

# PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA ADMINISTRATIVA

## PRINCIPLE OF LEGALITY IN ADMINISTRATIVE LAW

PABLO ALBERTO MALDONADO ERICASTILLA<sup>1</sup>

### Resumen

El principio de legalidad, como estandarte principal del Estado Constitucional de Derecho, es una garantía a favor del ciudadano en sus dos acepciones: El primero es el Principio de Legalidad que ampara al ciudadano en el sentido de que puede hacer todo aquello que la ley no le prohíba; y el segundo, el Principio de Legalidad en Materia Administrativa, el cual también, como garantía a favor del ciudadano, desarrolla el fundamento constitucional de limitar el ejercicio del poder. La imposibilidad de que la norma sea casuística, no es óbice para el cumplimiento a cabalidad de este principio por parte del funcionario público, y la eficacia de los controles que sobre el mismo se pueden ejercer.

Profundizar en este principio fundamental del Derecho Administrativo, es importante por su influencia, no solo en el ámbito de la administración pública, sino en todas las demás ramas del derecho y de la vida social, empresarial, laboral y privada.

### Palabras Clave

Constitución Política de la República, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, funcionario público, potestades administrativas, principio de legalidad.

### Abstract

The principle of legality, as a key element of Constitutional State of Law, is a guarantee in favor of the citizen in its two meanings: The first one, is the Principle of Legality that protects the citizen in the sense that he is allowed to do everything that

---

<sup>1</sup>Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario. Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo. Correo electrónico: pmaldonado@unis.edu.gt

the law does not prohibits; and the second one, the Principle of Legality in Administrative Law, which also, as a guarantee in favor of the citizen, develops the constitutional basis of limiting the exercise of power. The impossibility that the norm is casuistic, is not an obstacle to fulfill this principle by the public official, and the effectiveness of the controls that can be exerted on it.

Examining in depth this fundamental principle of Administrative Law is important because of its influence, not only in the field of public administration, but in all other branches of law and social life, businesses, labor and private life.

### **Key Words**

Administrative law, administrative powers, public official, Constitution, constitutional law, principle of legality.

**Sumario:** 1. Introducción 2. Antecedentes. 3. Desarrollo conceptual del principio de legalidad en materia administrativa. 4. Contenido del principio de legalidad en materia administrativa. 5. Las potestades administrativas derivadas del principio de legalidad en materia administrativa. 6. Riesgos de incumplimiento del principio de legalidad. 7. Reflexión Final. 8. Referencias.

## 1. INTRODUCCIÓN

Al momento de escribir este artículo, el mundo está sumido en un combate por detener la propagación de un virus con una capacidad de contagio tal, que ha obligado al cierre de fronteras, establecimientos comerciales, a la cancelación de eventos masivos, a la suspensión de clases presenciales a todo nivel educativo y, en fin, a evitar el contacto o cercanía física entre personas, ya que ese, parece ser la mayor fuente de su contagio. Científicos de todo el mundo están trabajando para encontrar un medicamento que suponga la cura para quienes se contagien de dicho virus, así como el desarrollo de una vacuna que logre prevenirlo.

Los gobiernos de cada país han tomado decisiones de cara a esta situación sin precedentes, en la cual, se ha visto afectada no solo la salud de cientos de miles de personas, sino ha sido un golpe directo a las economías personales, familiares, empresariales, nacionales y regionales, de acuerdo con las condiciones culturales, económicas y sociales de su país y estas han obtenido mejores o peores resultados con respecto a la contención de la pandemia, dependiendo de las comparaciones que se pretenda hacer, pero en las cuales se deben tomar en cuenta las diversas realidades presentes en cada nación.

Después de más de tres meses en una situación de aislamiento, actualmente se discute cual es el balance que debe existir entre la economía y salud; entendiendo por supuesto que, sin salud, no hay economía, pero sin economía, no hay medios de subsistencia. No es el objeto del presente artículo entrar en esa complicada discusión, pero se hace referencia a ella, ya que las autoridades de cada país deben tomar esas decisiones, atendiendo esencialmente a las facultades que su legislación le otorga, observando las garantías que, a favor del ciudadano, se reconocen en la misma.

En Guatemala, como en todo el mundo, existen voces críticas cuyo blanco son las decisiones que el Gobierno ha tomado en el contexto actual, lo cual es normal y saludable en una república democrática, en toda época las más fuertes, son aquellas con respecto del alcance que tienen las decisiones que han tomado las autoridades públicas respectivas por las afectaciones que en la vida de cada ciudadano tienen, pero, sobre todo, se encaminan a la legalidad de la que están investidas.

Las decisiones de gobierno siempre han afectado a la sociedad en todos sus ámbitos desde su creación misma, es por ello el apareamiento del Derecho Administrativo, como una rama derivada directamente del Derecho Constitucional, para desarrollar principios esenciales como la sujeción a la ley del funcionario público, limitando su actuar a lo que la ley le permite realizar.

## 2. ANTECEDENTES

La historia del desarrollo del Principio de Legalidad en Materia Administrativa, está íntimamente relacionada con la evolución del Derecho Constitucional, de cuya esencia deriva el apareamiento de una norma suprema a la que le denomina Constitución. La primera noción de esta ley suprema puede encontrarse desde la antigua Grecia, en donde Aristóteles hacía una distinción entre constitución - *politeía*-, ley - *nomos*- y decreto - *psefisma*-. La *politeía* es un elemento configurador de la polis, significando la ordenación del Estado. Para Aristóteles, todas las formas de gobierno eran potencialmente justas y legítimas: la monarquía, la aristocracia -gobierno de los pocos- y la democracia. Para evitar excesos o degeneración de estos sistemas, Aristóteles se refiere a la virtud, la ciudadanía activa, la *politeia* o justo equilibrio entre la oligarquía y la democracia para obtener la constitución ideal. Aristóteles utiliza el término Constitución para referirse a las distintas formas de gobierno<sup>2</sup>.

