



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROFESSOR JACY DE ASSIS”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

CESAR STUARDO RIVERA LICONA

CONTROL DE LEGALIDAD EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DEL GOBIERNO RELACIONAL, DENTRO DEL FENÓMENO DE LA JUS-PRIVATIZACIÓN: Análisis del Microsistema de la Administración Pública Adjunta Relacional, en la República de Honduras

UBERLÂNDIA (MG)

2016

CESAR STUARDO RIVERA LICONA

CONTROL DE LEGALIDAD EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DEL GOBIERNO RELACIONAL, DENTRO DEL FENÓMENO DE LA JUS-PRIVATIZACIÓN: Análisis del Microsistema de la Administración Pública Adjunta, en la República de Honduras

Dissertação presentada como requisito parcial para la obtención del título de *Mestre em Direito Público*, por la *Universidade Federal de Uberlândia*.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges

UBERLÂNDIA (MG)

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

- L711c
2016
- Licona, Cesar Stuardo Rivera,
Control de legalidad en la actividad administrativa del gobierno relacional, dentro del fenómeno de la jusprivatización : análisis del microsistema de la Administración Pública Adjunta, en la República de Honduras / Cesar Stuardo Rivera Licona. - 2016.
161 f. : il.
- Orientador: Alexandre Walmott Borges.
Dissertação (mestrado) -- Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em Direito.
Inclui bibliografia.
1. Direito - Teses. 2. Direito público - Honduras - Teses. 3. Direito administrativo - Honduras - Teses. 4. Administração pública - Honduras - Teses. I. Borges, Alexandre Walmott. II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

TERMO DE APROVAÇÃO

Cesar Stuardo Rivera Licona

CONTROL DE LEGALIDAD EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DEL GOBIERNO RELACIONAL, DENTRO DEL FENÓMENO DE LA JUS-PRIVATIZACIÓN: Análisis del Microsistema de la Administración Pública Adjunta Relacional en la República de Honduras

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito Público, pela Universidade Federal de Uberlândia. Pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges
Faculdade de Direito, UFU, Brasil.

Membros: Profa. Dra. Shirlei Silmara de Freitas Mello
Faculdade de Direito, UFU, Brasil.

Prof. Dr. José Carlos Remotti
Faculdade de Direito, UAB, Espanha.

Data de aprovação 01/ 12/ 2016

La legalidad deviene de la imputación de una finalidad a la existencia, siendo ilegal cualquier desvío de esa finalidad. Representa una limitación de la libertad, la libertad es poder, es la posibilidad de alterar la finalidad. Todo lo demás es emparrado en la búsqueda de los medios para los fines, todo lo demás deviene de la razón práctica.

(LABORDA, Alfonso Pérez de. *Una mirada al ser*. Madrid: Encuentro. 2013)

A mi madre; Cualquier gesto de agradecimiento es insignificante para lo que me has dado. Y la eternidad insuficiente para expresarlo.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por haberme concedido esta bendición y su infinita sabiduría, esta oportunidad de progresar, y por la bondad, amor y compasión que encontré en su perfecta organización y sus representantes...

A mi orientador Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges, además de su profesionalismo y apoyo inmensurable, le agradezco por haber sido un auténtico mentor, cualidades que pocos afortunados encontramos en un profesor, oportunidad única de crecimiento profesional.

A la Organización de los Estados Americanos y al Grupo de Universidades Brasileñas por su apoyo e incentivo a la educación de los ciudadanos americanos, especialmente a la Universidad Federal de Uberlândia por creer en tan noble causa, después del recuento de mi persona, sus objetivos se han cumplido.

A mis profesores del programa de *mestrado*, especialmente a la Dra. Ivette Esis por sus amenas conversaciones, discusiones académicas sobre el derecho privado y sincero apoyo demostrado, a la Dra. Shirlei por haberme invitado a auxiliarla y compartir con sus alumnos, por haberme dado el “espaldarazo” en la docencia. A mis compañeros brasileños, que me demostraron una afabilidad inmensurable. A mis compañeras extranjeras por compartir las experiencias de este desafío conmigo. A la dirección de posgrado, la coordinación y secretaria del programa de maestría, por su humildad, dedicación y amabilidad, todos mitigando los pesares de estar lejos de mi patria.

A mi familia, mi padre y mi madre por haberme ofrecido un hogar amoroso y virtuoso para desarrollarme como persona, por su apoyo incondicional e infinito. A mis hermanos, y a María Fernanda quien me demostró que la memoria del corazón supera cualquier otra. A Mamina por creer siempre en mí, y gritarlo al mundo sin reservas, un logro mío más para vos, que no será el último. Gracias por haber estado presentes en los momentos de soledad, atenuando el cansancio en el transcurso de esta meta. Son la mayor prueba del amor de Dios para conmigo.

RESUMEN

Este trabajo aborda la legalidad y el control de legalidad de la administración pública, bajo los fenómenos contemporáneos estudiados en la administración pública y el derecho administrativo; Gobierno relacional, jus privatización del derecho público, y micro sistematización jurídica, específicamente, cuando el Estado Hondureño junta estos fenómenos en un mismo marco normativo, cuando: jus privatiza y micro sistematiza el gobierno relacional. Estudia la administración pública relacional adjunta. En una normativa de contenido mayoritariamente de contratación estatal, este trabajo mediante el método analítico sintético, y la técnica bibliográfico-documental, objetiva; Buscar la finalidad última del modelo administrativo adoptado en la Republica de Honduras para determinar la legalidad en el mismo. Determinar su incidencia en el control de la legalidad de la actuación de la administración pública, buscando ¿quién debe realizarla, como y los medios para hacerlo? El resultado *sui generis* del modelo administrativo relacional producto de la junción de los fenómenos apuntados, hace surgir una nueva categoría jurídica de administración pública; La Administración Pública Relacional Adjunta, un nuevo modo de control a *priori* de la administración pública; La Coparticipación, y altera los mecanismos de control a *posteriori*; Los Heterocompositivos, además, que inserta la Contratación Administrativa Relacional.

Palabras-clave: Gobierno Relacional. Jus Privatización del Derecho Público. Micro Sistematización Jurídica. Legalidad Administrativa. Control de la Legalidad de Actividad Administrativa.

RESUMO

O trabalho estuda a legalidade e o controle de legalidade da administração pública, no âmbito dos fenômenos contemporâneos estudados na administração pública e no direito administrativo; Governo relacional, jus privatização do direito público, e micro sistematização jurídica, especificamente, quando o Estado Hondurenho junta estes fenômenos num mesmo marco normativo, quando: jus privatiza e micro sistematiza o governo relacional. Estuda a administração pública relacional adjunta. Numa normativa de conteúdo maiormente de contratação estatal, este trabalho, visa, mediante o método analítico sintético, e a técnica bibliográfico-documental; buscar a finalidade última do modelo administrativo adotado na Republica de Honduras para determinar a legalidade no mesmo. Determinar a sua incidência no controle da legalidade da atuação da administração pública, buscando quem deve realiza-lo, como e os médios para fazê-lo? O resultado *sui generis* do modelo administrativo relacional produto da junção dos fenômenos apontados, faz surgir uma nova categoria jurídica de administração pública; A Administração Pública Relacional Adjunta, um novo modo de controle a *priori* da administração pública; A Coparticipação, e muda os mecanismos de controle a *posteriori*; Os Heterocompositivos, além de inserir a Contratação Administrativa Relacional

Palavras-chave: Governo Relacional. Jus Privatização do Direito Público. Micro Sistematização Jurídica. Legalidade Administrativa. Controle de Legalidade da Atividade Administrativa.

SOMMARIO

Questo documento affronta la legittimità e la legalità della pubblica amministrazione nei fenomeni contemporanei studiati in la pubblica amministrazione e nel diritto amministrativo; governo relazionale, jus privatizzazione del diritto pubblico, e micro sistematizzazione legale, in particolare, quando il stato honduregno miscela questi fenomeni in un unico contesto normativo, in cui: jus privatizza e micro sistematizza il governo relazionale. Studia la pubblica amministrazione relazionale accessoria. Per svelare la finalità ultima della norma che in gran parte suo contenuto è esclusivamente degli appalti pubblici, questo documento usa il metodo analitico sintesi, e la tecnica bibliografica-documentaria, per raggiungere il obiettivo di; Trovare il fine ultimo del modello amministrativo adottato nella Repubblica di Honduras per determinare la legalità. Determinare il suo impatto sul controllo della legittimità delle azioni del governo, chi dovrebbe farlo, come e i mezzi per farlo? Il risultato *sui generis* del modello amministrativo relazionale, prodotto della congiunzione dei fenomeni mirati, solleva una nuova categoria giuridica della pubblica amministrazione; La Pubblica Amministrazione Relazionale Accessoria, un nuovo modo di controllo *a priori* della pubblica amministrazione; Il partenariato, e altera i meccanismi di controllo; Il Heterocompositivo anche l'inserimento dei appalti pubblici relazionale.

Parole chiave: Governo Relazionale. Jus Privatizzazione di Diritto Pubblico. Micro Sistematizzazione Legale. Legalità nella Pubblica Amministrazione. Controllo di Legalità Dell'attività Amministrativa.

LISTA DE ABREVIACIONES Y SIGLAS

Admitivo.	Administrativo
APP	Asociación Público Privada
APP ³	Asociaciones Público-Privadas
Cf.	Compárese
CGP	Comité Gestor Federal de Asociaciones Público-Privadas
CH	Constitución Política de Honduras
COALIANZA	Comisión Para la Promoción de la Alianza Público-privada
Confl	Conflictos
CPC	Código Procesal Civil
DGIP	Dirección General de Inversiones Públicas
et al	Y otros
FOSDEH	Foro Social de Deuda Externa y Desarrollo de Honduras
LAPP	Ley de Promoción de la Alianza Público-Privada
LCA	Ley de Conciliación y Arbitraje
LCE	Ley de Contratación del Estado
LGAP	Ley General de la Administración Pública
LJCA	Ley de Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo
LOAP	Ley para Optimizar la Administración Pública, Mejorar los Servicios a la Ciudadanía y Fortalecimiento de la Transparencia en el Gobierno
LP	Ley de Patronatos
LPNVP	Ley del Plan de Nación y Visión de País
LPA	Ley de Procedimiento Administrativo
LSC	Ley del Servicio Civil
LTSC	Ley del Tribunal Superior de Cuentas
MIPYMES	Micros, Pequeñas y Medianas Empresas
No	Número
PERT	<i>Program Evaluation and Review Technique</i>
PRV	Principios, Reglas y Valores
RLAPP	Reglamento General de la de la Ley de Promoción de la Alianza Público Privada
SDHJGD	Secretaría de Derechos Humanos, Justicia, Gobernación y Descentralización
SEFIN	Secretaria de Finanzas

SERNA	Secretaria de Recursos Naturales y Ambiente
SNIP	Sistema Nacional de Inversión Pública
UCF	Unidad de Contingencias Fiscales
Vs.	<i>Versus/</i> Confrontado a

LISTA DE ILUSTRACIONES

Esquema 1 – Clasificación de la gobernanza de acuerdo a la direccionalidad del ejercicio del poder público.....	39
Esquema 2 - Sistemas, Subsistemas y Microsistemas.....	64
Esquema 3 – El contexto del fenómeno relacional en la Administración y el Derecho.....	74
Esquema 4 - Institucionalidad del gobierno de la red.....	86
Esquema 5 - Aplicación dialógica del derecho.....	115
Esquema 6 - Interpretación Tópica del derecho.....	117
Esquema 7 - Tutela frente a la actividad administrativa estatal.....	126
Esquema 8 - Proceso previo a la contratación asistida de APP.....	142
Esquema 9 - Proceso de contratación de APP.....	142
Esquema 10 - Niveles de tutela en la actividad administrativa pública compleja.....	144

LISTA DE TABLAS

Tabla 1 – Formas de tutela del ordenamiento jurídico mediante la comprobación de la actividad administrativa.....	44
Tabla 2 - Matriz Resumen de Criterios para la Evaluación de los proyectos APP.....	134
Tabla 3 - Principios De La Contratación General del Estado.....	138

SUMARIO

1 INTRODUCCIÓN.....	17
2 LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA CONTEMPORANEIDAD.....	20
2.1 Evolución Y Antecedentes	20
2.1.1 Desagregación Entre La Administración Pública Y El Derecho Administrativo.....	20
2.1.1.1 <i>Estado actual de la relación entre administración pública y el derecho administrativo</i>	23
2.1.2 Carácter De La Actividad Administrativa Estatal.....	24
2.1.2.1 <i>Carácter organizacional; El Estado y El Gobierno</i>	24
2.1.2.2 <i>Carácter burocrático</i>	25
2.1.2.3 <i>La actividad y el ejercicio de la función administrativa</i>	26
2.1.3 La Relación Entre la Administración Pública y el Derecho Administrativo: La Legitimidad y La Legalidad como Punto de Contacto.....	27
2.1.3.1 <i>La Legitimidad</i>	27
2.1.3.2 <i>La Legalidad</i>	28
2.1.3.3 <i>La Juridicidad</i>	29
2.2 Las Relaciones y el Ejercicio del Poder en la Administración Pública Contemporánea: del Management a la Gobernanza Relacional.....	31
2.2.1 Las Características de la Nueva Gobernanza: El Gobierno Relacional	32
2.2.2 El Servicio Público como Foco Central de la Gobernanza Relacional	34
2.2.3 Tipos de Gobernanza Relacional.....	35
2.2.4 Las Formas de Gobernanza Pública	36
2.2.4.1 <i>El Dominio o Gobierno del Poder en la Gobernanza</i>	39
2.3 La Actividad Administrativa Contemporánea	46
2.3.1 El Nuevo Plano Jurídico-administrativo.	47
2.3.2 La Responsabilidad Sobre la Actuación Administrativa.....	52

3 DE LA ESPECIALIZACIÓN LEGISLATIVA A LA MICROSISTEMACION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO; La finalidad	61
3.1 Sistemas, Subsistemas y Microsistemas	62
3.2 El Subsistema Administrativo Hondureño	64
3.2.1 La Constitución como Origen del Subsistema Administrativo Hondureño ...	65
3.2.2 La Especialización Normativa y el Surgimiento del Microsistema Administrativo	68
3.2.3 De la Especialización a la Micro Sistematización del Derecho Administrativo Hondureño.	69
3.2.4 Las Asociaciones Público-privadas Como Centro Estructurador del Microsistema de la Administración Pública Adjunta.	73
3.3 Un Modelo Analítico de la Gobernanza en el Microsistema Hondureño	74
3.3.1 El Surgimiento de los Actores; del Movimiento Social a la Organización Social; de la Expectativa a la Actuación.....	75
3.3.2 La Organización de los Actores.....	80
3.3.2.1 <i>El Gobierno de la Red</i>	82
3.3.2.2 <i>COALIANZA y el Marco Estructural del Gobierno</i>	84
3.3.2.3 <i>Los Recursos y su Intercambio entre los Actores</i>	86
3.3.3 Las Partes y su Vinculación; El Poder y la Solidaridad en los Contratos Relacionales.....	89
3.3.3.1 <i>Los partícipes en el contrato</i>	90
3.4 El problema de la legalidad y sus paradigmas en la administración pública adjunta.	92
3.4.1 <i>La Legitimidad: La Motivación, la Finalidad y la Conveniencia de la Actividad Administrativa</i>	94
3.4.2 <i>La Legalidad Estricta; La Forma y la Competencia en la Actividad Administrativa.</i>	95
3.4.3 La juridicidad: El derecho administrativo, de la ley a la constitución y al ordenamiento.	98

4 LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y EL CONTROL DE LA LEGALIDAD ADMINISTRATIVA.....	101
4.1 Propósito y Conducción del Manejo del Conflicto y del Control.	104
4.1.1 Soberanía, Voluntad y Legalidad; La disponibilidad de la administración pública sobre sus asuntos	107
4.1.2 La Condición de la Administración Pública Ante los Medios Alternativos de Resolución Heterocompositiva de Conflictos	109
4.1.3 Las características del arbitraje administrativo estricto	112
4.2 Un Arbitraje Administrativo Estricto sin Ley que lo Regule; La Búsqueda de las Garantías Exigidas.....	114
4.2.1 La reducción de las lagunas a antinomias; Conflicto entre una norma general exclusiva y una norma general inclusiva.....	114
4.2.1.1 <i>Coherencia Sistémica y/o Jerarquización axiológica; La base conceptual actual de la autotutela y la heterotutela en la LPA y la LJCA</i>	118
4.2.1.2 <i>Complementariedad Sistémica y/o Concretización de la Sistematización</i>	122
4.2.1.3 <i>Coordinación y Adaptación Sistémica Mediante la Relación, Coordinación y Valoración del Conocimiento Empírico; Resolución de la patología de la norma/clausula arbitral.</i>	125
4.2.2 Alcance de la heterotutela arbitral y otros tópicos sobre arbitraje administrativo	128
4.2.3 El Enfoque de la Tutela y la Institución Central en Torno a la Cual se Construirá el Control.....	130
4.2.4 El Procedimiento Administrativo Hondureño y su Aplicabilidad a la Actividad Administrativa Relacional Jus-privatizada.....	131
4.3 Las diferentes actividades administrativas reguladas y envueltas en la LAPP	13
4.3.1 La Actividad Regulada: El Procedimiento Específico	13
4.3.1.1 <i>Actividad Administrativa de Declaración de Interés Público</i>	133
4.3.1.2 <i>Actividad de Contratación</i>	136
4.3.1.2.1 <i>Principios de la Contratación</i>	137
4.3.2 El Procedimiento de Contratación y la Actividad no regulada en el procedimiento específico.....	142
5 CONCLUSIONES.....	147

1 INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda la legalidad y el control de la legalidad de la actividad administrativa, en el ámbito del gobierno relacional, dentro de la jus privatización administrativa y la micro sistematización jurídica, modelos adoptado en la República de Honduras mediante la LAPP, LOAP, LP y la LPNVP. Se parte del presupuesto de que toda actividad organizada del Estado debe cumplir con las exigencias de legitimidad, legalidad y juridicidad que le son inherentes al poder público. El trabajo versa sobre tres fenómenos contemporáneos en el derecho administrativo en particular y el público en general; La relacionalidad del Estado, que implica abertura a los ciudadanos en los procesos decisorios; La jus privatización administrativa, que acerca a la administración de la cosa pública a la *praxis* de la administración de la cosa privada, y finalmente; La micro sistematización, pasando de la especialización normativa a la constitución de mico sistemas jurídicos autónomos.

El abordaje se basa en la peculiaridad normativa hondureña, donde los tres fenómenos confluyen en un mismo marco normativo, interactuando, y comportándose de forma *sui generis*, incidiendo directamente sobre la cognición de la legalidad y el control de la misma, en este nuevo microsistema; Único entre los sistemas jurídicos que han adoptado dichos fenómenos. En vista de su peculiaridad, el microsistema crea entre las clasificación de la administración pública una nueva categoría, la administración pública relacional adjunta, que se anexa a las categorías existentes de la administración pública centralizada –desconcentrada, y descentralizada. Constituyendo, de esta manera, un objeto de estudio sistémico novedoso, relevante e importante, y no una simple modalidad de contratación estatal, como se ha abordado investigamente hasta el momento.

Los objetivos trazados buscan develar la finalidad última de la adopción legislativa de los fenómenos expuestos, y la finalidad que integran en conjunto al ser incorporados en un mismo marco normativo. Así mismo, determinar su incidencia en el control de esta nueva actividad administrativa, referente a los medios y mecanismos resultantes de la junción de estos fenómenos. Partiendo de la hipótesis de que con el cambio de finalidad de las leyes especiales en estudio, se micro sistematiza el derecho administrativo hondureño, conduciendo a una actualización de principios, mudando la cognición de lo que es legal, y el control del mismo.

Esta nueva finalidad, altera lo medios y mecanismos de control de la actividad administrativa estatal bajo este régimen, y a pesar de las virtuales antinomias y/o lagunas, no queda exento del sistema administrativo constitucional, por lo tanto, encontrando aplicables

medios de control de su actividad, los del sistema administrativo y constitucional, por razón de su interconexión con estos. Siendo posible usar los medios de control convencionales del sistema interconectado, y a falta de interconexión el medio de control del microsistema por si solo es inoperante, por no tener el ordenamiento una ley especial que lo desarrolle, siendo necesario recurrir a métodos y técnicas de integración normativa, si se quiere cumplir con las demandas constitucionales de control y tutela de la actividad administrativa.

La empresa emprendida, partió de los trabajos de John Rohr que consideran que la finalidad de una norma sobre la administración pública no comprende únicamente el texto que la contiene, sino que debe buscarse en su “espíritu” a través de la exegesis crítica, encontrándose así su finalidad, en otras palabras llegándose a la cognición de la legalidad establecida. Así también, en los trabajos de Eva Sorensen y Jacob Torfing, que abordan el gobierno relacional como un principio democrático y un derecho fundamental; finalmente para abordar la interrelación entre los fenómenos y su incidencia en la legalidad y su control, se partió de la teoría sistémica de Erik Jayme.

En vista de plantearse un objeto de estudio complejo, compuesto por varios fenómenos de diferentes ciencias, se estudia mediante el método analítico-sintético, para permitir integrar los componentes dispersos del problema y estudiarlo en su totalidad, partiendo de lo abstracto a lo concreto. Para integrar la doctrina de las dos ciencias involucradas y unir lo general y lo singular, la unidad y la multiplicidad en un todo concreto, se siguió la técnica de investigación bibliográfica documental, mediante un enfoque cualitativo que permita la profundidad de los conceptos en el contexto del fenómeno estudiado.

El trabajo se organiza en tres bloques; En un primer momento se presenta un abordaje explicativo, es decir enfocado en explicar por qué ocurre los fenómenos y en qué condiciones se manifiestan, o por qué se relacionan con los otros elementos del problema estudiado, teniendo como punto central los fenómenos y características de la jus-privatización y el gobierno relacional, y su incidencia en la administración pública clásica; Esto para una integración relacional de los conceptos, disponiéndolos de la forma adecuada al problema estudiado.

En el segundo bloque se continua, inmediatamente después, avanzando a un abordaje analítico de la legislación hondureña, contrastándola con referentes doctrinarios nacionales y extranjeros, identificando en la doctrina, los fenómenos y características de la administración pública relacional adjunta. Esto como un requisito de análisis para realizar la síntesis y poder

reconstruir el sistema y posicionando eventuales microsistemas administrativos, y su control sobre la legalidad. Determinando que los conceptos abordados han sido reunidos por el legislador hondureño, criando unidad entre ellos, en el ordenamiento jurídico.

Se finaliza en el tercer bloque, con un abordaje explicativo, del control de legalidad en el sistema jurídico administrativo hondureño, posibilidades e implicaciones referentes a cómo hacer el control, por quién debe ser hecho; Abordando por lo tanto la justicia administrativa, finalizando de este modo la concretización de la síntesis.

Con todo, se concluyó, entre otras cosas que; El cambio de finalidad del ejercicio de la actividad administrativa, mudo las relaciones de la administración para con los administrados instituyendo las relaciones horizontales jus privatizadas, mico sistematizando el derecho aplicable; La institucionalización de esta nueva forma de relación, instaure implícitamente un nuevo modo de control de la administración, realizado a priori, denominado coparticipación o influencia; En coherencia con la finalidad imprimida al microsistema, instaure nuevos modos de control a posteriori, usando los medios alternativos de resolución de conflictos. Con la descodificación normativa se crean problemas de orden sistémico, que exigen soluciones sistémicas de integración y armonización normativa. En definitiva, la LAAP no debe ser vista, aisladamente, como una simple forma de contratación estatal, por el contrario debe valorarse en el contexto sistémico, como una nueva forma de administración pública.

2 LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA CONTEMPORANEIDAD

La sociedad muda constantemente, y con ella sus demandas y exigencias, disponiendo, o presentándose de otra forma sus problemas, proponiendo nuevas soluciones. Siendo los problemas sociales el punto central del Estado, focaliza, esté, todos sus esfuerzos en la administración de sus asuntos para formar sus objetivos, consecuentemente focaliza su trabajo en alcanzarlos. Enfocándose en la forma de autogobernarse, en el uso del poder organizacional y de actuación que posee.

Sobre el método de gobierno se ocupa la Administración como disciplina del conocimiento y como técnica del uso del poder. Sobre el uso del poder público se ocupa el Derecho Administrativo como disciplina y como conjunto de normas jurídicas que rigen el uso del mismo, que resulta de la valoración y el análisis disciplinar de la Administración, cuando se contrasta con todo el ordenamiento jurídico (GORDILLO, 2003, p. 131). Interrelacionándose las dos disciplinas por la acción y reacción mutua que se provocan, una sobre la otra. De tal forma que al mudar la técnica de uso del poder, es necesario cambiar la reglamentación del uso del mismo.

2.1 Evolución Y Antecedentes

Desde su creación la administración pública ha sido ideada para responder al interés general, no obstante, ocurre un cambio en la noción de los involucrados en las actividades administrativas, su actuación en esta y el vínculo legal entre ellos. Así como de la propia noción del interés general y la actividad administrativa.

