

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO

*DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA*

TESIS  
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE  
MAESTRO EN DERECHO  
PRESENTA  
MARCO AURELIO GONZÁLEZ MALDONADO

DIRECTOR DE TESIS:  
DR. SANTIAGO NIETO CASTILLO

MÉXICO, D.F.

2007



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*A la Secretaria de Relaciones Exteriores de México,  
por solventar mis estudios de Maestría y permitirme conocer este maravilloso país.*

*Al gobierno paraguayo, a través de su embajada en México,  
por la preocupación siempre latente y el apoyo brindado para alcanzar este objetivo.*

*Al Banco Central del Paraguay,  
por permitirme realizar esta Maestría y confiar en mi.*

*A la Universidad Nacional Autónoma de México,  
por cobijarme en su seno y, a través de sus maestros,  
dotarme de los elementos críticos para estudiar el Derecho.*

*A mi padre (+),  
por su ejemplo de vida.*

*A mi madre,  
por sus plegarias, preocupaciones, apoyo, amor y fe constantes.*

*A mis hermanos (Rocío, María José y José Antonio),  
por las fuerzas que me transmitieron en la distancia y la confianza que depositaron en mi.*

*A tía Beba,  
por todo su cariño y valores inculcados.*

*A mis compatriotas becarios y a la comunidad paraguaya en México,  
por el acompañamiento constante y por el soporte emocional en los momentos difíciles,  
así como por tantos momentos felices compartidos.*

# CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	1
--------------------	---

## CAPÍTULO PRIMERO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I. División de Poderes .....	3
1. Poder Ejecutivo .....	12
2. Poder Legislativo .....	16
3. Poder Judicial .....	21
4. Órganos constitucionales autónomos u órganos extrapoderes .....	27
II. Administración Pública Centralizada y Descentralizada .....	34
1. Administración Pública Centralizada .....	35
2. Administración Pública Descentralizada .....	38
III. El control a la administración .....	39

## CAPÍTULO SEGUNDO DISCRECIONALIDAD Y ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

I. Concepto de Acto Administrativo .....	46
II. Acto reglado y acto discrecional .....	51
III. Acto discrecional y acto arbitrario .....	59
IV. Límites entre lo discrecional y lo arbitrario .....	62
1. Razonabilidad .....	62
2. El control de los hechos condicionantes .....	67
3. El control por los principios generales del derecho .....	68
4. El criterio de oportunidad .....	73
5. Aspectos reglados, cuando existan .....	75
6. Reglas técnicas .....	76
V. Conceptos jurídicos indeterminados y cambiantes .....	77
1. Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados .....	77
2. El sentido de conceptos cambiantes .....	83

VI. Desviación de poder .....	85
VII. Principios rectores .....	90
1. Teoría de los Principios .....	90
2. Principios del Derecho Administrativo .....	101
a. Supremacía del interés público sobre el interés privado .....	102
b. Motivación .....	103
c. Igualdad (impersonalidad) .....	105
d. Equidad .....	105
e. Publicidad .....	107
f. Debido proceso legal y amplia defensa .....	109
g. Control judicial de los actos administrativos .....	110
h. Responsabilidad del Estado por actos administrativos .....	111
i. Seguridad Jurídica .....	112
j. Desarrollo y calidad de vida .....	115
k. Legalidad .....	116
l. Finalidad .....	119
m. Razonabilidad .....	121
n. Proporcionalidad .....	122
n. Solidaridad administrativa .....	123
o. Subsidiariedad .....	124
p. Informalidad en beneficio del administrado .....	125
q. Buena fe y moralidad administrativas .....	127
r. Alterum non laedere .....	128
s. Eficiencia administrativa .....	128
t. Eficacia administrativa .....	130

### CAPÍTULO TERCERO

#### RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Consideraciones previas .....	131
I. Responsabilidad Penal .....	136
II. Responsabilidad Civil .....	141
1. Responsabilidad Civil Contractual .....	143
2. Responsabilidad Civil Extracontractual .....	144
a. La responsabilidad civil por hecho propio .....	147
b. La responsabilidad civil por hecho ajeno .....	147
c. La responsabilidad civil sin culpa .....	148
III. Responsabilidad Administrativa .....	149

IV. Responsabilidad Política.....	153
V. Consideraciones finales, propuesta.....	155
CONCLUSIONES .....	157
BIBLIOGRAFÍA .....	167

## INTRODUCCIÓN

Con el presente trabajo pretendemos abordar la discrecionalidad administrativa, esto es, la que acontece dentro de las esferas de actuación de la administración central de un país (Poder Ejecutivo y sus dependencias), no obstante la configuración que adquiere en las esferas de los otros poderes del Estado, así como los demás organismos públicos, denominados en doctrina “órganos extrapoderes” u “órganos constitucionales autónomos”. A establecer el ámbito de dicha discrecionalidad en esas esferas nos dedicaremos, en el primer capítulo, para así poder apreciar la manera en que surge y se desarrolla en la vida pública y cotidiana esta institución jurídica, la cual constituirá nuestro objeto de análisis durante el desarrollo de nuestras ideas. No obstante encarar la discrecionalidad desde las atribuciones de las autoridades públicas dependientes del Ejecutivo, es dable destacar que, si bien existen semejanzas con las facultades (del mismo tipo, discrecionales) de los otros poderes del Estado, existen cierto tipos de caracteres propios en estos otros órganos públicos (en cuanto a la manera en que están reguladas sus atribuciones), que si bien los caracterizamos, obviamos la referencia a ellos en el capítulo segundo, por el hecho de centrarnos en un tipo de actividad específico (el cual constituye el acto administrativo con efectos particulares), por considerar que son los que en mayor medida y de manera directa y cotidiana afectan los derechos individuales.

Ya en el segundo capítulo caracterizamos a los actos discrecionales, o más propiamente dicho, a las facultades discrecionales, contraponiéndolas a las facultades regladas, describiendo y delimitando ambas potestades en el ejercicio de la actividad pública. Posteriormente nos abocamos a establecer los límites a la discrecionalidad, para así poder encuadrar una conducta dentro de éste tipo de facultades (las discrecionales) o para significar que una conducta del servidor público ha sido arbitraria. A tal efecto, demarcaremos los caracteres y lineamientos a tener en cuenta para poder elaborar tal distinción y aplicar las consecuencias pertinentes.

En efecto, en el tercer capítulo nos abocaremos a establecer el concepto de responsabilidad que nos interesa para poder atribuir una consecuencia a aquélla conducta que ha traspasado el campo discrecional y ha caído en la arbitrariedad, en el ejercicio de una función pública. Por ello, hacemos un análisis de la legislación paraguaya para así atribuir la consecuencia pertinente, a la que aludimos, en el ramo que corresponda, encontrándonos que pueden existir y coexistir más de una consecuencia para una conducta en el sentido recién mencionado; derivado, justamente, del concepto de responsabilidad que estableceremos.

## CAPÍTULO PRIMERO

### ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

#### I. División de Poderes

Debemos referir que el concepto de división de poderes (o principio constitucional, como se lo caracteriza desde el año 1789)<sup>1</sup> responde a la idea de un reparto de atribuciones o separación de las potestades de los poderes u órganos constituidos en los Estados.

Cabe resaltar que, si bien ya Aristóteles distinguía tres operaciones en la actividad estatal (la deliberación, el mando y la justicia), éste solo pretende distinguir las diversas formas de actividad de los órganos estatales y no piensa en un reparto de las referidas funciones, pues no argumenta en contra de que una misma persona ostente al mismo tiempo todas esas actividades.<sup>2</sup>

Fue Locke el primero en destacar las bondades de la separación de poderes, distinguiendo cuatro potestades: el legislativo como poder preponderante; el ejecutivo como subordinado al legislativo; el federativo como encargado de las relaciones internacionales; y la prerrogativa como conjunto de potestades del monarca inglés. Si bien recomienda la separación de funciones no llega a establecer tajantemente la necesidad de dicha división, al punto que no llega a extrañarse ante la acumulación de todas las funciones por parte del monarca.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Art. 16 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789): “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.

<sup>2</sup> Cfr. Aristóteles, *La Política*, Época, México, 2005, pp. 217 a 221.

<sup>3</sup> Cfr. John Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, 1ª ed., segunda reimposición, Trad. Carlos Mellizo, Alianza, España, 2003.

Es hasta Montesquieu donde hallamos una verdadera teoría acerca de la división de poderes. En efecto, fue él quien formuló la idea de la separación cuando prevé la existencia de tres poderes diferentes en manos, a la vez, de personas distintas; la cual llega a enunciar en forma de principio general y principal para la Constitución de cada Estado (no refiriéndose a ninguno en particular, sino a un Estado ideal). Según Montesquieu, es la única manera en que cada uno de éstos poderes limiten a los demás, en cuanto que la separación planteada se refiere a las funciones propias de cada uno de ellos (separación material), y como fundamento para sostener su idea señala que “...nos ha enseñado una experiencia eterna, que todo hombre investido de autoridad abusa de ella. No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación. ¡Quién lo diría! Ni la virtud puede ser ilimitada”,<sup>4</sup> con lo cual muestra su desconfianza en la administración humana y su esperanza en el reparto de atribuciones, evitando así la concentración y omnipotencia en el manejo del poder público.

Es así como plantea que “al multiplicar las autoridades públicas y al repartir entre ellas los diversos atributos de la soberanía, tenga por objeto limitar respectivamente la potestad de cada una de ellas por la potestad de las autoridades vecinas, de tal modo que ninguna de ellas pueda llegar jamás a una potestad excesiva”.<sup>5</sup> Además de la división de competencias y la especialización de funciones, precisa que los titulares de los tres poderes sean independientes e iguales entre sí, sin que ninguno de ellos sea superior o pueda adquirir dicha superioridad, pues en caso contrario se concluye que se cederá paso a la omnipotencia.

---

<sup>4</sup> Montesquieu, *Del Espíritu de las leyes*, 6ª ed., Trad. Nicolás Estevanez, Heliasta, Argentina, 1984, p. 186 (Libro XI Capítulo IV).

<sup>5</sup> R. Carré de Malberg, *Teoría General del Estado*, 2ª ed. en español, Trad. José Lión Depetre, Fondo de Cultura Económica y Facultad de Derecho UNAM, México, 1998, p. 744.

Es clara la idea que se pretendió al afirmar tal postura, teniendo en cuenta la época y circunstancias en la que surgen,<sup>6</sup> pues se buscaba frenar las arbitrariedades que eran cometidas por los monarcas, quienes no estaban sujetos más que a la voluntad de ellos mismos. Por eso, la teoría de la división de poderes busca (en el análisis a la obra de Montesquieu):<sup>7</sup> a) Proteger la libertad y seguridad de los individuos; b) Evitar la tiranía; y c) Distribuir el trabajo para hacerlo más eficiente. Estas ideas fueron las que motivaron la incursión del principio referido en el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.

Este proceso de lucha por la libertad forma parte de un proceso más amplio al que se ha denominado Transición Jurídica del Estado Absolutista al Estado de Derecho y que consistió, básicamente, en la ya mencionada idea de libertad, así como en la seguridad jurídica, la sujeción de la administración a la ley y la presencia de jueces aplicadores mecánicos de las normas. En Francia tomó el nombre de principio de legalidad y en Inglaterra el de Rule of law.<sup>8</sup>

El mérito de tal formulación en la época en que nace es de gran valor para el consecuente desarrollo del principio de la división de poderes, pues solamente a partir de la existencia de tres órganos distintos con funciones diferentes es que se pueden ir realizando los ajustes pertinentes para el mejor funcionamiento del Estado. Pretender que todo debió ser previsto por Montesquieu es exigir demasiado, aunque hay que tener en cuenta que fue él quien propuso la limitación de un poder por medio de los otros dos. Es así como surge la idea de coordinación y recíproco control, en donde no existe supremacía de ningún órgano sobre los demás, sino que se da un reparto de funciones, a partir de lo cual cada uno se limita y contrarresta mutuamente, a la vez que coordinan actividades en beneficio de la nación.

---

<sup>6</sup> Ningún análisis puede realizarse sin tener en cuenta el contexto histórico de las cosas, pues dicho contexto va a determinar siempre el sentido que muchas veces escapa a un análisis doctrinario.

<sup>7</sup> Montesquieu, *Del Espíritu de las leyes*, Op. Cit.

<sup>8</sup> Cfr. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 6ª ed., Trotta, España, 2005, capítulo II.

Coordinación y recíproco control se da, en efecto, al cumplir el ejecutivo las leyes del parlamento, leyes donde el ejecutivo tiene la facultad de iniciativa y veto (pero quien las elabora es el Poder Legislativo), ambos actos a la vez son sujetos de control de constitucionalidad por el poder judicial, el cual puede ser sometido a juicio político por el parlamento (juicio que puede alcanzar al ejecutivo); así como se da en diversas actividades del actuar administrativo.

Es dable señalar que partimos sosteniendo que la soberanía radica en el pueblo, por ser éste quien otorga las potestades públicas a ser cumplidas en beneficio y para convivencia de la comunidad que se haya circunscripta a un área y tiempo determinados. Y el poder del Estado es uno sólo, el que es entregado por el pueblo en la Constituyente. Entonces, hay un solo poder y las diversas manifestaciones que son su consecuencia (actuar de los llamados poderes ejecutivo, legislativo y judicial) concurren siempre a un fin único: el cumplimiento de esa voluntad única e indivisible plasmada en la Constitución. Por dicho motivo es que no hay que confundir el nombre del principio aquí analizado, sino comprenderlo como un concepto que pretende significar una forma de organización del Estado moderno a partir de un reparto de funciones con controles recíprocos y tareas mancomunadas para llevar adelante, de la mejor manera posible, la administración del Estado, asegurando la libertad y evitando la arbitrariedad.

Para partir de una base sólida, corresponde hacer referencia a que el poder del Estado es uno solo. Los que se dividen son los órganos que ejercen ese poder y las funciones que se les atribuyen. Por ello, el poder del estado es único e indivisible, pero la actividad de ese poder se realiza mediante diversos órganos a los que se confían diferentes funciones.

Ahora, una división de poderes en el sentido formal, esto es, pretendiendo que el legislativo sólo se encargue de elaborar leyes, el ejecutivo de

ejecutarlas y administrar, y el judicial de juzgar, es una concepción desfasada en el tiempo. Hoy día habrá que entender el reparto de funciones conforme a la dinámica constitucional, la cual prevé tareas que materialmente pueden corresponder a otros órganos (en la vieja concepción de separación de funciones, antes señalada y propia de la Edad Moderna). Así, el ejecutivo, a más de su tarea de administrar, posee la facultad de juzgar (en los sumarios y recursos administrativos) y de legislar (en la elaboración de reglamentos); el legislativo tiene la facultad de juzgar (en el juicio político) y éste con el judicial tienen la potestad de administrar (ordenando gastos, administrando recursos humanos, etc.). Y más que nada, habrá que entenderlo conforme a la finalidad racional (característica de la época en que vivió Montesquieu – Modernidad) del concepto “separación de poderes”, cual es el asegurar los derechos individuales, de tal manera a garantizar la vigencia de la libertad.<sup>9</sup>

De lo anteriormente expuesto, deviene que el concepto “División de Poderes” debe ser interpretado conforme a la realidad actual, la cual se halla plasmada en la Constitución Nacional propia de cada Estado. En ese sentido, lo que garantiza dicho principio es que de ninguna manera todas las funciones estatales podrán ser ejercidas por una sola persona. Pero, que quede garantizada la igualdad de poderes para los diferentes órganos o la supremacía de un órgano sobre otros; dependerá, indefectiblemente, de las Cartas Magnas de cada país. En dicho sentido, vemos que en Francia y Alemania, siguiendo la doctrina de la separación de funciones, se da una evidente supremacía parlamentaria, en tanto que en los países latinoamericanos, con base en el mismo principio, se da un cierto equilibrio con preeminencia presidencial.

Pero, es de notar que ni tan siquiera dicha estructuración constitucional garantiza el cumplimiento real del pretendido equilibrio o supremacía entre los diversos órganos del Estado. Esto se da en razón de que la

---

<sup>9</sup> Al respecto, véase Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza, España, 1999. pp. 154 a 157.

teoría y los principios son distorsionados por la realidad paraguaya y latinoamericana, ya que en la práctica se torna muy confuso y cambiante el panorama constitucional; al momento en que la ejecución de los preceptos deben ser desarrollados por los seres humanos, quienes se encuentran inmersos en una lucha por la supremacía política.

Así por ejemplo, el artículo 3 de la Constitución Nacional paraguaya establece lo siguiente: “Del Poder Público. El pueblo ejerce el Poder Público por medio del sufragio. El Gobierno es ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, con un sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control. Ninguno de estos poderes puede atribuirse, ni otorgar a otro ni a persona alguna, individual o colectiva, facultades extraordinarias o la suma del Poder Público. La dictadura está fuera de la ley”. Con ello está contemplando un cierto equilibrio.

No obstante, resulta que el pretendido equilibrio no es tal, debido a las circunstancias sociales y políticas<sup>10</sup>. Esto acontece por cuanto que los nombramientos de funcionarios públicos son realizados por el Poder Ejecutivo, nombramientos que muchas veces son intercambiados por favores en el Congreso (aprobación de leyes propuestas), con lo que el ejecutivo, ejerciendo una potestad constitucional, es capaz de someter a miembros del parlamento para conseguir mayoría ante temas de su interés. Otro punto importante es que debido a la cultura partidaria del Paraguay, los legisladores del mismo partido del Presidente de la República se ven muchas veces forzados a apoyar las iniciativas presidenciales, con lo que no pueden tomar una actitud firme de control y supervisión, mas ocurre lo contrario, pues para no recibir ninguna sanción partidaria y no dañar la carrera política deben seguir las instrucciones del partido político de pertenencia. Idéntica situación se da con los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, quienes, luego de una terna, son nombrados por el ejecutivo

---

<sup>10</sup> Para aundar en este detalle, véase Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo. Parte General*, Capítulo III, puede consultarse en <http://www.gordillo.com/Pdf/1-8/1-8aIII.pdf> (15 de mayo de 2006).

con aprobación del senado y deben ser confirmados cada 5 años, motivo que suele poner a los ministros en una situación de obediencia hacia los intereses de los dos órganos que los nombran, para así continuar en el cargo y no ser removidos o cesados en el.

Hasta aquí vimos que el ejecutivo tendría cierta supremacía sobre el legislativo y el judicial ante determinadas pretensiones, con lo cual se rompe el equilibrio pretendido por la Constitución Nacional. Pero, también se puede dar el caso en que sean los otros órganos quienes se sobrepongan. Así, si los miembros de la Corte Suprema de Justicia no permiten influenciarse por otras personas ni autoridades (como debe ser) y dictan las resoluciones que crean adecuadas, dejando sin efecto (claro, a petición de parte) las leyes y reglamentos del legislativo y ejecutivo, respectivamente; se nota una evidente supremacía del Poder Judicial sobre los demás. También puede ocurrir que sea el Poder Legislativo el que, a través de las leyes imponga restricciones y obligaciones al ejecutivo, rechace las iniciativas de éste, interpele a los ministros y autoridades de aquél, a través del presupuesto lo coarte administrativamente, se oponga a dar el acuerdo constitucional correspondiente para el nombramiento de ministros de la corte y autoridades de entes; así como su facultad de enjuiciar “políticamente” al Presidente o a los Ministros de la Corte; se crea un clima donde se ha de cumplir su voluntad. Lógicamente que para que esto último ocurra se deben poner de acuerdo todos los miembros del parlamento (con integrantes de diferentes partidos políticos), o al menos la mayoría, pero es una posibilidad que se puede dar y que, de hecho, ante circunstancias específicas, se da; y con ello una supremacía manifiesta del legislativo por sobre los otros dos órganos en cuestión.

Todas esas circunstancias pueden darse, mas el camino a seguir lo marcará la coyuntura política y social, donde el más hábil de los poderes podrá sobreponerse a los otros, conforme fuera expuesto más arriba, con lo cual el equilibrio establecido en la Constitución se puede ver alterado; así como de hecho puede mantenerse y funcionar. Pero lo que aquí se quiere hacer notar es que ni

aún con reglas claras es posible asegurar un determinado comportamiento de los órganos públicos, llámense Poderes del Estado. Por ello, también, dependerá de la voluntad política y ánimo democrático de la gente que llega al poder (parlamentarios, presidente o miembros del poder judicial) para mantener el mencionado equilibrio o no, aclarando que dicha voluntad debe ser colectiva y unificada.<sup>11</sup>

Es así como el término "división de poderes" no se ajusta exactamente a la realidad. En efecto, la diversidad de órganos y funciones del estado no determina de manera alguna la división del poder, creándose un equilibrio puro de negociación política.

En ese entendido, cabe recalcar que la actualidad está marcada por la existencia de dos formas de gobierno; el sistema presidencial y el sistema parlamentario, los que se diferencian por la relación e interacción existente entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo. En el sistema presidencial se da una separación rígida entre el legislativo y el ejecutivo; el poder ejecutivo lo ostenta un órgano unipersonal, titular al mismo tiempo de la jefatura del Estado;<sup>12</sup> los

---

<sup>11</sup> Un estudio más profundo del tema, véase en Dieter Nohlen, *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico*, 2ª ed., primera reimpresión, UNAM – Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2005.

<sup>12</sup> Cabe destacar que, el Jefe de Estado es la persona que representa a un país ante el resto del mundo. Por lo mismo, es quien participa, por sí o mediante delegados, en las reuniones y cumbres internacionales, nombra y recibe delegaciones diplomáticas, etc. En cambio, un jefe de gobierno es el responsable de la administración de un país, estado, provincia, etc. Esta persona tiene generalmente un título, como Presidente, Primer Ministro, Premier o Canciller (dependiendo del país y del nombre que en el mismo se adopte). Asimismo, el jefe de gobierno recibe el nombre de ministro jefe (en inglés, Chief Minister) en algunos territorios de ultramar dependientes del Reino Unido, así como en India y Malasia y en los territorios de Australia.

El proceso de elección de los jefes de gobierno también varía en cada país. En un sistema presidencial, como en México, el jefe de Estado (el presidente) es también el jefe de gobierno, siendo la cabeza del poder ejecutivo del país. En un régimen parlamentario, en cambio, el jefe de gobierno (el primer ministro) depende del parlamento, y el jefe de Estado puede ser un presidente elegido popularmente o un monarca hereditario. En este último caso, normalmente es un rey, pero también puede ser un príncipe, como el caso de Mónaco, u ostentar otro título nobiliario. En un régimen semiparlamentario, el jefe de gobierno (el primer ministro) depende del parlamento, y el jefe de Estado (el presidente) es elegido popularmente, como en Francia.

Ahora, las funciones del jefe de Estado varían de acuerdo a la forma de gobierno que establece la Constitución de cada país. Es decir, tiene competencias diferentes según el ordenamiento de cada Estado. En los casos que el cargo es electivo, por lo general, su legitimidad es equiparable al del jefe de gobierno y la constitución suele entregarle ciertas atribuciones o poderes. En los casos en los que el cargo no es electivo, éste suele ser simbólico (Reino de España o Reino Unido). Sus funciones son meramente representativas y no

mandatos son fijos y no alterables por una decisión del otro poder (salvo que el poder legislativo tenga facultades jurisdiccionales ^impeachment^); las relaciones están marcadas por el principio de independencia, aunque con mecanismos de coordinación (frenos y contrapesos – consentimiento de nombramientos presidenciales, comités de investigación); se da la incompatibilidad para el desempeño simultáneo de cargos en el poder ejecutivo y en el poder legislativo; no hay presencia del poder ejecutivo en la actividad parlamentaria: la función legislativa se inicia, desarrolla y culmina exclusivamente en el parlamento (sólo corresponde al presidente la iniciativa en materia de presupuesto y el veto suspensivo de las leyes). Por su parte, en el sistema parlamentario se da una separación (nada más) atenuada entre el legislativo y el ejecutivo; aquí, el jefe de gobierno no está integrado, sino diferenciado, de la jefatura del Estado (recordando que el jefe de Estado no participa del ejercicio de las funciones ejecutivas); el poder ejecutivo depende de la confianza parlamentaria,<sup>13</sup> la que puede ser retirada (exigencia de responsabilidad política). Esta posibilidad de derribar al gobierno se equilibra con la atribución a éste de la facultad de disolver

---

tiene poder virtual. Sin embargo, dado que finalmente es la Constitución la que asigna los poderes del cargo, existen otros países en los que el soberano mantiene una gran cantidad de poderes (Marruecos o ciertos países asiáticos). Cfr. Enciclopedia Wikipedia, puede consultarse en: [http://es.wikipedia.org/wiki/Jefe\\_de\\_estado](http://es.wikipedia.org/wiki/Jefe_de_estado) (28 de diciembre de 2006).

<sup>13</sup> “Aquí cabe distinguir entre voto de confianza y la moción de censura, puesto que ambos embeben un proceder del parlamento, pero son, al menos teóricamente, diferentes. Así, la moción de censura es el procedimiento por el que un parlamento (poder legislativo) puede exigir la responsabilidad política al poder ejecutivo. Tiene gran importancia en los sistemas parlamentarios, en los que es el parlamento el que elige al Presidente del Gobierno, pudiendo a través de la moción de censura forzar su sustitución. En el derecho anglosajón existe un procedimiento similar llamado *impeachment*. La moción de censura parte de la oposición, normalmente ante un episodio de crisis política que haya provocado la pérdida del respaldo parlamentario mayoritario a la acción del gobierno. Se diferencian dos tipos de moción de censura: a) Moción de censura destructiva: es aquella que busca la caída del Presidente del Gobierno, sin tratar la forma de sustituirle y cubrir el vacío de poder. b) Moción de censura constructiva: el grupo del parlamento que eleva la moción de censura propone a su vez un nuevo Presidente del Gobierno, con un programa político propio. De esta forma, la elección no es solamente si se mantiene la confianza en el Presidente, sino si se le daría, en cambio, al que ha sido propuesto en la moción.

La cuestión del voto de confianza es esencialmente igual, en su contenido, a una moción de censura. Se solicita al parlamento que dictamine si el presidente del gobierno sigue teniendo o no su confianza y, por tanto, puede gobernar. El matiz es político: la cuestión del voto de confianza parte del propio presidente del gobierno y su fin es conseguir el sí del parlamento, normalmente ante alguna situación de crisis política que le haga necesitar ese respaldo. La moción de censura, por su parte, nace del Parlamento, normalmente de algún grupo de la oposición política y su finalidad es conseguir la retirada del apoyo al presidente. Dado que la finalidad de la moción de censura es censurar y hacer dimitir al presidente, sustituyéndolo por otro propuesto por la oposición, en ocasiones se exige que se proponga la alternativa, cosa que no se exige nunca en la cuestión de confianza”. *Ídem*.

anticipadamente el parlamento; las relaciones están marcadas por el principio de interdependencia e incluso de integración (para el cumplimiento de tareas conjuntas): el ejecutivo responde políticamente ante el parlamento, donde comparecen regularmente sus miembros para dar cuenta de la acción gubernamental; los miembros del gobierno (ministros, directores de entes u otros) pueden y suelen seleccionarse entre los integrantes del poder legislativo; el ejecutivo participa activamente en las funciones parlamentarias: tiene iniciativa legislativa, sus miembros asisten y toman la palabra en las sesiones del parlamento, es oído para determinar los asuntos a tratar, etc.; la legitimidad democrática del sistema generalmente se centra en el Parlamento, sin embargo, en teoría, el Parlamento comparte la supremacía con otros órganos de distinta legitimidad, como es el caso del rey en una Monarquía o, de igual legitimidad, por ejemplo, con el presidente de una República parlamentaria; en cuanto a la función de orientación o dirección política, ésta necesariamente es compartida por el jefe de Estado, el gobierno y el Parlamento.

## 1. Poder Ejecutivo

Latinoamérica se caracteriza por establecer un sistema presidencialista en su gobierno, por el hecho de identificarse (el sistema presidencialista) con las atribuciones del ejecutivo en Latinoamérica, tales como “...La instrumentación de la política económica. El surgimiento de un orden internacional con mayor impacto en las naciones y demandante de una mayor cooperación y protagonismo de los jefes de gobierno. Las exigencias derivadas de un nuevo orden internacional en el que el componente militar adquiere renovada expresión. El efecto de los medios de comunicación, especialmente de la televisión, en la personalización de la política y de la conducción del gobierno”.<sup>14</sup> Además de ello, por el hecho que el Ejecutivo tiene a su cargo y mando todo el aparato administrativo-estatal, lo que, en la práctica, es lo que más interesa y

---

<sup>14</sup> Liébano Sáenz, *La Presidencia Moderna. Análisis de una institución que es urgente comprender*, Taurus, México, 2006, p. 61.

percibe la población. Sólo existen dos casos de regímenes semiparlamentarios que, en ningún caso, han permanecido en el tiempo; son Chile y Uruguay. Este último país aún lo mantiene en su Constitución como posibilidad, pero no lo ha ejercido.<sup>15</sup>

El Poder Ejecutivo es una de las tres facultades y funciones primordiales del Estado (junto con la legislativa y la judicial); consiste en hacer cumplir las leyes y ejercer el gobierno por el propio jefe del Estado (las calidades de jefe de Estado y jefe de gobierno se reúnen en un mismo individuo). En la actualidad, en los estados democráticos y presidencialistas, el poder ejecutivo está considerado como administrador y ejecutor de la voluntad popular a la cual representa, junto con el legislativo, y de la que debe ser su más firme garante, tal y como se expresa en la Constitución y legislación normativa vigentes. En cambio, en los regímenes totalitarios, la voluntad popular no siempre es tenida en cuenta y, aunque las decisiones son amparadas en la ley, no se respetan los derechos fundamentales, con lo que se tienen sistemas legales simulados; donde es la voluntad del gobernante la que se expresa en las decisiones y son recubiertas con disposiciones legales que las disfrazan de legalidad.

Con el advenimiento del Estado de Derecho, el valor perseguido fue el de la eliminación de dicha arbitrariedad en la actividad del Estado (propia del Estado absolutista). Aquél (Estado de Derecho) ha sido caracterizado, en el Estado liberal, con los siguientes aspectos: "...a) la supremacía de la ley sobre la Administración; b) la subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con la exclusión de que poderes autónomos de la Administración puedan incidir sobre ellos; c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la Administración del Estado".<sup>16</sup> Es

---

<sup>15</sup> Para un análisis del régimen uruguayo, véase Héctor Gros Espiell, *Uruguay: Presidencialismo o Parlamentarismo*, Uruguay, 2002, puede consultarse en <http://www.ejournal.unam.mx/cuestiones/cconst07/CUC00703.pdf> (15 de mayo de 2006).

<sup>16</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Op. Cit., p. 23.

así como el poder público se encontraba en una función garantizadora de las reglas jurídicas generales y abstractas, y ante dicha circunstancia adquiere su connotación el principio de legalidad, en su doble carácter (prohibición, para que la autoridad no actúe ante la ausencia de leyes que lo faculte – lo que no estaba permitido, estaba prohibido; y la limitación a la libertad de los ciudadanos sólo podía ser establecida mediante ley – lo no prohibido estaba permitido), con lo que se daba la libertad de los ciudadanos como regla, la autoridad del Estado como excepción.

Ahora, el desarrollo, crecimiento y modernización de los estados trajo como consecuencia que, la autoridad pública (llámese Poder Ejecutivo o Administración Pública) asuma una posición paternalista para encarar las nuevas funciones (dadas por la exigencia de un mayor protagonismo estatal, con disposiciones más generales, las cuales no establecen un determinado modo de actuar, sino que dejan campo a la consideración de las autoridades) tendientes a la consecución de una efectiva tutela a los intereses públicos, sobre todo para satisfacer las necesidades de la población en el Estado Social de Derecho. En ese orden de ideas, las legislaciones actuales que indican tareas al Estado, lo hacen otorgando facultades explícitas (que son aquéllas señaladas expresamente en la Constitución) y enunciando fines, con lo cual devienen implícitas las facultades pertinentes para la obtención de las mismas, ello ante la imposibilidad de previsión de las diversas circunstancias en las que se desarrolla la empresa del Estado. Consecuencia de esto es una marcada autonomía de la administración y mayor discrecionalidad resultante.<sup>17</sup> Pues, el principio de legalidad *ut supra* mencionado tiene un giro para exponer que, en cuanto al ejercicio de las potestades de la autoridad, le están permitidas todas aquéllas acciones tendientes a alcanzar los fines pretendidos y dispuestos en las normas.

En el Paraguay, la Constitución Nacional, en su artículo 226 dispone que el Poder Ejecutivo es ejercido por el Presidente de la República. Entre sus

---

<sup>17</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 21 a 45.

facultades explícitas, previstas en la Carta Magna en su artículo 238, figuran; 1) representar al Estado y dirigir la administración general del país, 4) vetar, total o parcialmente, las leyes sancionadas por el congreso, formulando las observaciones u objeciones que estime convenientes, 5) nombrar y remover por sí a los ministros del Poder Ejecutivo, al Procurador General de la República y a los funcionarios de la Administración Pública, cuya designación y permanencia en los cargos no estén reglados de otro modo por la Constitución o por la ley, 9) adoptar las medidas necesarias para la defensa nacional, 10) indultar o conmutar las penas impuestas por los jueces y tribunales de la República, de conformidad con la ley, y con informe de la Corte Suprema de Justicia. Así, por ejemplo, vemos que en el numeral 1, deviene implícitamente al titular del ejecutivo la potestad para administrar el país en la forma que mejor le parezca, pues el fin “administrar” puede consolidarse de diversas maneras.

También están las facultades metaconstitucionales<sup>18</sup>, en función del Ejecutivo, a través de las cuales éste toma decisiones que van más allá de sus atribuciones constitucionales, las que, de acuerdo al liderazgo que tenga el Presidente de la República, son decisivas para la gobernabilidad y estabilidad del Gobierno; más aún en una cultura partidista como es la latinoamericana. Nótese, por ejemplo, que en el Paraguay, el actual Presidente tiene un marcado liderazgo dentro de su partido, todas sus decisiones son acatadas por los actores políticos (dirigentes del partido, legisladores, miembros de los órganos extrapoderes o autónomos), tanto en la designación de los candidatos a los diversos cargos electivos como en la asunción de posturas ante las instancias y circunstancias que se presenten. Este es un tema bastante complejo, pues si bien el Presidente debe dedicarse exclusivamente a sus tareas ejecutivas (establecidas en la Constitución), no es menos cierto que en el juego de los intereses políticos debe intervenir; más aun considerando su papel de actor principal en el escenario

---

<sup>18</sup> Véase Jorge Carpizo, *El Presidencialismo Mexicano*, 18ª ed., Siglo XXI, México, 2004, pp. 190 a 199.

político.<sup>19</sup> Es así que “Un elemento importante de la legitimidad está en el ejercicio cotidiano del poder y su capacidad para dar respuesta a las demandas y aspiraciones de los gobernados, situación fundamental en un régimen presidencial, donde el ejercicio del mandato es por tiempo determinado...”<sup>20</sup> Dichas facultades, debidas al liderazgo que ejerza el Ejecutivo, se hacen necesarias para un gobierno que pretenda desempeñar un buen papel institucional (pues la estabilidad ya apuntada es sumamente importante y juega su rol a la hora de otorgar tranquilidad y confianza para encarar los proyectos-país. Un Presidente sin ese liderazgo; se pasará gran parte del tiempo en busca de negociaciones y acuerdos con los legisladores, así como con los líderes opositores y de su mismo partido, ante cada caso de interés, con lo cual descuidará otros aspectos y dejará de realizar tareas más importantes).

Es bien conocida la divergencia y pluralidad de opiniones, propias de las democracias actuales, cuyo escenario más propicio es el parlamento, donde cada grupo tiene su manera de pensar y plantea sus posiciones, a veces de manera muy radical, lo que obviamente ocasiona que se cifren choques de posturas; lo que a su vez produce un clima de guerras verbales, evitando el avance en el tratamiento de leyes de interés. El diálogo del Ejecutivo con la gente apuntada se canaliza a través de sus partidarios (sobre quien él tiene influencia), a partir de las facultades aquí tratadas, lo cual le permite gobernar tranquilamente y actuar nada más ante casos excepcionales, por lo que su tarea se desenvuelve en aguas tranquilas.

## 2. Poder Legislativo

Es aquel cuya función principal reside en la elaboración de las leyes que han de regir la vida de un país. Además, ejerce la representación de la

---

<sup>19</sup> En el mismo sentido, Liébano Sáenz, *La Presidencia Moderna. Análisis de una institución que es urgente comprender*, Op. Cit., p. 65, señala que “...a ciertos presidentes su sagacidad les ha permitido hacer de uno de ellos –Poder Legislativo, por ejemplo – uno de apoyo, por virtud del arte de gobernar...”.

<sup>20</sup> *Ibidem*. Página 67.

ciudadanía y fiscaliza los actos del gobierno. “De esta manera, el Órgano Legislativo del Estado encargado de elaborar las normas que rigen la conducta de las personas es aquél en el que se encuentran reunidos los representantes populares y que recibe el nombre en nuestro país de ‘Congreso de la Unión’, así como ‘Parlamento’, ‘Asamblea Nacional’ o ‘Asamblea General’ en otros países. La función que ejerce este órgano se denomina ‘Poder Legislativo’...”.<sup>21</sup> Ello, sin perjuicio de que “el Poder Legislativo realiza importantes funciones que no son legislativas, que tienen que ver con el control y fiscalización del gobierno, con labores de información y deliberación públicas, así como con tareas de representación política y hasta jurisdiccionales (en sentido material), entre otras”.<sup>22</sup>

Como antecedente remoto, aunque si bien no con las características actuales, en la antigua Grecia encontramos el Ágora (que significaba plaza pública), donde se discutían y decidían sobre los asuntos públicos, dándole voz al pueblo; y en el Derecho Romano encontramos al Senado, con funciones consultivas al principio, pero que con el tiempo fue arrogándose mayores facultades, y desde luego, estaba conformado exclusivamente por una clase social (la patricia), pues si bien, más adelante, los plebeyos fueron adquiriendo derechos y participación en los órganos deliberativos, no es menos cierto que en todo momento se encontraban en minoría y ante alguna cuestión que entraban en conflicto con los patricios, éstos aprobaban lo que a sus intereses cabían, lo que ocasionaba que las disposiciones de entonces no contenían la pluralidad propia de los tiempos actuales, sino más bien aseguraban los beneficios y permanencia en el poder de la clase privilegiada.

---

<sup>21</sup> Fernando Ortiz Arana y Onosandro Trejo Cerda, *El procedimiento legislativo mexicano*, Sista, México, 2005, p. 25.

<sup>22</sup> José María Serna de la Garza, *Panorama del Derecho Mexicano. Derecho Parlamentario*, UNAM, México, 1997, p. 2, puede consultarse en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1922/3.pdf> (11 de agosto de 2006).

El carácter representativo, fiscalizador y creador del derecho; propio del Parlamento empieza a gestarse en Inglaterra<sup>23</sup> (con la Carta Magna de 1215), en Estados Unidos (con la Declaración de Independencia en 1776) y en Francia (con la revolución francesa), como una reacción a las arbitrariedades de los monarcas para garantizar la libertad de los ciudadanos, la imparcialidad del Estado, la igualdad y la seguridad jurídica. Ante esta disyuntiva aparece, con el despotismo ilustrado, el entendimiento de que la voluntad del Estado sólo es manifestada por la ley (Estado-razón, la ley es entendida como centralización del poder político). Aquí vemos que el legislativo es el representante de la sociedad para asegurar la estabilidad del orden jurídico, así como la certeza y previsibilidad del derecho; con la particularidad de que la sociedad de entonces, la burguesía liberal, neutralizaba las fuerzas antagonistas, con lo que éstas últimas no tenían expresión en la ley y fundamentaban así la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.<sup>24</sup>

Tal fue la fuerza del legislativo de entonces que hasta las constituciones revestían un carácter elástico, esto es, susceptibles de ser modificadas legislativamente, no habiendo límites a su facultad normativa, la cual era entendida, más que un arbitrio, una garantía para la ciudadanía.<sup>25</sup> Con todo, se trataba de facultades libres de control, sujetas al arbitrio del legislador de entonces, pues no tenían parámetros de obediencia a los que sujetarse al momento de normar las relaciones humanas y todo debía estar previsto en la ley, más aún los permisos para que la “autoridad” actúe.<sup>26</sup>

Los tiempos en que vivimos han cambiado dicha relación de cosas. En ese entendimiento, la ley ya no es la única fuente del derecho, aquélla cede, cada vez en más aspectos, a los reglamentos administrativos (o acuerdos

---

<sup>23</sup> Una síntesis del desarrollo de la institución parlamentaria en Inglaterra, puede verse en Susana Talía Pedroza de la Llave, *El Congreso de la Unión. Integración y Regulación*, UNAM, México, pp. 17 y 18, puede consultarse en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/142/5.pdf> (11 de agosto de 2006).

<sup>24</sup> Cfr. Benigno Ildarraz, Alberto Zarza y Claudio Martín Viale, *Derecho Constitucional y Administrativo*, 2ª ed., Eudecor (Edición Estudiantil), Argentina, 2005, pp. 235 a 237.

<sup>25</sup> Es más, aún permanece así el régimen constitucional en Inglaterra, Nueva Zelanda e Israel.

<sup>26</sup> Cfr. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Op. Cit., capítulo II.

generales) la potestad de normativizar determinadas áreas, debido a lo cambiante de las situaciones que regulan dichos reglamentos y la actualización permanente que debe darse en ese ámbito; con la salvedad que el reglamento no puede existir sin ley que lo autorice, no obstante lo cual existen áreas no sujetas a ley en las que se generan normas técnicas o especiales a través de los reglamentos. También, ante la diversidad de profesiones, grupos y estratos sociales que desarrollan una actividad particular, diferenciadas de las demás en el sistema social, se requiere de normas especiales para cada campo específico que atienda sus particularidades, a veces bastante técnicas; con lo que los principios de generalidad y abstracción de la ley han perdido su carácter de elemento indispensable, produciéndose una aplicación de leyes para cuerpos selectos, particularizados y específicos, cada vez en mayor medida.

Otro aspecto que marca la actualidad es una mayor representación de los diversos sectores de la sociedad en el parlamento. Dicha pluralidad genera, a su vez, que los diferentes valores e intereses defendidos por cada sector se encuentren expresados en las leyes. Es más, los contenidos de éstas muchas veces son producto de negociaciones entre esos sectores (contractualización de la ley, lo que genera ocasionalidad) en la búsqueda, cada uno, de la conveniencia para su grupo; luego también, aquéllos sectores a veces no representados en el parlamento, consiguen que sus inquietudes sean tenidas en cuenta en la formulación de las leyes, mediante diversos mecanismos (petición pacífica o, en la mayoría de los casos, a través de manifestaciones masivas como cierre de rutas, huelgas, etc.). Esto genera inestabilidad, en el sentido que ya no puede entenderse al ordenamiento jurídico como un todo ordenado y sistematizado. Pero véase que, en comparación con el sistema parlamentario de la Edad Moderna – Liberalismo, ya no es una clase social la que defiende el sistema imperante, ahora son los partidos políticos quienes se ven beneficiados con el sistema electoral vigente, al menos en Latinoamérica, siendo que “...los agentes políticos de mayor influencia defienden la pervivencia del régimen electoral mientras satisfaga sus

necesidades, en tanto los partidos minoritarios promueven su reforma”,<sup>27</sup> pero diferenciándose de aquella época es que dichos partidos políticos tienen a los diversos estratos y grupos sociales representados en sus filas. Esto último tiene su beneficio, puesto que “Un sistema representativo de gobierno es eficaz en la medida que cuenta con instrumentos adecuados para recoger y encauzar la opinión de la sociedad respecto de los asuntos públicos”,<sup>28</sup> por lo que el costo a pagar es la ya mencionada pluralidad de principios, valores e intereses plasmados en la legislación, y a veces la contradicción en una o entre dos y más leyes, lo que se hace inevitable y constituye una característica fundamental de la legislación actual, pues la representatividad es la esencia del poder legislativo.<sup>29</sup> Es más, “esa variedad de leyes, por lo demás, no es el resultado de `lecturas` contradictorias de la Constitución, de un `uso alternativo del Derecho` forzado sistemáticamente por el cambio de los sucesivos poderes, sino que es algo posibilitado y hasta querido positivamente, como uno de sus fines esenciales, por la Constitución misma”,<sup>30</sup> al consistir la tarea legislativa en la interpretación de la realidad social para adecuar los principios constitucionales y regular la vida en sociedad de la mejor manera posible.

Asimismo, la ley se encuentra sometida a una norma superior, la Constitución Nacional, la que actúa de parámetro dentro del cual podrán desenvolverse los legisladores, estableciendo principios y directrices que deben ser respetados en la formulación de las leyes. Aquí cabe señalar que si bien los

---

<sup>27</sup> Alan Bronfman Vargas, “La representatividad del sistema parlamentario gallego. Consideraciones en torno al régimen electoral”, en la obra *Parlamento y Sistema Electoral. VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Francesc Pau i Vall (Coordinador), 23, 24 y 25 de septiembre de 1998, Palma de Mallorca-España, Aranzadi, España, 1999, p. 283.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 284.

<sup>29</sup> En el mismo sentido, véase Benigno Ildarraz, Alberto Zarza y Claudio Martín Viale, *Derecho Constitucional y Administrativo*, *ob.cit.*, p. 243, cuando expone que “El parlamento también es caja de resonancia de la opinión pública, pues es el organismo receptor de las circunstancias que alteran o intranquilizan a la sociedad. Dada la relación que mantienen los legisladores con sus electores, fundamentalmente por la forma de elección de sus miembros, ellos están capacitados para trasladar al Congreso los cuestionamientos que se dan en la sociedad. Cuando ello no ocurre, se produce un divorcio entre la dirigencia y el pueblo y sirve para acrecentar su desprestigio. Los legisladores son representantes de los electores, y por lo tanto en la composición de los organismos legislativos, debe darse un fiel reflejo de la sociedad que representan”.

