ptos de menos
Ingresos:	12	6	-6
Prestigio:	4	5	1
Estabilidad	10	3	-7
Exigencia:	-6	-3	3
Total:	20	11	-9

Tabla XV.3

Aspectos:	Medio Op.	Medio J.	Ptos de menos
Ingresos:	10	6	-4
Prestigio:	6	5	-1
Estabilidad	8	3	-5
Exigencia:	-4	-3	1
Total:	20	11	-9

Tabla XV.4

Aspectos:	Idealista Op.	Idealista J.	Ptos de menos
Ingresos:	8	6	-2
Prestigio:	6	5	-1
Estabilidad	8	3	-5
Exigencia:	-2	-3	1
Total:	20	11	-7

Tabla XV.5

⁴⁶² Cfr. FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE JUSTICIA EN GUATEMALA

Como puede apreciarse de este elemental ejercicio, para el perfil o modelo de profesional materialista, la carrera judicial supondría, al igual que para el perfil medio, 9/20 puntos negativos, respecto de la “opción óptima” y, para el perfil de profesional idealista, 7/20 puntos negativos. Con tales puntajes, volviendo a la Gráfica XV.1, lo que podría esperarse, racionalmente, es que, en el entorno profesional jurídico de Guatemala, sólo es posible atraer a la carrera judicial profesionales de calidad media (de unos 11/20 puntos, en este caso) de los perfiles materialista y medio y, profesionales de calidad media alta (de unos 13/20 puntos, en este caso), entre el segmento de profesionales idealistas. Pero lo que es muy interesante es que, si la carrera judicial fuere estable, de horizontes temporales amplios, al punto al que la estabilidad se estima aquí que se valora por la generalidad de las personas, los tres perfiles de profesionales modelados, que se interesarían por la carrera judicial, pasarían a ser de alta calidad profesional, es decir, los puntajes serían, para los de perfil materialista y medio, de un 16 sobre 20 y de un 18 sobre 20 para los idealistas. Dicho de otra manera, si las asunciones sobre las cuales hemos desarrollado este análisis reflejaran razonablemente la realidad, de los cuatro aspectos señalados, el más importante vendría a ser el de la estabilidad o del “horizonte temporal amplio”, en orden a atraer a los mejores juristas hacia la carrera judicial (en un sentido amplio de la expresión). Este “salto cualitativo” podría lograrse sin presión alguna sobre el flujo de efectivo actual del Poder Judicial o, en general, del Presupuesto General de la Nación, porque la ampliación de los horizontes temporales para el ejercicio de la carrera judicial, no implica, claro está, desembolsos de efectivo. Tampoco debería implicar la necesidad de crear reservas para indemnizaciones por tiempo servido, distintas de las que actualmente existen. Este viene a ser, por consiguiente “el factor” de reforma judicial más importante para lograr, entre otras cosas, un mejor sistema de control jurisdiccional de la legalidad.

iv. Las sentencias judiciales modelan el comportamiento.

Don Alvaro d’Ors decía que el derecho, realmente, se encuentra en las sentencias de los tribunales, en el sentido de que la sentencia sintetiza lo que, de cara a los hechos y circunstancias del caso, implican, al final de cuentas, la Constitución, la ley, la doctrina o la costumbre, el Derecho. Es de esa manera que, en términos generales, las

sentencias judiciales modelan el comportamiento personal, porque lo que los integrantes de cualquier sociedad perciben con mayor fuerza es lo que el juez, llegada la controversia, decidió en definitiva. Naturalmente, cuando y en la medida en que exista un “cierto” orden social, la ley, en un sentido material, irradia por sí misma “cierta” autoridad. Es decir, los miembros de esa sociedad procuran adecuar, de algún modo, su comportamiento a la ley. No lo hacen siempre exactamente del modo que lo quiso el legislador, pero la ley incide, no obstante, en el comportamiento de las personas. Ahora bien, el problema verdaderamente importante está en esa “cierta” autoridad de la ley; es decir, la medida en que la ley modela el comportamiento de los integrantes de la sociedad, del modo que lo previó o quiso el legislador. Si, por ejemplo, el artículo 135, d) de la CPR establece que: *Son derechos y deberes de los guatemaltecos, además de los consignados en otras normas de la Constitución y leyes de la República, (...) Contribuir a los gastos públicos, en la forma prescrita por la ley;* pero, lo que el conglomerado en la realidad constata es que muchos de sus conciudadanos no contribuyen a dichos gastos, o no lo hacen de la forma “prescrita por la ley”, su comportamiento, muy probablemente, variará. Nos referimos a que, antes de constatar cualquier persona que ese “deber de contribuir en la forma prescrita por la ley” tiene un sentido relativamente ambiguo, su comportamiento vis à vis la ley habrá sido uno y que, al observar que la realidad es un tanto distinta (que no todos contribuyen en la forma prescrita por la ley), su comportamiento será otro. Tanto el de aquellos que no han hecho suyo el deber moral de cumplir con la ley, como también el comportamiento de los que sí lo mantienen, variará, si bien de distinta manera. Por ejemplo, la Ley del Impuesto sobre la Renta dispone que:

Las personas individuales propietarias de empresas y las personas jurídicas, podrán deducir de la renta neta, hasta el cinco por ciento (5%) del total de las utilidades del período anual de imposición, provenientes de rentas gravadas, que se reinviertan en la adquisición de planta, maquinaria y equipo; y hasta el cinco por ciento (5%) del total de las utilidades provenientes de rentas gravadas, que se reinviertan en programas de capacitación y adiestramiento de sus trabajadores. En ambos casos, de acuerdo con las normas siguientes:

a) La reinversión debe efectuarse dentro del plazo de cinco meses de la fecha del cierre del ejercicio anual de imposición a que corresponde aplicar la deducción, en bienes de planta, maquinaria y equipo, directamente vinculados al proceso productivo y destinados a generar rentas gravadas...

La Ley del Impuesto Sobre la Renta no define qué significa “proceso productivo” y esto ha dado lugar a que la Administración Tributaria cuestione, por ejemplo, la reinversión de utilidades en equipo de enderezado de automotores, realizada por empresas que se dedican a esas actividades. La SAT ha estimado que la expresión “proceso productivo” necesariamente conlleva la transformación de bienes, la actividad manufacturera.⁴⁶³ Supóngase que un contribuyente, de los que ha hecho suyo el deber moral de cumplir con la ley, estima que dicho cuestionamiento es válido y que, en efecto, coincide con su propia opinión. Su comportamiento entonces debería ser uno en el que su declaración jurada de renta excluya, como gasto deducible, las reinversiones de utilidades que no se destinen al “proceso productivo”, con ese específico significado. Pero si llegara a enterarse de que un competidor, por ejemplo, ha impugnado con éxito ese ajuste y que el TCA ha definido que la expresión “proceso productivo” es más amplia y no se agota en la mera transformación de bienes; ¿cómo procedería ese contribuyente en lo sucesivo? ¿Mantendría su criterio, a pesar de ser diferente del contenido en la sentencia y de serle más costoso? Lo más probable es que optaría por aplicar el enfoque contenido en la sentencia, a menos que, por ejemplo, también supiera de otras sentencias que sostengan lo contrario y, en esta hipótesis, ¿qué haría?

Por consiguiente, como dice Lasser: las sentencias judiciales substituyen a la ley⁴⁶⁴ como “tropos”, esto es: nos dicen “lo que dice la ley”. Esa es la razón por la que,

⁴⁶³ Cfr. Expediente _____.

⁴⁶⁴ Cfr. **Harvard Law Review, Vol. III:689**, “LIT. Theory” *put to the Test: a Comparative Literary Analysis of American Judicial Tests and French Judicial Discourse*, por Michel de S.O.l'E Lasser. Págs. 761-763: “What I am suggesting is that judicial decisions function as tropes for the law and should therefore be analyzed as rhetorical structures. (...)”