2.1.1 Desagregación Entre La Administración Pública Y El Derecho Administrativo

La administración pública es considerada la actividad organizada del Estado y la ciencia de la injerencia estatal en la sociedad, alzándose como el instrumento más poderoso del Estado (SÁNCHEZ GONZALES, 2001 p. 171). Por ser una actividad adscripta a una organización, como lo es el Estado, sus objetivos están determinados por las motivaciones de esta organización, es decir el interés general. Manifestado, este interés, principalmente mediante las leyes, por lo cual la administración tiene como objetivo principal, dotar de efecto inmediato la legislación. Por esto tiene como objeto de interés el Estado, pero no el aspecto general, sino en

el uso del poder soberano que posibilita la actuación estatal, para alcanzar los objetivos trazados (MAYER, 1982 apud GUERRERO, 2000, p. 11).

Partiendo de la noción de que toda situación administrativa tiene elementos jurídicos y de que toda situación jurídica tiene elementos administrativos (CASTELAZO, 1979, p. 28), la definición de administración pública es ambivalente, entre un enfoque administrativo gerencial y uno jurídico. Ha valido esto para la confusión de considerar estos dos enfoques como parte una misma disciplina, que para el caso no ha significado la creación de una disciplina nueva, sino el predominio de uno de los enfoques sobre el otro, concretamente del jurídico sobre el administrativo.

Amaro Guzmán (1986) ha llamado a este predominio; monopolización del pensamiento administrativo, que tuvo su auge con la tradición administrativa de la pos revolución francesa, iniciada en el Siglo XIX. Heady (1970) reconstruye el sistema administrativo francés pos revolucionario, partiendo de un abordaje estructural y del estudio de la burocracia, que nace en la transición de la monarquía absoluta hacia la revolución francesa y la era napoleónica. El sistema francés nace con la transformación de la casa real en el nuevo servicio público, en términos weberianos pasándose de la administración patrimonial a la administración burocrática. Patrimonial porque los servicios públicos eran administrados por empleados personales del Rey, como si fuesen una propiedad personal de este, con una autoridad centralizada, que únicamente respondía ante la corona.

Con la revolución francesa y el advenimiento de Napoleón, el servicio público es administrado acorde a los fines de la nación, como sustituta del monarca, actuando conforme la voluntad de la ley y no del Rey.

Así, en el intento de los franceses de controlar el abuso de poder, el cual pretendían dejar atrás, configuran un sistema administrativo burocrático, hoy en día clasificado como clásico, que tiene; según Bendiz (1964 apud HEADY 1970) (a) Deberes y derechos definidos y prescritos en la reglamentación escrita. (b) Relaciones de autoridad entre posiciones, ordenadas sistemáticamente. (c) Nombramiento y promoción, basados y regulados por un acuerdo contractual. (d) Entrenamiento técnico. (e) Salario monetario fijo. (f) Separación entre función y funcionario, sin posibilidad de apropiación del cargo. Y (g) Tiempo integral de ocupación.

Se explica así el dominio del carácter jurídico sobre el administrativo en la actividad administrativa estatal. Pues, si la autoridad del funcionario se encuentra jerárquicamente estructurada, y su actividad prescrita, era la ley que controlaba la función, volviendo a la ley en el punto central de la administración. Volviendo la vista al poder, resulta en la instauración de

una desconfianza generalizada para los ostentadores del poder, siendo la legalidad rígida el método de contención.

La crisis del modelo administrativo burocrático comienza con la ampliación de la esfera de actuación estatal, proporcionando más servicios, infraestructura, derechos, además de los cambios económicos mundiales, en la transición del Estado Liberal al Social. Teniendo la eficiencia como tema ineludible en la administración pública, sobre todo después de la segunda guerra mundial, cuando se necesitaba una reconstrucción rápida, eficiente y mejorada, ganando espacio para esto, las prácticas privadas de administración. “La reforma a la administración pública solo ganaría fuerza a partir de los años 70¹, el mismo momento en que entra en crisis el estado, y su burocracia¹” (BRESSER PEREIRA, 1996, traducción nuestra).

Emulando la administración privada, es que su par público comienza a adoptar sus características; (a) Pocos niveles jerárquicos, recortando los ya existentes y con ellos el poder, y (b) disminución del control del poder. Dando como resultado la inversión de esquema de confianza imperante en la administración, yendo del esquema de desconfianza total producto del exceso de poder, hacia una confianza limitada, con la disminución del poder en un solo individuo, mediante la descentralización (Cf. PEREIRA, 1997).

Así, el derecho administrativo actualiza su papel en la administración pública, y sobre ella, emergiendo teorías de independencia de la personalidad jurídica de las entidades autónomas, en relación al gobierno central, reflejándose en la responsabilidad patrimonial. Se regulan los mecanismos de formación de la voluntad pública, en lugar de la voluntad misma, se asume una presunción de legalidad de la administración, la prohibición de avocación del superior sobre los asuntos que competen al inferior, para garantizar la independencia de cada uno de los entes, en base los principios de descentralización y desconcentración.

La desagregación entre el Derecho Administrativo y la Administración Pública, sin embargo, no sucede de forma espontánea, fue paulatina, dando inicio con los movimientos críticos, del predominio del carácter jurídico sobre el administrativo en la administración pública, además de los inconvenientes que causaba. Uno de los críticos más férreos fue Otto Nass (1964), que discrepo fuertemente de tal predominio, al punto de llegar a sugerir la disolución del carácter jurídico. Los principales problemas señalados por esos movimientos eran; La tendencia del derecho administrativo de crear principios propios y específicos, para

¹ “Entretanto a reforma da administração pública só ganhará força a partir dos anos 70, quando tem início a crise do Estado, que levará à crise também a sua burocracia”

justificar una actuación independiente del ordenamiento común, todo esto para demostrar autonomía; Y una extralimitación válida del poder (GORDILLO, 2003, p. 121).

Consolidándose la desagregación en los años 70³, después de veinte años de gestación, concebida como una solución a la crisis del Estado, sin embargo es hasta los años 80³ que acapara la atención de los académicos. “Los países con una revolución más profunda, fueron; El Reino Unido, Nueva Zelandia y Australia. En los Estados Unidos, esta revolución sucedió a nivel municipal y de condados²” (BRESSER-PEREIRA, 1996, p. 5, traducción nuestra).

2.1.1.1 Estado actual de la relación entre administración pública y el derecho administrativo

En el momento de reforma, los académicos de la administración pública comienzan a buscar un objeto de estudio propio, como una garantía de cientificidad independiente de la novísima disciplina. Su máximo hito histórico, entre un antes y después, es la Segunda Guerra Mundial, Sánchez Gonzáles (2001) identifica tres periodos históricos;

(a) El **Clásico**, que va desde 1887 hasta 1944, en el cual se consideraba que la actividad política refleja la voluntad estatal, y por lo tanto, la actividad administrativa se limita a la ejecución de dicha voluntad. Es decir la separación entre política y administración, propuesta por Woodrow Wilson y sus seguidores;

(b) El periodo **Político**, desde la segunda guerra hasta 1963, en el cual la dicotomía entre política y administración desaparece, identificando la toma de decisiones como un proceso, buscando formas más racionales para decidir, cuyos máximos desarrolladores fueron Herbert A. Simon y James E. March; Finalmente el último periodo es de;

(c) **Programas**, comienza desde 1964, hasta el presente, con sus diferentes corrientes internas de (1) teoría del comportamiento, orientada por la antropología del comportamiento y las motivaciones; (2) la teoría de sistemas, influenciada por la teoría de los sistemas sociales; (3) la administración comparada, con la que se buscaban modelos efectivos en otros países; (4) la nueva administración pública, centrada en el objetivo de eliminación de todo trato inhumano cometido por la administración, así como la inequidad social; (5) la corriente de las políticas públicas, surgida en los años 70³, bajo el pensamiento de Harold Laswell, según la cual, los objetivos sociales se forman mediante diagnóstico y análisis de los problemas sociales, (6)

² “Os países em que essa revolução foi mais profunda foram o Reino Unido, a Nova Zelândia e a Austrália. Nos Estados Unidos essa revolução irá ocorrer principalmente a nível dos municípios e condados ”

finalmente aparece el *management* público, centrado en la investigación de operaciones, la planificación de proyectos bajo la técnica del *program evaluation and review*³ (PERT), el presupuesto por programas, el presupuesto base cero y también centrado en el análisis, costo-beneficio. Esta última corriente cobra protagonismo desde finales de los 80³ y los 90³, desde entonces hasta nuestros días, se habla de un nuevo estadio concurrente al *management*, el relacional, que será objeto de una sección más adelante.

En la segunda mitad de la década de los 80³ y todos los 90's, se afianza la desagregación entre el derecho administrativo y la administración pública, mediante la descentralización, con una clara limitación del derecho administrativo a un ámbito estrictamente jurídico. Dejando la vía libre a nuevos métodos de administración, dirigiendo su mirada a salvaguardar los aspectos jurídico-administrativos.

2.1.2 *Carácter De La Actividad Administrativa Estatal*

Para Dwight Waldo (1982), en el estadio actual de la administración pública, su actividad, versa sobre un punto central: el *management* de (a) hombres y materiales, y (d) de asuntos del Estado, sus objetivos se encuentran definidos y estudiados por las teorías del Estado y la filosofía política (contenidos que no son parte de este trabajo). En estas perspectivas se puede construir un modelo de la actividad administrativa, haciendo la pregunta ¿Quién hará el *management*? De acuerdo a la teoría “montesquiana” de la división del poder público en órganos independientes y complementares, le corresponde al de estos que ostenta la cuota de poder para producir los efectos directos de la voluntad estatal, de forma ejecutiva. En otras palabras, el órgano que tiene atribuida la función administrativa, es el que actúa concretamente, mediante decisiones y actos materiales con respeto a las normas (CARVALHO, 2008, p.68).

³ PERT es una técnica de planificación de proyectos que implica: (1) una segmentación precisa de un proyecto en tareas; (2) La estimación de la duración de cada una de las tareas; (3) El nombramiento de un jefe de proyectos, encargado de asegurar y acompañar el proyecto, informar cuando sea necesario, y decidir en caso de desvíos de los planes previstos (Cf. BILLON, 1964)

2.1.2.1 *Carácter organizacional; El Estado y El Gobierno*

Por el hecho de hablarse de órganos, se dirige la atención a la organización estatal. El fin histórico de los órganos es controlar el poder político, mediante la división de órganos y funciones, entre ellos, la legislativa, ejecutiva, y la judicial. Clasificación que parte del criterio del predominio de las funciones de cada órgano, que en esencia no son ejercidas de forma exclusiva por cada uno de estos. Quedan fuera de la administración pública los asuntos de la organización estatal, por razón de los principios constitucionales de **tipicidad de la competencia** constituyendo una restricción de las competencias conferidas por la constitución, y de la **indisponibilidad de la misma**, que limita la transferencia de esas competencias a otro órgano (CARVALHO, 2008, p.68)

Se dirige la atención de igual modo, a la organización del gobierno, o lo que es lo mismo, la organización administrativa, por ser un organismo del Estado, que representa la totalidad de las autoridades ejecutivas y administrativas (GODNOW, 1980, *passim*). Siendo esta, la respuesta a la pregunta *¿Cómo debe hacerse el management?*, pues este debe hacerse por agentes públicos, que son los depositarios de la función que les es conferida por su investidura, convirtiéndolos en funcionarios públicos. Cumplen una función específica de manera material, siendo un órgano administrativo, en la medida que tenga una posición jurídica (KELSEN, 1995, p. 229). Dicho de otra manera, el *management* se hace en uso del poder conferido, que es la herramienta principal, por lo que es imprescindible resolver los problemas inherentes al poder, o sea la legitimidad y el control del mismo.

2.1.2.2 *Carácter burocrático*

Según Waldo (1982, p. 53-55) en el estado democrático la burocracia es el medio tradicional de institucionalización de la autoridad. Ante la exposición de la administración a la crítica pública, se muestra deseosa de adquirir reputación, mediante el conocimiento técnico detallado del trabajo. Por esta misma razón se aumenta el poder de los funcionarios, en detrimento de los administrados, volviéndose un inconveniente.

Por esas circunstancias se entiende la burocracia como un sistema de gobierno, cuya implementación está completamente en manos de funcionarios, los que legitiman mediante la autoridad racional, la institución a la que pertenecen. Basan sus actuaciones en normas aceptadas como legítimas. La autoridad es inherente al cargo, no pudiendo ser ejercida por alguien que no ha ocupado el cargo de acuerdo a las normas respectivas.

En su época de mayor pureza conceptual, la burocracia garantizaba la sumisión plena de la administración pública al derecho, haciendo posible un cálculo racional de su actuación mediante la legalidad racional. Las disfunciones emergentes en el sistema burocrático se refieren a la eficacia y eficiencia. Valores que hoy son irrenunciables en la civilización, y que el sistema burocrático no garantiza, por ser un ritual rígido, que no implica el cumplimiento de los objetivos de la administración. Impide su adaptación a nuevas situaciones, que vulneran sus reglas, pudiéndose afirmar que la legalidad es un presupuesto necesario, pero no suficiente. La legalidad no siempre significa Estado de derecho, debiendo diferenciarse uno y otro, pues la legalidad sirve tanto a la democracia, como a otros regímenes, por lo que se superó finalmente este tipo de sistema administrativo, después del advenimiento de la crisis fiscal y burocrática (PRATS I CATALÀ, 2005, p. 103).

A pesar de todo, el sistema burocrático cuenta con una vigencia parcial, por su eficacia en el control estructural de la administración pública. Hace posible la disciplina y medios de subordinación, creando jerarquías de responsabilidad y funciones. El derecho administrativo se centra en la competencia, jurisdicción, legitimidad y mecanismos de formación de la voluntad en los entes públicos, como también, en el ejercicio de la función administrativa y de la actividad administrativa propiamente dicha, como medio de realización del *management*.

2.1.2.3 La actividad y el ejercicio de la función administrativa

La actividad administrativa es el conjunto de medios jurídicos con los que cuenta la administración pública para realizar sus objetivos, en otras palabras los instrumentos con los que cuenta la estructura administrativa para tal efecto. Tradicionalmente se les ha conocido como la medios de expresión de la voluntad estatal, de definición de situaciones jurídicas que derivan en un acto administrativo, unilateral, auto ejecutivo, o deriva en una negociación o contrato administrativo (LÓPEZ, 2005, p. 28).

La actividad administrativa a veces es expresa o a veces es presunta, para controlar la inactividad administrativa, que para obtener esta clasificación debe ser pasiva y antijurídica. En otras palabras debe ser contraria al deber legal, que será formal cuando no dé respuesta a una petición expresa, o será normativa, cuando demore en la reglamentación de una ley material, cediendo a métodos de integración normativa, finalmente será material, cuando la administración deje de hacer una tarea técnica y prestacional, la más relevante en el estado de derecho social (GASNELL ACUÑA, 2015, p. 81). La inactividad formal suele resolverse

concediéndole la presunción de acto administrativo, de contenido presuntamente positivo o afirmativo. Solución de origen mexicana, originalmente de contenido denegatorio, adoptada en Honduras y en otros países como de contenido afirmativo, mediante la locución latina *negativa ficta*, o *afirmativa ficta* respectivamente.

Sin embargo, con la participación policéntrica en la actividad administrativa, los medios mencionados, no son las únicas formas de intervención administrativa en la sociedad, pues la actuación material también produce efectos en la sociedad, siendo posible de ser sancionada por el Estado, por cuanto tiene efectos jurídicos establecidos para los sujetos (ISLAS MONTES, 2010, p. 29).

Actualmente, la función administrativa dentro del Estado es programada por la ley, por devenir de la ejecución de la misma. Goza la administración de amplios poderes discrecionales en uso de la confianza limitada que le es conferida. La característica principal de la actividad administrativa es la función ejecutiva, que incluye desde la concretización de los deberes y derechos de los ciudadanos, hasta la prestación de servicios públicos para satisfacer las necesidades insatisfechas, usando la discrecionalidad para gozar, de un mayor margen para adaptar las leyes a los nuevos fenómenos sociales. Por esa razón la motivación y la expresión de la decisión, son parte de los elementos del acto administrativo, en otras palabras la conexión entre los medios y los fines, constituyendo medios de control de la actividad administrativa.

2.1.3 La Relación Entre la Administración Pública y el Derecho Administrativo: la Legitimidad y La Legalidad como Punto de Contacto.

El punto central de toda la administración pública implícitamente es el ejercicio del poder, para lo cual se ha establecido la autoridad como su estructura de contención. Según Arana-Muñoz (2012, p.19) es el ejercicio democrático del poder, sin embargo, la administración no puede alejarse de la creatividad o dejarse impedir por cualquier tipo de traba, y menos aún dejar el más débil a merced de una voluntad caprichosa. Por lo que la autoridad es sinónimo de posesión justa del poder. Los problemas inherentes al poder, legitimidad y control se solventan de la siguiente manera:

2.1.3.1 La Legitimidad

La autoridad de acuerdo con las características de la burocracia, es funcional, se dice que se adhiere a la función y no la persona que ocupa el cargo, siendo por tanto la actividad oficial restringida por la ley. La autoridad no deriva del poder, sino del derecho. Entonces el poder público legítimo adviene de la autoridad, y esta, del derecho, derivando directamente del primero. En ese orden de ideas, el Estado es la fuente del derecho, y no al contrario. De esta forma la constitución como norma suprema del Estado, además de limitar el poder, lo sustenta, sirviendo la autoridad como punto de conexión entre los términos soberanía y vigencia del derecho, la primera considerada como poder de imposición, y la segunda como justificación de la imposición, legitimándola (KRIELE, 2009, p. 30-35).

La legitimidad de una decisión deviene de su reconocimiento por parte del ciudadano como justa, después de una valoración del interés subjetivo mediante una visión objetiva. Es decir de valorar la decisión en base a una norma de interés general, y resultando de una ponderación de intereses. Sintiendo el ciudadano, en la necesidad de ceder frente al poder, sintiendo obligado (KRIELE, 2009, p. 29). Sujeto al funcionario al derecho, que es su límite, justificándose su poder cuando cumple aquellos requisitos, que son la racionalidad que legitima su prerrogativa de coacción.

Conformándose así el plano jurídico administrativo, como si se tratara de una elipsis, que comienza, primero, con una organización, el Estado, que debe ser administrada para alcanzar los fines determinados por la ley, segundo, por el interés general de individuos que también deben ser administrados. Por lo que debe crearse un órgano que haga esta función, el cual cuenta con una cuota del poder de la organización original, del Estado, para cumplir con aquellos objetivos. Poder cedido por los propios administrados, y que para mantenerse debe operar en beneficio de ellos, siendo esa la justificación de la existencia del Estado. La tutela al interés general y el particular, en forma equilibradamente racional es la finalidad del Estado.

Al igual que toda organización, el estado pretende que su existencia sea indeterminada en el tiempo, por esto, el poder en sí mismo, nunca es injustificado, lo que puede llegar a no justificarse es su uso. Correspondiéndole al Estado por medio de sus otros órganos, verificar su uso correcto, redireccionar sus desvíos al curso original, y en su caso, neutralizar los efectos de tal acción. En ese orden de ideas, si todo curso tiene un final, se entiende que la verificación atañe tanto al curso, como a la finalidad, siendo la legitimidad que dice respecto a la finalidad, y la legalidad del curso.

2.1.3.2 La Legalidad

Es imperativo abordar la sumisión de la administración al derecho, ya que, así como la finalidad de la actividad administrativa debe estar sometida al derecho, también lo está el funcionario por motivo de imponérselo su autoridad, todo para justificar la actuación. Esta sumisión puede ser tanto positiva; estableciendo una habilitación legal para actuar, o puede ser negativa; si no hay una habilitación previa, la primera vinculación tiene una reserva que debe ser cumplida, y la segunda la segunda deja un espacio libre de actuación a la administración pública, surgiendo en esta última, la discrecionalidad administrativa. (ARANA-MUÑOZ, 2012. *passim*).

De la jerarquización y especialización de funciones creada por el principio de autoridad legítima, deriva la competencia, considerada como la capacidad del funcionario para conocer determinados asuntos. De la auto-organización adviene la potestad de autorregulación, que es una suerte de desarrollo de la ley, existiendo jerarquía normativa, que sustenta la jurisdicción, que es el medio de constatación de las cualidades del funcionario público mediante el procedimiento administrativo. Entendido el procedimiento administrativo como el conjunto de actos ordenados y sucesivos, que culminan en la manifestación de la voluntad de la administración pública. Y como el medio por el cual se forma dicha voluntad.

Según Orellana Mercado (2013) las actividades que constituyen funciones deben expresarse mediante procedimientos, pues la actividad del Estado misma se desenvuelve mediante procedimientos establecidos. Lo que es un principio de derecho público contemporáneo, por lo tanto el procedimiento es el medio por el cual se ejerce la función administrativa, que además, sirve como medio de control de la actividad administrativa.

2.1.3.3 La Juridicidad

De la misma forma que la constitución es el fundamento del poder público, también lo es de la administración pública, que en resumidas cuentas, es solo un segmento de dicho poder. Está sujeta, la administración a la constitución, obligada por demás, a observar los principios constitucionales, quedando ligada al Derecho Constitucional y a sus avances, entre ellos; El llamado bloque de constitucionalidad, que es una ampliación de la mismísima constitución, originado en Francia, se refiere al conjunto de principios y reglas no escritas en el texto

constitucional, que sin embargo, tienen valor constitucional, integrando este programa normativo. (CARVALHO, 2008).

En vista de lo anterior, estas normas extra texto constitucional, comparten la supremacía normativa con la constitución, por lo tanto se deben observar en cualquier actuar del Estado como un todo, lo que representa una evolución del concepto tradicional de legalidad, que se ha denominado juridicidad (SCATOLINO, 2015, p. 18).

La primera aplicación a la administración de esa vinculación constitucional, corresponde a John Rohr en el año 1986, propuesto en respuesta a las críticas al Estado Administrativo realizadas por las corrientes neoliberales en la Administración Pública. Ataque endurecido con el surgimiento del pensamiento neoliberal en los Estados Unidos de América, que exageraba los defectos y excesos del Estado Administrativo. Los herederos de este pensamiento anti estatal, que estudian la administración pública con distancia de los aspectos estatales, son los seguidores de la llamada “Opción Pública”, que crearon términos como estatismo e intervencionismo. Además, según Guerrero (2000, p. 457)

Paralelamente ha venido ocurriendo una asincronía entre la administrabilidad de las grandes organizaciones y la reducción del Estado a su noción de estar, que se fue afirmando a partir de la Revolución Administrativa. Esto ha simplificado el entorno del desarrollo científico de la administración pública, facilitando la emergencia de nociones tales como "desestatización", que ha venido a consagrar la "despublicación" del Estado a favor de nuevos poderes estamentales, y asegurar la privatización de bienes públicos, la sustracción de conquistas sociales y la desprotección de los trabajadores.

Una visión, según el autor, mal entendida, y aplicada, que representa más una visión de los servicios públicos, que de la administración en sí misma.

En medio de las críticas, surge el “Manifiesto de Blacksburgo”, elaborado por John Rohr, en el cual se defiende la legitimidad del Estado Administrativo por razones constitucionales y de competencia. Entendiendo una estructura de gobierno como legítima por derechos propio, por los principios constitucionales, aunque una constitución no mencione “Administración Pública” en su texto. El texto constitucional es un pacto, que incluye las circunstancias que lo inspiraron, su “espíritu”, de la misma forma que sucede en los contratos, que el texto es el contrato, y el pacto la intención que se tuvo. Deben ser leídos a través de la exégesis de los escritos con una interpretación crítica del texto, ampliándolo. De esta forma el

constitucionalismo es la fuente de legitimación para el Estado Administrativo, y realmente ligado a la fundación de una república, que en política, son normativos, una decisión constitucional (MILLER; FOX, 2015).

Para Rohr (1997), el Estado Administrativo, no solo es compatible con la constitución, sino que además cumple con su diseño, y proporciona una representación demográfica de mejor manera que los poderes estrictamente constitucionales, que es insuficiente. No afecta en nada a estos, aun y cuando ejerce funciones cuasi judiciales, o cuasi legislativas, pues no viola en el sentido más amplio, la división del poder. Concluyendo que es un Estado Administrativo Constitucional.

Establece, la constitución, de esta forma la legalidad como punto de contacto irrenunciable, entre la Administración Pública y el Derecho Administrativo. Toma forma específica de legitimidad, legalidad propiamente dicha, y la juridicidad que es ampliamente desarrollada en derecho constitucional, punto de contacto que el pensamiento de Rohr lo eleva al estatus de constitucional. Por lo tanto la constitución no solo sirve de norma de comparación para la actividad administrativa, sino que vuelve al Estado Administrativo, insustituible.

2.2 Las Relaciones y el Ejercicio del Poder en la Administración Pública Contemporánea: del Management a la Gobernanza Relacional

La administración pública contemporánea⁴, es un modelo producto de la intención de emular en la gestión de los asuntos estatales, el modelo privado de gestión empresarial. Consiste en algo más que el simple traslado de las tareas realizadas por los entes públicos, a la iniciativa privada, diferenciándose del tradicional proceso de privatización económica. En este estadio, se trata de que las tareas que se mantienen en manos públicas, se realicen de la misma manera que en las empresas privadas, lo que es una jus-privatización del ejercicio del poder público, del uso del dinero y del control de los resultados según apunta Sáinz Moreno (2005).