<sup>30</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 4ª ed., tercera reimpresión, Civitas, España (Madrid), 1987.

legisladores se desenvuelven dentro del marco constitucional, dentro de éste otra vez encontramos una gama de conceptos y fórmulas elásticos, principios que no son completamente precisos en cuanto a su alcance y que van reformulándose en cada sociedad con el transcurso del tiempo (conforme a la cultura y contexto de cada población y momento), todo lo cual provoca que el parlamentario otra vez desempeñe su función legislativa con cierta libertad para fijar, delimitar, orientar y definir los principios y directrices constitucionales, pues al legislar aquél elabora tales quehaceres, siempre y cuando no contradiga a la norma suprema.<sup>31</sup>

### 3. Poder Judicial

Conforme a lo que venimos manifestando, se torna bastante complicada la tarea del Poder Judicial, al consistir ésta en la solución de conflictos generados por hechos que vulneran el ordenamiento jurídico vigente. Y de tal manera está conformado e integrado el ordenamiento jurídico (según lo ya dicho anteriormente) que al momento en que cabe al juez su tarea interpretativa y argumentativa, éste se encontrará con un sinnúmero de opciones válidas, dependiendo del punto de vista y otorgamiento de primacía al valor que lo considere más importante. Pues, en un mundo donde a veces encontramos disposiciones contrapuestas, el juez debe armonizarlas conforme a un criterio que será guiado, indefectiblemente, por los valores y principios que él considere más importantes.<sup>32</sup> Obviamente esto no se dará en todos los casos, habrán situaciones que pueden ser subsumidas perfectamente dentro de una sola premisa normativa, pero es dable señalar que la mayoría de los casos disputados en sede jurisdiccional implican una contraposición de intereses, los cuales se encuentran, en mayor o menor medida, amparados en alguna disposición (regla o principio). Y esto no acontece sólo al momento en que se estudian disposiciones constitucionales, esto es consecuencia de la pluralidad existente y reflejada en las

---

<sup>31</sup> Sobre el campo en el que se desarrolla el legislador, véase Tomás-Ramón Fernández, *De la Arbitrariedad del Legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Civitas, España, 1986.

<sup>32</sup> Aquí nos referimos a la ponderación, lo cual a su vez implica una gama de facultades discrecionales para el juzgador.

leyes (conforme fuera expuesto anteriormente). Sin embargo, es en el nivel constitucional, por la vaguedad de sus disposiciones, donde la ponderación desarrolla su principal función.

Como la tarea que le corresponde desempeñar al Poder Judicial es de la más delicada, atendiendo que allí se reflejará la seguridad jurídica que requiere todo país, es evidentemente necesaria la tan anhelada independencia en su funcionamiento. Este es un principio constantemente señalado por los gobernantes, pero que, a la vez, encuentra muchos obstáculos para ser alcanzado, pues, en los mecanismos de nombramiento y remoción existe mucha injerencia política (al menos en los países latinoamericanos, aunque habrá que reconocer que en esto se ha avanzado bastante), lo cual, obviamente, abre la puerta a la arbitrariedad.

Con relación al mismo tema, se puede celar de la actuación recta de los magistrados, pero aquí cabe advertir que se deberá insistir más en los procesos de selección de las personas que accedan a la función jurisdiccional, antes que coartarle la labor restringiendo su función interpretativa. Hoy día ya no debería ser admisible una aplicación mecánica de la ley (aunque en realidad quedan vestigios de tal proceder), más bien se requiere confiar mayores márgenes de actuación a la labor del juez, donde éste pueda desenvolverse sopesando los casos con los diversos criterios que atienden a la soñada justicia. Debemos dotarles de elementos que los hagan moverse con mayor elasticidad ante el estudio de los casos, con las restricciones de la remoción por mal desempeño, el cual atenderá a la razonabilidad o no de su actuación.<sup>33</sup> Por ello, sostenemos que la discrecionalidad no es mala, sino necesaria para el ordenamiento jurídico, del cual constituye ya su característica intrínseca; lo que se hace necesario es establecer los límites para poder controlarlos de manera uniforme y coherente; para poder, posteriormente, responsabilizar a quien obró arbitrariamente.

---

<sup>33</sup> Para un estudio más amplio acerca de la razonabilidad como medio legitimación del juzgador, véase Jaime Cárdenas Gracia, *La argumentación como derecho*, UNAM, México, 2005.

Como justificación de las prerrogativas de independencia que debe tener éste órgano del Estado se encuentra su particular función de ser el intérprete de la Constitución y las leyes, atendiendo a que, dado el carácter de las leyes actuales “de negociación pura”, es completamente inadecuado que el propio Poder Legislativo sea quien interprete su obra, pues difícilmente reconocería sus errores y tampoco son especialistas en la rama del derecho, donde se desarrolla un campo hasta con lenguaje propio y mecanismos especializados, con lo que la administración de justicia encuentra motivos suficientes para consolidarse como un poder ajeno al legislativo, y ni que decir con relación al ejecutivo, al existir cada vez más casos de disputas jurídicas entre los particulares con la administración pública.<sup>34</sup> Ante la asunción de un rol protagónico con amplias facultades discrecionales por parte del Poder Judicial, deben ser reforzados los mecanismos de responsabilidad de los impartidores de justicia.

En cuanto al mejor funcionamiento del Judicial, su necesidad de organización en una Corte Suprema y Tribunales inferiores se encuentra ampliamente justificada para dar así una mayor celeridad en la atención de los casos, y su estructura puede variar conforme a la organización de cada Estado, como de hecho acontece, conforme sea un Estado federal o unitario. No obstante ello, la idea imperante es evitarle a la Suprema Corte de Justicia (órgano jerárquico superior del Poder Judicial) la atención de todos los casos y solamente dejar a su jurisdicción y competencia aquéllos que atenten contra principios y disposiciones constitucionales. Esta organización, cada país la estructurará conforme sus habitantes, pues el fin último será la prestación de este servicio público para satisfacer la demanda de justicia, con lo cual se abre la posibilidad de la responsabilidad por los daños causados al justiciable; atendiendo que éste se presenta ante los tribunales para reclamar lo justo, en detrimento de la justicia por mano propia.

---

<sup>34</sup> Véase A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *El Federalista*, séptima reimpresión, Trad. Gustavo R. Velazco, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pp. 330 a 364; donde se detallan los fundamentos de la existencia e independencia del Poder Judicial.

El valor justicia (que se haya asociado con igualdad, libertad, pluralidad política, dignidad de la persona humana, seguridad jurídica, proporcionalidad y otros) implica una interpretación finalista, lo cual “es absolutamente coherente con el grado de abstracción, indeterminación y generalidad...”<sup>35</sup> que posee el derecho. Ese valor es el que debe cuidar y aplicar este poder del Estado en su actuación de concreción de las normas a los casos concretos. Ahora, atendiendo que la justicia, por sí sola, no constituye un mandato concreto, provee de un amplio margen donde se ha de desenvolver el magistrado, campo solo atribuible a personas entendidas en el conocimiento jurídico. Más aun habrá de considerarse tal cosa con el hecho de que el derecho, en su esencia, debe ser desarrollado y reformulado constantemente para su adecuación a los tiempos presentes, siendo su carácter principal el permanente perfeccionamiento, en contraposición a la consolidación de la ley estática, pretendida por el positivismo estricto.

Esto se da, también, por la instauración del estado intervencionista, propendiendo así a un derecho racional material, orientado a fines concretos (en este caso la consecución de los valores plasmados en la Constitución Nacional), lo cual disuelve la racionalidad formal de la exégesis francesa. Esto es debido a la cada vez mayor influencia de la sociedad en el derecho, pues se ha pretendido otorgar al derecho validez y funcionalidad propias, olvidando lo que ahora se está visualizando con mayor claridad: el funcionamiento interno del derecho intérprete de los impactos sociales y la adecuación de aquél a su fin justificador (la paz social), claro, a través de sus instituciones y operadores. Es así como “El desarrollo legal [...] se determina por el juego dinámico de las estructuras organizativas y, por último pero no menos importante, el potencial conceptual”.<sup>36</sup> Pues resulta evidente que las legislaciones apuntan cada vez en mayor intensidad

---

<sup>35</sup> Luis Esteban Delgado del Rincón, *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2002, p. 32.

<sup>36</sup> Pierre Bourdieu y Gunter Teubner, *La fuerza del Derecho*, estudio preliminar y trad. de Carlos Morales de Setién Ravina; Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes e Instituto Pensar. Colombia, 2000, p. 95.

hacia la consecución fines y posiciones sociales y los jueces son los llamados a interpretar y concretizar dichos fines en cada caso particular.<sup>37</sup>

El temor actual radica en las arbitrariedades que puede motivar esa permisión por parte de los jueces, más aún cuando existen factores políticos, económicos y corporativos que influyen siempre en la decisión de los juzgadores. A esto debe sumarse el temor del poder político por una jurisdicción crítica, quienes tratan “de desestimular la crítica y el pensamiento individual, porque es sabido que quien empieza sospechando de la ley termina perdiendo el respecto (sic) a sus autores y, lo que es peor, al mismo gobierno. De aquí la imposición oficial de esta ideología”.<sup>38</sup> Ahora, todo ello es la degeneración del sistema y considero que es mayor el riesgo a sufrir con una interpretación mecánica / exegeta de las disposiciones jurídicas, al provocar ésta una desatención a los más altos valores en los cuales se inspira el derecho. Además, este mal proceder encontramos en los otros poderes del Estado, examinando que el pueblo no elige a sus representantes para que vendan sus votos por favores personales, sino para que defiendan los intereses colectivos. Con ello quiero significar que primero debemos construir un marco ideal, el cual permita que los órganos públicos (en este caso el magisterio judicial) cumplan su tarea de la mejor manera posible, atendiendo los fines de la institución del derecho y, por sobre todo, contando con las herramientas propias para alcanzar dicho objetivo. El resto también debe ser construido, es decir, una sociedad más activa que reclame el cumplimiento de los más altos valores humanos, consagrados generalmente en las Constituciones; combatiendo así esa degeneración de las funciones públicas y, por supuesto, estableciendo los mecanismos de control pertinentes y exigiendo el funcionamiento de éstos (llámese Consejo de Superintendencia, Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y afines).

---

<sup>37</sup> Para un estudio similar y más profundo, en relación al presente párrafo, véase *Ibidem*, pp. 81 a 143.

<sup>38</sup> Alejandro Nieto, *El desgobierno judicial*, Trotta y Fundación Alfonso Martín Escudero, España, 2004, p. 78. Para una descripción de la influencia política en el poder judicial, véase al mismo autor y misma obra en las pp. 65 a 103.

Por los motivos expuestos en el apartado del Poder Legislativo, es evidente que este poder del Estado no es creador de normas justas, o al menos en la mayoría de los casos, por lo que se requiere de ese poder autónomo e independiente (el Judicial), con conocimientos jurídicos, para poder reencauzar el derecho a la luz de los casos y los supremos valores inspiradores y fundamentadores de la ley.

A más de ser una función de primordial importancia para la sociedad, la administración de justicia es un riesgo<sup>39</sup> para los juzgadores, desde el momento en que la justicia pretendida es muy abstracta y lo que para uno es justicia para otro puede no serlo; es por ello que se insista en buenos magistrados y ello depende del mecanismo de selección de los mismos. Siendo así podrá observarse, para su control, la razonabilidad o no de las sentencias; elemento propio del buen juez y deseo de la sociedad. Y tal razonabilidad irá encaminada a solucionar un caso concreto en las controversias judiciales y no en combatir a los grandes grupos de delincuentes, esta tarea corresponde a la policía (la que depende de la administración central – Poder Ejecutivo); baste esto para dejar bien en claro cuál es la tarea jurisdiccional: la atención de los casos que son reclamados por las partes afectadas y no todas las infracciones a las disposiciones jurídicas,<sup>40</sup> puesto que algunas de dichas infracciones requerirán de

---

<sup>39</sup> Constituye un riesgo por el hecho de que sus decisiones están expuestas a control, el cual, en materia jurídica, es subjetivo y depende de varios factores, conforme lo venimos señalando; motivo por el cual aflora una posible responsabilidad en caso de una reclamación en este sentido por parte del justiciable.

<sup>40</sup> Al respecto, Alejandro Nieto, en *Balada de la Justicia y la Ley*, Trotta, España, 2002, pp. 68 y 69; expone de manera significativa las aspiraciones y etapas que sufrió el Estado para alcanzar la Justicia, con las siguientes palabras: “En un primer momento el Estado (el Rey) se arroga la potestad-deber de asegurar la Justicia dentro del reino; una tarea que se abandona en el siglo XIX cuando se llega al convencimiento de que la Justicia es una idea inaprensible, rigurosamente subjetiva y por ende variable. El Estado constitucional, mucho más realista que el Príncipe absoluto, renuncia a asegurar esta Justicia impalpable y en su lugar se compromete a garantizar la Ley, que, aun no siendo perfecta ni necesariamente justa, ofrece a los ciudadanos la ventaja de la previsibilidad del comportamiento de los demás y la seguridad de todos. La Ley es el mínimo garantizado de una Justicia convencionalmente establecida. Lo malo del caso es que ni siquiera este mínimo queda a salvo, puesto que la fragmentación del Estado permite que determinados órganos y autoridades incumplan la ley que ellos mismos han dictado. Para remediar esta decepcionante situación el Estado encargó a los jueces el control de las eventuales irregularidades que puedan cometer los demás órganos públicos y, ya que no puede garantizar el sometimiento de todos sus órganos a la Ley, se compromete, al menos, a que los casos llevados a los tribunales sean resueltos de acuerdo con ella. De donde resulta que las decisiones judiciales terminan siendo en realidad ese mínimo garantizado del cumplimiento de la Ley. Ya estamos, como se ve, muy lejos de la justicia inicial, pero este último reducto, aun siendo muy estrecho, en modo alguno

la instancia de la parte ofendida y las que puedan ser impulsadas de oficio deberán ser conocidas e investigadas para tal efecto.

Con todo, se abre la posibilidad, de hecho es una realidad, que existan fallos contrapuestos en la esfera jurisdiccional, disparidad de criterios que nos puede llevar a pensar que la unificación que se busca al cuerpo normativo a través de la administración de justicia es vana; pero, es de notar que, así como vivimos en una sociedad compleja, los casos atendidos también lo son y exigen atención pormenorizada, por lo que la pretendida unificación se debe buscar en la jurisprudencia. Pero habrá de observarse que ni tan siquiera ésta podrá ser unívoca y siempre seguida al pie de la letra, al adecuar, siempre, a los tiempos presentes las diversas disposiciones jurídicas; es por ello que insistimos que la tarea de los jueces es colaborar con el “desarrollo del derecho”, el cual siempre está en crecimiento y actualización, en mayor medida, en los juzgados y tribunales.<sup>41</sup>

#### 4. Órganos constitucionales autónomos u órganos extrapoderes

Para adentrarnos a este tema, cabe hacer referencia a la teoría del órgano y su vinculación con los órganos constitucionales autónomos. En ese sentido, para determinar las funciones de las autoridades que actuaban en representación del Estado se ha adoptado (en el siglo XIX por la doctrina alemana) la figura de la “representación” del derecho civil, la cual devino inadecuada por el hecho de que, siguiendo dicha doctrina, nos encontraríamos ante dos personas distintas y el Estado tendría argumentos para esquivar su responsabilidad ante las actuaciones ilegítimas y dañosas de sus representantes

---

parece desdeñable y sería gratificante si fuera real. Pero desgraciadamente ni siquiera se llega a tan bajo nivel. Muchas son, en efecto, las causas que dificultan el funcionamiento efectivo de la Administración de Justicia...”.

<sup>41</sup> En el mismo sentido se expresa Pierre Bourdieu, en *La fuerza del Derecho*, *Op. Cit.*, p. 174, al señalar que “los juristas, mediante el trabajo de racionalización y de formalización al que someten el cuerpo de normas, representan la función de asimilación, adecuada para asegurar a través del tiempo la coherencia y la constancia de un conjunto sistemático de principios y de reglas irreductibles a la serie a veces contradictoria, compleja y, a la larga, imposible de conocer con detalle, de los actos de jurisprudencia sucesivos”.

para con los particulares, aludiendo que tales hechos exceden los límites para lo cual fue conferida la representación. Es así como surge la teoría del órgano (el primero en hablar de la teoría del órgano fue el alemán Otto Von Gierke). Conforme a tal teoría se irá entendiendo al Estado como actuando él mismo a través de los diversos órganos que lo conforman, se entiende que la voluntad de aquél es manifestada directa e inmediatamente en la función de sus órganos, esto es, cuando actúa alguna autoridad pública se entiende que lo hace el propio Estado. En cuanto al carácter constitucional del órgano, tenemos que tal nombre se debe al hecho de que la propia Carta Magna es quien la menciona explícitamente y la configura, de tal manera a que se encuentre en la misma posición jerárquica e independiente de los tradicionales poderes del Estado.<sup>42</sup>

Estos órganos surgen como necesidad para cubrir funciones ajenas a las realizadas por los tradicionales poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), o más bien para cubrir roles que hagan frente a las nuevas circunstancias a las que se enfrenta el Estado, asumiendo actividades y actitudes que antes no desarrollaba. Aunque, en realidad, se encarga a un órgano, dotado de autonomía, la asunción de tareas que de ser delegadas a uno de los tres poderes clásicos, provocarían un cierto predominio o supremacía de uno de ellos, lo cual rompería con el equilibrio deseado al consagrar la división de poderes. Surgen para contrarrestar los diversos problemas que surgen en el Estado contemporáneo, de tal manera a hacer más eficaz y transparente la labor del Poder Público, contribuyendo asimismo al equilibrio pretendido.

Como características de estos órganos tenemos las siguientes:<sup>43</sup>

- Creación y delimitación por la propia Constitución Nacional, donde adquieren su composición, organización y competencia,

---

<sup>42</sup> Cfr. María del Mar Navas Sánchez, *Poder Judicial y Sistema de Fuentes. La potestad normativa del Consejo General del Poder Judicial*, Civitas, España, 2002, pp. 259 a 271.

<sup>43</sup> Siguiendo los rasgos señalados por Manuel García Pelayo, en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, España, 1987, pp. 121 a 148.

así como status institucional, lo cual es una garantía para su funcionamiento.

- Necesidad de su existencia (la cual es una consideración política, elaborada en la Constituyente) para atender situaciones de vital importancia para el funcionamiento del Estado y mantener el equilibrio entre los poderes públicos.
- Participación en la dirección política del Estado.
- No pertenencia a la estructura orgánica de los tres poderes tradicionales, es decir, cuenta con independencia orgánica y funcional.
- Paridad de jerarquía con los otros poderes y órganos del Estado, no subordinación.

Todo ello no significa que sus actos estén exentos de todo tipo de control, al contrario, pues si bien estos órganos contribuyen y fortalecen los mecanismos de control sobre los demás poderes, también son objeto de dicho control, ya sea en su conformación o a través del recurso judicial respectivo (revisión de sus actos a través del Poder Judicial).<sup>44</sup>

Cabe también distinguirlos de los órganos auxiliares u órganos de relevancia constitucional, al estar incluidos éstos dentro de la jerarquía o estructura de los poderes tradicional y no ser creados explícitamente en la Constitución Nacional,<sup>45</sup> pero, cabe advertir, es ésta quien faculta la creación de dichos órganos.

---

<sup>44</sup> Véase más en la *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo V, UNAM, Porrúa, México, 2002, pp. 378 y ss.

<sup>45</sup> Tal es el caso de las comisiones parlamentarias bicamerales que son creadas para un seguimiento y control de determinados asuntos encomendados por el Congreso. Es así como las Constituciones prevén que éstas comisiones puedan ser creadas, pero no las crea directamente, en el sentido de que no le otorga competencia determinada, sino deja a consideración del órgano que lo crea y ante quien rinde cuentas su conformación y la atribución de tareas. Esta dependencia y la no creación directa, sino indirecta, a través de la Constitución constituyen los elementos diferenciadores de los órganos constitucionales autónomos o extrapoderes.

En el Paraguay tenemos los siguientes órganos extrapoderes:

- El Consejo de la Magistratura (integrado por representantes de los tres poderes del Estado, así como de los abogados matriculados y docentes universitarios, y cuya función consiste en elaborar y proponer ternas de candidatos para ocupar la Corte Suprema de Justicia, la Fiscalía General del Estado, y también los tribunales inferiores, jueces y agentes fiscales).
- El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Como su nombre lo indica, es el encargado de enjuiciar y juzgar las faltas cometidas por jueces, magistrados y agentes fiscales en el ejercicio de sus funciones. Su conformación es desarrollada en la ley, pero es consecuencia de un mandamiento expreso de la Constitución.<sup>46</sup> Su composición es similar a la del Consejo de la Magistratura (en cuanto a representación).
- La Defensoría del Pueblo (encargado por velar la defensa de los derechos humanos y denunciar su violación).
- La Contraloría General de la República (es el órgano de control de las actividades económicas y financieras del Estado, de los departamentos y de las municipalidades).
- La Banca Central del Estado (tiene la exclusividad de la emisión monetaria, y conforme con los objetivos de la política económica del Gobierno Nacional, participa con los demás organismos técnicos del Estado, en la formulación de las políticas monetaria, crediticia y cambiaria, siendo responsable de su ejecución y desarrollo, y preservando la estabilidad monetaria);

---

<sup>46</sup> Arto. 253 de la constitución Nacional del Paraguay: “DEL ENJUICIAMIENTO Y DE LA REMOCIÓN DE LOS MAGISTRADOS. Los magistrados judiciales sólo podrán ser enjuiciados y removidos por la comisión de delitos, o mal desempeño de sus funciones definido en la ley, por decisión de un Jurado de enjuiciamiento de magistrados. Este estará integrado por dos ministros de la corte Suprema de Justicia, dos miembros del consejo de la Magistratura, dos senadores y dos diputados; éstos cuatro últimos deberán ser abogados. La ley regulará el funcionamiento del Jurado de enjuiciamiento de magistrados”.

- En lo que respecta al Ministerio Público (Fiscalía General del Estado) su naturaleza es discutida en doctrina, debido a que cuenta con los requisitos señalados como para ser caracterizado como un órgano constitucional autónomo (autonomía y demás caracteres apuntados más arriba), pero es incluido, en la Constitución Nacional paraguaya, en el Capítulo correspondiente al Poder Judicial.<sup>47</sup> De esto último y atendiendo a que los agentes fiscales tienen las mismas incompatibilidades e inmunidades que las determinadas para los integrantes del Poder Judicial,<sup>48</sup> es que algunos se inclinan por asumir que el Ministerio Público forma parte del Poder Judicial. Aquí nos encontramos con una autonomía real otorgada por la Constitución Nacional y, a nuestro parecer, la sola ubicación de su configuración en el Capítulo del Poder Judicial no es suficiente para ser considerado como un órgano dependiente de él, máxime cuando éste no posee los mecanismos jerárquicos de superioridad sobre aquél. En relación a las idénticas incompatibilidades e inmunidades, no por ser atribuidas dichas características comunes debemos pensar en su co-identidad institucional, así como también sería absurdo asumir que teniendo los parlamentarios las mismas inmunidades que los Ministros del Poder Ejecutivo forman parte de la estructura de éste.
- Con relación al Tribunal Superior de Justicia Electoral (su tarea consiste en la convocatoria, el juzgamiento, la organización, la

---

<sup>47</sup> En la sección IV del Capítulo III denominado “DEL PODER JUDICIAL” de la Constitución Nacional del Paraguay.

<sup>48</sup> Artículos 267 y 270 de la Constitución Nacional del Paraguay. “Artículo 267: Para ser Fiscal General del Estado se requiere tener nacionalidad paraguaya; haber cumplido treinta y cinco años, poseer título universitario de abogado, haber ejercido efectivamente la profesión o funciones o la magistratura judicial o la cátedra universitaria en materia jurídica durante cinco años cuanto menos, conjunta, separada o sucesivamente. Tiene las mismas incompatibilidades e inmunidades que las establecidas para los magistrados del Poder Judicial. Artículo 270: Los agentes fiscales son designados, en la misma forma que establece esta Constitución para los jueces. Duran en sus funciones y son removidos con iguales procedimientos. Además, tienen las mismas incompatibilidades e inmunidades que las determinadas para los integrantes del Poder Judicial”.

dirección, la supervisión y la vigilancia de los actos y de las cuestiones derivados de las elecciones generales, departamentales y municipales, así como de los derechos y de los títulos de quienes resulten elegidos; así como atender las cuestiones provenientes de todo tipo de consulta popular, y lo relativo a las elecciones y al funcionamiento de los partidos y de los movimientos políticos), cabe destacar que surge la misma duda con respecto a si forma o no parte del Poder Judicial, pues figura su configuración constitucional en la Sección V del mismo Capítulo III (del Poder Judicial). Aquí habrá de atender que sus actos son recurribles ante la Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco es concluyente, pues todos los actos públicos pueden ser recurridos ante dicha instancia. Asimismo habrá de notarse que la máxima instancia judicial no posee facultades reglamentarias sobre la Justicia Electoral, contando ésta con autonomía de gestión; lo que nos llevaría a sostener su carácter de órgano constitucional autónomo (órgano extrapoder).

En cambio, “en México son cuatro los órganos constitucionales autónomos que prevé la Constitución Nacional: 1. Los tribunales agrarios [...] 2. El Banco Central [...] 3. El Instituto Federal Electoral [...] 4. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos”.<sup>49</sup>

Un detalle importante que merece mención es la crítica que reciben, por parte de la sociedad (en el Paraguay), tanto el Consejo de la Magistratura como el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Tal crítica es producto de los criterios pocos claros que son tomados en cuenta por los mismos para cumplir con sus respectivas funciones, motivo que ha suscitado diversas inquietudes acerca de su rol. Algunos plantean la necesidad de que sean conformados por integrantes de la sociedad civil, sin que necesariamente deban ser Abogados ni mucho menos

---

<sup>49</sup> *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo V, *Ob. Cit.*, pp. 380 y 381.

representantes de los órganos públicos, de tal manera a quitarle el tinte político que ostenta debido a su integración; otros incluso van más allá pretendiendo extirpar dichos órganos de la Constitución Nacional. Debido a ello, somos partidarios de la primera opción, la cual determinará una función más transparente de tales importantísimas funciones. Baste lo dicho por no ser parte de la presente investigación y para dejar sentada una postura al respecto.

Con todo, como hemos dicho en el apartado correspondiente a la división de poderes, este principio ya no debe ser entendido como un reparto de tres funciones (legislativa, ejecutiva/administrativa, judicial), sino que debe ser reformulado conforme a las características propias de los tiempos en que vivimos. Así vemos que la realidad cada día exige de nuevos esfuerzos y actitudes respecto de los individuos y también del Estado, el cual debe buscar los mecanismos y organismos correspondientes para hacer frente a dicha realidad. Es así como surgen estos órganos constitucionales autónomos, los que se integran a la función estatal y caben dentro de la renovada formulación del concepto “división de poderes”, el cual es entendido como la asunción del Estado de diversas actividades a través de diversos órganos. Esas actividades o funciones, a su vez, no están atribuidas a los diferentes órganos conforme a una distribución material de tareas (en la concepción clásica del principio aludido), sino más bien a consideraciones político-constitucionales de la máxima autoridad de cada Estado, la Convención Nacional Constituyente. Así “La división de poderes en Montesquieu obedeció a la necesidad de limitar el poder omnímodo de los reyes. Hoy ... la teoría sigue manteniendo trascendencia, pero se extrae de ella sólo lo que importa: evitar la concentración de poder en manos de pocos centros dominantes”.<sup>50</sup>

La esencia de la aparición de estos órganos es la transparencia reclamada en la asunción, por parte del Estado, de funciones tan importantes para

---

<sup>50</sup> Jaime Cárdenas Gracia, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, UNAM, México, 2000, p. 243.

el desarrollo de la actividad estatal y para ganar la confianza de la sociedad en sus gobernantes; buscando la transparencia en sus gestiones y la pluralidad democrática en su conformación. Es producto de que esto no se está cumpliendo el reclamo por parte de la sociedad para la efectivización de los fines buscados (equilibrar política y constitucionalmente los órganos de poder, con criterios técnicos y democráticos de actuación, independientes de los poderes tradicionales, partidos políticos y otros factores reales de poder). La causa que ello origina no es más que la marcada composición política, pues vemos que los mecanismos de designación y representación están marcados por los partidos políticos (representados en el gobierno), lo cual genera un cuoteo político que desnaturaliza las instituciones.<sup>51</sup>

Estamos hablando de órganos que se equiparan a los tradicionales, por emitir actos definitivos (lo que no equivale a decir que no están sujetos a los controles jurisdiccionales), por ser independientes y autónomos; reconocidos y garantizados por la Constitución. A su vez, son normados por disposiciones legislativas, con lo cual tenemos que al momento de emitir sus actos se encuentran con los problemas de interpretación propios de los tiempos en que vivimos y ya señalados con anterioridad; todo lo cual genera, a más de los principios que los gobiernan y previstos en la Constitución, facultades discrecionales, tendientes a crear un marco donde puedan desenvolverse para alcanzar los objetivos doctrinales de su institución, más aún considerando que su legitimidad se dará en la medida en que adopten sus decisiones conforme a “principios constitucional-democráticos”.<sup>52</sup>

## II. Administración Pública Centralizada y Descentralizada

A la administración la entendemos como la organización de factores humanos y materiales para la consecución de determinados fines. La

---

<sup>51</sup> En el mismo sentido y con un estudio profundo, véase *Íbidem*, pp. 243 y ss.

<sup>52</sup> *Íbidem*, p. 254.

administración pública<sup>53</sup> tenderá a conseguir los fines consagrados al Estado a través de la Constitución Nacional y las leyes pertinentes.

## 1. Administración Pública Centralizada

La centralización administrativa puede ser entendida como la forma de organización de la administración pública de manera tal que los órganos que pertenecen a ésta se estructuran jerárquicamente a partir del Presidente de la República, hasta el último funcionario administrativo, existiendo siempre un vínculo que los liga, para unificar las actuaciones, decisiones, el mando, la acción y la ejecución (implica una unidad de mando). Dicha concepción podría ser entendida bajo la perspectiva del Poder Ejecutivo, donde éste es la máxima autoridad dentro de la administración pública y quien decide, en última instancia, las políticas públicas a seguir por los diversos organismos administrativos. Ahora, entender la centralización en los tiempos modernos sería imposible, es comprensible sí en una monarquía, donde es el monarca o emperador quien decide todo en última instancia; pues desde que se ha consolidado la división de poderes vemos que las funciones del Estado son divididas a través de los poderes de éste y de los diversos organismos que lo conforman. Así vemos que uno de los principios que fundamenta a una sociedad es que ninguna persona puede ocupar todos los poderes del Estado, es más, se prohíbe que una persona que forme parte de algún poder pueda ocupar una función dentro de otro poder (a no ser en un sistema parlamentario, donde un miembro del parlamento puede ejercer alguna función administrativa, pero nunca una función judicial, por ejemplo, con lo cual queda patente la imposibilidad de ejercer todas las funciones, es más, esa persona, por sí sola, no puede ejercer el poder legislativo, el cual es esencialmente plural y se encuentra regido por el sistema democrático).

---

<sup>53</sup> En lo que hace a este término, cabe advertir que la primera impresión que recibe del derecho administrativo es su asociación con la tarea desempeñada por el Poder Ejecutivo, por ser considerada la administración central del Estado. No obstante ello, cabe advertir que los demás poderes y órganos del Estado (Legislativo, Judicial y órganos extra-poderes) también administran la cosa pública, al propender la realización de tareas que intenten satisfacer los fines del Estado, establecidos en la Constitución Nacional y las leyes respectivas.

Cabe distinguir aquí un Estado centralizado de un Estado unitario, este último es conocido como aquél país que mantiene la unidad territorial y no es dividido en diversos estados como ocurre en los Estados federales, como México, donde los diversos estados que lo conforman tienen a su vez sus Constituciones propias y reglamentaciones pertinentes. Ahora, en el unitario también se da una cierta división territorial (pero, a los efectos de descentralizar el ejercicio del poder de gobierno y hacer más fácil el acceso a las autoridades para los individuos), a cuyas fracciones se les puede denominar departamentos, estados o provincias; pero con la diferencia que éstos se rigen por las disposiciones de los parlamentos nacionales y que si bien cuentan con juntas departamentales y municipales, éstas solo tienen atribución para reglar cuestiones menores como ser: tránsito, pavimentaciones y otras menores. Es así como en un Estado unitario existe un solo parlamento del cual emanan disposiciones con el carácter de “ley”, debido a la unidad territorial; los demás organismos deliberativos sectoriales solo tienen fuerza normativa de reglamentación. En ese entendimiento tenemos que un Estado centralizado puede ser unitario o federativo. En la región, sólo Argentina, Brasil, México y Estados Unidos son federados; aunque tal vez ello se deba a la gran extensión de sus territorios.

En la centralización administrativa tenemos que todo el poder de decisión y reglamentación parte de un centro, el cual elabora las pautas a ser seguidas por los funcionarios inferiores, quienes las deben acatar, sin serles permitidas una contravención a dichas disposiciones, lo cual favorece una unidad de dirección en el manejo institucional. Ahora, concentración administrativa no es lo mismo que centralización, aquél es un término utilizado para significar algo distinto. Así, existe concentración al establecerse el órgano en un solo espacio físico y desconcentración cuando se multiplica para prestar mejor servicio, pero aquí cabe destacar que, existiendo centralización y desconcentración administrativas, las decisiones y pautas son adoptadas siempre por una sola autoridad, quien reúne en sí todas las facultades de dirección política y administrativa. Los órganos desconcentrados son los que, dependiendo siempre

de la autoridad central, tienen el lugar físico de su funcionamiento alejado de la sede principal; a los efectos de prestar coadyuvancia a la administración central (sin perder la dependencia) para una mayor inmediatez en la prestación del servicio público, a favor de la sociedad.

En ese sentido, la centralización administrativa posee las siguientes características:<sup>54</sup> a) Poder de nombramiento. Discrecionalidad en la designación de los funcionarios o servidores públicos de las diversas dependencias a su cargo; b) Poder de remoción. Potestad de cesar en sus funciones a los mismos empleados públicos que ha nombrado para ejercer funciones, lo cual refuerza el primer carácter y acentúa su poder de dirección; c) Poder de mando. Es el poder superior de imponer sus determinaciones en la adopción de acciones, durante el ejercicio de la actividad propia; d) Poder de decisión. Es la facultad de decidir la opción que mejor le parezca, entre varias posibles; e) Poder de vigilancia. Es el control que realiza para verificar el estricto cumplimiento de sus decisiones, por parte de sus subordinados; f) Poder disciplinario. Es la facultad de castigar o sancionar por las acciones u omisiones incurridas por los funcionarios en detrimento de la administración pública y los lineamientos establecidos; g) Poder de revisión. Es la potestad que tiene la autoridad superior de poder revisar los actos de las autoridades inferiores, pudiendo aquélla ratificar, modificar, suspender o anular dichos actos; h) Poder para resolver conflictos de competencia. Aquí la autoridad superior decide quien de los inferiores es competente en el juzgamiento de cuestiones que son objeto de disputas en cuanto al conocimiento del asunto, en el caso que la política sea la de la desconcentración.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> Siguiendo los lineamientos elaborados por Jorge Fernández Ruiz, en *Derecho Administrativo y Administración Pública*, Porrúa, México, 2006, p. 280 y ss.

<sup>55</sup> Desconcentrar es llevar los servicios y tomas de decisiones cerca de la gente afectada por las decisiones o beneficiada de los servicios estatales, es acercar las autoridades a la población; por oposición a la concentración, esto es, que los servicios y tomas de decisiones se hagan en un solo punto del país (por ejemplo, en la capital), por lo que, al momento de reclamar alguna deficiencia, los ciudadanos se tendrán que dirigir hasta ese punto o hasta la autoridad pertinente, no importando la distancia ni costos de tal experiencia.

## 2. Administración Pública Descentralizada

Es lo contrario a la centralización administrativa. La “autoridad” es dividida, generándose así diversas autoridades para la atención de las materias que a cada una se le encomiende, con la potestad de adoptar medidas y trazar las estrategias a ser implementadas para el mejor cumplimiento de los fines públicos, ya no es una sola persona quien determina la dirección de la administración, ésta se divide evitando la concentración del poder de mando en una sola persona. Esto dota de mayor dinamismo al actuar de la administración, evitando la burocracia que caracteriza al funcionamiento centralizado, pues el administrado se ahorra los pasos jerárquicos propios de este último. Surgen, más que nada, para la atención de servicios públicos especializados, a los efectos de una mayor efectividad y rapidez en la atención de los mismos; con lo cual gozan de autonomía en la toma de decisiones. Ahora, ello no conlleva una total independencia del poder central, antes bien implica una liberalización para la atención de determinados tipos de asuntos con total autonomía orgánica y de gestión, conservando el poder central facultades de vigilancia y control. En doctrina se distingue dos tipos de descentralización, por servicio (es el encargo de la atención de determinados servicios públicos especializados, que requieren mayor profesionalización y la desconcentración fortalece la rápida gestión, es un servicio personalizado, con recursos propios y poder de decisión) y por región (es la división territorial del poder, para lo cual se instituyen organismos territoriales para la atención de las necesidades públicas de la zona, tal es el caso de las gobernaciones y municipios, con potestades de organización conforme a la mejor atención y solución de las necesidades de la población).<sup>56</sup>

Los caracteres de los organismos descentralizados son los siguientes: “a) son creados por ley del Congreso o por decreto del presidente de la República; b) el orden jurídico les reconoce una personalidad jurídica propia, distinta del Estado; c) cuentan con patrimonio propio; d) gozan de autonomía

---

<sup>56</sup> Cfr. *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo III, *Op. Cit.*, pp. 449 a 454.

jerárquica respecto al órgano central (autogobierno); e) realizan función administrativa, y f) existe un control o tutela por parte del Estado sobre su actuación”.<sup>57</sup> Como consecuencia de su regulación por ley tenemos que dicha descentralización puede adquirir diversos matices, lo cual será producto de la discusión y resolución del pluralismo propio del parlamento actual. Lo mismo puede decirse del decreto, el cual atenderá a la política y parecer del Ejecutivo. Ahora, lo que es característico y elemento esencial aquí es la autonomía (lo que implica una prescindencia de subordinación jerárquica) que se le otorga al organismo en cuestión, pues sin la existencia de ella muy difícilmente pueda hablarse de un órgano descentralizado; lo cual debe ir garantizado con la concesión de personalidad jurídica y patrimonio propios, para asegurar así la mentada autonomía. En la realidad ocurre que los mecanismos de control y vigilancia a veces conspiran contra dicha autonomía, desde las presiones que parten de los organismos encargados de tal control para adoptar posturas a través de leyes o ante la asignación presupuestaria, que es el pulmón que oxigena estos órganos. Es por ello que se da una coexistencia, aunque pareciera paradójica, entre ambas formas de organización administrativa en el andamiaje del poder público.<sup>58</sup> Es de esta manera como se dan las descentralizaciones en los campos políticos, económicos o administrativos, según la política de cada Estado.

### III. El control a la Administración

Antes de abordar los límites discrecionales de la autoridad pública, nos ocuparemos de establecer los mecanismos de control que se erigen sobre su función. A tal efecto, no nos referiremos a las diferentes clasificaciones doctrinales existentes en la materia, por no constituir ello objeto de nuestra investigación, sino tan solo a aquéllos que consideramos que en la práctica resultan más útiles para

---

<sup>57</sup> *Íbidem*, p. 451.

<sup>58</sup> En el mismo sentido se apunta y enseña Jorge Fernández Ruiz, en *Derecho Administrativo y Administración Pública, Op. Cit.*, p. 485 y ss.

controlar el funcionamiento público.<sup>59</sup> Y en tal sentido cabe destacar, primeramente, que los controles, considerados orgánicamente, son de dos naturalezas; internos o externos, de los cuales trataremos seguidamente.

Órgano interno. A este lo definiremos como aquel organismo encargado de fiscalizar las actuaciones de una entidad pública, formando parte de la estructura orgánica de dicha entidad, con lo cual tenemos que el órgano fiscalizador se encuentra jerárquicamente dependiente de la entidad a la que pertenece. Podría ser un contrasentido, pero su papel es importantísimo desde el momento en que la propia entidad, según sea el caso, tiene la ocasión de ir controlando y ajustando su actividad a los parámetros legales y funcionales, más aún considerando que este organismo interno no excluye que los actos del órgano sean controlados, además, por un órgano externo; más bien surge como un mecanismo de autocontrol de los diversos órganos del Estado. Hemos definido al órgano interno como integrante de la misma entidad controlada por considerarlo más conveniente, conforme al nombre (órgano interno) y a la naturaleza misma de su función. Así, “Mediante este control, la administración pública conserva la posibilidad de corregir sus errores y revocar sus decisiones ilegales o inoportunas, antes de que éstas sean sometidas al control externo”,<sup>60</sup> así como prever la legalidad y razonabilidad de una posible decisión a través de la opinión de las unidades especializadas que se encuentran en la entidad pública. Ahora, cabe destacar que la configuración y organización de estos tipos de organismos pueden variar, conforme a la política parlamentaria adoptada por cada Estado; como acontece en México, donde, a nivel federal, tenemos que la Secretaría de la Función Pública es la encargada del control de todos los organismos dependientes del Poder Ejecutivo, contando con una oficina en cada entidad administrativa; con lo cual, la mencionada secretaría de Estado, es considerada un órgano interno de control y fiscalización;<sup>61</sup> cosa distinta a la que ocurre en el Paraguay, donde cada

---

<sup>59</sup> Para una lectura acerca de las diversas clasificaciones de los controles a la administración pública, véase Daniel Márquez, *Función jurídica de control de la administración pública*, UNAM, México, 2005, p. 15 y ss.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>61</sup> Es así como lo califica Daniel Márquez, *Ibidem*, p. 113 y ss.

entidad administrativa configura su propio órgano interno al cual se le encarga la tarea de control y fiscalización de las funciones atinentes a esa entidad, sin que con ello se obstruyan controles por parte de otros órganos públicos (ya sean órganos extrapoderes o dependientes de cualquier poder del Estado) a los que denominaremos órganos externos.

Órgano externo. Es aquél que realiza las funciones de fiscalización y control de las actividades de una entidad pública a la que no pertenece ni orgánica ni jerárquicamente. Estos órganos controladores pueden pertenecer a cualquier otro órgano del Estado (incluso estar dentro de la subordinación al mismo poder que el órgano controlado, como sucede cuando el Ministerio de Hacienda controla la ejecución presupuestaria de los otros órganos dependientes del Poder Ejecutivo) o pueden constituir un órgano constitucional autónomo (extrapoder). Son estos controles los que más confianza inspiran en el ámbito del derecho público, por ser realizados por personas ajenas a las actividades controladas, con lo cual se gana en objetividad e imparcialidad, lo que ha motivado y llevado, incluso, a la contratación de auditorías internacionales para el control de actividades que interesan a la población, de tal manera a garantizar el correcto uso de los bienes públicos.<sup>62</sup> Ello es indicio de que se le debe dotar de mayor autonomía a los órganos de control; pues, en la medida en que estos estén más alejado de las influencias políticas, tendrán mayor confianza y credibilidad. Dicho sea esto por el constante juego de intereses entre los diversos actores políticos. En el Paraguay por ejemplo la Contraloría General de la República será ejercida por un representante del partido político que haya salido segundo (en cantidad de votos) en las elecciones presidenciales, con lo cual su independencia no es total; dejando a esta institución de vital importancia para transparentar la función pública, en ocasiones, a los designios de los intereses políticos en disputas y transacciones, lo cual no es su esencia, desnaturalizándolo en sus fines. Aunque,

---

<sup>62</sup> Máxime cuando se debe rendir cuentas de la gestión pública “naturalmente a la ciudadanía, al pueblo, a quienes tienen la titularidad de la soberanía y es a ellos, a través de quien tiene su representación nacional.”, conforme es expuesto en *El Órgano Superior de Fiscalización y sus Repercusiones Institucionales*, Gabriel García Colorado y Francisco Palomino Ortega (Coordinadores), Cámara de Diputados, México, 2000, p. 42.

en realidad, hasta ahora no se ha encontrado una fórmula perfecta para combatir dicha influencia, en cualquier ámbito de que se trate.<sup>63</sup> Pero sí debemos insistir, por lo menos hasta donde se pueda, en conferir carácter técnico a los órganos de control (para que sus planteamientos también sean técnicos) y propender a sustraerlos de un manejo político, asegurando la imparcialidad que debe reinar en ellos.

Otra clasificación considerada importante y que vale la pena mencionar es la que corresponde al ámbito temporal del control realizado. Así tenemos el control previo o *ex-ante*, el concomitante y el posterior o *ex-post*. El control previo es el realizado con anterioridad a la emisión del acto administrativo, es el llevado a cabo, por ejemplo, antes de la aprobación del presupuesto por parte de las comisiones del parlamento o el elaborado por las dependencias inferiores (jerárquicamente) y especializadas de la autoridad de que se trate. En este último caso tenemos un ejemplo en aquéllas dependencias técnicas donde el jefe cuenta con diversas áreas especializadas que se dividen las funciones conforme a la especialización respectiva (área jurídica, financiera, actuarial y otras, consonante con la naturaleza de las actividades y competencias); es allí donde el jefe tendrá que pedir dictamen o informe del área especializada en el reclamo o asunto a resolver, pues no puede pedirse a una sola persona la adquisición de conocimientos en diversos campos, muchas veces contrapuestos; así, por la naturaleza de sus funciones, el Poder Judicial es encabezado por un cuerpo de Abogados, quienes también resuelven, administrativamente, sobre cuestiones de ejecución presupuestaria, contables y otras para lo cual está asesorado de especialistas en dichas ramas, de tal manera a actuar correctamente. Este tipo de control es importante, pues muchas veces determina el sentido final de la disposición administrativa, aunque, en la mayoría de los casos, no son vinculantes a la decisión que vaya a tomarse; pero, no obstante ello,

---

<sup>63</sup> Tanto es así que Bernardo Bátiz Vázquez llega a afirmar que: “un órgano independiente, por más técnico que sea, por más autonomía que quiera otorgársele, no dejará de ser proclive a dejarse influir, esto lo ha demostrado la historia de las instituciones en nuestro país (México)”, en *Íbidem*, p. 47.

plantea el panorama en el cual se determinará la autoridad máxima del organismo correspondiente.