“French and American judicial decisions, in their respective fashions, replace, or stand in for, the law in the particular instance. They do so by forging links with the law that are based on different sorts of relations. That is, the replacement is justified through the judicial decision’s either paradigmatic or syntagmatic relation to the law. The predominantly paradigmatic form of the French judicial decision asserts an ontological claim: the decision is inherently similar and internally related to the law on which it is based. Formalism thus represents the mode of reading appropriate to this straightforward substitution. The predominantly syntagmatic form of the American decision, however, asserts a different ontological claim: the decision is the contextualization of the law, the law as related to external, but relevant considerations. Hermeneutics thus represents the mode of reading appropriate to this displacement. (...) The French judicial system has apparently been sensitive to this paradox. Add to the paradox the formal requirements of the official French judicial decision, and the French solution emerges: French judicial discourse bifurcates. This bifurcation allows the official decision to maintain its paradigmatic form (and its implicit ontological claim about its inherent similarity to the loi), while the syntagmatic determination,

entre otras cosas, el potencial inversor, el que proyecta establecer una empresa en cualquier jurisdicción, está más interesado en saber cómo se interpreta y aplica la Ley que no, solamente, qué dice su texto.⁴⁶⁵

Ahora bien, para que las sentencias judiciales modelen el comportamiento, es necesario que transmitan con cierta claridad y precisión las ideas o conceptos que contienen,⁴⁶⁶ como también lo es que lo hagan consistentemente. En el sistema guatemalteco se ha intentado que esos atributos aparezcan en las sentencias de los jueces, más bien desde la perspectiva de su estructura formal, que de su consistencia lógica, como se desprende del texto de las normas que, fundamentalmente, establecen la manera en que deben dictarse. Así, por ejemplo, la LOJ dispone lo siguiente:

ARTICULO 147. Redacción. Las sentencias se redactarán expresando:

- a) Nombre completo, razón social o denominación y domicilio de los litigantes; en su caso, de las personas que los hubiesen representado, y el nombre de los abogados de cada parte.
- b) Clase y tipo de proceso, y el objeto sobre el que versó, en relación a los hechos.
- c) Se consignará en párrafos separados resúmenes sobre el memorial de demanda, su contestación, la reconvenición, las excepciones interpuestas y los hechos que se hubieren sujetado a prueba.
- d) Las consideraciones de derecho que harán mérito del valor de las pruebas rendidas y de cuales de los hechos sujetos a discusión se estiman probados, se expondrán, asimismo, las doctrinas fundamentales de derecho y principios que

explanation, and justification of the decision occur elsewhere –namely, in the unofficial discursive sphere of the conclusions and reports.”

⁴⁶⁵ De acuerdo con un artículo aparecido en **The Economist**, March 27-April 2nd 2004; “Brazil’s Judiciary. Not-so-swift justice.” Pág. 37, Armando Cautelar, un economista, concluyó a partir de una encuesta dirigida a hombres de negocios que el PIB del Brasil crece una quinta parte menos de lo que crecería si el país tuviera un poder judicial a la altura de los estándares del primer mundo (Traducción propia).

⁴⁶⁶ Cfr. **The Journal of Legal Studies**, Vol. XXIII (January 1994), *The Value of Accuracy in Adjudication: an Economic Analysis*, por Louis Kpalow. Pág. 400: “Increasing accuracy differs in that it allows a given level of deterrence to be achieved while imposing sanctions less often, which is an additional benefit when sanctions are socially costly. Increasing accuracy –which reduces false convictions of the innocent and mistaken acquittals of the guilty—is distinguished from raising the burden of proof—which reduces false convictions but increases mistaken acquittals. The discussion emphasizes that accuracy is one of the many instruments of the legal system, and the optimal degree of accuracy cannot be separated from how other aspects of the system are designed.

When adjudication determines future rights and obligations, greater accuracy is valuable directly, as it determines the extent to which future actions conform to legal norms. (Accuracy may continue to have values similar to those in other contexts because the anticipation of pronouncements governing future circumstances will influence prior behavior.) The value of accuracy in this context –which receives the most attention in discussions of procedural due process with regard to government entitlements—is often misunderstood because of a failure to distinguish the purposes and effects of accuracy and of changes in the implicit burden of proof.”

sean aplicables al caso y se analizarán las leyes en que se apoyen los razonamientos en que descansa la sentencia.

e) La parte resolutive, que contendrá decisiones expresas y precisas, congruentes con el objeto del proceso.”⁴⁶⁷

ARTICULO 148. Segunda instancia. Las sentencias de segunda instancia contendrán un resumen de la sentencia recurrida rectificándose los hechos que hayan sido relacionados con inexactitud, los puntos que hayan sido objeto del proceso o respecto a los cuales hubiere controversia, el extracto de las pruebas aportadas y de las alegaciones de las partes contendientes; la relación precisa de los extremos impugnados en la sentencia recurrida con las consideraciones de derecho invocadas en la impugnación, el estudio hecho por el tribunal de todas las leyes invocadas, haciendo el análisis de las conclusiones en las que fundamenta su resolución, señalando cuánto confirma, modifica, o revoca de la sentencia recurrida.

ARTICULO 149. Casación. Las sentencias de casación contendrán un resumen de la sentencia recurrida; la exposición concreta de los motivos y submotivos alegados y las consideraciones acerca de cada uno de los motivos o submotivos invocados por las partes recurrentes juntamente con el análisis del tribunal relativo a las leyes o doctrinas legales que estimó aplicables al caso y sobre tal fundamentación, la resolución que en ley y en doctrina proceda.

Puede apreciarse del contenido de esas disposiciones que el legislador ha querido configurar lo que podría llamarse el “formato” de las sentencias judiciales a, prácticamente, todos los niveles del sistema judicial. Sin embargo, lo ha hecho de tal manera que, fiel a la mentalidad formalista que impregna todo el sistema, el énfasis se ha hecho en la estructura más que en el contenido y, como es lógico esperar, la falta de cumplimiento con cualquiera de los elementos estructurales de un fallo, da lugar a que sea revocado o anulado, según fuere el caso. En la práctica, además, ha ocurrido con frecuencia que los oficiales encargados de la administración del expediente (y otros asistentes letrados, a nivel de los Tribunales más altos), se encargan de preparar los resúmenes y demás aspectos que podrían considerarse “mecánicos”, además de hacer los proyectos de los “considerandos”, en donde deberían aparecer las verdaderas motivaciones del fallo. Las sentencias son por lo general extensas, pero carecen de unidad, entre otras cosas, por las que acabamos de mencionar y porque de ordinario mucho de lo que se recoge en los resúmenes, se reitera después en los considerandos.

⁴⁶⁷ Además, con carecer general para cualquier resolución, se establece lo siguiente:

ARTICULO 143. Requisitos. *Toda resolución judicial llevará, necesariamente, el nombre del tribunal que la dicte, el lugar, la fecha, su contenido, la cita de leyes y las firmas completas del juez, del magistrado o de los magistrados, en su caso, y del secretario, o sólo la de éste cuando esté legalmente autorizado para dictar providencias o decretos de puro trámite.*

Para establecer algún parámetro de comparación, tomamos, al azar, cinco sentencias de la CC y cinco de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos,⁴⁶⁸ impresas en caracteres y páginas de tamaño comparable; los resultados son los siguientes:

Sentencia 36-97, Reglamento de Tarifas de los Servicios Aeroportuarios: 3 ½ páginas	“Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas”: 3 páginas
Sentencia 159-97, Ley de lo Contencioso Administrativo: 10 páginas	“Griswold v. Connecticut”: 1 2/3 páginas
Sentencia 183-97, Ley de Anuncios en Vías Urbanas...: 15 páginas	“Roe v. Wade”: 4 2/3 páginas
Sentencia 285-97, Ley General de Telecomunicaciones: 11 páginas	“Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County”: 2 ½ páginas
Sentencia 965-97, Artículo 380 del Código de Trabajo: 4 páginas	“Engel et al. v. Vitali et al.”: 2 2/3 páginas; voto disidente: ¾ de página.