El nuevo modelo surge en medio de los cambios mundiales, como ser; la globalización, la integración internacional, y sus efectos en la sociedad, en la democracia, los derechos fundamentales y en el propio constitucionalismo. La reacción en la administración estatal ha sido: (1) menos estado, (2) menos administración pública, (3) más sociedad civil, (4) más

⁴ Estado actual de la administración pública, abordaje postergado en la sección 2.1.2 *Estado actual de la relación entre administración pública y derecho*.

libertad, (5) más competencias estatales e (6) la devolución del protagonismo a la sociedad. Acompañado de sus efectos de (a) menos prestaciones en manos públicas, (b) más responsabilidad de los ciudadanos sobre su propio bienestar resultando en un redireccionamiento de la actividad administrativa hacia planificaciones negociadas, a la regulación de ciertas actividades y a inspeccionar la ejecución de estas (SÁINZ MORENO, 2005, p. 3).

Cambian las relaciones del ejercicio del poder de la administración pública en la sociedad, con los administrados, migrando de un esquema de ejercicio vertical a uno horizontal. Dando lugar a la gobernanza relacional, entendida como el proceso que “... se refiere a la manera de cómo se toman las decisiones en una sociedad, de cómo los ciudadanos y grupos interactúan en la formulación de los propósitos públicos, y en la implementación de las políticas públicas”⁵ (BOGANSON, 2000 apud DENHARTDT, 2012, p. 271, traducción nuestra).

2.2.1 Las Características de la Nueva Gobernanza: El Gobierno Relacional

De acuerdo a Sorense y Torfing (2004), el modelo administrativo relacional, cambia las características de la relación de los gobiernos y los nuevos actores, entre las cuales se tienen:

a) Articulación horizontal relativamente estable de interdependencia, pero con actores operacionalmente autónomos;

En los nuevos métodos de ejercicio de la autoridad se forman redes de actores o instituciones de varios sectores que intercambian recursos con alguna autonomía respecto al Estado. Contrastante con el tradicionalismo, porque, los recursos no fluyen de arriba para abajo, sino en un intercambio entre los actores. El Estado, en la premisa de apertura para nuevos actores, organizaciones y recursos de los mercados, se convierte en un participante más, pero no renuncia al control, solo cambia su papel de director, por el de orientador. Creándose una interdependencia de poder (CRUZ et al., 2015, passim).

b) Interacción por medios de negociaciones;

Producto de la interdependencia de poder, y de la autonomía de los actores, las relaciones entre ellos debe desarrollarse por medio de negociaciones. En la imposibilidad de los actores

⁵ “... se referem à maneira como são tomadas as decisões numa sociedade e como os cidadãos e grupos interagem na formulação dos propósitos públicos e na implementação das políticas públicas”

de imponer su poder sobre el otro, se diluye la jerarquía, la imposición, en favor de la cooperación. Una negociación relacional, de aproximación, donde lo importante es la relación, y el mantenimiento de esta. Productos de estas relaciones surgen acuerdos, en los que no existe lucha, sino armonía, que se gana con la confianza mutua entre los actores, según apuntan Jaime García y Carlos Sanhueza (“La importancia de las relaciones según el libro 'Inteligencia relacional y negociación’”, 2013)

c) Las relaciones se dan dentro de un marco regulatorio y normativo:

El Estado al optar por una postura de orientación, de guía, opta por regular, más que solo reglamentar la relación. La principal diferencia entre una forma y otra de gobernar la relaciones, es que; La reglamentación es el encuadramiento de una actividad dentro de una ley, que funciona como medio de contención, por su parte la regulación va más allá, no es un simple medio de contención, es medio de intervención indirecta, constante e ininterrumpida, que tiene el objetivo de orientar la actividad objeto de esa regulación. Además, la regulación no es exclusivamente impositiva, incluye normas, directivas, actividad sancionadora, y resolución de conflictos por arbitraje y mediación (ZEGARRA VALDIVIA, 2008).

La asociación con la sociedad civil se erige como la mejor alternativa para el Estado, en una sociedad posmoderna⁶, en la que reina la pluralidad de valores y culturas, que exige; Discriminación de lo político (mera lucha de obtención de poder político) y lo auténtico de las necesidades en las exigencias sociales, Interpretación reflexiva mediante el entendimiento de los ciudadanos de la burocracia, sus límites y dificultades, en definitiva significa instaurar una administración pública pos-tradicional. El papel del Estado es reunir los diversos intereses para el debate y la disputa entorno de los valores políticos centrales, además de facilitar la resolución de los conflictos, superando la concepción de Estado intencional de una sociedad de grupo unitario, por una de Estado de asociación civil, de sub grupos asociados (DENHARTDT, 2012, p. 245-249).

⁶ Entiéndase sociedad posmoderna, desde la perspectiva de Denhardt, como aquella que se encuentra en un estadio donde ha perdido la capacidad (propias de la modernidad) de representar lo “real”, especialmente mediante el lenguaje, el cual ya no asume un papel de significado por consenso, pues cambia constantemente, perdiendo su capacidad de significar algo sólido y durable. Las características sociales de la pos modernidad que la diferencian de la modernidad son; Integración Vs. Desintegración, Centralización Vs. Descentralización, Totalización Vs. Fragmentación, Unificación Vs. Pluralismo (DENHARTDT, 2012, p. 245-252)

d) En medio de los límites de los mecanismos externos de regulación, los actores pueden autorregular su funcionamiento interno;

En el ámbito de la relativa seguridad para el Estado, que brinda la regulación, este puede dejar amplios espacios para que los actores se autorregulen, pues en caso que se auto-orienten en contra de los objetivos establecidos, aun estando dentro del marco regulatorio y normativo, puede la administración intervenir para devolver la actividad a la senda prevista. Pasando de un derecho impositivo a uno reflexivo, que respeta los órdenes sociales naturales y la autonomía de estos, pero que los regula creando premisas estructurales de integración descentralizada en el interior de subsistemas autónomos, reconociéndose su capacidad de negociación orientada a la perspectiva relacional.

e) Los actores contribuyen al propósito público;

La sociedad (en su sentido más amplio) tiene la posibilidad de contribuir en la construcción de los objetivos públicos, además de contribuir a cumplirlos, teniendo actitudes propositivas. Posible debido al equilibrio de poder, de recursos, apertura para la negociación, el reconocimiento de la autonomía de los actores que participan de la actividad administrativa, y las condiciones relacionales de interacción; Como la confianza mutua y objetivos comunes.

2.2.2 El Servicio Público como Foco Central de la Gobernanza Relacional

Dentro de la actividad administrativa, se distingue; La manifestación de voluntad de la administración, es decir el acto administrativo, y otra forma principal de manifestación de voluntad, el contrato administrativo, conocido también como negocio administrativo, relevante por ser el más cotidiano medio de vinculación entre la administración y los administrados. Este vínculo casi siempre se relaciona con la prestación de servicios públicos para satisfacer las necesidades insatisfechas por otros actores, en otras palabras, el servicio público es la principal herramienta de intervención en la sociedad, sea para satisfacer necesidades o para restablecer el equilibrio social.

Según Donner Abreu et al (2013, p. 7-8), de acuerdo a la teoría ampliada de la administración pública de Denhart, el nuevo servicio público debe venir de objetivos sociales definidos públicamente, mediante el estudio (mediante teorías) de las necesidades sociales desde la perspectiva del sujeto, comprendiendo el sentido de la acción humana. Se debe tomar al ser humano como un agente activo en los procesos decisorios, valorando además, su entorno de manera contextualizada (teoría interpretativa). Se debe tener presente en todo momento las

tensiones por las luchas y limitaciones que las condiciones sociales imponen a las personas, para identificar y renovar las estructuras que imposibilitan la autonomía de la responsabilidad de las personas (Teoría crítica).

Apunta Abreu que en los estudios de las necesidades sociales para eliminar limitaciones a la autonomía, no se debe perder de vista que los constructos de la burocracia son creaciones que están fuera del mundo natural, es decir pueden ser modificados si lo demandan las circunstancias. Se debe estar atento, además, a los discursos de las demandas sociales, para identificar los sinceros y los meramente políticos, manteniendo un discurso auténtico, lo que es imperativo desde la perspectiva de la teoría posmoderna. De este modo:

- (a) [...] la Administración Pública deberá considerar la relación entre sujeto y objeto para la construcción del nuevo servicio público, ya que habría un intercambio de conocimientos con el sujeto de la acción pública.
- (b) [...] haría hincapié en la construcción colectiva de la sociedad a través de la interacción de los diferentes actores en términos dialécticos, dada la dinámica de la vida organizacional.
- (c) [y] la administración pública se basaría en la relación mutua entre los ciudadanos y administrador a través de un diálogo intenso, que va más allá de las limitaciones burocráticas y superar el aislamiento del individuo en el diseño de las políticas públicas. (DONNER ABREU et al 2013, p. 11)

Se observa, entonces, que entre la actividad administrativa del Estado contemporáneo, el servicio público juega un papel central, no desde un punto de vista teórico, sino desde el operativo y el finalístico. Configurando de forma plena la administración relacional, la participación del administrado activamente en el proceso, como beneficiario y como socio de la administración en la prestación, operando en este proceso todas las características relacionales.

La persona humana como centro de atención del estado, se convierte en una especie de "epicentro" al centrarse en ella todo el poder del estado, que, una vez acumulado suficientemente como para ser eficaz, es liberado, difundiendo esta energía nuevamente por el gobierno para modificar la realidad concreta de los individuos. Los servicios públicos tienen como objetivo proporcionar de efectividad y eficacia los derechos a fundamentales, convirtiéndose en el foco central de la administración pública contemporánea.

2.2.3 Tipos de Gobernanza Relacional

Si la gobernanza se trata de los procesos de toma de decisiones en la sociedad, sus tipologías son relativas a la organización de estos procesos. Para Robert Denhart (2012) su operatividad entre los diferentes modos se caracteriza de la siguiente manera:

1) La gobernanza compartida: Es cuando la red se rige por los propios participantes sea altamente descentralizada o centralizada, aquí no hay una entidad administrativa, ni siquiera informal. El gobierno opera mediante la reunión de los participantes, basando su sostenibilidad, en el compromiso que éstos tienen de continuar con la cooperación, involucrando la participación de todos los actores, con alto grado democrático. Sin embargo el modelo es ineficiente por depender de muchos actores, y la voluntad individual de cada uno de ellos, contrariando los objetivos del estado administrativo y el gobierno relacional imposibilitando la dirección y conducción de las relaciones.

2) Gobernanza por liderazgo; En estos casos, a causa de las ineficiencias de la gobernanza compartida, sus miembros están de acuerdo en que es necesaria una organización líder para tomar protagonismo en la red. Aunque supera algunos de los problemas del modelo anterior, este a su vez tiene desventajas no sólo desde el propio nivel administrativo, sino también del estado administrativo constitucional, como son; La presentación de un modelo de autoridad vertical, siendo el más fuerte en la relación que toma la iniciativa, considerando la posibilidad de que no siempre es el Estado el más fuerte en la relación. Ni siquiera cubre los puntos principales del derecho constitucional administrativo de la justificación, es decir, la legitimidad y la legalidad, ni los mecanismos de control del poder que exige el Estado Administrativo Constitucional.

3) Organización administrativa de la red; Aquí se crea una entidad administrativa formal e independiente para gobernar la red, ya sea individual o colectiva. En este modelo se crea una entidad que es independiente, en términos administrativos, de los implicados, que puede ser individual o incluso más grande, con equipos (PROVAN, 2008, p. 255). Los trabajos son coordinados por la entidad gestora, permitiendo la legitimidad y la legalidad en la red. El órgano de gobierno de la red tiene una personalidad definida, un proceso específico, legitimidad de su autoridad y un marco legal acorde a los objetivos de la red. Permite el cumplimiento de los requisitos de las organizaciones públicas, que la diferencian de las privadas; un mayor énfasis en la apertura, la transparencia, la igualdad de trato, equidad y previsibilidad (CHRISTENSEN et al., 2007, passim).

2.2.4 Las Formas de Gobernanza Pública

Rodríguez-Arana (2012, p. 10-14) explica que desde una perspectiva democrática, la administración es considerada como técnicas de acción, y el gobierno como formas de participación ciudadana en la formulación del interés general. Que será una buena administración, en la medida de su humanización y será buen gobierno en la medida de la armonización con la realidad por medio de las formas de participación. Para el autor en cuestión, el buen gobierno y la buena administración son las dos caras de una misma moneda, un derecho fundamental. Afirmación compatible con las recientes reformas constitucionales en el mundo occidental, como la democracia participativa, la constitucionalización del derecho administrativo, que torna el derecho al buen gobierno y la buena administración como indisponibles, característica estructural de un derecho fundamental de acuerdo con la teoría de los derechos fundamentales de Ferrajoli (2009). Teniendo en cuenta estos criterios y el sentido de uso y conformación del poder público, las formas de gobernanza se pueden clasificar en:

A. Gobernanza Vertical:

Es aquella que está formada por profesionales que actúan y que siguen una línea definida de autoridad jerárquica que se ejerce verticalmente. Centrada principalmente en el uso del poder del Estado a través de las secretarías de Estado y departamentos para formulación de políticas, de competencia exclusiva del Estado. Cuando la actividad se refiere a la simple ejecución de aquellas políticas, la gobernanza es llevada a cabo por las agencias ejecutivas o reguladoras, que se responsabilizan por la implementación y que tienen alguna autonomía administrativa y normativa⁷ (BRESSER-PEREIRA, 2007, p.2).

En esta categoría encontramos no sólo aquellas organizaciones que deciden las políticas y las aplican, sino también aquellas cuyas actividades no necesitan o no permiten ningún tipo

⁷ El modelo estructural presentado por Bresser-Pereira, gira en torno al criterio del origen de la propiedad administrada por la organización, que acaba determinando sus objetivos. La propiedad la clasifica en estatal, pública no estatal, o privada, dependiendo del tipo, su fin será lucrativo o no lucrativo respectivamente. Usando un criterio jurídico de control, estas organizaciones, serán estatales o no estatales dependiendo de; si están sujetas o no al derecho público o privado, así su clasificación integral es una combinación de una y otra característica. Partiendo del pensamiento de este autor y adaptándolo al criterio de la dirección del uso del poder, las organizaciones que él llama de Públicas Estatales, en esta investigación se identifica como la gobernanza vertical por compartir la misma característica principal de la responsabilidad jerárquica del funcionario público hasta llegar al gobierno central.

de autonomía de los empleados, por ejemplo, las actividades del registro civil, donde el empleado simplemente debe verificar el cumplimiento de los requisitos legales en los que basará su calificación registral. Con toda esta estructura, se identifica la responsabilidad jerárquica, y el uso del poder vertical, es decir unilateral e impositivo. El administrado interviene desde el principio como solicitante, instando el proceso o simplemente como un destinatario del acto final del mismo.

B. Gobernanza Horizontal

Como ya se ha comentado, la horizontalidad de la gobernanza radica en la interacción relacional, negociada y autónoma, entre la administración y los administrados. De acuerdo con los criterios utilizados por Bresser Pereira y la direccionalidad de ejercicio del poder, se identifican tres grupos de administrados con los que el Estado se relaciona -en el sentido de la palabra de gobierno relacional;

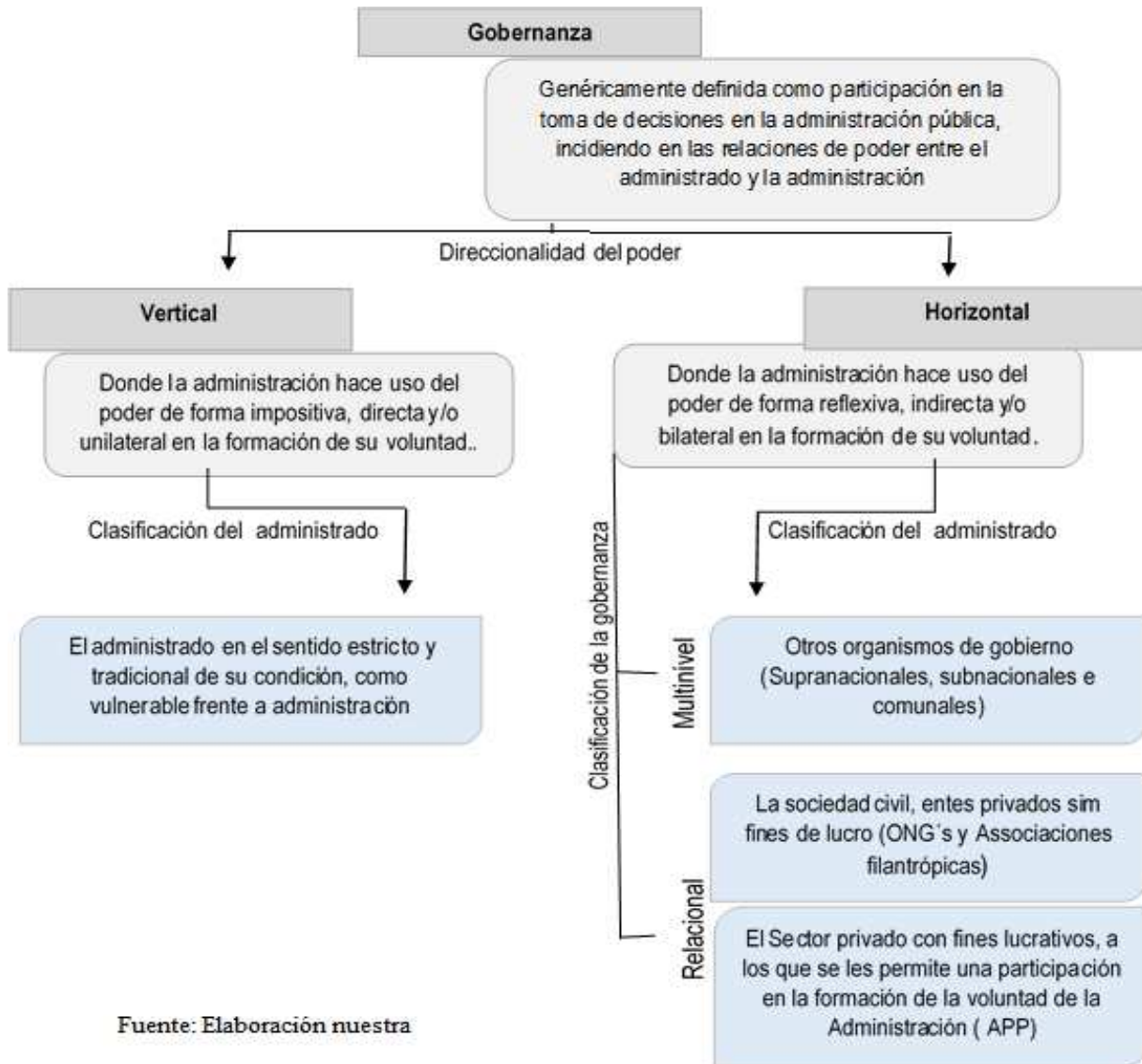
1) **Los otros órganos de gobierno**, ya sea sub-nacional como es el caso de los estados federales, o incluso los municipios autónomos, o supranacional en el caso de la integración regional organizada. A causa de la autonomía administrativa y en algunos casos incluso política, con la que cuentan estas entidades, el uso del poder vertical no es factible a excepción de unos pocos casos, donde el gobierno central actúa como árbitro en los conflictos entre entes del mismo nivel. En el vocabulario de la gobernabilidad que se conoce como la gobernanza multinivel.

2) **Los entes de la Sociedad Civil**, que persiguen intereses generales bajo el régimen de derecho privado. En el rigor del más estricto sentido del Tercer Sector se componen de organizaciones no gubernamentales y filantrópicas, que no persiguen lucro con la participación en la administración pública.

3) **El sector privado**, fraccionado entre la parte del sector que interactúa con la administración asumiendo el papel de cliente o proveedor, bajo el esquema usual de administración vertical, y otra parte, en la que los privados adoptan un papel de partícipes de la gobernanza, bajo el esquema administrativo horizontal. La participación de los privados se da dentro de una normativa específica que la viabiliza y delimita, disminuyendo la actitud dominante del Estado y dotando al sector de herramientas participativas. La administración usa métodos de incentivo, para motivar los privados a converger en la persecución de los objetivos públicos.

De una forma gráfica, estas relaciones se representan de la siguiente manera:

Esquema 1– Clasificación de la gobernanza de acuerdo a la direccionalidad del ejercicio del poder público



2.2.4.1 El Dominio o Gobierno del Poder en la Gobernanza

Desde la perspectiva de la democracia participativa, y específicamente en el gobierno relacional, surge el dominio de poder oblicuo, que ya no se trata de un choque frontal entre el poder de la administración y el del administrado, sino que cada actor ejerce su poder en la relación, sea de forma: (1) Remota, como el Estado a través de las leyes, decidiendo el tipo de racionalidad que quiere permitir; los privados, acomodando el mercado para propiciar las relaciones; la sociedad civil mediante la influencia que ejerce sobre los gobernantes mediante

la cooperación. O mediante forma (2) Diferida, cuando el Estado comprueba la juridicidad de la actuación administrativa, el mercado respondiendo a sus motivaciones, y la sociedad civil pasando de la cooperación a la complementariedad⁸. Constituyendo el dominio de la actividad administrativa; El Imperio; representado por las leyes, La Influencia; como herramienta de la sociedad y del mercado⁹ y; El Control; ejercido a posteriori por el Estado.

El dominio oblicuo surge, porque la gobernanza horizontal jus privatizada está orientada al mercado y a la sociedad, pero estructurado alrededor del primero. De esta forma los individuos se vuelven, dentro y fuera del gobierno en individuos competitivos que se conectan por fuerza del autointerés y rompen la conexión tan pronto como deje de ser útil (SPICER, 2001, p. 6).

Desde una perspectiva democrática, además del uso de poder de los actores, es importante como sus poderes interactúan. Para Weber (1964), el poder es la oportunidad o posibilidad que un individuo tiene de hacer su voluntad dentro de una relación. Considerando las circunstancias en el gobierno relacional, la interacción entre los actores, será regular cuando la insatisfacción de la influencia conduce al rompimiento de la relación, y será irregular cuando conduzca a la influencia de uno sobre otro de manera directa, siendo ilegítima y contraria a los valores democráticos del gobierno relacional.

En este plano, la democratización del uso del poder entre los actores en la gobernanza, trata de una igualación entre los mismos. Se sabe que la sociedad solo genera igualdad, libertad y respeto para las personas, si es sometida a reglas y decisiones de un poder creado por ella misma, para la realización de sus valores. Para alcanzar la igualación se necesita la reducción de las inmunidades del poder público, en otras palabras de las potestades que integran ese poder vinculante para los ciudadanos, por venir de leyes que ellos mismos se otorgaron. En la igualación, el peligro no está en el abuso de poder por parte del Estado, sobre administrados “indefensos” ante un poder muy grande, sino en los nuevos poderes fácticos incontrolados que dominan sectores de la economía, y de organizaciones criminales que superan la actuación estatal (SÁINZ MORENO, 2005, *passim*).

En esas circunstancias, ante la disminución del poder estatal usado por la administración pública (en las interacciones relacionales), ya no es el administrado el indefenso, sino el Estado,

⁸ Entiéndase que el Estado y la sociedad civil comparten los mismos objetivos, por lo tanto, en caso de discordancia en los medios para alcanzar los objetivos, la sociedad concurre, de forma complementar en la satisfacción (NAJAN, 2000)

⁹ Desarrollado más detalladamente en la sección 2.2.5.1 El nuevo plano jurídico-administrativo.

frente a poderes de gran influencia, que se aprovechan de la nueva apertura en el Estado Relacional. Por lo tanto el Derecho debe preocuparse sobre el dominio del poder en esta nueva forma de relaciones entre la administración y los administrados. Dominio que debe ocurrir en la fuente de las tensiones, es decir en la actuación administrativa concreta.

Así, la principal tarea del Derecho, es ocuparse de la legitimidad, y control de la actividad administrativa, verificar el uso del poder, y redireccionar sus desvíos neutralizando sus efectos. Ese dominio puede ser (1) *a priori*, preparando el precedente de la actuación administrativa, mediante la contención, coparticipación, y sujeción, o puede ser (2) *a posteriori*, mediante monitoreo y comprobación. Los medios *a priori* son:

A) **Contención**: dice respecto a mantener la actuación administrativa en sí, o dentro de sí, es decir, la disposición de lo que le compete a la administración pública, y de quien puede ejercer dicha competencia. La disposición del funcionario en la jerarquía administrativa, su competencia, y de cómo este puede disponer de ellas (mediante delegación o avocación), siempre deviene de la ley o de sus normas derivadas (MADEIRA, 2008, p. 170-173).

La contención, en su sentido más amplio, no implica únicamente la disposición interna de la competencia, sino que también, de la administración pública en el plano del Estado. *A lato sensu* significa deslindar la actividad administrativa de la judicial, consecuentemente también de la legislativa (Manual de competencia administrativa y judicial comparadas, 1860). En otras palabras, de la misma forma que un funcionario no puede usurpar la función atribuida o abusar de ella, la administración no puede ejercer la función que le ha sido otorgada a otro órgano del Estado, sin que implique usurpación y abuso.¹⁰ En consecuencia es prohibido a la administración vulnerar las disposiciones un órgano superior (o de otro órgano del Estado), así como reconocer, declarar o limitar los derechos de los particulares sin atribución en la ley.