El control concomitante es el realizado por el órgano contralor en el momento de la ejecución o desarrollo de la actividad administrativa. Así, conforme es desarrollada esta última, el encargado del control de dicha actividad va cumpliendo su labor contralora. En este caso se encuentra la Contraloría General de la República, quien puede auditar las partidas contables de las entidades públicas, para verificar que el Presupuesto sea cumplido y respetado en el transcurso de su ejecución; con lo que tenemos una situación en la que el control es realizado en el ínterin de una actividad continuada, que está sujeta a varios actos sucesivos. Por lo que se refiere a los controles posteriores o ex-post cabe señalar que ellos son los realizados una vez emitido el acto administrativo o concluido la serie de actos componentes de una actividad (en el caso de actos sucesivos). Así tenemos que ellos son controlados mediante la interposición de recursos por parte de los administrados o de oficio por la misma autoridad, pero consiste en la revisión (ya sea administrativa por la autoridad superior o jurisdiccional por la autoridad judicial) del acto emitido. Es aquí donde se presentan a la vez los problemas del límite a la discrecionalidad, pues no existen parámetros legales, uniformes y unívocos (los cuales tampoco han sido solucionado en la doctrina con un solo criterio) para distinguir un acto arbitrario de uno discrecional, teniendo que incluso, en la revisión del acto recurrido, el superior puede fallar de manera diferente, sin que el inferior haya incurrido en un acto arbitrario, por lo que habrá que verse cual es la justificación expuesta, pues, a primera vista, si un acto está bien fundado, motivado y razonado, se encuadraría dentro de los presupuestos de legalidad y legitimidad, encontrándonos con que siempre habría un margen de discrecionalidad, el cual, con un buen razonamiento, puede permitir que dos tesis contrapuestas no rebasen el límite discrecional para llegar al arbitrario.

También debe tenerse en cuenta que el carácter previo, concomitante o posterior del control depende del momento en que se realiza éste y no de la naturaleza del órgano encargado de practicarlo. Así, la Contraloría General de la República puede realizar su tarea al momento de la ejecución administrativa (concomitante) o bien con posterioridad a ella; también tenemos el caso donde a un órgano de control interno se le puede pedir su parecer antes de la emisión del acto administrativo, como no es menos cierto que su función fiscalizadora la puede cumplir paralelamente a la ejecución presupuestaria, por ejemplo, o realizarla con posterioridad.

Con lo referido hasta aquí tenemos que el control es un complemento de la división de poderes, para de esta manera coadyuvar en el buscado equilibrio entre los diversos órganos que conforman la Administración Pública (para el correcto funcionamiento del Estado); y así, de esta manera, velar por el buen funcionamiento de las instituciones y el correcto uso de los bienes públicos, para de esta manera transparentar su gestión, ganando con ello prestigio y legitimidad en la sociedad; pues la confianza por parte del pueblo hacia sus gobernantes e instituciones otorga tranquilidad, estabilidad y legitima el papel que ellos desempeñan en el ejercicio de sus funciones. Es por eso que cada vez más se insiste en transparentar (difusión por medios públicos – prensa, Internet, etc.) la gestión gubernamental y el destino de los fondos públicos, así como el manejo de los bienes del mismo carácter. Cosa similar ocurre con las decisiones administrativas (también con las decisiones judiciales y las leyes emitidas por los legisladores), pues en la medida en que son desatinadas, infundadas o improvisadas producen descontento en los gobernados; quienes cada día exigen más de sus gobernantes y ante la creciente manifestación social éstos pierden credibilidad y legitimidad; por lo que, cuanto menos, se precisa de disposiciones razonables que sean capaces de persuadir a la sociedad sobre la juridicidad de esos actos. Aquí nace otro requisito de los tiempos actuales, la comunicación que debe existir entre el pueblo y su gobierno, la cual debe ser constante y veraz para

alcanzar la estabilidad y probidad antes mencionados.<sup>64</sup> El pluralismo democrático exige cada vez más de sus instituciones y la confianza en la gestión es un objetivo que busca ser alcanzado hoy en día por los gobernantes; con tal fin se crean nuevas instituciones y se emplean mecanismos de fácil acceso a la información, lo que significa una mayor presencia de controles preventivos y concomitantes. Por lo mismo, el control también pretende ser un “*remedio para enfrentar la corrupción*”.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> En el mismo sentido se pronuncia y explica Diego Valadés, *El control del Poder*, 2ª ed., Porrúa y UNAM, México, 2000, p. 419 y ss.

<sup>65</sup> Daniel Márquez, *Función Jurídica de control de la administración pública*, Ob. Cit., p. 48.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### DISCRECIONALIDAD Y ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

#### I. Concepto de Acto Administrativo

El Estado, a través de sus órganos, desarrolla una serie de actividades, para bienestar general y en cumplimiento de sus objetivos, interviniendo en el desarrollo de la vida social de diversas maneras. Por lo mismo, surgen diferentes manifestaciones de su actividad, las cuales pueden ser: “a) cometidos esenciales b) servicios públicos, c) servicios sociales, d) actuación estatal en el campo de la actividad individual, e) aspectos administrativos de la regulación de la actividad privada individual”.<sup>1</sup> Es así como el Estado interviene y produce efectos jurídicos con cada manifestación suya. Con el desenvolvimiento en el desempeño de sus funciones se constituye el obrar administrativo.

Este obrar se manifiesta de diversas maneras (según lo establezca la legislación), pero, en esencia, constituye lo que se denomina “acto administrativo”; cuyo significado podríamos adelantarnos a establecer como la disposición emanada de la autoridad administrativa (funcionario público) de manera unilateral y con mira a producir consecuencias jurídicas en los derechos de los particulares.<sup>2</sup> Aquí es conveniente destacar la unilateralidad en el ejercicio

---

<sup>1</sup> Enrique Sayagüés Lazo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Montevideo (Uruguay), 1963-1969. p. 55.

<sup>2</sup> Es nuestro objeto hacer referencia, en el presente trabajo, a los actos administrativos que de manera directa, particular e inmediata producen efectos o tienden a producir efectos en la esfera de los administrados; siempre en referencia a aquéllos actos individuales, directamente dirigidos a una o unas personas específicas. Es en este sentido en el que caracterizaremos al acto administrativo, reconociendo que dicho término puede ser comprensor, también, tanto del contrato como de los reglamentos administrativos. Pero, recalamos, a los efectos de diferenciarlo de estos últimos sentidos, abordaremos al acto administrativo sólo desde la perspectiva de su afectación a personas determinadas, particulares. Motivo por el cual nos encontraremos en la necesidad de excluir a los contratos y reglamentos administrativos del concepto “acto administrativo”; para una fácil identificación y comprensión del objeto del presente análisis.

de la voluntad administrativa, pues, cuando se da una conjunción de dos o más voluntades y una de ellas es la del Estado (representado por alguno de sus órganos), y cuando éstas tienen como fin, también, satisfacer un interés general, estamos en presencia de un “contrato administrativo”; constituyéndose la unilateralidad y la bilateralidad en los caracteres diferenciadores de una y otra acepción (acto y contrato administrativos, respectivamente).

También cabe diferenciar el acto administrativo del hecho administrativo (esta tarea es el punto de arranque de cualquier estudio sobre el derecho administrativo). “El hecho administrativo importa comportamientos materiales u operaciones que implican el ejercicio de una actividad física por parte de los órganos administrativos, a diferencia de los actos administrativos que resultan de una elaboración intelectual, traducida en una declaración determinada formalmente por la voluntad administrativa, exteriorización formal, entonces, de un proceso intelectual”.<sup>3</sup> Ahora, tal distinción parece confusa, desde el momento en que todo acto supone una actuación material del sujeto (actividad física), más aún en los casos en que dicho actuar se produce (aunque excepcionalmente) de manera oral o por signos (Ejemplo: cuando el agente de tránsito ordena la circulación hacia tal o cual lado; donde se da una actuación sin una declaración formal – escrita; el funcionamiento de los semáforos). Entonces, el elemento diferenciador entre hecho y acto (administrativos) lo constituiría, en estos casos, la voluntad de tal actuar (direccionada a producir determinados efectos jurídicos), no ya la simple exteriorización formal de un proceso intelectual.<sup>4</sup> Así, al no haber voluntad de producir efectos jurídicos inmediatos, estaríamos en presencia de un hecho administrativo, lo cual, hay que destacar, no implica la ausencia de consecuencias jurídicas.

---

<sup>3</sup> Benigno Ildarraz, Alberto Zarza y Claudio Martín Viale, *Derecho Constitucional y Administrativo*, 2ª ed., Ediciones EUDECOR, Argentina, 2005, p. 437 *in fine*.

<sup>4</sup> Esta exteriorización formal constituye un elemento insoslayable en el concepto “acto”, por necesitar éste el carácter de declaración para demostrar su existencia en el mundo exterior, ya sea a través de signos, de manera verbal o, en su aspecto más común, de manera escrita.

El acto es una voluntad materializada y dirigida por el intelecto de los particulares y el hecho es una simple actividad física y carece de una actividad intelectual (encaminada a un fin – producir efectos jurídicos); por lo que, para encontrar un acto en una actividad estatal debemos buscar la declaración de voluntad orientada a una finalidad, producto del intelecto humano; dicho acto deberá ser comunicado de manera oral, escrita o simbólica a los particulares, no así los hechos. Estos últimos (los hechos administrativos), para ser considerados como tal, solo precisan de una actividad de la administración pública, sin importar otra cuestión; de lo cual surge que un hecho administrativo puede ir o no precedido de un acto (administrativo) y, a los efectos jurídicos que tales hechos vayan a producir, deberá analizarse si ese obrar de un funcionario estatal es producto o no de una voluntad intelectual (motivada por y desarrollada conforme al ordenamiento jurídico); de manera a calificar ese actuar y considerar a la autoridad ejecutora atribuible o carente de responsabilidad. Es importante separar dos procesos, el intelectual (que genera el acto) y el cumplimiento de la resolución adoptada (debido a tal producto intelectual); es en la ejecución de la decisión donde ya no nos encontramos con el acto, sino con un hecho administrativo, que es producto de aquél (cumplimiento del acto). La ejecución material siempre será un hecho y el acto siempre deberá declarar una manifestación de voluntad y ser comunicado efectivamente para ser considerado como tal.<sup>5</sup>

Aquí también cabe distinguir a los actos no jurídicos, que son aquéllas manifestaciones de voluntad, opiniones o dictámenes de la autoridad, los cuales tienen como característica principal que no producen efectos jurídicos directos a particular alguno. Se diferencian de los hechos en que no consisten en

---

<sup>5</sup> “El acto, pues, nunca contiene la ejecución de la idea que expresa (ello se refiere, obviamente, a los casos en que el acto consiste en una decisión, esto es, una declaración de voluntad: pues si la administración se limita a tomar nota de algo, o emitir alguna opinión o juicio, no hay ejecución conceptualmente posible de dicho acto). Decidir la destrucción o construcción de una cosa, es un proceso intelectual; dar a conocer la decisión de destruir o construir esa cosa, pero sin destruirla o construirla aun, es un acto; construir o destruir la cosa, en ejecución de la decisión dada a conocer previa, independiente y simbólicamente es un hecho; pero también es un hecho destruir o construir la cosa directamente, sin haber dado a conocer en forma separada y previa la decisión de hacerlo: en este último caso faltará el acto administrativo”. Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo. Parte General*, puede consultarse en <http://www.gordillo.com/Pdf/1-8/1-8X.pdf> (25 de septiembre de 2006), p. X-3.

actividades materiales, sino en procesos intelectivos que, como no son destinados a los particulares, no son comunicados sino de autoridad a autoridad (ya sea jerárquicamente o de una institución a otra); por ello tampoco constituyen actos “jurídicos” (por no producir ningún efecto jurídico), al menos directamente, pues, siempre irán orientados a que se adopte un acto que sí produzca tal efecto en persona determinada.

En tal sentido, actos administrativos son “aquellas declaraciones de voluntad unilaterales de la Administración que tienen por efecto directo producir consecuencias jurídicas referentes a la esfera de los administrados”.<sup>6</sup> Así, del concepto citado, en un sentido restringido, se excluirían los contratos administrativos (por implicar un acuerdo de dos o más voluntades); como también los reglamentos, por constituir normas con un grado importante de generalidad y abstracción. No obstante ello, debemos tomar en cuenta que tanto los contratos administrativos como los reglamentos pueden ser considerados, también, como una especie de los actos administrativos, los que en el presente trabajo dejamos fuera (del concepto “acto administrativo”) para precisar una mayor distinción de aquéllos con los que directa e inmediatamente afectan intereses particulares (acto administrativo en sentido restringido y al cual hacemos referencia en el presente apartado). Es por ello que, en el desarrollo de estas líneas nos encontraremos con que al hacer alusión a los actos administrativos, nos referimos a aquéllas disposiciones de la autoridad administrativa que engendran resultados en el ámbito de individuos perfectamente identificados, es decir, para aquéllos actos que van dirigidos explícitamente a tal o cual persona; por constituir éstos los que en mayor medida afectan los intereses de los individuos y donde en mayor medida se inmiscuyen las facultades discrecionales.

Cabe destacar que la finalidad de los actos administrativos es producir efectos jurídicos, los que pueden o no ser efectivamente cumplidos, pero,

---

<sup>6</sup> Benigno Ildarraz, Alberto Zarza y Claudio Martin Viale, *Derecho Constitucional y Administrativo, Ob. Cit.*, p. 439.

siempre tenderán a cumplirlos,<sup>7</sup> irán orientados hacia dicho objetivo; aún en aquellos actos de conocimiento, juicio u opinión.<sup>8</sup> Asimismo, en cuanto a la eficacia o ejecución de estos actos, cabe añadir que dependerá de la naturaleza y características que los mismos posean, al tiempo en que aquellos actos, cuando otorgan una facultad, convierten en potestativa de los administrados la prerrogativa de exigir o no su cumplimiento (Ejemplo: En el otorgamiento de una matrícula profesional, el administrado optará por ejercer o no dicha profesión). No obstante ello, los actos administrativos embeben su posible ejecución, en virtud a la potestad pública que les son inherentes por virtud de su imperio.

En cuanto a que se debe tratar de una manifestación de voluntad de un órgano administrativo competente, debe apuntarse que no surge ningún impacto directo en la esfera de los particulares cuando aquélla se da en las relaciones interorgánicas (entre dos o más instituciones públicas) o las intraorgánicas (dictámenes, informes, instrucciones y circulares internas, etc.); debido a que ellas no pueden producir, por sí mismas, consecuencias jurídicas. Claro está, refiriéndonos siempre al impacto de dichas comunicaciones para con los terceros (ciudadanos).

Ahora, con todo lo precisado precedentemente, ya con más elementos de juicio, nos permitimos elaborar un concepto propio del acto administrativo (en el sentido que nos interesa, conforme ha sido expuesto), como aquélla declaración de voluntad de un órgano de la Administración Pública, en ejercicio de una atribución legal y cuidando las formas previstas en el ordenamiento jurídico, de carácter unilateral y concreto; la cual tiende a producir efectos jurídicos en la esfera de los administrados. De más está mencionar que su objeto debe ser lícito, posible, cierto y determinado o determinable.

---

<sup>7</sup> Hablamos siempre de los actos administrativos con vistas a satisfacer la finalidad que le es encomendada (a los órganos públicos) por la disposición jurídica respectiva. Evitamos la repetición de aquella palabra para no caer en redundancia.

<sup>8</sup> Pues, éstos, justamente se producen para orientar una posible conducta de la autoridad, como trámite previo, a efectos de un mejor cumplimiento de los objetivos públicos.

## II. Acto reglado y acto discrecional<sup>9</sup>

Ambos actos son consecuencia de la atribución que el ordenamiento jurídico hace al funcionario público; no obstante lo cual empleamos el término “acto” en vez de “facultad”, por el hecho de que en doctrina suelen utilizarse ambos términos de forma semejante, pero, cabe advertir que el acto es consecuencia de la facultad otorgada, la cual puede ser reglada o discrecional, conforme a la clasificación que aquí recurrimos y tratamos. Es así como dicha atribución es llamada “potestad” o “facultad” reglada o discrecional, atendiendo a la delimitación que al efecto prevea el marco jurídico dentro del cual se erigirá la autoridad para la emanación del acto.

Cuando la Ley determina de manera minuciosa y acabada todas las condiciones para el ejercicio de la facultad, y cuando a la autoridad no le queda campo de discernimiento alguno, por ser la ley quien elabora todos los parámetros de aplicación normativa, sin dejar margen para la duda; es cuando hablamos de una facultad reglada (o actuación vinculada),<sup>10</sup> entiéndase como una facultad solo de aplicar la norma conforme a su interpretación literal (*stricto sensu*), esto se da cuando la propia ley establece todos los requisitos para que surja el acto, así como las consecuencias de éste; donde a la autoridad no le queda más que comprobar que se hayan dado las circunstancias que de manera completa señala el precepto normativo, así como las consecuencias (también acabadas) previstas.

---

<sup>9</sup> Cabe indicar que las clasificaciones que se hacen de las funciones administrativas son varias y dependerá, en cada caso, del punto de vista con que se lo observe, a efectos de metodizar y ordenar el objeto de estudio, por lo que cada clasificación atenderá a una finalidad distinta. No obstante ello “*las clasificaciones precedentes (facultades regladas y discrecionales) son fundamentales en el derecho administrativo, pues constituyen la parte casi más importante de su teoría general. Son una suerte de columna vertebral, un nexo técnico entre las demás cuestiones e instituciones de la materia. Todos los demás temas del derecho administrativo giran necesariamente alrededor de estas clasificaciones y deben recurrir a ellas para solucionar más de una cuestión decisiva*”. Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo, Ob. Cit.*, p. X-9.

<sup>10</sup> Así lo define Celso Antonio Bandeira de Mello, *Discricionariedad e controle jurisdiccional*, 2ª ed., Malheiros, Brasil, 1993, p. 9; cuando menciona que “Habrá actuación vinculada y, por tanto, un poder vinculado, cuando la norma a ser cumplida ya predetermina de modo completo cual es el único posible comportamiento que el administrador estará obligado a tomar ante los casos concretos cuya estructura esté descrita, por la ley, en términos que no dejan duda alguna en cuanto a su objetivo reconocimiento”.

En consonancia con lo ya expresado en el primer capítulo y atendiendo a las características del ordenamiento jurídico de los tiempos actuales, son pocas las situaciones en las que se presentan estas condiciones de atribución normativa donde basta con una aplicación mecánica de la ley, sin margen de apreciación para quien emitirá el acto administrativo (funcionario público encargado, según sea el caso); por el hecho que toda interpretación implica necesariamente valoraciones. Hasta en el derecho penal, donde uno de sus principios fundamentales es la aplicación estricta de la ley, surgen situaciones donde cabe la apreciación del juzgador,<sup>11</sup> desde el momento en que deberá encuadrar o no la conducta dentro de disposiciones que contienen conceptos que no son definidos por la misma ley y que exigen un razonamiento intelectual para delimitarlos. Baste aquí como ejemplo el artículo 116 del Código Penal Paraguayo que dispone: “Cuando el reproche del autor sea **considerablemente** reducido por una **excitación emotiva** o por **compasión, desesperación u otros motivos relevantes** se podrá...” (las negritas son nuestras); para apreciar que existen conceptos que primero deberán ser delimitados por el juzgador antes de encuadrar la conducta dentro del supuesto normativo. La demarcación de tales conceptos, es cierto, dependerá de las circunstancias del caso, pero no menos cierto es que también influirá en su delimitación el razonamiento de quien debe juzgar el hecho.<sup>12</sup> Estamos hablando aquí de los conceptos jurídicos indeterminados, lo cual será desarrollado más adelante, no obstante ello, consideramos pertinente su mención de manera ejemplificativa.

---

<sup>11</sup> “Es ya casi un lugar común afirmar que un orden jurídico, como el derecho penal de un cierto Estado, no constituye un sistema autosuficiente de soluciones para cualquier caso concebible. La vaguedad y ambigüedad propias del lenguaje natural en que se formulan las normas del sistema, la posibilidad de que tales normas presenten lagunas y contradicciones lógicas y otras clases de indeterminaciones que pueden afectar al sistema, dan lugar a que en muchas ocasiones los jueces y otros órganos que tienen que decidir casos particulares, no puedan justificar sus decisiones sobre la base exclusiva de las normas jurídicas positivas en conjunción con las circunstancias del caso, sino que deben recurrir a premisas adicionales. (...) ..ningún sistema jurídico puede proveer soluciones unívocas para todo caso posible y... si los jueces tienen que decidir los casos no resueltos por el derecho positivo, tendrán que hacerlo de acuerdo con premisas valorativas”. Carlos Santiago Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Argentina, 1980, pp. 1 y 3.

<sup>12</sup> Es así como, en cada autoridad pública encargada de aplicar la ley, influyen y connotan las experiencias personales, la formación académica, etc., lo cual provoca en cada persona una escala de valores diferentes.

El ordenamiento jurídico señala finalidades y objetivos a ser cumplidos por las autoridades públicas, cuando aquél detalla expresamente la manera y forma en que deberán actuar éstas últimas estamos en presencia de una potestad reglada, puesto que no hay margen de apreciación para actuar y donde la actividad a ser desarrollada ante un caso específico le viene enmarcada expresamente en la ley, o sea, la ley nos señala explícitamente qué es lo que hay que hacer ante un caso concreto. En cambio, cuando el mismo ordenamiento jurídico otorga cierto margen de libertad a la autoridad para que ésta decida entre una u otra acción a seguir ante un caso particular, estamos en presencia de una potestad discrecional. En el primer caso es la ley quien aprecia los casos y en el segundo es la autoridad quien realiza la apreciación de la oportunidad y conveniencia en la adopción de tal o cual medida.<sup>13</sup> La facultad reglada indica que sólo hay una solución posible al caso en cuestión y la discrecionalidad permite a la autoridad *elegir* la solución al mismo, de entre varias posibles (por lo menos más de una).

Asimismo, cabe apuntar que, en virtud al principio de legalidad que rige a la administración pública, la autoridad administrativa no podrá actuar sino en virtud a una competencia que le sea atribuida por la ley. Es en tal sentido que al hablarse de un acto emanado de una autoridad pública se trata de un acto reglado. Ahora, cabe apuntar que en algunas ocasiones (aunque en realidad es en la mayoría de los casos) las disposiciones normativas no prevén todos los elementos o todas las circunstancias, no lo hacen de manera expresa, lo hacen estableciendo un mínimo y un máximo (como el *quantum* de sumas de dinero) o lo

---

<sup>13</sup> “En el primer caso, la ley se sustituye al criterio del órgano administrativo y predetermina ella misma qué es lo conveniente al interés público; en tales casos el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Su conducta, en consecuencia, está predeterminada por una regla de derecho; no tiene él libertad de elegir entre más de una decisión: su actitud sólo puede ser una, aunque esa una sea en realidad inconveniente. En este caso la actividad administrativa está reglada: el orden jurídico dispone que ante tal o cual situación de hecho él debe tomar tal o cual decisión; el administrador no tiene elección posible: su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho. En el segundo caso, la ley permite al administrador que sea él quien aprecie la oportunidad o conveniencia del acto a los intereses públicos; ella no predetermina cuál es la situación de hecho ante la que se dictará el acto, o cuál es el acto que se dictará ante una situación de hecho. El órgano administrativo tiene elección, en tal caso, sea de las circunstancias ante las cuales dictará el acto, sea del acto que dictará ante una circunstancia”. Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo, Ob. Cit.*, p. X-11.

hacen a través de conceptos que no están delimitados previamente y cuya determinación corresponderá a la autoridad; por lo que, dichas situaciones remiten a la estimación subjetiva (facultad o potestad discrecional) de quien emanará el acto. Es aquí, cuando cabe dicha facultad, donde se llenan o completan las disposiciones emanadas del marco regulatorio, o, en otras palabras, es con “la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular”.<sup>14</sup> Dicho campo de apreciación subjetiva no significa libertad para obrar conforme a la simple voluntad del agente actuante (autoridad pública); pues, es de notarse, que, si la ley otorga la potestad de completar sus cuadros (o calla en algunas cuestiones del supuesto que prevé, al callar está autorizando a que sea completada su regulación), de manera expresa o tácita (cuando prevé el orden público como una de las finalidades y no establece el mecanismo ni los pasos a seguir para seguirlo o alcanzarlo) lo hace para que esta completitud se pueda dar atendiendo los parámetros (esto es, valores, doctrinas, razonamientos, etc.) que la actualidad, tiempos y circunstancias otorguen a las cosas;<sup>15</sup> de manera que la finalidad del derecho pueda ser cumplida; la regulación de la sociedad conforme a sus propias circunstancias y valores predominantes (lo cual va cambiando con el tiempo).<sup>16</sup> En ese entendimiento, la discrecionalidad surge como una necesidad de la sociedad para adecuar los conceptos y disposiciones conforme a las circunstancias del momento. Bien sabido es que lo que en el pasado significaron varios conceptos no equivalen a lo que ahora; éstos dependerán de los pormenores circunstanciales y las tendencias mayoritarias imperantes en una determinada sociedad, misma que difiere una de otra en cuanto a valores e intereses superiores. Por esto surgen las

---

<sup>14</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 4ª ed., tercera reimpresión, Civitas, España (Madrid), 1987, p. 430.

<sup>15</sup> “Las teorías interpretativas de cada juez se basan en sus propias convicciones sobre el ‘sentido’ (al propósito justificador, el objetivo o principio) de la práctica legal como un todo y es inevitable que estas convicciones sean diferentes, por lo menos en detalle, de las de otros jueces. Sin embargo, una variedad de fuerzas mitiga estas diferencias y conspira hacia la convergencia. Toda comunidad posee paradigmas de derecho, proposiciones que en la práctica no pueden objetarse sin sugerir corrupción o ignorancia”. Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, Trad. Claudia Ferrari, 2ª ed., Gedisa, España (Barcelona), 1992, p. 72.

<sup>16</sup> “La discrecionalidad surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público”, *Íbidem*, p. 431.

disposiciones que otorgan alternativas en el ejercicio de la facultad, con la consecuente validez de una u otra opción adoptada; claro, toda vez que sea razonada. Esto es, una valoración subjetiva en el marco de un margen de libertad, respetando parámetros lógicos y valores del propio régimen jurídico.

Cabe apuntar ahora que dicha discrecionalidad se dará en cuanto a ciertos elementos a ser definidos, nunca podrá ser una discrecionalidad total, por lo mismo que hemos apuntado más arriba (que siempre habrá una norma que autorice y prevea requisitos mínimos, cuando menos). “En efecto, si resulta que el poder es discrecional en cuanto que es atribuido como tal por la Ley a la Administración, resulta que esa Ley ha tenido que configurar necesariamente varios elementos de dicha potestad y que la discrecionalidad, entendida como libertad de apreciación por la Administración, sólo puede referirse a algunos elementos, nunca a todos, de tal potestad... En concreto, puede decirse que son cuatro por lo menos los elementos reglados por la Ley en toda potestad discrecional y que no pueden dejar de serlo: la existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta, como ya sabemos), la competencia para actuarla, que se referirá a un ente y –dentro de éste– a un órgano determinado y no a cualquiera, y, por último, el fin, porque todo poder es conferido por la Ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública”.<sup>17</sup>

Es cierto, siempre se referirá, la ley, a una finalidad pública, pero debe resaltarse que puede existir más de una finalidad pública y encontrarse así una contraposición de criterios finalísticos, todo lo cual dependerá del criterio de quien emita el acto, conforme a las circunstancias del caso; para lo que se precisará de la ponderación, a los efectos de otorgar preeminencia a uno de los valores en juego. Ante esta situación, nuevamente nos encuadramos en el

---

<sup>17</sup> *Ídem.*

complejo trama de la discrecionalidad, la cual, aparentemente, nunca tendría parámetros que la limiten. Por de pronto, habrá que apuntar que dicha facultad está siempre compuesta por las dos tipos de facultades aquí tratadas (reglamentarias y discrecionales), es decir, se encuentran elementos que no permiten valoraciones y otros que, necesariamente, requerirán de la apreciación subjetiva.<sup>18</sup>

Ahora, tratándose de la valoración subjetiva, cabe señalar la importancia de la misma, al constituir un medio idóneo para atender la finalidad muchas veces no descrita de manera explícita en la ley, como una herramienta con la que cuenta el encargado (autoridad pública) de satisfacer y velar el interés público. “Como no hay otro medio para atender esta finalidad, para obtener el cumplimiento de este deber, entonces se debe irrogar a alguien cierto poder instrumental, auxiliar en el cumplimiento del deber, surge el poder (discrecional), como mero instrumento impostergable para se cumpla el deber (estampado en la finalidad legal) (...) como una fuerza atractiva inexorable de punto de vista jurídico”.<sup>19</sup>

El margen de subjetividad debe poder ser controlado y si lo dejamos al arbitrio de la libertad de acción (sin control alguno), fácilmente se podría pasar al campo de la arbitrariedad si no se ponen frenos; por lo que, para evitar que ella (la discrecionalidad) sea “como un resto irreductible del antiguo modo de gobernar que parece prescindir de la Ley y que consagra los juicios subjetivos de los gobernantes como criterio último de juridicidad”<sup>20</sup> es que se ve imperiosa la necesidad de ponerle un alto, y éste se compone del juicio de razonabilidad que haga quien emane el acto. Dicho juicio embebe criterios de oportunidad, control de los elementos reglados, control de los hechos determinantes, atendiendo los

---

<sup>18</sup> “En realidad, nunca las atribuciones de un órgano administrativo podrán ser totalmente regladas o totalmente discrecionales; es imposible en la práctica —e inconveniente— prever hasta el último detalle de lo que el órgano debe hacer: siempre quedará algún pequeño margen que deberá dejarse necesariamente al arbitrio del funcionario actuante”. Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ob. Cit., p. X-19.

<sup>19</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello, *Discrecionalidade e controle jurisdicional*, Ob. Cit., p. 15.

<sup>20</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Ob. Cit., p. 432.

principios generales del derecho y la finalidad del ordenamiento jurídico. Pero, aún atendiendo dichos parámetros existirá la posibilidad de encontrar más de una solución razonada; por lo que, habiendo una potestad discrecional, el control sobre su encuadramiento normativo deberá basarse en corroborar que se haya seguido y respetado un razonamiento lógico; reconociendo que en el ámbito jurídico existen diversos y que cada uno de ellos llevan a conclusiones diferentes, a lo que no nos queda más que respetar esa diversidad de opiniones,<sup>21</sup> lo cual no nos debe alarmar, siempre ha sido así; pero, siempre con fundamentos jurídicos.

La discrecionalidad es consecuencia de la disparidad de interpretaciones posibles ante un caso concreto, donde la autoridad encargada de aplicar el derecho debe optar por una de esas soluciones probables y ello conlleva un proceso subjetivo propio de toda persona investida de autoridad. Surge así la discrecionalidad, ante la imposibilidad del derecho de prever todos los casos que puedan darse en el plano de la realidad social. Esta tesis rechaza y enfrenta la tesis positivista que señala que a quien se encomienda la aplicación del derecho a un caso dado no le cabe la opción de interpretaciones valorativas, al margen de lo que significa una correspondencia mecánica entre la norma y el caso presentado; como también en contra de que siempre existirá una única respuesta correcta para cada caso (el Juez Hércules de Dworkin).

No pretendiendo caer en una falacia de autoridad, sino al solo efecto de demostrar que las tesis positivistas se han desviado de su concepción primaria, acerca de cómo funciona el derecho; cabe denotar que el mismo Kelsen advierte que el Derecho nunca podrá prever todo y al aplicador del Derecho le cabrá siempre un margen de discrecionalidad en la tarea interpretativa. Así, al referirse a la tarea de determinar la norma a ser aplicada al caso concreto sostiene: “Esta determinación, sin embargo, nunca es completa. La norma de rango superior (lo

---

<sup>21</sup> Característica y requisito de la democracia, la pluralidad ideológica y, por tanto, de opiniones y posiciones encontradas que, al decir de Michelangelo Bovero, en el Prefacio del libro de Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, UNAM y Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 29: “La esencia del juego democrático es la institucionalización del enfrentamiento público equitativo y equilibrado entre todas las opiniones y en todos los niveles”.

cual es el caso de la ley como norma superior a una resolución administrativa que habrá de dictarse ateniéndose a aquélla) no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se la aplica. Siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad, de suerte que la norma de grada superior tiene, con respecto del acto de su aplicación a través de la producción de normas o de ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante ese acto”.<sup>22</sup> Se rechaza, entonces, la idea de que el acto administrativo sea una pura y simple ejecución de la ley, el cual, al contrario “sólo está determinado en parte por el derecho, quedando en parte indeterminado”.<sup>23</sup> Es así como se dan distintos casos en donde la legislación no determina, no abarca todos los requisitos para la solución de un caso particular. Tales casos, al decir del autor citado, serían: a) Cuando hay una indeterminación intencional del legislador (al establecer conceptos que serán definidos por la autoridad o dejar a criterio de ésta el paso a seguir para la mejor consecución de cierta tarea); b) En la indeterminación no intencional (lo cual sucede con las palabras vagas o ambiguas); y c) Cuando, dentro mismo del marco jurídico, existan varias posibilidades de aplicación. Por ello se sostiene que los diversos métodos interpretativos desarrollados por la ciencia jurídica conllevan un resultado posible, nunca un único resultado correcto.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Trad. Roberto Vernengo, 10ª ed., Porrúa, México, 1998, p. 350.

<sup>23</sup> *Ídem*.

<sup>24</sup> “Sólo que, desde un punto de vista orientado hacia el derecho positivo, no existe criterio alguno con cuyo fundamento puede preferirse una posibilidad dada dentro del marco del derecho aplicable. No existe genéricamente ningún método –caracterizable juridicopositivamente– según el cual uno entre los varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el ‘correcto’; suponiendo, naturalmente, que se trata de varios posibles, es decir, que se trata de posibles interpretaciones del sentido en conexión con todas las otras normas de la ley o del orden jurídico. (...) Puesto que la necesidad de una ‘interpretación’ resulta justamente de que la norma por aplicar, o el sistema de normas, deja abiertas varias posibilidades, lo que significa, por lo tanto, que no contiene ninguna decisión sobre cuál de las interpretaciones en competencia sea la de mayor valor, dejando esa determinación del rango de los intereses justamente al acto que se efectúe de producción de normas, por ejemplo, a la sentencia judicial. (...) La pregunta de cuál sea la posibilidad ‘correcta’, en el marco del derecho aplicable, no es –según los supuestos previos– ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórica-jurídica, sino que es un problema político. La tarea de lograr, a partir de la ley, la única sentencia correcta, el único acto administrativo correcto, es en esencia la misma que la de crear, dentro del marco constitucional, la única ley correcta. ...la realización del acto jurídico dentro del marco de la norma jurídica aplicable es libre, es decir, librado a la libre discrecionalidad del órgano llamado a efectuar el acto, como si el derecho positivo mismo delegara en ciertas normas metajurídicas, como la moral, la justicia, etcétera; pero de ese modo esas normas se transformarían en normas jurídicas positivas”. *Íbidem*, páginas 352, 353 y 354.

Así las cosas, la unificación de criterios es tarea de la jurisprudencia; es la máxima instancia judicial quien deberá establecer los criterios preponderantes, los que a su vez son proclives a sufrir nuevamente alteración, conforme a la reconceptualización de los valores por parte de la sociedad y su lectura interpretativa por parte de los órganos jurisdiccionales. Entonces, siempre y cuando se haya hecho una ponderación de valores y resulte ella de un proceso y una postura explicada razonablemente,<sup>25</sup> deberá entenderse que el acto administrativo reviste el carácter de legal y válido.<sup>26</sup> Por lo recientemente apuntado, en el futuro, la distinción entre facultad reglada y discrecional cederá su importancia a un juicio intelectual donde prime la constatación de la aplicación de los principios de razonabilidad, oportunidad, conveniencia, proporcionalidad y otros que serán explicados más adelante, a efectos de encuadrar dentro de los parámetros que advierten el paso a la arbitrariedad de la actividad administrativa.

### III. Acto discrecional y acto arbitrario

Conforme se ha venido exponiendo, el acto discrecional es aquél que ha sido emanado por la autoridad pública conforme a una facultad que el orden jurídico, de manera expresa o implícita, le ha conferido a los efectos de que, a través de una apreciación subjetiva del interés general en cuestión, adecue la disposición normativa al caso concreto que le toque entender, optando razonablemente por una solución entre otras igualmente válidas para el plexo normativo.

---

<sup>25</sup> El término razonable, razonabilidad o racional es usado aquí con la misma intención y su caracterización la estableceremos más adelante, dentro de los límites a la actividad discrecional, como “Razonabilidad”.

<sup>26</sup> En el mismo sentido se pronuncia Domingo Juan Sesin, en la obra colectiva *El derecho administrativo argentino, hoy*, con el artículo “Discrecionalidad Administrativa y Conceptos Jurídicos Indeterminados”, Editorial Ciencias de la Administración, Argentina (Buenos Aires), Septiembre de 1996; al manifestar que “...el control judicial debe revisar si efectivamente ha sido correctamente ejercida `dentro` de ese universo jurídico. Esto no implica revisar su esencia (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas) sino solo su contorno externo e inserción en el sistema ordinamental. El control de los jueces termina al comprobar con el fondo de la cuestión que se ha elegido una solución correcta entre otras de igual condición dentro del mundo jurídico”.

Así, el término razonable embebe una adecuación a los principios del ordenamiento jurídico y a los generales del derecho – cuando no se encuentren dentro de aquél ordenamiento (partiendo de los propios del derecho administrativo), a la legalidad normativa, a la lógica jurídica, al interés general (regulador del derecho público), a la oportunidad, conveniencia, pertinencia, objetividad. Entonces, encontramos el límite entre lo discrecional y lo arbitrario en la razonabilidad. Si se ha optado razonablemente por una solución entre otras posibles estamos en presencia del ejercicio de una potestad discrecional, pero, si se ha optado por una solución sin justificarla, sin argumentarla, es decir, sin elaborar un análisis razonable sobre una u otra posible solución, si se ha justificado la decisión con un argumento ajeno a los cánones razonables (ya sea por interés personal o ajeno, presión, temor, beneficio u otro) entonces estamos en presencia de un acto arbitrario, mismo que es consecuencia de la mala utilización de la facultad otorgada a la Autoridad. Cabe destacar que estamos hablando de un razonamiento subjetivo (el ejercicio de la facultad discrecional), el cual, aparentemente, escaparía al control objetivo; pero, debe tenerse en cuenta que dicho razonamiento debe plasmarse en argumentos objetivos (en el acto administrativo), los cuales sí son objeto de control, a los efectos de determinar su carácter discrecional o arbitrario.<sup>27</sup> Dicho carácter objetivo, además, se dará porque se estará actuando (en el caso de una actividad lícita discrecional) dentro de los parámetros del ordenamiento jurídico y con los fundamentos que el mismo otorga.<sup>28</sup> Así, será discrecional (ajustado a Derecho) si el acto se encuentra

---

<sup>27</sup> Cfr. Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo. Parte General, ob. cit.* (15 de mayo de 2006), p. IX-45; donde expresa: “Pero si bien el vicio es de tipo subjetivo —en cuanto el agente actúa por veleidad personal, por capricho— su apreciación es definitivamente objetiva, pues surge de que el funcionario se aparta de lo objetivamente determinado por la razón y el derecho. Se aparta de la razón objetiva, de los hechos comprobados, no expresa fundamentos serios que expliciten adecuadamente los motivos concretos de la decisión, etc.”

<sup>28</sup> Véase *Ídem*; “el vicio del acto no deriva de que esté en su decisión contraviniendo una prohibición expresa del orden jurídico, sino de que ha llegado a ella por caminos distintos de los que el orden jurídico prescribe. Ha llegado a esa decisión por su pura voluntad, por capricho; no ha hecho un análisis razonado y razonable de los hechos y el derecho. Por ello, aunque la decisión no parezca contravenir normas expresas, es de todos modos ilegítima”.

fundamentado en dicho ordenamiento, y será arbitrario si el acto no se encuentra fundado en el mismo o se encuentra motivado en cuestiones ajenas a él.<sup>29</sup>

Ahora, cabe significar que, tanto los actos discrecionales son reglados en cierta medida (pues deben estar autorizados como primer requisito, deben seguir ciertas formas y, el ejercicio de tal potestad debe estar limitado por todo el ordenamiento jurídico); así como los actos reglados poseen cierto margen de discrecionalidad, al tener que valorar los diferentes casos que se presenten para encuadrarlos a la regla pertinente y corresponderlo con todo el cuerpo normativo.

En efecto, la autoridad administrativa cuenta con potestades discrecionales, pero dicha discrecionalidad no se da a los efectos de que ella satisfaga sus intereses personales, sino para que cumpla con la finalidad de la disposición que le autoriza, o sea, de la finalidad considerada por la ley (que en materia de derecho público es el interés general y que en cada caso concreto habrá que limitarlo conforme a la disposición que lo regula y a los principios en disputas, en su caso).

Es a consecuencia de ello que nace lo que llaman la técnica de control de la desviación de poder. Esta desviación se da en el acto discrecional que se ha apartado de la finalidad<sup>30</sup> prevista en la ley que le otorgó tal potestad, se aparta de su razón de ser, dicho de otra manera, se aparta de su fuente de legitimidad; por lo que resulta ser fiscalizable por los órganos jurisdiccionales, al encargársele a estos el mantenimiento, respeto y acatamiento al ordenamiento jurídico (en última instancia, como consecuencia de la división de poderes y el rol que se lo han asignado).

---

<sup>29</sup> En el mismo sentido, véase Santiago Nieto y Yamile Medina Pérez, *Control externo y responsabilidad de los servidores públicos del Distrito Federal*, UNAM, México, 2005, pp. 31, 32, 33 y 34.

<sup>30</sup> Finalidad que puede estar de manera explícita o implícita, conforme se ha explicado.

Lo arbitrario como tal, puede ser acreditado por: ausencia de causa, ausencia de motivos o por falsa causa. Todo ello puede ser caracterizado, de alguna u otra manera en los siguientes límites que analizaremos, pero en el presente trabajo nos estamos refiriendo a lo arbitrario como aquella situación a la que se llega si es que no se toman en cuenta los parámetros para ejercer una facultad discrecional, como un estado que se alcanza al traspasar la barrera de la discrecionalidad, es decir, al no respetar las reglas que al efecto propondremos como límite entre una y otra (discrecionalidad y arbitrariedad); por lo cual nos mantendremos en dicho territorio fronterizo, sin pasar a justipreciar lo arbitrario en todas sus facetas.

Bien es sabido que la influencia positivista en los países latinoamericanos es muy fuerte, por lo que al interpretar los actos administrativos se limitan nada más a analizar los aspectos formales de los mismos. La técnica de la desviación del poder nace como consecuencia,<sup>31</sup> pero no es el único vicio que adolece el mal uso de la potestad discrecional. En ese sentido, existen otros tipos de controles sobre tal potestad. A tal efecto, desarrollaremos algunos de esos límites opuestos como frenos a la discrecionalidad.

#### IV. Límites entre lo discrecional y lo arbitrario

##### 1. Razonabilidad

Por razonabilidad debemos entender el proceso intelectual que sirve de fundamento a la resolución adoptada, lo que otorga sustento fáctico y motivación al acto administrativo. Es decir, fundarlo con causas y motivos (de hecho y de Derecho) coherentes. En otras palabras, es explicar lo que ha motivado la adopción de tal o cual medida; lo que implica que no basta con citar

---

<sup>31</sup> La técnica de la desviación de poder es una creación de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés como una reacción a las arbitrariedades de la autoridad que ha revasado la discrecionalidad. De esta técnica de control nos ocuparemos más adelante; por ahora, basta con mencionarla como una desviación de la finalidad legal.

disposiciones jurídicas que amparen tal medida, sino que se debe explicar cómo y por qué son aplicables esas normas, y cómo se llegó a la conclusión mediante un proceso intelectual coherente con dichas normas y el caso concreto.<sup>32</sup>

Ahora, en ese proceso intelectual deberán hallarse los argumentos y las normas (entre las posibles) aplicables a la realidad objeto del acto, las que pueden estar previstas expresamente por una disposición normativa, nacer de la finalidad de dicha disposición o encontrarse tutelada por un principio jurídico. Y dada dicha situación real es donde el principio de razonabilidad que rige a todo acto administrativo debe operar atendiendo los demás principios, las demás disposiciones y los fines dados por el ordenamiento jurídico, por lo que dicho principio de razonabilidad se encuentra limitado nuevamente por el mismo ordenamiento.

Cuando nos referimos a la razonabilidad, significamos que ella viene dada por la calidad justificatoria de las decisiones. Es “la consistencia, coherencia y el uso de argumentos consecuencialistas...”<sup>33</sup> en la argumentación realizada como justificación de la decisión adoptada. Estos caracteres no escapan a la discrecionalidad, son inherentes a toda decisión de autoridad pública; por lo que, al faltar, la decisión deberá ser reputada como arbitraria. Aquí se nos presentaría otro problema, y es el hecho que, con motivo de la pluralidad de métodos y vías argumentativas, lo que para uno es ajustado a derecho para otro puede no serlo; es decir, se pueden llegar a soluciones diferentes y a veces contrapuestas. Ante dicha situación, habrá que estarse, indefectiblemente, a corroborar que sea justificada conforme a una postura jurídica lógica, que no esté mal planteada y no sea amparada en motivaciones ajenas al ordenamiento legal vigente; reconociendo y admitiendo la pluralidad de ideas en el pensamiento jurídico, lo

---

<sup>32</sup> “El acto deberá estar objetivamente sustentado, esto es, apoyado, basado, ‘en los hechos y antecedentes que le sirven de causa’. El acto está viciado tanto si los hechos invocados son ‘inexistentes o falsos’ (art. 14, inc. a), o si aunque no se falsee la realidad, de todos modos el acto carece de hechos justificativos, de hechos externos que en forma suficiente y adecuada sirvan de base al acto que se dicta (‘falta de causa’, según el art. 14, inc. b)””. Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo. Parte General, ob. cit.*, p. X-22.

<sup>33</sup> Jaime Cárdenas Gracia, *La argumentación como derecho*, UNAM, México, 2005, p. 196.

que no equivale decir que por ello la fundamentación pierda su coherencia y consistencia. La debida argumentación surge, en la discrecionalidad, como consecuencia de una necesidad de legitimidad de la actuación pública para con la sociedad,<sup>34</sup> tendiendo a justificar los actos que emana todo servidor del Estado. Por ello debe implicar un esfuerzo por parte de quien argumenta para así justificar su decisión, buscando con ello, una adhesión, o, cuanto menos, una interacción con la sociedad.<sup>35</sup> Ante esta necesidad de la sociedad contemporánea (crear en

---

<sup>34</sup> Pues, el Derecho fue creado por la sociedad para regular su vida común.