En fin, no es el caso reiterar aquí lo que se ha indicado antes, siguiendo la obra “LAS DECISIONES JUDICIALES EN GUATEMALA”,⁴⁶⁹ sino destacar:

1. que si se analizan los requisitos que legalmente debe tener la sentencia judicial guatemalteca, el énfasis es formal-estructural y no sustantivo; y
2. que por esa razón, la modelación de las conductas o del comportamiento del conglomerado social, por parte de las sentencias judiciales, lo es también más de carácter formal, que sustancial.

⁴⁶⁸ Cfr. Hall, Kermit L.; Wiecek, William M.; Finkelman, Paul; AMERICAN LEGAL HISTORY, CASES AND MATERIALS; Oxford University Press, New York, Oxford, 1991. Págs. 510 y Sigs.

⁴⁶⁹ De Pásara, Luis.

Realmente el énfasis tendría que ponerse en la obligación de motivar las decisiones judiciales, más que en la estructura del documento y, aunque el citado artículo 147 de la LOJ se refiere en uno de sus párrafos a “Las consideraciones de derecho que harán mérito del valor de las pruebas rendidas”, a “las doctrinas fundamentales de derecho y principios que sean aplicables al caso” y al análisis de “las leyes en que se apoyen los razonamientos en que descansa la sentencia”, el concepto más sustantivo de “motivación del fallo”, queda perdido entre tanto formalismo estructural. Quizás sea conveniente, por consiguiente, revisar el contenido de las disposiciones legales citadas, para procurar llevar a los jueces y tribunales a dictar sentencias más sintéticas, mejor motivadas y, sobre todo, preparadas por el verdadero titular de las facultades jurisdiccionales. El problema, sin embargo, es más que legal, puesto que pesan mucho los largos años durante los cuales se ha enseñado a los estudiantes de derecho cómo debe estructurarse una sentencia judicial, en lugar de formarles en el arte de “motivar” adecuadamente el fallo. Así, la omisión de la fecha se consideraría una falta enorme, puesto que daría lugar a impugnaciones fundadas, pero una pobre discusión de la *ratio decidendi*, pasaría sin pena ni gloria cualquier proceso de evaluación académica. Se trata, por consiguiente, de un problema, también, cultural. En las facultades de derecho debe abandonarse el énfasis en “los requisitos” y pasar al arte de la sólida argumentación jurídica. Pues, para que los miembros de la sociedad puedan adecuar sus conductas o comportamientos a los fallos judiciales, lo que necesitan es comprender cuáles son las implicaciones de la ley en la vida práctica y por qué. Además, en definitiva el Poder Judicial no cuenta con más armas que las de lo persuasivas que puedan ser sus razonamientos y en ello radica su credibilidad, en convencer a los agentes sociales y políticos que lo que ha dispuesto, sea lo que fuere, está sólidamente soportado por una adecuación razonable entre los hechos probados y el derecho.

XVI. *El nuevo paradigma de juez.*

i. **El paradigma preponderante.**

Si uno se pregunta, entonces, por las medidas que serían necesarias y suficientes para que, en un país como Guatemala, el control de la legalidad de los actos de la Administración (tanto la centralizada como la descentralizada) evolucione de lo formal hacia lo integral, ¿qué tendría que responderse? En primer lugar, que no hay fórmulas mágicas y que la problemática existente es compleja. Entre las circunstancias tan violentas y difíciles que predominaron durante la segunda mitad del siglo XX en Guatemala; la expansión de las oficinas y administraciones públicas más allá de lo que era posible soportar financiera y administrativamente; y la falta de comprensión de muchos de los principales líderes nacionales (además de muchos asesores internacionales), de la importancia básica de un buen sistema de justicia, en general, y de una justicia administrativa, en particular, para poder llevar a ejecución no importa qué política de desarrollo; en medio de todo ello, decíamos, el control jurisdiccional de la legalidad se refugió, quizás sin más opción real, en la mera formalidad.

Debido en parte a esos conflictos histórico-políticos del pasado reciente de Guatemala, mencionados someramente en apartado anterior⁴⁷⁰; en parte merced a los niveles, en general, del desarrollo del país; y en parte merced a una falta de fe de la ciudadanía en su sistema de justicia, como cimiento fundamental de cualquier proceso de desarrollo (lo que contrasta con una fe totalmente injustificada en la capacidad del Gobierno para ser el factor principal de solución de los principales problemas económico-sociales del país), la mentalidad del juez y el magistrado guatemaltecos, en general, ha sido de:

- 1) falta de afirmación de su propia autoridad y dignidad, en tanto funcionarios judiciales;
- 2) falta de seguridad, en cuanto al reconocimiento de sus conciudadanos, en la razonabilidad y racionalidad de sus decisiones;

⁴⁷⁰ Idem.

- 3) timidez en el ejercicio de sus funciones –sobre todo frente a los otros poderes del Estado (los fácticos, también)—; y
- 4) falta de conciencia sobre la diferencia, enorme, que su conducta y sus resoluciones podrían hacer en cuanto al desarrollo institucional y económico del país.

El juez guatemalteco –no sin razones de peso—tiende a concebirse a sí mismo exactamente como lo perciben sus conciudadanos: como un funcionario público más, que califica requisitos, que tramita expedientes, que sabe de formalidades y las aplica.

Es una actitud subjetiva que ha comenzado a cambiar, sobre todo a los niveles más altos de la magistratura y a partir, por ejemplo, del rol fundamental que la CC y el Tribunal Supremo Electoral jugaron con ocasión del fallido intento de ruptura del orden constitucional del ex presidente Jorge Serrano.⁴⁷¹ Pero el control de la juridicidad de los actos de la Administración exige de una mentalidad, al mismo tiempo de mesura y de audacia. De mesura, para no perturbar la dinámica de las administraciones públicas por cuestiones meramente formales, protegiendo, a la vez, los derechos e intereses legítimos de los administrados: resolviendo el fondo de las controversias; y de audacia, para llenar, tras el modelo del Consejo de Estado francés o de la jurisprudencia española, por ejemplo, los vacíos institucionales o legislativos que pudiera haber, tejiendo un conjunto coherente y rigurosamente desarrollado de resoluciones y sentencias. Y más que de audacia, se requiere de una visión de amplios horizontes sobre la importancia fundamental, la diferencia inmensa, que para cualquier sociedad política puede significar el disponer de una jurisprudencia rica en contenido material, consistente, y de alta calidad técnica, que es el legado del Consejo de Estado a Francia y a otros países que, más en lo sustancial que en lo formal, supieron seguir el modelo, desarrollándolo según sus propias tradiciones y circunstancias específicas, como lo hemos visto en el caso de España con su riquísima doctrina jurisprudencial y científica. En definitiva, para construir ese cuerpo de doctrina jurisprudencial se necesita de una mentalidad de grandeza de espíritu, capaz de edificar, sentencia tras sentencia, el templo, siempre en construcción, del estado de derecho.

ii. El nuevo paradigma.