En otro extremo más relacionado con la calidad del sujeto se encuentran las cuestiones de capacidad, que son impedimentos para ejercer la competencia, para ciertos sujetos (SANTOS NETO, 2004, p. 163).

B) **Coparticipación**: mediante la participación de la sociedad en los procesos decisorios, institucionalizando los procesos de participación, empoderando legalmente a los actores frente al Estado, para garantizar las condiciones mínimas de influencia. La coparticipación sirve como medio de legitimación indirecta de la administración y sus actuaciones, pasando a ser un

¹⁰ Entiéndase como órganos de Estado, también a aquellos que poseen funciones especiales y específicos, como la electoral, registral y los órganos contralores (*comptroller*).

elemento de relevancia jurídica, por ser un antecedente de un elemento de la actividad administrativa sujeto a control, la motivación.

C) **Sujeción**: es la reducción de la actividad administrativa a la obediencia a la ley. La cual procede de la constatación de la actividad administrativa con los fines de la ley, concepto que desde sus albores ha evolucionado, a veces para adaptarse a los cambios en el derecho otras para adaptarse a cambios en la administración, para Parada Vázquez (2010, p. 633) actualmente, puede pretender el control directo de la legalidad y el cumplimiento de la ley, como ocurre en la justicia penal, o puede pretender una finalidad garantista, como la protección de derechos subjetivos en materia civil y laboral.

La evolución del concepto de sujeción, del control directo de legalidad hacia el control garantista, pasa, por evolución de la actividad administrativa, de un ejercicio rigurosamente apegado a la ley, hacia un ejercicio con mayor discrecionalidad¹¹. Con esta apertura el uso del poder se controla tanto en forma cuantitativa o cualitativa, con base en la finalidad de la ley que permite la discrecionalidad. En la doctrina estos defectos se conocen como abuso de poder y desvío de poder respectivamente, que es cuando la actividad se encuentra revestida de legalidad formal, pero persigue una finalidad distinta de la que manda la ley, o usa medios de realización excesivos para tal fin, dando lugar a las ilegalidades (a) orgánicas (usurpación y evasión de funciones), (b) formales, (c) materiales (de motivo, objeto y fin) y las llamadas ilegalidades (d) personales, referentes a defectos en la manifestación de voluntad del agente (conocidos en los clásicos italianos como defectos de voluntad) (CRETELLA JÚNIOR, 1964, p. 3-33).

La evolución del concepto de sujeción no se detiene, hablándose de una redefinición del concepto de moralidad administrativa, una definición difícil, por coincidir en su concepción jurídica originaria con el desvío de poder, que fue preferido por la doctrina francesa. Además coincidió en la administración con la buena administración, sin embargo contemporáneamente los estudiosos coinciden en que; la nueva concepción es diferente de la del desvío de poder¹² y de la buena administración por estar relacionada con la moral común, que exige del agente un comportamiento acorde a los estándares morales, e impone al administrador la obligación de

¹¹ Se entiende la discrecionalidad como una forma restringida de arbitrio, una determinación de la voluntad que no depende de una regla, práctica o ley, sino de la prudencia o rectitud del agente. Es una determinación de la voluntad dentro de límites establecidos, como ser; la oportunidad y la conveniencia de la decisión.

¹² Para algunos actores, inclusive, es independiente de la legalidad porque se relaciona más a la ética, pero atendiendo el criterio de abordaje en este trabajo; el dominio del poder, no incide significativamente, por lo que se dispensa de profundizar más en el asunto.

que sus actos externen su propia idea de del deber del bien común, permitiendo evaluar la intención finalista del acto¹³ (MADEIRA, 2008, p. 19-24); el dominio a posteriori se da por:

D. **Monitoreo:** Es la vigilancia y acompañamiento de la actividad administrativa, realizada por la sociedad civil organizada y la ciudadanía. Para tener valor jurídico digno de ser llamado control, y no confundirse con el simple ejercicio de derechos como la libertad de expresión, asociación etc. debe ser realizada por una institución con poder de acompañamiento, capaz de tener acceso a la actuación administrativa hacer recomendaciones, y accionar en defensa de los derechos fundamentales. Instituciones de este tipo pueden ser rastreadas desde Suecia, Finlandia, Dinamarca de donde emigró para el medio oriente y de Europa continental para Inglaterra hasta llegar a América. Ejemplos que se han caracterizado por independencia de los poderes “mosntesquianos”, y usar medios de acción disponibles en estos, constituyendo una especie de accionante cualificado (Cf. AMARAL, 1993).

Estas instituciones se han conocido con diferentes nombres, desde su original, usado como genérico, *Ombudsman*, hasta sus variaciones idiomáticas de; Defensor del Pueblo en España, *Provedor de Justiça en Portugal*, su denominación también varía en relación a la organización adoptada para ella, en Latinoamérica es un denominador común que adopte la forma de comisión. También varía en relación de acuerdo a su relación con los otros órganos del estado, por ejemplo en Honduras es constitucionalmente, un órgano especial del Estado, su titular es un comisionado con poderes de delegación regional, y amplias potestades de acompañamiento y accionamiento, en otros ejemplos, en Brasil este control fue encomendado al Ministerio Público, quedando una línea difusa entre un simple acompañamiento y una investigación, esto, por lo menos en un sentido general.

Por motivos de claridad, se define el *ombudsman* como un ente independiente de los órganos clásicos del Estado, que no tiene un control directo, siendo un auxiliar de la sociedad en el acompañamiento, atañéndole únicamente accionar los medios de control existentes en otros órganos del Estado, siendo un accionante cualificado (Cf. AMARAL, 1993).

¹³ Para el caso, cuando la administración actúa revestida de legalidad, y dentro de los fines del interés común, pero actúa con la intención de beneficiar o perjudicar a alguien, vuelve su actuación inmoral, por usar el poder público (ajeno, por ser una delegación) para beneficio particular.

E. Comprobación; Es presentar argumentos o información que acompaña o le da fuerza a determinada actuación, siendo parte del dominio *a posteriori* del poder. A primera vista se esperaría que sea ejercido por otro órgano, naturalmente el judicial, por ostentar esta función, pero la protección buscada del ordenamiento jurídico, puede ser tutelada directa o indirectamente, lo que no es un monopolio de los jueces. Pues cada deber trae consigo los medios para lograrlo, pudiendo ser diferentes al judicial, que no puede implicar desde luego, la supresión del control judicial. Recuérdese la diferencia entre la tutela del ordenamiento jurídico privado y el público, que es el interés protegido, que cuando es público dota el control de circunstancias para hacer efectivo el interés mismo (BARCELONA LLOP, 1995 p. 111). Así la tutela puede ser (a) interna, cuando es realizada por la misma administración, también conocida como autotutela, o puede ser (b) externa cuando es ejercida por el poder judicial o por un facsímil, de forma gráfica comparativa se puede establecer que:

Tabla 1– Formas de tutela del ordenamiento jurídico mediante la comprobación de la actividad administrativa

	<i>Interna</i>	<i>Externa</i>
	Por la misma administración (autotutela)	Judicial o Facsímil
<i>Extensión de la revisión</i>	Todos los elementos del acto, inclusive el mérito, la conveniencia y la oportunidad (Cf. BARCELONA LLOP, 1995).	Motivo, Fin, Medio, Objeto Excluyéndose la conveniencia y la oportunidad. (CF PEREIRA JUNIOR, 2009)
<i>Origen del cuestionamiento</i>	Oficioso Rogado (Cf. ORELLANA MERCADO, 2013)	Rogado ¹⁴
<i>Limitación a otras revisiones</i>	Limita la judicial hasta su producción plena (Cf. BARCELONA LLOP, 1995), es decir, su falta constituye una excepción judicial, a excepción de los actos generales.	No limita la autotutela, pudiendo la administración siempre que le sea posible regularizar su decisión.

Fuente: Elaboración nuestra

¹⁴ Se exceptúan los procesos. cuyo objetivo no es el control de la actividad administrativa, sino la declaración del daño, que está por demás, decir que no es parte del objetivo de este trabajo.

Existen otros medios de dominio del poder, en la administración pública, que por no recaer sobre la actuación propiamente dicha, se abordarán a grandes rasgos, como ser; **El parlamentario**, que no se considera un medio de dominio de la actividad administrativa, por recaer sobre la conducta del funcionario en el ejercicio de su función y no sobre la actividad propiamente dicha. De la cual se puede decir que es de origen oficioso, y de limitación independiente, que por no atacar la actividad, no crea dependencia de causa. También están los medios de **fiscalización** que realizan los entes contralores, cuya institución más emblemática, son los tribunales de cuentas, que corren con la misma suerte que el control parlamentario.

Además, se habla de una tutela particular facsímil de la judicial, que encaja entre las externas, que no es más que, uso de mecanismos de derecho privado, como el arbitraje administrativo propiamente, que será objeto de estudio más adelante, adelantándose sin embargo, que además los temas propios del arbitraje como son la disponibilidad de derechos, se estudian temas jurídico-administrativos, como; si las resoluciones arbitrales administrativas pueden ser consideradas o no actos administrativos, que dependerá de si es un arbitraje propio, ejercido por un ente administrativo, o impropio por un particular, quedando claro según Barcelona Llop (1995) que no pueden existir actos administrativos emitidos por particulares, sino actos de particulares con consecuencias jurídico-administrativos.

Como se observa hasta ahora, un elemento importante para hacer frente a la comprobación es el interés tutelado, que puede ser **colectivo, público, difuso o individual**, dependiendo de la legitimidad para instar la comprobación de la actividad administrativa. Presentando mayor problema el interés difuso, porque el derecho corresponde a un grupo de sujetos indeterminables, como contrariamente sucede en los intereses colectivos, cuyos sujetos son determinados. El problema se suscita en la mayoría de los países latinoamericanos que no disponen en las leyes administrativas de los derechos difusos, hablando únicamente de interés legítimo.

La jurisprudencia mexicana ha hecho una valiosa contribución al respeto, comprendiendo que desde el momento que en la ley se habla de interés jurídico o legítimo, se debe entender que se trata de un interés jurídicamente tutelado, que de forma general es un derecho difuso en sí mismo, que al ser jurídicamente protegido, debe corresponder a una situación particular en el sistema legal. El interés legítimamente es individual o colectivo, lo que les lleva a afirmar que es suficiente que quien presenta la acción se considere afectado por una situación jurídica para que la acción sea procedente ("Semana Judicial de la Federación." 1995, p. 555). Tesis superada con la diferenciación y surgimiento de mecanismos de protección de los derechos

difusos, así el interés legítimo es una intermedio entre un derecho subjetivo y un derecho difuso, que debe reunir los siguientes requisitos 1) Existencia de un interés personal, individual o colectivo; 2) Garantizado por el derecho objetivo, pero no da lugar a un derecho subjetivo; 3) Afectación a la esfera jurídica en sentido amplio, ya sea de índole económica, profesional o de cualquier otra, en caso contrario se tutelará un derecho difuso; 4) El titular del interés legítimo tiene un interés propio, distinto del de cualquier otro gobernado; 5) Se trata de un interés cualificado, actual y real, no potencial o hipotético; y, 6) La anulación produce efectos positivos o negativos en la esfera jurídica del gobernado ("Semanario Judicial de la Federación." 2002, p. 1367).

Otras legislaciones, deferentes a la hondureña tratan con mayor claridad sobre los derechos colectivos, difusos, y los intereses legítimos de los administrados, la constitución brasileña, por ejemplo, consagra la acción popular en defensa del medio ambiente, el patrimonio y otros (Art. 5 Constitución de la República Federal del Brasil, 1988), que son instrumentos especiales dentro de los generales.

2.3 La Actividad Administrativa Contemporánea

Los tipos y formas de actividad administrativa son tan variados, como la misma administración pública. La doctrina suele sub-clasificarla en **interna** o **externa**, en razón del destinatario de la actividad. Será interna cuando el destinatario de la actividad sea la misma administración, entre ella se encuentra, las deliberaciones, planes, medidas y órdenes jurídicamente vinculantes. Será externa cuando el destinatario sea la sociedad, como ser; acciones puramente materiales, o declaraciones con trascendencia jurídica. Los actos materiales quedan en segundo plano después de los actos administrativos, compuesto por las órdenes administrativas unilaterales, que regulan de forma concreta un hecho, o puede regularse de forma general y abstracta mediante reglamentos u ordenanzas, en el primer plano también se encuentran los negocios administrativos, destinados a constituir un contrato, que puede ser ejecutivo de una decisión, o sobre un acto o potestad administrativa como objeto contractual (MAURER, 2012, p. 187).

Las declaraciones de voluntad (en actos y negocios), expresas o tácitas, son los medios por los cuales la administración pública proyecta en el escenario jurídico sus decisiones, listas para producir consecuencias jurídicas, y también son los mecanismos de control de los actos y negocios jurídicos. En esta línea el ordenamiento administrativo hondureño establece como medios de expresión de voluntad de la administración los procedimientos administrativos que

resultan en actos generales; **Decretos**, contentivos de las decisiones privativas del presidente de la república, actos particulares; **Acuerdos**, cuando no actúa el particular como interesado, adoptan la misma forma, los actos derivados de las potestades reglamentarias, y las **Resoluciones**, producto de una petición activa del particular, finalmente los actos toman forma instrumental, para impulsar los procedimientos mediante las **Providencias**. Según los efectos de los actos, se clasifican en (1) acto-regla, (2) acto-condición y (3) acto subjetivo respectivamente, coincidiendo con la clasificación francesa (ORELLANA, 2013; CRETELLA JÚNIOR, 1966). Por su parte el negocio jurídico toma forma invariable de contrato, en sus más diversas tipologías.

2.3.1 El Nuevo Plano Jurídico-administrativo.

El plano jurídico-administrativo ha cambiado, conforme ha cambiado la concepción de la administración pública y el papel del derecho administrativo, resultando en cambios en el referido derecho. Así el ejercicio de poder en los actos, se clasifica en: (1) **Ejercicio de poder contenido**, internos y externos cuya regularidad depende de la competencia y/o capacidad del emisor para vincular con su decisión al destinatario, un subalterno, un superior o a sí mismo si el acto fuese interno, o a un particular si fuese externo. La otra clasificación es de (2) **Ejercicio de poder delimitado**, cuando la administración actúa con alguna libertad para decidir de forma subjetiva o no, es decir actos vinculados y discrecionales. Ambas clasificaciones, en cuanto a la sujeción a las reglas de formación de voluntad y los requisitos formales de esta, distinguen los actos que solo necesitan la voluntad un titular de la competencia, y los que exigen la concurrencia de dos o más voluntades ajenas a la administración, clasificados como unilaterales y plurilaterales respectivamente. La concurrencia de las diferentes voluntades de la administración, se llama en este trabajo, pluriadministrativa, y tanto esta como la plurilateral pueden ser simultánea o sucesiva, una después de la otra (FRAGA, 2000, p. 33).

La concepción de acto administrativo en sí misma, no sufrió grandes cambios, sin embargo, si lo ha hecho la forma en la cual se gesta. Conforme llega la gobernanza relacional a la administración pública, que concordando con sus características principales; de intercambio horizontal de recursos en autonomía, negociación relacional, mayor margen de actuación de los actores, y su autorregulación, se acepta la contratación sobre el acto, sobre las potestades de la administración pública ejerciendo el poder de forma delimitada, además de aceptar la realización de actividades conjuntas entre los órganos administrativos, en cuyo caso ejercen un poder contenido.

A. **Los actos plurilaterales:** El origen negocial de los actos administrativos.

El objetivo principal de la administración es la coordinación de los actores implicados en la actividad administrativa, interviniendo para la motivación de estos. En esta tarea la administración tiene un campo de acción amplio, en el fomento, limitación y vigilancia de los particulares, resumida en intervención y dirección de los administrados. La administración pasa de la forma tradicional de intervención directa, que ha perdido fuerza en las últimas dos décadas del siglo pasado, a una forma de intervención indirecta. El cambio es tan simple como pasar de una motivación por dirección, a una motivación por inducción, es decir a ofrecer incentivos, a fomentar. Tanto la regulación como el fomento son parte de la intervención indirecta, el fomento incluye; incentivos honoríficos, económicos, ventajas financieras o patrimoniales, y los jurídicos que consisten en ventajas de trato preferencial o privilegios para una categoría de sujetos (MELLO, 2010, p. 1-20).

Los medios jurídicos de fomento, involucra regímenes jurídicos especiales o trato normativos diferenciados, siendo relevante para este trabajo la influencia de la gobernanza relacional sobre la gestión de los actos administrativos. En esta gobernanza los actos se concretan mediante la negociación, amplia discrecionalidad y flujo horizontal de recursos, por lo que la administración recurre a los contratos sobre actos y potestades administrativas, en otras palabras, contrata sobre el ejercicio de determinado modo de una de sus potestades. La administración se obliga a emitir un acto en determinado sentido, que puede versar sobre uno o varios medios de intervención indirecta, gestando un acto mediante un negocio. La voluntad del Estado y del particular, son concurrentes respecto al contenido del acto negociado, y desde luego de la nueva relación jurídica que se crea.

Según Huergo Lora (1998, p. 25) el objetivos de contratar sobre actos o potestades es; Para los particulares la posibilidad de pactar un acto, sabiendo que de otra manera la administración podría dirigirlo unilateralmente, o realizar una actividad directa, perdiendo la oportunidad del fomento, resultando más oneroso o menos beneficioso. Para la administración el objetivo es evitar un conflicto con el particular y poder incluir cláusulas que de otra forma le sería imposible unilateralmente. Para el autor citado, estos convenios se dan sobre:

1) Potestades discrecionales: a) que la decisión administrativa debe basarse en una valoración del interés público, que ha sido encomendada por la Ley precisamente a la Administración, y b) que justamente por ello, ningún interesado tiene derecho a que se dé a la decisión discrecional un contenido determinado.

2) Los convenios de ejecución: Estos se definen por la ausencia de elementos discrecionales en la actividad administrativa de que se trate. La decisión administrativa no tiene como presupuesto una valoración del interés público, sea porque esa valoración ha sido ya agotada por la Ley o porque se realiza en una fase anterior del procedimiento, plasmada en una decisión (o acuerdo) autónoma. (HUERGO LORA, 1998, p. 35-36).

Considerando los principios del Derecho Administrativo y los generales de Derecho, es imperativo delimitar la vinculación de estos pactos para la administración pública. Partiendo de la premisa de que la obligación asumida por la administración pública no es una resolución, sino un pacto de tramitar los procedimientos necesarios para la obtención del acto pactado, en los términos pactados. Podría afirmarse que la clasificación doctrinaria del acto administrativo no cambió, sino que consiste en una configuración diversa para producir un acto que a rigor, es complejo. De acuerdo a la cláusula, el acto prometido, según Huergo Lora (1998) puede ser;

1. **Condición de una prestación por un particular:** Es cuando el particular se obliga a hacer una prestación en interés de la administración -general- siempre que la administración dicte un acto con el contenido convenido en el acuerdo, o a ejercer en determinado sentido sus potestades, o se abstenga de ejercerlas. En estos pactos la administración no se obliga a emitir un acto en una dirección determinada, por ser el convenio en el sentido técnico, una condición de la prestación del particular, sin embargo, si la administración cumple con el convenio, podrá exigir la prestación al particular, puesto que el cumplimiento de la condición sirve como causa de obligación en contra de aquel, como si se tratara de una condición suspensiva, la prestación es un acto de cumplimiento. Si el convenio establece el cumplimiento inmediato después del acto, la condición será resolutoria. Los efectos del convenio (sustentado en el interés general) es motivar el acto dictado.

2. **Compromiso de emitir un acto en determinado sentido;** En este tipo de convenios, la administración se obliga a emitir un acto con el contenido pactado, y además de servir como justificación en caso de impugnación por un tercero en la justicia contenciosa-administrativa, además de servirle al particular de causa de nulidad, en caso de un acto con contenido diferente al pactado.

3. **Convenio sustituto del acto administrativo;** Estos convenios representan el acto mismo, cabiendo, sólo especificar la diferencia con otros convenios que podrían confundirse con ellos. Entre estos similares se encuentran los (a) Convenios alternativos, mediante los

cuales la administración consigue los mismos fines que con un acto unilateral, y que no consisten en un acto propiamente dicho, un ejemplo claro es la compra de un bien inmueble, que de no haber sido posible una negociación, la administración podría haberlo expropiado, consiguiendo los mismos fines por medios diferentes. (b) Los convenios de adhesión; referentes a la posibilidad que en el curso de un proceso administrativo, la administración llegue a un convenio con el particular, sobre el contenido de la resolución. La diferencia entre la adhesión y la sustitución radica en que la adhesión es una herramienta de conclusión anticipada del procedimiento, y la sustitución la supresión de este.

4. Los convenios que versan sobre la resolución de conflictos en proceso: Estos son los que devienen de un acto ya dictado, involucrando la potestad revocatoria y revisora de sus actos que tiene la administración. Estos convenios están íntimamente ligados a la posibilidad de transacción de los asuntos administrativos, abordado a profundidad más adelante.

La importancia del reconocimiento del origen contractual de los actos administrativos radica en las implicaciones que tiene, por ejemplo, se puede separar la invalidez del acto, de la invalidez del origen de este, el negocio. A manera de ejemplo, si la administración pública convén emitir un acto administrativo, sobre el cual ejerce un poder limitado y vinculado, el convenio como justificación del acto es inválido, imposibilitando que se obligue a la administración a emitir el acto. Definido así el acto administrativo plurilateral, como aquel, donde es necesaria la voluntad del particular, para constituir, modificar o extinguir las relaciones jurídicas entre los involucrados (HUERGO LORA, 1998, p. 197).

En el caso, de ser el convenio sobre una decisión vinculada, se entiende, que el particular, en base al principio de la buena fe en la contratación, se está obligando a cumplir los requisitos para reclamar el acto convenido. Representa una obligación para el particular y no para la administración. Aunque, en la práctica, en virtud de la seguridad jurídica, el particular siempre debe dar garantías de reunir esos requisitos.

B. Los actos pluriadministrativos;

La doctrina siempre ha reconocido aquellos actos que requieren concurso de voluntades, denominados plurilaterales. Sin embargo con el advenimiento de nuevas formas de gestión de los actos administrativos, la clasificación de estos, en unilaterales y plurilaterales, es insuficiente. Provoca confusión entre los actos que requieren voluntad con interés general, y aquellos que requieren una voluntad dirigida por el interés particular, con el objetivo de superar esta confusión, algunos doctrinadores proponen una sub-clasificación, en plurilateralidad

cualitativa cuando las voluntades tienen un interés diverso, y cuantitativa cuando tienen el mismo interés, el interés general (DUPIUS, 1975, p. 209 apud HUERGO, 1998, p. 194). En este trabajo se opta por llamar la plurilateralidad cuantitativa de pluriadministrativa, y la plurilateralidad cualitativa de plurilateral, propiamente dicha, tomando como base la diferenciación en la doctrina procesal civil entre parte y litigante, de tal manera que un proceso solo existen dos partes, aunque sea posible la constitución de una parte por varios litigantes (PÉREZ, 2007, p. 178). Así, se entiende que en el nuevo plano jurídico-administrativo siempre existirán como partes; únicamente la administración, y/o el particular¹⁵, cuando el particular, es parte o no supernumeraria, se denomina plurilateral, y cuando lo es la administración la supernumeraria, se denominará pluriadministrativos, estos últimos toman forma de:

1. **Actos Colectivos** (Convenios¹⁶): Actos complejos que requieren un concurso de voluntades, que tienen igual contenido y finalidad, reunidas exclusivamente para la manifestación conjunta, permaneciendo jurídicamente autónomas. El ejemplo tradicional es el consejo de secretarios de Estado cuando refrenda la decisión del presidente de la república (CALAFELL, 2009, p. 137). Existe otro tipo de acto con concurso de voluntades que mantiene la autonomía jurídica, son aquellos actos de diferentes administraciones, que con unidad de fin y objetivos, concurren de forma conjunta, pero mediante actos independientes. Como cuando diferentes administraciones se plantean contratar con un particular, conviniendo entre ellas ofrecerles ciertas ventajas, se diferencia del contrato. porque no hay negociación con el particular.

2. **Actos de Unión**: Estos también implican concurso de voluntades, pero a diferencia de los actos colectivos, la finalidad de los entes no es idéntica, como tampoco es el dar lugar a una situación jurídica individual (CALAFELL, 2009 p. 137) En estos casos una de los entes actúa con motivación diferente, siendo actos autónomos propiamente dichos, así en un dado caso que uno de los actos vea afectada su motivación, los otros no ven afectada su validez.

¹⁵ Entiéndase particular en su sentido más *lato*, como aquel sujeto que no integra la administración pública.

¹⁶ Debe tenerse en cuenta la definición de convenio, debido a sus innumerables concepciones en la doctrina. En el argumento de Hitscherich (2005 p. 36), los convenios son intereses convergentes, que solo se encuentran cuando los participantes son las diferentes administraciones. Huergo Lora (1998) lo entiende en el sentido más general, como un acuerdo de voluntad, que puede ser contractual o no, es decir puede o no generar alguna obligación jurídica. Siendo este segundo el que se adopta en este trabajo, contrario a la definición en algunos países, como Brasil, que adopta el argumento de Hitscherich, que no tiene como punto central la vinculación entre las partes, sino el interés perseguido por estas, existiendo un convenio, únicamente cuando dos administraciones contratan para perseguir conjuntamente un objetivo común (MARINELA 2015, p. 519).