<sup>35</sup> Véase al respecto Jaime Cárdenas Gracia, *La argumentación como derecho*, *Ob. Cit.*, pp. 201 a 224; en especial los siguientes puntos de las conclusiones: “1. El derecho como argumentación se apoya en un modelo de derecho dinámico, vivo; no centrado exclusivamente en reglas o principios jurídicos... 3. La interpretación no se concibe como en el pasado: una simple actividad cognoscitiva centrada en desentrañar significados normativos. La interpretación contemporánea se caracteriza por su antipositividad; el papel de la precomprensión y del contexto para la atribución de significados del texto; el rol del caso y del ordenamiento, y, principalmente, la consideración de que el sujeto de la interpretación está situado en una perspectiva previa... 8. La aplicación está necesitada de razones y por tanto de justificación. Toda aplicación exige de la motivación para lograr el convencimiento de las partes. La argumentación es un instrumento también de la aplicación, tanto para determinar las razones que justifican la decisión como para lograr el convencimiento de los auditorios, ya sean los integrados por las partes o el conformado por la sociedad... 12. La argumentación es una superación de las teorías tradicionales de la interpretación. En las teorías de la argumentación importa cómo se motiva, cómo se descubren los argumentos, cuáles son sus tipos y cómo se puede evitar la manipulación de los retóricos. 13. En las teorías contemporáneas de la argumentación se hace hincapié en la parte justificativa de la decisión. **Se considera que es importante dar razones para sostener nuestras pretensiones, y las razones que debemos dar no sólo implican apelar a la autoridad y al procedimiento, entrañan apelar a su contenido para que mediante la ponderación sea posible escoger las razones más convincentes.** 14. Si en la interpretación se debe sopesar alternativas de solución y decidirse por una; la argumentación es el elemento presente en la deliberación, en el juicio interpretativo y en la aplicación. **El razonamiento jurídico no es un proceso mecánico. El discurso jurídico implica la obligación de razonar las decisiones en términos de derecho vigente vinculando el juicio particular al sentido de justicia del ordenamiento jurídico...** 18. En nuestro tiempo no puede concebirse la noción de Estado de derecho sin la argumentación. Ya no es posible decir que Estado de derecho equivale a imperio de la ley y división de poderes. Es entender que sobre la ley está el derecho y que éste, como producto social y cultural, no sólo es un conjunto de reglas a las que se les añade una sanción, sino un compuesto cuya estructura implica desde luego reglas, pero también principios, valores, directrices, etcétera; y que además esos elementos entran en función mediante procedimientos discursivos y argumentativos. Esto es, derecho no es el conjunto de normas. El derecho es la puesta en escena y el entendimiento de esas normas en un contexto social y a través de la precomprensión y comprensión de los intérpretes. En suma, el derecho es sobre todo argumentación... 66. Los conflictos entre principios no se resuelven mediante los criterios básicos de solución de antinomias, sino mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. La proporcionalidad presenta las siguientes características grosso modo: implica siempre una antinomia parcial-parcial; se establece una jerarquía axiológica, y el juez no valora los dos principios en abstracto, sino que toma en cuenta el impacto de su aplicación al caso concreto. La jerarquía establecida entre los principios en conflicto es una jerarquía móvil, mutable, dependiendo de los casos concretos... 74. La presencia de los principios hace que el derecho tenga una clara textura abierta. Los principios no son cerrados, sino indeterminados, necesitados de significados que no están definidos a priori, que sólo se pueden precisar a la luz de las exigencias del caso particular. La concreción de significados llega al momento de la aplicación del principio de proporcionalidad. La Constitución demanda ponderar porque sólo así es posible conservar valores heterogéneos propios de una sociedad plural. Los principios están abiertos a los contextos económicos, sociales o políticos. Las normas llamadas principios están necesariamente conectadas con su contexto de una forma que no lo están las reglas.

sus instituciones), la debida razonabilidad de los motivos y fundamentos de la autoridad en la determinación de sus resoluciones, permite que aquélla se justifique y legitime; no como un método irrefutable, sino como mecanismo para interactuar con la sociedad (afectada por sus determinaciones) y demostrar una actitud honesta y coherente, conforme a los parámetros y lineamientos legales; todo lo cual redundará en una mayor gobernabilidad, carácter indispensable para la ansiada paz social.

Para llegar a calificar como “razonable” una facultad ejercida, además de lo señalado, debe tenerse en cuenta las herramientas que nos otorga el mundo jurídico, algunas de las cuales analizaremos seguidamente, señalando que la razonabilidad sería como el género que embebe los caracteres a ser apuntados. No obstante ello, es importante significar aquí, por el rol que juega en la interpretación y por ser el caso que se presenta en la mayoría de las veces, la ponderación que debe ser realizada por quien se enfrenta, ante un caso concreto, a dos o más principios que, cada uno por su lado, admiten soluciones dispares. Ante dicha situación, es otro principio, el de la proporcionalidad, el que busca un mayor esfuerzo a la hora de argumentar el motivo por el cual se preconizó como aplicable más justamente al hecho en cuestión tal o cual principio. Pareciera ser todavía un proceso muy subjetivo, pero vemos que se exige razonabilidad, lo que no implica apartarse del ordenamiento jurídico, sino todo lo contrario,<sup>36</sup> adecuarse a él y cumplir sus fines de manera lógica, coherente y consistente, dentro de lo razonable otra vez nos encontramos con la proporcionalidad, una necesidad de mayor esfuerzo para justificar la necesaria ponderación cuando hay conflicto de principios. Esto, además de los parámetros que se irán desarrollando, se suma a,

---

Es aquí donde reside el temor de muchos a que los principios se conviertan en una puerta abierta al activismo judicial”. (las negritas son nuestras).

<sup>36</sup> Como dice el Dr. Rolando Tamayo y Salmorán, *Razonamiento y argumentación jurídica*, 2ª ed., U.N.A.M., México, 2004: “Argumentar, grosso modo, consiste en confrontar argumentos. Ciertamente, esta confrontación no es un altercado, ni mero vocerío. La argumentación es una contienda regulada. La confrontación de argumentos que supone la argumentación será sometida a regla (página 195). ...la argumentación y, en particular, la argumentación jurídica, puede ser descrita en cercana analogía con jugar juegos.(página 214) En este juego los jugadores tienen que pasar por alto todo tipo de razones salvo uno: el que constituye el punto de vista jurídico... juega actuando sólo sobre la base de normas jurídicas (página 217). ...ningún tipo de razones participa en esta confrontación salvo normas jurídicas (página 218)”.

siguiendo a Jaime Cárdenas,<sup>37</sup> los subprincipios que conforman y delimitan la proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

- Idoneidad o adecuación, para determinar si el principio ponderado como el más adecuado para resolver la cuestión que se presenta contribuye a cumplir o no la finalidad del ordenamiento jurídico, a obtener o no un fin deseado / legítimo. Lo que se busca es excluir aplicar un principio que esté prohibido explícita o implícitamente por la Constitución. Importa un razonamiento previo.
- Necesidad, para examinar si el principio escogido es el que más favorece a obtener (normativa y analíticamente) una solución justa, entre las diversas vías que se tiene y puede proceder; por lo cual se hace necesaria su aplicación. Aquí se tienen en cuenta las posibilidades técnicas, costos exorbitantes, intereses de la sociedad, posible afectación a otros principios, etc.; es un análisis del mejor medio para llegar al fin.
- Proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, para corroborar que la intervención del principio en cuestión tiene mayor importancia, siempre para el caso concreto, que los demás analizados. Es un examen de magnitudes (eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración).

Ahora, ello debe entenderse en el sentido que dicha ponderación (a través de la proporcionalidad) será realizada para y en presencia de cada caso concreto<sup>38</sup> y no para que el principio escogido sea considerado como preferente (superior) a los demás dentro del ordenamiento jurídico. Sólo tendrá vigencia para dicho caso, así como para los futuros y análogos, a no ser, otra vez, que existen razones fundadas, conforme a circunstancias específicas, que ameriten otra determinación. Se justifica la ponderación en cada caso concreto atendiendo a que los valores de una sociedad van cambiando con el tiempo, no son medibles, y a través de este mecanismo interpretativo se van adecuando los hechos a los

---

<sup>37</sup> Jaime Cárdenas Gracia, *La argumentación como derecho*, Ob. Cit., pp. 142 a 151.

<sup>38</sup> Ante la necesidad de que, para solucionar un caso concreto y a la luz del mismo, uno de los posibles principios prevalezca y lo resuelva. Ello, en virtud a la obligación de resolver en algún sentido cada caso presentado.

valores que son manejados en cada caso y en determinado tiempo por la sociedad.

Dentro de un proceso subjetivo “razonable” no puede faltar una congruencia lógica en el aspecto formal de dicho razonamiento. Esto es, el argumento expuesto como justificación de la solución optada debe ser suficiente, claro y congruente, elementos propios de todo razonamiento jurídico y que no escapa al ámbito administrativo; al contrario, es allí donde su aparición se vuelve una necesidad imperiosa.

## 2. El control de los hechos condicionantes

Toda realidad o campo de aplicación donde ha de ejercerse la potestad discrecional es la condicionante de tal potestad y el campo dentro del cual deberá delimitarse ella, de tal manera que si no se da la realidad o lo requerido por la norma para el uso de tal potestad, la misma deviene infundada y, por tanto, en contra del ordenamiento jurídico. Pues, para proceder potestativamente se debe dar este hecho y si bien es cierto que puede realizarse una valoración política acerca de ese hecho, la ocurrencia o no de éste no puede ser objeto de una valoración. En otras palabras, si ha ocurrido o no el hecho que condiciona la facultad discrecional, sus formas y consecuencias serán siempre una sola (la cual está dada por la realidad), la que no se puede negar.

La Administración no tiene la discrecionalidad para determinar si un hecho ha ocurrido o no, esto es dado por la realidad, de tal modo que ante la ocurrencia de este hecho condicionante para el ejercicio de la facultad discrecional, es cuando ésta puede ejercitarse.

Con ello tenemos que, en un caso dado, la facultad discrecional está dada a la autoridad administrativa en cuanto ocurra una situación señalada como

atributiva del ejercicio de la potestad, por lo que debe darse la misma para que el acto administrativo que surja esté fundado y legitimado.

### 3. El control por los principios generales del derecho

Como primera medida habrá que aclarar que el derecho administrativo forma parte del Derecho en general y por tal motivo se encuentra fundado y relacionado a él, hecho que justifica la aplicación de los principios vigentes en todo el derecho a la rama específica que nos ocupa en el presente análisis (el derecho administrativo), sin descartar aquéllos principios generales dentro del vasto campo jurídico. La Administración se encuentra vinculada a la ley y al derecho; y éste, conforme a las experiencias y lógicas propias de las instituciones jurídicas va formulando principios para mantener la coherencia de los actos y disposiciones dictados dentro del campo profesional que nos ocupa.

Dicho esto, tenemos que la dimensión del derecho por los principios generales del derecho es el punto donde se condensan los grandes valores jurídicos que constituyen la esencia de un determinado ordenamiento, encuadrándolo por materias primero; pues cada rama específica del derecho va formulando sus cánones y el derecho administrativo no es ajeno a ello; para luego encontrar que a todo tipo de rama jurídica se aplican principios que son universales (como el de igualdad, bien común y otros). Así, habrá de notarse que el sistema jurídico propone una serie de valores que lo justifican, deben ser tenidos en cuenta y que se presentan, para cualquier autoridad encargada de la adecuación de disposiciones a casos concretos, como obligatorias. La búsqueda de estas finalidades tiene el carácter de deber (antes que poder), caracterizando una función (pública), en sentido jurídico;<sup>39</sup> entendiéndose que el poder es otorgado al Estado para satisfacer el interés general, el cual es conducido, dentro del derecho, por los principios generales que se van proclamando para una mayor eficiencia en la tarea interpretativa. Así, tenemos que los principios generales del

---

<sup>39</sup> Cfr. Celso Antonio Bandeira de Mello, en *Discricionariedade e controle jurisdiccional*, Ob. Cit., p. 13.

derecho sirven “para dilucidar el sentido de una norma o dar la razón de ella y hasta para integrar nuevas formulaciones jurídicas”.<sup>40</sup>

Más relevancia adquieren, estos principios, en el Derecho Administrativo por constituir esta rama jurídica “uno de los sectores que resulta más propicio para la vigencia y aplicación”<sup>41</sup> de aquéllos; debido a “su propia naturaleza como rama no codificada ni codificable en su totalidad”.<sup>42</sup> Esto último se explica debido a la relación de subordinación (con el derecho constitucional) e interferencia que guarda con otras disciplinas jurídicas (como con el derecho civil, mercantil, de autor, etc.); y al funcionamiento que, por ello, el derecho administrativo debe establecer a fin de guiarse conforme a su propia lógica. Además, como consecuencia de ello, al tener que traer de otras ramas instituciones jurídicas para resolver problemas administrativos, los principios generales del derecho (operantes en el derecho administrativo) constituyen la herramienta con la cual se adecuan y adaptan las instituciones a los fines públicos; de manera que viabilizan la coherencia en el manejo de la Administración Pública.

Lo dicho precedentemente basta para afirmar que ante cada caso concreto la Administración se encuentra vinculada con estos principios, en la materia que se trate, visto que, ante un caso singular, se presentan circunstancias que ameritan la observancia a los mismos, de manera a ir perfeccionando su actuar y darle un “sentido propio por encima del simple agregado de preceptos casuísticos”,<sup>43</sup> con lo cual, los principios aquí tratados, adquieren un carácter informador y orientador dentro del ordenamiento jurídico, como una complementación para ayudar a la autoridad encargada de una interpretación normativa a buscar la mejor solución de la mejor manera posible. Estos principios nos proporcionan criterios desde el momento en que “son una condensación de

---

<sup>40</sup> Juan Carlos Cassagne, *Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Argentina (Buenos Aires), 1992, p. 43.

<sup>41</sup> *Íbidem*. Página 13.

<sup>42</sup> *Ídem*.

<sup>43</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo, Ob. Cit.*, p. 449.

los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substratum del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica”.<sup>44</sup> Surgen para hacer frente a la realidad normativa con criterios objetivos que buscan la justicia material, a partir de problemas jurídicos concretos y con una pretensión de otorgar lógica al funcionamiento de las instituciones del Derecho. Máxime si tenemos en cuenta que estos principios son el vehículo más idóneo para procurar alcanzar la tan anhelada justicia, causa original del nacimiento y aspiración del Derecho; en vista de que la consolidación del Derecho es obra de la práctica, y es ésta quien proporciona, conforme a la experiencia, los principios aquí tratados.<sup>45</sup>

Pues bien, retomando nuestro planteamiento, hay que afirmar que la Administración está sometida no solamente a la ley,<sup>46</sup> sino también a los principios generales del derecho, por lo que en el ejercicio de una potestad discrecional deberá atenerse a las exigencias que devienen de la aplicación de los principios aludidos. Consecuencia de lo anterior es que una autoridad no puede basarse en una facultad discrecional para violentar un principio general del derecho, el cual otorga lógica y equidad al ejercicio de la facultad normativa. Con ello, los principios generales del derecho surgen como otro parámetro a tener en cuenta el servidor público, cuando a éste se le acaban los obstáculos o lineamientos legales, con lo cual se refuerza una actuación coherente y justa.

---

<sup>44</sup> *Ídem.*

<sup>45</sup> “...la consolidación de un ‘derecho común’ propiamente dicho es obra de la práctica, como demuestra el derecho internacional no menos que la historia del *common law* y de los sistemas continentales anteriores a la codificación. Tampoco hoy puede negarse una vivaz influencia recíproca entre doctrina y práctica en la formación de los ‘principios generales’, pues cada fase dogmática del mismo pensamiento (inimputabilidad, límite del sacrificio, imposibilidad económica, etc.) proporciona nuevos puntos de vista dogmáticos. Así el propio principio recibe luego a menudo el nombre de una ‘teoría’ (por ejemplo, teoría de la imprevisión). De ahí que sea tan fácil para el *common lawyer* educado en el Derecho del caso, caer en el prejuicio de que el juez continental concede menos atención y respeto a los precedentes que a una cita de un ‘libro de texto’ de la doctrina. Es innegable que las formulaciones de nuestra doctrina jurídica ejercen una más intensa acción estimuladora e informativa sobre la práctica que en cualquier otro sistema de Derecho”. Josef Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Trad. Eduardo Valentí Fiol, Bosch, España (Barcelona), 1961, p. 312.

<sup>46</sup> Cabe recordar que dentro de las leyes también contamos con principios (en sentido estricto), reconocidos explícita o implícitamente; los cuales, en mayor medida, constituirán base y fundamento de la autoridad para cumplir sus funciones, atendiendo a que: 1) al Derecho público le rige el principio de legalidad (a ser desarrollado más adelante), 2) por ende, tienen prevalencia los principios reconocidos y protegidos por el mismo plexo jurídico, y 3) los principios generales del derecho surgen, justamente, para otorgarle (a la autoridad) parámetros que no los encuentran dentro del cuerpo normativo vigente.

A estos principios no puede ser ajeno el derecho administrativo, considerando la esfera en la que se desarrolla, al penetrar en todas las facetas de la vida privada, por lo que en una sociedad democrática se necesita otorgar confianza a sus instituciones y poseer las garantías suficientes ante eventuales restricciones de su libertad y justicia; y no hay mayor garantía que un ejercicio sano y justo de las facultades públicas en aras del bien común.

Hay que considerar otro factor importante, generalmente olvidado en muchos tratados sobre la disciplina jurídica, y es que el derecho está al servicio de la sociedad, para regularla conforme a la evolución de las ideas y del trato social, y estos principios o la concepción de estos principios por parte de los operadores de la justicia conforme a la realidad y necesidad social, hacen que el derecho cumpla su fin, y ese medio más útil justamente lo constituye el fin aquí mencionado.

Y justamente, existen diversos principios jurídicos que constituyen el fundamento último de las autoridades jurisdiccionales para poner límites a los actos administrativos, como el principio de la buena fe, el de la informalidad a favor de los administrados, amplitud probatoria, revisabilidad de los actos y resoluciones, la proporcionalidad de los medios a los fines, la naturaleza de las cosas, nadie está obligado a lo imposible, las convenciones de las partes no derogan el derecho público, el género se deroga por la especie, no se puede ser juez y parte de una misma causa, quien afirma está obligado a probar, las nuevas leyes deben respetar los derechos adquiridos, en caso de duda se estará a lo que favorezca al administrado, la más pequeña variación del hecho hace variar el derecho, lo que es nulo en principio no se hace válido en el tiempo, lo que es notorio no necesita probarse, seguridad jurídica, etc. Principios que juegan un papel importantísimo para asegurar que los dictados de un órgano público no sean ignominiosos y respeten los valores jurídicos sustanciales. Estos principios, son tan importantes para el desarrollo armónico del derecho que en muchas ocasiones son incorporados expresamente al ordenamiento jurídico, aunque muchas veces

también esto ocurre de manera implícita, cuando las disposiciones jurídicas, sin expresarlo, tienden a protegerlos.

Con ello se pretende evitar que so pretexto de las facultades discrecionales conferidas a la Administración Pública se vulneren los principios en cuestión, pues son los que justifican la lógica de la estructura jurídica de una sociedad. Claro está, que ello se dará cuando la facultad discrecional sea ejercida sin atender dichos principios, pues en el caso de confrontación de dos o más de éstos se estará a la ponderación que resulte de la confrontación entre ellos, lo cual requerirá, para justificarlo, una razonable exposición de motivos (fundamentación y argumentación) a favor del principio escogido y en contra de los dejados de lado.<sup>47</sup>

Conforme a lo expuesto y reducida esa facultad discrecional, queda la valoración que de todo lo antes señalado debe realizar la Autoridad, de acuerdo a la apreciación (precisamente de los valores) que debe tener ella, la que es apreciada al momento de la libertad de elección que le queda una vez armonizado el ordenamiento jurídico.

El mismo ordenamiento jurídico no puede pretender tampoco ir más allá de lo por él establecido (los principios y las reglas), con lo que tenemos que una vez agotados los criterios jurídicos, la discrecionalidad se desenvuelve libremente, la cual ya no puede ser juzgada judicialmente, pues la jurisdicción no puede juzgar como no jurídico algo que ha cumplido con los lineamientos establecidos por el ordenamiento legal vigente (conformado por normas, principios y valores). Caso contrario tendríamos lo que Eduardo García de Enterría llama

---

<sup>47</sup> Conforme hemos venido manifestando, una vez contrapuestos dos o más principios, se estará a la razonabilidad-ponderación, mediante la proporcionalidad que resulte de dicho análisis, pues, siguiendo nuevamente a Jaime Cárdenas en *La argumentación como derecho*, *Ob. Cit.*, p. 149: “El principio de proporcionalidad, que como ya ha quedado dicho tiene por propósito contrapesar los bienes jurídicos en liza de acuerdo a las circunstancias del caso para determinar cuál es más importante para esa circunstancia concreta, se hace cargo del carácter pluralista, abierto y democrático de las sociedades. También admite el carácter conflictivo y heterogéneo de las sociedades. Parte de la idea de que en principio no hay derechos absolutos que puedan jerarquizarse a priori”.

“una negación del ámbito propio de los poderes de mando”.<sup>48</sup> Claro está que no puede haber trasgresión a lo que es decidido adecuando sus fundamentos al ámbito de todo el plexo jurídico.

#### 4. El criterio de Oportunidad

Cabe aclarar, asimismo, el alcance de este concepto que puede prestarse a confusiones, por la manera en la que pretenda ser utilizado para fundar la adopción de medidas en la decisión de la autoridad administrativa.

Este criterio debe ser entendido como la adecuación de la disposición administrativa a los fines otorgados por la norma y su ordenamiento (en el amplio sentido aquí tratado). Oportunidad entendida como el camino y mecanismo adoptados en las decisiones para el mejor cumplimiento de sus objetivos, atendiendo la viabilidad y condiciones circunstanciales que se presenten, de tal modo a armonizar la finalidad con dichas eventualidades. Será oportuna una decisión que tenga en cuenta las circunstancias del caso y las confronte con las normas y los principios que rigen la actividad en cuestión, de tal manera a compatibilizar y hacer realidad el cumplimiento de los valores tutelados por ellos. Sería el caso de reglamentar una disposición que prevé la implementación de nuevas normas contables (para las compañías de seguros), lo cual conllevaría erogaciones multimillonarias a las personas administradas (implementación de modernos equipos informáticos, contratación de personal calificado, adiestramiento del resto del personal que dará funcionamiento al sistema, compra del software requerido, etc.), sumando (en un eventual caso) una época de recesión económica por la que atraviesa un país; con lo que la autoridad reguladora (en el Paraguay, la Superintendencia de Seguros),<sup>49</sup> atendiendo dichas circunstancias, decide su implementación gradual o decide omitir las sanciones a aquellas que no logren el objetivo en el plazo señalado. Así, no será oportuna una

---

<sup>48</sup> Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*. Civitas, España (Madrid), 1995, p. 49.

<sup>49</sup> La Superintendencia de Seguros, del Paraguay, se equipararía, en funciones, a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas de México.

decisión administrativa que obligue el estricto cumplimiento de la disposición legal, sino lo será en la medida en que busque su adecuación a las circunstancias del presente, armonizándolo con todo el resto del ordenamiento jurídico.

Si bien con ello podría darse una falta de la administración al no exigir el estricto cumplimiento del mandato legal, existen razones irreductibles que llevan a adoptar tal determinación. Tales serían el principio de capacidad de disposición de activos, el interés general dado ante la eventualidad de que, por la erogación del capital necesario para afrontar dicha exigencia, la administrada no pueda hacer frente a sus obligaciones para con los particulares, lo cual puede afectar la economía de un país.

En el caso, se nos presenta un incumplimiento del órgano por una razón justificada en los principios que en el caso planteado tienen un fin superior. O, lo podríamos llamar de otro modo; una viabilización del órgano para el mejor cumplimiento de la disposición aludida. Con ello, los principios no hacen otra cosa que cumplir con el rol más importante que le cabe garantizar, la adecuación del ordenamiento jurídico a la realidad social y al mantenimiento de la armonía pretendida con el derecho (fin del derecho: el bien común / regulación de la vida en sociedad para alcanzar la armonía en ella).

Por el contrario, oportunidad no debe entenderse como conveniencia personal por cuestiones ajenas al desarrollo del Derecho, como sería el caso de un agente del Ministerio Público que no formula acusación con motivo de las diversas presiones que recibe (las que pueden provenir de varios sectores), pretendiendo, con ello, que aquéllas mermen para actuar. Con eso, estaría eludiendo una obligación legal basado en cuestiones extrajurídicas, lo que lo convierte en arbitrario.

##### 5. Aspectos reglados, cuando existan

Se ha manifestado que, aunque mínimamente, siempre encontraremos elementos reglados dentro de cualquier facultad o potestad (incluso la discrecional) que confiere el Derecho. Así, a veces expresamente, otras deduciendo implícita o analógicamente, encontramos disposiciones que confieren:<sup>50</sup>

- Competencia: es la ley quien atribuye funciones a los servidores públicos, éstos no pueden irrogarse funciones sin que les sea expresamente permitidas por el ordenamiento jurídico. También se puede dar el caso en que dicha atribución esté dada de manera general, como, por ejemplo, cuando se encarga a un órgano público “la protección de los consumidores”, de donde se podrían extirpar un montón de funciones que se adecuarían a dicha finalidad; pero vemos que es la propia norma quien está permitiendo dicha generalidad, de manera tal a proveer las herramientas de libertad de función para alcanzar dicho cometido. Por lo mismo, está facultando (otorgando competencia) a la autoridad para actuar y siempre que haya un actuar de la administración (mediante sus órganos / autoridades) deberá contarse con una norma parecida o una que expresamente esté instituyendo la potestad de obrar.

- Forma: esto es, cuando la ley expresa la manera en que deberá expedirse el acto. Es norma elemental que el acto debe ser expresado por escrito y ser notificado a las partes para que surta efectos, así como que esté jurídicamente motivado. La forma es como el molde en que el acto adquiere configuración; donde es objetivizado y plasmado el proceso intelectual que embebe todo razonamiento de autoridad.

- Procedimiento: entre los requisitos procedimentales encontramos en las mismas Constituciones Políticas de los Estados disposiciones que protegen y amparan a los ciudadanos, los cuales deben ser observados y respetados por parte de los órganos del Estado; tales como el derecho a ser oído y que se tengan en cuenta sus argumentos a la hora de fundamentar la resolución a ser adoptada,

---

<sup>50</sup> Lo cual no implica que todos estos requisitos confluyan al mismo tiempo, deberá estarse a cada caso particular y analizarse para ver cuáles de tales caracteres se encuentra presente en la facultad otorgada. Claro está, teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico es un “todo coherente”, de donde se tendrá que escarbar para hallarlos.

de manera tal a cumplir con otro requisito del procedimiento (la congruencia – mencionar y rebatir, en su caso, los argumentos contrarios a la solución optada – se debe decidir sobre todas las peticiones formuladas), con lo cual nace el derecho a una resolución exhaustiva y fundada; en la misma situación se encuentra el derecho a ofrecer y producir pruebas; de la comunicación de los hechos atribuidos y otros que deben ser observados por la autoridad administrativa.

- Objeto: esto es el móvil del acto, lo que motivó la acción de la autoridad. Dicho objeto nunca podrá ser de cumplimiento imposible (que esté prohibido en la ley), debe ser cierto (real) y debe ser concordante con las circunstancias que rodean al caso (la decisión debe resolver las cuestiones propuestas y obrantes en el expediente, no puede tener como objeto de análisis una situación ajena al caso considerado).

## 6. Reglas técnicas

Nos referimos a las técnicas o modos de proceder que utilizan las diversas ramas del conocimiento, a las cuales recurre el derecho para auxiliarse en materias de la misma naturaleza (técnicas). Cuando ello ocurre, y la manera en que se procede en dichas materias son claras - evidentes (es decir, cuando haya uniformidad en cuanto al proceder específico de que se trate; no hay discusión), el funcionario no puede apartarse de ellas (lo cual ocurriría con las Normas Generalmente Aceptadas en materia de Contabilidad). Ahora, si la materia técnica en cuestión ofrece diversos mecanismos, no se puede pedir que el servidor público se rija conforme a una sola técnica, el abanico de posibilidades nuevamente se abre y se podrá optar por uno de ellos, aquí entrarán los demás límites que antes se han mencionado, para delimitar el mejor camino a seguir (razonabilidad, oportunidad, etc.).<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> “...si una técnica es científica y por lo tanto, por definición, cierta, objetiva, universal, sujeta a reglas uniformes que no dependen de la apreciación personal de un sujeto individual, es obvio que no puede en este aspecto hablarse de completa “discrecionalidad” (no sumisión a normas) sino que corresponde por el

## V. Conceptos jurídicos indeterminados y cambiantes

### 1. Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados

Como primera medida debemos aclarar que estos conceptos jurídicos indeterminados no son exclusivos del Derecho Administrativo, se dan en todo tipo de ordenamiento jurídico, por lo que constituye un problema en todas las ramas del derecho; también son llamadas “normas flexibles”, por lo que corresponde aclararlos.

Existen conceptos valorativos y conceptos de experiencia que el ordenamiento jurídico o la ley que los mencionan no los caracteriza, no los define, no establece los requisitos para su determinación, tales como buena fe, interés general, buenas costumbres, uso natural de las cosas, vivienda decorosa, prudencia, etc.

Dentro de lo que nos ocupa en el presente trabajo (la discrecionalidad), Eduardo García de Enterría,<sup>52</sup> siguiendo la moderna doctrina alemana, sostiene que tales conceptos no deben ser confundidos con el ámbito discrecional; dicho de otra manera, que ante la presencia de esos conceptos no se está ante una potestad discrecional de la autoridad. Ejemplos de estos conceptos jurídicos indeterminados en el derecho administrativo son: justo precio, utilidad pública, urgencia, circunstancias excepcionales, orden público, etc.

Siguiendo al mismo al mismo autor se afirma que, cuando nos encontramos con estos conceptos (jurídicos indeterminados), al confrontarlos con un caso singular, las situaciones que ellos describen, en principio en abstracto,

---

contrario hablar de “regulación” (sujeción a normas, en el caso técnicas)”. Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, p. X-14.

<sup>52</sup> En Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, *Ob. Cit.*; y en Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, *Ob. Cit.*

necesariamente se dan o no, ante la luz de los casos se aclaran y pierden su indeterminación, se da o no se da un justo precio, una urgencia, y ello en atención a un caso dado, de acuerdo a un hecho en cuestión la solución sólo habrá de ser una. Por ejemplo: en una expropiación se da o no un justo precio, de acuerdo al valor de la tierra; en una conducta se viola o no el orden público. O sea que, los conceptos jurídicos indeterminados sólo presentan tal característica considerados en abstracto; mas no delante de los casos concretos, donde pierden la indeterminación para pasar a ser precisados; ante ellos siempre se podrá reconocer una situación dada, si es “urgente”, “relevante”, si hay “peligro” o no, etc. Tales conceptos pasan a ser una cuestión de interpretación siempre definible ante los casos particulares, mas no de discrecionalidad.

Como habrá sido notado, esta metodología nos puede llevar a nuevos conceptos indeterminados, lo cual no indica que sí se pueda determinarlos discrecionalmente, pues ellos presentan las mismas características de ser dados o no. En el primer ejemplo recién señalado, se podrá establecer el *valor* de la tierra mediante parámetros que maneja la administración, el mercado de compraventa, en base a las características y productividad que posea, etc. Así, del justo precio nace el valor que deba darse, el cual a su vez, conforme a otros lineamientos, sería delimitado ante el caso analizado.

Para una mejor comprensión de la postura asumida por García de Enterría, valdría la metodología de los contrarios establecida por Francois Ost, en donde un concepto está dado en cuanto establezcamos el alcance de su concepto contrario, así; para saber lo que es bueno debemos saber lo que es malo, para calificar un acto de justo cabe comprender lo que es injusto.

Dicho esto, atendiendo a las circunstancias reales en las que se dicta un acto administrativo, y aprehendido el sentido y la finalidad establecidos en la ley, resultaría una única solución posible, por lo que estos conceptos resultan estar referenciados a la naturaleza de cada situación particular. Esta es la

estimación jurídica que debe realizar la autoridad administrativa, así como la autoridad jurisdiccional al analizar dicho acto, en el caso de recurrencia ante dicha instancia, pues la ley que crea un concepto jurídico indeterminado lo ha configurado con la intención de acotarlo a una solución concreta, siempre dentro de la corriente alemana, sostenida por García de Enterría.

Ahora, como justificación de una posición contraria, hay que tener presente que no todas las circunstancias pueden ser previstas en una norma (es excesivo suponer que las expresiones legales que designan algún concepto jurídico indeterminado, en todos los casos, ganan la suficiente claridad y emulan toda duda al ser confrontados con los casos particulares),<sup>53</sup> por lo que generalmente tenemos casos muy generales en donde habrá que subsumir el caso particular, conforme a las circunstancias del momento y, atendiendo al espíritu y concatenación de las reglas y los principios de todo el ordenamiento jurídico, lo cual no es tarea fácil, al encontrar yuxtaposición de finalidades normativas en disputas. Así, ante la confrontación de los hechos con el ordenamiento jurídico (reglas, principios y valores), podemos encontrar la aplicación directa, cuando no de reglas legales al caso,<sup>54</sup> de dos o más principios en disputas (siempre intentando definir los conceptos indeterminados); lo cual pinta un panorama en donde existirá más de una solución que el mismo marco jurídico está permitiendo como válida, o sea, estamos en presencia de un ámbito discrecional, conforme a la caracterización del mismo, realizada anteriormente. Justamente, conceptos como pobreza, urgencia, tranquilidad pública y otros; ante los casos concretos (y más aún en los casos difíciles o paradigmáticos), podrían admitir más de una opinión jurídica razonable en conflicto ante tal o cual ocurrencia. Más aún, considerando que, en la ciencia jurídica, existen diversas

---

<sup>53</sup> Reconociendo que, si bien puede ocurrir esta determinación en algunas ocasiones; de ningún modo se puede afirmar que esto siempre ocurrirá. Pues, en más de una ocasión, estaría permitido admitir (como ocurre en la discrecionalidad) más de una interpretación razonable.

<sup>54</sup> Pues, para la solución ante la confrontación de dos disposiciones legales, en procura de dar alcance y delimitación a los conceptos jurídicos imprecisos, se estará ante las reglas de la hermenéutica jurídica (ley especial, ley posterior, etc.). Aunque, no se debe descartar que, cuando agotadas dichas armas, lo cual ocurre en los casos paradigmáticos, se deberá buscar la solución en la confrontación (racional-proporcional) de los principios y valores contenidos en la legislación, con la situación planteada con el hecho.

posturas epistemológicas y métodos interpretativos, donde además, confluye la formación individual de quien deberá emitir el acto administrativo, la cual está influenciada por las diversas circunstancias y factores que concurrieron a su formación (ambiente en el que creció, educación profesional con determinada orientación, lo cual puede determinar que se dé más importancia a algunos principios o valores sobre otros). Es común ver en los tribunales, incluso, el cambio de jurisprudencia, debido a un cambio de criterio jurídico frente a casos similares; con lo cual queda patentada la existencia de razonamientos diferentes ante casos parecidos.<sup>55</sup> Resultan innumerables las ocasiones en que más de una intelección será razonablemente ajustada a derecho y donde la autoridad tendrá que avalar o decidir cuál de ellas, a su criterio, responde más satisfactoriamente a la finalidad establecida en la ley o en el sistema jurídico encarado como un todo (donde caben también los conceptos vagos). Esto es consecuencia, además, del hecho de que la perfección es un atributo divino y la conducta humana es falsificable. Con todo, afirmamos que los conceptos jurídicos indeterminados no son ajenos a la discrecionalidad.

Donde existe facultad discrecional la autoridad tiene la opción de elegir entre dos o más soluciones posibles como consecuencia de su ejercicio; ello mismo puede ocurrir en la interpretación de los conceptos imprecisos (como también se conoce a los indeterminados), donde, incluso, hay veces que de la interpretación de un mismo concepto pueden deducirse dos o más soluciones posibles. Analicemos el siguiente caso: Las playas de Cancún (México), además del color celeste y hermosura sin igual, son conocidas por poseer el segundo arrecife de caracoles y corales más importante del mundo (por su cantidad y belleza). Supongamos que se avecina una temporada de huracanes, la cual es anunciada previamente. Ante tal anuncio y dada la imprevisibilidad de la magnitud

---

<sup>55</sup> Véase, en el mismo sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello, en *Discrecionalidade e controle jurisdicional*, *Ob. Cit.*, p. 23; donde sostiene que “existe un límite en el cual nunca terceros pueden verificar la exactitud o inexactitud de la conclusión alcanzada. Puede darse que terceros sean de otra opinión, mas no pueden pretender que sólo ellos están con la verdad, y que los otros tienen una opinión falsa”. Esto me recuerda un pensamiento de Borges: Mi verdad no es la verdad, tu verdad no es la verdad. La verdad... ven conmigo a buscarla”.

de ella (pues, a ciencia cierta, nunca se sabe el grado exacto del impacto que tendrá), unas empresas hoteleras (inversionistas) solicitan el permiso administrativo correspondiente para construir una escollera<sup>56</sup> de contención, ante la eventualidad de un gran impacto sobre la ciudad. De autorizarse y/o concederse el permiso, tal construcción destruiría el arrecife que se formó luego de varios años (éstos tardan en ser arrastrados por el mar y formarse, pues es un arrecife natural). Al momento de analizar la concesión o no del permiso, la autoridad administrativa tendrá que evaluar; por un lado, la destrucción de tan importante patrimonio (cultural, así ha sido declarado, según tenemos entendido), el cual es un atrayente turístico que deja importantes divisas al país cada año, claro está, será para preservar, ante una eventualidad, los negocios y hogares de la ciudad. Pero, por otro lado está la preservación del arrecife y la posibilidad de que el huracán no sea tan grave, por lo que con una evacuación previa y adoptando ciertas medidas de seguridad, podrían salvarse las casas, los hoteles y toda edificación, los productos comerciales, así como también, evidentemente, a las personas que habitan la ciudad. Esta última posibilidad sería factible, toda vez que el fenómeno natural no sea tan agresivo, como ha sido expresado. Así las cosas, el bien a tutelar siempre será el “interés general” y el “bien común”; pero, evidentemente se estará a una u otra decisión (concesión o denegación del permiso) luego de sopesar ambas situaciones, conforme a lo cual, cualquier decisión al respecto parecería encuadrarse a los supuestos de los valores tutelados. En ambos casos pueden argumentarse “daños irreversibles”, toda vez que las normas no son capaces de prever todas las posibilidades y vemos cómo tampoco es cierto que los conceptos jurídicos indeterminados (en este caso, interés general y bien común) pierden su indeterminación, ni se precisa en cuál de las situaciones (de las dos opciones posibles) se adecuan o determinan las concepciones jurídicas en cuestión.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Escollera (de escollo): Obra hecha con piedras echadas al fondo del agua, para formar un **dique de defensa contra el oleaje**, para servir de cimiento a un muelle o para resguardar el pie de otra obra.

<sup>57</sup> “En efecto, si en determinada situación real el administrador reputa, en entendimiento razonable (esto es, conduciendo una situación, todavía que otra opinión divergente fuera igualmente sustentable), que se le aplica el concepto normativo vago y obra en esta conformidad, no se podrá decir que violó la ley, que trasgredió el derecho”. Celso Antonio Bandeira de Mello, en *Discricionarieade e controle jurisdiccional*, Ob. Cit., p. 23.

Ante dicha situación, la autoridad, estará procediendo dentro de una libertad intelectual que, en el caso específico, el derecho le faculta; y al poder judicial corresponderá, sólo, establecer si el acto fue dictado conforme a un razonamiento lógico y con parámetros y fundamentos legales o no, siempre que se trate del análisis de un acto dictado conforme a una facultad discrecional o atendiendo un concepto jurídico indeterminado, cuyas naturalezas son iguales (ambos embeben una aprehensión del significado legal mediante un proceso de intelección subjetiva en la tarea interpretativa). Por esto es desacertada la postura que afirma que no se trata de discrecionalidad ante el tema de los conceptos indefinidos; pues, ambas "...operaciones mentales, intelectivas o volitivas, repercuten indiferentemente para la composición de los mismos efectos jurídicos que integran lo que se entiende por discrecionalidad".<sup>58</sup>

Como queda expresado, tanto en los conceptos jurídicos indeterminados como en las potestades discrecionales, tenemos que la autoridad se encuentra obligada a resolver conforme al ordenamiento jurídico (conformado tanto por disposiciones normativas como por principios), ello como consecuencia del principio de legalidad, el cual está limitado por el principio de razonabilidad, el cual a su vez debe remitirse a la proporcionalidad en la ponderación y a criterios de oportunidad, en cuanto conveniencia para alcanzar los fines de la administración, lo cual encontramos en todo el ordenamiento vigente desarrollado por disposiciones y principios que fundamentan una disposición razonable y oportuna, por lo que este proceso interpretativo se desarrolla en forma circular.

Ello viene a suponer una estimación jurídica a ser realizada por la autoridad de acuerdo al sentido de la ley y a las reglas y principios del ordenamiento jurídico; pero habrá que tener en cuenta que los hechos que acontecen en la vida sobrepasan por mucho a los supuestos normativos, por lo que su precisión, al menos en la mayoría de los casos o en los llamados difíciles,

---

<sup>58</sup> *Íbidem*, página 25.

estará indeterminada; donde la discrecionalidad para decidirse en tal o cual sentido jugará su rol, junto con los caracteres que rodean al caso, en su confrontación con el marco regulatorio. Es por ello que sostenemos que no siempre la solución posible ha de ser sólo una y que la adecuación, mas no precisión, de los conceptos indeterminados a los casos concretos conlleva el mismo juicio aplicado a la discrecionalidad.

Desarrollando, nuevamente, la técnica de los contrarios, tenemos que los conceptos jurídicos determinados (en contraposición a los indeterminados) son aquellos que nos lo resuelve la misma ley, por ejemplo la fijación de la mayoría de edad, cuando un terreno será considerado latifundio, qué es un servidor público, etc. Cabe también recordar que, en la adecuación de los conceptos indeterminados<sup>59</sup> a cada caso particular, la distancia entre lo reglado y lo discrecional es muy fina, pues en todos los casos se encuentran ambas situaciones, siendo la diferencia la proporción en la que en algunas situaciones se presentan.

## 2. El sentido de conceptos cambiantes

Existen conceptos jurídicos que no caben dentro de los llamados “indeterminados” porque, usando el sentido común y dejando de lado problemas innecesarios, son perfectamente comprendidos con motivo del cambio que sufren en el empleo utilizado por la comunidad jurídica, lo que se puede dar con motivo de distinciones elaboradas por nuevas teorías.

Hay veces que, o por error en la redacción de las disposiciones normativas, o porque su significado puede implicar otros sinónimos, o por la adopción que de ellos se tiene en la jerga común, algunos conceptos son utilizados de variadas maneras en la realidad. En estos caso, entran a

---

<sup>59</sup> Los cuales, a su vez, implican un margen de discrecionalidad.

contextualizar dichas palabras el espíritu, los fines y el sentido del ordenamiento jurídico dado. Citemos un ejemplo para aclarar estas ideas.

La Constitución Nacional de la República del Paraguay (del año 1992) nos dicta claramente que “Nadie será detenido ni arrestado sin orden escrita de autoridad competente, salvo caso de ser sorprendido en flagrante comisión de **delito** que mereciese pena corporal. Toda persona detenida tiene derecho a:...”<sup>60</sup> y establece una serie de garantías. Hasta ahí la concepción de delito era concebida como toda infracción a la ley penal. Posteriormente, en el año 1997, fue sancionado el Nuevo Código Penal, el cual establece una diferencia entre crímenes y delitos, previendo en efecto que los primeros serán aquellos cuyas penas excedan de 5 años y los segundos aquéllas cuyo plazo sea inferior a los 5 años.

Con todo, se tendría el caso de que la excepción prevista en la disposición constitucional no abarcaría a los crímenes (o sea que, ante la flagrancia de la comisión de un crimen no correspondería el arresto). Claro está que por la aplicación de otros principios (de mayoría de razón por ejemplo) se podría llegar a una conclusión diferente, pero cabe advertir que mover toda una técnica de interpretación ante algo tan obvio deviene infundada: la evidente concepción que ha de darse a la formulación constitucional, en el sentido de incluir en su supuesto a toda infracción a la ley.

Otra interpretación podría ser que la redacción del Nuevo Código Penal es inconstitucional, absurdo. Nada más hay que comprender la relación existente entre la antigua concepción y la nueva clasificación doctrinal plasmada en el Código Penal. Otros casos se dan en la utilización de los términos *jurisdicción* y *competencia*, muchas veces referidos de manera análoga.

## VI. Desviación de poder

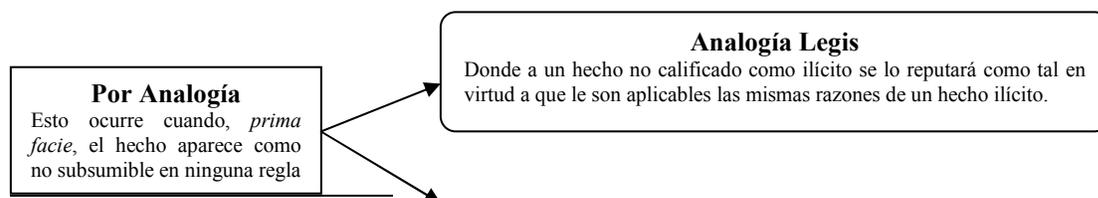
---

<sup>60</sup> Art. 12 de la Constitución Nacional de la República del Paraguay. 1992.

La técnica de la desviación de poder es fruto de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés como una medida para limitar el campo discrecional de la Administración Pública, atendiendo que el ámbito discrecional era considerado como libre de control y sujeto solo a la voluntad de quien se veía imbuido de una facultad con tal carácter (discrecional). Así, con este proceder en el control de los actos administrativos, se encuentra un modo de reaccionar, también, frente al formalismo jurídico, cuyas reglas de interpretación resultan insuficientes para solucionar todos los casos que se presentan en el mundo jurídico.