A los pensamientos que ya se han anticipado⁴⁷², en orden a lograr un control jurisdiccional integral de la legalidad, debe agregarse, entonces, el siguiente: hace falta un nuevo paradigma de juez. De un juez o magistrado que se entiende a sí mismo como pieza fundamental de la vida y el desarrollo institucionales de su país; que, consecuentemente, toma el lugar que le corresponde en ese contexto y, de ser necesario, exige que se le reconozca o se le dé. Es un modelo que sustituye al del “juez-funcionario” por el de “juez-dignatario”, que reemplaza el de la persona entrenada para calificar requisitos y verificar formalidades, por el del jurista formado para resolver, de acuerdo con el Derecho y la justicia, los grandes –y también los pequeños—conflictos sociales de su comunidad y de su tiempo. Es un paradigma de hombre o mujer “sabios” y no solamente “hábiles”; se refiere a la idea de quien se posiciona por encima de las discusiones coyunturales, de las rencillas partidarias, de los intereses de grupo. El nuevo paradigma de juez es el de la persona que desalienta cualquier intento de influir en sus convicciones, estado de ánimo o principios, porque, simplemente, sería perder el tiempo.

El juez, el magistrado que se requiere para cambiar el sistema de justicia y lograr un efectivo control de la juridicidad de las administraciones públicas –entre otras cosas— es el que se ocupa del fondo de los asuntos que se someten a su conocimiento y supedita, en las palabras del famoso procesalista uruguayo Couture: el proceso al derecho. Para ese tipo de juzgador, las formalidades legales y los rituales procesales deben considerarse siempre instrumentales y, sobre todo, incapaces de enervar la administración de justicia, para hacer valer el Derecho. Si pasa por la forma, es para ir al fondo.

Las sentencias del nuevo paradigma de juez no “cumplen los requisitos legales”, son y crean Derecho, bajo la Constitución y las leyes; procurando realizar la justicia, la seguridad y el bien común; persiguiendo hacer menos costoso a sus conciudadanos coordinarse entre sí, para emprender, para construir, para sembrar, para cosechar;

⁴⁷¹ Cfr. Sobre el proceso del llamado “autogolpe” del ex presidente Serrano: McCleary, Rachel, IMPONIENDO LA DEMOCRACIA, Artemis Edinter Guatemala 1999.

⁴⁷² Vid. Supra: “Del control formal al control integral de la juridicidad”.

tratando de ser guías claras y consistentes para que los agentes sociales puedan conocer con certeza a qué atenerse; para que, en definitiva, florezca la civilización.

El paradigma del juez, del magistrado-funcionario, que consigue un empleo público por cinco años (si más estaría por verse); que por lo tanto debe constantemente preocuparse por las circunstancias que podrían o no suscitarse para que su nombramiento o designación se repitan, es decir, que tiene que cuidar de sus relaciones y debe estar atento a lo que ocurre en torno suyo, difícilmente podría ser el agente de cambio de ese mundo de formalismo huero que, aunado a la escasez de recursos y a la magnitud y complejidad de los conflictos sociales, sofoca, asfixia todo el sistema. El paradigma de juez actualmente predominante, escasamente da para la supervivencia del sistema, quizás con modestos avances en determinados aspectos. Es un modelo agotado, no sólo por el peso de las cargas que le tocó asumir, sino por la falta de incentivos y condiciones propicias para que pudiera llegar a ser el factor de cambio.

Por casi dos décadas, desde que comenzó a discutirse la Constitución hoy vigente, se ha creído por algunos que el sistema de justicia podía reformarse sin modificar, de raíz, el paradigma de funcionario judicial que, una vez más, si bien con algunos elementos conexos novedosos (como el de las comisiones de postulación), se repitió en las normas de la CPR. Durante más o menos ese período de tiempo se ha hecho donaciones por la comunidad internacional por más de cincuenta millones de dólares de los Estados Unidos y se ha contratado financiamientos por más de cien millones de dólares, ambos para el sector justicia⁴⁷³ y sin embargo, probablemente la situación sea hoy en día peor que hace cinco o diez años, debido, en parte, a la escalada de corrupción y al asedio del crimen organizado de los últimos años. ¿Por qué? Fundamentalmente porque se despreció la importancia básica que tienen:

1. las calidades personales y profesionales de quienes pudieren ser agentes de cambio; y

⁴⁷³ Según declaraciones de la promotora de los derechos humanos Helen Mack, directora de la Fundación Mirna Mack, hechas a través de Emisoras Unidas el 14 de abril de 2004, en presencia y compañía del autor de este trabajo con ocasión de un programa al que ambos fueron invitados.

2. la naturaleza de las normas, términos y condiciones que podrían atraer a los agentes de cambio de que se requiere, o bien, para motivar a los que ya están en el sistema, para que asuman las actitudes y acciones necesarias.

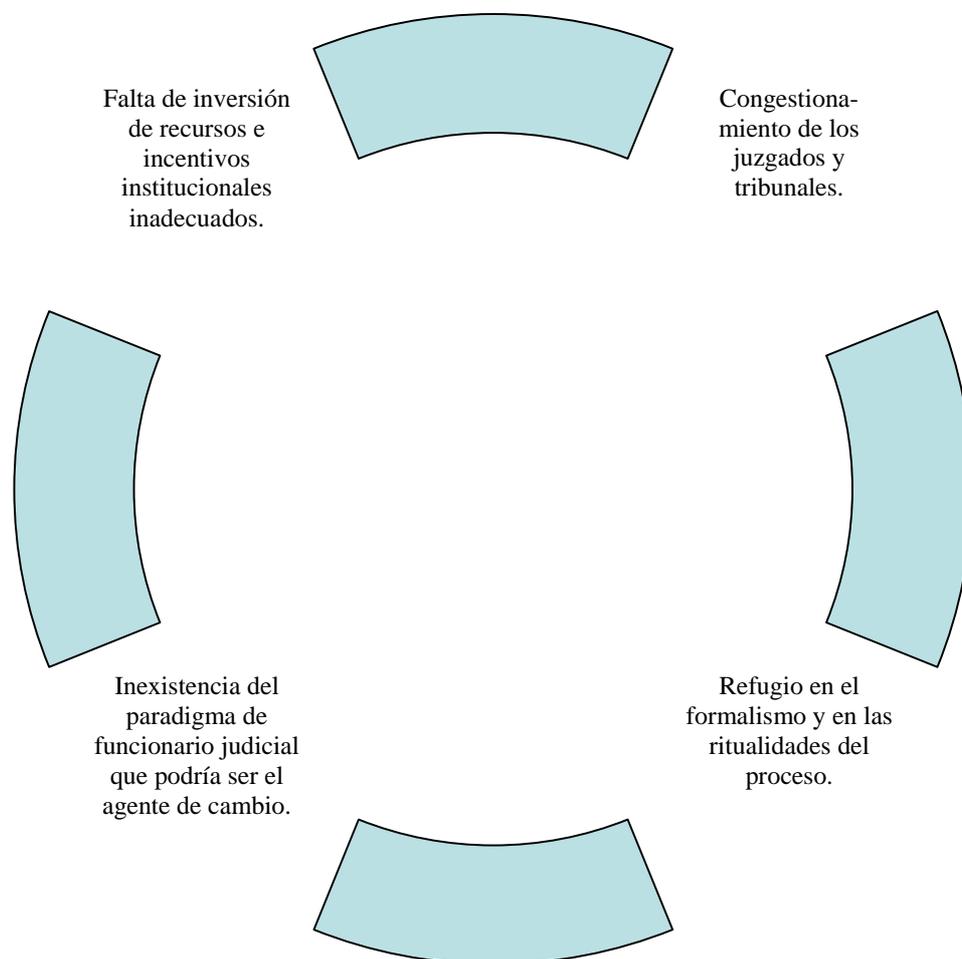
Sobre este último aspecto, las normas, términos y condiciones, ya hemos hablado detenidamente.