Estos actos se relacionan con un contrato, de la misma forma que un contrato sobre un acto, sirve para motivar el mismo, los actos aquí abordados, sirven para motivar el contrato, son la valoración del interés general, o la declaración de conveniencia de perseguir un interés declarado en ley. Siendo en este caso, potestades de ejercicio exclusivo de la unilateralidad (Como fue explicado en la sección sobre convenios de ejecución, en la tipología de los contratos sobre actos y potestades) correspondiendo con la característica de la autonomía de los actores en el gobierno relacional.

2.3.2 La Responsabilidad Sobre la Actuación Administrativa

En sentido lexicográfico, la responsabilidad jurídica trata sobre la obligación de responder por las acciones propias, por la de los otros o por las cosas confiadas. Trata sobre sujetos ejecutando conductas o sufriendo eventos determinables en el tiempo y el espacio, cuyos resultados puede ser la construcción o destrucción de algo, permitidos o no por el ordenamiento jurídico. La responsabilidad jurídica requiere, a veces, de un daño y otras veces no, dependiendo si lo que se protege jurídicamente es material o materializable. De igual forma a veces requiere provocación de parte o no, dependiendo si el individuo protegido por el ordenamiento es determinable o indeterminado. Para todos los tipos de responsabilidad es común la característica de ser, necesariamente imputable a un sujeto jurídico. De este modo la noción de responsabilidad jurídica sólo tiene sentido si está destinada a descubrir quién debe responder (TORRE; SIERRA, 2007, p. 141) y en el derecho administrativo es un mecanismo de control de la actividad administrativa material.

En este orden de ideas, se entiende que los elementos que conforman la responsabilidad jurídica son: (a) un ordenamiento, (b) conductas (Eventos o actos), (c) sujetos jurídicos que interactúan. Elementos identificados en la actividad administrativa contemporánea, existiendo por lo tanto, responsabilidad jurídica de los sujetos que coadyuvan con el Estado en la administración de sus asuntos o recursos. Por eso, los particulares que ejecutan conductas, sean estas actos o eventos en estas circunstancias, lo hacen mediante derivación del poder público, debiendo estar justificadas, delimitadas y ser morales, en pocas palabras legítimas, legales y jurídicas, es decir de su actividad deviene responsabilidad jurídica.

En ese concepto adoptado, son sujetos en la actividad administrativa contemporánea; El Estado, que se personifica en las administraciones públicas, llámense centrales, concentradas o desconcentradas, y los particulares cuando por permisión del Estado ejercen funciones administrativas. En la historia, el Estado, no siempre respondió jurídicamente, de acuerdo la

teoría de la irresponsabilidad, no respondía a causa de su soberanía, por la cual nunca se equivocaba, o por lo menos no respondía por sus actuaciones. Luego se comienza a aceptar su responsabilidad, en aquellos actos en los que no ejerce soberanía y hubiera culpa, dando lugar a la dicotomía entre actos de imperio y actos de gestión, determinados como uno u otro, si usaba la coerción. Auxiliándose de las teorías civilistas, se debía probar la falla de la administración pública. Finalmente se llega a la teoría del riesgo, según la cual la probabilidad del daño a los particulares es inminente, por lo que no es necesaria la prueba de la falta de la administración, bastando el nexo de causalidad entre el daño y la actuación, pasando así de la responsabilidad objetiva a la subjetiva (MEDAUAR, 2009, p. 375-379).

Bajo el viejo dogma de la responsabilidad administrativa, ante un acto antijurídico, se impugnaba en sede administrativa, mediante el procedimiento administrativo, y en caso de fracaso, la impugnación ocurría en sede judicial. En el supuesto del fracaso de la tutela judicial que impidiese la consumación del daño, se procedía a la reparación pecuniaria del mismo. En estos casos, ante una acción administrativa dañosa, y una inacción del poder judicial, el Estado indemniza en un acto de solidaridad social, como eficacia (MEDAUAR, 2009, p. 375-379) tardía del Estado de derecho, sancionando solidariamente al verdadero responsable de la acción dañosa; el funcionario o agente, de forma utópica, porque en la práctica la acción siempre es dirigida contra el Estado, quien siempre paga, y aun subrogándose en la acción, acaba cargando con los inconvenientes y gastos de la acción en su contra, dejando en la impunidad la irresponsabilidad funcional (GORDILLO, 2015, p. 709-712).

Denhardt (2012) explica que el abandono del método racional, y el paradigma activo social, llevan a la reformulación de la noción de responsabilidad administrativa, según la cual se asegura la *accountability* en las organizaciones pública, mediante la exigencia de acoplar sus decisiones a las intenciones del poder legislativo. En el mismo sentido Harmont (1981) apunta que esa visión de acoplamiento es fiel a una relación instrumental entre los medios y los fines, que ya no se adecua a la nueva realidad organizacional. Inadecuación decurrente de los problemas de las nuevas formas de gestión de la actividad administrativa, entre ellos:

... [Los] peculiares de la cooperación y la colaboración [...] El problema que los gestores enfrentan, se explica por la existencia de muchos participantes en las redes, la autoridad y la responsabilidad quedan dispersas y, consecuentemente, se vuelve difícil aplicar los modos o mecanismos

tradicionales de *accountability* (DENHARDT, 2012, p. 125, cursiva del autor, traducción nuestra)¹⁷.

En contraste a los medios tradicionales, Denhardt propone una responsabilidad administrativa personal, es decir el agente debe soportar la carga moral de sus acciones, en lugar de transferir la culpa o responsabilidad a otras personas (entre ellas el Estado), o padrones externos de corrección.

En ese contexto, se observan dos fenómenos en cuanto a la responsabilidad por la actividad administrativa; El aumento de la responsabilidad administrativa internacional¹⁸, y la disminución de la responsabilidad interna (GORDILLO, 2014, p. 709-712).

La disminución de la responsabilidad interna, obedece a los problemas de *accountability* apuntados por Denhardt y Harmont. Se da lugar de esta manera a un deslinde de la responsabilidad del Estado, de ese modo, en el fenómeno de la gobernanza relacional, y con advenimiento de la *jus privatización* administrativa, la pluralidad de actores involucrados, y la apertura a formas de satisfacción social privadas, y el fomento de las mismas, el problema de la complejidad del contexto, se resuelve distribuyendo la responsabilidad entre los agentes y los actores directamente.

Pensamientos de esa índole, han llevado a movimientos legislativos y jurisprudenciales, que tienen como antecedente el endeudamiento del Estado, y la excesiva carga indemnizatoria. En Argentina el movimiento deja como producto la ley 26.944 de 2014, y en Honduras incluye el fenómeno en la ley reforma del sistema administrativo, número 266-2013, vigente desde enero del 2014, leyes en las cuales taxativamente El Estado, usando las palabras de Gordillo (2014), “se desembaraza de la situación” por medio de leyes, es decir aparta, aleja de él, lo que le estorba, lo que le es incómodo para alcanzar sus fines. Se observa en las palabras usadas por el autor, una valoración que indica un abuso de posición del Estado, de tal manera que evade

¹⁷ ... peculiares da cooperação e colaboração. [...] O problema que estes gestores enfrentam se explicam-se já que existem muitos participantes na rede, a autoridade e a responsabilidade ficam dispersas e, conseqüentemente, torna-se difícil aplicar os modos ou mecanismos tradicionais de *accountability*.

¹⁸ El autor citado, hace referencia a las resoluciones de los organismos supranacionales, como las cortes hemisféricas de Derechos Humanos, que han afirmado que no solo la violación de las leyes internas ocasiona responsabilidad, sino que la emisión de leyes o resoluciones contrarias a los tratados ratificados por los Estados. También se refiere a los sistemas normativos, que cada vez más, incluyen responsabilidad internacional del Estado como sujeto, como es el caso de las leyes derivadas de tratados de protección de inversiones extranjeras, que introducen el arbitraje internacional de inversiones.

sus responsabilidades, aunque cumpla con el ordenamiento y sus funciones, trasladando la responsabilidad a los terceros.

Según Vernis y Mendoza (2009), la existencia de objetivos comunes y la asunción de responsabilidades concretas y articulación de la responsabilidad asumida por cada una de las partes en el estado relacional¹⁹, significa una responsabilidad entre el Estado, la sociedad y el sector privado sobre la realidad social, por lo tanto, en esa interdependencia de los actores, los intereses colectivos dejan de ser un patrimonio del estado, una responsabilidad exclusiva de este, volviendo la participación social algo deseable y necesario. La participación social puede ser mediante organizaciones u organizaciones sociales no lucrativas, mediante el sector privado o directamente por la ciudadanía.

Compartir la responsabilidad jurídica entre los actores, está íntimamente relacionado con el tema de la democracia participativa, en su sentido más amplio de empoderamiento de la sociedad en su propia gobernanza, pero con el fin intrínseco de dotar al Estado de legitimidad democrática. En la medida en que la sociedad se vuelve corresponsable en directa de su realidad, no cabe más culpar exclusivamente al Estado, como si fuera un ente externo que domina la sociedad. De este modo hablar de Estado fallido producto de un gobierno débil, incapaz de mantener el control de la situación, significaría el reconocimiento de la sociedad, de sus propias fallas para autogobernarse.

Atehortua (2014) señala que la responsabilidad transferida a terceros, se llama responsabilidad de los particulares. Al involucrarse los particulares en asuntos que anteriormente eran monopolio del Estado, hace imperioso revisar el alcance de su responsabilidad. Según el autor, deberían responder de la misma manera y con sujeción a las mismas instituciones y principios que el Estado, cabiendo inclusive, la aplicación de sistemas de control que antes eran exclusivos para el Estado. En consonancia con el sentido lexicográfico de responsabilidad, la responsabilidad administrativa de los particulares, deviene de; (1) La prestación de un servicio regulado, (2) El ejercicio de una función pública, (3) La administración de recursos públicos.

¹⁹ Los actores citados usan el término Estado Relacional y no Gobierno Relacional, que para ellos debe ser llamado Gobierno en Red, partiendo de la tesis de su trabajo, que demuestra una relación entre; El entorno Social, El modelo de Estado y El Modelo de Administración adoptado. En su trabajo demuestran que, Un entorno social interdependiente, conduce, a un modelo de Estado relacional, el cual exige un modelo de administración, de gobierno en red. Dicho trabajo, no interfiere en nada con la utilización, en este trabajo, del término gobierno relacional, pues no contraria, y en grandes rasgos, el trabajo de los autores citados, representa una delimitación más estricta de un mismo fenómeno, la gobernanza relacional, por lo cual se opta por mantener el término original de los actores.

La responsabilidad de los particulares, se clasifica en los mismos términos que la responsabilidad de los propios funcionarios públicos directos, en administración; (a) Administrativo: que se refiere a inobservancia de las disposiciones legales o reglamentarias, referentes a actos o contratos administrativos por parte de los funcionarios, en ejercicio de sus funciones o cargo,; incluyendo actos de disciplina; destinados a los funcionarios y empleados públicos, excepcionalmente también a terceros. (b) Responsabilidad Civil: cuando como consecuencia de las acciones u omisiones se causen daños patrimoniales a un administrado, o cualquier otro daño susceptible de materialización. Su origen puede ser contractual, cuando en resultado de obligaciones contraídas mediante las manifestaciones de voluntad respectivas, será extracontractual cuando sea producto de un hecho, acto u omisión, siempre que se ejerzan funciones administrativas. (c) Responsabilidad Penal: que surge cuando una acción u omisión administrativa es tipificada como delito.

Además de saber los orígenes jurídicos de la responsabilidad, es necesario identificar las circunstancias para establecer dicha responsabilidad. Existen dos maneras de hacerlo; (1) Interna: En caso que el daño sea causado a la administración por un servidor o, un particular equiparado con aquel o vinculado con la administración pública. Y sea Establecida de forma subjetiva. (2) Externa: en caso que el daño sea producido por la administración a un administrado, cabiendo el establecimiento objetivo de la responsabilidad. En ese contexto, la responsabilidad de los particulares puede ser:

A. Responsabilidad como resultado de una prestación o servicio:

El particular que presta un servicio público, responde civilmente de sus actuaciones. Cuando la víctima del daño es un tercero, tradicionalmente el particular responde directamente, y el Estado responde por tener culpa *in vigilando e in eligendo*, pero como se observó, la responsabilidad ha sido transferida para los particulares eludiéndola el Estado. De esta forma el prestador ve su responsabilidad civil contenida en las leyes de protección del usuario y/o consumidor, de tal suerte se ha modificado la responsabilidad patrimonial, que ya no es igual para todas las personas, según Gordillo (2014, p. 271) se diferencia de la siguiente manera:

- a) En las empresas de bienes y servicios en un régimen de libre competencia, la responsabilidad es extensiva por la ley de defensa del consumidor, de aplicación progresivamente extensiva;
- b) en el grupo de prestadores de servicios que lo hacen en situación de monopolio o exclusividad concedida o licenciada por el Estado, rigen más

severamente los principios de la ley de protección del usuario y del consumidor.

c) En el otro extremo, la responsabilidad del Estado ha quedado progresivamente limitada, tanto en el derecho positivo y jurisprudencial como en la práctica.

Por otro lado, el Estado por medio de las agencias reguladoras, deduce responsabilidad de los prestadores por violación al ordenamiento o reglamentación del servicio, aplicando multas para resarcir el daño, que son destinadas a los usuarios o a la misma administración. La regulación es realizada por agencias especializadas o por agencias genéricas, de competencia residual en caso de no existir un ente regulador especializado. Para el autor en cuestión, es importante recordar, que las empresas, tienen responsabilidad administrativa y penal administrativa, y sus agentes eventual responsabilidad penal. Esta situación aumenta los ámbitos de la responsabilidad administrativa.

B. La responsabilidad por el ejercicio de una función pública:

El ejercicio de una función pública por un particular, implica el ejercicio de una actividad que requiere el uso de autoridad o potestades que originalmente, le corresponden al Estado. El traspasar a los particulares, funciones públicas, forma parte del fenómeno de la descentralización por colaboración, algo nada nuevo en la administración pública, que consiste en la distribución de funciones entre territorios y entes de una actividad determinada. El término descentralización invoca diferenciación de personalidad del ente descentralizado respecto a la administración central, desde el punto de vista organizacional.

La descentralización por colaboración es conocida desde la antigüedad, en el surgimiento de las corporaciones profesionales en la época de los artesanos organizados. Su principal característica es su autogobierno, justificado por estar la organización, compuesta de miembros con un interés en común, que dan el sustento económico y son los destinatarios de su actividad. Debe apuntarse que las corporaciones no siempre tienen un carácter burocrático, es decir, no siempre son auxiliares de asistencia y participación en algún órgano de decisión con participación de órganos de idéntico destino (CALDERÓN, 2007).

En la contemporaneidad, la descentralización por colaboración, ha alcanzado todos los sectores de la administración pública; La fiscalización ambiental comunitaria, administración de suministros de agua, administración de una profesión de interés público como las corporaciones que son entes de derecho público con naturaleza de derecho privado, sin importar su ámbito, les son comunes a todos los órganos colaboradores: (a) Sólo pueden tener funciones

públicas permitidas por las leyes y la constitución. (b) las funciones deben ser específicamente determinadas. (c) La atribución debe ser por ley, un acto administrativo o un convenio. (d) La regulación y responsabilidad del ejercicio corresponde a la autoridad titular de la función delegada, en el marco de la constitución y las leyes (COLOMBIA, 1999). Con esto, se identifican como diferencias entre un particular colaborador tradicional y uno relacional; (1) El origen de las funciones del particular tradicional nasce de la propia ley, en el gobierno relacional, nace de una delegación o concesión administrativa mediante un acto o convenio. (2) El nacimiento del órgano, en el método tradicional nace de la ley que ordena su formación y pertenencia de sus miembros, en el relacional, de la voluntad de asociación de los miembros y siempre son de naturaleza privada.

Un claro ejemplo entre un órgano por delegación en el gobierno relacional, son los patronatos regulados por la ley 253-2013 del 24 de enero del 2014, el cual nace de la voluntad de asociación de los vecinos de un barrio o colonia y se auto-reglamentan, a diferencia de una corporación profesional, que es creada por mandato de ley, y reglamentada por la ley que manda su creación, y la pertenencia de sus miembros es obligatoria.

En cuanto a la responsabilidad civil de los particulares, quedó claro en el apartado anterior que estos, responden unipersonalmente de sus actividades, en cuanto a la responsabilidad administrativa responden ante el órgano delegante, además del órgano regulador en los términos de la constitución, las leyes, el convenio delegatorio, significando que no existe una responsabilidad genérica o general, cabiendo al ente regulador y al mismo delegado establecerla.

La responsabilidad penal administrativa de los particulares que ejercen una función pública, como una particularidad propia del derecho penal, depende de la tipificación de las conductas como delitos contra la administración pública. Siendo más sencillo, analizarlos como sujeto activo de un tipo penal, Para López-Zamora (2014) el sujeto puede clasificarse como (1) indeterminado cuando el tipo penal usa “Quien”, será (2) Cualificado cuando el sujeto necesite una cualidad especial para poder subsumir su conducta en el tipo penal, sea esta natural, jurídica o profesional. Comúnmente los códigos penales o leyes penales extramuros que tipifican delitos contra la administración, hablan de funcionarios públicos o empleados públicos, restringiendo los sujetos de acuerdo a las funciones que desempeñan, las normas penales más actualizadas hablan de servidor público, haciendo la determinación del sujeto mediante normas de remisión para normas administrativas, resolviendo el problema de la cualificación del sujeto. Con esa fórmula de mayor amplitud, se incluye a los particulares que ejercen funciones administrativas,

en cumplimiento a la convención interamericana contra la corrupción, que incluye como acto de corrupción pasivo, el cometido en ejercicio temporal o especial de una defunción pública.

C. La responsabilidad por la administración de patrimonio público

Con la participación de los particulares en la administración pública, deviene como consecuencia su responsabilidad derivada de las actividades que realizan o del patrimonio que se les ha confiado, en esta sección se aborda esta última, entendiéndose patrimonio, como:

... [El] conjunto de bienes, dinero, valores, derechos (inclusive morales) y créditos pertenecientes a los entes públicos [...], cuya administración sea de interés público y difuso, estando vinculados a su protección y defensa, no solamente los administradores, sino también los administrados. Debido a su origen público, estos elementos no pierden su calidad de dominio público, aunque se encuentren en posesión de particulares. Debe recordarse que los bienes públicos pueden tener naturaleza artística, histórica, estética y turística (MARTINS, 2013, p. 215, traducción nuestra)²⁰

La responsabilidad por la administración de patrimonio público, incluye tanto los administrados, como los particulares, pues está dirigida a cualquiera que lo posea, siendo indiferente la naturaleza del particular, sea pública o privada. Cabe apuntar, además, que la responsabilidad de los particulares deriva de una correcta percepción de los ingresos, la ejecución del gasto y la inversión, en lo referente a la legalidad y veracidad, al uso eficaz y eficiente para alcanzar los objetivos establecidos para el patrimonio en cuestión. Además deriva de una conducta proba, imparcial, eficiente, ética y transparente, de la misma forma que del uso y manejo de los bienes, todo contenido en el TÍTULO V, capítulo III de la Constitución de la República de Honduras de 1982, y la ley orgánica del tribunal superior de cuentas de la República de Honduras, decreto 14-2002.

Los particulares que reciben la administración de un bien público, lo recibe bajo las siguientes condiciones; (1) para un propósito legal particular, (2) bajos obligaciones específicas de conservación y gestión con criterios técnicos y económicos (3) y quien adquiere un bien para el estado debe hacerlo en la transparencia, la publicidad y la economía. La deducción de la

²⁰ ... conjunto de bens, dinheiro, valores, direitos (inclusive morais) e créditos pertencentes aos entes públicos [...], a través da administração [...] cuja administração seja de interesse público e difuso, estando não só os administradores, como também os administrados, vinculados a sua proteção e defesa, tais elementos mesmo sob possessão de particular, nunca perderão a qualidade de domínio público dada sua origem: o ente público. Sempre lembrando que os bens públicos podem ter, ainda natureza artística, histórica, estética e turística.

responsabilidad administrativa por la administración de este patrimonio, es realizada por los órganos contralores, cuyos sistemas tienen un propósito preventivo y correctivo, las acciones de estas entidades pueden incluir: la supervisión, inspección y sanción dentro de las leyes y contratos, el último de naturaleza correctiva.

Todas las características del modelo administrativo relacional, hasta aquí abordadas, a diferencia de los cambios realizados en el pasado, no son de carácter sustitutivo del modelo precedente. De tal forma que en la actualidad subsisten los dos modelos, el gerencial (*management*) y el relacional, constituyendo este último una excepción, operando bajo los criterios legales establecidos, por otro lado, la combinación del fenómeno relacional con el de jus-privatización (objeto de este trabajo) es más especialísimo todavía, contenido en una serie de reformas y unas cuantas leyes administrativas especiales, con una finalidad que difiere del modelo del *management*.

3 DE LA ESPECIALIZACIÓN LEGISLATIVA A LA MICROSISTEMACION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO; La finalidad

La certeza es uno de los propósitos del derecho desde la antigüedad, lograda por medio de leyes generales y abstractas, elaboradas sistemáticamente y reunidas en grandes códigos. Con principios generales que exponen las orientaciones de aplicación de las normas, con una clara tendencia deductiva de interpretación, características que constituyen una legalidad dorsal. Sin embargo, con la emergencia del movimiento democrático, la democracia sustancial, la *isonomía* (equidad) real, los códigos se vuelven insuficientes dando lugar a las leyes especiales, que permiten adaptar el ordenamiento a situaciones que demandan otros planteamientos, otros principios. Atendiendo las exigencias propias de las circunstancias las leyes especiales crean su propio centro, alejándose del centro unificador de los códigos, creando una dispersión y fragmentación en los sistemas, es decir crean microsistemas a lo interno de estos (Cf. BUSNELLI, 1984). Esta corriente, contraria a la codificación, además de tener su propio centro y objetivos, posee cierta autonomía respecto al sistema general. Esta corriente se ha prolongado en el tiempo y tomando cada vez más fuerza, a llevado a la doctrina a nombrarla “la época de la descodificación”.

En cada una de las disciplinas del derecho la micro sistematización tiene una explicación o justificativa diversa, pues el fenómeno surge con un objetivo específico y una coyuntura histórica para cada una de ellas. De ese modo, en el derecho civil, la principal explicación, es el objetivo es establecer la *isonomía* de las partes en relaciones desuniformes, justificado por la coyuntura histórica económica, de reconocimiento la hiposuficiencia de una de las partes en la relación, además del surgimiento de la horizontalidad de los derechos fundamentales entre las personas. En el caso del derecho administrativo, el origen se encuentra, principalmente, en el contexto social organizado del modelo del Estado relacional, y consecuentemente del modelo de administración pública en red, el objetivo, es equiparar a las partes en el proceso de gobernanza, procurando mayor participación social en igualdad con el gobierno, justificado por la coyuntura histórica de una sociedad plural, compleja y especialmente la revolución de las técnicas de administración y de gobernanza pública.

Según García de Enterría (1986), esta descodificación normativa es: (1) Fragmentada y superabundante, (2) contingencial e inestable, (3) normativamente opaca, de esclarecimiento dificultoso y (4) legalidad difusamente determinada en todo el ordenamiento. Las consecuencias de esas características son lagunas, antinomias y disminución de cláusulas generales, obligando a hacer uso de la argumentación para determinar la legalidad de la

actividad administrativa ante la insuficiencia de la legalidad estricta. Con esto, se supera el pensamiento unisistémico por el pensamiento problemático, dando lugar a la dialéctica y la exégesis, dejando de ver el derecho como un único conjunto de normas, comenzando a verse como un sistema de procedimiento (Cf. AMARAL, 2003).

3.1 Sistemas, Subsistemas y Microsistemas

Desde el punto de vista de las definiciones, un sistema es un conjunto de elementos que forman un todo, con cuya disposición responden a un problema o para alcanzar un fin determinado. En la teoría de los sistemas lógicos (Cf. TURING, 1938), un sistema tiene por lo menos dos partes; Una finalidad y Los elementos estructurales que deben ser procesados para conseguirla, en el derecho se puede decir que los elementos estructurales derivan del Ordenamiento Jurídico, que tiene como elemento más irreductible, la norma, que establece la estructura operacional y operativa del mismísimo sistema, por cuanto el contenido de aquella, puede referirse a una conducta o a una competencia (BOBBIO, 1997, p. 141).

Cada elemento de un sistema lógico, puede actuar de forma independiente o vinculada, restringido por uno independiente, en otras palabras dependiente de aquel. Situación que se replica en el derecho con los principios y reglas, la independencia de los principios radica en la influencia que pueden ejercer sobre las reglas, permitiendo la alteración de estas por una persona o evento, pero con el resultado condicionado por los principios.