Enrique Sánchez Bringas, citado por Alberto Pereira-Orozco y Marcelo Richter indica que los romanos utilizaban la palabra *constitutio*, lo que los griegos llamaban *politeia*. Asimismo, los autores citan a Vladimiro Naranjo Mesa, quien manifiesta que el término *constitutio*, utilizado por Marco Tulio Cicerón en su obra *La República*, no significó para los ciudadanos romanos una garantía contra los abusos del poder, ni el ejercicio de los derechos individuales por parte de los ciudadanos, debido a que la fuente básica de toda autoridad era la *lex*, la cual se ha traducido como *lo que el pueblo ordena y establece*<sup>3</sup>.

Rolando Tamayo y Salmorán citado por Gerardo Monroy Cabra, indica que la noción moderna de constitución, como la Constitución, aparece como consecuencia de determinados acontecimientos, de los cuales algunos de los más importantes son: "a) aparición de los conceptos de comunidad y Estado; b) la protección jurídica de los pactos y el nacimiento de los civil rights; c) la aparición de las Cartas de las colonias inglesas de Norteamérica; y d) el auge de la doctrina moderna del derecho natural"<sup>4</sup>.

Según Georg Jellinek, también citado por Monroy Cabra, los orígenes doctrinales y filosóficos de la Constitución moderna son los siguientes:

---

<sup>2</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Monroy Cabra, Marco Gerardo Concepto de Constitución. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005. Konrad - denauer- Stiftung Tomo I Programa Estado de Derecho para Sudamérica México <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2005.1/pr/pr3.pdf>. Consulta: 2 de junio del 2020.

<sup>3</sup> Pereira-Orzco, Alberto. Marcelo Pablo E. Richter. *La Constitución*. Segunda Edición. Guatemala Ediciones De Pereira., 2012. Página 15

<sup>4</sup> Monroy Cabra, Op. Cit.

- **Dominium Politicum:** Es el Dominio Político en el que la autoridad limitada por la Constitución, la cual es opuesta al *Dominium Regale* –Dominio Real-. Esta es una concepción desarrollada bajo el influjo de la doctrina aristotélica.
- **Lex Fundamentalis:** El concepto de ley fundamental aparece en el siglo XVI en Europa. La *Lex Fundamentalis* tiene una fuerza superior a las demás leyes y su aplicación llegó a limitar de forma directa el poder del rey, quien llega a estar obligado respecto de ella y no la puede modificar por sí solo. Enrique IV declaró en Francia que las “*lois fondamentales de l’État*” –las leyes fundamentales del Estado- constituyen una limitación estricta del poder del rey. Jacobo I de Inglaterra considera las “*fundamental laws*”, como derecho divino. Durante el reinado de Carlos I, hijo de Jacobo I, el conde de Strafford fue acusado y juzgado porque quiso cambiar las leyes fundamentales de la monarquía. En Inglaterra, la concepción medieval de las relaciones contractuales entre *rex* y *regnum* –rey y reino- ha permanecido muy viva a causa de las innumerables confirmaciones de los derechos y libertades por la corona<sup>5</sup>.

Monroy Cabra explica que la concepción de Constitución inició como la norma fundamental que, bajo el sentido que le da Aristóteles, organiza al Estado. Montesquieu coincidiendo con el pensamiento aristotélico, desarrolla la necesidad de la Constitución para limitar el poder tanto en el sistema monárquico como en el democrático, señala: “*tanto la monarquía como la democracia pueden asumir una configuración despótica. Por tanto, un régimen político moderado es aquél dotado de una constitución capaz de mantener diferenciados y en una posición de equilibrio esos mismos poderes.*”

Para Montesquieu el poder frena al poder, por lo que “*el legislativo puede y debe controlar la ejecución de la ley, pero sin entrometerse en los asuntos que competen al ejecutivo; y este segundo puede oponer su veto a la ley, pero sólo en sentido negativo, y sin que se configure la participación del ejecutivo en la formación de la voluntad legislativa...La libertad política se encuentra en los gobiernos moderados.*” La idea del poder constituyente, indispensable para hablar y entender que es Constitución, nace en los movimientos revolucionarios del siglo XVIII en Norteamérica y en Francia; el primero para declarar su independencia de Inglaterra y el segundo para destruir las instituciones del antiguo régimen y generar una nueva forma política. En el caso de Estados Unidos, en el año de 1776 las colonias independientes se transforman en Estados y publican las Constituciones sobre principios de soberanía popular y de división de poderes, estando en su mayoría precedidas de un *Declaration of Rights* y luego de un plan de gobierno con disposiciones acerca de los órganos supremos del Estado y sus funciones. Estas constituciones sirven de modelo de las Constituciones europeas, especialmente la francesa de 1791. Finalmente, la Constitución norteamericana de 1787, está

---

<sup>5</sup> Ibid.

fundada sobre el poder constituyente, dirigida a instituir un gobierno limitado y con contrapesos<sup>6</sup>.