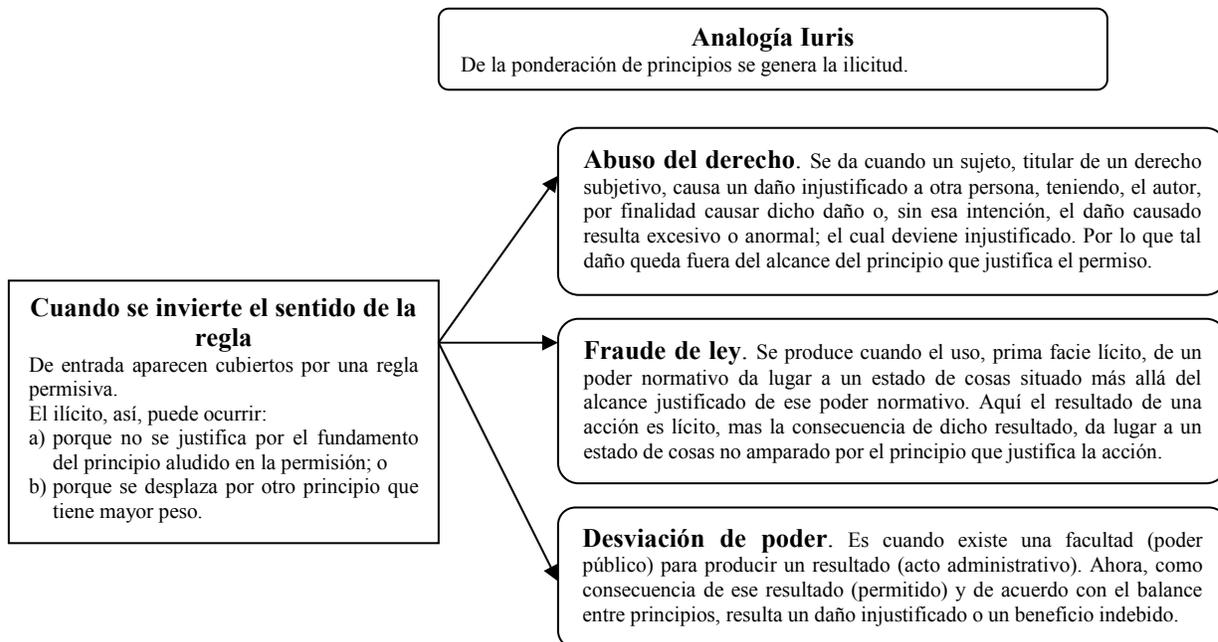
Antes de caracterizar dicha técnica de control, consideramos oportuno analizar los ilícitos atípicos;<sup>61</sup> por constituir éstos una violación a los principios y no a las reglas propiamente dichas; y por creer que ellos pueden ser embaucados dentro de la llamada desviación de poder, simplificando así esta configuración. El análisis que efectúan Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero<sup>62</sup> se basa en la consideración que hemos venido exponiendo en el presente trabajo, esto es, que el ordenamiento jurídico se haya compuesto tanto por normas como por principios. Partiendo de dicho entendimiento y sosteniendo que un ilícito es el quebrantamiento a una norma del ordenamiento jurídico; resulta que, cualquier conducta (acción u omisión) contraria a una de las dos formas de regulación jurídica constituiría ilícito. Así, una trasgresión a una regla (disposición jurídica completa y expresa) constituiría un ilícito típico y el atípico es considerado cuando se quebranta un principio del ordenamiento legal.

Para explicarnos las diversas formas en la que ello acontece, los autores en comento, hacen la siguiente clasificación de los ilícitos atípicos:



<sup>61</sup> En la obra de Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, *Ilícitos Atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, España (Madrid), 2000.

<sup>62</sup> En *Idem*.



A lo largo de la obra en comento, los autores se dedican a explicar la segunda clasificación (abuso del derecho, fraude a la ley y desviación de poder); por ser, dicen, lo que a ellos les interesa. Además, los casos analógicos son aplicables al derecho privado, atendiendo que surgen los ilícitos cuando, prima facie, no existe ninguna regla prohibitiva; cosa que no puede ocurrir en el derecho público, pues, a la autoridad le está prohibido todo aquello que no le está permitido, por lo que también nos avocaremos, brevemente, a la segunda clasificación enunciada. Por lo mismo, habrá que señalar la semejanza entre esas tres conductas: y es que nos enfrentamos a un caso que de entrada aparece como permitido, para luego de confrontar y considerar todos los factores que rodean al mismo, aparecer como prohibido. Además, “los principios juegan en ambos casos un papel esencial, pero de manera diferente”.<sup>63</sup>

En lo que hace a la comparación entre fraude de ley y desviación de poder cabe significar que los mismos autores señalan que la única diferencia entre una y otra conducta es el carácter del que vienen revestidas las personas que

<sup>63</sup> *Íbidem*, página 28.

incurren en tales ilícitos, privado y público, respectivamente.<sup>64</sup> Así, dentro del ámbito del derecho administrativo, nos interesarían el abuso del derecho y la desviación de poder, atendiendo a que el fraude de ley sería una figura que únicamente se da en el ámbito del derecho privado.<sup>65</sup>

Ahora, en lo que hace a la diferencia entre abuso del derecho y desviación de poder, encontramos que los autores nos señalan dos diferencias, a saber:

- la diferencia de sujetos, privados en el primero, públicos en el segundo.
- los órganos públicos (poseedores de poderes públicos) no tienen intereses propios amparados por derecho.

Con ello, entendemos, nos quieren señalar que la figura del abuso del derecho tampoco puede plantearse en el campo del derecho público, máxime cuando nos dicen “La Administración Pública [...] no puede, pues, cometer abuso del derecho”.<sup>66</sup>

De la clasificación en comento, entonces, sólo nos queda que, en el ámbito del derecho administrativo, siempre que hablemos del actuar de la autoridad en virtud de su imperio (ejerciendo facultades públicas), nos refiramos a la desviación de poder como una técnica para controlar que aquélla (la autoridad) no se aparte de la finalidad del ordenamiento jurídico en el análisis y resolución de los casos concretos; pero, como una técnica auxiliar (subsidiaria) para determinar el cruce de frontera entre lo discrecional y lo arbitrario, debido a que la tarea de determinar la finalidad “interés público” no siempre es fácil y a que, si empleamos el término ilícito (que en cierta medida embebe el concepto “arbitrariedad”) nos encontramos con el hecho que él suele ser identificado cuando existe una sanción

---

<sup>64</sup> “...la desviación de poder viene a ser algo así como la aplicación que la figura del fraude tiene en el campo del Derecho público, del Derecho administrativo. En ese sentido, podría decirse que su definición es la misma que el fraude, pero con la diferencia de que el agente, el titular de la norma que confiere poder, es un órgano público, no un particular; y que, por ello, el resultado de la regla que confiere poder (el elemento R) es la producción de un acto administrativo, de un reglamento o de una ley”. *Ibidem*, p. 94.

<sup>65</sup> Bien es sabido que en el derecho privado rige la autonomía de la voluntad, algo vedado a los órganos públicos.

<sup>66</sup> *Ibidem*, página 101.

a determinada conducta, lo que no siempre ocurre en la esfera de la desviación de poder, mas nos sirve de fundamento para calificar una conducta como arbitraria y declararla como no válida para el ordenamiento jurídico.<sup>67</sup>

Entonces, tenemos que la desviación de poder sucede cuando la finalidad prevista por la norma es soslayada para atender otras que están fuera del ordenamiento jurídico; así sea por:

- Finalidad personal: cuando la autoridad tenga intereses en juegos, o los de un familiar cercano; o esté interesado extra-jurídicamente en la obtención de tal o cual medida porque ello le producirá un beneficio, de cualquier índole. Con tal propósito (finalidad personal) el agente actúa en detrimento de la finalidad prevista en la ley;
- Beneficio de terceros: cuando la autoridad actúa omitiendo la finalidad legal para satisfacer el interés de otra persona. Esto ocurre con el famoso “amiguismo” tan arraigado en la cultura política latinoamericana; donde la autoridad, para congraciarse con un tercero, desarrolla cuanto esté a su alcance para favorecerlo, obviando el fin pretendido por el derecho para así beneficiar a aquél.
- Beneficio del Estado o bien común, en contra de las disposiciones normativas: esto se da cuando la autoridad, en uso de una facultad legal, proporciona los mecanismos para atender a una finalidad distinta a la pretendida por tal potestad. Tal sería el caso donde a la autoridad le está permitido el cobro de una tasa para cubrir el costo que conlleva la limpieza de las calles (finalidad legal), con lo que, aprovechando una facultad normativa, la autoridad decide cobrar más para atender también el costo de una remodelación de una plaza pública (finalidad no prevista en la ley). Por tanto, la autoridad estaría actuando para beneficio del bien común, pero con una finalidad diferente a la establecida en la ley; por lo que dicha conducta será arbitraria e ilegal.

---

<sup>67</sup> Así, preferimos el término arbitrariedad para encuadrar el acto como fuera del ordenamiento jurídico, y por ser muy fuerte el concepto de ilícito, ante lo cual nos encontraremos con el problema de la sanción.

Así, si la ley ha determinado cierto fin a ser cumplido por la autoridad, a ésta no le queda más que propender por alcanzar dicho objetivo normativo, mas no a discernir si es conveniente o no buscar o proteger otra finalidad, sea cual fuere. Sólo puede ser admitida, en el ejercicio de la facultad otorgada al efecto, la finalidad legal y no otra, ya sea de naturaleza pública o privada; pues, el acto estará justificado únicamente en la medida en que tutele el fin previsto y una conducta contraria traspasará los límites de la discrecionalidad y viciará el acto administrativo.

Lo difícil de enfrentar situaciones como estas radicaría en el aspecto probatorio, por lo mismo de tratarse de intenciones subjetivas del actor (autoridad pública); sin embargo, el ingenio deberá sobresalir para encontrar indicios y vestigios de tal actitud, ya sea en los antecedentes del expediente, las conductas previas, las vinculaciones personales, la acreditación de intereses en juego, etc. Con ello se podrá acreditar elementos probatorios circunstanciales que permitan sostener razonablemente la existencia de una desviación del poder.

Ahora, caracterizamos esta técnica como subsidiaria, sin descartarla, atendiendo a que entre los diversos parámetros que hemos establecido para calificar a una conducta como discrecional o arbitraria, encontramos vestigios del camino seguido por la técnica de la desviación del poder; tanto en la racionalidad que debe ser exigida al intérprete (Administración Pública)<sup>68</sup> como en la oportunidad que debe ser atendida por la autoridad juzgadora.

## VII. Principios rectores

### 1. Teoría de los Principios

---

<sup>68</sup> Pues, hemos dicho que la racionalidad es la justificación conforme al ordenamiento jurídico, el cual, sostenemos, está conformado tanto por reglas como por principios; y la técnica de la desviación de poder ejerce un control sobre los fines del ordenamiento, embaucados en los principios que los sustentan.

Como justificación de lo hasta aquí señalado y para significar el ámbito en el que se mueve la discrecionalidad y su antagonismo (la arbitrariedad) sostenemos con Manuel Atienza<sup>69</sup> y Luis Prieto Sanchís<sup>70</sup>; la idea que el ordenamiento jurídico está compuesto tanto por reglas jurídicas (entendido éstas como el conjunto de disposiciones objetivamente plasmadas en leyes, las cuales están delimitadas / caracterizadas en sus componentes en la misma disposición) como por los principios<sup>71</sup> (los cuales también se hayan, en la mayoría de las veces, plasmados en tales disposiciones; aunque su característica y diferencia de las reglas jurídicas es que son abstractos y generales, así como que algunas veces se encuentran implícitos, esto en virtud al espíritu de algunas disposiciones que, sin decirlo expresamente, están orientadas a tutelar determinados fines).

Asimismo, compartiendo la diferenciación entre reglas y principios establecida por Gustavo Zagrebelsky<sup>72</sup>, sostenemos que los principios jurídicos desempeñan un papel constitutivo del orden jurídico; en el sentido de que su formulación genera en el intérprete una actitud de adhesión y apoyo o, de desenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda, en cada caso concreto. Los principios generan una significación operativa haciendo

---

<sup>69</sup> Cfr. Manuel Atienza, *Ilícitos Atípicos*, Trotta, España, 2000.

<sup>70</sup> Cfr. Luis Prieto Sanchos, *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1999.

<sup>71</sup> Usamos el término principio para diferenciar de todas aquéllas disposiciones normativas caracterizadas como normas o reglas, las que se agotan en sí mismas. Para un mejor entendimiento, seguimos el criterio de Ronald Dworkin, quien, en *Los derechos en serio*, Ariel, España (Barcelona), 1984, pp. 72 y 73; dice lo siguiente: “En la mayoría de los casos usaré el término ‘principio’ en sentido genérico, para referirme a todo el conjunto de los estándares que no son normas; en ocasiones, sin embargo, seré más exacto y distinguiré entre principios y directrices políticas. Aunque ningún punto de mi presente argumentación dependerá de tal distinción, quiero enunciar cómo la establezco. Llamo ‘directriz’ o ‘directriz política’ al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo ‘principio’ a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio. La distinción puede desmoronarse si se interpreta que un principio enuncia un objetivo social (a saber, el objetivo de una sociedad en la que nadie se beneficie de su propia injusticia) o si se interpreta que una directriz enuncia un principio (esto es, el principio de que el objetivo que defiende la directriz es valioso) o si se adopta la tesis utilitarista de que los principios de justicia enuncian encubiertamente objetivos (asegurar la mayor felicidad para el mayor número). En algunos contextos, la distinción tiene una utilidad que se pierde si se deja esfumar de esta manera”.

<sup>72</sup> Cfr. Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil – Ley, derechos, justicia*, Trotta, España, 1992.

reaccionar de determinada manera ante una situación concreta, no se formulan en abstracto previendo regir ante un supuesto determinado, sino que nos llevan a tener una concepción fundamentadora al momento de comprender la realidad, valorativamente. Dicho con otras palabras, los principios nos orientan a adoptar una actitud frente a los hechos, ellos no son predecibles ante eventualidades *concretas* de la vida.

En lo que respecta a las reglas, ellas se agotan en sí mismas, no tienen una caracterización más que las establecidas en la disposición normativa, no son valorativas de una situación dada, sino que su formulación pretende una aplicación mecánica a un caso concreto, puesto que son formulaciones en abstracto que esperan ser aplicadas a un caso delimitado en todos sus aspectos. Así, a las reglas se obedece y a los principios uno se adhiere. Las reglas nos determinan de manera directa y precisa la forma de comportamiento ante una concreta situación descrita en la hipótesis legal, la cual es aprehensible por los elementos que ella misma da; imponen una actuación frente a un supuesto normativo.

No obstante dicha diferencia, habrá que entender a determinadas normas como orientadas a la consecución de cierto fin, por lo que nos encontraríamos ante fines implícitos en dicha norma. Por ello debemos comprender que esas normas son desarrollos de determinados principios (es aquí donde se da el punto de unión, donde convergen ambos para el desarrollo del ordenamiento jurídico). Un ejemplo sería: *El interés general rige por sobre el interés particular*, es un principio que nos lleva a valorar en cualquier situación (general y abstractamente) que la voluntad individual no puede vulnerar aquello que sea comprendido como derecho común de los ciudadanos (las buenas costumbres, un ambiente saludable, el mantenimiento de la paz social, la no discriminación, la igualdad entre los hombres, la identidad cultural, etc.), ello nos abre el espectro a un sinnúmero de posibilidades de aplicación, donde habrá que determinar si, en efecto, el interés particular se contrapone o no al interés general.

En cambio, la disposición *Las compañías de seguros deberán contar con el capital suficiente para cubrir el monto de los riesgos asumidos*; supone un caso concreto, el cual prevé que ante la asunción de un riesgo, una aseguradora no podrá comprometerse por un valor superior al de su capacidad económica. Ello es desarrollado por la norma para evitar que los ciudadanos (tomadores de las pólizas) sean defraudados en sus derechos (que no sean cubiertos sus siniestros ante la ocurrencia de tal). Como se ve, ésta regla protege a todos los ciudadanos para que sean protegidos frente a la posible intención fraudulenta de una aseguradora (interés general, el cual va implícito). Ahí se percibe claramente la finalidad y el principio que son desarrollados por la norma.

Parecerían confundirse ambos conceptos, pero debemos hallar la diferencia en la valoración de los hechos que conllevan los principios y, consecuentemente, en el desarrollo de los mismos establecidos en reglas orientadas a la aplicación de un caso en concreto, y como ya ha sido aclarado, los principios no pretenden prever una situación determinada, sino acordar una valoración genérica frente a cualquier circunstancia que se presente. Como queda expresado, valga la redundancia, los últimos conllevan una reacción valorativa de manera general y abstracta.<sup>73</sup>

Hecha tal aclaración, cabe destacar que el objeto de análisis del presente trabajo (los actos discrecionales) presenta una gran discusión y es motivo de varios conflictos, todo ello por el hecho que un acto administrativo (dictado como consecuencia de una facultad discrecional) afecta a intereses

---

<sup>73</sup> Véase Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, Ob. Cit.*, p. 110; “Sólo a las reglas se aplican los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador. En las formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo. Por lo general, su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras. Las fórmulas ‘de principio’ son a menudo expresiones un tanto banales, ‘producto de una recepción jurídica de tercera o cuarta mano’, pero no por ello menos venerables, que remiten a tradiciones históricas, contextos de significado, etc., y que, más que ‘interpretarlas’ a través del análisis del lenguaje, deben ser entendidas en su ethos. En pocas palabras, a las reglas ‘se obedece’ y, por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas; a los principios, en cambio, ‘se presta adhesión’ y, por ello, es importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión”.

particulares, y bien sabemos que justamente nace el control jurisdiccional de tales actos para, de esta forma, buscar evitar la arbitrariedad de la autoridad; así como la instauración del principio de legalidad en el derecho administrativo se debe a la idea de limitar la actividad del ente gubernativo; con motivo del recelo que se creó con el abuso que se hacía por parte de los gobernantes que al mundo le cupo en los diversos momentos y espacios a lo largo de la historia.

Ahora, con la cada vez más creciente regulación por principios, lo cual ocurre debido a la imposibilidad de la previsión de los diversos supuestos que pueden acontecer en la vida común; estamos en presencia de aquéllos (los principios), donde se carece se supuesto de hecho, lo cual desequilibra la tarea mecanicista de la escuela positivista (subsunción) que considera a la aplicación exegética de la norma jurídica como la única que cabe en la interpretación jurídica. Pero, nos encontramos ante otra realidad y tales principios son concepciones con cargas ideológicas (políticas) que toda autoridad pública, investida de facultades legales para aplicarlos (funciones materialmente jurisdiccionales),<sup>74</sup> los debe adecuar a los casos concretos. Tal función, por lo tanto, no puede dejar de verse influenciada por la subjetividad del servidor del Estado, quien para adecuar o bajar a los casos concretos (los principios) debe realizar una valoración (razonamiento intelectual); debido al “carácter impreciso y no rígido y mecánicamente constrictivo de los principios y, por tanto, del carácter inevitablemente creativo ínsito en la determinación de su significado. Derivaría también, y sobre todo, de su pretensión de generar adhesión y participación en la concepción ‘política’ de la que son expresión”.<sup>75</sup> Lo que queda es la comprensión de que la tarea de interpretación normativa se desenvuelve en este campo, por más que ello traiga intranquilidad, pues los paradigmas cambian y la anhelada seguridad jurídica y certeza judicial son cosas de una etapa superada por la contingencia del mundo en que vivimos;

---

<sup>74</sup> Véase, Daniel Márquez Gómez, *Los procedimientos administrativos materialmente jurisdiccionales como medios de control en la administración pública*, primera reimpresión, UNAM, México, 2003.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 112.

por lo que sería un error pretender seguir aferrándose a la literalidad de la interpretación intentando desconocer los avatares de la vida (jurídica).<sup>76</sup>

La influencia positivista, al establecer el derecho como disposiciones jurídicas (normas o reglas, como son llamadas) y su aplicación mecánica a los casos concretos, sin considerar alguna valoración por parte del aplicador del derecho, rechaza el derecho por principios para eliminar toda aspiración política-

---

<sup>76</sup> Para una caracterización de la modernidad o posmodernidad (aquí lo utilizamos como sinónimos en virtud de que de tal manera lo utilizan diversos autores), véase A. Giddens, Z. Bauman, N. Luhmann, U. Beck, *Las consecuencias perversas de la Modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*, Josetxo Beriain (Comp.), trad. Celso Sánchez Capdequí, Anthropos, España (Barcelona), 1996. En tal obra, Giddens nos refiere en la página 35 que: "...la vida social moderna está caracterizada por un profundo proceso de reorganización del tiempo y del espacio, emparejado con la expansión de mecanismos de desmembración... La reorganización del tiempo y del espacio añadida a los mecanismos de desmembración radicalizan y globalizan los rasgos institucionales de la modernidad; transforman el contenido y la naturaleza de la vida cotidiana. En el marco de lo que denomino modernidad 'superior' o 'tardía' -nuestro mundo de la presente cotidianidad- el sí-mismo, como los contextos institucionales más amplios en los que el existe, tiene que hacerse reflexivamente. Sin embargo, **esta tarea debe llevarse a cabo entre una confusa diversidad de opciones y posibilidades**. Giddens continúa diciendo, asimismo, en la página 36, que "la modernidad es una cultura del riesgo", y en las páginas 67 y 68: "El ímpetu de cambio más o menos constante, profundo y veloz, como característica de las instituciones modernas, unido a la relexividad estructurada, supone que en el nivel de la práctica diaria, así como en la interpretación filosófica, **nada puede ser dado acríticamente por supuesto**. El comportamiento que es apropiado para nuestros días, mañana puede ser visto de forma muy distinta a la luz de nuevas circunstancias o en virtud de otras exigencias en el orden del conocimiento. Al mismo tiempo, habida cuenta de que diariamente muchas operaciones entran en juego, las actividades están adecuadamente rutinizadas mediante su recombinación a través del espacio-tiempo". Cabe resaltar, en el mismo sentido, a Zigmunt Bauman, quien, en la página 73 de la obra en comento sostiene: "la ambivalencia no es producto de cierta patología del lenguaje o del discurso. Se trata, más bien, de un aspecto normal que surge a cada momento en la práctica lingüística", en la página 76 continúa diciendo: "La lucha contra la ambivalencia es, por ello, autodestructiva y autopropulsora. Tal lucha perdura con un vigor desmedido ya que al pretender resolver los problemas de ambigüedad los fomenta. Su intensidad, sin embargo, varía con el tiempo dependiendo de la disponibilidad de fuerza suficiente para controlar el volumen de ambivalencia, y también de la mayor o menor conciencia de que la reducción de la ambivalencia es un problema del descubrimiento y aplicación de la tecnología apropiada: un problema de ingeniería", en la página 85 manifiesta que "La modernidad es lo que es -una marcha obsesiva hacia adelante-, no porque quizás siempre quiere más, sino porque nunca avanza bastante; no porque incrementa sus ambiciones y retos, sino porque sus retos son encarnizados y sus ambiciones frustradas. La marcha debe proseguir ya que todo **lugar de llegada es una estación provisional**". Encontramos el mismo concepto en Luhmann, cuando en las páginas 134, 135, 136 y 141 de la citada obra dice: "...**hay demasiadas razones por las que algo de manera improbable puede cambiar su curso como para considerarlas en un cálculo racional**. ...las pretensiones de racionalidad se encuentran progresivamente en una relación precaria con el tiempo. ...basta, primeramente, con aceptar, en referencia a las consecuencias de diversas decisiones, las diferentes funciones de beneficio y las distribuciones de la probabilidad y, en segundo lugar, caracterizar la decisión como arriesgada en virtud de la variabilidad de resultados. La renuncia al riesgo supone, bajo las condiciones actuales, renuncia a la racionalidad. ...la seguridad absoluta es inalcanzable, Siempre puede ocurrir algo inesperado". (las negritas son nuestras). Así, puede notarse las razones por las cuales las reglas van cediendo paso a los principios, pues, ante la imposibilidad de una previsión de todas las posibles hipótesis, se previene tal situación con el establecimiento de aquéllos (principios) para así adecuarlos a los posibles casos que se presenten, los que se enfrentarán a normas más generales que embarcarían más efectivamente las contingencias.

subjetiva del mundo jurídico. Aquí cabe destacar que por más que dicha haya sido la pretensión del positivismo, ningún ordenamiento se puede ver fuera ni ajeno a los principios, en mayor o menor medida observamos que, cuanto menos, contienen conceptos como “dignidad humana” o “estado social de derecho”, los cuales, al momento de ser interpretados y bajados a la realidad denotan, consciente o inconscientemente, una nueva noción del derecho, el regido por principios.<sup>77</sup> Así, desde el preámbulo de las Constituciones hasta en las leyes (e incluso, los reglamentos y resoluciones) que son dictadas por el Congreso encontramos fórmulas que presagian la intención de velar siempre por determinados intereses, los cuales van adquiriendo connotación frente a los casos particulares. Por lo tanto, los principios así formados se vuelven voluntad política de la misma clase política (Convención Constituyente y Parlamento, sin descartar los Actos Reglamentarios).

La tarea ineludible de todo órgano público llamado a bajar dichos preceptos a la realidad es la de su previa interpretación para poder realizar tal cometido. Ahora, cabe destacar que, si bien, en la forma en que operan los principios (para adecuarlos a la realidad, en el proceso intelectual de aplicación a un caso concreto), se parecen al derecho natural; no lo son, mas por el contrario, son principios que han sido positivizados. Lo que habrá de entenderse es que han sido incorporados al ordenamiento jurídico de manera explícita o implícita; por lo que no puede basarse uno en un principio ajeno al marco normativo. Desde el momento en que los valores de sectores colectivos son plasmados en disposiciones jurídicas es cuando las formulaciones se asemejan al derecho natural, por la declaración de aspiración universal y abstracta; y, resultante de ello, es la manera en que habrán de ser argumentados los principios (similar al derecho

---

<sup>77</sup> “los enemigos de las normas constitucionales de principio defendían una visión del derecho propia del Estado de derecho legislativo y del positivismo jurídico. Sus partidarios, en cambio, consciente o inconscientemente, abrían el camino a una nueva concepción, más compleja que la anterior y llena de consecuencias. Las reglas jurídicas que caen en el ámbito de disponibilidad del legislador comenzarán a concebirse sólo como una de las ‘caras’ del derecho. Se establecerá como normal exigencia la de hacerla ‘concordar’ con la otra cara, la de los principios contenidos en la Constitución”. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, Ob. Cit.*, p. 113.

natural)<sup>78</sup> pero, repetimos, con la importante y singular diferencia que radica en que los principios se encuentran arraigados dentro del ordenamiento jurídico vigente y el derecho natural se encuentra fuera y por encima de él. Entonces, la semejanza radiza en la similar forma en la que opera la argumentación en ambos casos.

Esta positivización de contenidos morales-políticos-valorativos es una realidad a la que debemos enfrentarnos, asumiendo que es una característica de todo sistema jurídico actual; lo cual no implica que siempre sea así, ello puede cambiar de acuerdo a la consideración que en cada momento y espacio se haga acerca de su viabilidad o no; pero hoy constituye un reducto inexcusable del derecho, donde habrá que encontrar los medios adecuados para afrontarlos y construir con ellos (los principios) un sistema jurídico sólido que satisfaga el bien común y la justicia. “Según el punto de vista tradicional del positivismo jurídico, los principios del derecho desempeñan una importante función supletoria, integradora o correctiva de las reglas jurídicas. Los principios operarían para ‘perfeccionar’ el ordenamiento y entrarían en juego cuando las otras normas no estuvieran en condición de desarrollar plena o satisfactoriamente la función reguladora que tienen atribuida”.<sup>79</sup> Esto acontece debido a que, como ha sido explicado anteriormente, en toda disposición jurídica existe un marco de vaguedad o ambigüedad; no siempre encontramos la adecuación precisa de una regla para el caso concreto; o cuando los métodos interpretativos tradicionales no son suficientes para solucionar problemas de antinomias jurídicas. Es entonces cuando aparecen los principios, para guiar, con su fuerza orientadora, la labor intelectual de solucionar un caso particular presentado a la autoridad.

Y es así como, a la luz de los hechos, los valores contenidos en los principios van tomando forma; cuando un caso concreto lo confrontamos con un principio no surge una regla que indique qué deba hacerse o qué decisión tomar,

---

<sup>78</sup> “...lo que se quiere poner de manifiesto es, por el contrario, una semejanza funcional no contingente que hace referencia al modo ordinario de operar en la vida práctica del derecho” *Ibidem*, pp. 116 y 117.

<sup>79</sup> *Ídem*.

pero sí indica la dirección en la que habrá de resolverse el caso particular, de tal modo a satisfacer el valor que el principio confrontado embebe. Los principios revisten carácter orientador, pero es importante recalcar que lo hacen en cada caso particular, dependiendo de las circunstancias que rodean al mismo. Es en este proceder donde el derecho por principios se parece al derecho natural, pero lo hace en cuanto a la forma de operar, mas no en cuanto al contenido.<sup>80</sup> Esto es así, muchas veces, debido a que, ante el caso concreto, las disposiciones jurídicas adquieren una connotación diferente a aquélla que en abstracto poseen; el derecho se vivifica ante los casos que son analizados a su luz. Es por ello que de una interpretación formal del derecho (según los métodos tradicionales de la escuela positivista) debe pasarse a una interpretación material (que analice contenidos, explícitos e implícitos); para así encontrar la mejor solución posible en busca de la justicia.

La diferencia que los principios aquí tratados tienen con los principios generales del derecho ilustrados anteriormente radica en que los primeros se encuentran dentro del ordenamiento jurídico, como dijimos, de manera implícita o explícita; son valores que determinan una orientación en el intérprete aplicador del derecho. Si bien los principios generales del derecho nacen con una finalidad similar (perfeccionar el mundo jurídico), no constituye un requisito para su configuración el que sean incluidos implícita o explícitamente dentro del ordenamiento normativo (lo cual constituye requisito indispensable para los principios antes señalados); lo que tampoco significa que no puedan ser recogidos en él y adoptar la forma de “principios” (en el carácter tratado en el presente tópico), tanto formal como materialmente. Los principios generales del derecho, repetimos, nacen para perfeccionar y justificar la ciencia jurídica, en cualquier ámbito; los “principios” en cambio, son valores recogidos y protegidos por un

---

<sup>80</sup> “En presencia de los principios, la realidad expresa valores y el derecho funciona como si rigiese un derecho natural. De nuevo, y ahora por un motivo atinente al igual modo de operar y no a la igualdad de contenidos, el derecho por principios encuentra al derecho natural. ... Aunque no se establezca expresamente, en todo principio se sobreentiende el imperativo: ‘tomarás posición frente a la realidad conforme a lo que proclamo’. ... El punto de contacto consiste en la relevancia que se atribuye a la realidad o, mejor, a las exigencias de carácter jurídico que la realidad lleva consigo”. *Íbidem*, pp. 119 y 120.

sistema jurídico específico. Siendo así la única diferencia el hecho de ser inmersos o no (de manera explícita o implícita) dentro del plexo normativo; pues ambos nacen con idénticas finalidades y se razonan de la misma manera.

En ese sentido, estos principios los encontramos en la Constitución Nacional, y en las mismas leyes emanadas del Poder Legislativo, las cuales son producto de la pluralidad de ideas imperantes en las diversas fuerzas que forman parte de una convención constituyente o de un parlamento, donde cada una mantiene una posición, defiende una postura y anhela un fin diferente a las demás, pero en pro de una convivencia pacífica, de una articulación de la pluralidad y debido a la ausencia de una jerarquía formal entre ellas; es donde encontramos el pacto entre todos para llegar a una concordancia en la regulación de esta vida en común.

Siguiendo dicho entendimiento, vemos que como producto de ello difícilmente se pueda hablar de un todo coherente, postura contraria a la concepción positivista del derecho, puesto que no tenemos una elaboración lógica de los principios, sino lo que podríamos llamar un pacto entre los diversos sectores de una sociedad, los partidos a través de sus representantes, los particulares a través de sus manifestaciones y peticiones (iniciativa popular en la presentación de proyectos, referéndum, petición a la autoridad, manifestaciones públicas, etc.).

Ante esta situación, cabe plantearnos la manera en que diferentes principios, que algunas veces se contraponen ante situaciones dadas, los podríamos optimizar, de tal manera a hacer posible un equilibrio entre todos ellos.<sup>81</sup> Ello implica que como solución surge el hecho de que no se debe dar el carácter de absoluto o de superioridad a un principio sobre el otro, pues en tal caso, los demás tendrán aplicación en cuanto no se contrapongan al supremo y el

---

<sup>81</sup> Esta optimización se dará aplicando el principio de razonabilidad-ponderación-proporcionalidad; conforme fuera enunciado antes.

sistema giraría en torno al mismo, constituyéndose éste como soberano de todos los demás; lo que acarrearía a una especie de guerra por la supremacía entre los diferentes principios. Todo esto, vemos, no puede desarrollarse, y de hecho no lo hacen las constituciones pluralistas (propias de las sociedades democráticas), donde los principios y los valores desarrollados son controlados recíprocamente y aclarados solamente a la luz de cada caso concreto, pues cada uno de éstos resultan deseables al momento de su convergencia, una vez que quedan plasmados.<sup>82</sup> Por lo tanto, toda esta situación surge, más bien, como una necesidad para cumplir con el principio democrático y buscar una mayor justicia a cada caso particular, conforme al universo jurídico, el cual abre un sinnúmero de posibilidades. Asimismo, se debe dotar a quien va a aplicar dichos principios (la autoridad administrativa, en este caso) poderes indispensables, lo cual no implica que lo manejará como quiera, para satisfacer el interés (público) que está a su cargo proteger. Los poderes discrecionales, así, son meros vehículos instrumentales para propiciar al obligado a cumplir su deber (la finalidad legal, la cual no siempre es explícita).

Deviene de este planteamiento la relativización de los principios (contenidos de valores), pues, “la jerarquización de principios implica marcar a la sociedad con condicionantes ideológicos”.<sup>83</sup> El contenido de los principios son declaraciones de valores, por lo que para mantener la armonía entre éstos se tiene que establecer una paridad, y sólo diferenciarlos en el momento de resolver un caso concreto, y en ese caso concreto brindar la solución, prevaleciendo determinado principio en atención a las “circunstancias” que rodean al mismo caso. Ya no es posible pretender solucionar los casos presentados, únicamente, con los métodos tradicionales de subsunción e interpretación lingüística, mas se requiere del caso y de una confrontación entre principios y derechos para, a partir de estos, atribuir significados. Así, se hace necesaria esta trilogía que se da a la

---

<sup>82</sup> Asimismo sostiene Jaime Cárdenas Gracia, en *La argumentación como derecho*, Ob. Cit., p. 148; “...que cualquier método que jerarquice de manera a priori, sin consideración del caso, un derecho fundamental sobre otro, carece de sentido en una sociedad pluralista. Cualquier jerarquización a priori absoluta y hasta relativa se encuentra marcada fuertemente por condicionamientos ideológicos”.

<sup>83</sup> *Ídem*.

luz de tales conceptos, partir de los principios para llegar a los casos y de éstos, nuevamente, al ordenamiento jurídico. En fin, se debe acudir, indefectiblemente, a los casos para solucionar cualquier cuestión, teniendo como válidos, *a priori*, todos los principios y valores desarrollados en el sistema legal.

Esto parece romper con el principio de seguridad jurídica, pero no obstante ello, este análisis pretende explicar lo que sucede en las sociedades actuales, más aún considerando la contingencia del contenido del derecho; lo que hace que indefectiblemente debamos comprender al mismo como el punto donde convergen las diversas ideologías de los sectores componentes de la sociedad.

Encontrándonos ante esta situación insegura, el mismo ordenamiento elabora su mecanismo para evitar una situación caótica y mantenerse coherente en sus decisiones a través de sus órganos jurisdiccionales. En ese sentido, el control escalonado llega a una última instancia, quien establece lo que hoy conocemos como jurisprudencia, como un respiro a esa situación contradictoria en la que podríamos encontrarnos ante la ausencia de pautas dadas para la resolución igual de casos análogos.<sup>84</sup> Con esto, la seguridad jurídica adquiere otro tipo de significado, en relación con el propugnado por el positivismo duro.

Aquí hay que tener en cuenta que en los sistemas jurídicos actuales, ese último peldaño de unificación de criterios que ocupa la Corte Suprema de Justicia, en su función señalada, actúa también legislando (en cierta manera) a partir de lagunas encontradas en el ordenamiento jurídico (vaguedad, ambigüedad), contradicción entre reglas, contradicción de dichas reglas con los principios o por la contraposición entre principios; que como ya dijimos, no hace más que unificar criterios (jurisprudencia) – solución que plantea el mismo ordenamiento ante la ductibilidad del derecho.

---

<sup>84</sup> Desde el momento en que los actos de toda autoridad pública son fiscalizables a través del órgano jurisdiccional competente (Poder Judicial), los actos administrativos también se encuentran sujetos a dicho control escalonado.

## 2. Principios del Derecho Administrativo<sup>85</sup>

Recordando que la diferencia cifrada entre los principios generales del derecho y los “principios” vigentes en un ordenamiento jurídico radica en que éstos últimos se encuentran recogidos, expresa o implícitamente, en disposiciones jurídicas; y sumado al hecho que los principios generales del derecho no inmersos en estas son igualmente aplicables, máxime en materia administrativa, por el grado de utilidad que resulta, conforme lo hemos visto en el apartado pertinente; consideramos oportuno reunirlos en el presente tópico, empezando por los recogidos por la Constitución Nacional paraguaya, atendiendo que revisten prevalencia por el hecho de estar positivizados en la máxima carta legal, pero aclarando que los demás principios (legales y generales del derecho) a ser mencionados son igualmente útiles y fundadores del Derecho Administrativo.<sup>86</sup> La no positivización de los principios generales del Derecho no se debe a su falta de utilidad, sino más bien a su obviedad en el terreno práctico, sumado a que se encuentran recogidos en las diferentes legislaciones (dispersas) que regulan a los órganos públicos. A más de ello, atendiendo a que los principios que enunciaremos constituyen una garantía para el administrado, adquieren relevancia constitucional (en el Paraguay), desde el momento en que la legislación suprema, en su artículo 45 estatuye: “DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS NO ENUNCIADOS. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella”.

Además, los principios (reconocidos legal y constitucionalmente) y los principios generales del derecho operan de la misma manera, al orientar

---

<sup>85</sup> Abordaremos los principios, por nosotros considerados, más importantes que rigen el Derecho administrativo, dentro del ordenamiento jurídico paraguayo, empezando por aquéllos que (a nuestro entender) encuentran justificación en la Constitución Nacional, luego los considerados relevantes en la Ley de la Función Pública, para continuar y culminar con algunos principios generales del derecho.

<sup>86</sup> Trataremos de abocarnos a los más utilizados en la literatura jurídica (del Derecho administrativo), dejando constancia que existen más principios, pero que, debido a la extensión que nos llevaría la descripción de cada uno de ellos, optamos por los que, a nuestro entender, son los más importantes.

(ambos) la interpretación de la autoridad. En el Derecho administrativo, estos principios (todos) fundamentan el campo de actuación del poder público, por lo que, a partir de ellos, se caracteriza y desarrolla toda la doctrina del derecho público; motivo que nos impulsa a plasmarlos en el presente trabajo.

Ahora, cabe significar que en cada caso concreto deberán analizarse las circunstancias que lo rodean, confrontarse los principios intervinientes y ponderarlos para buscar la mejor solución posible; sin que ninguno adquiera supremacía, *a priori*, sobre los demás. Esta supremacía de un principio sobre otro, en caso de contraposición de más de uno, sólo se dará para cada caso particular, de tal manera a poder resolverlo.

#### a. Supremacía del interés público sobre el interés privado

Este principio “...es un presupuesto lógico de la convivencia social”.<sup>87</sup> Toda sociedad se organiza y regula (con tal fin nace el derecho) de tal manera a posibilitar una convivencia pacífica en el seno de la comunidad que se trate, por lo que el principio aquí tratado nace de la mano del derecho para fundamentar toda disposición y, en caso de contraposición entre intereses públicos y privados, velar por la protección de los primeros, puesto que, en toda sociedad, la organización propia implica un límite a la libertad privada, en beneficio de la colectividad, de tal manera a hacer posible la vida en común.

Este principio tiene sustento en el artículo 128 de la Constitución Nacional (paraguaya) la cual reza: “DE LA PRIMACIA DEL INTERES GENERAL Y DEL DEBER DE COLABORAR. En ningún caso el interés de los particulares primará sobre el interés general. Todos los habitantes deben colaborar en bien del país, prestando los servicios y desempeñando las funciones definidas como carga pública, que determinen esta Constitución y la Ley”, así como en numerosas disposiciones que hacen alusión al mismo, como el artículo 8vo. (de protección

---

<sup>87</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 2006, p. 62.

ambiental, para beneficio de la colectividad), y el 38 (del derecho a la defensa de los intereses difusos), ambos de la misma Carta Magna. Si bien estas disposiciones son vinculantes para todos, es la Administración Pública quién más se encuentra compelida a ellas, por representar el interés público (es su esencia) y por ser el brazo ejecutor de las políticas públicas que satisfagan el interés general.

Así, este principio se plasma en la realidad en la medida en que el funcionario público lo invoque para satisfacer las finalidades que las leyes lo encarguen, mas no para satisfacer fines ajenos a ellas; por más que sean intereses generales, pues el servidor del Estado incurría en arbitrariedad al perseguir un fin distinto al que le es encomendado. Por tanto, toda disposición normativa refleja el interés general, puesto que en su nombre ha sido dictada, por lo que el aplicador del derecho no puede escapar a los lineamientos legales.

Por ello, interés público debe ser considerado el de la sociedad, la cual también necesita que sus derechos, considerados individualmente, sean protegidos ante el avasallo de los demás. Con ello se descarta que el mentado interés sea el del órgano público y menos el del agente estatal.

#### b. Motivación

Este principio conlleva la obligatoriedad de manifestar el móvil que ha impulsado a la administración a tomar tal o cual decisión; es la justificación de los actos con fundamentos que manifiesten la equivalencia entre la opción adoptada y el motivo que dio pie a ésta. Esta motivación deberá darse en un momento anterior o concomitante al surgimiento del acto administrativo, con la salvedad que puede presentarse la situación en que la simple mención del hecho con la correspondiente referencia a la disposición legal a ser aplicada sean suficientes, por referir a una norma que implique un proceso de subsunción casi automático de ella; lo cual se da cuando no cabe mucho campo de inferencia subjetiva por parte del agente aplicador. Esto hace que la motivación esté

implícita. Ello no ocurre, sin embargo, en la aplicación de una facultad discrecional, pues, dijimos, en presencia de ella el administrador se verá obligado a enunciar expresamente los argumentos que lo han llevado a determinarse en tal o cual sentido.

Atendiendo a que todos los actos de la Administración Pública son recurribles (revisables) ante el Poder Judicial y a que aquéllos actos (de la autoridad administrativa que requieren motivación) son materialmente jurisdiccionales; el principio de motivación tiene fundamento en el artículo 256 de la Constitución Nacional paraguaya, al establecer que “Toda sentencia judicial deber estar fundada en esta Constitución y en la ley”. No puede ser de otra manera, teniendo presente que es valor fundamental de todo estado democrático el que las personas no sean sometidas a decisiones arbitrarias y que, por ello, deben conocer las razones de los actos que las afectan; las que deben ser conformes al derecho vigente.

Además, la motivación adquiere singular importancia en los actos emanados conforme a una facultad discrecional; donde no puede verse como un simple requisito de forma, sino todo lo contrario, la motivación justifica dichos actos. Las razones de fondo, el móvil de la autoridad, a favor de una u otra opción es lo que justifica y explica la discrecionalidad, dado que, al consistir ésta en la posibilidad de escoger entre dos o más opciones igualmente válidas para el ordenamiento jurídico, lo que valida la decisión (discrecional) y demuestra que ésta se encuentra conforme al plexo normativo son los fundamentos de hecho y de derecho, así como la concatenación lógica que se haga al respecto.<sup>88</sup>

---

<sup>88</sup> “Esas razones (insisto: razones justificativas) pueden adoptar un grado mayor o menor de explicitud pero, obviamente, una simple decisión (o su resultado: un acto administrativo) a favor de la cual no se aporta ninguna razón es un acto no motivado, como lo sería una resolución judicial que careciera de antecedentes de hecho y de fundamentos de Derecho o que se limitara a enunciar una serie de hechos y de normas sin dar, por ejemplo, ninguna razón de por qué se considera como probado un determinado hecho. Como bien es sabido, existen resoluciones judiciales que no necesitan ser motivadas, debido a su escasa trascendencia y a razones de economía; es decir, en el fondo, debido a razones de la propia racionalidad práctica: no cabría un discurso racional si hubiera que fundamentarlo todo, sin ninguna excepción, en cada momento. Pero éste no es el caso de los actos discrecionales de la Administración, por lo que me parece que, en este contexto, no es ninguna exageración afirmar que ‘lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario’ (Tomás R. Fernández, p. 82),

### c. Igualdad (impersonalidad)

Este es el principio que propugna que todos los ciudadanos deben ser tratados de idéntica manera, sin discriminaciones de cualquier tipo, ni positivas ni negativas. Así, la autoridad no podrá guiarse por simpatías o resentimientos personales, ideológicos, políticos o por cualquier circunstancia que signifique un trato diferencial con respecto al que es recibido por el resto de la población. Este principio tiene fundamento constitucional, en el Paraguay, en el artículo 46 de la Carta Magna, al establecer que “Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien”; en consonancia con los artículos 47 (de las garantías de la igualdad), 48 (de la igualdad de derecho del hombre y de la mujer) y 88 (de la no discriminación) del mismo cuerpo legal. Así, por expresa disposición constitucional, el trato desigual y/o discriminatorio estará fuera del marco legal y deberán removerse todos los obstáculos para anular cualquier disposición en tal sentido.

### d. Equidad

Es el principio que nos mueve o guía para actuar conforme a un sentimiento de deber o de la conciencia cuando el rigorismo en la aplicación de la ley o de la justicia puede desencadenar en detrimento o perjuicio del principio de igualdad. La equidad surge como un complemento del principio de igualdad y como una maximización de la justicia. Equidad es atender las circunstancias del caso y otorgar al desfavorecido las ventajas de las cuales carece para, con ello, colocarlo en la misma condición que aquél con quien se encuentra en una relación disímil. Es, por ello, el mecanismo para hacer efectiva la igualdad. En el campo

---

si con ello quiere decirse que las razones justificativas deben tener, en relación con los actos discrecionales de la Administración, un mínimo grado de explicitud”. Manuel Atienza, *Cuestiones Judiciales*, primera reimpresión, Fontamara, México, 2004, p. 60 (Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica).

administrativo, la autoridad pública deberá (atendiendo la equidad) propender la igualdad, con su actividad concreta y material haciendo realidad la justicia, evitando así las desigualdades inicuas. Es por ello que me parece atinado recordar al célebre Aristóteles cuando dice: “lo justo y lo equitativo son lo mismo; y siendo ambos buenos, es, con todo, superior lo equitativo... lo equitativo es en verdad justo, pero no según la ley, sino que es un enderezamiento de lo justo legal”,<sup>89</sup> y lo es porque se preocupa por las desigualdades y desventajas para resolver una cuestión, pudiendo, en consecuencia, ser representada de la misma manera que la diosa Astrea, pero con los ojos abiertos, de tal modo a observar para componer con lo justo el caso particular.<sup>90</sup> Pues, “para que haya justicia deber haber igualdad, y para ello es preciso que cada caso en particular sea tratado de acuerdo con sus circunstancias”.<sup>91</sup>

Por lo anterior se explica la relevancia constitucional de este principio en la Constitución paraguaya, donde en el artículo 46 *in fine* se indica que “Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios”. Esta positivización de la equidad (en el más alto grado del orden jurídico paraguayo) hace que deba ser reconocida y aplicada (cuando las circunstancias lo requieran, claro) por la Administración Pública en su actuar y, como consecuencia de ello, que sea exigible al Estado como un derecho subjetivo. Lo que se quiere significar es que las desigualdades absurdas demandan de la autoridad un criterio compensatorio (equitativo), buscando equilibrar “sobre la base de pesos y contrapesos jurídicos

---

<sup>89</sup> Aristóteles, *Ética Nicomaquea . Política*, Porrúa, México, 1976, p. 71.