La relación de los elementos sistémicos se da mediante (1) la conversión y (2) la sintaxis. La primera se refiere a los procesos que no requiere proporcionar elementos independientes, constituye una excepción que siempre conducirá a otro proceso, llamándose conversión, porque siempre actúa como un “entonces” que constituye una limitación operacional, finalizando el procedimiento, o iniciando otro que posea elementos independientes para que lo que continúe, creando una cadena. Esta interconexión, hace surgir reglas de procedimiento, donde cada sistema procedimental opera en el orden establecido, recursivamente, de este modo, todo elemento que no es vinculado hacia otro, no pertenece al conjunto. Los elementos del conjunto, se relacionan mediante operadores lógicos binarios²¹, que determinan el resultado del procedimiento, el cual es inevitable²².

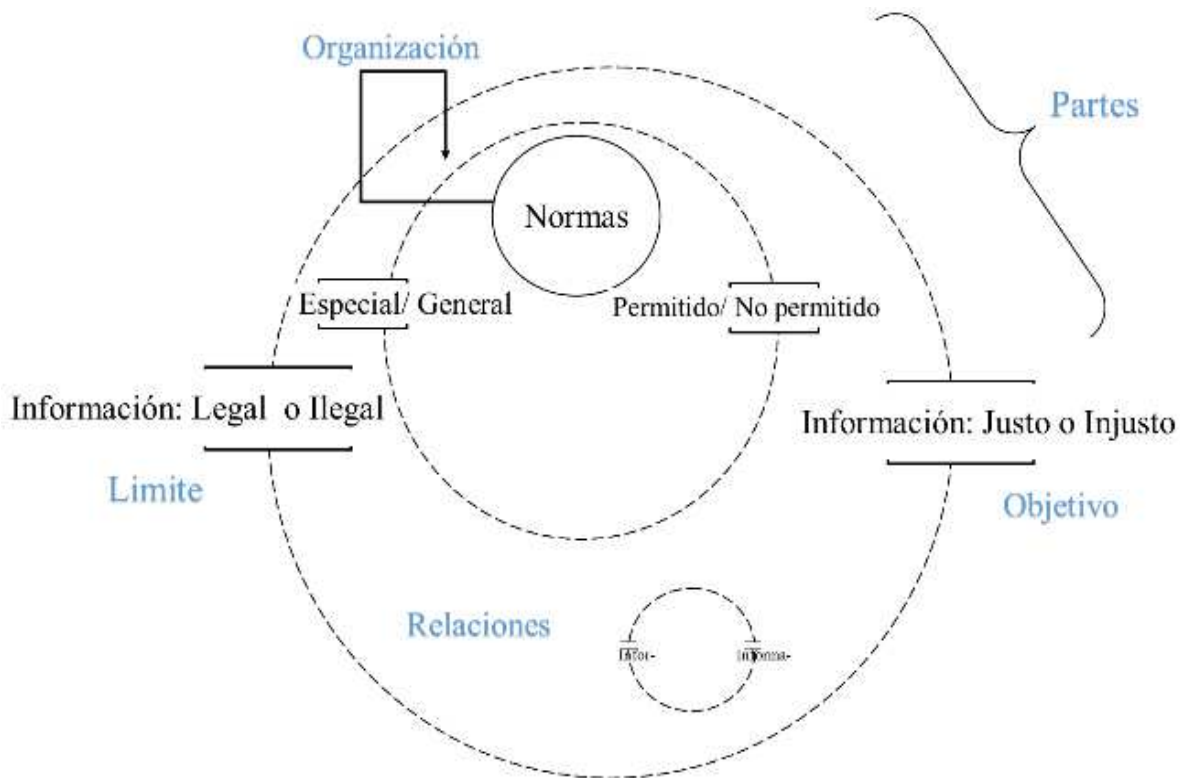
²¹ Un gran exponente en el uso de los operadores lógicos en el derecho, es el italiano Norberto Bobbio.

²² El resultado es inevitable, una vez que el procedimiento comienza se producirá, la validez del mismo, dependerá del contenido de los elementos procesados, esta es la diferencia entre operatividad y operacionalidad, la primera dice respecto del contenido dados a los elementos, y la operacionalidad al procesamiento de los elementos.

Cuando un procedimiento se conecta con otro, se forma el sistema, esta relación entre procedimiento se da mediante operadores relacionales. En este orden de ideas, se puede enmarcar el trabajo de Luhmann (2005), en su valoración del derecho como un sistema social, que se caracteriza por; (1) Autonomía a nivel de sus operaciones, determinando sus conjuntos mediante la valoración binaria: Legal o Ilegal, (2) Recursividad, auto invocación del sistema, actualizando su memoria, su consistencia de lo que es justo o injusto, vinculándose a operaciones anteriores, determinando si las actuales son compatibles con las anteriores, reproduciendo el sistema, lo que él llamó, un sistema autopoiético. Para Canaris (1989) las cualidades de un sistema son la unidad encontrada en un principio-fin que orienta la ordenación, usando las palabras de Luhmann, es un conjunto de elementos producido y ordenado en torno a una finalidad, según sean positivos o negativos para ella, actualizados mediante la recursividad.

En el pensamiento de Luhmann la estructura de un sistema es un mecanismo de auto reproducción segmentada, es decir su producción es un clon de sí mismo, una norma. Operado por un centro que controla la producción, que sucede en la periferia del sistema, papel asumido en el derecho por los tribunales, que resulta en una estratificación de prioridad entre los productos, cuya finalidad es mantener las expectativas normativas en la sociedad (NAFARRETE, 2015). El pensamiento de Luhmann destaca entre otros sobre el mismo tema, por presentar la estructura global y no simplemente sus características de forma. De lo expuesto, se concluye que tanto los subsistemas como los microsistemas, son sistemas en sí mismos. Las clasificaciones atendiendo su relación con sistemas más grandes, obedece a su grado limitado de autonomía y recursividad, o su grado de relación con otros sistemas restringidos, componiendo un sistema supra relacionado, resumido como un conjunto de partes organizadas y relacionadas entre sí por límites, los cuales tienen un objetivo común. Gráficamente se representa de la siguiente manera;

Esquema 2- Sistemas, Subsistemas y Microsistemas



Fuente: Elaboración nuestra

La autonomía se observa en los límites, pues es el propio sistema el que determina lo que entra al conjunto, la recursividad opera en las relaciones, pues cada sistema eyecta sus resultados en el sistema que lo contiene, permitiendo así el reprocesamiento por otro elemento o el mismo, posibilitando con esto la consistencia y la reproducción, la unidad se encuentra en la organización de las partes y en la finalidad compartida.

3.2 El Subsistema Administrativo Hondureño

La delimitación del sistema es realizada a través de sus criterios para adopción de sus elementos, es decir, su autonomía. En el pensamiento de Luhmann se vislumbra la posibilidad de sistemas anidados, por considerar el Derecho como un sistema social que está dentro de un sistema más grande, el social, un supra sistema. Los límites de este sistema, tiene que ver con la legalidad o ilegalidad de las conductas humanas, determinándolo mediante las normas como elemento estructural sistémico, es en estas que el Estado proyecta esa determinación. El sistema es pasible de reconstrucción a través del ordenamiento jurídico, específicamente de la jerarquía normativa, se puede afirmar que el sistema jurídico nace con el establecimiento de

una Constitución Política (en su sentido más amplio), en la cual se regula el funcionamiento y objetivos de la organización constituida, consecuentemente, los principales subsistemas jurídicos, se crean en la constitución.

Las constituciones contemporáneas al disponer sobre los derechos fundamentales y sobre las garantías para hacerlos valer, ordenan la creación de normas que regulan dichos derechos, delimitando, de esta forma, subsistemas. A manera de ejemplo, al disponer una constitución, normas que deben estructurar el derecho al trabajo, implica que; **Primero**: El legislativo queda obligado a emitir la normativa necesaria para garantizar este derecho, siendo estos los límites del subsistema, en otras palabras, se establece que formarán parte de ese subsistema, todas las normas que rijan las relaciones entre patronos y trabajadores, cuyo objetivo es garantizar el derecho al trabajo, los demás conexos con la actividad, y las libertades laborales constitucionales. **Segundo**; El sistema se organiza como consecuencia de la apertura para el legislador constituido de normar tales derechos, es decir de establecer sus principios y reglas, que no pueden contrariar los establecidos en la constitución, que establece su finalidad. Debe precisarse, que no todos los subsistemas emergen del texto constitucional, otros tienen origen extra constitucional, sea en tratados o convenciones internacionales o en normas infra constitucionales.

3.2.1 La Constitución como Origen del Subsistema Administrativo Hondureño

La Constitución Política de Honduras (CH), vigente desde 1982, contiene las bases fundamentales de la administración pública, establece como principios **la legalidad, planificación, eficiencia, eficacia, celeridad, desconcentración y descentralización**, dentro de un Estado unitario de gobierno republicano y representativo, ejercido por tres órganos; El Legislativo, Ejecutivo y El Judicial. La administración es dirigida por el Ejecutivo, constituido por tres órganos; La presidencia unitaria de la república, El consejo de secretarios de Estado, y las propias Secretarías de Estado. La constitución establece la descentralización de la administración pública, mediante las instituciones autónomas, los municipios creados y otorgados de su ley constitutiva por el poder legislativo. En suma, llevando a la doctrina y la misma ley a clasificar la administración pública hondureña en; (1) centralizada constituida por los órganos del poder ejecutivo, (2) descentralizada constituidas por las instituciones autónomas, los institutos que no persiguen fin de lucro, las empresas públicas, y las corporaciones municipales, y (3) desconcentrada, formada por los órganos con independencia

administrativa y financiera, pero no jerárquica de los órganos de la administración central (ORELLANA, 2012).

El subsistema administrativo es desarrollado en la Ley General de la Administración Pública (LGAP), contenida en el decreto legislativo 146-86 del 26 de octubre de 1986, que además de desarrollar la organización supra abordada, establece la desconcentración en sus variantes, funcional y territorial.

De acuerdo al artículo 1° de la CH, el gobierno se rige por el interés general, por lo tanto, también la administración pública, la titularidad de la administración corresponde al Presidente Constitucional de la República, quien persigue el interés general y el bien común mediante el ejercicio de sus atribuciones constitucionales. El presidente expresa la voluntad de la administración pública mediante Acuerdos, Decretos y Resoluciones (art. 245 CH), denominados en la LGAP como actos administrativos, que "... proviene de un órgano de la administración central o descentralizada y está sometido al derecho Administrativo [...] producto del ejercicio de una potestad administrativa, con lo que se excluyen los actos de ejecución, los sometidos al Derecho privado, los actos de gobierno y los contratos" (ORELLANA, 2012, p 39). La actividad administrativa hondureña, por lo tanto, se configura en hechos, actos y negocios administrativos, contando cada uno, con su normativa específica. Los límites del subsistema administrativo son:

La producción de los actos y sus elementos se desarrolla en la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA), contenida en el decreto legislativo 152-87, del 28 de septiembre del 87, que estructura el conjunto de actos encadenados que llevan a la producción del acto administrativo, es decir, el procedimiento administrativo, regido por los principios de celeridad, oficialidad, formalismo moderado, economía y eficiencia, garantía al debido proceso, conservación del acto administrativo y la escrituración. Regula la inactividad administrativa, otorgándole un significado de *afirmativa ficta*.

En cuanto a las consecuencias materiales de la ejecución del acto administrativo, desde un ámbito funcional, la responsabilidad, es regulada por la Ley del Servicio Civil (LSC), que establece el acceso y permanencia de los funcionarios públicos en la carrera administrativa y su régimen disciplinario. Cabe señalar que solo a ellos les compete el ejercicio de una función pública, pues ni la LSC ni la CH hacen referencia a responsabilidad para los particulares en ejercicio de alguna función pública, a diferencia de constituciones vigentes en otros países, como la colombiana que inclusive, hace una diferenciación entre un particular en ejercicio de funciones públicas o específicamente administrativas (Cf. COLOMBIA, 2013). Por otro lado,

en Honduras, el acceso a la carrera administrativa no está regulado exclusivamente por la LSC, existen además la normativa para carrera docente, la carrera militar, la carrera en la judicatura, que a propósito, pese a su especialidad, no poseen autonomía (no constituyen microsistemas administrativos, pues sus objetivos y límites no difieren del subsistema). En cuanto a la responsabilidad civil de los funcionarios, es regulada por la Ley del Tribunal Superior de Cuentas (LTSC), y penalmente, existe un capítulo que determina los delitos contra la administración pública.

Finalmente, los negocios administrativos son normados por la Ley de Contratación del Estado (LCE) contenida en el decreto legislativo número 74-2001 del primero de junio del 2001, que tiene como base constitucional el artículo 360 de la CH, el cual establece que el Estado cuando contrata obras públicas, adquisiciones de proveedores y servicios, compraventa, y arrendamiento de bienes, previamente a su ejecución deben someter la contratación a los procedimientos que establece la ley creada al efecto, es decir la LCE. Quedan excluidos del régimen negocial, según el artículo 2 de la LCE (reformado), aquellos contratos de contenido patrimonial que versen sobre bienes raíces, aplicando para estos el derecho privado, figurando el particular, en el contexto de la LCE, como un simple proveedor del Estado.

Con lo expuesto, se delinearán las siguientes características del sistema administrativo hondureño:

Sobre la **forma de organización**: adopta la forma binómica de distribución del poder, Centralización y Descentralización, cabiendo una sub distribución del poder central mediante la desconcentración, cuyos entes tienen autonomía funcional y financiera, no llegando a la autarquía, respondiendo directamente frente la dependencia central que cede su poder.

El **ejercicio de las funciones públicas** es restringido a los funcionarios, es decir, aquellos que acceden a la carrera escalafonaria estatal. El ejercicio queda restringido a la legalidad, juridicidad y legitimidad, no llegando la normativa existente, a profundizar sobre la moralidad administrativa, aun cuando someta la actuación a la ética, esta no reporta satisfacción para los terceros, ni a los administrados en forma difusa, reportando protección exclusivamente a la administración.

El **procedimiento** se presenta una marcada tradición francesa, con un doble control de la actividad, en sede administrativa (autotutela) y judicial, con una especialización judicial en cuanto a la materia, estableciendo la jurisdicción de lo contencioso administrativo. El proceso judicial es desarrollado en la Ley de Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (LJCA),

creada por el decreto 189-87, del 20 de noviembre del 87. El acceso a la justicia administrativa judicial, requiere un acto administrativo, o una pretensión de reconocimiento de una situación jurídica individualizada. Es un requisitos obligatorio para acceder al proceso administrativo agotar la vía administrativa, a excepción de los actos de carácter general o disposiciones emitidas y que hayan entrado en vigencia, o lo actos particulares derivados de uno general, fundamentando no ser conforme a derecho. Delineando así, a grandes rasgos la **justicia administrativa**, que será objeto de estudio en el siguiente capítulo.

Como es deducible de las características mencionadas, el subsistema administrativo hondureño, presenta una **relación entre los sujetos de derecho**, basada en la verticalidad del ejercicio del poder, donde el administrado se muestra pasivo frente las prerrogativas estatales.

3.2.2 La Especialización Normativa y el Surgimiento del Microsistema Administrativo

Se entiende que todo microsistema es precedido de una legislación especial. Para Ceccherini (2015) una ley especial es aquella que permite la aplicación de normas especiales o acciones afirmativas, o preferencias a personas que pertenecen a un grupo social o están bajo circunstancias especiales determinadas. Siguiendo los criterios definidores de un sistema, adoptados en este trabajo, esa definición presentada, apenas representa cambios en los límites sistémicos, pero no de la finalidad, a manera de ejemplo, comparece la ley de acceso al servicio civil y la ley de la carrera docente (Estatuto del Docente Hondureño), este último permite la aplicación de normas especiales a todos los que ejerzan la docencia como profesión, normando las circunstancias especiales que nacen de la profesión, sin embargo los fines continúan siendo los mismos que los de la ley del servicio civil; garantizar el profesionalismo del servicio público, permanencia y disciplina en el ejercicio del mismo. Ejemplo en contrario, la relación entre el código de defensa del consumidor y el código de comercio, de la misma manera, permite la aplicación de normas especiales a las personas y las relaciones determinadas en la ley, siendo una ley especial en el sentido propio pero además, presenta una finalidad diferente; la horizontalidad de los derechos fundamentales entre el consumidor y el comerciante (finalidad vagamente determinada por no ser el objetivo principal de este trabajo), aquí sí, configurándose un micro sistema. Por lo tanto, todo microsistema es precedido de una ley especial, pero no toda ley especial se vuelve un microsistema.

A pesar de todo, cabe plantearse, ¿Cuál es la importancia de determinar la diferencia entre ley especial y un microsistema? la importancia radica en la autonomía, en otras palabras,

la forma de cómo se relacionan con otros elementos sistémicos, con otros microsistemas y el mismo subsistema. En ese sentido, la especialización legislativa en el sentido estricto, significa una exclusión normativa, la preferencia de la norma especial sobre la general, operada mediante operadores lógicos. Por otro lado, la relación de los microsistemas, se da mediante la recursividad, el reprocesamiento de un resultado por otro sistema o por el mismo, actualizando su memoria, su consistencia, concentrándose en la finalidad de la norma y el cumplimiento de la misma en la convivencia y aplicabilidad de todo el ordenamiento (supra sistemas, subsistemas y microsistemas).

3.2.3 De la Especialización a la Micro Sistematización del Derecho Administrativo Hondureño.

En el orden de ideas expuestas, se puede identificar un cambio en el ordenamiento administrativo hondureño, en dirección de la especialización hacia la micro sistematización, mediante la dotación de autonomía a las leyes especiales existentes, mediante reformas.

El primer esfuerzo contingencial del legislador nace en la coyuntura histórica de las demandas de medios alternativos de solución de conflictos entre el Estado y los particulares en materia contractual, apareciendo la Ley de Conciliación y Arbitraje (LCA), contenida en el decreto 161-2000, publicado en el diario oficial “La Gaceta” del día 14 de febrero del 2001, mediante esta, se introdujo el arbitraje para la resolución de conflictos contractuales con el Estado. Aparece el artículo 31 de la LCA, expresamente permitiendo el arbitraje para la resolución de controversias derivadas de los contratos que el Estado hondureño y sus entidades de derecho público celebren con las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.

No obstante a la apertura a los medios alternativos de resolución de conflictos, se mantuvo una posición “conservadora”, haciendo la diferenciación de arbitrabilidad entre los actos de administración y los actos de imperio, determinando que procede el arbitraje en la contratación estatal sobre materias de libre transacción, quedando por fuera el ejercicio de prerrogativas o potestades del Estado en materia contractual y sus consecuencias. Según Orellana (2013) la LCA se ve alterada por la LCE en materia administrativa, por ser posterior, la cual solo se refiere al arbitraje una sola vez, en el caso de incumplimiento contractual imputable a la administración, cuando esta haga un pronunciamiento desfavorable, por lo que esta es la única posibilidad de que el particular inste un arbitraje contra el Estado, quedando fuera, inclusive, la resolución favorable con cuantía insatisfactoria a criterio del particular.

Orellana complementa sus valoraciones con los reglamentos respectivos de las leyes en mención, concluyendo, además, que la única forma de constituir el convenio arbitral, es mediante los pliegos de condiciones²³, por ser la única forma reconocida por la LCE, la cual desautoriza por omisión las otras permitidas por la LCA, como ser; El intercambio de cartas y cualquier otro medio pasible de dejar constancia de la voluntad de las partes. Agrega también que es aceptable el arbitraje sobre aspectos técnicos y patrimoniales, como ser la interpretación de planos, técnicas y la indemnización que resulte del incumplimiento excluyendo las de dirección, supervisión, control, suspensión, modificación, interpretación contractual y el poder sancionatorio contra los contratantes, saltando a la vista, del argumento del citado actor, un criterio cronológico para llegar a sus conclusiones.

Con mira en incentivar la participación privada en la inversión pública, se promulga la Ley de Promoción de la Alianza Público-Privada (LAPP), mediante el decreto 143-2010 del 11 de agosto del 2010, introduciendo el gobierno relacional. Se inicia el proceso de jus privatización, estableciendo mecanismos reflexivos consensuales, arbitraje absoluto y obligatorio para dirimir las controversias surgidas de las solicitudes de alianza público-privada (APP) iniciadas por particulares, también los derivados de los procesos de adjudicación de las APP²³ y las asociaciones de ese tipo que sean aprobadas. El arbitraje, además de ser obligatorio, queda regido por las condiciones que establezca el pliego de condiciones emitido para el proceso respectivo, entrando de esa forma, el arbitraje administrativo, delegando su reglamentación en el organismo de la red de las APP²³. Parte del mismo proceso de jus-privatización, en la LAPP se establecen formas de contratación sobre los actos administrativos propiamente dichos, de acuerdo al artículo 7 de la LAPP, la administración puede hacer aportes a la alianza, como ser; (1) Dinero en efectivo, (2) estudios técnicos, (3) suscripción de acciones o compra de otros valores negociables en el mercado financiero, (4) otorgamiento de bienes de dominio público, pudiendo ser en concesión sin traslado de dominio, (5) licenciamiento y/o permisos para realizar actividades autorizadas como APP.

Dentro del mismo fenómeno legislativo surge el decreto 253-13, del 16 de diciembre del 2013, contentivo de la Ley de Patronatos (LP), mediante la cual se dotó a las comunidades de herramientas organizativas, mediante el patronato y las asociaciones comunitarias. El

²³ Entiende el autor por pliego de condiciones el documento que contiene el conjunto de normas que especifican detalladamente el objeto del contrato, estableciendo las condiciones del contrato a celebrarse y determinando el trámite a seguir en el procedimiento de licitación.

patronato es una asociación vecinal para la búsqueda del bien común, la autogestión de sus necesidades o la defensa de sus intereses. Esta organización tiene personalidad jurídica, la cual nace desde su inscripción en el registro de la Gobernación Departamental respectiva, por lo tanto es otorgada por la Secretaría de Derechos Humanos, Justicia, Gobernación y Descentralización (SDHJGD), ente del cual se desconcentran las gobernaciones departamentales.

El fenómeno de la jus-privatización de los patronatos y organizaciones comunitarias se evidencia en la capacidad de autorregulación que poseen sobre su organización y deliberación, además de la posibilidad de que establezcan aportaciones (pecuniarias) por mejoras a los predios beneficiados por una obra localizada, ejecutada por la organización. Esa capacidad de establecer las mejoras, es una prerrogativa, pues basta la presencia de la mayoría simple los vecinos para ser adoptada, considerando también, que el patronato para fundarse necesita la voluntad apenas del 60% de los vecinos residentes. En ese orden de ideas, cabe la posibilidad de que el patronato imponga la cuota por mejoras a un vecino que hipotéticamente podría no haber estado de acuerdo con la contribución, y aun de la fundación del mismo patronato. Estas características, asemejan a estas organizaciones a una corporación. Finalmente se establece como único medio de resolución de conflictos el arbitraje o la conciliación, y si la organización decide en sus estatutos que no deben existir medios de resolución de conflictos, la única vía legal, será el recurso de amparo, conforma la justicia constitucional.

Finalmente en el mismo año 2014, se publica la Ley para Optimizar la Administración Pública, Mejorar los Servicios a la Ciudadanía y Fortalecimiento de la Transparencia en el Gobierno (LOAP), decreto 266-13, siendo en la verdad una reforma contundente en el subsistema administrativo hondureño. Se adopta una política de prevención de conflictos en materia contractual, insertando en los contratos, medios preventivos de resolución de conflictos, las *Dispute Boards* (mesas de resolución de conflictos) y la mediación, como medios de resolución de conflictos se establece el arbitraje, el proceso contencioso administrativo y la conciliación.

Por otro lado, las alteraciones en la LJCA respecto a la competencia del tribunal, excluyendo del conocimiento de este, los conflictos que están sometidos a medios alternativos de resolución de conflictos. La eliminación del perjuicio hasta entonces comprendido dentro de la indemnización a la que tenían derechos los administrados como resultado de la declaración de una situación jurídica individualizada, ahora constituida únicamente con el

daño. Finalmente se cambia el interés legal sobre la mora de la administración en caso de incumplimiento del pago de la indemnización pasando del interés mercantil al interés civil, que es por mucho más bajo.

Las reformas al proceso administrativo (en la LPA) incluyen; autorización de la avocación hasta entonces prohibida, se instaura el gobierno electrónico, al que le es inaplicable la LPA, regido por el Reglamento presidencial al respecto; la sustitución del daño por el daño efectivo, es decir, se excluye el daño potencial y el daño derivado de la frustración de expectativas, en otras palabras, la pérdida de un derecho es indemnizable, pero la pérdida de una expectativa (que es un interés legítimo) no lo es. De esta forma se cierra el círculo de restricción de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Todas las reformas presentadas (esbozadas) corresponden al fenómeno del gobierno relacional y la *jus privatización*, produciendo todos los efectos abordados en el capítulo anterior. Entretanto las reformas más significativa en el subsistema, son las realizadas a la LGAP (contenidas en el mismo decreto 334-13), especialmente al artículo 2, que en la clasificación de la administración pública en centralizada y descentralizada, instituye los organismos de derecho privado, auxiliares de la administración pública en el cumplimiento de sus fines, enumerando taxativamente; (1) Los curadores administrativos, (2) Los centros asociados, (3) Los patronatos y asociaciones comunitarias, (4) Los concesionarios del Estado, (5) Las alianzas público privadas, (6) Los fideicomisos que presten servicio al Estado, (7) Las personas naturales o jurídicas de derecho privado que por propiedad o gestión sean controladas por la administración pública, y los demás órganos o entes, que por motivo de eficiencia o economía se les permita ejercer una o varias funciones administrativas.