XVII. **Conclusiones.**

Como nunca en la historia de Guatemala y, probablemente también de la humanidad, el ideal del imperio del derecho, al lado del de la democracia representativa, inunda los discursos de políticos y funcionarios de toda laya, al igual que se repite ya con machacón cansancio por analistas, columnistas y periodistas, también, de todas las inclinaciones. Se trata de ideales de los que la historia de nuestras instituciones políticas y jurídicas ha tomado noticia desde hace siglos y, en cierto sentido, son los que sirvieron de inspiración principal a los movimientos que llevaron a la fundación de las repúblicas de las tres Américas, cada cual dentro de su propio contexto y circunstancias. Sin embargo, ese mismo record histórico demuestra que no se ha sabido pasar, ni aquí ni en los “gigantes iberoamericanos”, México y el Brasil, de las ideas a los hechos.⁴⁷⁴ La expresión más concreta, por otra parte, del ideal del imperio del derecho está, precisamente, en el control jurisdiccional de la legalidad de las actuaciones de la Administración. También el control jurisdiccional de la constitucionalidad es importante, pero mucho más cerca del ciudadano y con mucha mayor frecuencia, su vida se ve afectada por las decisiones de las múltiples administraciones públicas del Estado contemporáneo.

Las razones por las cuales se asiste a este “divorcio” entre lo que aparece tanto en la Constitución y las leyes como también en el discurso público, por un lado, y la realidad, por el otro, no son de manera alguna misteriosas. Se encuentran en ese círculo vicioso que se ha descrito a lo largo de algunas de las secciones de este trabajo, a saber:

⁴⁷⁴ Cfr. *The Economist*, March 27th: “Brazil’s judiciary: Not-so-swift justice” y, *The Wall Street Journal Americas*, 30 de marzo del 2004, “México se plantea una ambiciosa reforma de sus sistema de administración de justicia.” Pág. b5: “En una audaz apuesta para evitar historias como éstas, el presidente Vicente Fox dio a conocer ayer una radical reforma al sistema judicial del país, en donde según estimaciones, un 99% de los crímenes no son castigados, al tiempo que los cárceles se llenan de personas que han sido falsamente acusadas, están esperando juicio, o cometido un delito menor, según estadísticas del gobierno mexicano (...) Y esto no sólo afecta a los mexicanos. En uno de muchos de estos ejemplos, la gigante holandesa de banca y seguros ING Groep NV invirtió más de US\$300.00 millones en México en los últimos años, sólo para quedar atrapada en una pesadilla legal, relacionada con un caso civil que implicaba un supuesto pago insuficiente de una póliza de seguros a una compañía local de fertilizantes...”



Hasta el momento, ese “divorcio” se ha traducido en un control de juridicidad predominantemente “formal”. Para que llegue a serlo integral, como puede apreciarse del desarrollo y características de algunos de los sistemas de mayor importancia en el Derecho comparado, como lo son el francés, el español, el británico y el estadounidense, es indispensable que los Tribunales asuman un papel central, resolviendo el fondo de los asuntos y creando, paulatinamente, la doctrina jurisprudencial necesaria para que, tanto las Administraciones públicas como los ciudadanos, cuenten con las pautas de conducta necesarias para encauzar sus comportamientos. El formalismo predominante, por otra parte, es más bien la consecuencia de factores tales como la relativa poca inversión de recursos en el sistema, la inexistencia de condiciones de estabilidad para el ejercicio de

las funciones jurisdiccionales, la resultante baja calidad profesional media de los jueces y magistrados –debiéndose dejar a salvo las honrosas excepciones, que confirman la regla—y la congestión del sistema. Ahora bien, al cabo del tiempo, esa mentalidad formalista y ritualista ha venido a constituirse en una especie de “cultura profesional”, que reafirma tanto en abogados como en jueces y magistrados esa actitud o disposición al formalismo, de manera que, como quizás se advierte del diagrama que aparece arriba, el mismo ha venido a constituirse en un factor de sustentación de la problemática existente. Efectivamente, la mentalidad de la que hablamos impregna la propia normativa legal y la educación o formación jurídicas, a tal punto que, de una parte, llega a parecer connatural al sistema jurídico que las formas y los ritos tengan tal importancia y, de otra, aleja todavía más la labor de los magistrados del fondo de los asuntos que se les someten a consideración y resolución.

En todos los sistemas brevemente analizados en este trabajo se constata que, si bien existen elementos o circunstancias críticas que ocupan la atención de los especialistas, se trata, casi siempre, de cuestiones muy de fondo. La discusión se produce en torno, por ejemplo, al punto al cual las instancias revisoras deberían o no incursionar en las decisiones de la Administración, sustituyendo los criterios de ésta por los suyos, o bien, cómo puede determinarse la frontera entre lo discrecional y lo arbitrario. Además, como se hizo ver en su momento, tanto en el sistema español como en el francés, la tendencia ha sido a ir facilitando el acceso de los administrados al control jurisdiccional, haciendo menos exigentes los requisitos necesarios para tener legitimidad activa, o ampliando los supuestos que permiten reclamar que un órgano administrativo ha obrado con exceso de poder. Tanto en el Reino Unido, pero sobre todo en los Estados Unidos, existe un debate importantísimo en relación con la deferencia que deba tenerse frente al criterio de las llamadas “agencias independientes”, por el hecho, precisamente, de su autonomía y especialización. En fin, mientras que en los regímenes ya maduros el esfuerzo se centra en perfeccionar las herramientas de control y en decantar cada vez más los criterios jurisprudenciales, en nuestro país campea esa mentalidad formalista a la que tanto hemos hecho alusión.

Su erradicación, o visto desde una perspectiva positiva, la reforma del sistema implica, necesariamente, cambiar de paradigma de funcionario judicial, tanto en lo que concierne a la justicia administrativa en general, como también en lo que toca al Poder Judicial en general. Cambiar de “paradigma” no significa, necesariamente, cambiar de funcionarios. Si, por un lado, se invirtiera, por el propio Estado guatemalteco en su sistema de justicia los recursos “proporcionales” a su importancia (suprimiendo o reduciendo lo que se gasta en actividades de segunda o tercera prioridades, por ejemplo) y, si además las reglas concernientes a la estabilidad de la carrera judicial fuesen modificadas, estableciendo un sistema de largo plazo para el ejercicio de las funciones judiciales, no hay razón para creer que no podrían algunos de los funcionarios actualmente en el Poder Judicial, asumir las actitudes y adoptar el comportamiento de lo que antes hemos llamado “el nuevo paradigma de juez o magistrado”.

Éste, ya se ha dicho, tendría que desligarse por completo del área burocrática con que se percibe por la ciudadanía a sus jueces, para asumir un rol muy distinto: el de un árbitro sabio que está por encima de las rencillas partidarias, de los intereses de grupo, de las confrontaciones ideológicas del momento. De manera alguna implica esto que es posible encontrar personas que, viviendo en la sociedad a la que pertenecen, carezcan de valores, creencias, preferencias o convicciones personales. De lo que se trata es que el entorno institucional para el ejercicio de sus funciones, sea tal que su independencia les permita referirse, exclusivamente, al derecho y la justicia para la resolución de los asuntos que legalmente les competa.

También es indispensable comprender que existe una relación inversamente proporcional entre la discrecionalidad de las funciones que se atribuyen a la Administración, por un lado, y la posibilidad de realizar un control jurisdiccional razonable y coherente, por el otro. Esto, todavía más en los países en vías de desarrollo en donde las presiones sociales suelen presentarle a la Administración la no siempre sencilla disyuntiva de “proceder legalmente, o con eficacia”. En efecto, los excesos del formalismo colocan con frecuencia a las administraciones públicas en la difícil situación de detener un proyecto, prescindir de una contratación o dejar de prestar un servicio a

causa de impugnaciones que, no pocas veces, se dirigen a cuestiones meramente de forma. A tal punto ha llegado esta problemática que el llamado presupuesto de inversión social ha venido a ejecutarse, principalmente, a través de esos entes técnicamente amorfos y de dudosa constitucionalidad, denominados “fondos sociales”. En efecto, de acuerdo con la Ley del Fondo de Inversión Social:

Se crea el Fondo de Inversión Social, que podrá abreviarse con las siglas FIS, como entidad estatal descentralizada y autónoma, con personalidad jurídica y patrimonio propio.