En el Derecho Público alemán, se conoce el concepto de la ley fundamental desde el Tratado de Westfalia o Tratado de Münster/Osnabrück de 1648, el cual dio fin a lo que se denominó la guerra de los 30 años en Europa y significó que por primera vez en la historia de ese continente se firmara un tratado multilateral moderno, se hablara de Estados-Naciones, de libertad de religión y de límites internacionales.<sup>7</sup> Los antecedentes señalados no se refieren a los antecedentes históricos de la Constitución material, sino a la evolución del concepto filosófico de lo que es una Constitución. En esta evolución conceptual se establecen tres grandes rasgos: 1. La Constitución como herramienta para limitar el poder; 2. La Constitución como organizadora del Estado; 3. La Constitución que, conteniendo los dos rasgos anteriores, establece un catálogo de derechos a favor de los ciudadanos. Este último rasgo en sí mismo ha evolucionado hasta el punto de presentarse declaraciones en el texto constitucional por medio de los cuales se reconocen la validez de derechos no expresamente incluidos en la misma, pero que responden al mismo fin de protección a la persona humana y a su libertad, tal como es el caso del artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el establecimiento de mecanismos para su defensa, tanto preventiva como restaurativa.

Al principio de la limitación del poder, estandarte del constitucionalismo, ha tenido la necesidad de ser dotada de juridicidad, ya que si bien, como pregonan los neoconstitucionalistas, las normas y principios constitucionales son de aplicación directa en las relaciones jurídicas de la sociedad, ha sido indispensable desarrollar, por medio de diferentes normas, el Principio de Legalidad en Materia Administrativa, lo cual también se le ha conocido como el principio de legalidad del funcionario público. Este principio es el cimiento del desarrollo del Derecho Administrativo.

### **3. DESARROLLO CONCEPTUAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA ADMINISTRATIVA**

El ciudadano, como parte de ese catálogo y garantías que le otorga el ordenamiento jurídico constitucional, está amparado por el principio de legalidad, recogido en el artículo 5 de la Constitución Política de la República, el cual indica que toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe.

La Corte de Constitucionalidad, como tribunal interprete del texto constitucional, indicó en la sentencia del 18 de marzo del 2009, emitida dentro del expediente 536-

---

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup>Historia General. La Paz de Westfalia. <http://historiageneral.com/2012/02/13/la-paz-de-westfalia/>. Fecha de Consulta 02 de junio del 2020.

2007, lo siguiente: “[...] *la disposición fundamental utiliza el concepto ley en sentido material, no formal, es decir, atendiendo no al órgano emisor del precepto normativo de que se trate, sino a la naturaleza de éste, comprendiendo toda norma jurídica de carácter general, emitida con el objeto de regular las relaciones sociales a fin de asegurar la pacífica convivencia, siendo indiferente el órgano del que haya emanado. De esa cuenta, dentro del concepto de ley contenido en el artículo 5o. de la Constitución, tienen cabida, además de los Decretos del Congreso [...] (leyes ordinarias), entre otras clases de normas, los Reglamentos emitidos por la autoridad municipal, como el que se impugna, deviniendo que la libertad de acción consagrado por el citado precepto fundamental puede ser limitada por aquellas prohibiciones que aquél imponga a los administrados.*”

A diferencia del ciudadano, protegido en su actuación bajo el principio de legalidad anteriormente establecido, el funcionario público tiene limitado su actuación, en el ejercicio de sus funciones, a lo que la ley le permite o le ordena. Este principio también encuentra su base, en el fin último de protección al ciudadano.

Agustín Gordillo indica: *“El Principio de Legalidad significa que los actos y comportamientos de la administración deben estar justificados en una ley previa, que preferible pero no necesariamente ha de ser de carácter general. Se trata, desde luego, del sometimiento en primer lugar a la Constitución y a la Ley del Poder Legislativo, pero también al resto del ordenamiento jurídico, por ejemplo, a las normas reglamentarias emanadas de la propia administración, lo que ha sido dado en llamar el ‘bloque de la legalidad’ o principio de juridicidad de la administración. Se ha evocado también la idea, no de un bloque, sino de una pirámide, lo que resulta adecuado en tanto resalta la necesaria jerarquía normativa existente entre las distintas fuentes del derecho que integran el ordenamiento jurídico administrativo y que consagran los diversos sistemas”*<sup>8</sup>.

El principio de Juridicidad mencionado en el concepto anterior, es tratado por el autor guatemalteco Jorge Mario Castillo González, quien lo desarrolla indicando que *“Toda actividad administrativa debe someterse a la ley y a principios del orden jurídico establecido”*.<sup>9</sup> El mismo autor indica que la Juridicidad consiste en la aplicación de la ley, de los principios jurídicos y de la doctrina jurídica, tanto general como especializada, en todas las actividades y decisiones provenientes de funcionarios y empleados públicos. En consecuencia, a ningún funcionario público se le está permitido actuar con discrecionalidad bajo el pretexto de que no existe una ley que deba aplicar para el caso concreto.

---

<sup>8</sup> Gordillo.com. Gordillo, Augusto. Legalidad y Urgencia en el Derecho Administrativo. [https://www.gordillo.com/pdf\\_tomo11/secc5/despues6.pdf](https://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc5/despues6.pdf). Fecha de Consulta 25 de junio del 2020.

<sup>9</sup> Castillo González, Jorge Mario. Derecho Administrativo. Octava edición. Guatemala. Instituto Nacional de Administración Pública, 1996. Página 110.

El desarrollo histórico del principio de legalidad se apoya en el principio de la seguridad jurídica, en el sentido de que se carece de seguridad jurídica si la autoridad no subordina sus actos a las leyes y a los reglamentos. Como indica José Miguel Valdivia: “[...] el derecho administrativo moderno introdujo cambios sustanciales, que contribuyeron a ‘civilizar’ al poder. Éste ya no puede concebirse como atributo personal de los gobernantes, sino como una función de éstos, función de naturaleza vicaria o comisaria, consistente en ejecutar los mandatos del Pueblo. Por eso, la administración está por definición misma al servicio del interés general”<sup>10</sup>.