Otra reforma importante en el artículo 2 de LGAP, es la exclusión de los órganos auxiliares de la aplicación de las leyes administrativas, después de su aprobación y el nombramiento de su personal, y la exclusión del Estado de responder por la actividad de estos órganos en el ejercicio de sus funciones. Estas reformas son piezas clave en la constitución de un microsistema administrativo sobre lo que era hasta aquel momento, una especialización normativa, pues ya existía de forma evidente un límite diferenciado del subsistema y aunque, ya era perceptible la intención de una finalidad diferente, una autonomía expresa coadyuva en delimitarlo. Además estas reformas le permiten al cuerpo normativo especial dar respuestas únicas, actuar de forma interna diferente, para producir resultados diferentes, lo que Nafarrete (2015) llama una verdadera constitución de un microsistema, para el caso en que se ocupa este trabajo, se encuentra vinculado a otro sistema más grande, lo que lo convierte en un

microsistema., dentro del subsistema administrativo, anidado en el sistema jurídico hondureño, contenido en el supra sistema social.

3.2.4 Las Asociaciones Público-privadas Como Centro Estructurador del Microsistema de la Administración Pública Adjunta.

Los órganos de derecho privado auxiliares de la administración pública, en vista de la coyuntura en la cual se crean, corresponden a un mismo fenómeno, la jus privatización y la descentralización. Sin embargo, es la micro sistematización alrededor de las APP que trae el el modelo relacional plenamente de la mano de la jus privatización, diferenciándose de la simple privatización y de la simple descentralización; Primero: Por proceder de un negocio administrativo plurilateral; Segundo: Por su característica de abertura de la iniciativa que permite a todos los ciudadanos, participación propositiva plena, proponiendo alianzas para los objetivos que identifiquen como prioritarios en la comunidad o el país.

Las APP³ se tornan paulatinamente en el centro estructurador del microsistema, originalmente la LAPP contenía normas sobre la participación privada en el régimen, pero al mismo tiempo que nace el microsistema, el legislador lo establece como centro estructurador (con posterioridad a la LAPP) la LP establece en su artículo 13 que los patronatos, pueden administrar bienes o servicios por delegación de la autoridad correspondiente o mediante las alianzas público privadas y alrededor del mismo año, se establece el primer fideicomiso bajo el régimen de la LAPP, vinculando a esta ley los órganos de derecho privado auxiliares de la administración pública; Las APP, los Fideicomisos, Los patronatos y las asociaciones comunitarias.

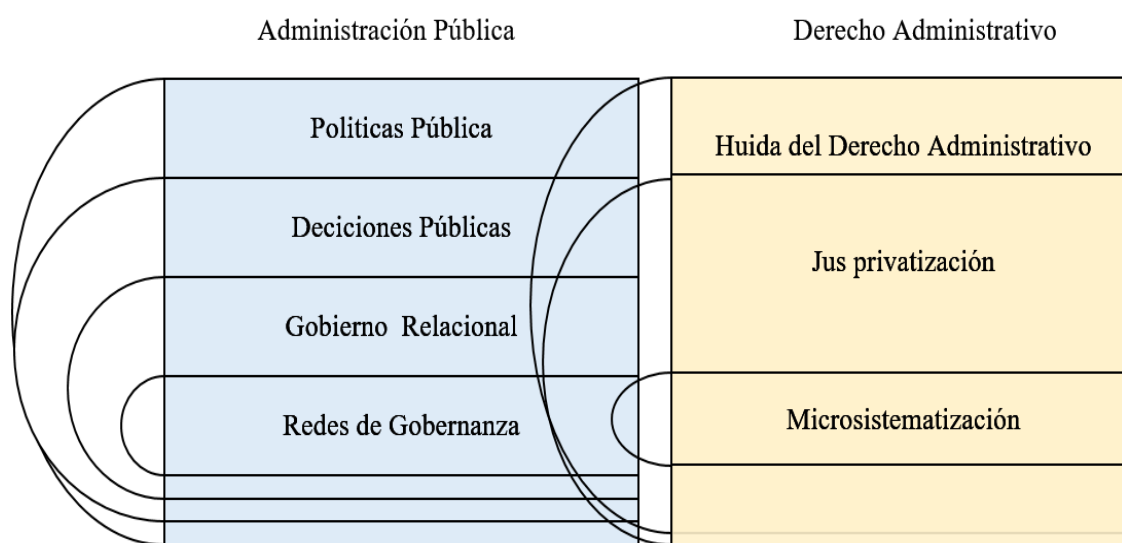
Las relaciones con estos órganos (en conjunto), se opta por llamarlos en este trabajo de “administración pública adjunta”, en fidelidad a la cultura jurídica hondureña, de clasificar la administración pública bajo el criterio del uso del poder. Se denomina adjunta haciendo alusión a su asistencia en el cumplimiento de las funciones, mediante un carácter asociativo, por compartir intereses en común con la administración. Cabe señalar que aunque una APP sea operada por un privado, no por eso pierde el carácter de participación social, pues la misma sociedad puede instar o concurrir por una APP, aunque no figure como operario después del proceso licitatorio.

3.3 Un Modelo Analítico de la Gobernanza en el Microsistema Hondureño

Desde una perspectiva analítica, Parés (2009; 2016) subraya que la gobernanza dice respecto de los mecanismos formales, legales adoptados por el Estado para facilitar, incentivar y/o propiciar la participación social en la toma de decisiones públicas. El Estado volitivamente formaliza los medios de influencia a su poder, buscando otra legitimidad además de la electoral (Primaria), busca el reconocimiento social de la justificación de su poder (Secundaria). Este tipo de participación se diferencia de otros tipos que escapan de las formalidades específicas, pues son estas formalidades que le dan un valor jurídico, digno de ser llamado de dominio de la administración pública, mediante procesos de acompañamiento y actuación²⁴ (Cf. AMARAL, 1993). Por estas características se diferencia de otros tipos de influencia, derivadas de otros derechos fundamentales, como la libertad de expresión, de asociación, etc. diferenciándose también de las formas de influencia ilegales, como la corrupción (Soborno, tráfico de influencias políticas, etc.), las económicas (amenazas de interferencia en el mercado, en la economía, etc.) y las formas violentas (perpetradas por organizaciones criminales violentas que buscan influir en la toma de decisiones).

Con estas consideraciones se identifican los cambios técnicos de Administración Pública y sus correspondientes en el Derecho Administrativo, de la siguiente manera:

Esquema 3– El contexto del fenómeno relacional en la Administración y el Derecho



Fuente: Elaboración nuestra

²⁴ Ver en este trabajo Capítulo Primero, sección 2.2.4.1. El dominio del poder en la gobernanza, subsección D Monitorio.

Para Dente y Subirats (2014) un modelo analítico es importante por cuanto permite analizar los actores, organización, interacción y finalidad en los procesos de toma de decisiones utilizados (en los términos descritos), que representa el modelo de gobernanza imperante en el microsistema hondureño, además apuntando los problemas emergente derivados de los fenómenos identificados y abordados en el capítulo precedente. El referido modelo presenta la gobernanza como un tipo específico de relaciones entre actores que se constituyen en redes, en las cuales se intercambian recursos, identificando en el modelo hondureño de la siguiente forma:

3.3.1 El Surgimiento de los Actores; del Movimiento Social a la Organización Social; de la Expectativa a la Actuación.

Un movimiento social es aquel que reivindica, exige autonomía del Estado y de los partidos políticos, pues su objetivo no es tomar el poder, es solucionar problemas derivados de la complejidad social contemporánea, sean estos ambientales, políticos, de género etc. Las formas más recientes de movimientos sociales son los denominados Urbanos. Se debe considerar como movimiento social propiamente dicho aquel que tiene reivindicaciones más mediatas (BOLOS, 1999, p. 15). Dente y Subirats (2014) caracterizan estos movimientos como carentes de estructura organizacional, cuya actuación se dirige mediante los medios de comunicación alternos (internet). Para estos autores, en el lado opuesto, la organización social tiene como estrategias: la incidencia, resistencia y disidencia, en otras palabras, exigencia de cambio, oposición y proposición de alternativas

Es la necesidad de ofrecer alternativas que lleva al movimiento social a organizarse, a crear una estructura capaz de ofrecer una muestra de aquel cambio exigido, para influenciar efectivamente en la toma de decisiones. Tanto la organización como el movimiento tienen el propósito de actuar, es decir, volverse un actor, sea mediante mecanismos formales o informales²⁵. Interesa a este trabajo los mecanismos formales, aunque es necesario precisar la diferencia entre las partes interesadas, aquellas que asumen una posición pasiva, expectante frente al proceso decisorio.

Para Dente y Subirats (2014) estos actores se pueden clasificar en; (1) Públicos: los que actúan bajo el control gubernamental y la legitimidad legal; (2) Privados: los que actúan por

²⁵ Entre los mecanismos informales se encuentran tanto los ilegales como los legales, en los primero están los corruptos, organizaciones criminales; en los segundos, los expertos, los técnicos con opiniones respetables para la sociedad.

iniciativa libre, por sus motivaciones particulares; (3) Pro-comuns: aquellos actores privados que actúan en la esfera pública bajo alguno de los mecanismos de regulación estatal. La forma específica de cada uno de los actores es la siguiente:

A) **Los promotores:** En el fenómeno de la *jus privatización* en el gobierno relacional de la legislación hondureña, todas las formas de participación²⁶ de los actores confluyen, aunque no de manera exclusiva, en los procesos de las APP³, de tal modo que los actores, de acuerdo al artículo 17 la LAPP, pueden ser privados o públicos. Los actores públicos son: (a) Las secretarías de Estado, (b) Los entes autónomos, (c) Las municipalidades, (d) Las mancomunidades²⁷, (e) Los consejos regionales de desarrollo²⁸ y (f) la comisión para la promoción de las alianzas público privadas²⁹, como explicado, el microsistema se encuentra compuesto por otras leyes, encontrando otros actores en ellas, como (g) los patronatos y las asociaciones comunitarias, establecidos en el art. 13 de la LP, como administradores de bienes y servicios mediante el esquema de las APP³, (h) Los privados, que incluye a todos los particulares diferentes a la administración pública con iniciativa, es decir el mercado, y los ciudadanos.

Adoptando el modelo clasificatorio, los actores de la “a” a la “f” son actores públicos, el inciso “h” es un actor privado, y el “g” es un actor pro-común, Téngase presente que este último encuadramiento vale únicamente para los promotores, es decir los actores con iniciativa, pues una vez ingresando al esquema, todo entran a la regulación estatal, tornándose pro-comuns.

B) Los actores objetivo y los beneficiarios: Los grupos objetivos para Páres (2016) son los que se encuentran en el origen del problema que se pretende resolver, sea porque son

²⁶ Los mecanismos de participación son casi tan variados como las motivaciones de los actores en las decisiones públicas, ahora, manteniendo la rigurosidad exigida, se abordan en este trabajo, únicamente aquellos con incidencia en el fenómeno de la *jus privatización* dentro del gobierno relacional.

²⁷ Las mancomunidades son formas de asociación entre municipios, reguladas por la ley de municipalidades.

²⁸ Organismos creados por la ley del Plan Nacional y Visión de País (decreto 289-2009), referente a los proyectos de desarrollo, que tienen como finalidad orientar la focalización y priorización de políticas y proyectos para la ejecución descentralizada de la administración pública, que sirven como mecanismo de consulta regional.

²⁹ COALIANZA es el órgano administrativo que coordina los procesos de las APP³, el cual será estudiado en otra sección de este trabajo.

la causa del mismo o porque son los receptores de los efectos. Por otro lado los beneficiarios finales y los terceros son los que se envuelven de forma accidental, como los comerciantes por ejemplo proveen de insumos la alianza. En la LAPP encontramos estos actores, al tenor del art. 4, que establece; las modalidades de APP, encajando un individuo como objetivo o beneficiario, dependiendo del rol que juegue en la modalidad. Las modalidades de las APP son; (1) La construcción u operación de una obra, (2) servicios públicos, o una modalidad mixta de las anteriores, parciales o totales (3) administración fiduciaria de bienes, sistemas o proyectos públicos, entre otros. En definitiva se puede decir que estos actores pueden ser tanto personas jurídicas como naturales.

C) Modos de participación y la declaración de interés público de la propuesta; El control de la agenda.

La participación en las APP se puede abordar desde dos puntos de vista; (1) La **causa** de la participación, que puede suceder por (a) invitación; cuando quien promueve las APP insta a los otros actores (los objetivo y los beneficiarios) a participar, el otro punto de vista de la (b) iniciativa, cuando son los objetivos y los beneficiarios que instan a los actores institucionales a participar de un proceso de alianza, a los actores que tienen la capacidad normativa para definir el futuro de la iniciativa, convirtiéndose en los actores que controlan la agenda de las alianzas, también llamados *Gatekeepers*.

En este esquema el control se establece mediante el sistema Nacional de Inversión, administrado por COALIANZA, órgano encargado de evaluar la propuesta de acuerdo, y bajo los procedimientos del Reglamento General de la de la Ley de Promoción de la Alianza Público Privada (RLAPP), resultando la evaluación en la declaración de interés público de la iniciativa. La declaración corresponde, también, a COALIANZA cuando la iniciativa sea de impacto a nivel nacional, cuando sea local, corresponde a los municipios, a través de la unidades (secretarías) municipales correspondientes, en cuanto estas no están capacitados, corresponde de igual forma a COALIANZA, representando una vulnerabilidad a la autonomía municipal si fuera el caso.

El segundo punto de vista para abordar la participación es: (2) la **forma** de estructurar la misma, este punto no se refiere a cómo se insta la alianza, sino a cómo se toma la decisión de instar la misma. Debido a ser un proceso que requiere más de una voluntad, se entiende que es aplicable únicamente a los actores colectivos y no a los individuales. Los actores colectivos

representan una colectividad homogénea en cuanto a sus objetivos, que pueden o no ser institucionales.

Bajo este punto, las estructuras de participación pueden ser; **órganos estables, ad hoc,** o **mecanismos generales de participación**, el criterio para clasificarlos es la constancia de la estructura para influenciar la formación de voluntad. Serán (a) **estables** aquellos entes de estructura permanente de discusión y captación de la participación, como; las mancomunidades, que son obligatorias durante la vigencia del convenio, y los consejos regionales de desarrollo que son permanentes. Serán (b) **ad hoc**, los temporales, o cuando menos, aquellos restringidos a una consulta específica sobre un tema determinado, entre ellos se encuentran; los patronatos y las asociaciones comunitarias, que administran una agenda propia e independiente (al margen del Estado y del mercado), que se activan para un objetivo específico, cabe resaltar que la temporalidad no atañe a la organización, sino al objetivo perseguido, se debe tener en cuenta para esto, la diferencia entre objetivo y finalidad, es decir entre aquello que se pretende alcanzar y el efecto que se pretende con ello. (c) Los **mecanismos generales de participación** son los caracterizados por activarse de forma efímera, es decir que además de tener la consulta, una cuestión determinada, dura tan poco como lo necesario para estructurar los actores, y estar bajo la administración de los actores institucionales. Entre estos mecanismos está el cabildo abierto, como una asamblea ciudadana del municipio, con el objetivo de escuchar los motivos de las autoridades, declaraciones de expertos, y las inquietudes de la población, también figuran aquí, las mesas de presentación de la visión de país.

En todo lo aquí expuesto, se identifica que la voluntad final, sigue siendo expresada por el Estado, sea a través de COALIANZA o de las Municipalidades, que son los dos niveles de gobierno que existen en Honduras. El esquema de las APPS³ en realidad lo que significa es una apertura a la participación social, dentro de un mecanismo formal, lo que constituye un dominio social de la actividad administrativa pública. Se entiende dominio como la especie, y el imperio, la influencia y el control como los géneros, el ejercicio se da respectivamente, mediante la ley (político-jurídico), la sociedad (participativo), y el Estado (jurídico), dominio, que como ya fue abordado, posee relevancia jurídica, por cuanto son mecanismos legales.

La influencia otorgada a la sociedad mediante el esquema las APP³, representa una limitación a la discrecionalidad administrativa, en los siguientes artículos encontramos como se configura la discrecionalidad al respecto: El artículo 3 de la LAPP, establece que en caso de ser rechazada la propuesta por parte de COALIANZA, no será necesaria la indicación del

causal, y no representa responsabilidad para esta, como resultado de su decisión³⁰, una vez aceptada, procede la clasificación del interés público de la misma de acuerdo al artículo 36 del RLAPP, que prohíbe iniciativas privadas sobre asuntos que sean de competencia exclusiva del Estado o del Municipio, además de tasar la determinación del interés público de acuerdo al artículo 40, que establece como criterios, (a) la identificación de un interés tutelado, (b) función social, (c) objetivos y fines del proyecto, (d) áreas de influencia o abertura del proyecto, (e) medición de impactos, económicos y sociales, (f) estudio de la no realización en caso que haya sido propuesto anteriormente por un ente público, y no haya sido ejecutado, y finalmente (g) la existencia de los bienes y servicios públicos que servirán como fuente de financiamiento, en caso que no sea totalmente privada.

Así, la determinación se divide en dos fases: (1) la aceptación de la iniciativa en el sistema nacional, de discrecionalidad del Estado, mediante la regulación de la agenda, es decir la declaración de conveniencia de la iniciativa. El análisis se hace bajo los lineamientos de prioridad de desarrollo establecidos por el Plan Nacional y Visión de País, por los consejos regionales de desarrollo o por los órganos sectoriales, el presidente de la república en consejo de ministros, los municipios se encuentran sometidos a estas leyes generales, que sacan de su competencia la determinación de la misma. (2) La oportunidad tiene que ser probada por el proponente, bajo los criterios del párrafo precedente. Limitándose de esta forma la discrecionalidad de la administración, que queda difusa en diferentes entes, al ser declarada la conveniencia por criterios estratégicos nacionales, y respecto a la oportunidad, la administración pasa a ser un controlador de la misma, en su caso regulándola, a rigor consiste en la verificación de los criterios de evaluación del artículo 40 del RLAPP, quedando restringida a la motivación de la valoración de los criterios, que en esencia son conceptos jurídicos indeterminados.

³⁰ Se entiende que, de acuerdo a la moralidad de la administración pública, la oportunidad no amerita motivación cuando la propuesta sea inédita, sin embargo, si la propuesta fuese reiterada por otro actor o sujeto, está sujeto a control, el acto de aceptación conjuntamente con el de declaración del interés público, bajo el argumento de no cumplimiento de los criterios de oportunidad, si fuese el caso (caso contrario se aplica la responsabilidad de los derechos actorales). En cuanto a la responsabilidad corre la misma suerte, si la propuesta fuese inédita, no acarrea responsabilidad, sin embargo si alguna de las partes del proyecto, es reiteración de una propuesta denegada, cabe la responsabilidad de la administración por su deber de proteger los derechos actorales, y la responsabilidad del nuevo proponente que comete plagio. Así el control de legalidad, alcanza, aunque de forma diferida la declaración de la conveniencia de la propuesta.

Cabe diferenciarse la conveniencia de la oportunidad, pues a menudo se toman como sinónimo de no ser benéfico el acto para la administración, sin embargo, la oportunidad se refiere a la relación entre medio y fin que ha de tener la decisión, debiendo ser motivada suficientemente, adecuada y proporcional a la necesidad a ser satisfecha (KLOSS, 1996, p. 59). La conveniencia se refiere a la estrategia de desarrollo del Estado, la cual queda en manos del congreso nacional y los organizaciones que estructuran el Plan de Nación y Visión de País, al hablarse de un microsistema, se debe entender la finalidad ampliada las del propio conjunto, por lo tanto la conveniencia debe incluir la conveniencia de llevar a cabo el proyecto mediante el esquema APP, que sería un límite sistémico difuso, en otras palabras el acceso del proyecto al esquema, depende de la idoneidad del intercambio de recursos y la racionalidad, para los fines del proyecto.

3.3.2 La Organización de los Actores

Como se puede observar, los actores son múltiples, aunque es posible agruparlos genéricamente en cuatro categoría, Según; **su naturaleza**: en personas naturales y jurídicas; Atendiendo **su composición** en: individuales y colectivas; de acuerdo a **su procedencia** en: públicos y privados; Atendiendo **sus motivaciones** en: de mercado y las independientes. Con esto, se está en posición de delinear cómo se estructuran estos actores, como esas diferentes partes de un todo se disponen para alcanzar su fin, de acuerdo al modelo analítico adoptado, esta estructuración es:

En **Red**, es decir, el conjunto de relaciones e intercambios entre los individuos, grupos o organizaciones que comparten interés, que funcionan (en la mayoría de los casos) a través de las plataformas creadas para ese propósito. Para Parés (2009; 2016) en las redes de actores, el éxito de la decisión resultante está condicionado por la configuración y articulación de las relaciones.

(1) **La configuración** puede ser: en (a) **comunidades** o entornos, que tienen una cantidad delimitada de actores, sea por estar sus intereses restringidos a áreas geográficas determinadas, o por estar restringidos a una necesidad, también, determinada. Normalmente estas redes se encuentran conformados por actores colectivos. (b) en **temas** decisorios específicos, estas redes temáticas son más amplias en cuanto al número de sus integrantes, los que además, intercambian mayores recursos, como resultado, puede presentar disparidad entre los actores, volviéndola una red poliforme. Sin embargo, estas características no reflejan nada sobre la democracia al interior de las redes, estas condiciones se caracterizan en;

(2) **La articulación**, referente a las relaciones entre los actores u otras redes, estas se desarrollan en torno a polos, que pueden ser; (a) **Centralistas** donde el gobierno retiene el control absoluto; (b) **Compleja** cuando varios actores se organizan para influenciar el actor central (el gobierno), como supra abordado, esta influencia no siempre se da con anuencia del actor central. Estas organizaciones, por sí solas pueden constituir polos de articulación, lo que permite la existencia de redes (c) **Policentricas**, en las cuales varios polos temáticos interactúan para influenciar el actor central, de forma, más o menos homogénea.

Como se ha reiterado, la LAPP, por razones de su coyuntura específica, se volvió el centro estructurador del microsistema administrativo hondureño, que, en teoría, no es el único mecanismo de participación social en la toma de decisiones, ni el único modelo de gobernanza existente y aplicado en el país. Sin embargo, el microsistema hondureño agrupa todos los modelos de gobernanza jus privatizada en torno a las APP³. De este modo, se identifica el esquema de las APP³ como una red temática, restringida a obras, servicios y cualquier actividad idónea para este esquema. Por otro lado, da apertura a los otros modos de conformación de redes, entre ellos; las comunidades, permitiendo la iniciativa de los particulares colectivos e individuales, dan apertura también a las conformaciones temáticas, cubriendo a los consejos de desarrollo regional, cuya agenda es temática. En cuanto a la articulación, además de la variante centralista, permite la compleja, por cuanto permite iniciativas públicas de los consejos regionales, compuestos por los dos niveles de gobierno, el estatal y el municipal, y la sociedad. La articulación policentrica es accidental, por lo tanto no es concreta, pero si determina que es latente y viable.

Con una organización poliforme de los actores, se crea más interdependencia entre legitimidad primaria y secundaria, entre democracia formal y democracia sustancial, relación ininterrumpible y permanente, la esencia del modelo de Estado relacional. La relación se evidencia, al tomar en cuenta que la democracia primaria, electoral, deviene de la democracia formal, y la democracia secundaria, la aceptación de las decisiones del gobierno por la ciudadanía deviene de la democracia sustancial, es decir del disfrute por todos de los derechos fundamentales, posibilitando que la sociedad por medio de la influencia formal, contribuya a la formación de sus objetivos y a alcanzarlos, legitimando el Estado (Cf, PARES, 2016: FERRAJOLI, 2009). La influencia de la sociedad, bajo el modelo Hondureño, se da a niveles técnicos, políticos y sociales, lo que significa que tiene características ejecutivas de derechos y no creativas, pues la influencia no tiene como finalidad la creación de nuevos derechos, sino la eficiencia de los existentes, adoptando un enfoque constitucionalista empírico, que no

restringe las políticas públicas a las leyes, sino que limita las leyes a tratar sobre la participación para crear las políticas, esto en contraposición al constitucionalismo metodológico, en la cual cada reforma en las políticas públicas requiere una reforma a las leyes, volviéndolas inflexibles (Cf. DENTE; SUBIRATS, 2014).