<sup>90</sup> “...cuando la ley hablare en general y sucediere algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo estuviera ahí presente, así lo habría declarado, y de haberlo sabido, así lo habría legislado. Por tanto, lo equitativo es justo, y aun es mejor que cierta especie de lo justo, no mejor que lo justo en absoluto, sino mejor que el error resultante de los términos absolutos empleados por la ley. Y ésta es la naturaleza de lo equitativo: ser una rectificación de la ley en la parte en que ésta es deficiente por su carácter general”. *Ídem*.

<sup>91</sup> Roberto Dromi, *Sistema y valores administrativos*, Editorial Ciudad Argentina, Argentina, 2003, p. 204.

comparativos”.<sup>92</sup> En virtud a ello se explica que el Estado dé mayor atención a la parte de la población menos favorecida (económica o socialmente).

Así, la equidad es la carga de valor que nos orienta para aplicar lo justo al caso concreto y posibilitar que la igualdad sea una realidad en ese caso; con lo que se justifica que sean desarrolladas (por la administración) actividades diferenciadas (discriminadas) para así, justamente, lograr que la igualdad consagrada sea plasmada en la realidad. Se constituye, por ello, en el mecanismo más eficaz para corregir el rigorismo excesivo de la ley, de tal manera a introducir criterios de justicia que el caso particular exige.<sup>93</sup> Esto se manifiesta equilibrando razonadamente las relaciones dispares. Dicho equilibrio deberá ser razonado en virtud a que sólo será atinente cuando las circunstancias así lo ameriten, o sea, cuando se esté ante un caso concreto donde exista desigualdad injusta o excesiva, luego de ponderar y sopesar los hechos y eventualidades y, por supuesto, argumentando a favor de la solución a la cual se llegó. Tal es el caso de las relaciones entre los usuarios del sistema financiero y los Bancos y Financieras, donde, para resolver los desequilibrios que podrían surgir en tal sentido, la autoridad estatal recurre a la equidad para reajustar y equilibrar la relación.

#### e. Publicidad

Aquí se establece la obligatoriedad para los órganos públicos de transparentar su actividad, dando a conocer cuanta información sea requerida y necesaria para satisfacer la confianza de la población. Ello no puede ser de otra manera, en virtud a que en toda democracia la soberanía reside en el pueblo (artículo 2 de la Constitución Nacional) y éste debe conocer las acciones de quienes ejercen la función pública, por constituir la competencia de estos un mandato recibido del pueblo, a quien están obligados a rendir cuentas. La

---

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 205, continúa diciendo: “Este accionar, que avanza hacia la obtención de una igualdad material efectiva, exige de los poderes públicos un accionar positivo tendiente a promover la igualdad para todos los sujetos, incluidos quienes se hallan en posición de inferioridad”.

<sup>93</sup> *Cfr.* Juan Carlos Cassagne, *Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Argentina (Buenos Aires), 1992, p. 15.

actividad estatal se debe desenvolver transparentando el comportamiento que interese a todos y, con más razón, cuando ese comportamiento afecta a una persona específica; quien, solo conociendo de los pormenores de la invasión a su esfera personal es como podrá ejercer su derecho a la defensa.

Debido a que el mandato público es conferido por el pueblo y para el pueblo (se entiende, para beneficio de éste), las autoridades se ven compelidas a mantenerlo informado; de tal manera a que la vida pública y social pueda desenvolverse en aguas tranquilas. Caso contrario, vemos que las manifestaciones sociales son cada vez más frecuentes, exigiendo la transparencia estatal, con lo cual la actividad del Estado se desestabiliza y ello perjudica a todos. Consecuencia de ello es que los gobiernos de los diferentes países van creando mecanismos e instituciones que permitan el libre acceso a la información,<sup>94</sup> mediante canales rápidos y simples, de tal manera a mantener informados a los individuos, logrando con ello estabilidad política y confianza en su actuación.

Este principio cuenta con fundamento constitucional expreso en el artículo 28 (del derecho a informarse), donde “Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime. Las fuentes públicas de información son libres para todos. La ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo”; el cual está en concordancia con los artículos 22 (de la publicación sobre procesos), 26 (de la libertad de expresión y de prensa), 40 (del derecho a peticionar a las autoridades) y 213 (de la publicación de las leyes), entre otros. En el derecho público sólo será admitida la no publicación de los actos cuando se vea

---

<sup>94</sup> En el año 2001 entró en vigencia la Ley de Transparencia Administrativa en el Paraguay, con la cual se busca, justamente, mayor publicidad y acceso a la información por parte de los particulares. En México, asimismo, en el año 2002 se publica en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal de Transparencia y acceso a la información pública gubernamental, cuyo órgano encargado de velar y viabilizar el cumplimiento de tal ley es el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), cuya particularidad es la relevancia constitucional que adquiere dicho órgano estatal, reforma constitucional mediante.

afectada o comprometida la seguridad nacional y cuando se pueda ver obstaculizado el interés general.<sup>95</sup>

#### f. Debido proceso legal y amplia defensa

Estos principios son el seguro para la efectiva protección de la libertad y la propiedad privada, puesto que *la defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable* (artículo 16 de la Constitución), debido a que “toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales” (misma disposición constitucional); garantizando así que nadie (mucho menos el Estado) pueda invadir la esfera privada de las personas si no es mediante reglas claras y a través de un procedimiento en donde se garantice efectivamente que el procesado sea oído, pueda acceder libremente al expediente y proponga las pruebas que considere pertinentes a sus derechos. Todos estos presupuestos procesales están garantizados en las leyes vigentes y en la propia ley máxima, en su artículo 17 (de los derechos procesales), donde se establecen los presupuestos básicos que deberán ser atendidos a la hora de tramitar una controversia o asunto en sede administrativa o judicial. Por lo tanto, todo proceso “legal” debe atender dichos requisitos procesales, para no incurrir en una violación a la propia Constitucional y viciar cualquier acto administrativo.<sup>96</sup> Dentro de todo debido proceso se encuentra el derecho a la defensa, el cual debe ser observado en todo momento, esto es, oír y responder las peticiones del procesado o investigado y darle participación suficiente en cuanta diligencia sea necesaria practicar a los efectos de llegar a la verdad material de los sucesos, más aún en sede administrativa, donde la administración pública tiene el deber de impulsar el proceso, inquisitivamente, a fin de contar con criterios objetivos para

---

<sup>95</sup> Esto último se justifica cuando en una situación como la planteada tras la búsqueda de los secuestradores de la hija de un ex presidente del Paraguay, en el año 2005, donde la Policía Nacional y el Ministerio Público se vieron obligados, por las circunstancias, a no revelar información alguna sobre las pistas e indicios, pues, de ocurrir aquello, los captores se verían con notables ventajas al conocer, por la prensa, los pormenores de la investigación estatal. En este caso el interés general era el rescate de la víctima (lo cual, lastimosamente, no pudo ocurrir) y la aprehensión de los malhechores, a más de la preocupación de la ciudadanía por el paradero de la secuestrada y porque ello pueda persistir y alcanzar a más personas con efectos extorsivos.

<sup>96</sup> Se justifica así la positivización en la propia Constitución de las garantías procesales, por ser inherentes a la persona humana el respeto a su libertad y bienes.

expedirse sobre cada cuestión sin violar las garantías individuales. Ello es consecuencia de lo que pueden acarrear los procesos aludidos, el perjuicio sobre los bienes o patrimonios y la esfera de libertad de las personas, por lo que la autoridad pública debe seguir estrictamente los criterios constitucionales y legales, con lo cual se obtendrá un proceso regular que fundamente la decisión que en su oportunidad se tomará.

Ahora, cuando estén en juego el interés general y el bien común, la autoridad deberá sopesar las circunstancias del momento con las reglas del juego y podrá sortear los inconvenientes que encuentre, claro está, siempre con fundamento en el orden jurídico y toda vez que la medida sea proporcional con el fin buscado. Es así como existirán casos en los que el auxilio de la tutela judicial, por parte del Estado, podrá repercutir en el bien jurídico a tutelar, haciéndolo inviable; siempre que el valor a preservar con tal medida sea mayor que el conculcado. No obstante ello, dicho estado de cosas nunca podrá ser eterno y, ni bien desaparezcan las circunstancias que motivaron tal proceder, se deberá volver al cauce normal e instaurar el debido proceso y la defensa amplia que él debe imbuir. Una actividad de tal magnitud, deberá siempre estar justificada, argumentada y fundamentada en derecho, en el ordenamiento jurídico, nunca se podrá salir de él; caso contrario se incurría en arbitrariedad y el agente estatal sería responsable por desviar su potestad de los fines legales.

#### g. Control judicial de los actos administrativos

Este principio es garantía ante el hecho que suele esgrimirse, el cual sostiene que la Administración Pública actúa como juez y parte en los procesos administrativos; aún cuando a aquélla le quepa manejarse con criterios objetivos y legales. Es garantía porque se les permite, a los particulares, recurrir las decisiones administrativas ante el Poder Judicial,<sup>97</sup> órgano del Estado encargado

---

<sup>97</sup> En el caso paraguayo, donde el Tribunal de Cuentas (órgano encargado de juzgar las acciones que recurren las Resoluciones administrativas) se halla inmerso en la estructura del Poder Judicial. En México, en cambio, la instancia de revisión de los actos administrativos, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa,

de velar por los derechos y garantías individuales consagrados en la Constitución y las leyes; dotado de independencia, con respecto a la Administración Central (dependiente del Poder Ejecutivo); y facultado a resolver, en última instancia, toda controversia de derecho. Se propugna así que el poder jurisdiccional resuelva las inconformidades de los particulares con los actos dictados en sus perjuicios, cuando así lo consideren éstos últimos. Así, al ser el Poder Judicial el custodio de la Constitución y al estar a su cargo la administración de justicia, conforme al artículo 247 de la Carta Fundamental, el principio de control judicial de los actos administrativos encuentra su fundamento constitucional en el precepto recién aludido. Además de ello, la dispar situación del Estado con respecto a los particulares exige una revisión por parte de algún órgano imparcial que los ubique (tanto a la administración pública como a los particulares) en un mismo plano de igualdad para juzgarlos, precisamente, conforme a parámetros igualitarios.<sup>98</sup>

#### h. Responsabilidad del Estado por actos administrativos

El artículo 106 de la Constitución prescribe que el Estado responderá, subsidiariamente, por transgresiones, delitos o faltas cometidos por los funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones.<sup>99</sup> Con ello se garantiza a los particulares el resarcimiento, por parte del Estado (en última instancia), de los perjuicios causárosles por los agentes estatales en el ejercicio de sus funciones. Ello, sin perjuicio del derecho de repetir que tiene el Estado para

---

depende del Poder Ejecutivo, aunque con cierta autonomía. Pero, en último caso, las decisiones de dicho Tribunal son recurribles al Poder Judicial, vía Amparo.

Es notable, pero, ambos sistemas de juzgamiento a los actos de la Administración Pública (tanto el paraguayo como el mexicano) fundamentan su estructura en la “división de poderes”. Ello nos lleva a confirmar que los valores atribuibles a los principios dependerán de la sociedad, del tiempo y del espacio donde deban ser interpretados.

<sup>98</sup> “No es la Administración respecto de esta pieza capital del sistema jurídico que es la Justicia –en el sentido procesal de la expresión– un sujeto cualquiera; su posición discrepa esencialmente de la propia de los demás sujetos. Aquí está el núcleo más importante de sus privilegios, el punto también donde históricamente más costó anudar un sistema coherente para la juridificación definitiva de su actuación”. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 4ª ed., tercera reimpresión, Civitas, España (Madrid), 1987, p. 455.

<sup>99</sup> Asimismo, a dicho precepto constitucional se adecua la última parte del artículo 17 de la Ley de la Función Pública, cuando dispone que “La responsabilidad civil de los funcionarios, contratados y auxiliares, será siempre personal y anterior a la del Estado, que responderá subsidiariamente”.

reclamar al agente infractor lo que hubiese erogado en tal concepto, conforme lo establece la última parte del precepto antes citado. Se garantiza entonces a los ciudadanos que cualquier menoscabo, demostrado, que sufran en sus personas o bienes deberá traer como consecuencia el resarcimiento pertinente; pues, al estar el Estado comprometido constitucionalmente a dicho menester, podemos tener la certeza de que nuestros derechos conculcados serán subsanados mediante una justa (a determinar el Poder Judicial, en su caso) y “segura” indemnización. Ahora, al prever la Constitución que el Estado es (subsidiariamente) responsable *en los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones* los funcionarios o empleados públicos, se entiende que dicha responsabilidad será objetiva (y no subjetiva, *erga* por la omisión estatal), esto es, por las acciones (conducta positiva) de los servidores estatales, como regla general, y sólo cuando la conducta omisiva generó algún tipo de perjuicio se estará, pero como excepción, a la también responsabilidad gubernamental.

#### i. Seguridad Jurídica

De los fundamentos legales de los principios recién enunciados y por desprenderse del derecho de conocer los motivos de la afectación a la esfera personal de cada individuo y las disposiciones por la cual ha de regirse, el saber que los derechos fundamentales serán respetados y que se poseen las herramientas para contrarrestar los atropellos a ellos; el principio de seguridad jurídica va de la mano con los principios de motivación, razonabilidad, igualdad, publicidad, debido proceso legal y amplia defensa, así como con el de control judicial de los actos administrativos.

Así, sólo en la medida en que las personas conozcan las razones de una resolución que las invaden en sus derechos, podrán recurrir o adoptar lo que consideren conveniente a sus derechos. De otro modo, la Administración Pública podrá conculcar y afectar así derechos particulares sin que éstos se den por enterados ni tengan la opción de ejercer legítima defensa, e incluso, podría darse

el caso en que una persona actúe o intente disponer de su patrimonio, por ejemplo, y se encuentre con la sorpresa que se le ha abierto un proceso, se lo ha juzgado y se lo inhabilitó para tal o cual cosa; todo ello sin haberle informado los motivos de tal proceder, algo completamente inverosímil en un estado democrático de Derecho. Así, seguridad jurídica es tener la certeza de que las autoridades públicas se manejarán de conformidad con las normas vigentes y que, ante un actuar del Estado, se conocerán los fundamentos de dicho proceder. Como consecuencia de ello, el principio aquí tratado también implica que las normas a ser adoptadas a la sociedad sean dadas a conocer, de manera tal que la ciudadanía pueda saber cuáles son las reglas a las que están sujetas y puedan comportarse en tal sentido.

Recordemos que la democracia surge como oposición y en rechazo al despotismo y abuso del poder, por lo que una determinación que nos afecte sin que se expresen los motivos violaría la esencia misma de toda democracia y nos haría vivir en un mundo sin garantías a los valores más preciados de los tiempos actuales, la seguridad de que todos los habitantes, gobernantes y gobernados, habrán de regir su conducta conforme al ordenamiento jurídico que ha sido establecido (Principio del Estado de Derecho). Esto está expresamente reconocido y garantizado en el preámbulo mismo de la Carta Magna, el cual reza: “El pueblo paraguayo, por medio de sus legítimos representantes reunidos en Convención Nacional Constituyente, invocando a Dios, reconociendo la dignidad humana con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia, reafirmando los principios de la democracia republicana, representativa, participativa y pluralista, ratificando la soberanía e independencia nacional, e integrado a la comunidad internacional, sanciona y promulga esta Constitución”. Estos mismos valores y enunciados superiores vienen nuevamente expresados en el artículo primero del mismo ordenamiento, con lo cual adquieren el carácter de obligatorios, de insoslayable acatamiento por parte de todos los habitantes (incluidas las autoridades públicas); máxime cuando en su artículo tercero expresa que “La dictadura está fuera de ley”. Como herramientas para combatir un proceder contrario a lo recién

enunciado, los ciudadanos cuentan con garantías previstas en la misma carta fundamental (inconstitucionalidad, hábeas corpus, amparo, hábeas data – consagrados en los artículos 131 a 136). La independencia del Poder Judicial, garante los derechos y de la viabilidad de tales garantías se convierte en otro factor de seguridad de los administrados.

Con este principio, a los individuos se les garantiza conocer el ámbito jurídico en el cual se desenvolverán, con lo que sabrán como deberán comportarse y que se despliegan en un mundo relativamente seguro, previendo sus conductas lícitas y obviando las no permitidas expresamente; pues, al ser violado algún derecho saben también que cuentan con las herramientas legales para combatir la arbitrariedad estatal. Consecuencia de esto es también el principio de la irretroactividad de la ley, pues no puede obligarse a alguien a actuar conforme a la ley, siendo que ésta aún no ha sido publicada y dada a conocer, por lo que, para calificar un conducta como conforme o no al plexo jurídico, habrá que confrontarlos (al hecho con las leyes) al momento de producción del hecho en cuestión. Por lo mismo, la gente va previendo su posible conducta y anticipando los riesgos que afronta y a los que se expone, evitando la incertidumbre de la vida en sociedad.<sup>100</sup>

Es el Estado quien debe crear esta seguridad en la población, tanto para una convivencia pacífica como para lograr el desarrollo económico, político y social; demostrando que él cumple y hace cumplir los parámetros jurídicos, a través de reglas claras y conocidas. Esto no implica que el derecho se mantenga estático, pues está en su esencia adecuarse a la realidad, sino que el gobierno se mantenga firme en el respeto a las instituciones y procedimientos propios de la democracia, a los valores enunciados de la Constitución (contenido de las garantías fundamentales) y las leyes; que se desenvuelva de manera transparente y leal en el manejo de la cosa pública.

---

<sup>100</sup> Al respecto, Roberto Dormí, *Sistema y valores administrativos*, Ob. Cit., p. 232; sostiene que “En la res publica la seguridad tiene un contenido específico, cierto y definido, que posibilita prever las consecuencias, dejando de lado las incertidumbres, y permite la anticipación, evitando las situaciones de riesgo”.

## j. Desarrollo y calidad de vida

La tarea administrativa, al velar por las aspiraciones más sublimes de un país, constituye la herramienta fundamental para el progreso económico, social, político y cultural. La Constitución paraguaya, en su artículo 6, es clara al obligar al Estado a promover la calidad de vida “mediante planes y políticas que reconozcan factores condicionantes, tales como la extrema pobreza y los impedimentos de la discapacidad o de la edad. El Estado también fomentará la investigación sobre los factores de la población y sus vínculos con el desarrollo económico social, con la preservación del ambiente y con la calidad de vida de los habitantes”. A tal fin, el gobierno deberá viabilizar las condiciones que permitan elevar la calidad de vida de los ciudadanos, a través de una planificación y ejecución de medidas positivas que permitan la realización personal de los individuos y la coordinación e integración entre todos los componentes de la comunidad, y mediante la propensión de esfuerzos conjuntos para alcanzar tal objetivo.

Desarrollo implica avanzar hacia un objetivo, en este caso nos referimos a la calidad de vida, la cual, a su vez, implica la satisfacción de las necesidades más elementales de la población, tales como: realización personal del individuo a través del pleno disfrute de los derechos fundamentales; fortalecimiento de la comunidad a través de una conciencia social de que la solidaridad y el bien común constituyen los valores más enaltecidos a fin de lograr una convivencia pacífica, y no una limitación de la libertad; crecimiento productivo; acceder a los adelantos científicos y tecnológicos para una mayor profesionalización; reconocimiento de la diversidad cultural y el respeto a dicha diversidad; fomento a la educación, con posibilidades de acceso a todos en un mismo plano de igualdad; debida atención médica a la población, sin distinción; reconocimiento y protección de los derechos laborales, con garantías de fiel respeto a los mismos, así como preocupación y atención por la clase no empleada, brindando atención social, médica y educativa; protección ambiental y

conductas tendientes a promover el crecimiento de las riquezas naturales, en un equilibrio con el desarrollo económico (industrial) de tal manera a hacer perdurable para las generaciones futuras el disfrute de los recursos naturales y un ambiente saludable; participar y ayudar a las comisiones vecinales y comunitarias en aras del bien común. La investigación para encontrar las mejores vías con el fin de acceder a tales objetivos también debe ser prioridad estatal en la búsqueda por mejorar la calidad de vida.

Para su implementación, el Estado precisa de políticas públicas que reconozcan y protejan el mentado desarrollo, en aras del bienestar general. “El desarrollo administrativo comprende el acceso a los bienes y servicios y la oportunidad de elegir un modo de vida colectivo pleno, satisfactorio, valioso y valorado, en el que florezca la existencia humana en todas sus formas y en su integridad”.<sup>101</sup> Para ello deberá “estimular, coordinar e integrar todos los esfuerzos públicos y privados tendientes a la obtención de ese fin”.<sup>102</sup> Así las cosas, el desarrollo de una sociedad dependerá de la seriedad y empeño con que los gobernantes y autoridades públicas (a través de sus actos) lleven a cabo actitudes en pro de los objetivos aquí mencionados, satisfaciéndolos y avanzando en procura de mejores condiciones de vida para la población.

#### k. Legalidad

Este principio es fruto del Estado de Derecho, significando la sumisión a la Ley por parte de los órganos públicos (junto con los particulares). Surgió para poner límites al Gobierno, producto de las arbitrariedades del absolutismo; por lo que constituyó la bandera de la revolución francesa y de los subsiguientes gobiernos democráticos. Con este principio se consagra que “la administración pública sólo podrá actuar cuando la ley le faculte”, contrario al

---

<sup>101</sup> Roberto Dormí, *Sistema y valores administrativos*, Ob. Cit., p. 258.

<sup>102</sup> *Ídem*.

principio de legalidad que rige en el derecho privado según el cual “nadie está compelido a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que la ley no prohíbe”.

Con este principio se quiere configurar la actuación de la Administración Pública dentro de las disposiciones normativas emanadas de la Constitución y las leyes, es su propósito político. Ahora, hemos significado que la característica de los ordenamientos vigentes es la composición tanto de reglas como de principios; cada vez se recurre más a palabras y fines generales, lo cual implica que ante el análisis de las premisas normativas son innumerables las hipótesis que pueden ser adecuadas a aquéllas. Esto, dijimos, es a la vez necesario para que toda autoridad revestida de potestades públicas pueda contar con mayores herramientas para resolver los casos que se le presentan; debido a que es imposible la previsión normativa de todas las circunstancias e hipótesis reales que puedan acontecer en la vida cotidiana. Ante dicho cometido, este principio de legalidad debe ser entendido como que se le permite a la administración pública todo aquello que sea conveniente y oportuno para alcanzar la finalidad atribuida en la legislación. Es así como ante una atribución de finalidad preceptuada en la ley, la autoridad pública encontrará varias opciones para desenvolverse en vista a satisfacer dicho objetivo (discrecionalidad); atendiendo a que la contingencia de las cosas imposibilita a las legislaciones prever todo. Pretender lo contrario es desconocer la realidad y proveer a la absolución de causas al no encontrarse una respuesta legal expresa para cada caso.

La autoridad siempre estará sujeta a las leyes, pero la característica de éstas hace que aquélla se base en consideraciones generales para aterrizar al caso concreto, con parámetros que siempre brinda el ordenamiento jurídico. Por ello, no debe entenderse que la autoridad pueda salirse del marco normativo, pero sí que la solución de los casos requiere de la valoración subjetiva (con criterios y principios de derecho) del agente actuante. Así, todos los principios aquí enunciados jugarán su rol en el intelecto humano a la hora de encuadrar el caso a la luz del Derecho. De ahí que no pueda ya pretenderse que la tarea de la

autoridad pública sólo pueda ser la de un autómatas aplicador de la ley, al contrario, dicho menester requiere del trabajo intelectual de aquélla, a fin de poder satisfacer los fines públicos.

Este principio tiene fundamento constitucional (siempre en el Paraguay) en el artículo nueve de la Carta Magna, cuando manifiesta que “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe”. En virtud a ello, el Estado no puede prohibir o imponer determinado comportamiento a los particulares sino basado en la *Ley*, la cual debe facultarle o imponerle a la Administración Pública para que actúe. Ahora, repetimos, atendiendo a que la misma *Ley* es la que abre el espectro del actuar de la administración con conceptos vagos, palabras ambiguas y con fines que no establecen un mecanismo preciso para dicho cometido, al ente gubernamental le cabe manejarse en un mundo, en la mayoría de las veces (no en todas),<sup>103</sup> de opciones que, atendiendo a los diferentes principios y valores tutelados por el mismo ordenamiento jurídico, le permiten actuar de la manera en que “mejor” pueda cumplir con el fin propuesto (el bien común). Dicho mejor proceder, recordamos, se dará conforme a las circunstancias particulares que rodeen al caso concreto; por lo que no puede hablarse ya de que todos y cada uno de sus pasos están expresamente delimitados en la ley. Así, cuando el artículo 24 de la Ley de Seguros paraguaya, establece que “La Autoridad de Control estará facultada para dictar, si lo estima procedente para la protección de los intereses de los asegurados, normas de custodia de los títulos y valores mobiliarios que respalden las reservas técnicas”; nos encontramos con que la Superintendencia de Seguros podrá dictar tales normas siempre y cuando lo “estime pertinente” (discrecionalidad); pero ello, repetimos, no significa que deba salirse del marco legal, pues los demás principios inmersos dentro del ordenamiento jurídico (lo que dota a un acto el carácter de “legalidad”) demarcarán los pasos a seguir, no sin antes confrontarlos con la situación social, económica y política que, al momento

---

<sup>103</sup> Pues también nos encontramos con disposiciones que agotan los elementos a ser tenidos en cuenta por la Autoridad (actos reglados) en el momento de la aplicación normativa a ciertos casos concretos, que no le permiten ámbito de discreción alguno a ésta.

de normar, exista en el ámbito asegurador. Aquí cabrá enmarcar la actividad estatal como “legal”, puesto que es la propia ley quien faculta dicha actividad, mas no puede decirse que la ley prevé todos y cada uno de los pasos que ha de seguir el ente gubernativo; dejando subsistente la tarea intelectual del agente para sopesar los diferentes principios y circunstancias que rodean al caso.

La función estatal siempre deberá estar apegada a la ley, ahora, dado el carácter de ésta es que, para alcanzar los fines por ella establecida, se deberá acreditar al órgano público cuanto sea necesario para alcanzar aquéllos fines; claro está que deberá tener en cuenta los derechos privados y armonizar los valores tutelado en las leyes (donde también caben y juegan un papel primordial las garantías individuales, también consagradas constitucional y legalmente), pero aún en dicho menester cabrá siempre un margen discrecional para el actuar público. Nada puede hacerse sin que la ley lo determine, pero no menos cierto es que deberá hacerse todo lo humanamente posible para satisfacer los fines, valores y reglas establecidos por la misma ley; si no estaríamos consagrando principios que se verían ineficaces al atarle las manos a quien debe propugnar por alcanzarlos.

## I. Finalidad

Este principio viene a ser el indiscutible acompañante y justificante del principio de legalidad recién enunciado. Pues, como se ha dicho, toda autoridad revestida de facultad para interpretar y aplicar la ley deberá tener en cuenta la finalidad de ésta, es decir, los valores que dicho cuerpo legal embebe. Tomamos dos citas que realiza Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>104</sup> cuando dice “El nunca asaz citado Afonso Queiró declaró que ‘el fin de la ley es el mismo que su espíritu y el espíritu de la ley forma parte de la misma ley’. Por eso traemos a colación las excelentes observaciones siguientes, tomadas de Magalhaes Colaco:

---

<sup>104</sup> En su obra *Curso de Derecho Administrativo, Ob. Cit.* Tomamos las citas a transcribir por no poder acceder a los textos remitidos por Bandeira de Mello. Lo hacemos también, porque dichas citas expresan claramente el papel que cumple la finalidad de la norma en la tarea interpretativa.

el espíritu de la ley, el fin de la ley, forma con su texto un todo armónico e indestructible, a tal punto que nunca podremos estar seguros del alcance de la norma, si no interpretamos el texto de la ley de acuerdo con el espíritu de la ley”.<sup>105</sup> Por ello, “el principio de la finalidad no es una consecuencia del principio de la legalidad. Es más que esto: es inherente a él; está contenido en él, pues corresponde a la aplicación de la ley tal cual es; o sea, en conformidad a su razón de ser, del objetivo en vista del cual fue promulgada”.<sup>106</sup> Ello no puede ser de otra manera, puesto que toda ley nace con ciertas finalidades (valores a tutelar) y pretender aplicarla desoyendo tales directrices es violar su esencia; puesto que cada norma (constitucional) trae por finalidad la tutela de determinados intereses (supremos) y si los hacemos a un lado, no hacemos otra cosa más que viciar un acto, por contradecir la naturaleza de tal disposición. Traemos a colación el hecho que tales finalidades deberán ser confrontadas con el caso particular para adquirir relevancia y connotación; nunca podrá ser dimensionada toda su extensión en abstracto.

Comprendiendo la finalidad de una ley se podrá intuir el rumbo que habrá de seguirse para justificar la competencia de la autoridad pública; pues en virtud del objetivo normativo es que el servidor público tiene autorizada su potestad y deber. Es así como el agente estatal sólo puede tener como móvil la satisfacción de una finalidad legal y no de una satisfacción personal o ajena a la ley. Toda ley, más aún en el ámbito administrativo, es de interés público, por lo tanto, una conducta contraria a la finalidad legal (aunque tenga como finalidad la protección de intereses individuales) deberá ser considerada como una conducta arbitraria, conforme ha sido dicho. Con todo, el principio de finalidad debe ser concebido dentro de la justificación del principio de legalidad, con el cual nace y se reproduce.

---

<sup>105</sup> *Íbidem*, p. 72.

<sup>106</sup> *Ídem*.

### m. Razonabilidad

Sobre este principio nos hemos ya explayado bastante, por lo tanto, baste decir que él implica que un acto sea adoptado conforme a un razonamiento lógico, cual una persona cuerda, sensata y coherente. Se significa así la prudencia y sensatez de quien posee potestades normativas para atender la finalidad legal, las circunstancias del caso y los derechos a ser afectados; para de tal manera elaborar y justificar una intelección adecuada. A través de este principio la discrecionalidad se encauza por caminos comprensibles (claros) y coherentes para llegar a una solución que, confrontados todos los factores que rodean a una situación, resuelva una cuestión de manera objetiva y fundada en derecho. Porque dicha conexión lógica debe estar basada en derecho es que, este principio, está ligado al de motivación; donde se destaca que los fundamentos argüidos a favor de tal o cual acto no pueden ser otros sino los que el ordenamiento jurídico provee.

En virtud a ello, "...una providencia administrativa irracional, incapaz de pasar con éxito por el tamiz de la razonabilidad, no puede estar de acuerdo con la finalidad de la ley. Por lo que, si padece de este defecto, será, necesariamente, violadora del principio de la finalidad. Esto equivale a decir que será ilegítima, conforme se ha visto, pues la finalidad integra la propia ley. En consecuencia, será anulable por el Poder Judicial, a instancia del interesado".<sup>107</sup> Siempre se ha dicho que el Derecho es razón, ello es comprensible, pues toda disposición normativa es producto del raciocinio del hombre, por ello, un acto irracional necesariamente irá en contraposición al contenido de la ley. Por eso, tiene el mismo fundamento constitucional que los principios de legalidad y finalidad.

Por lo mismo que la discrecionalidad conlleva el apego a una u otra solución, conforme a los valores que la autoridad actuante posea, estas

---

<sup>107</sup> *Íbidem*, pp. 74 y 75.

valoraciones (subjetivas) también deben ir correctamente explicadas (razonadas); de tal manera a que los argumentos queden expuestos de manera coherente en el acto administrativo que se trate. Además, “un razonamiento práctico es necesariamente inconcluyente si sólo se funda en premisas fácticas, sin contener también premisas que expresen deseos o invoquen valoraciones” .<sup>108</sup>

#### n. Proporcionalidad

Este principio nos indica que la actividad administrativa deberá siempre ser llevada a cabo con la extensión e intensidad necesarias para el cumplimiento de la finalidad legal; esto equivale a decir que una decisión será tomada equilibrando y sopesando el objetivo que una potestad confiere con el sacrificio en que deba incurrirse para tal menester. El sacrificio aludido podrá ser acreditado al Estado o a los particulares. Pero, insistimos, este sacrificio a ser soportado deberá ser conveniente e indispensable para poder alcanzar la finalidad legal, nunca podrá tener una dimensión o importancia mayor que el objetivo a alcanzar. Se habla entonces de una necesidad justificatoria del acto administrativo; por lo que, al sobrepasar o eludir dicha justificación éste será ilegítimo. Es, en virtud a lo manifestado, que nadie puede ser molestado o constreñido en su libertad o propiedad sino cuando sea indispensable para la satisfacción del interés público. Pues, un exceso en la medida a ser adoptada no redundará en beneficio de nadie y debe ser comprendido como atentatorio del orden jurídico, inadecuación al objetivo legal.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> Carlos Santiago Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, Ob. Cit., p. 3. Asimismo, continúa diciendo en la p. 8: “Obviamente ni una norma jurídica ni un principio moral pueden impedir que los jueces tomen en cuenta todas las consideraciones morales que estimen relevantes en su decisión de aplicar o no una norma del derecho positivo”.

<sup>109</sup> “Representa, por lo tanto, apenas un agravio inútil a los derechos de cada cual. Se percibe, entonces, que las medidas desproporcionadas al resultado legítimamente anhelado son, desde luego, conductas ilógicas, incongruentes. Ahora, ya se vio que una inadecuación a la finalidad de la ley es una inadecuación a la propia ley. En consecuencia, los actos desproporcionados son ilegales, y por eso pueden ser suprimidos por el Poder Judicial, que, siendo provocado, deberá invalidarlos cuando sea imposible anular únicamente la demasía, el exceso detectado”. *Íbidem*, p. 76.

Porque dicho principio necesita ser verificado a la luz de criterios razonables y argumentos jurídicos, sigue la justificación que merecen los principios de legalidad, finalidad y razonabilidad.<sup>110</sup>

#### o. Solidaridad administrativa

Es el principio que une a la colectividad en pro del bien común. El Estado no puede dejar de tener en cuenta este principio cuando que es el primer encargado e interesado en lograr el acoplamiento social de los ciudadanos; propendiendo así la paz y armonía. A través de la solidaridad se unifican los criterios individuales y colectivos en aras de la tranquilidad pública y el desarrollo mancomunado. Es la unión de esfuerzos en pro de un beneficio común y la principal responsable por promoverla es la administración pública, sin descartar a las instituciones privadas.<sup>111</sup> Desarrollo del presente principio es el artículo 169 constitucional, donde se prevé que un porcentaje del impuesto inmobiliario (que cada municipio cobra y administra) será destinado para aquellas municipalidades de menores recursos; como también el artículo 113 del mismo cuerpo legal (del fomento de las cooperativas), donde se establece que “El Estado fomentará la empresa cooperativa y otras formas asociativas de producción de bienes y de servicios, basadas en la solidaridad y la rentabilidad social, a las cuales garantizará su libre organización y su autonomía”. Por su parte, el artículo 70 constitucional establece: “DEL REGIMEN DE BIENESTAR SOCIAL. La ley

---

<sup>110</sup> “En rigor, el principio de proporcionalidad no es sino un aspecto del principio de la razonabilidad. Merece un destaque propio, una referencia especial, para que se tenga una mayor visibilidad de la fisonomía específica de un vicio que puede emerger y asomarse bajo este rasgo de desproporcionalidad del acto, apareciendo de esta manera la posibilidad de corrección judicial apoyada en este fundamento. Esto es, aparece en las mismas disposiciones que consagran la sumisión de la administración al canon de la legalidad. El contenido sustancial de ésta, como se ha visto, no predica la mera coincidencia de la conducta administrativa con la letra de la ley, sino que reclama adhesión al espíritu de ella, a la finalidad que la anima”. *Ídem*.

<sup>111</sup> “...la solidaridad social es una versión renovada de la ‘fraternidad’. Es una fraternidad ampliada, una igualdad legal actualizada, es una equidad real generalizada. Esta fraternidad ampliada constituye en sí misma un beneficio compartido, en tanto el bienestar de sus semejantes hace a la realización plena del hombre, el cual no puede aislarse de la sociedad política que lo cobija (...) El Estado es un actor fundamental en el logro de la solidaridad administrativa. Su accionar posibilita establecer el ecuador de este valor en la convivencia, sobre una base de justicia distributiva. En este orden, el Estado reconoce y garantiza los derechos de los ciudadanos y habitantes, y asume un conjunto de responsabilidades para lograr que todos puedan gozar de sus derechos y beneficios compartidos, y cumplir con sus deberes de solidaridad social, o sacrificios participados”. Roberto Dormí, *Sistema y valores administrativos*, Ob. Cit., p. 217.

establecerá programas de bienestar social mediante estrategias basadas en la educación sanitaria y en la participación comunitaria”; con lo que se propende un acoplamiento estratégico entre Estado y ciudadanos para encarar proyectos que beneficien a la sociedad. La carga fiscal (impuestos) que soportan los particulares es otro ejemplo de la mancomunidad de esfuerzos para el desarrollo y bienestar colectivos. En ese mismo orden de ideas se sitúan los incentivos fiscales que promueven los Estados a aquéllas empresas que invierten sus recursos para la generación de nuevas fuentes de ingresos; así como el reconocimiento, incentivo y apoyo gubernamental a la policía comunitaria.<sup>112</sup>

#### p. Subsidiariedad

Con este principio se busca que el Estado solamente intervenga cuando sea necesario, apoyando e incentivando así las actividades comunitarias; procurando no intervenir allí donde la autosuficiencia ciudadana basta para llevar a cabo los emprendimientos. Así, la intervención gubernamental sólo debe darse cuando la iniciativa privada sea perniciosa o insuficiente para encarar y enfrentar los problemas de interés general.<sup>113</sup> Con ello no pretendemos afianzar la idea del capitalismo que proclama la regulación tan sólo por la ley de la oferta y la demanda, sino establecer un límite a la intervención estatal.<sup>114</sup> La libertad absoluta también es perniciosa, por ello el Estado se ve obligado a intervenir donde las necesidades públicas requieran de su participación; pero, donde la gestión social sea autosuficiente no se justifica la intromisión del gobierno. Se busca, pues,

---

<sup>112</sup> Al hacer referencia a la policía comunitaria queremos significar a las comisiones vecinales que se organizan para la defensa vecinal.

<sup>113</sup> “...El Estado debe tratar de respetar y hacer respetar el ámbito de la autonomía personal, pero, a la vez, y por otro lado, necesita tomar medidas para regular el modo como sus distintos miembros se comunican entre sí: la falta de una regulación adecuada, en este ámbito, amenaza con erosionar una de las condiciones más elementales para el ejercicio democrático”. Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, España (Barcelona), 1996.

<sup>114</sup> La iniciativa estatal en la provisión de servicios indispensables para la comunidad (luz, agua, etc.) se justifica así porque con ello se busca garantizar el bajo costo de dichos servicios de primera necesidad. Las privatizaciones de esos servicios esenciales, cuando no se previó un cierto control por parte del Estado (pues hay formas y formas de privatizaciones), han resultado nocivas para los intereses de la ciudadanía; por lo que países que lo han experimentado están volviendo a estatizar dichas empresas. Tal es el caso de Argentina y Bolivia.

reconocer e incentivar las libertades públicas, siempre y cuando éstas no vayan en detrimento del bien común ni coarten la libre competencia; así como prever la actividad de la Administración Pública cuando las necesidades públicas sean insatisfechas; atendiendo que “la intervención excesiva por parte del Estado provoca la merma de la iniciativa privada y suprime la responsabilidad individual”.<sup>115</sup>

Por un lado, se debe buscar generar y alentar la iniciativa privada autosuficiente, cuando ésta sea eficaz y no atente contra el interés general; y por el otro, subsidiariamente, prever la intervención estatal cuando sea ineludible para garantizar la estabilidad social o cuando su conveniencia se deba a la imposibilidad por parte de los particulares de llevar a cabo los proyectos que redunden en beneficio de la colectividad.<sup>116</sup> Encontramos, en el artículo 107 de la Constitución Nacional, una referencia a esta tesitura de libertad e intervención estatal en subsidio, cuando dice que Toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades. Se garantiza la competencia en el mercado. No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o la baja artificiales de precios que traben la libre concurrencia. La usura y el comercio no autorizado de artículos nocivos serán sancionados por la Ley Penal”.

#### q. Informalidad en beneficio del administrado

Este informalismo a favor del administrado es una garantía para todo ciudadano, el cual se encuentra frente al Estado de una manera desigual (relación dispar); para que el desconocimiento o temor de actuar frente al “poder público” no tenga repercusiones desfavorables para aquél. Todo funcionario público tiene el deber de ser objetivo en el desempeño de su cometido, debiendo, en todo caso,

---

<sup>115</sup> Roberto Dormí, *Sistema y valores administrativos*, Ob. Cit., p. 252.

<sup>116</sup> En ese sentido, véase *Ibidem*, p. 255, cuando manifiesta que “El Estado siempre debe velar, o cuidar solícitamente por el bien público, ante situaciones imprevistas que requieran de su actuación inmediata y concreta”.

guiar u orientar al ciudadano que no encuentra las vías o las formas pertinentes para encauzar una petición o defender un derecho. Es, en vista a tal objetividad y en búsqueda de la verdad material, que se debe proveer al administrado la posibilidad de viabilizar sus propuestas (facilitando las formas), aún y cuando las haya expresado de manera incorrecta; de manera a no dejarlo en estado de indefensión por aspectos formales. Es así como, si una persona presenta un pedido ante una autoridad distinta a la que debería atender dicha petición, en vez de rechazar el planteamiento, lo más conveniente (en este caso) es remitir lo que corresponda a quien esté facultado para entenderlo o, si el ciudadano no ha presentado algunos de los requisitos para la concesión de un permiso, lo más conveniente será requerirle aquél requisito faltante, antes que proveer una resolución denegando el permiso; con lo cual se evitaría al particular en engorroso trámite de tener que volver a presentar una solicitud. Todo esto redundará en beneficio de la autoridad (al ahorrarse actos administrativos a emanar, por cuestiones secundarias) y del particular (al perdonársele errores u omisiones banales y otorgarles la oportunidad de subsanarlos, siempre, sin quebrantar el ordenamiento jurídico). Claro, siempre que la debida forma omitida sea menor al fondo del asunto en cuestión.

Ahora, la informalidad es sólo para el particular y no para los órganos del Estado, quienes no pueden basarse en este principio para no cumplir con las facultades (deberes) legales que le son atribuidas; en virtud a que el principio que le rige a la administración pública es el de legalidad. Al aplicar la informalidad, siempre deberá hacerlo en beneficio del administrado, buscando así subsanar y reencausar el proceso administrativo, de forma tal a revestirlo de oportunidades suficientes para ejercer una amplia defensa y no excusarse, en el análisis de los casos, en cuestiones subsanables y accesorias para resolver en detrimento de los individuos.

## r. Buena fe y moralidad administrativas

Es un principio general del derecho y adquiere relevante importancia en el Derecho Público porque la función que es ejercida por la autoridad o funcionario público es dejada en sus manos para satisfacer el interés general y para respetar y hacer respetar las reglas de convivencia humana;<sup>117</sup> su misión será cumplir con el mandato del pueblo de la mejor manera posible, honestamente; por lo que, obrará de mala fe y por ello conllevará la arbitrariedad del acto, quien (ostentando una función pública) se valga de una potestad para engañar o persuadir, aprovechando la ligereza, temor o error, a un particular; en detrimento de un ejercicio honesto en el desempeño de sus funciones.<sup>118</sup>

Es así como, en el ámbito del derecho administrativo, la autoridad administrativa deberá comportarse conforme a parámetros éticos, demostrando siempre solvencia y probidad en el ejercicio de sus funciones; resultante de la importante labor que le cabe desempeñar al administrar la cosa pública, función que le es confiada para erigirse en protector del interés general, pues no puede concebirse que los ciudadanos decidan organizarse y confiar el manejo de los bienes públicos a personas que puedan hacer con ellos lo que se les antoje. Estos criterios éticos (provenientes de la moral) son aquéllos que vienen dados por la subconciencia de cada uno y por las buenas costumbres de una sociedad. Dicho principio está recogido en el artículo 57 inciso g) de la Ley de la Función Pública paraguaya, al establecer como obligación del funcionario público “observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta honesta y leal en el desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado”. Así, los criterios de honestidad y lealtad (con el bienestar

---

<sup>117</sup> “...el principio de buena fe... genera en quien obra de buena fe, derechos y beneficios, lo mismo que exime de responsabilidades, con lo que sirve de puente entre el derecho y la ética...”. Jorge Fernández Ruíz, *Derecho Administrativo y Administración Pública*, Porrúa, México, 2006, p. 207.

<sup>118</sup> “Igual cosa sucederá si el órgano que se desempeña en el ejercicio de una potestad pública usa ésta de mala fe, utilizando artilugios o artimañas —por acción u omisión, incluso el silencio— para llevar a engaño o error a un particular; tal tipo de conducta es por cierto incompatible con lo que debe ser el ejercicio de la función administrativa y es ilegítima aunque la facultad que en el caso se ejerciera fuera discrecional; en alguno de los fallos se lo vincula con la doctrina de los actos propios y la prohibición de autocontradicción”. Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo, ob. cit.*, p. X-24.

general, fundamento de su actividad) deberán guiar y orientar siempre al agente estatal en el desempeño de sus funciones.

#### s. Alterum non laedere

El principio Alterum non laedere es otro elemental del derecho que vale la pena resaltar, atendiendo a que, por la naturaleza propia del Derecho Público, no se debe dañar a nadie, a menos que exista fundamento legal suficiente y necesario para que tal cosa ocurra. El Estado debe acudir a su fuerza punitiva en caso extremo, la fuerza (coercitividad) debe ser el recurso último para actuar, en caso de no existir otra vía más adecuada para lograr el objetivo y siempre que tenga una motivación jurídica, amparada en el ordenamiento normativo vigente.