El artículo 152 de la Constitución Política de la República, establece la obligatoriedad que tienen las autoridades administrativas de actuar únicamente con las facultades y dentro de los parámetros que establece la ley, al indicar lo siguiente: *“El poder proviene del pueblo. Su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por esta Constitución y la ley.*

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

La Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado en diversas sentencias al contenido de este artículo constitucional, como en los casos siguientes:

- Sentencia emitida con fecha 24 de junio de 1993, dentro del expediente 480-92: *“El artículo 152 de la Constitución contiene el principio general de la sujeción de los órganos del Estado, al Derecho. Preceptúa la citada norma que el ejercicio del poder, que proviene del pueblo, está sujeto a las limitaciones señaladas por la Constitución y la ley, o sea que se establece un sistema de atribuciones expresas para los órganos del Poder Público.”*
- Sentencia de fecha 14 de septiembre del 2016, emitida dentro del expediente 2956-2016: *“[...] un funcionario público solamente puede realizar lo que una disposición normativa expresa le autoriza a hacer y, le está prohibido, todo lo no explícitamente autorizado. Lo anterior, guarda relación con el principio de legalidad de las funciones públicas contenido en el artículo 152 de la Constitución [...] el cual establece que el ejercicio del poder está sujeto a las limitaciones señaladas por la Norma Suprema y la ley, lo que significa que la función pública debe estar debidamente establecida en el régimen de legalidad constitucional.*

El artículo 154 constitucional determina la sujeción del funcionario público a la ley, su obligatoriedad de servicio al Estado y la prohibición de delegar sus funciones excepto en los casos expresamente autorizados por la ley. La Corte de

---

<sup>10</sup> Valdivia, José Miguel. Manual de Derecho Administrativo. España. Editorial Tirant Blanch. 2018. Página 43.



Constitucionalidad también se ha pronunciado en diversas sentencias al contenido de este artículo constitucional, como en los siguientes ejemplos:

- Sentencia de fecha 5 de junio del 2015, dictada dentro del expediente 2561-2014: “[...] *la función pública, conforme el cual los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial y sujetos a la ley y jamás superiores a ella. Ello implica, como lo ha sostenido este Tribunal, que la función pública debe realizarse de acuerdo a un marco normativo, puesto que todo acto o comportamiento de la autoridad en cualquier ramo debe estar sustentado en una potestad que le confiera el ordenamiento jurídico vigente y, de ahí que si el funcionario público es depositario de la autoridad no puede hacer con esta potestad conferida sino lo que el ordenamiento jurídico le permite, entonces aquello que realice fuera de ese marco expreso de funciones y atribuciones o bien arrogándose las que la ley asigne a otro funcionario o entidad no puede sino configurarse como un acto arbitrario que necesariamente debe ser declarado inválido. [...]*”
- Sentencia de fecha 7 de enero del 2010, dictada dentro del expediente 2579-2009: “[...] *el principio de legalidad reza que mientras los ciudadanos deben ser libres para hacer todo lo que no esté explícitamente prohibido por la norma, los funcionarios públicos únicamente pueden hacer lo que está permitido por la ley. Este concepto es fundamental para el establecimiento del Estado de Derecho en un contexto democrático. Un gobierno que no se subordina a la ley rápidamente cae en el autoritarismo y la arbitrariedad. El principio de legalidad implica, en primer lugar, la supremacía de la Constitución y de la ley como expresión de la voluntad general, frente a todos los poderes públicos. Además, el principio de legalidad implica la sujeción de la Administración a sus propias normas. Todas las actuaciones de los poderes públicos deben estar legitimadas y previstas por la ley, de modo que la Administración sólo puede actuar allí donde la ley le concede potestades. Es decir, el principio de legalidad implica que la ley es el único mecanismo de atribución de potestades a la Administración [...].*”

Los dos artículos anteriormente citados, así como su interpretación y aplicación por parte de la Corte de Constitucionalidad, proporcionan los parámetros generales de la sujeción a la ley por parte de los funcionarios públicos. Asimismo, existen otras disposiciones constitucionales, que regulan el ejercicio de la función administrativa.

El Principio de Legalidad en materia Administrativa, se encuentra suficientemente regulado en la Constitución Política de la República, pero a nivel legislativo, se encuentran pendientes la emisión de leyes que logren unificar criterios y obligaciones para los diferentes procesos y actuaciones de las instituciones públicas.

#### 4. CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA ADMINISTRATIVA

El sometimiento a la ley, de parte del funcionario público, debe entenderse como el sometimiento, no únicamente a la Constitución Política de la República y a las emanadas del organismo legislativo, sino también los reglamentos emanados por la propia administración, a lo que muchos autores denominan como “*bloque de legalidad*” o “*bloque jurídico*”. Mario Pozas indica que el Principio de Legalidad contiene enunciados prohibitivos o negativos, tales como: a) Los reglamentos no pueden contradecir una ley formal, no pueden exceder sus límites; b) Los actos individuales no pueden contradecir las leyes formales, ni los reglamentos; c) Toda la actividad de la Administración debe desarrollarse sin violar los principios generales del Derecho<sup>11</sup>.