Y agrega:

Por medio del Fondo de Inversión Social, el Estado invertirá en actividades que mejoren el nivel de vida y las condiciones económico-sociales exclusivamente de los sectores en situación de pobreza y extrema pobreza del área rural del país, para lo cual llevará a cabo las operaciones previstas en la presente ley, su Reglamento, su Manual de Operaciones y demás normas que emita la Junta Directiva.

El ámbito material de competencia definido por dicha ley consiste en la inversión y en el desarrollo de proyectos en las materias siguientes:

- a) Salud y nutrición para reducir los indicadores de mortalidad, morbilidad y desnutrición infantil;*
- b) Educación, especialmente en las etapas iniciales de formación;*
- c) Entrenamiento orientado al trabajo productivo;*
- d) Proyectos productivos de grupos que reúnan los criterios de elegibilidad que establecerá la Junta Directiva, siempre que fortalezcan la economía local y que promuevan su autogestión;*
- e) Infraestructura social y apoyo para el mejoramiento de la calidad de vida de la población objetivo del Fondo de Inversión Social;*
- g) Actividades que protejan y promuevan el medio ambiente; y*
- h) Las demás áreas de desarrollo y asistencia social, acordes con los objetivos que se señalan en la presente ley, que decida su Junta Directiva.*

De particular significación es la siguiente disposición:

El Fondo de Inversión Social realizará sus acciones de conformidad con lo establecido en la presente ley y su Reglamento. Podrá resolver discrecionalmente en cuanto a:

- 1) *Su organización interna, en todo lo que no esté regulado específicamente en la presente ley.*
- 2) *La realización de las operaciones de inversión y demás acciones coadyuvantes comprendidas dentro de su objetivo.*
- 3) *La determinación de los proyectos elegibles para participar en los programas del Fondo de Inversión Social con base en su Manual de Operaciones y demás normas que para el efecto emita.*
- 4) *La ejecución de su presupuesto en consonancia con sus objetivos.*

Si se aprecia la estructura de esta Ley del FIS, se constata que, por un lado, se define a la persona jurídica que se crea, como entidad autónoma y descentralizada, “por medio” de la cual el Estado realiza los objetivos e invierte en los proyectos allí indicados. Estos últimos, encima, prácticamente coinciden con las competencias que la Constitución, o en desarrollo de los preceptos de esta última, la Ley del Organismo Ejecutivo le atribuye a este Poder del Estado (salud, educación, infraestructuras, protección del medio ambiente y asistencia social) y, como nada de esto podría explicarse de otra manera, de lo que se trata es de conferir la discrecionalidad administrativa necesaria para realizar, paralelamente, todas esas funciones.

Por último, si bien es importante que las normas legales se formulen y promulguen con arreglo a las mejores técnicas y si bien es cierto que a la LAC podría señalarse deficiencias, la promoción de una codificación del Derecho administrativo guatemalteco, como la solución (o la más importante) a los problemas existentes, dejaría mucho que desear. Como queda visto en las sentencias que se analizaron al principio de este trabajo, el problema radica mucho menos en las normas de la ley, que en el enfoque interpretativo y la mentalidad formalista desde la que se les aplica. Es probable que una codificación de nuestro Derecho administrativo, si fuere realizada con arreglo a las mejores técnicas y procedimientos, contribuiría en alguna medida a superar determinados problemas o circunstancias específicas, pero nuestro gran déficit está en otra parte, como ya se ha expuesto con anterioridad. Podría decirse que, a la postre, una vez que de la jurisprudencia se decantan los principios generales, lo que queda es la materia prima de la

codificación, razón por la que bien podríamos ahorrarnos la primera etapa del camino, procediendo, de una vez, a dicha codificación. Esto es en parte exacto, en el sentido de que ninguna codificación, que verdaderamente lo fuere, podría prescindir del material jurisprudencial existente; lo que ocurre en Guatemala, sin embargo, es que la limitadísima doctrina de los tribunales a disposición de cualquier equipo codificador, carece de significación. Lo más probable es que se terminaría por codificar, adaptando algún modelo extranjero, a la CPR y la legislación guatemaltecas. De manera alguna afirmamos aquí que esto sea en sí mismo malo o indeseable; lo que decimos es que el cambio del que se requiere radica en la administración de justicia, en las normas que la constituyen y la rigen y en la mentalidad o cultura que la impregnan. Siendo los recursos escasos, nos inclinamos más bien por una reforma del sistema de justicia, que por más o nuevos códigos, que bien podrían sufrir la suerte del nuevo Código Procesal Penal, cuya sistemática nunca dio los frutos esperados por razones muy parecidas a las que aquí se han expuesto en lo que a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo se refiere.

Post Scriptum

Tomado de **MEMORIAS DE UN ABOGADO**, de José Milla, Guatemala 1876:

“...No puedo decir cual fue mi asombro al escuchar la lectura de lo que se llamaba mi defensa. El célebre abogado apenas tocaba el hecho como por incidente; no alegaba la falta de testigos ni mis antecedentes honrosos, ni nada en fin, de lo que hubiera podido llevar al ánimo de los jueces la convicción de mi inocencia. Había llenado media resma de papel con una elocuente disertación contra la pena de muerte, auxiliándose a lo que pude entender después, con la traducción francesa publicada en 1764, de la obra De los Delitos y las Penas del jurisconsulto Beccaria, que sólo mi abogado conocía en Guatemala. Temí que mi causa estaba en gravísimo peligro con semejante sistema de defensa, me animé a pedir la palabra, se me concedió y expuse sencilla pero enérgicamente, las razones que probaban mi completa inculpabilidad.

El alegato de mi abogado fue acogido con ruidosos aplausos. Mi exposición fue escuchada apenas por los jueces, pues la sala se había quedado vacía desde que comencé a hablar. ¿Qué podía yo decir que valiera la pena de ser escuchado, después de una obra como aquella? Cuando acabé de hablar me volvieron a mi calabozo y aguardé que aquellos señores, a quienes la sociedad había armado contra mí con la cuchilla de la Ley, dispusieran si la dejaban caer o no sobre mi inocente cabeza.

A lo que he sabido después los debates fueron acalorados. Dos oidores jóvenes, algo imbuidos ya en las ideas del siglo, acogieron con entusiasmo las teorías del sabio filósofo italiano, pro hijadas por mi abogado, y opinaban por mi absoluc ión. Pero por desgracia mía los otros tres magistrados, sujetos de edad madura y poco dispuestos a acoger novedades, dijeron que todo aquello estaba muy bien hablado, pero que la ley 2ª, título 8º, partida 7ª, me condenaba a perder la cabeza...”

BIBLIOGRAFIA

i. Libros.