#### t. Eficiencia administrativa

Este principio debe orientar a la Administración Pública a proceder de tal manera a solucionar un caso concreto “en la forma, cantidad y calidad y con los medios y recursos que resultan más idóneos para la gestión”. Conforme a las exigencias públicas que un órgano estatal se ve compelido a desempeñar, eficiencia es encontrar los medios más idóneos para llegar a dicho objetivo. Es hacer bien las cosas, acudir a las armas, siempre legales, más convenientes en vista a la meta propuesta. Es lo opuesto a la obstaculización innecesaria y a la burocratización (trámites engorrosos). La eficiencia es proceder de manera sencilla, clara, transparente, buscando siempre la economía de gestión; con lo cual se logra celeridad en la tarea administrativa, siempre con los mecanismos legales, no por encima de estos, sino encontrando, dentro del ordenamiento vigente, los caminos más viables (simplicidad jurídica) en aras del propósito a alcanzar. En otros términos, eficiencia es la relación congruente entre los planes proyectados, la actividad desarrollada y el resultado alcanzado, lo cual no implica que deba seguirse el plan propuesto al pie de la letra, sino que en virtud a la

eficiencia se busquen los mecanismos más idóneos cuando los caminos establecidos puedan resultar engorrosos. Se busca así flexibilizar la tarea estatal para llegar al objetivo con el menor sacrificio en el quehacer público, tanto para los particulares como para el Estado.<sup>119</sup>

En virtud a lo manifestado, tenemos que la eficiencia es omnicomprendedora, así mismo, de los principios de economía procesal, finalidad, celeridad y legalidad. Dentro de ese ámbito orientador habrá de regirse la autoridad para encontrar las herramientas más útiles y menos costosas para el cumplimiento de su cometido, propendiendo siempre a la sencillez y celeridad. Claro está, y esto habrá que resaltar, cuidando siempre la calidad de dicha actividad. En pro de dicho cometido es importantísima la labor contralora (o autorreflexión), para encontrar las fallas que hayan ocurrido en el pasado y a partir de allí corregir para no volver a caer en el mismo error;<sup>120</sup> de tal manera que siempre se busque la manera más adecuada para prestar el servicio público de que se trate.

Entonces, la eficiencia es encontrar el tiempo y el lugar adecuados para obrar de la mejor manera posible, buscando la equivalencia entre costo-beneficio. Una alta eficiencia depende de seguir estrictamente los lineamientos de la planificación, pero es conocido que la planificación debe ser flexible, pues existen variables influyentes, especialmente las del entorno que producen cambios que de no poderse actuar en ellos podrían producir el fracaso, es en estas contingencias donde la autoridad pública deberá encontrar el camino más adecuado. Como no podía ser de otra manera, en el Paraguay, la Ley de la Función Pública, en su artículo 57 inciso c) estatuye como obligación del funcionario o empleado público "...prestar sus servicios con eficiencia..";<sup>121</sup> y con

---

<sup>119</sup> Cfr. Roberto Dormí, *Sistema y valores administrativos*, Ob. Cit., pp. 280 a 290.

<sup>120</sup> Entendiendo al error como un mal actuar y como una actividad que, si bien llegó al objetivo propuesto, lo hizo mediante caminos que significaron desgastes (públicos o privados) innecesarios o demasiados onerosos.

<sup>121</sup> En concordancia con los artículos 90 y 96 inciso a) del mismo cuerpo legal.

ello, reconoce expresamente el principio aquí desarrollado como parámetro orientador a todo servidor del Estado en el cumplimiento de sus funciones.

Esta búsqueda del camino más sencillo y útil, con vista al objetivo propuesto, cabe resaltar, siempre deberá encuadrarse a los parámetros generales que al efecto prevén las disposiciones normativas, nunca fuera de ellos.

#### u. Eficacia administrativa

El principio de la eficacia es el complemento perfecto al principio de la eficiencia; pues eficacia es lograr resultados no importando los costos o sacrificios en que deban incurrirse. Y tal manera de proceder es útil en algunas ocasiones en que las circunstancias así lo requieran; no siempre, pero debe preverse esta manera de dar respuesta en forma instantánea a los problemas inesperados que de repente pueden surgir. Así, por ejemplo, cuando ocurra una catástrofe o algún acontecimiento imprevisto que requiera la intervención inmediata del gobierno, no importará seguir o no los pasos que se han previstos en la ley, sino las circunstancias apremiantes por las que estaría pasando la población, a fin de dar una respuesta oportuna y útil a los hechos acaecidos. Son los casos de inundaciones o catástrofes (como el incendio de un supermercado, tal cual ocurrió en el Paraguay con el caso Ykua Bolaños, en septiembre del 2004; o desastres naturales); donde lo urgente y necesario es dar respuesta efectiva al problema suscitado, encontrándose, por tal motivo, justificado el quebrantamiento a cualquier procedimiento o requisito burocrático previsto legalmente.

## CAPÍTULO TERCERO

### RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

#### Consideraciones previas

En el presente capítulo analizaremos los diferentes tipos de responsabilidades en los que puede incurrir aquél servidor público que traspasa la barrera de la discrecionalidad y cae en la arbitrariedad, conforme hemos examinado en el capítulo precedente; a la luz del ordenamiento jurídico paraguayo. Para ello, en primer lugar, corresponde que abordemos el concepto de responsabilidad, para luego dirigirnos a las especies de ella (tipos de responsabilidades).

No obstante las diversas acepciones del término responsabilidad,<sup>1</sup> entendemos por ella a la relación causal que sirve de imputación a una conducta,<sup>2</sup> conforme a los parámetros legales; esto es, el hacerle cargo de la reparación o castigo a la persona (en este caso, funcionario público) que haya quebrantado el ordenamiento jurídico. Para esto, deberá atenderse al tipo de responsabilidad que se trate, de las que seguidamente analizaremos, para luego encuadrarla dentro del plexo normativo que a dicho campo corresponda. Es así como analizaremos las conductas consideradas disvaliosas (civil, penal, administrativa o

---

<sup>1</sup> Las cuales pueden verse en Pablo Larrañaga, *El concepto de Responsabilidad*, Fontamara, México, 2000; donde, a partir de diferentes puntos de vistas y conforme a los sentidos terminológicos pueden darse diversas acepciones de la responsabilidad.

<sup>2</sup> Esta forma de entender la responsabilidad es destacada por el mismo autor (Íbidem, p. 194) al decir que “**La responsabilidad como sancionabilidad representa el sentido central o primario del término `responsabilidad` en el Derecho.** En otras palabras, cuando el término `responsabilidad` se utiliza en este sentido, realiza su función típica en la que `responsabilidad` no substituye o se sobrepone a otros conceptos normativos. Los otros sentidos de `responsabilidad` constituyen en distintas formas presupuestos de los juicios de `responsabilidad` como sancionabilidad”. Con ello destaca a la responsabilidad como sancionabilidad como concepto central de “responsabilidad”, porque abarca la mayoría de los supuestos en los que aparece la noción de responsabilidad (así lo expresa en la página 196).

políticamente) por el cuerpo legal que en cada caso incumba, dado que lo que nos interesa es establecer las consecuencias en las que puede incurrir un servidor del Estado al actuar arbitrariamente. Para ello elaboraremos (en cada ramo a tratar), lo que Pablo Larrañaga llama, un juicio de responsabilidad, el cual consiste en el “...proceso de subsunción de una conducta en el campo de una norma, con el objeto de establecer si se cumplen las condiciones exigidas por el sistema para adscribir las consecuencias prescritas por dicha norma y a la expresión del resultado de dicho proceso”.<sup>3</sup> Ello, a los efectos de imputar las correspondientes consecuencias jurídicas, en su caso.

En particular, nos enfocaremos a la responsabilidad de los servidores públicos, atendiendo a lo relevante del tema; por el hecho de que “...el Estado como entidad jurídica abstracta, constituida y organizada para la satisfacción del bien común, sólo puede actuar por medio de sus funcionarios y dentro del mandato de la ley”,<sup>4</sup> y porque “el sistema de responsabilidad de los servidores públicos, a través de normas generales y abstractas, es un freno a la extralimitación o a la omisión en sus actividades o funciones”.<sup>5</sup> Cabe resaltar que sólo el servidor del Estado es quien puede caer en arbitrariedad, no obstante la responsabilidad subsidiaria del Estado<sup>6</sup> (a los efectos de asegurar un resarcimiento pecuniario a favor del particular afectado, toda vez que así lo disponga la autoridad jurisdiccional). Esta responsabilidad subsidiaria no deja de

---

<sup>3</sup> Íbidem, p. 32.

<sup>4</sup> Luis H. Delgadillo Gutiérrez, *Elementos de Derecho Administrativo*, Limusa Noriega Editores, México, 2000, p. 160.

<sup>5</sup> Santiago Nieto y Yamile Medina, *Control externo y responsabilidad de los servidores públicos*, *ob. cit.*, p. 9.

<sup>6</sup> Artículo 106 de la Constitución Nacional paraguaya: “Ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, son personalmente responsables, **sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado**, con derecho de éste a repetir el pago de lo que llegase a abonar en tal concepto”. (las negritas son nuestras). Así, el Estado responderá siempre, subsidiariamente, por las transgresiones, los delitos o las faltas cometidos por los funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones; con lo cual, el particular afectado tendrá al Estado como una especie de reaseguro, en el caso que el agente responsable no satisfaga la reparación en cuestión. La disposición constitucional es desarrollado, igualmente, en el artículo 17 de la Ley de la Función Pública, de la siguiente manera: “La responsabilidad civil de los funcionarios, contratados y auxiliares, será siempre personal y anterior a la del Estado, que responderá subsidiariamente”. Con ello se pretende destacar que el principal responsable será siempre el funcionario público y que, en caso que el Estado sea quien solvente algún gasto por culpa de su agente actuante, le quedará a éste la Acción de regreso para repetir lo abonado en tal concepto.

ser importante y trascendental en el ámbito del Derecho público, al tiempo que otorga seguridad jurídica en un país, lo que a su vez permite el desenvolvimiento y afianzamiento de la libertad y la justicia; debido a las amplias potestades y poderes con que cuenta el Estado (poder de imperio), lo que a su vez es necesario en un Estado democrático-constitucional de Derecho, puesto que el actuar de aquél en el ejercicio de sus funciones debe ser eficaz y bien dirigido (en vista a los fines públicos), pero, si se causa daño en dicho menester, sobre todo por un obrar incorrecto o negligente (o lo haga tarde), debe pagar (hacerse responsable) por su inactividad o mala actuación; habida cuenta de que el accionar debe ser encauzado de tal modo a satisfacer las necesidades de los ciudadanos, atendiendo que el Estado no puede amparar sus omisiones dañosas en la insuficiencia económica (lo cual ha sido el argumento de quienes sostienen la conveniencia de la irresponsabilidad estatal). Ello, asimismo, coadyuva en la tarea de generar confianza de los ciudadanos con sus gobernantes e instituciones.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Una extensa justificación de la responsabilidad patrimonial del Estado, puede verse en Álvaro Castro Estrada, *Nueva Garantía Constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado*, Porrúa, México, 2002; pero, para sostener lo afirmado *ut supra*, nos remitimos a algunas consideraciones vertidas en la obra mencionada. Así, “todos aceptamos que las cargas que conlleva la convivencia social deben repartirse proporcional y equitativamente entre sus integrantes, como exigencia del principio de solidaridad social. Si todos nos beneficiamos con los servicios del Estado, todos también debemos hacer frente a las desigualdades que su actuar genere” (p. 116); “La institución de la responsabilidad patrimonial del Estado amplía la tutela legal de los individuos y favorece la confianza en las autoridades, además de cumplir con el postulado primario de un Estado democrático, en el sentido de ser un gobierno del pueblo para el pueblo, además de conducirlo al bien común” (p. 117); “Por otra parte, en un sistema económico de mercado, resulta imposible admitir el hecho de que uno de sus agentes más característicos, y además el que cuantitativamente utiliza normalmente en su seno el mayor porcentaje del producto interno bruto, sea precisamente un agente irresponsable, a quien los Tribunales no puedan imponer el respeto a sus compromisos y la obligación de reparar los daños que, inevitablemente, su actuación produce. La modernización de una economía impone, pues, igualmente además de los principios del Estado de Derecho, la acogida resuelta de la institución de que se trata” (p. 120); “No se pretende generar una cultura del reclamo sino fomentar una cultura de la responsabilidad. No se piense tampoco que la acreditación de la responsabilidad patrimonial del Estado es excesivamente fácil, ya que la debida reglamentación de la institución supone medios de prueba causal, legal y técnicamente rigurosos. Lo que sí se pretende es recuperar, en alguna medida, la confianza de los gobernados en el Estado, a través de la utilización de una de las vías probadas que la técnica jurídica ofrece para hacer valer y promover el sentido de responsabilidad entre los servidores públicos y de la propia Administración: la responsabilidad patrimonial del Estado” (p. 121); “...dicha institución tiene, entre sus principales objetivos, el de mejorar progresivamente la calidad de la prestación de los servicios públicos, ya que bajo este régimen se transparentarían las irregularidades, ilicitudes y deficiencias de la Administración Pública” (p. 122); “Por último, debe recordarse que la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado es complementaria de la responsabilidad administrativa de los servidores públicos. Y que un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, de carácter directa y objetiva, no exonera *per se* a los servidores públicos que, mediando falta grave, hayan ocasionado los daños y perjuicios que corresponde indemnizar al

Ahora, el responsable de los actos arbitrarios será siempre la autoridad administrativa que emanó el acto,<sup>8</sup> habida cuenta de que la “arbitrariedad” es, justamente, resolver una cuestión al margen o en contra de los lineamientos que debe seguir aquélla al entender un asunto.<sup>9</sup> Para ello, nos basaremos en los cuatro tipos de responsabilidades de los servidores públicos (responsabilidad penal, civil, administrativa y política).

Pero, antes de ello, conviene hacer referencia al requisito de procedencia que debe seguirse contra ciertas autoridades (a ser enunciadas seguidamente), que, dada la importancia del cargo que revisten, el constituyente paraguayo ha entendido necesario cubrir con ciertos requisitos procedimentales para juzgar (penal o civilmente) a aquellas autoridades a las que pretenden protegerlos para el libre desenvolvimiento de sus funciones, de tal modo que sus labores no se vean interrumpidas fácilmente por algún tipo de demanda.

En tal sentido, el art. 191 constitucional “de las inmunidades” (para los miembros del parlamento paraguayo) prevé que “Ningún miembro del

---

Estado en forma directa. Esto significa que, si de la sustanciación del procedimiento disciplinario que prevé la ley de la materia para los servidores públicos se concluye que efectivamente hubo tal responsabilidad de los servidores públicos por falta grave, el Estado podrá repetir lo pagado (a los particulares reclamantes), de los servidores públicos responsables de las lesiones antijurídicas irrogadas. De otra manera, se fomentaría la irresponsabilidad y la impunidad de los servidores públicos que tienen a su cargo la debida prestación de los distintos servicios públicos de carácter administrativo” (pp. 123 y 124); “De esta suerte, el poder público, que radica esencialmente en el pueblo, es confiado a la autoridad para que dirija los esfuerzos hacia metas de propósito común, siempre de acuerdo a la voluntad y en beneficio y seguridad de sus gobernados, quedando en sus manos el deber de no defraudar la confianza de sus súbditos; de ahí que el ciudadano tenga derecho a pedirle al Estado lo que el Estado tiene el deber de darle” (p. 129).

<sup>8</sup> “Como quiera que el Estado realiza sus actuaciones por medio de personas naturales o físicas, valga decir por medio de sus funcionarios; porque sabido es que las personas jurídicas, aunque tienen la capacidad jurídica para adquirir los derechos y contraer obligaciones, esto sólo lo puede efectuar mediante la intermediación de las personas naturales”. Luis Humberto Pérez Sinitabé, *Elementos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Leyer, Colombia (Bogotá), 2002, p. 55.

<sup>9</sup> “La particular situación que presentan los trabajadores del Estado los sujeta a una regulación especial en razón de su participación en el ejercicio de la función pública, de tal forma que cuando en el desempeño de sus funciones incumplen con las obligaciones que la ley les impone, generan responsabilidades a favor de los sujetos lesionados o del Estado, las cuales pueden presentar características diferentes, en razón del régimen legal aplicable, de los órganos que intervienen, de los procedimientos para su aplicación, y de las jurisdicción a cuya competencia corresponde su entendimiento”. Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez, *El sistema de responsabilidades de los servidores públicos*, 4ª ed., Porrúa, México, 2001, p. 23.

Congreso puede ser acusado judicialmente por las opiniones que emita en el desempeño de sus funciones. Ningún Senador o Diputado podrá ser detenido, desde el día de su elección hasta el del cese de sus funciones, salvo que fuera hallado en flagrante delito que merezca pena corporal. En este caso, la autoridad interviniente lo pondrá bajo custodia en su residencia, dará cuenta de inmediato del hecho a la Cámara respectiva y al juez competente, a quien remitirá los antecedentes a la brevedad.

Cuando se formase causa contra un Senador o un Diputado ante los tribunales ordinarios, el juez lo comunicará, con copia de los antecedentes, a la Cámara respectiva, la cual examinará el mérito del sumario, y por mayoría de dos tercios resolverá si ha lugar o no desafuero, para ser sometido a proceso. En caso afirmativo, le suspenderá en sus fueros”. Con ello queda claro que, antes de procederse a enjuiciar a un miembro del Congreso, se deberá contar con la autorización, para proceder jurisdiccionalmente, de la Cámara a la que pertenece el denunciado, pues, en caso contrario, deberá esperarse al término de las funciones parlamentarias para enjuiciarse al afectado, habida cuenta que los fueros a los que alude el precepto constitucional pertenecen a la investidura y no a la persona. Iguales inmunidades poseen los convencionales constituyentes.<sup>10</sup>

En cuanto a los ministros del Poder Ejecutivo, el art. 241 constitucional (de los requisitos, de las incompatibilidades y de las inmunidades) prevé que aquéllos “no pueden ser privados de su libertad, excepto en los casos previstos para los miembros del Congreso”. Esto es, el juzgamiento de dichos secretarios de Estado no requiere ninguna formalidad previa, tan sólo que no pueden ser detenidos, mientras duren en el cargo, salvo caso de flagrancia en delitos que merezcan pena corporal; y, en tal caso, la autoridad que intervenga deberá ponerlos bajo custodia en sus residencias y dará cuenta al juez competente (a los que debe remitir los antecedentes, a la brevedad posible), mas no correspondería que informe a ninguna de las Cámaras del Congreso, porque no forman parte de ninguna de ellas, sino que lo debe hacer al Poder Ejecutivo,

---

<sup>10</sup> Art. 289 de la Constitución Nacional.

teniendo en cuenta que éste lo ha nombrado e interpretando análogamente los artículos 191 y 255 de la Constitución.<sup>11</sup> En la misma situación que los ministros del Poder Ejecutivo se encuentran los magistrados judiciales,<sup>12</sup> quienes, además, pueden ser suspendidos en sus funciones, preventivamente, por la Corte Suprema de Justicia (por mayoría absoluta de votos de sus miembros), de oficio o a pedido del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, hasta tanto se dicte resolución definitiva, en su caso.<sup>13</sup> En la misma situación que los magistrados del Poder Judicial se encuentran el Fiscal General del Estado, los agentes fiscales, el Defensor del Pueblo, el Contralor y el Subcontralor.<sup>14</sup>

En efecto, la óptica de análisis y consideración de la responsabilidad que aquí abordaremos es la “de la dogmática jurídica administrativa o constitucional para revisar las disposiciones jurídicas (paraguayas) que regulan y controlan la actuación del Estado y de los servidores públicos”.<sup>15</sup>

## I. Responsabilidad Penal

En este tipo de responsabilidad lo que se protege (o sea, el bien jurídico a tutelar) es el orden público y social. En efecto, lo que en materia penal se pretende es sancionar con mayor severidad conductas consideradas más disvaliosas que otras; atendiendo que la diferencia entre el ilícito penal y el administrativo es sólo la política criminal que al efecto sostenga el parlamento, creador de las leyes. Pues, si habremos de considerar a una conducta de servidor

---

<sup>11</sup> En efecto, en el artículo 191 se estatuye que, para los casos que involucren a un miembro del Congreso, se debe dar cuenta a la Cámara respectiva; y en el 255 prevé que para los casos que involucren a un magistrado judicial, se debe dar cuenta a la Corte Suprema de Justicia; con lo cual se extrae que el espíritu de la Constitución es dar aviso a los superiores jerárquicos.

<sup>12</sup> Art. 255 de la Constitución Nacional: “Ningún magistrado judicial podrá ser acusado o interrogado judicialmente por las opiniones emitidas en el ejercicio de sus funciones. No podrá ser detenido o arrestado sino en caso de flagrante delito que merezca pena corporal. Si así ocurriese la autoridad interviniente debe ponerlo bajo custodia en su residencia, comunicar de inmediato el hecho a la Corte Suprema de Justicia, y remitir los antecedentes al juez competente”.

<sup>13</sup> Art. 259 inciso 7 de la Constitución paraguaya.

<sup>14</sup> Arts. 267, 270, 278 y 284, *ob. cit.*

<sup>15</sup> Santiago Nieto y Yamile Medina Pérez, *Control externo y responsabilidad de los servidores públicos del Distrito Federal*, Ob. Cit., p. 11.

público como acreedora de alguna sanción, debemos busca cuál es la legislación (ley penal o administrativa) que refiere y pune dicha conducta; habida cuenta que un análisis doctrinario o dogmático no vendría al caso o poco es lo que podría aportar. Pero, es importante significar que pueden ser sujetos de responsabilidad penal cualquier servidor estatal, sin excepción de rango o investiduras, con la condicionante que, tratándose de los sujetos de responsabilidad política,<sup>16</sup> primero deben ser enjuiciados políticamente; y, tratándose de los sujetos cuya investidura conlleva el requisito de procedencia, éste debe agotarse y ser concedido, antes de la prosecución del juicio penal respectivo.

Ahora, en procura de encuadrar a la arbitrariedad dentro de alguna conducta prevista y sancionada por la ley penal paraguaya, tenemos que dentro del Título VII (de los Hechos Punibles contra las Funciones del Estado), Capítulo III (de los Hechos Punibles contra el ejercicio de Funciones Públicas), del Código Penal; se encuentra el artículo 305 (Prevaricato), el cual prevé lo siguiente: “1° El juez, árbitro u otro funcionario que, teniendo a su cargo la dirección o decisión de algún asunto jurídico, resolviera violando el derecho para favorecer o perjudicar a una de las partes, será castigado con pena privativa de libertad de dos a cinco años. 2° En los casos especialmente graves la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años”. Así, conforme al análisis que realizado sobre la discrecionalidad y la arbitrariedad; ésta última, hemos dicho, es el ejercicio de una facultad para resolver un caso conforme a parámetros o móviles que no se ajustan a Derecho, con lo cual se encuadraría perfectamente en el tipo penal recién descrito.

Respetar el Derecho no es motivarse en normas que no se ajustan al caso concreto, tampoco es tener como móvil una satisfacción ajena a la finalidad legal; por lo que una conducta en tal sentido debe ser entendida como violatoria del Derecho, tal como lo refiere el tipo penal en comento. Entonces, la arbitrariedad (por sobrepasar los límites discrecionales) se encuadra en el tipo

---

<sup>16</sup> Véase el apartado IV del presente capítulo.

legal calificado como “prevaricato”, no obstante lo cual también pueden encontrarse elementos vinculantes (tratándose de la arbitrariedad) en otras conductas tipificadas en la legislación penal paraguaya, específicamente, las que se encuentran en el Capítulo III del Título VII del Código Penal, cuando se refieren a los “hechos punibles contra el ejercicio de funciones públicas”, por el hecho de que una conducta puede violentar más de una norma jurídica o, dicho de otro modo, una actuación irregular del servidor estatal puede ser encuadrada, igualmente, en dos o más tipos penales. Así, dadas las circunstancias del caso concreto, la arbitrariedad puede ser vinculada con el tipo previsto en el art. 310 “persecución de inocentes”,<sup>17</sup> desde el momento en que pueden usarse las facultades discrecionales para argüir una decisión que vaya en detrimento de una persona inocente. Ahora, cuando se alude al “cohecho pasivo” (arts. 300 y 301, siempre del Código Penal paraguayo) nos estamos refiriendo a la situación que se genera cuando el “funcionario solicitara, se dejara prometer o aceptara un beneficio a cambio de una contraprestación proveniente de una conducta propia del servicio que haya realizado o que realizará en el futuro”, pero, aquí lo que se castiga es el hecho de pedir o aceptar un beneficio y no el hecho de resolver una cuestión conforme a parámetros extrajurídicos, aunque, en la práctica una conducta es causa de la otra (consecuente).

Sin embargo, dicha vinculación, a nuestro entendimiento, no ocurre con las conductas descriptas en los artículos: 307 “lesión corporal en el ejercicio de funciones públicas”,<sup>18</sup> 308 “coacción respecto de declaraciones”,<sup>19</sup> 309 “tortura”,<sup>20</sup> 311 “ejecución penal contra inocentes”,<sup>21</sup> 312 “exacción”,<sup>22</sup> 313 “cobro

---

<sup>17</sup> “El funcionario con obligación de intervenir en causas penales que, intencionalmente o a sabiendas, persiguiera o contribuyera a perseguir penalmente a un inocente u otra persona contra la cual no proceda una persecución penal...”.

<sup>18</sup> “El funcionario que, en servicio o con relación a él, realizara o mandara realizar un maltrato corporal o una lesión...”.

<sup>19</sup> “El funcionario que, teniendo intervención en un procedimiento penal u otros procedimientos que impliquen la imposición de medidas, maltratara físicamente a otro, o de otro modo le aplicare violencia y así le coaccionara a declarar o a omitir una declaración...”.

<sup>20</sup> “1º El que con la intención de destruir o dañar gravemente la personalidad de la víctima o de un tercero, y obrando como funcionario o en acuerdo con un funcionario: 1. realizara un hecho punible contra, a) la integridad física... b) la libertad... c) la autonomía sexual... d) menores... e) la legalidad del ejercicio de funciones públicas... 2. sometiera a la víctima a graves sufrimientos síquicos... 2º El inciso 1º se aplicará aun

indebido de honorario”,<sup>23</sup> 314 “infidelidad en el servicio exterior”,<sup>24</sup> 315 “revelación de secretos de servicio”,<sup>25</sup> 316 “difusión de objetos secretos”,<sup>26</sup> 317 “violación del secreto de correo y telecomunicación”,<sup>27</sup> 318 “inducción a un subordinado a un hecho punible”;<sup>28</sup> por considerar que estas conductas no caben dentro de ningún supuesto de ejercicio de alguna potestad, mas por el contrario, se encuentran expresamente prohibidas por la legislación y habida cuenta que lo que nos interesa es la conducta arbitraria cuando ésta acontece al “supuesto” amparo de una potestad discrecional.

Por otro lado, cabe recalcar que deberán ser considerados hechos punibles de acción penal pública<sup>29</sup> todos aquéllos que expresamente no sean mencionados como de acción penal privada,<sup>30</sup> atendiendo a que el artículo 17 (ACCIÓN PRIVADA) del Código Procesal Penal paraguayo prevé explícitamente

---

cuando la calidad de funcionario: 1. careciera de un fundamento jurídico válido, o 2. haya sido arrogada indebidamente por el autor”.

<sup>21</sup> “El funcionario que, intencionalmente o a sabiendas, ejecutara una pena o medida privativa de libertad en contra de la ley...”.

<sup>22</sup> “El funcionario encargado de la recaudación de impuestos, tasas y otras contribuciones que a sabiendas: 1. recaudara sumas no debidas, 2. no entregara, total o parcialmente, lo recaudado a la caja pública, o 3. efectuara descuentos indebidos... En estos casos, será castigada también la tentativa”.

<sup>23</sup> “El funcionario público, abogado u otro auxiliar de justicia que, a sabiendas, cobrara en su provecho honorarios u otras remuneraciones no debidas...”.

<sup>24</sup> “El funcionario que en representación de la República ante un gobierno extranjero, una comunidad de Estados o un organismo interestatal o intergubernamental, incumpliera una instrucción oficial o elevara informe falsos...”.

<sup>25</sup> “El funcionario que revelara un secreto que le haya sido confiado o cuyo conocimiento hubiera adquirido en razón de su cargo, atentando con ello contra los intereses públicos... Como secreto se entenderán hechos, objetos o conocimientos, que sean accesibles sólo a un número limitado de personas y que por ley o en base a una ley no deban comunicarse a terceros”.

<sup>26</sup> “El que fuera de los casos del artículo anterior, participara a otros o hiciera públicos objetos, documentos escritos, planos o maquetas, señalados como secretos por: 1. un órgano legislativo o por una de sus comisiones, o 2. un órgano administrativo, y con ello pusiera en peligro importantes intereses públicos...”.

<sup>27</sup> “1º El que sin autorización comunicara a otros hechos protegidos por el secreto postal y de telecomunicación, y los que haya conocido como empleado de los servicios respectivos... 2º Será castigado con la misma pena, quien como empleado del correo o de telecomunicaciones y sin autorización: 1. abriera un envío que le haya sido confiado para su transmisión al correo o a la oficina de telecomunicaciones, o se enterara del contenido, sin abrirlo, mediante medios técnicos, 2. interviniera o estableciera, sin expresa autorización judicial, escuchas en una línea telefónica u otro medio telecomunicativo o las grabara, 3. suprimiera un envío confiado al correo o la oficina de telecomunicaciones para la transmisión por vía postal o telecomunicativa, o 4. ordenara o tolerar las conductas descritas en este inciso y en el anterior”.

<sup>28</sup> “El superior que indujera o intentara inducir al subordinado a la realización de un hecho antijurídico en el ejercicio de sus funciones o tolerara tales hechos, será castigado con la pena prevista para el hecho punible inducido”.

<sup>29</sup> Donde la persecución penal depende exclusivamente del Ministerio Público, son perseguibles de oficio.

<sup>30</sup> Donde la persecución penal depende exclusivamente de la víctima.

aquéllos hechos punibles que deberán ser considerados como de acción penal privada,<sup>31</sup> por lo que todos aquéllos no enunciados en el mismo deberán ser entendidos como hechos punibles perseguibles de oficio. En ese entendimiento, tenemos que la infracción penal nombrada “Prevaricato” (tipo penal donde hemos acordado que cuadra la arbitrariedad) no está inmersa en las mencionadas como de acción penal privada, por lo que, en caso que un funcionario público sea procesado por éste hecho punible debe ser suspendido en el cargo, con goce de sueldo, hasta tanto se dicte auto de prisión preventiva o equivalente. Ello, conforme a lo estipulado en el artículo 79 de la Ley de la Función Pública y se refiere a la situación que debe soportar aquél agente hasta el momento en que se dicte el auto aludido. Pero, si atendemos a lo señalado en el artículo 42 del mismo cuerpo legal: “Cuando un funcionario público fuera imputado de hechos tipificados como punibles será suspendido en el cargo por el tiempo que dure el proceso. Si hubiese sido absuelto o sobreseído definitivamente en el proceso penal respectivo, el funcionario será repuesto en el cargo que desempeñaba en el tiempo de la suspensión o en otro equivalente”; observamos que la suspensión en el ejercicio de las funciones públicas debe observarse, indefectiblemente, durante toda la duración del proceso. Y, de comprobarse la culpabilidad del imputado y recayese condena, deberá procederse a la destitución inmediata del servidor estatal condenado, en virtud a que así lo dispone la última parte del segundo párrafo del artículo 79 transcrito recientemente.<sup>32</sup>

Los órganos competentes para entender en los casos penales son los juzgados penales, dependientes del Poder Judicial, los cuales deben regirse

---

<sup>31</sup> El artículo en comento establece que “Serán perseguibles exclusivamente por acción privada los siguientes hechos punibles: 1) maltrato físico; 2) lesión; 3) lesión culposa; 4) amenaza; 5) tratamiento médico sin consentimiento; 6) violación de domicilio; 7) lesión a la intimidad; 8) violación del secreto de comunicación; 9) calumnia; 10) difamación; 11) injuria; 12) denigración de la memoria de un muerto; 13) daño; 14) uso no autorizado de vehículo automotor; y 15) violación del derecho de autor o inventor. En estos casos se procederá únicamente por querrela de la víctima o de su representante legal, conforme al procedimiento especial regulado en este código”.

<sup>32</sup> Asimismo, “si no fuera posible la reincorporación del funcionario público en el plazo de dos meses de haber quedado firme y ejecutoriada la sentencia respectiva, el afectado tendrá derecho a la indemnización equivalente a la establecida en el Código del Trabajo para el despido sin causa. Si hubiese adquirido la estabilidad, la indemnización será también la establecida por la legislación laboral para tales casos”. Artículo 45 de la Ley de la Función Pública.

por las pautas establecidas en el Código Procesal Penal y el Código de Organización Judicial. Como vemos, en Paraguay está unificada la jurisdicción; cosa distinta a lo que ocurre en México, donde habrá de atenderse a la falta que cometió el servidor estatal y a la legislación que le sea aplicable, pues, dependiendo de las circunstancias mencionadas, existen competencias federales y estatales.

## II. Responsabilidad Civil

A través de este tipo de responsabilidad se busca reparar los daños que pudieran ser causados por un agente (los servidores del Estado) a través conductas antijurídicas que produzcan perjuicio a los particulares. Es la responsabilidad que “procede de los funcionarios públicos para con los administrados”.<sup>33</sup> El bien jurídico tutelado, por ende, deja de ser el patrimonio del Estado, dirigiéndose la protección jurídica hacia el patrimonio perjudicado (y a ciertos derechos extrapatrimoniales) del ciudadano, en la medida que una decisión (arbitraria, en nuestro caso) lo violente y perjudique. Puede ser sujeto de responsabilidad civil cualquier servidor estatal, sin excepción de rango e investiduras, con la condicionante que, tratándose de los sujetos cuya investidura conlleva el requisito de procedencia, éste debe agotarse y ser concedido, antes de la prosecución del juicio civil respectivo. Los órganos competentes para entender en los casos civiles son los juzgados en lo civil y comercial,<sup>34</sup> dependientes del Poder Judicial, los cuales deben regirse por las pautas establecidas en el Código Procesal Civil y el Código de Organización Judicial.

En el ámbito del Derecho Civil paraguayo, el vocablo “responsabilidad” adquiere sus notas características a partir de los límites que el Derecho alemán ha impuesto a la dualidad *schuld/haftung*, designada en

---

<sup>33</sup> André Maurin, *Derecho Administrativo Francés*, Trad. Julio Bustillos, Porrúa, México, 2004, p. 118.

<sup>34</sup> O los Juzgados de Justicia Letrada, o Juzgados de Paz; dependiendo de la cuantía del juicio.

castellano como *deuda/responsabilidad*.<sup>35</sup> En esta dialéctica, la *haftung* (o responsabilidad) no es otra cosa que la posición pasiva del deudor por la que sujeta su patrimonio a la agresión que ha causado al acreedor, para que éste pueda efectivizar su crédito.

De esta manera, cuando el Código Civil Paraguayo, en su artículo 430, señala que “el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros”, y en el artículo 420 inciso a), a su vez, faculta al acreedor a “emplear los medios legales a fin de que el deudor cumpla con la prestación”, no sólo está formulando los principios básicos de la obligación civil, sino que está precisando los límites y alcances de la responsabilidad.

Las particularidades del sistema de responsabilidad alcanzan ribetes de harta complicación cuando nuestra investigación involucra el estudio de las variantes de responsabilidad en el Derecho positivo. De la misma manera en que lo estamos tratando, el administrativista paraguayo Salvador Villagra Maffiodo sostenía la existencia de cuatro tipos de responsabilidad (la política, la penal, la administrativa, la civil),<sup>36</sup> señalando entorno a la responsabilidad civil que “es la que se da por los daños y perjuicios causados en el ámbito del tráfico social entre particulares, y excepcionalmente, entre particulares y el Estado. Puede consistir tanto en el resarcimiento del daño puramente patrimonial como el del daño moral. La jurisdicción es la civil y comercial”.

En cualquier caso, el objetivo de la responsabilidad civil se centra en “responder a la eterna pregunta de que debe suceder cuando causamos un daño”,<sup>37</sup> de donde surgió la necesidad de concebir a este régimen normativo con

---

<sup>35</sup> “La deuda es puro débito, consistente en la promesa de dar, hacer o no hacer; la responsabilidad, en cambio, es el sometimiento del deudor al poder coactivo del acreedor para que éste pueda procurarse, según los casos, ya sea el verdadero cumplimiento de la obligación, ya sea la reparación por el incumplimiento... sin embargo, no ha de exagerarse demasiado la distinción entre deuda y responsabilidad. Si bien conceptualmente existe y es clara, lo cierto es que la responsabilidad sigue al deber como la sombra al cuerpo, según la expresión de Larenz.” BORDA, Guillermo; *Obligaciones*, Tomo I, No. 2.

<sup>36</sup> VILLAGRA Maffiodo, Salvador; *Principios de Derecho Administrativo*, p. 162.

<sup>37</sup> DE ANGEL Yaguez, Ricardo; *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, p. 233.

base en el cual se determina si un sujeto deberá responder del daño causado a otra persona, lo que lo califica como responsable civil y, consecuentemente, obligado a compensar dicho daño al perjudicado mediante el pago de una indemnización.

El Código Civil Paraguayo, sancionado como Ley en el año 1985 y vigente desde el año 1987, al tratar la responsabilidad civil, resolvió incluir dos géneros de responsabilidades: i) La extracontractual o *aquiliana*, que involucra a relaciones no derivadas de un contrato, y ii) La contractual, que se deriva del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato;<sup>38</sup> sin que por ello se haya optado por seguir con la impropia “dualidad de culpas”, sobre la que ampliamente ha debatido la doctrina francesa en su momento.<sup>39</sup>

### 1. Responsabilidad Civil Contractual

La responsabilidad civil contractual (regulada en el Libro II, del Código Civil paraguayo) tiene lugar cuando, mediando negligencia de uno de los contratantes, el cumplimiento de la obligación no resulta según las expectativas de la otra en conformidad a lo convenido, razón por la que nace el deber de indemnizar el daño generado.

En el supuesto de un acuerdo contractual del que podría resultar la responsabilidad civil de un funcionario público,<sup>40</sup> se requiere la reunión de una serie de requisitos:

---

<sup>38</sup> En los últimos años, la doctrina ha afirmado que ésta división es inútil e inoportuna (*Cfr.* TRIGO REPRESAS Y LOPEZ MESA; *Tratado de la Responsabilidad Civil*, La Ley, e YZQUIERDO TOLSADA; *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Dykinson, España (Madrid), 2001), pues se estima que la situación es invariable partiendo de la visión uniforme del *daño* causado, ya sea contractual o extracontractual.

<sup>39</sup> Al respecto, el artículo 1855 establece que “Para apreciar la culpa o el dolo del responsable del daño, así como para la liquidación de éste, se aplicarán, en cuanto sean pertinentes, las normas de este Código sobre incumplimiento de las obligaciones provenientes de los actos jurídicos”. Sobre el punto, *Cfr.* MAZEAUD, *Tratado Práctico de Responsabilidad Civil*, tres tomos, Ejea, Argentina (Buenos Aires), 1961.

<sup>40</sup> “La expresión ‘funcionario público’ debe ser interpretada en sentido amplio, abarcando a todos aquéllos que cumplen una función estatal, ya sea en forma permanente o temporaria, en forma onerosa o gratuita, sin

- i. Incumplimiento contractual: El funcionario deja de cumplir cualquiera de las obligaciones derivadas de su contrato con el particular, o en su caso, lo cumple con deficiencia;
- ii. El daño al particular: El daño debe ser imputado al incumplimiento de la obligación existente entre el perjudicado y el responsable. Tal daño tendrá un contenido patrimonial (daño emergente y lucro cesante) y, excepcionalmente, será del orden moral.
- iii. El factor de atribución: La imputabilidad del incumplimiento contractual al funcionario, atribuible al dolo o la culpa propios (o de sus dependientes o auxiliares), es esencial en la determinación de la responsabilidad. Es lo que se concibe genéricamente como culpa, fundamento esencial de la responsabilidad contractual (salvo que la obligación sea de resultado, en cuyo caso la importancia de la culpa se relativiza) y que se define por el artículo 421 del Código Civil, como la omisión “de aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar”.

## 2. Responsabilidad Civil Extracontractual

Este tipo de responsabilidad (regulada en el Libro III del Código Civil) se basa en la idea del “acto ilícito”. El mismo, cuando es cometido contra otra persona, engendra una obligación de reparar el daño causado, mientras no medie un contrato entre las partes. Este es el tipo de responsabilidad que nos interesa y sobre el cual deberemos abundar, pues hace al objeto de nuestro trabajo.

El Código Civil en su artículo 1835 exige la reunión de una serie de requisitos para que tal responsabilidad surja:

- i. Antijuricidad: Cuando el acto en cuestión esté prohibido por ley, reglamento, ordenanza municipal u otra disposición dictada por autoridad competente.

---

interesar la jerarquía”. Benigno Ildarraz, Alberto Zarza y Claudio Viale, *Derecho Constitucional y Administrativo, Ob. Cit.*, p. 415.

- ii. Daño: Que de ese acto derive un daño o se produzca un hecho exterior que pueda ocasionarlo.
- iii. Factor de atribución: Siempre que a sus agentes les sea imputable de culpa o dolo, aunque se tratare de una simple contravención.
- iv. Relación de causalidad: Entre el causante del daño, el daño y el dañado.

El eje del sistema de responsabilidad civil en el Paraguay sigue siendo “la culpa”, tal cual se desprende del texto del artículo 1833, del que resulta clara su primacía,<sup>41</sup> a pesar de la relevancia que han adquirido otros tipos de responsabilidades civiles en el último siglo y, en particular, la noción de la “responsabilidad civil sin culpa”, que también ha sido acogida para ciertos casos previstos en el mismo Código.

Los casos de responsabilidad objetiva – en los que no es necesario probar la culpa para obtener la indemnización –, se limitan a los tradicionales supuestos provenientes del Derecho Romano y sus obligaciones *quasi ex delicto*, sintetizadas en el daño causado por una persona privada de discernimiento, respondiendo aquella que lo tiene bajo su cuidado (artículo 1850), siendo el caso de quien habita una casa y debe responder del daño proveniente de las cosas que de ella caen y se arrojen (artículo 1851) y al del propietario de un animal peligroso (artículos 1853 y 1854).

Además de ellas, el Código contempla las variantes propias de la “teoría del riesgo creado” de los franceses Josserand y Salleiles, que fue adoptada por la ley civil a partir de las reformas que realizó Guillermo Borda al Código Civil de Vélez en 1968.<sup>42</sup>

Al quedar regulada de esta manera la responsabilidad objetiva, en tratándose de actos de autoridad que provocan un daño o perjuicio en el régimen

---

<sup>41</sup> Sobre la importancia de la primacía de la culpa, *Cfr.* DÍEZ-PICAZO; *Derecho de Daños*, Civitas, España, 1999.

<sup>42</sup> El artículo 1847 está “inspirado” en los párrafos agregados por Borda al artículo 1113 del Código de Vélez.

jurídico y, por consecuencia, en el particular, se debe medir la intención del agente actuante a la hora de valorar la reprochabilidad de su conducta desde una perspectiva civil.

Desde luego que el resultado dañoso y el quebrantamiento del orden jurídico se ligan como consecuencia de un acto que no es querido por el sistema. De ahí que sea de aplicación el artículo 1833 del Código Civil,<sup>43</sup> que interpretado en concordancia con las variantes previstas en el artículo 1834 del mismo cuerpo legal, nos lleva inobjetablemente a categorizar como ilícito el acto (en cuanto prohibido por -o contrarias a- las leyes, reglamentos, ordenanzas municipales u otras disposiciones) y, por ello, resulta clara la imputación de culpa al agente (funcionario) que no se apegaba al principio de legalidad que rige en la administración pública.

A los efectos de que concurra la co-responsabilidad estatal, el daño o quebrantamiento, en todo caso, debe ser ocasionado por el servidor estatal en el ejercicio de sus funciones públicas; caso contrario (si el daño o quebrantamiento es causado por aquél fuera de sus labores públicas), si bien surgirá una responsabilidad individual del funcionario del Estado, a ella no concurrirá la responsabilidad subsidiaria de la Administración Pública prevista en el artículo 106 de la Constitución Nacional.

Por lo mismo, vale insistir en el hecho de que si una conducta (de autoridad pública) es desenvuelta fuera del ejercicio de sus competencias públicas, no cabrá aplicar la co-responsabilidad del Estado, por lo que mal podría demandársele a éste último para obtener algún tipo de resarcimiento. Sin embargo, de existir un daño provocado por la actividad del servidor público que se ha encuadrado en los límites legales, valga decir, actuó correctamente, sólo podría

---

<sup>43</sup> “El que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño. Si no mediare culpa, se debe igualmente indemnización en los casos previstos por la ley, directa o indirectamente”.

resultar una responsabilidad estatal, mas no civil, de quien ha obrado en el regular cumplimiento de sus obligaciones legales.<sup>44</sup>

Existiendo una conducta irregular (arbitrariedad) y siendo ella desenvuelta por la autoridad dentro del ejercicio de sus funciones, surge su responsabilidad civil y la subsidiaria del Estado; así, el funcionario será responsable por su conducta ilícita y el Estado lo será (de manera a garantizar el resarcimiento correspondiente) porque un empleado suyo ha cometido un daño en cumplimiento de las funciones que él le ha encomendado.<sup>45</sup>

Para concluir con este apartado, debemos acotar que la responsabilidad extracontractual puede dividirse en tres grandes categorías.

a. La responsabilidad civil por hecho propio: Prevista en el artículo 1833, en el que se dispone que “El que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño”. La obligación de reparar involucra a cualquier menoscabo material (daño emergente y lucro cesante) y moral (violatorio de la vida, el bienestar, el honor, etc.) causado por el ilícito, según lo precisa el artículo 1835 del Código Civil.

b. La responsabilidad civil por hecho ajeno: La antijuricidad se manifiesta en la actuación bajo la dependencia o con autorización de otro, por lo que se compromete la responsabilidad del principal. Sin embargo, quedará exento de responsabilidad si prueba que el daño se produjo por culpa de la víctima o por caso fortuito.