La aplicación de estos tres enunciados puede ser analizados de conformidad a lo que establece la legislación guatemalteca.

a) **Los reglamentos no pueden contradecir ni exceder los límites establecidos en una ley.**

Con una íntima relación con el principio de jerarquía normativa, reconocida expresamente en el artículo 175 de la Constitución Política de la República: “*Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure.*” Este enunciado también se repite en sus artículos 44 y 204.

En concordancia con el texto constitucional, el artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial establece: “*Los Tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República, sobre cualquier ley o tratado, salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno.*”

*Las leyes o tratados prevalecen sobre los reglamentos. Carecen de validez las disposiciones que contradigan una norma de jerarquía superior.”*

La Corte de Constitucionalidad, se ha referido en diversas sentencias a este principio de jerarquía normativa, por lo que a continuación se exponen dos ejemplos de ello:

- Sentencia emitida el 3 de noviembre de 1994 dentro del expediente 205-94: “*Dentro de los principios fundamentales que informan al Derecho guatemalteco, se encuentra el de supremacía o superlegalidad constitucional, que significa que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución*

---

<sup>11</sup> Derecho Administrativo. Apunte de clases. Pozas, Mario. Principio de Legalidad. El Salvador. <http://derecho-administrativo.blogspot.com/2008/06/principio-de-legalidad-rio.html> Fecha de la consulta. 30 de junio del 2020.

y ésta, como ley suprema, es vinculante para gobernantes y gobernados a efecto de lograr la consolidación del Estado Constitucional de Derecho. Esta superlegalidad constitucional se reconoce, con absoluta precisión en tres artículos de la Constitución Política de la República: el 44 que dispone: ‘Serán nulas ipso jure las leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza’; el 175, que establece que: ‘Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución’ y las que ‘violen o tergiversen los mandatos constitucionales serán nulas ipso jure’; y el 204 que preceptúa: ‘Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado’.

- Sentencia emitida el 18 de septiembre del 2003 dentro del expediente 1098-2003: “La preeminencia de la Constitución [...], bajo el punto de vista de su normatividad, se plasma en dos características privilegiadas (entre otras): a) que es la norma fundamental del ordenamiento jurídico, en la que deben basarse las demás disposiciones que lo integran; y b) que tiene jerarquía de ley suprema y como consecuencia obvia, prevalece sobre cualquier otra ley, de manera que aquéllas que la contravengan devienen ineficaces.”

**b) Los actos administrativos no pueden contradecir las leyes ni los reglamentos.**

Este enunciado debe abarcar, no solo la realización autónoma del acto administrativo, sino también el acatamiento de órdenes que estén contradiciendo leyes o reglamentos. El artículo 156 de la Constitución Política de la República de Guatemala indica: “Ningún funcionario o empleado público, civil o militar, está obligado a cumplir órdenes manifiestamente ilegales o que impliquen la comisión de un delito.”

**c) Toda la actividad de la Administración debe desarrollarse sin violar los principios generales del Derecho.**

Debe observarse también este significado negativo desde una perspectiva jurídica sancionatoria, es decir, desde la responsabilidad que el funcionario público tiene si no acata dicho precepto.

El artículo 154 de la Constitución Política de la República de Guatemala ya citado, regula en su primer párrafo lo siguiente: “Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella.

Para Margarita Beladiez existe una dicotomía en la vinculación de la ley con la Administración, al poder ser diferenciada su vinculación positiva y su vinculación negativa<sup>12</sup>.

#### **a. Vinculación Positiva:**

La teoría de la vinculación positiva de la Administración a la Ley, es la que considera que es el Derecho el que condiciona y determina la acción administrativa, de manera positiva, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa. Es decir, la Administración no actúa por propia autoridad, sino que ejecutando el contenido de la ley.

Esta teoría, dentro del principio de legalidad, limita la facultad discrecional de la Administración, ya que su actividad se debe realizar como actividad que la propia ley confiere y limita, por lo que se reviste de un control judicial amplio.

#### **b. Vinculación Negativa:**

En la teoría de la vinculación negativa se establece, derivado de una interpretación estricta del principio de la separación de poderes, que la función pública está revertida de autonomía subjetiva de la Administración, pero dentro de los límites de la ley. Dicho en otras palabras, dentro del marco de la ley la Administración es libre en su actuar, y, en consecuencia, no puede aprobar actos que vulneren una ley o un reglamento.

Con base en esta teoría, un acto de la administración nunca puede ir contra un reglamento, incluso en el caso de que el reglamento en cuestión, proceda de un órgano del mismo nivel o inferior que el que ha adoptado el acto.

### **5. LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA ADMINISTRATIVA:**

Como se ha indicado anteriormente, la Administración Pública es titular únicamente de las potestades atribuidas por una norma legal previa y el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración diferentes facultades, tales como reglamentarias, sancionadoras, certificantes, entre otras.

---

<sup>12</sup> Dialnet. Beladiez Rojo, Margarita. La Vinculación de la Administración al Derecho. España. [Dialnet LaVinculacionDeLaAdministracionAlDerecho-17506.pdf](#). Fecha de la consulta. 30 de junio del 2020.

David Blanquer indica que, de conformidad con la doctrina, las potestades administrativas se dividen en Discrecionales y Regladas:<sup>13</sup>

- a. Discrecionales:** La ley delimita facultades en favor de la Administración, dejando algunas de las condiciones de ejercicio de dicha facultad, a la apreciación subjetiva de la Administración que la ejerza, siempre derivado de una norma potestativa. Esa norma potestativa es la que Blanquer denomina “*Los elementos reglados de las potestades discrecionales*”, indicando que estos pueden ser: “(i) *La atribución de la potestad por una norma; (ii) el supuesto de hecho tipificado en la norma para habilitar el ejercicio de la potestad; (iii) el fin público perseguido mediante el ejercicio de la potestad; (iv) la exigencia de motivación de las potestades discrecionales*”<sup>14</sup>.