- Adams, Walter y Brock, James W., ANTITRUST ECONOMICS ON TRIAL, Princeton University Press, 1991.
- Álvarez-Cienfuegos Suárez, José María; González Rivas, Juan José; Sancho Mayo, Gloria; ANÁLISIS TEÓRICO Y JURISPRUDENCIAL DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, Aranzadi, Segunda Edición, Navarra 2002.
- Anderson, Terry L. y Leal, Donald R., ECOLOGÍA DE MERCADO, Unión Editorial, Madrid 1993.
- Auby, Jean Marie y Auby Jean-Bernard, INSTITUTIONS ADMINISTRATIVES, Dalloz, Paris 1996.
- Baena del Alcázar, Mariano, Director; LEY REGULADORA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA, Editorial Trivium, S.A., Madrid 1999.
- Ballbé, Manuel y Franch, Marta (Directores), MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Marquès Tallers Gàfics, Girona, 2002.
- Benegas Lynch, (h), Alberto; FUNDAMENTOS DE ANALISIS ECONOMICO, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.
- Berman, Harold J., LAW and REVOLUTION, The Formation of the Western Legal Tradition, Harvard University Press, 1983.
- Breyer, Stephen G.; Stewart, Richard B.; Sunstein, Cass R.; y Spitzer, Matthew L.; ADMINISTRATIVE LAW and REGULATORY POLICY, Aspen Law & Business 1999.
- Buchanan, James M., ECONOMIA CONSTITUCIONAL, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1993.
- Buchanan, James M., THE COLLECTED WORKS OF JAMES M. BUCHANAN, Volume I: The Logical Foundations of Constitutional Liberty, Liberty Fund, Indianapolis, 1999.
- Buchanan, James M., THE COLLECTED WORKS OF JAMES M. BUCHANAN, Volume 10: The Reason of Rules: Constitutional Political Economy, Liberty Fund, Indianapolis 2000.
- Castillo González, Jorge Mario, DERECHO ADMINISTRATIVO, Instituto Nacional de Administración Pública, 10ª Edición, Guatemala 1998.
- Cass, Fonald A.; Diver, Colin S.; Bermann, Jack M.; ADMINISTRATIVE LAW, CASES AND MATERIALS, Aspen Law & Business, New York and Gaithersburg, 2002.
- Cooter, Robert y Thomas, Ulen, DERECHO Y ECONOMÍA, Fondo de Cultura Económica, México 1998.
- Craig, P.P., ADMINISTRATIVE LAW, Sweet & Maxwell, Cuarta edición, Londres 1999.

- Debbasch, Charles y Ricci, Jean-Claude, CONTENTIEUX ADMINISTRATIF, Dalloz, Paris 1999.
- Dicey, Abert Venn, AN INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION, *Liberty Classics*, Liberty Fund Inc., Indianápolis, 1982.
- Edley, Christopher F., ADMINISTRATIVE LAW, Rethinking Judicial Control of Bureaucracy, Yale University Press, New Haven and London, 1990.
- Escribano Collado, Pedro; **Técnicas de Control Judicial de la Actividad Administrativa**, en: LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO COMPARADO, Editorial Civitas, S.A., 1992.
- Fernández, Tomás R.; DE LA ARBITRARIEDAD DE LA ADMINISTRACIÓN; Editorial Civitas, S.A. 2ª. Edición.
- Fundación para la Cultura y el Desarrollo, HISTORIA POPULAR DE GUATEMALA, 1999.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo II, Civitas Ediciones, Madrid, Reimpresión 2001.
- García de Enterría, Eduardo; LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO, Editorial Civitas, S.A. Madrid 1995.
- García Laguardia, Jorge Mario, EL PENSAMIENTO LIBERAL DE GUATEMALA, Editorial Educa, San José, Costa Rica 1977.
- García Laguardia, Jorge Mario, POLITICA Y CONSTITUCION EN GUATEMALA, LA CONSTITUCION DE 1985 Y SUS REFORMAS, Publicación del Procurador de los Derechos Humanos, Guatemala 1997.
- García-Gallo, Alfonso MANUAL DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, Tomo I, Artes Gráficas y Ediciones, S.A. Madrid 1984.
- Gellhorn Ernest y Levin Ronald, ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS IN A NUTSHELL, West Group, St. Paul, Min, 1997.
- Gwartney, James D. y Wagner, Richard E., editores, PUBLIC CHOICE AND CONSTITUTIONAL ECONOMICS, JAI Press Inc., Greenwich Connecticut y Londres, Inglaterra 1988.
- Hall, Kermit L.; Wiecek, William M.; Finkelman, Paul; AMERICAN LEGAL HISTORY, CASES AND MATERIALS; Oxford University Press, New York, Oxford, 1991.
- Hayek, Friedrich A., DERECHO, LEGISLACIÓN Y LIBERTAD; Unión Editorial, Madrid 1994.
- Hayek, Friedrich A., LOS FUNDAMENTOS DE LA LIBERTAD, Unión Editorial, 4a. Edición, Madrid 1982.
- Hernández Marín, Rafael, HISTORIA DE AL FILOSOFIA DEL DERECHO CONTEMPORANEA, Tecnos, Madrid 1989.
- Holme, Richard, *Economic and Political Liberalism*, en BRITAIN'S CONSTITUTIONAL FUTURE; The Institute of Economic Affairs, Goron Pro-Print Co. Ltd., Lancing, W. Sussex 1991.
- Huerta de Soto, Jesús, ESTUDIOS DE ECONOMÍA POLÍTICA, Unión Editorial, Madrid, 1994.
- James, Philip S., INTRODUCTION TO ENGLISH LAW, Butterworth & Co (Publishers) Ltd, Londres 1989.

- Laubadère, André de; Venezia, Jean-Claude; y Gaudemet, Yves, TRAITÉ DE DROIT ADMINISTRATIF, Tomo I, L.G.D.J Paris 1994.
- Loperena Rota, Demetrio; LA TRANSACCION EN LA NUEVA LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao Oñati, 2000.
- Luján Muñoz, Jorge, BREVE HISTORIA CONTEMPORÁNEA DE GUATEMALA, Fondo de Cultura Económica, México 2002, 2ª. Edición.
- Malaurie, Philippe y Aynès, Laurent, COURS DE DROIT CIVIL, Éditions Cujas, Paris 1994.
- Maldonado Aguirre, Alejandro, NUESTRA CONSTITUCION, Centro Editor Piedra Santa, Guatemala febrero de 2001.
- Mayora Alvarado, Eduardo, TEORÍA CONSTITUCIONAL PARA UNA SOCIEDAD LIBRE, Fundación República Para Una Nueva Generación, Buenos Aires 1997.
- McCleary, Rachel, IMPONIENDO LA DEMOCRACIA, Artemis Edinter Guatemala 1999.
- Medina Guerrero, Manuel, LA VINCULACION NEGATIVA DEL LEGISLADOR A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, editorial McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- Merryman, John H., THE CIVIL LAW TRADITION, Stanford University Press, California, 1985.
- Mises, Ludwig Von, HUMAN ACTION, A Treatise in Economics, The Yale University Press, 1966.
- Morello, Augusto M., LA REFORMA DE LA JUSTICIA, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1991.
- Navarro Pérez, José Luis; LAS PARTES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, Editorial Ibarra de Arce, S.L., Córdoba, 2000.
- Nemo, Philippe HISTOIRE DES IDÉES POLITIQUES dans l'Antiquité et au Moyen Age, Presses Universitaires de France, 1998.
- Parejo Alfonso, Luciano (Coordinador); Jiménez-Blanco, A.; Ortega Álvarez, L; MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Parte General Vol. I; Editorial Ariel, S.A., Barcelona 1998, 4ª Edición.
- Pásara, Luis, LAS DECISIONES JUDICIALES EN GUATEMALA Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala, Guatemala, marzo de 2000.
- Pásara, Luis; Garrido, Manuel; Maldonado, Antonio y Wagner, Karin; FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE JUSTICIA EN GUATEMALA, Minugua, Guatemala marzo de 2000. Prólogo por Jean Arnault.
- Popper, Karl. THE OPEN SOCIETY AND ITS ENEMIES, Vol. I, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1966.
- Ralph E. Giesey, IF NOT, NOT, Princeton University Press, Princeton 1968.
- Redlick, Norman y Schwartz, Bernard; CONSTITUTIONAL LAW, Matthew Bender, 1983.
- Rothbard, Murray N., MAN, ECONOMY, and STATE, A Treatise on Economic Principles; The Ludwig Von Mises Institute, Auburn, Alabama, 2001.
- Schäfer y Ott, MANUAL DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO CIVIL, Editorial Tecnos, Madrid 1991.