---

<sup>44</sup> Es en ese sentido en el que debe interpretarse el artículo 1846 del CC, cuando dice que: “El que crea un peligro con su actividad o profesión, por la naturaleza de ellas, o por los medios empleados, responde por el daño causado, salvo que pruebe fuerza mayor o que el perjuicio fue ocasionado por culpa exclusiva de la víctima, o de un tercero por cuyo hecho no deba responder”.

<sup>45</sup> “Para que el agente quede comprendido en esta responsabilidad debe haber cumplido de una manera ‘irregular’ sus funciones, porque si su conducta se ha desarrollado conforme a las reglas y deberes correspondientes, aun cuando cause un daño a otro, no le cabe a él ninguna responsabilidad, sin a la AP (Administración Pública)”. Benigno Ildarraz, Alberto Zarza y Claudio Viale, *Derecho Constitucional y Administrativo, Ob. Cit.*, p. 416.

Esta hipótesis llama nuestra atención en cuanto queda claro que si el acto arbitrario ha emanado por una presión u orden del superior jerárquico no es posible eximir de responsabilidad a la autoridad actuante, por lo mismo que su actuar debe encuadrarse a las finalidades legales, las que él mismo deberá determinar y si, a sabiendas de que una “recomendación” del superior redundará en una resolución arbitraria, su culpabilidad estará latente, desde el momento en que quien ejerce una función pública debe conocer sus facultades y límites,<sup>46</sup> debiendo proceder en consecuencia.

Además, la ignorancia de la ley no exime su cumplimiento (artículo 8° del CC), lo que le obliga a interiorizarse sobre sus facultades, competencias, límites y consecuencias de su proceder, antes de asumir cualquier responsabilidad. Claro, todo ello, sin perjuicio de que (en caso de su denuncia y comprobación) se apliquen, también, las sanciones pertinentes a quien ha obligado o intentado obligar al inferior actuar irregularmente, cuestión que se vincula con la ausencia de vicios (violencia moral) en la estructura del acto jurídico administrativo y sus respectivas consecuencias nulificadoras.<sup>47</sup>

c. La responsabilidad civil sin culpa: Sobre la que ya hemos tomado nota y en virtud a la cual, quien crea un peligro con su actividad o profesión, por la naturaleza de ellas, o por los medios empleados, responde por el daño causado.

### III. Responsabilidad Administrativa

---

<sup>46</sup> Así, el artículo 57 de la Ley de la Función Pública establece como obligaciones del funcionario público: inciso “a) realizar personalmente el trabajo a su cargo en las condiciones de tiempo, forma, lugar y modalidad que determinen las normas dictadas por la autoridad competente”; y no la sujeción lisa y llana a las órdenes del jefe, máxime cuando dichas órdenes tienden a quebrantar el orden jurídico; lo cual surge del mismo precepto legal, cuando obliga a aquél a: inc. “d) acatar las instrucciones de los superiores jerárquicos relativas al trabajo que realiza **cuando ellas no sean manifiestamente contrarias a las leyes y reglamentos**”; inc. “g) observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta honesta y leal en el desempeño de su cargo, **con preeminencia del interés público sobre el interés general**”. (las negritas son nuestras).

<sup>47</sup> En tal sentido, el artículo 60 inciso a) de la Ley de la Función Pública prohíbe al funcionario “utilizar la autoridad o influencia que pudiera tener a través del cargo, o la que se derive por influencia de terceras personas, para ejercer presión sobre la conducta de sus subordinados”.

Se trata aquí de la responsabilidad frente a la administración pública por los daños que ocasionare, el servidor público, al normal funcionamiento de aquélla, es decir, “por la violación culposa o dolosa de los deberes impuestos por la relación de empleo público durante la prestación”.<sup>48</sup> Es la que procede de los funcionarios públicos para con la administración. Aquí, los bienes jurídicos tutelados son el patrimonio y el buen funcionamiento de los órganos públicos. Todo empleo tiene sus reglas a las cuales uno debe sujetarse, el Derecho administrativo no es ajeno a ello, al contrario, allí tales normas, por un lado otorgan estabilidad y certeza al funcionario estatal, por el hecho de que no se le puede remover o sancionar sino por causas y procedimientos específicamente previstos en la ley administrativa correspondiente, así como, por otro lado, le obliga al servidor estatal a comportarse conforme a los lineamientos jurídicos previamente establecidos, los cuales está obligado a conocerlos. Dicha relación deriva del vínculo que aquél posee con el Estado, actuando en nombre de éste y a favor de la colectividad.<sup>49</sup>

En el Paraguay, todo cuanto hace a las obligaciones y responsabilidades (laboral-administrativa) de los funcionarios y empleados públicos está regulado en la Ley No. 1626/2000 de la Función Pública, claro, sin descartar las cartas orgánicas y reglamentos pertinentes que rigen en cada dependencia estatal.<sup>50</sup> En la Ley aludida se establecen los fines y propósitos a los cuales los servidores estatales deben propender y actuar en consecuencia, entre los cuales se encuentran: atender la finalidad legal y no la personal o ajena a aquélla (art. 57 inc. a); prestar sus servicios con eficiencia, diligencia, urbanidad,

---

<sup>48</sup> Benigno Ildarraz, Alberto Zarza y Claudio, Viale *Derecho Constitucional y Administrativo*, Ob. Cit., p. 417.

<sup>49</sup> En el mismo sentido, véase Diego Valadés, *El control del poder*, 2ª ed., Porrúa, México, 2000; cuando en la p. 164 menciona que “las normas constitucionales y ordinarias que rigen la función pública contienen una serie de comandos de cumplimiento ineludible para el servidor público, y las opciones que corresponden a éste resultan condicionadas por las circunstancias en las que tiene que actuar, por el bien público que debe satisfacer y por el mandato programático que la ciudadanía haya determinado”.

<sup>50</sup> A los cuales no nos referiremos, pues, de lo contrario, sería una cosa inagotable, debido a la existencia de tantas leyes o decretos reguladores como entes públicos hay; por lo que centramos nuestro análisis en la Ley madre, que es a la cuál todos están obligados a respetar.

corrección y disciplina (art. 57 inc. c); acatar las instrucciones de los superiores jerárquicos relativas al trabajo que realiza cuando ellas no sean manifiestamente contrarias a las leyes y reglamentos (art. 57 inc. d); observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta honesta y leal en el desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado. Asimismo, encontramos prohibiciones a los mismos, como: aprovechar ventajas en razón del cargo para ejecutar, abstenerse de ejecutar, ejecutar con mayor esmero o con retardo cualquier acto inherente a sus funciones (art. 60 inc. f); discriminar la atención de los asuntos a su cargo poniendo o restando esmero en los mismos, según de quién provengan o para quién vayan dirigidos (art. 60 inc. g).<sup>51</sup>

Cualquier trasgresión o incumplimiento a las disposiciones antes señaladas (las cuales implican arbitrariedad en el uso de una potestad pública) es pasible de sanción, previo sumario administrativo, independientemente de cualquier otra responsabilidad civil o penal que traiga aparejado (art. 63, siempre de la misma ley). Así, “los funcionarios públicos incurrirán en responsabilidad administrativa por incumplimiento de sus deberes u obligaciones o por infringir las prohibiciones establecidas en esta ley y las leyes análogas, haciéndose pasibles de las sanciones disciplinarias determinadas en este capítulo” (art. 64). En el mismo entendimiento, el artículo 68 de la ley en comento prevé que serán consideradas faltas graves: el incumplimiento de las obligaciones o trasgresión de las prohibiciones establecidas en la presente ley (inciso e); la malversación, distracción, retención o desvío de bienes públicos y la “comisión de los hechos punibles tipificados en el Código Penal contra el Estado y contra las funciones del Estado” (inciso h).<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> Hacemos mención a aquellas conductas que, desde nuestro punto de vista, tienen una estrecha relación con la arbitrariedad, por los argumentos expuestos en el segundo capítulo del presente trabajo.

<sup>52</sup> Repetimos, hacemos mención a aquellas conductas que, desde nuestro punto de vista, tienen una estrecha relación con la arbitrariedad, por los argumentos expuestos en el segundo capítulo del presente trabajo.

Por ende, una conducta arbitraria, por ser considerada falta grave y conforme al artículo 69 de la Ley de la Función Pública, se hace pasible de las siguientes sanciones disciplinarias: a) suspensión del derecho a promoción por el período de un año; b) suspensión en el cargo sin goce de sueldo hasta treinta días; o, c) destitución o despido, con inhabilitación para ocupar cargos públicos por dos a cinco años. Cabe destacar que, si es que se considera la existencia de hechos punibles, los antecedentes deberán ser remitidos a la jurisdicción penal ordinaria, sin perjuicio del sumario administrativo que al efecto se siga, en su caso.<sup>53</sup> Lo mismo ocurrirá con la sanción que recayese, en su caso, en la instancia administrativa, es decir, ella será aplicada sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pudieran corresponderle por el hecho imputado.<sup>54</sup>

Por otro lado, no obstante las posibles sanciones antes mencionadas, si la conducta irregular (arbitraria) del agente estatal ha ocasionado un perjuicio al Estado, éste tendrá acción contra los bienes de aquél para el resarcimiento correspondiente, conforme acertadamente lo prescribe el artículo 72 de la Ley de la Función Pública. Ello es consecuencia del actuar responsable de toda persona, no solo al servicio del Estado. Por años hemos sido testigo de los destrozos o perjuicios que ha sufrido la administración pública en el seno de sus instituciones, producidos por sus funcionarios, sin que éstos se hagan cargo de ello. Claro, la regulación señalada no embebe que ello, indefectiblemente, ocurrirá; mas es un arma a utilizar para exigir que ello acontezca, ya que, por lo menos, queda plasmado expresamente en el ordenamiento jurídico vigente (en el Paraguay) y latente la reclamación pertinente.

Es así como las sanciones previstas "...son de tipo personal, ya que tienden a mejorar la disciplina funcional. Excepcionalmente pueden tener carácter pecuniario en algún caso que se disponga una multa".<sup>55</sup> Ello resulta ser de tal

---

<sup>53</sup> Así lo dispone el artículo 80 de la Ley de la Función Pública.

<sup>54</sup> Así lo dispone el artículo 81 de la Ley de la Función Pública.

<sup>55</sup> Benigno Ildarraz, Alberto Zarza y Claudio Viale, *Derecho Constitucional y Administrativo*, Ob. Cit., p. 419.

manera en busca del perfeccionamiento de las instituciones públicas, a efectos de brindar así un servicio honesto, transparente y eficaz a la ciudadanía.<sup>56</sup>

En ese sentido, cabe apuntar, que son sujetos de la Ley de la Función Pública los funcionarios y empleados públicos, el personal de confianza, el contratado y el auxiliar, que presten servicios en la Administración Central,<sup>57</sup> en los entes descentralizados, los gobiernos departamentales y las municipalidades, la defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República y los demás organismos y entidades del Estado (art. 1º, primer párrafo, de la Ley en comento). No obstante ello, las autoridades que tienen a su cargo la dirección de las dependencias públicas en las que laboran, así como los cargos considerados relevantes para la legislación en cuestión,<sup>58</sup> quedan exceptuadas de la aplicación de esta Ley (de la Función Pública), lo cual no quiere decir que no posean responsabilidad administrativa, pues sí lo tienen, sólo que ella viene estipulada en la Constitución y leyes propias de cada institución, según sea el caso; pero, dado que un estudio de cada carta orgánica sería una cuestión de nunca acabar, nos abocamos al estudio de la Ley mencionada, por ser la más general y abarcativa, en cuanto a funcionarios estatales se refiere. Por ejemplo, la misma Constitución (en su artículo 190) estatuye que cada Cámara del Congreso “por mayoría de dos tercios podrá amonestar o apercibir a cualquiera de sus miembros, por inconducta en el ejercicio de sus funciones, y suspenderlo hasta sesenta días sin goce de dieta. Por mayoría absoluta podrá removerlo por incapacidad física o mental,

---

<sup>56</sup> “A pesar de que se trata de sanciones personales en algunos casos, no son de aplicación los principios del derecho penal y del procedimiento penal, porque los bienes que se protegen son distintos. En éste lo que se protege es la libertad personal, mientras que en el aquél es la estructura de la AP y su funcionamiento”. Ídem.

<sup>57</sup> “Entiéndase por administración central los organismos que componen el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial, sus reparticiones y dependencias”. Art. 1º *in fine* de la Ley de la Función Pública.

<sup>58</sup> En cuanto a las personas exceptuadas de la aplicación de esta Ley, cabe mencionar el artículo 2º del mismo cuerpo legal: “Aún cuando cumplan una función pública, se exceptúan expresamente de lo establecido en el artículo anterior a: a) el Presidente y el Vicepresidente de la República, los senadores y diputados, los gobernadores y los miembros de las Juntas Municipales y las personas que ejercen otros cargos originados en elección popular; b) los ministros y viceministros del Poder Ejecutivo; c) los diplomáticos y cónsules en actividad, comprendido en el ámbito de aplicación de la ley que regula la carrera diplomática y consular; d) los militares en actividad; e) los policías en actividad; f) los docentes de la Universidad Nacional y de las instituciones oficiales de educación primaria, secundaria y técnica; g) los magistrados del Poder Judicial; h) el Contralor, el Subcontralor, el Defensor del Pueblo, el Defensor del Pueblo Adjunto y los miembros del Consejo de la Magistratura; e, i) el Fiscal General de Estado y los agentes fiscales”.

declarada por la Corte Suprema de Justicia”; con lo cual observamos que la responsabilidad administrativa de un parlamentario deberá ser establecida por sus colegas. Y así, para encuadrar este tipo de responsabilidad en un funcionario que no es pasible de aplicación de la Ley de la Función Pública, debemos remitirnos a la Ley que regula la organización y el funcionamiento de la institución donde trabaja o, en su caso, a la Constitución (cuando se refiera a las autoridades que allí tienen previsto el mecanismo de aplicación de este tipo de responsabilidad).

En cuanto al procedimiento que ha de seguirse para determinar la responsabilidad (administrativa) del servidor público, de acuerdo a lo preceptuado por la Ley de la Función Pública – Capítulo XI “del sumario administrativo”; a pedido de la autoridad máxima del organismo o entidad del que dependa el funcionario público, la Secretaría de la Función Pública nombrará un Juez Instructor, el cual llevará adelante el pertinente sumario administrativo, disponiendo las actuaciones a las que se ajustarán quien denuncie y el denunciado; advirtiendo que dicho proceso sumarial puede ser iniciado de oficio o por denuncia de parte; pero deberá culminar en el plazo máximo de 60 días hábiles (prorrogables por un plazo máximo de 20 días más, por una sola vez), a contar desde el momento de su inicio. La resolución que adopte el juez sumariante (la cual puede ser recurrida ante el Tribunal de Cuentas, en el término de 10 días hábiles) debe ser aplicada por la máxima autoridad del organismo o entidad del cual dependa el sumariado.<sup>59</sup>

#### IV. Responsabilidad Política

Es aquélla que pretende proteger el mandato popular que es otorgado a las personas que han de dirigir los más altos designios de un país, pues, justamente, sólo puede ser aplicada a las autoridades cuyas funciones son las que mayor relevancia adquieren en el gobierno de un Estado, al estar

---

<sup>59</sup> *Cfr.* Arts. 73 a 85 de la Ley de la Función Pública.

encargados de las tareas más delicadas y trascendentes del país.<sup>60</sup> Este tipo de responsabilidad busca que el consentimiento de los ciudadanos de una población, “ser gobernados por determinada estructura política” (construyendo cada uno su voluntad en busca de una convivencia armónica y pacífica), sea respetado; pues, así como implica una alta confianza, también implica una gran consecuencia, si es que aquéllos se apartan de los fines supremos de una nación, los cuales van plasmados en la Constitución Nacional. Esta es, precisamente, otra característica de este tipo de responsabilidad; debido que los procedimientos, causas y sanciones e, incluso, las personas a quienes van dirigidas están determinados expresamente en la máxima carta política de cada país.

Por ello esta responsabilidad es “...de aplicación a los funcionarios titulares primigenios del poder político...”,<sup>61</sup> los cuales, dentro del ordenamiento constitucional paraguayo, son: el Presidente de la República, el Vicepresidente, los ministros del Poder Ejecutivo, los ministros de la Corte Suprema de Justicia (9 ministros), el Fiscal General del Estado, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, el Subcontralor y los integrantes del Tribunal Superior de Justicia Electoral (3 ministros).<sup>62</sup>

Las causales por las cuales esas autoridades podrán ser sometidas a juicio político, son: 1) mal desempeño de sus funciones, 2) delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos, o 3) delitos comunes. De entre estas causales, la arbitrariedad podría ser encapsulada en “mal desempeño de funciones”, habida cuenta que, el apartarse del ordenamiento jurídico, no motivarse en él o actuar conforme a otros intereses; es un apartamiento de los cánones por los cuales debe regirse toda autoridad estatal, es obrar mal, cumplir de manera desacertada la función que le es encomendada por las disposiciones jurídicas correspondientes; teniendo presente que una desnaturalización del derecho es la

---

<sup>60</sup> Puesto que son quienes representan directamente la voluntad popular que distribuye y organiza sus organismos y funciones para tentar una vida en común pacífica, honesta y justa.

<sup>61</sup> Benigno Ildarraz, Alberto Zarza y Claudio Viale, *Derecho Constitucional y Administrativo*, Ob. Cit., p. 414.

<sup>62</sup> *Cfr.* Artículo 225 de la Constitución Nacional paraguaya.

arbitrariedad, motivo por el cual no podemos suponer norma alguna que permita (a una autoridad) actuar arbitrariamente.

Este proceso de enjuiciamiento político, cuando así ocurra, debe tramitarse ante el Congreso Nacional; donde la Cámara de Diputados es el órgano acusador<sup>63</sup> y la Cámara de Senadores<sup>64</sup> se erige en Tribunal de Sentencia, la cual juzgará a los acusados y, en caso de declararlos culpables, el efecto sólo será el de separarlos de sus cargos. No obstante ello, si se da la situación en la cual existiera una supuesta comisión de delitos, los antecedentes deberán ser remitidos a la justicia ordinaria.<sup>65</sup>

#### V. Consideraciones finales, propuesta

Considerando que podemos hacer pasible, a la conducta arbitraria, de los diversos tipos de responsabilidades que hemos analizado, lo que, a nuestro entender, faltaría en la legislación paraguaya es la mención expresa de los límites a la discrecionalidad administrativa, motivo por el cual establecemos lineamientos a los cuales deberá sujetarse el control de dicho tipo de potestad (la discrecional), en el afán de contar con parámetros precisos en el ordenamiento jurídico paraguayo (precisados en el segundo capítulo del presente trabajo); lo cual podría darse mediante la incorporación de dichos parámetros en la Ley de la Función Pública, con la salvedad de que esos criterios deben ser tenidos en cuenta al aplicar o ejercer una potestad discrecional, sin distinción de rangos o jerarquías dentro de la actividad estatal; con lo cual se lograría unificar los criterios jurídicos para delimitar la discrecionalidad y sancionar la arbitrariedad.

Lo recientemente apuntado unificará los criterios a ser tenidos en cuenta para analizar y juzgar el ejercicio de las potestades discrecionales,

---

<sup>63</sup> Siempre y cuando, de entre sus miembros, obtenga el parecer favorable de la mayoría de dos tercios, según el artículo 225 del Procedimiento (del Juicio Político) de la Constitución Nacional paraguaya.

<sup>64</sup> Con una mayoría absoluta de dos tercios, según Ídem.

<sup>65</sup> Ídem.

teniendo presente que ni la doctrina, ni la jurisprudencia se han puesto de acuerdo en cuanto a los límites de aquéllas, pues, si bien se han hecho esfuerzos por escudriñar y establecer los criterios que deben seguirse en función de una facultad discrecional, no existe la uniformidad de criterios que debe proveer un Estado democrático-constitucional de Derecho; para así hacer realidad el principio de “seguridad jurídica”.

Asimismo, cabe recalcar que los criterios a ser establecidos como límite a lo discrecional no implicará perpetuar una determinada forma de pensar a lo largo del tiempo, pretendiendo imponer a las generaciones futuras el sentido de las soluciones a ser adoptadas; pues éstas dependerán siempre de las circunstancias y factores de tiempo y lugar a los que se enfrenten los hechos. Es en esta parte donde los principios juegan su rol, donde las autoridades encargadas de su interpretación y aplicación deberán sopesar los principios en disputas y dotarles de un sentido valorativo acorde con los tiempos que correspondan al de la emanación del acto respectivo. Como vemos, esto implica un proceso subjetivo, intelectual; el cual nunca podrá ser dejado de lado por el Derecho, por más esfuerzo que se haga ni por más detalles que prevamos en las hipótesis normativas. En efecto, cada día nos enfrentamos con nuevas realidades en la vida cotidiana, eventos que ni remotamente los pensábamos, ni tan siquiera tenerlos como probables.

Por ello, creemos que los límites que hemos fijado son objetivos, en la búsqueda de una respuesta coherente al problema que presenta la discrecionalidad en el Derecho administrativo, tendientes a evitar los excesos en el ejercicio de las facultades aquí tratadas (las discrecionales); previendo que el elemento subjetivo siempre estará latente en la adecuación de los principios al caso concreto y ese proceso intelectual requiere de sustentos fácticos y coherentes (razonables).

## CONCLUSIONES

1. El reparto de atribuciones, dentro del principio de la separación de poderes (o más bien, de funciones), permite un mejor control (recíproco) entre los componentes de dicho poder, así como busca desterrar la tiranía y omnipotencia en el ejercicio de las competencias públicas. Con ello se obtiene la primera arma para luchar contra la arbitrariedad del poder.
2. En la relación entre los poderes y órganos del Estado no debe haber relación de supra o infra subordinación, sino de coordinación y recíproco control; en el ámbito de un reparto de funciones, el cual es establecido en las Constituciones o legislaciones respectivas de cada Estado, según sea el caso.
3. La soberanía reside en el pueblo y el poder del Estado es uno sólo, el cual es recibido del pueblo, con el fin de que los gobernantes gobiernen en pro de una convivencia pacífica y armónica que busque el bienestar general. A partir de ello es cuando en cada país se establecerá la forma de gobierno que más pertinente se considere a sus intereses, distribuyendo funciones a diferentes órganos públicos que han de administrar las políticas públicas que les sean encomendadas por las Constituciones políticas y las leyes. Recalcamos, el poder del Estado es único e indivisible, lo que se dividen son las funciones y órganos que las ejecutarán.
4. La igualdad entre los diversos órganos públicos o la cierta supremacía que son pretendidas en las cartas magnas de los Estados no garantizan que el equilibrio pretendido sea una realidad, pues ésta dependerá de factores ajenos a los previstos en dichas Constituciones; como ser los factores políticos, sociales, económicos, ambiciones personales, etc.; los cuales determinarán, en el día a día (en la realidad viva), el tipo de relación que van a existir entre los diversos entes públicos. El mentado equilibrio

dependerá de la voluntad común de los hombres al servicio del Estado, quienes ejercen las facultades públicas; por lo que esta relación es desenvuelta en un ambiente equilibrado por las negociaciones políticas.

5. Como un mecanismo más para asegurar tal equilibrio, las Constituciones crean órganos constitucionales autónomos u órganos extrapoderes, de tal manera que el Estado asuma nuevas tareas y facultades, no a través de los tres poderes tradicionales, sino mediante nuevos órganos que impidan la suma de potestades públicas en manos de pocas personas o entidades y garanticen una administración transparente capaz de absorber la confianza de la población. Estos órganos, a su vez, se suman así a la dinámica política que determinará la existencia o no del pretendido equilibrio.
6. Debido a que no pueden ser previstas, en las leyes, todas las circunstancias posibles a ser desarrolladas en la vida y a que las disposiciones jurídicas son cada vez más generales, estableciendo fines y directrices en mayor dimensión (sin descartar las reglas); el Poder Ejecutivo y sus dependencias cuentan con una marcada autonomía en su administración y una mayor discrecionalidad en sus facultades.
7. El control, ya sea interno o externo, anterior, concomitante o posterior; coadyuvan en la vigencia del principio de división de poderes, velando por el buen uso de los bienes públicos y el correcto funcionamiento de las instituciones públicas; de tal manera a transparentar el manejo de la administración estatal y propender la confianza de la población; constituyendo uno de los remedios para contrarrestar la corrupción.
8. Asimismo, las normas constitucionales son interpretadas por los parlamentarios a la hora de fijar el sentido y alcance de los principios contenidos en aquéllas, para lo cual deben atender las circunstancias y contextos sociales y políticos del momento, motivo por el cual las normas

no pueden ser estáticas, sino elásticas. Lo mismo ocurre con los miembros del Poder Judicial, al momento de entender los casos que deben dirimir y resolver.

9. La discrecionalidad está presente en todo ordenamiento jurídico, es la realidad del mundo jurídico, lo que debemos buscar son parámetros que permitan controlar el razonable ejercicio de una potestad discrecional.
10. El Derecho siempre está en desarrollo, en constante adecuación a los tiempos presentes, de manera que el perfeccionamiento debe buscarse en la experiencia de sus instituciones, las cuales deberán aprender de sus errores y virtudes.
11. El acto administrativo es aquella declaración de voluntad de un órgano de la administración pública, en ejercicio de una atribución legal y cuidando las formas previstas por el ordenamiento jurídico, de carácter unilateral y concreto; el cual tiende a producir efectos jurídicos en la esfera de los administrados. De más está mencionar que su objeto debe ser lícito, posible, cierto y determinado o determinable.
12. Existe potestad reglada cuando la propia ley establece todos los requisitos para que surja el acto, así como las consecuencias de éste; donde a la autoridad no le queda más que comprobar que se hayan dado las circunstancias que de manera completa señala el precepto normativo, así como las consecuencias (también acabadas) previstas. Aunque cabe advertir que este tipo de facultades constituyen la minoría, no descartando su existencia, pues toda interpretación embebe una valoración por parte del intérprete, con lo cual se abre un margen de apreciación dentro del cual deberá desenvolverse la autoridad.

13. En algunas ocasiones (aunque en realidad es en la mayoría de los casos) las disposiciones normativas no prevén todos los elementos o todas las circunstancias, no lo hacen de manera expresa, lo hacen estableciendo un mínimo y un máximo (como el *quantum* de sumas de dinero) o lo hacen a través de conceptos que no están delimitados previamente y cuya determinación corresponderá a la autoridad; por lo que, dichas situaciones remiten a la estimación subjetiva (facultad o potestad discrecional) de quien emanará el acto.
  
14. El campo de apreciación subjetiva no significa libertad para obrar conforme a la simple voluntad del agente actuante (autoridad pública); pues, es de notarse, que si la ley otorga la potestad de completar sus cuadros (o calla en algunas cuestiones del supuesto que prevé, al callar está autorizando a que sea completada su regulación), de manera expresa o tácita (cuando prevé el orden público como una de las finalidades y no establece el mecanismo ni los pasos a seguir para seguirlo o alcanzarlo) lo hace para que esta completitud se pueda dar atendiendo los parámetros (esto es, valores, doctrinas, razonamientos, etc.) que la actualidad, tiempos y circunstancias otorguen a las cosas; de manera que la finalidad del derecho pueda ser cumplida; la regulación de la sociedad conforme a sus propias circunstancias y valores predominantes (lo cual va cambiando con el tiempo).
  
15. Es así como la discrecionalidad surge como una necesidad de la sociedad para adecuar los conceptos y disposiciones a las circunstancias del momento. Bien sabido es que lo que en el pasado significaron varios conceptos no equivalen a lo que ahora; éstos dependerán de los pormenores circunstanciales y las tendencias mayoritarias imperantes en una determinada sociedad, misma que difiere una de otra en cuanto a valores e intereses superiores.

16. Cabe apuntar ahora que dicha discrecionalidad se dará en cuanto a ciertos elementos a ser definidos, nunca podrá ser una discrecionalidad total, por lo mismo que siempre habrá una norma que autorice y prevea requisitos mínimos, cuando menos (así; la potestad misma, su extensión –nunca absoluta–, la competencia y el fin).
17. Habrá de advertir, también, que si bien la ley se referirá a una finalidad pública a ser satisfecha, puede existir más de una finalidad pública y encontrarse así una contraposición de criterios finalísticos, todo lo cual dependerá del criterio de quien emita el acto, conforme a las circunstancias del caso; para lo que se precisará de la ponderación, a los efectos de otorgar preeminencia a uno de los valores en juego.
18. Esto sucede dada la impracticidad e inconveniencia de que todos los detalles sean previstos en la ley; por lo que, así como siempre habrá elementos reglados en el ejercicio de potestades públicas, también siempre nos encontraremos con elementos que permitan la interpretación subjetiva del agente público. Más aún, la discrecionalidad sirve a la autoridad para perseguir aquéllos principios que no siempre aparecen expresos en las leyes pero que responden al “interés público”; o sea, es un instrumento para alcanzar y proteger este fin y principio del Derecho público.
19. Ahora, habiendo una potestad discrecional, el control sobre su encuadramiento normativo deberá basarse en corroborar que se haya seguido y respetado un razonamiento lógico; reconociendo que en el ámbito jurídico existen diversos y que cada uno de ellos llevan a conclusiones diferentes, a lo que no nos queda más que respetar esa diversidad de opiniones (lo cual no nos debe alarmar, siempre ha sido así); pero, siempre con fundamentos jurídicos razonables.

20. La discrecionalidad surge ante la imposibilidad del derecho de prever todos los casos que puedan darse en el plano de la realidad social. El Derecho nunca podrá prever todo y al aplicador del Derecho le cabrá siempre un margen de discrecionalidad en la tarea interpretativa. Así, los diversos métodos interpretativos desarrollados por la ciencia jurídica conllevan un resultado posible, nunca un único resultado correcto.
21. Con todo, el acto discrecional es aquél que ha sido dictado por la autoridad pública conforme a una facultad que el orden jurídico, de manera expresa o implícita, le ha conferido a los efectos de que, a través de una apreciación subjetiva del interés general en cuestión, adecue la disposición normativa al caso concreto que le toque entender, optando razonablemente por una solución entre otras igualmente válidas para el plexo normativo.
22. El término razonable embebe una adecuación a los principios del ordenamiento jurídico y a los generales del derecho (cuando éstos no se encuentren dentro de aquél ordenamiento - partiendo de los propios del derecho administrativo); como ser: la legalidad normativa, la lógica jurídica, el interés general (regulador del derecho público), la oportunidad, la ponderación, la objetividad y otros enunciados en la última parte del segundo capítulo del presente trabajo.
23. Si se ha optado razonablemente por una solución entre otras posibles estamos en presencia del ejercicio de una potestad discrecional, pero, si se ha optado por una solución sin justificarla, sin argumentarla, es decir, sin elaborar un análisis razonable sobre una u otra posible solución, si se ha justificado la decisión con un argumento ajeno a los cánones jurídicos (ya sea por interés personal o ajeno, presión, temor, beneficio u otro); entonces estamos en presencia de un acto arbitrario, mismo que es consecuencia de la mala utilización de la facultad otorgada a la Autoridad.

24. Los límites de la potestad discrecional propuestos son: la razonabilidad (la cual, en cierta medida, incluiría a las demás), los hechos condicionantes, los principios generales del derecho, el criterio de oportunidad, los aspectos reglados (cuando existan) y las reglas técnicas.
25. La debida argumentación surge, en la discrecionalidad, como consecuencia de una necesidad de legitimidad de la actuación pública para con la sociedad, tendiendo a justificar los actos que dicta todo servidor del Estado. Por ello debe implicar un esfuerzo por parte de quien argumenta para así justificar su decisión, buscando con ello, una adhesión, o, cuanto menos, una interacción con la sociedad.
26. Dentro de lo razonable, a su vez, nos encontramos con la proporcionalidad, una necesidad de mayor esfuerzo para justificar la necesaria ponderación cuando hay conflicto de principios. Dicha ponderación (a través de la proporcionalidad) será realizada para y en presencia de cada caso concreto y no para que el principio escogido sea considerado como preferente (superior) a los demás dentro del ordenamiento jurídico. Sólo tendrá vigencia para dicho caso. Se justifica la ponderación en cada caso concreto atendiendo a que los valores de una sociedad van cambiando con el tiempo, no son medibles, y a través de este mecanismo interpretativo se van adecuando los hechos a los valores que son manejados en cada caso y en determinado tiempo por la sociedad.
27. Donde existe facultad discrecional la autoridad tiene la opción de elegir entre dos o más soluciones posibles como consecuencia de su ejercicio; ello mismo puede ocurrir en la interpretación de los conceptos imprecisos (como también se conoce a los indeterminados), donde, incluso, hay veces que de la interpretación de un mismo concepto pueden deducirse dos o más soluciones posibles. Ello viene a suponer una estimación jurídica a ser realizada por la autoridad de acuerdo al sentido de la ley y a las reglas y

principios del ordenamiento jurídico; pero habrá que tener en cuenta que los hechos que acontecen en la vida sobrepasan por mucho a los supuestos normativos, por lo que su precisión, al menos en la mayoría de los casos o en los llamados difíciles, estará indeterminada; donde la discrecionalidad para decidirse en tal o cual sentido jugará su rol, junto con los caracteres que rodean al caso, en su confrontación con el marco regulatorio. Es por ello que sostenemos que no siempre la solución posible ha de ser sólo una y que la adecuación, mas no precisión, de los conceptos indeterminados a los casos concretos conlleva el mismo juicio aplicado a la discrecionalidad.

28. Los principios jurídicos desempeñan un papel constitutivo del orden jurídico; en el sentido de que su formulación genera en el intérprete una actitud de adhesión y apoyo o, de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda, en cada caso concreto. Los principios generan una significación operativa haciendo reaccionar de determinada manera ante una situación concreta, no se formulan en abstracto previendo regir ante un supuesto determinado, sino que nos llevan a tener una concepción fundamentadora al momento de comprender la realidad, valorativamente.
29. Las reglas se agotan en sí mismas, no tienen una caracterización más que las establecidas en la disposición normativa, no son valorativas de una situación dada, sino que su formulación pretende una aplicación mecánica a un caso concreto, puesto que son formulaciones en abstracto que esperan ser aplicadas a un caso delimitado en todos sus aspectos. Así, a las reglas se obedece y a los principios uno se adhiere.
30. No obstante dicha diferencia, habrá que entender a determinadas normas como orientadas a la consecución de cierto fin, por lo que nos encontraríamos ante fines implícitos en dicha norma. Por ello debemos comprender que esas normas son desarrollos de determinados principios

(es aquí donde se da el punto de unión, donde convergen ambos para el desarrollo del ordenamiento jurídico).

31. Con la cada vez más creciente regulación por principios, lo cual ocurre debido a la imposibilidad de la previsión de los diversos supuestos que pueden acontecer en la vida común; estamos en presencia de aquéllos (los principios), donde se carece de supuesto de hecho, lo cual desequilibra la tarea mecanicista de la escuela positivista (subsunción) que considera a la aplicación exegética de la norma jurídica como la única que cabe en la interpretación jurídica. Pero, nos encontramos ante otra realidad y tales principios son concepciones con cargas ideológicas (políticas) que toda autoridad pública, investida de facultades legales para aplicarlos (funciones materialmente jurisdiccionales), los debe adecuar a los casos concretos. Tal función, por lo tanto, no puede dejar de verse influenciada por la subjetividad del servidor del Estado, quien para adecuar o bajar (los principios) a los casos concretos debe realizar una valoración (razonamiento intelectual); debido al “carácter impreciso y no rígido y mecánicamente constrictivo de los principios y, por tanto, del carácter inevitablemente creativo ínsito en la determinación de su significado. Derivaría también, y sobre todo, de su pretensión de generar adhesión y participación en la concepción ‘política’ de la que son expresión”. Lo que queda es la comprensión de que la tarea de interpretación normativa se desenvuelve en este campo, por más que ello traiga intranquilidad, pues los paradigmas cambian y la anhelada seguridad jurídica y certeza judicial son cosas de una etapa superada por la contingencia del mundo en que vivimos; por lo que sería un error pretender seguir aferrándose a la literalidad de la interpretación intentando desconocer los avatares de la vida (jurídica).

32. En ese sentido, a la luz de los hechos, los valores contenidos en los principios van tomando forma; cuando un caso concreto lo confrontamos

con un principio no surge una regla que indique qué deba hacerse o qué decisión tomar, pero sí indica la dirección en la que habrá de resolverse el caso particular, de tal modo a satisfacer el valor que el principio confrontado embebe.

33. Es por ello que de una interpretación formal del derecho (según los métodos tradicionales de la escuela positivista) debe pasarse a una interpretación material (que analice contenidos, explícitos e implícitos); para así encontrar la mejor solución posible en busca de la tan anhelada justicia.
34. El contenido de los principios son declaraciones de valores, por lo que para mantener la armonía entre éstos se tiene que establecer una paridad, y sólo diferenciarlos en el momento de resolver un caso concreto, y en ese caso concreto brindar la solución, prevaleciendo determinado principio en atención a las “circunstancias” que rodean al mismo caso.
35. La función estatal siempre deberá estar apegada a la ley, ahora, dado el carácter de ésta es que, para alcanzar los fines por ella establecida, se deberá acreditar al órgano público cuanto sea necesario para alcanzar aquéllos fines; claro está que deberá tener en cuenta los derechos privados y armonizar los valores tutelados en las leyes (donde también caben y juegan un papel primordial las garantías individuales, consagradas constitucional y legalmente), pero aún en dicho menester cabrá siempre un margen discrecional para el actuar público.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea. Política*, Porrúa, México, 1976.
- ARISTÓTELES, *La Política*, Época, México, 2005.
- ATIENZA, Manuel, *Cuestiones Judiciales*, primera reimpresión, Fontamara, México, 2004.
- BANDEIRA de Mello, Celso Antonio, *Curso de Derecho Administrativo*, Trad. de Valeria Estefanía Labraña Parra, Porrúa, México, 2006.
- BANDEIRA de Mello, Celso Antonio, *Discrecionalidade e controle jurisdicional*, 2da. ed., Malheiros, Brasil, 1993.
- BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 3ª ed., Abeledo Perrot, Argentina (Buenos Aires), 1984.
- BOURDIEU, Pierre y Gunter Teubner, *La fuerza del Derecho*, Estudio preliminar y traducción de Carlos Morales de Setién Ravina, Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Colombia (Bogotá), 2000.
- BRONFMAN Vargas, Alan, "La representatividad del sistema parlamentario gallego. Consideraciones en torno al régimen electoral", en la obra *Parlamento y Sistema Electoral. VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Francesc Pau i Vall (Coordinador), 23, 24 y 25 de septiembre de 1998, Palma de Mallorca-España, Aranzadi, España, 1999.
- CÁRDENAS Gracia, Jaime, *La Argumentación como Derecho*, UNAM, México, 2005.
- CÁRDENAS Gracia, Jaime, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, UNAM, México, 2000.
- CARPISO, Jorge, *Derecho Constitucional*, Porrúa, México, 2003.
- CARPISO, Jorge, *El Presidencialismo Mexicano*, 18ª ed., Siglo XXI, México, 2004.
- CARRÉ de Malberg, Raymond, *Teoría General del Estado*, 2ª ed. en español, Trad. José Lión Depetre, Facultad de Derecho UNAM y Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Argentina (Buenos Aires), 1992.

- CASTRO Estrada, Álvaro, *Nueva Garantía Constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado*, Porrúa, México, 2002.
- DE ANGEL Yaguez, Ricardo, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, Civitas, España (Madrid), 1995.
- DELGADILLO Gutiérrez, Luis Humberto, *El sistema de responsabilidades de los servidores públicos*, 4ª ed., Porrúa, México, 2001.
- DELGADILLO Gutiérrez, Luis, *Elementos de Derecho Administrativo*, Limusa, Noriega Editores, México, 2000.
- DELGADO del Rincón, Luis Esteban, *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España (Madrid), 2002.
- DIEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de Daños*, Civitas, España (Madrid), 1999.
- DROMI, Roberto, *Sistema y Valores Administrativos*, Editorial Ciudad Argentina, Argentina (Buenos Aires), 2003.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Trad. Claudia Ferrari, 2ª ed., Gedisa, España (Barcelona), 1992.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Airel Derecho, España (Barcelona), 1984.
- Enciclopedia Jurídica Mexicana*, UNAM y Porrúa, México, 2002.
- ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Trad. Eduardo Valentí Fiol, Bosch, España (Barcelona), 1961.
- FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo y Administración Pública*, Porrúa, México, 2006.
- FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, *Poder Legislativo*, Porrúa, México, 2004.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *De la Arbitrariedad del Legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Civitas, España (Madrid), 1998.
- GARCÍA Colorado, Gabriel y Francisco Palomino Ortega (Coordinadores), *El Órgano Superior de Fiscalización y sus Repercusiones Institucionales*, Cámara de Diputados, México, 2000.
- GARCÍA de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 4ª ed., tercera reimpresión, Civitas, España (Madrid), 1987.

- GARCÍA Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, España (Madrid), 1987.
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, España (Barcelona), 1996.
- GIDDENS, A., Z. Barman, N. Luhmann y U. Beck, *Las consecuencias perversas de la Modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*, Josetxo Beriain (Compilador), Trad. Celso Sánchez Capdequí, Anthropos, España (Barcelona), 1996.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, puede consultarse en <http://www.gordillo.com> (15 de mayo de 2006).
- GROS Espiell, Héctor, *Uruguay: Presidencialismo o Parlamentarismo*, Uruguay, 2002, puede consultarse en <http://www.ejournal.unam.mx/cuestiones/cconst07/CUC00703.pdf>. (15 de mayo de 2006).
- HAMILTON, A., J. Madison y J. Jay, *El Federalista*, 1ª ed., séptima reimpresión, Trad. Gustavo R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- ILDARRAZ, Benigno I., Alberto R. Zarza Mensaque y Claudio Martin Viale, *Derecho Constitucional y Administrativo*, 2ª ed., Eudecor, Edición Estudiantil, Argentina, 2005.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Trad. Roberto Vernengo, 10ª ed., Porrúa, México, 1998.
- LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de Responsabilidad*, Fontamara, México, 2000.
- LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, segunda reimpresión, Trad. Carlos Mellizo, Alianza, España, 2003.
- MÁRQUEZ Gómez, Daniel, *Función jurídica de control de la administración pública*, UNAM, México, 2005.
- MÁRQUEZ Gómez, Daniel, *Los procedimientos administrativos materialmente jurisdiccionales como medios de control en la administración pública*, primera reimpresión, UNAM, México, 2003.
- MAURIN, André, *Derecho Administrativo Francés*, Trad. Julio Bustillos, Porrúa, México, 2004.

- MAZEAUD-Tunc, *Tratado Práctico de Responsabilidad Civil*, tres tomos, Ejea, Argentina (Buenos Aires), 1961.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, *Del Espíritu de las leyes*, 6ª ed., Trad. Nicolás Estevanez, Heliasta, Argentina (Buenos Aires), 1984.
- NAVAS Sánchez, María del Mar, *Poder Judicial y Sistema de Fuentes. La potestad normativa del Consejo General del Poder Judicial*, Civitas, España (Madrid), 2002.
- NIETO, Alejandro, *Balada de la Justicia y la Ley*, Trotta, España (Madrid), 2002.
- NIETO, Alejandro, *El desgobierno judicial*, Trotta, Fundación Alfonso Martín Escudero, España (Madrid), 2004.
- NIETO, Santiago y Yamile Medina Pérez, *Control externo y responsabilidad de los servidores públicos del Distrito Federal*, UNAM, México, 2005.
- NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Argentina, 1980.
- NOHLEN, Dieter, *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico*, 2ª ed., primera reimpresión, UNAM – Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2005.
- NOHLEN, Dieter, *Sistemas electorales y partidos políticos*, 3ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2004.
- ORTIZ Arana, Fernando y Onosandro Trejo Cerda, *El procedimiento legislativo mexicano*, Sista, México, 2005.
- PEDROZA de la Llave, Susana Talía, *El Congreso de la Unión. Integración y Regulación*, UNAM, México, pp. 17 y 18, puede consultarse en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/142/5.pdf> (11 de agosto de 2006).
- PEDROZA de la Llave, Susana Thalia, *El Congreso General Mexicano: análisis sobre su evolución y funcionamiento actual*, Porrúa, México, 2003.
- PELLET Lastra, Arturo, *Teoría del Estado*, Abeledo Perrot, Argentina (Buenos Aires), 1999.
- PÉREZ Sinitabé, Luis Humberto, *Elementos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Leyer, Colombia (Bogotá), 2002.

- ROCCA, Inés, “El agente público. Inexistencia de Responsabilidad personal frente al damnificado”, en la obra *Perspectivas del Derecho Público en el umbral del Siglo XXI*, Miguel Alejandro López Olvera y Juan Martínez Vocos Conesa (Coordinadores), Fundación de Derecho Administrativo, Argentina (Buenos Aires), 2003.
- SALAZAR Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, UNAM y Fondo de Cultura Económica, México, 2006.
- SAYAGÜÉS Lazo, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Uruguay (Montevideo), 1963-1969.
- SERNA de la Garza, José María, *Panorama del Derecho Mexicano. Derecho Parlamentario*, UNAM, México, 1997.
- SERNA de la Garza, José María, *Panorama del Derecho Mexicano. Derecho Parlamentario*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1997, p. 2, puede consultarse en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1922/3.pdf> (11 de agosto de 2006).
- SESIN, Domingo Juan, “Discrecionalidad Administrativa y Conceptos Jurídicos Indeterminados”, en la obra *El derecho administrativo argentino, hoy*, Editorial Ciencias de la Administración, Argentina (Buenos Aires), Septiembre de 1996.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, 2ª ed., UNAM, México, 2004.
- TRIGO Represas, Félix y Marcelo López Mesa, *Tratado de Responsabilidad Civil, La Ley*, Argentina (Buenos Aires), 2004.
- VALADÉS, Diego, *El Control del Poder*, 2ª ed., Porrúa y UNAM, México, 2000.
- VALL, Francesc Pau I (Coordinador), *Parlamento y Sistema Electoral. Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Editorial Aranzandi, España, 1999.
- VALLET de Goytisolo, Juan, *Montesquieu: Leyes, Gobiernos y Poderes*, Civitas, España (Madrid), 1986.
- VILLAGRA Maffiodo, Salvador, *Principios de Derecho Administrativo*, El Foro, Paraguay (Asunción), 1983.

VILLAR Palasí, José Luis y José Luis Villar Ecurra, *Principios de Derecho Administrativo*, 2 tomos, 4ª ed., Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, España (Madrid), 1999.

YZQUIERDO Tolsada, Mariano, *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Dykinson, España (Madrid), 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 6ª ed., Trotta, España (Madrid), 2005.