Un ejemplo claro de estas facultades se encuentra en el artículo 253 de la Constitución Política de la República, la cual faculta a las municipalidades a emitir las ordenanzas y reglamentos respectivos, para cumplir con sus funciones tales como obtener y disponer de sus recursos; así como atender los servicios públicos locales, el ordenamiento territorial de su jurisdicción y el cumplimiento de sus fines propios.

La Corte de Constitucionalidad, en la sentencia emitida con fecha 7 de junio del 2012, dentro del expediente 4328-2011 indicó precisamente con referencia a este artículo: “[...] *la autonomía municipal podría percibirse como la capacidad de autoadministrarse, [...] y cuanto más fuerte sea la autonomía municipal ésta reflejará directamente un Estado descentralizado y en buena medida, democráticamente maduro y avanzado, de allí deriva, lo necesario de consolidar condiciones para el ejercicio de la autonomía municipal, transfiriéndole facultades y competencias, dentro de ellas el de emitir las normas reglamentarias atinentes al ordenamiento de la construcción de su respectivo Municipio, con el fin de conservar el ornato, urbanismo y medio ambiente de su circunscripción*”.

Se podrán encontrar diversos ejemplos sobre esta potestad discrecional, pero la autonomía municipal constitucionalmente reconocida, es suficientemente ilustrativa, ya que el constituyente otorgó un amplio margen discrecional a la autoridad municipal, estableciendo claramente un marco legal que limita esa actuación discrecional a su jurisdicción y únicamente para el cumplimiento estricto de sus funciones.

- b. Regladas:** La ley determina detalladamente las condiciones del ejercicio de la potestad, de modo que el supuesto legal y la realidad de los hechos ante

---

<sup>13</sup> Blanquer, David. Introducción al Derecho Administrativo. España. Editorial Tirant Lo Blanch. 2018. Página 122.

<sup>14</sup> Ibid. Página 128.

la que aquella se ejercerá, no admita margen alguno de discrecionalidad o maniobra por parte de la Administración. Indica Blanquer para que la potestad pueda calificarse como Reglada, “[...]hay que aplicarla a unos hechos claros y evidentes, que no son discutidos o controvertidos, y respecto de los que la Administración se limita a hacer una declaración de conocimiento”<sup>15</sup>.

Las facultades regladas, al no permitir ningún margen de discrecionalidad para la actuación de la administración pública, pueden encontrarse en pocas ocasiones dentro del bloque jurídico o bloque de legalidad, pudiendo ser un ejemplo, aquellos casos en que, para lograr un determinado fin, la norma establece un listado específico de requisitos, los cuales la administración pública únicamente debe de limitarse a corroborar su cumplimiento.

La doctrina, dentro de las facultades de la administración pública derivada del principio de legalidad, ha identificado aspectos a considerar al momento del estudio del alcance de estas facultades y el control al que puedan estar sujetas, tales como los Conceptos Jurídicos Indeterminados y los Actos Políticos.

- **Conceptos Jurídicos Indeterminados:** Son aquellos conceptos existentes en las leyes que, por ser abstractas, universales y generales, tienen que incluir términos universales ante la imposibilidad de un casuismo, pero que dan margen para la interpretación subjetiva.

Si bien, la doctrina presenta los Conceptos Jurídicos Indeterminados, dentro de las potestades regladas, en muchos casos este concepto aparece mezclado con las potestades discrecionales que se pueden ejercer, pero por facultad que la ley otorga, dan un margen de maniobra a la administración. El artículo 8 de la Ley de Orden Público indica que al decretarse El Estado de Prevención el organismo Ejecutivo podrá fijar las condiciones bajo las cuales pueden ejercitarse los derechos de huelga o paro, o prohibirlos o impedirlos cuando tuvieren móviles o finalidades políticas.

La falta de determinación de que actos o manifestaciones se consideran móviles o finalidades políticas, lo constituyen en un concepto jurídico indeterminado, por lo que el Organismo Ejecutivo puede, a su discreción, señalarlo como un argumento para impedir el derecho de huelga o paro, sin que esté delimitado jurídicamente de alguna forma.

La técnica legislativa debe orientarse a evitar este tipo de conceptos, toda vez que es claro el riesgo que puede entrañar para el administrado, ya que hace muy borroso los límites de la discrecionalidad de la Administración Pública,

---

<sup>15</sup> Ibid. Página 130.

entendiendo que no puede tampoco pretenderse una normativa primordialmente casuística.

- **Actos Políticos:** Dentro de las potestades administrativas, se encuentran los actos de la administración, denominados Actos Políticos. Catalina Escuin en referencia a este concepto indica: *“Los actos políticos constituyen una de las categorías jurídicas más complejas del Derecho Administrativo. La dificultad se aprecia cuando se comprueba que parte de la doctrina niega que en la actualidad sigan existiendo y que los autores que reconocen la categoría de actos políticos, les confieren una naturaleza jurídica diferente, pues mientras que algunos han entendido que los actos políticos tienen una naturaleza jurídica diferente a los actos administrativos, otros consideran que los actos políticos son una clase de actos administrativos, caracterizada por su exclusión del control judicial”*<sup>16</sup>.