- Shapiro, Martin; WHO GUARDS THE GUARDIANS, JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATION; The University of Georgia Press, Athens, Georgia, 1988.
- Steward, Richard B., **La Justicia Administrativa En Estados Unidos**, en: LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO COMPARADO, Editorial Civitas, S.A., 1992.
- Toledo Jáudanes, Julio (Editor), LEGISLACION DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA, Civitas, Vigésima segunda edición, Madrid 2000.
- Von Gentz, Friedrich, COMPARACION ENTRE LA REVOLUCION NORTEAMERICANA Y LA FRANCESA; traducción de Rigoberto Juárez-Paz, Unión Tipográfica, Guatemala 1978, Publicaciones de la Universidad Francisco Marroquín.
- Von Hoegen, Miguel, en: HISTORIA GENERAL DE GUATEMALA, Tomo VI, Asociación de Amigos del País y Fundación para la Cultura, Guatemala 1997. *Economía*, Introducción.
- Wade, William; Rganemalm, Hans; y Strauss, Peter L., ADMINISTRATIVE LAW, THE PROBLEM OF JUSTICE, Edited by Aldo Piras, Giuffrè, Milan 1991.

i) Periódicos y publicaciones especializadas.

- **Constitución Política de la República de Guatemala y su Interpretación por la Corte de Constitucionalidad**, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Editorial Serviprensa, S.A., Guatemala 2002.
- **En Cifras: Guatemala**, de *Global Infogroup*, 1999.
- **Encyclopaedia Britannica CD**, 1997 Edition.
- **Gaceta de la Corte de Constitucionalidad:**
 - N° 5
 - N° 7
 - N° 8
 - N° 10
 - N° 24
 - N° 25
 - N° 48
- **Gaceta de los Tribunales:**
 - 1987, I Semestre.
 - 1987, II Semestre.
 - 1990, I Semestre.
 - 1991, I Semestre.
 - 1992, II Semestre.
 - 1992, II Semestre.
 - 1994, I Semestre.
- **Harvard Law Review, Vol. III:689**, “*LIT. Theory*” put to the Test: a Comparative Literary Analysis of American Judicial Tests and French Judicial Discourse, por Michel de S.O.l’E Lasser.

- **Informe al Congreso, Proyecto de presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado del Ejercicio Fiscal 2002**, publicado por el *Centro de investigaciones Económicas Nacionales –CIEN-*, N° 49, Guatemala, Noviembre de 2001.
- **Journal Des Econimistes Et Des Etudes Humaines**, Vol. XI, # 2/3 – Junio/Septiembre 2001. *In Honor and Memory of Frédéric Bastiat's The Law*, por Eduardo Mayora Alvarado.
- **Journal of Legal Studies**, vol XXIV (June 1995), *Politics and the Judiciary: The Influence of Judicial Background on Case Outcomes*, por Orley Ashenfelter, Tehodore Eisenberg, and Sewart J. Schwab.
- Periódico “*Siglo Veintiuno*”, Ciudad de Guatemala, 30 de noviembre de 2001.
- Periódico “*Siglo Veintiuno*”, Ciudad de Guatemala, 19 de marzo de 2002.
- Periódico “*Siglo Veintiuno*”, Ciudad de Guatemala, 20 de mayo de 2002.
- Periódico “*Siglo Veintiuno*”, Ciudad de Guatemala, 22 de mayo de 2002.
- Periódico “*Siglo Veintiuno*”, Ciudad de Guatemala, 27 de junio de 2002.
- Periódico “*Siglo Veintiuno*”, Ciudad de Guatemala, 29 de septiembre de 2002.
- Periódico “*Siglo Veintiuno*”, Ciudad de Guatemala, 6 de febrero del 2002.
- Periódico “*Siglo Veintiuno*”, Ciudad de Guatemala, 8 de abril de 2002.
- Periódico “*Siglo Veintiuno*”, Ciudad de Guatemala, 26 de diciembre 2002.
- Periódico “*Siglo Veintiuno*”, Ciudad de Guatemala, 3 de enero de 2003.
- Periódico “*Siglo Veintiuno*”, Ciudad de Guatemala, 30 de marzo de 2003.
- **Revista de Administración Pública, Num. 136 Enero-Abril 1995**, *La Armonización Europea en el Control Judicial de la Administración: El Papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, por Carlos Padrós Reig y Joan Roca Sagarra
- **Revista de Administración Pública, Num. 152, Mayo-agosto 2000**; *Contencioso-Administrativo objetivo y Contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión Histórica y Comparatista*, por Eduardo García de Enterría.
- **Revista española de Derecho Administrativo, N° 108**, “*La Administración Pública y la Ley*” por Eduardo García de Enterría
- **Revista española de Derecho Administrativo, N°106**, *La definitiva erradicación de los actos de Gobierno en nuestro Derecho*, por Eduardo García de Enterría
- **Revista española de Derecho Administrativo, N°** , *Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa*, por Juan Igartua Salaverría
- **Revue du droit public, No 6/1999**, *Le juge administratif, la procédure et le temps*, por Manuel Gros
- **Revue française de droit administratif, 14 (5) sept.-oct. 1988** « *L'influence de l'obligation du recours administratif préalable sur l'action en justice* » por Eugénie Prévédourou
- **Revue française de droit administratif, 15 (6) nov.-déc. 1999** « *Le juge administratif, l'économie et le contrat : réflexions à propos de deux arrêts du Conseil d'État*, por Laurent Vidal
- **Revue française de droit administratif, 17 (1) janv.-févr. 2001**, « *Contrat Administratif et compétence judiciaire* » por Gweltaz Guiavarc'h

- **The Economist**, March 13-19, 2003. *The British Constitution, Labour's Wreck.*
- **The Economist**, March 27-April 2nd 2004; *Brazil's Judiciary. Not-so-swift justice.*
- **The Journal of Law, Economics & Organization**, V16 N2, *Independent Courts and Administrative Agencies: An Empirical Analysis of the States*, por F. Andrew Hanssen.
- **The Journal of Law, Economics & Organization** V15 N1, 1999, *The Quality of Government*, por Rafael la Porta, Florencio López-de-Silanes, Andrei Shleifer y Robert Vishny.
- **The Journal of Law, Economics & Organization**, V15 N2, 1999, *Strategic Instruments: Legal Structure and Political Games y Administrative Law*, por Emerson H. Tiller y Pablo T. Spiller.
- **The Journal of Legal Studies**, Vol. XXIII (January 1994), *The Value of Accuracy in Adjudication: an Economic Analysis*, por Louis Kpalow.
- **The Wall Street Journal Americas**, 30 de marzo del 2004, "México se plantea una ambiciosa reforma de sus sistema de administración de justicia."
- **Webster's Encyclopedic Unabridged Dictionary of the English Language**, Dilithium Press Ltd., New York 1994.

ii) Leyes.

- Código Civil de Guatemala
- Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala
- Código Tributario de Guatemala
- Constitución Política de la República de Guatemala
- Digesto Constitucional (de Guatemala)
- Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala
- Ley de Contrataciones del Estado
- Ley de la Carrera Judicial, Decreto 41-99 del Congreso de la República
- Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto 119-96 del Congreso de la República
- Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto 1550 de la Asamblea Legislativa, de 5 de junio de 1928
- Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto Gubernativo 1881, de 28 de septiembre de 1936
- Ley del Impuesto Sobre la Renta
- Ley del Organismo Ejecutivo
- Ley del Organismo Judicial
- Ley Orgánica de la Superintendencia de la Administración Tributaria
- Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (de España)