El artículo 183 de la Constitución Política de la República, faculta al Presidente de la Republica a nombrar y remover a los Ministros de Estado, Viceministros, Secretarios y Sub-Secretarios de la Presidencia, embajadores y demás funcionarios que le corresponde conforme a la ley. Ante esta facultad, se puede dar que el nombramiento del funcionario respectivo, se realice cumpliendo con los requisitos legales, pero que, para la opinión pública, la persona nombrada no tenga los conocimientos necesarios para ejercer el puesto. Si se cumple con los requisitos legales, este acto no es impugnabile jurídicamente. El mismo artículo le otorga la función de dirigir la política exterior y las relaciones internacionales; celebrar, ratificar y denunciar tratados y convenios de conformidad con la Constitución. Al hablar de política exterior, además de poder tratarse de un concepto jurídico indeterminado, se faculta al Presidente de la República a determinar la política de relacionamiento internacional del país, esta actividad tampoco está sujeta a un control judicial. El control judicial al que se ha hecho referencia en este apartado, podría considerarse enclavado en una corriente excesivamente positivista, ya que el control judicial debe también realizarse a la luz de los principios constitucionales, tales como el principio democrático, de respeto a los derechos humanos y de separación de poderes, lo cual amplía la posibilidad de realizarlo con la eficacia respectiva que corresponde a un Estado Constitucional de Derecho.

---

<sup>16</sup> Escuin Palop, Catalina. Curso de Derecho Administrativo Parte General. España. Editorial Tirant Lo Blanch. 2011. Página 236.

## 6. RIESGOS DE INCUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El autor Jorge Mario Castillo González establece algunos casos de violación del principio de legalidad que presenta la doctrina, de los cuales se presentan en este pequeño trabajo, aquellos que, dentro del principio general de legalidad, se encuentran en la práctica jurídica de manera recurrente:<sup>17</sup>

- A. **Interpretar la ley de forma indebida o caprichosa.** Este riesgo puede derivar principalmente frente a los Conceptos Jurídicos Indeterminados y de forma más grave, en los casos en que la ley es clara, por lo que evitarlo preventivamente mediante la técnica legislativa correcta, como anteriormente se indicó, o correctivamente mediante la interpretación judicial conteste, principalmente de los órganos jurisdiccionales con facultades de sentar jurisprudencia o doctrina legal.
  
- B. **Restringir o ampliar el campo de aplicación de la ley:** En el presente trabajo se indicó como uno de los ejemplos de las facultades regladas, el caso en que la norma establezca una serie de requisitos que debe cumplir el administrado, para lograr una finalidad determinada y para lo cual la función de la Administración Pública se limita a establecer el fehaciente cumplimiento de estos requisitos. La violación al Principio de Legalidad se presenta en estos casos cuando la administración pública restringe o amplía estos requisitos previamente establecidos por la ley. Normalmente es la ampliación de los requisitos (aplicación *extra legem*), el problema que más recurrentemente se puede encontrar en la administración pública.

Los dos casos indicados anteriormente, se señalan independientemente de los casos en los que la administración pública viola flagrantemente el principio de legalidad al que está sujeta, realizando actos totalmente contrarios a la ley o sin ninguna norma que ampare dicha actuación. Es por ello que, para el debido cumplimiento de dicho principio, se cuentan con controles y se prevén consecuencias jurídicas en la legislación.

Frente a esta gama de circunstancias o actuaciones que se pueden presentar, para garantizar el cumplimiento del marco legal en la actuación de la administración pública, diversos estudios han clasificado los tipos de control que se pueden aplicar sobre la actividad administrativa. Estos controles pueden dividirse para su estudio en diversas clasificaciones, las cuales, a su vez, pueden agruparse únicamente en dos, el Control Interno y el Control Externo.

---

<sup>17</sup> Castillo González, Jorge Mario. Derecho Administrativo Teoría General y Procesal. Guatemala Impresiones Gráficas., 2015. Página 32.



- **Control Interno:** Tiene lugar dentro de la Administración Pública, normalmente se ejerce dentro de la escala jerárquica, es decir, los órganos superiores sobre los inferiores o subordinados mediante el ejercicio de facultades de disciplina, de revocatoria o de revisión, entre otros.

Todo órgano de la Administración ejerce poderes y competencias de revisión referentes a la conveniencia, oportunidad y legalidad de sus propios actos. La fiscalización puede hacerse de dos formas, revocando o modificando de oficio sus propios actos en todo tiempo, cuando ningún límite jurídico se lo impida, o a petición de parte, que puede ser el ciudadano afectado u otra institución de la misma administración pública.

Así mismo se presentan los controles internos sin subordinación, como, por ejemplo, las auditorías internas o el caso de la actividad que realiza Contraloría General de Cuentas de la Nación. También dentro de este tipo se encuentra el control entre organismos del Estado, colocándolos en línea horizontal sin que ninguno ocupe un grado superior a los demás, tal como el control legislativo sobre el organismo Ejecutivo, mediante interpelaciones o comisiones investigadoras.

- **Control Externo o Directo:** Los particulares pueden ejercer control sobre los actos de la Administración Pública por medios legales denominados recursos administrativos y judiciales. Asimismo, como se indicó anteriormente, la Constitución Política de la República de Guatemala establece garantías para los casos de violación de derechos y normas reguladas en ella, que constituya violaciones a los derechos humanos, para que éstos sean inmediatamente restablecidos conforme la ley.

Como parte de la eficacia del Control Externo y para garantizar la juridicidad en los actos de la administración pública, el artículo 221 de la Constitución Política de la República establece que es función del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el de contralor 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. Se tiene un tribunal con jurisdicción especializada y procesos específicos, con facultades más amplias de los juzgados de orden común, al ostentar la potestad de controlar la juridicidad de la administración pública.

Al igual que las sentencias judiciales, las resoluciones administrativas deben estar debidamente razonadas y fundamentadas, con la finalidad de que se conozcan los motivos de la decisión administrativa, aunque esta no derive de la petición de una parte, sino que sea de aplicación general y abstracta. El artículo 3 de la Ley de lo

Contencioso Administrativo indica que Las resoluciones administrativas serán emitidas por autoridad competente, con cita de las normas legales o reglamentarias en que se fundamenta, mientras que el artículo 4 establece: *“Las resoluciones serán providencias de trámite y resoluciones de fondo. Estas últimas serán razonadas, atenderán el fondo y serán redactadas con claridad y precisión”*.

Es evidente la necesidad de legislación más desarrollada para guiar y regular el actuar de la administración pública en general, y el cumplimiento de requisitos que deben llevar sus actuaciones, tales como la Motivación del Acto Administrativo, el Paralelismo de las Formas y su Publicidad entre otros.

La motivación anteriormente indicada, determinará si el funcionario está cumpliendo con el principio de legalidad en todas sus condiciones y establecerá la interpretación que le está haciendo a la norma, sobre todo cuando esta contiene conceptos jurídicos indeterminados y así poder ejercer el derecho de defensa o de control que corresponde dentro de un Estado de Derecho. Por lo anterior, la falta de motivación, también es un incumplimiento en sí mismo al principio de legalidad, por lo que la resolución que adolezca de la misma, debe derivar en nulidad.

La responsabilidad del funcionario público, al momento de incumplir el principio de legalidad, puede caer en el ámbito penal, para lo cual se encuentran legislados una serie de delitos que pueden derivar del ejercicio de la función pública. El Código Penal regulaba una diferencia entre funcionario y empleado público, la cual derivaba de su nivel jerárquico, y, por ende, de su nivel de responsabilidad. Esta disposición fue modificada, quedando el artículo I de las Disposiciones Generales de dicho código de la siguiente manera: *“Para los efectos penales se entiende [...] Por funcionario público: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público”*.

## **7. REFLEXIÓN FINAL**

En Guatemala existen muchas situaciones que han sido denunciadas, tanto en el ámbito judicial como en el ámbito social, especialmente por medio de la actividad periodística, en la cual tratan de evidenciar incumplimientos legales por acción u omisión de funcionarios públicos. Lamentablemente en el país no existe una cultura de legalidad, tanto para su cumplimiento por parte del obligado, como para su exigencia y denuncia. Muchos de los problemas que día a día se encuentran en la actividad de la Administración Pública, pueden prevenirse y resolverse con la

aplicación del Principio de Legalidad, bajo el amparo del Derecho Constitucional y con la colaboración de otras ramas del derecho, especialmente del Derecho Administrativo. Como anteriormente se indicó, es recomendable revisar el bloque de legalidad vigente, actualizarlo en la medida en que sea necesario, y proponer la emisión de nuevas normas que, manteniendo la certeza y los controles respectivos, marquen de manera más clara la forma en que debe trabajar la administración pública. No obstante, con esas deficiencias que se pueden advertir, no existe justificación para la inobservancia estricta de la ley por parte del Funcionario Público. La ley no es una camisa de fuerza, ni debe ser excusa para procesos eternizados que afectan al país en todos sus ámbitos. Es un reto de todos, pero una obligación especial para los abogados, encaminar sus esfuerzos a la consecución del cumplimiento del Principio de Legalidad en Materia Administrativa.

## 8. REFERENCIAS

Blanquer, David. Introducción al Derecho Administrativo. España. Editorial Tirant Lo Blanch. 2018.

Castillo González, Jorge Mario. Derecho Administrativo. Octava edición. Guatemala. Instituto Nacional de Administración Pública, 1996.

Castillo González, Jorge Mario. Derecho Administrativo Teoría General y Procesal. Guatemala Impresiones Gráficas. 2015.

Derecho Administrativo. Apunte de clases. Pozas, Mario. Principio de Legalidad. El Salvador. <http://derecho-administrativo.blogspot.com/2008/06/principio-de-legalidad-rio.html>

Fecha de la consulta. 30 de junio del 2020.

Dialnet. Beladiez Rojo, Margarita. La Vinculación de la Administración al Derecho. España. [Dialnet-LaVinculacionDeLaAdministracionAlDerecho-17506.pdf](http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17506). Fecha de la consulta. 30 de junio del 2020.

Escuin Palop, Catalina. Curso de Derecho Administrativo Parte General. España. Editorial Tirant Lo Blanch. 2011.

Gordillo.com. Gordillo, Augusto. Legalidad y Urgencia en el Derecho Administrativo. [https://www.gordillo.com/pdf\\_tomo11/secc5/despues6.pdf](https://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc5/despues6.pdf). Fecha de Consulta 25 de junio del 2020.

Historia General. La Paz de Westfalia. <http://historiageneral.com/2012/02/13/la-paz-de-westfalia/>. Fecha de Consulta 02 de junio del 2020.

Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Monroy Cabra, Marco Gerardo Concepto de Constitución. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005. Konrad - denauer- Stiftung Tomo I Programa Estado de Derecho para Sudamérica México. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2005.1/pr/pr3.pdf>. Consulta: 2 de junio del 2020.

Pereira-Orzco, Alberto. Marcelo Pablo E. Richter. La Constitución. Segunda Edición. Guatemala Ediciones De Pereira., 2012.

Valdivia, José Miguel. Manual de Derecho Administrativo. España. Editorial Tirant Blanch. 2018.