3.3.2.1 El Gobierno de la Red

El gobierno de la red dice respecto al modo de organización de los procesos decisorios, a su operacionalidad. Estos procesos pueden estar orientados (1) al **mercado**, creando relaciones de apertura y acceso para la participación del mercado en las estrategias estatales, o pueden orientarse a la participación de (2) la **sociedad**, mediante mecanismos amplios. Como muestran las valoraciones sostenidas sobre el microsistema hondureño, este está estructurado en torno a las APP³¹, mediante un mecanismo compuesto, que redirecciona los otros mecanismos de participación hacia las APP³¹. El trabajo avanza al estudio de los actores, se llama la atención a la diferencia entre promotor de la alianza y un partícipe de una alianza, pues los promotores, como ya se dijo, es aquel que activa el mecanismo de participación, el cual no siempre resulta como participante, concentrándose por ahora en los promotores de la iniciativa, que se estructuran de la siguiente manera:

a) Los mecanismos de participación, son destinados a (1) individuos, (2) organizaciones (colectivos) sociales, o pueden ser (3) mixtos, dependiendo si aceptan uno u otro. El artículo 35 del RLAAP establece que pueden presentar propuestas de APP, las personas naturales y jurídicas, tanto extranjeras como nacionales, sea individualmente o en consorcio. Se percibe la amplitud del artículo, que claramente configura un mecanismo mixto, permitiendo inclusive los consorcios, en su sentido más *lato* significa la reunión de varias personas, que no constituyen una nueva personalidad jurídica.

b) La selección de los participantes (actores promotores), partiendo del acceso que se les concede, puede ser; (1) abierta, donde participa quien quiera, (2) nominal, estableciéndose características previas para que los actores que quieran participar, o puede ser una elección (3) aleatoria, donde la participación depende de la casualidad. La selección está íntimamente relacionada con el tipo de gobernanza y los mecanismos de participación adoptados, de modo que como el microsistema hondureño es mixto, debe tener una selección mixta (que de hecho lo es).

³¹ Reitérese que el fenómeno relacional de la gobernanza en red subsiste fuera del esquema APP, sin embargo no es acompañado por el otro fenómeno delimitante de este trabajo, la *jus privatización*

En ese orden de ideas (considerando todos actores además de los promotores), la participación es nominal cuando está regulado taxativamente quien tiene acceso al esquema, como la administración pública que expresamente se denomina quién puede promover una iniciativa, para el caso del mercado es aleatoria cuando actúa como beneficiario o tercero, y los consejos de desarrollo regional son aleatorios, porque se ven envueltos cuando un proyecto se relaciona con su temática, entrando por invitación. Por su parte la participación es abierta para los particulares y el mercado cuando actúan como promotores. Estas consideraciones son relevantes jurídicamente por cuanto tienen incidencia en el control de la actividad administrativa, específicamente en la determinación de derecho legítimo o interés legítimo, para determinar el daño efectivo en contraposición al daño general, de la exclusión del perjuicio de la indemnización, entre otros aspectos.

c) La lógica protocolar de participación, dentro de los actores colectivos, que se refiere a la formación de voluntad de los conglomerados heterogéneos dependiendo de la finalidad de los mismos puede ser; (1) por agregación, mediante la manifestación de un voto de razonamiento personal del emisor o entre sus pares, (2) deliberación, cuando se considera atenta y detenidamente los pros y contras de una decisión, y sus motivos, antes de ser adoptada, constituyendo la razón de los votos antes de su emisión, necesitando al final, de una votación. En este sentido, debe apuntarse que existen deliberaciones que no suceden entre los miembros de una organización, sino entre éstos y terceros que son oídos para tomar una decisión, como el caso de los cabildos abiertos, en los cuales la deliberación sucede entre la ciudadanía y no entre los miembros de la corporación municipal, pero influenciando a los miembros sobre sus votos, es decir es un mecanismo de participación con derecho a voz pero no a voto. La lógica protocolar se relaciona con elementos de la actividad administrativa, como la motivación y la expresión de la decisión, es decir, con la relación de los medios y el fin y la deducción de responsabilidad de los agentes, que son elementos de control de la actividad administrativa.

De las formas de organizar las redes, deriva el gobierno en red, es decir de cómo se coordinan los esfuerzos comunes, y de cómo se dirige y rige la red de acuerdo a las normas que permiten estas relaciones. Según Provan (2008), estudiado en el capítulo precedente³², el gobierno de la red puede ser; (1) Participante, cuando los participantes coordinan sus actividades sin un ente determinado para ese efecto, (2) De liderazgo, creándose una

³² Ver (en este trabajo) la sección 2.2.3 Tipos de gobernanza relacional, apartado 3 Organización administrativa de la red.

organización que asume el papel de líder de la red, o puede ser; (3) Organizada administrativamente creándose una organización administrativa distinta de los actores, sea individual o formal, para que gobierne la red. Como ya se explicó, esta última forma de gobierno aporta mayor legitimidad y juridicidad a la red por tener un órgano definido con personalidad jurídica propia y un proceso específico, acorde a los objetivos de la red.

La LAPP en su artículo 11 manda a crear la Comisión de la Promoción de la Alianza Público-Privada (COALIANZA), como un ente desconcentrado de la presidencia de la república, con personalidad y patrimonio propio, para gerenciar y promover las APPs. El organismo está compuesto por tres comisionados propuestos por la presidencia de la república y electos por el congreso nacional, de esta forma, el legislador hondureño opta por el tipo de gobernanza administrativa, en términos similares lo hizo el legislador peruano creando La Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN, 2015).

Por otra parte, es necesario valorar las formas de organización dentro de los esquemas de las APPs, es decir a lo interno de la red, recuérdese que una APP es un ente nuevo de naturaleza privada elevado a organismo administrativo auxiliar mediante el artículo 2 (reformado) de la LGAP, Las formas de organización interna de la red, según el artículo 5 de LAPP son; (1) *Joint Ventur* (coinversión), o también conocidas como sociedades de propósito específico, (2) Personas lucrativas, con o sin fines de lucro, (3) Contratos de gestión, (4) fideicomisos, o (5) cualquier otra modalidad que resulte apta para los objetivos perseguidos por la alianza. A manera de ejemplo de otras formas de organización de las redes, la ley brasileña No 11.079 de diciembre del 2004, atribuye la gerencia de los procesos al Comité Gestor Federal de Asociaciones Público-Privadas (CGP por sus siglas en portugués) creado mediante el Decreto ejecutivo n° 5.385, de 2005 por delegación del legislativo. El capítulo VI de la ley establece un como única forma de organización interna de la red la sociedad de propósito específico, y no permite la iniciativa privada entrando todos los actores por invitación, además sin modificaciones en la forma de apreciación del interés público del proyecto, concentrada en la administración involucrada en el proyecto, entre otras diferencias estructurales.

3.3.2.2 COALIANZA y el Marco Estructural del Gobierno

COALIANZA (según su definición en LAPP) es la organización del estado encargada de gestar y promover los proyectos y procesos para formar las APPs, por lo tanto tiene una estructura institucional más o menos compleja, compuesta por:

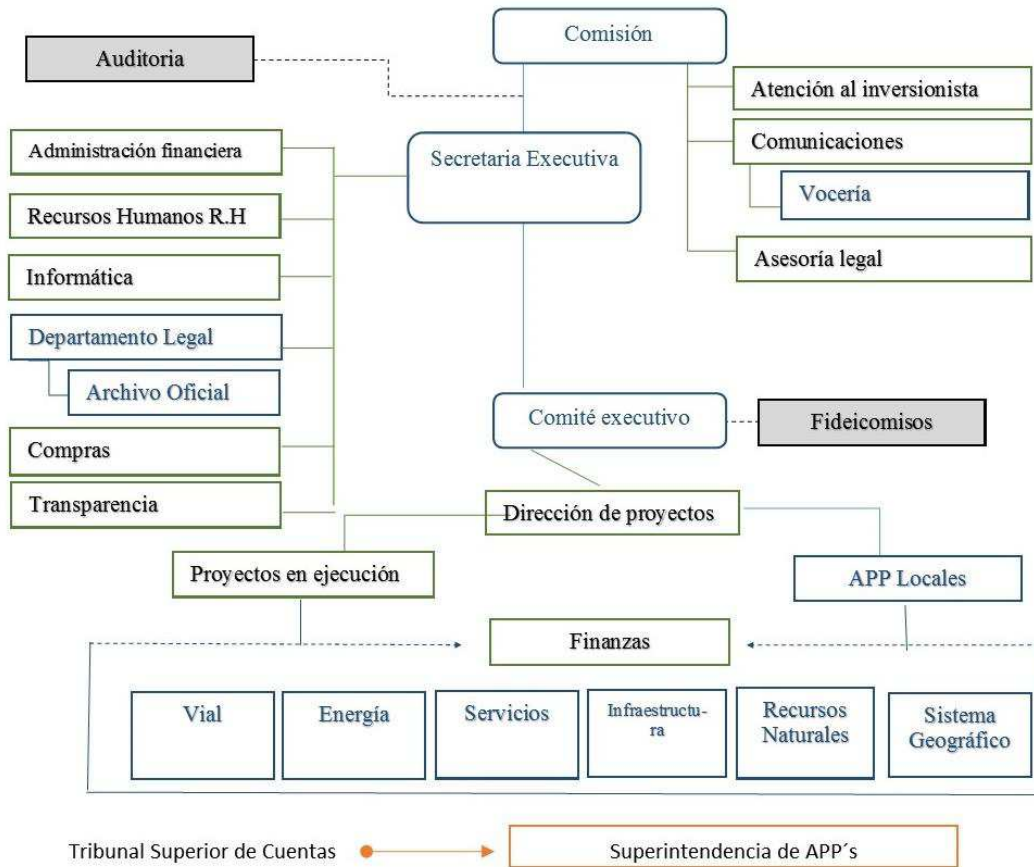
a) **La comisión**, compuesta por tres comisionados, cuyas funciones son; (1) gestar con exclusividad la contratación bajo el esquema APP, (2) Coordinar con la administración los actos administrativos necesarios para viabilizar técnica, operativa y financieramente los proyectos, (3) Administrar el sistema nacional de inversión³³, además de otras funciones organizacionales.

b) **La secretaria ejecutiva**, un órgano unipersonal, cuyo titular es contratado por la comisión, mediante un concurso público conducido por una empresa nacional o extranjera. Son atribuciones de la secretaria; (1) Actuar como secretaria de la comisión, (2) coordinar los equipos de trabajo que lleven a cabo labores dentro de COALIANZA, (3) administrar los bienes de la misma, además de otras funciones organizativas.

c) **La superintendencia de APPs**, está a rigor, no es parte de la comisión, figura únicamente en la estructura institucional de los esquemas APP, está adscrita al Tribunal Superior de Cuentas, el ente de *comptroller* del Estado hondureño. La superintendencia es un ente colegiado, compuesto por tres superintendentes propuestos por la presidencia de la república y electos por el congreso nacional, sus funciones son: (1) Regulación, control, y acompañamiento de la realización de obras y prestación de servicios mediante el esquema APP, (2) Controlar la prestación de servicios e infraestructura, y el cumplimiento de los contratos, (3) Aplicar normas en asuntos de seguridad, procedimiento técnico, interrupción y restauración de servicios públicos, además de regular los servicios públicos que no tengan un ente especializado para esa función, (4) Vigilar la libre competencia y prevención de monopolios entre los participantes, y demás (5) funciones de *comptroller*.

³³ En la forma expuesta anteriormente en este capítulo, sobre la declaración del interés público de las propuestas.

Esquema 4- Institucionalidad del gobierno de la red



Fuente: Original de COALIANZA, versión actualizada al 1/07/2015

3.3.2.3 Los Recursos y su Intercambio entre los Actores

Los recursos, los constituyen el conjunto de medios disponibles para ser utilizados, que sirven para alcanzar los objetivos determinados en la alianza, que se intercambian entre los actores con alguna autonomía respecto al Estado, según su naturaleza se clasifican en:

A) Legales: son los que advienen de las leyes, en otras palabras las potestades legales, entre ellas está; la regulación, la reglamentación y los actos administrativos. El artículo 7 de la LAPP que trata sobre los aportes de la administración pública a las alianzas, establece entre las legales; (1) Concesión temporal de derechos sobre bienes patrimoniales del Estado o del municipio, estos solo pueden ser dispuestos en la forma establecida en la ley, siendo un recurso legal, más que patrimonial. (2) Licencias y permisos, contenidos en el párrafo 5, cuando se coteja este artículo de la LAPP con el RLAPP surge una aparente confusión con un recursos económico, es decir si el recurso consiste en eximir el del pago de los mismos, o los actos en sí. El artículo 10 del RLAPP reglamenta el asunto, y habla de “compromiso”, el cual debe interpretarse en el sentido lexicográfico, como “obligación” del Estado respecto a la licencia y/o autorización, limitando la obligación a los que se estipule expresamente en el

contrato, y estableciendo que todas aquellas no contenidas en el mismo deberán ser tramitados por la parte privada a su propio costo. De lo expuesto se separa el contenido económico, el costo, del legal que es la obligación de emitir el acto correspondiente, esta obligación opera bajo las circunstancias de los contratos sobre actos y potestades administrativas abordadas en el capítulo anterior.

En términos similares, se encuentra el párrafo 10 del artículo 8 de la LAPP, que trata sobre las tasas e impuestos en el contenido de los contratos, usando el mismo raciocinio se establece que la disposición sobre impuestos y tasas es un recurso legal, pues por principio tributario deben proceder de una ley, por otro lado, la recaudación y el uso de los mismos así como las afectaciones son de carácter económico, como el caso de los peajes y las contribuciones por mejoras.

c) Recursos cognitivos: son los relativos a las información, incluye compartir información privilegiada o de conocimiento técnico, también los recursos organizacionales, como ser: el conocimiento de las relaciones internas de la administración pública, estos son los recursos de los que habla el artículo 13 de la LAP; La coordinación de la gestión de todos los requisitos que deben ser emitidos por las administraciones para viabilizar la alianza, el párrafo 3 se habla de coordinación interna con otras instancias administrativas de las acciones necesarias para que se seleccione de entre los proyectos, los prioritarios, finalmente el párrafo 6 habla de asesoramiento a los gobiernos locales y otras entidades, sobre la promoción de la inversión privada.

D) Los recursos económicos; Son los más mencionados en LAPP debido a las diferentes formas de reportar un beneficio económico, pero no se debe interpretar como sinónimo de mayor importancia entre los recursos. Entre los mencionados por LAPP están: (1) aportaciones de dinero en efectivo, (2) suscripción de acciones o compra de valores comerciables en el mercado financiero, (3) Concesión de bienes de uso público sin traslado de dominio, incluidos los expropiados de acuerdo a la LAPP, (4) aporte de los servicios que corresponden al Estado, este presenta cierta confusión con los recursos cognitivos, pues implican el aporte del conocimiento de los especialistas del Estado, pero este es un escenario circunstancial, en la mayoría de los casos implica un beneficio económico, proporcionando servicios sin costo, y no involucra información privilegiada.

Según Parés (2016), además de estas categorías, existen, cuando menos tres recursos aportados implícitamente por el Estado en todas las alianzas; El consenso y la Confianza que el Estado consigue y transmite a los actores y los terceros, a la sociedad. Aporta también la

fuerza pública, pues tiene el monopolio de la violencia, agrupando dentro de ella, innumerables recursos inmateriales, como la seguridad jurídica, la responsabilidad fiscal, estabilidad política, económica y legislativa, las cuales se encuentran enunciadas en la LAPP en el apartado de los principios, en el artículo 3, y en el párrafo segundo, numeral 5 del artículo 8

Para valorar los recursos aportados por los privados, es exhaustivo enumerarlos de forma específica, siendo más práctico focalizarse en la captación de recursos que pueden hacer de los terceros, como actores de facto que son de la red. Como los terceros no son participantes de las alianzas, para no violar el principio constitucional de no enriquecimiento sin justa causa, sus aportes siempre tendrán una naturaleza efectiva de contraprestación por un bien o un servicio, o en su caso mejoras, en el caso de los patronatos, o una donación, estas dos últimas tienen un ámbito restringido y bien delimitado por las leyes que lo permiten. Para clasificar un servicio como público, se debe identificar en él, la característica diferenciadora, Sánchez (2011) considera que esa característica es la trascendencia colectiva del servicio, es decir, del interés general, agregar valor a la vida social, que es lo que legitima la regulación por parte del Estado. Así definidos, los servicios públicos se clasifican en tres grandes grupos: (a) los de interés general, prestados en red (telecomunicaciones, transporte, etc.), (b) Los de interés general común (recolección de desechos sólidos, distribución de agua, etc.), (c) Los de valor no económico, que no tienen efecto en el mercado (educación, seguridad social, salud, etc.).

Atendiendo estos criterios, corresponde al Estado la declaración de un servicio, como público. Esta potestad corresponde primeramente al ejecutivo, de acuerdo a la LGAP, artículo 22 numeral 6, corresponde al consejo de secretarios de Estado, este debe observar sus limitaciones constitucionales, como las impuestas por el artículo 205 de la CH, especialmente en su numeral 19, referente a “Aprobar o improbar los contratos que lleven involucradas exenciones, incentivos y concesiones fiscales, o cualquier otro contrato que haya de producir o prolongar sus efectos al siguiente período de gobierno de la República.”, el numeral 35 del mismo artículo se refiere a “Establecer mediante una ley los casos en que proceda el otorgamiento de subsidios y subvenciones con fines de utilidad pública o como instrumento de desarrollo económico y social”, finalmente el numeral 41 restringe la actuación del ejecutivo sobre “Enajenar bienes nacionales o su aplicación a uso público” que corresponde al congreso nacional.

3.3.3 Las Partes y su Vinculación; El Poder y la Solidaridad en los Contratos Relacionales.

La vinculación entre las partes, de acuerdo al esquema APP, sucede por medio de los contratos, que en esencia es una modalidad de contratación estatal, sin embargo se diferencia de la contratación tradicional debido a las características que llevan a su producción, además de diferenciarse por su contenido jus privatizado, es decir el contenido relacional del mismo.

En los contratos relacionales existe una noción de poder y solidaridad, descubierta en el ámbito privado por los investigadores Macaulay y Macneil, según Gordon (2007): **(A) la solidaridad** en la relación se refiere al establecimiento de: (1) compromisos prolongados en el tiempo, (2) reparto del riesgo en proporcionalidad a la fortaleza de cada una de las partes, (3) mecanismos de alteración de la relación conforme a las circunstancias, (4) soporte mutuo en caso de situaciones desfavorables para las partes. Por otro lado, **(B) El poder** difiere respecto a la contratación tradicional, pues no se enraíza en la simple concesión de derechos a una de las partes, sobre conductas futuras, sino que se basa en la dinámica de variación de poder. Para atender esta dinámica, el contrato tiene: (1) Mecanismos para contrarrestar el desequilibrio de poder, frente a una eventual dominación continúa de una de las partes sobre otra. (2) Las partes tienen libertad de abandonar la relación, de otro modo, con una relación prolongada en el tiempo, se convertiría en esclavitud. (3) Medios alternativos de resolución de conflictos (incluso en exclusividad), debido a que las partes tienen un claro interés político en el manejo del poder, intentando manipular las situaciones e instituciones externas para mejorar sus posiciones de negociación, principalmente el poder judicial.

En concordancia con el equilibrio de poder y la solidaridad, el contenido del contrato se encuentra en el artículo 8 de la LAPP, que básicamente debe contener: (1) objeto del contrato y condiciones generales, (2) Plazo de vigencia de la Alianza, (3) Cronograma, (4) Derechos y obligaciones de las partes, (5) Distribución del riesgo entre las partes, (6) las garantías requeridas cuando fuese necesario, (7) estándares de calidad e indicadores de gestión, (8) cláusulas de equilibrio económico, (10) penalidades por incumplimiento de las partes, (11) Supuestos y cláusulas de extinción prematura de la asociación, (12) cláusula de estabilidad fiscal, y (13) cláusula arbitral.

De forma opcional, en caso de necesidad, el contrato también puede contener; (1) protección jurídica al contrato o a los bienes relacionados, (2) Naturaleza de la propiedad de los bienes, y de los derechos involucrados, así como su manejo y traspaso, (3) Responsabilidad de los contratantes frente a terceros y los mecanismos de resolución de conflictos entre ellos, (4) cláusula de riesgos políticos, de cambios legislativos, (5) Cláusulas

interpretativas, (6) Cesión de derechos, subrogación de deudas, acciones compensatorias y división de contratos, (7) obligación de colaboración con la superintendencia, (8) Obligación de auditorías contables, licencias ambientales e impacto ambiental, y las consecuencias de este. (9) Criterios lógicos de determinación aceptable de tarifas, precios y costos, (10) Pago de impuestos, tasas y otras tasas fiscales.

En ese orden de ideas, se identifica una correspondencia con la Solidaridad de los contenidos básicos; 2,5,6,7,9,12, y en los opcionales 3,9,10, por otro lado concordando con el equilibrio de Poder están los contenidos básicos 3,8,10,13, y los opcionales 1,2,4,5,6,7,8.

De acuerdo a la teoría del poder en las relaciones contractuales, la obligatoriedad del arbitraje, instituida por la LAPP, en su artículo 35, obedece al interés político de las partes en lo tocante a manipular las situaciones y las instituciones externas, en especial el poder judicial. Gordon (2007) señala que la posibilidad de manipulación del poder judicial, deviene de la visión del Derecho que tienen los profesionales jurídicos, como una ficha a ser movida en el gran juego de la negociación, de crear situaciones que coloquen a la otra parte en necesidad de negociar y/o ceder. Entre las circunstancias de influencia en la negociación están; El demorado tiempo procesal en los tribunales de especialidad administrativa; Las cuantías estratosféricas que pueden multiplicarse a raíz de la demora; La visión de algunos jueces que invierten el sentido del derecho administrativo, como si su mayor objetivo fuera proteger al Estado del administrado; Por otro lado también existen prerrogativas propias del estado, que acaban intimidando a los administrados, las que un abogado con experiencia las puede usar con el objetivo de manipular las “Fichas” para obligar a la otra parte a negociar y en el peor de los casos, ceder.

Resulta casi evidente que las partes en este contrato son la administración pública y el contratista, sin embargo una clasificación tan genérica no resulta provechosa para cubrir los fines de los contratos relacionales. En verdad, cada una de las partes está integrada por diferentes participantes, que son los que hacen posible la distribución del riesgo, las obligaciones, el soporte mutuo, etc., teniendo mucha importancia.

3.3.3.1 Los partícipes en el contrato

Las partes en el contrato se refiere a la posición asumida por los participantes en la relación, pudiendo ser unitarios o supernumerarios, por lo tanto uno o varios partícipes mantienen una misma calidad de parte. Las características del fenómeno relacional y de las

redes que influyen este tipo de contratos, hace que los participantes del mismo sean aquellos envueltos, especialmente con los recursos de intercambio, y el poder en la relación.

De tal modo, serán partes en el contrato El Estado a través de quienes hagan sus veces, para el caso, COALIANZA, y los privados adjudicatarios del contrato, que se diversifican de acuerdo a la tipología de organización de la red creada para la alianza. En el lado del Estado, además de sus representantes están las administraciones que ven sus recursos involucrados en la alianza. En el lado de los privados se encuentran los titulares de la organización interna de la alianza, las tipologías que constituyen entes diferentes de aquellos, están los fideicomisos y las *Joint Venture*. Las características peculiares de estas dos figuras, diversifica aún más los participantes, por ejemplo, el fideicomiso integra un tercero, el fideicomisario, si bien es cierto, no figura como parte, sí lo hace en la relación contractual caso contrario es el de las empresas de propósito específico, pues estas figuran como partes porque tienen deberes y derechos derivados del contrato directamente. En la misma situación que las *Joint Venture* se encuentran los consorcios, que se constituyen por un acuerdo que contiene las obligaciones recíprocas entre las partes integrantes, los términos de su relación con el órgano contratante, y la representación única de ellas (ORELLANA, 2013, p. 96).

Para ejemplificar y aumentar la claridad de este tópico, se analizará un contrato bajo el esquema APP, denominado por COALIANZA como “Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Administración, Financiamiento, Mantenimiento y Transferencia de las Obras de Infraestructura y Mejoramiento de la Red Vial de San Pedro Sula (2014)”, el objeto es definido como la construcción, administración, mantenimiento y transferencia de obras públicas de infraestructura, con proyección en la ciudad de San Pedro Sula, en la modalidad de concesión.

Son partes del contrato (ejemplo) El Estado de Honduras y el Consorcio “Siglo XXI”. participan como conducentes; La administración que tiene las facultades de disponer del sistema vial que es el recurso principal envuelto en el contrato, es decir, la Secretaría de Infraestructura y Servicios Públicos (INSEP) (denominada al tiempo del contrato como Secretaría de Transporte, Obras Públicas y Vivienda (SOPTRAVI)), Las partes optan por organizar internamente la red en una sociedad *Joint Venture*, y mediante un fideicomiso constituido por el concedente y el concesionario en un banco, que tiene el objetivo de servir como organizador del financiamiento del proyecto, operando la recaudación del financiamiento que consiste en un tasa vehicular sobre el parque vehicular registrado en la ciudad beneficiada. Aunque la cláusula de obligaciones del fideicomiso son de proyección

futura, este ya tiene obligaciones definidas en el contrato, las que integrarán plenamente el contrato futuro que constituya el fideicomiso.³⁴

La parte del Estado está integrada por: La secretaría de Estado responsable de las obras públicas y de la administración vial, COALIANZA como estructurador de la red, de forma implícita participa el Consejo de Secretarios de Estado, pues el contrato necesita la aprobación de dicho órgano, en el decreto ejecutivo de aprobación del mencionado contrato, se nota la participación de otros entes administrativos como lo es el recaudador de impuestos (Anteriormente llamado Dirección Ejecutiva de Ingresos, que dependía de la secretaria de Finanzas, desde el 2016 llamada Agencia de Administración Tributaria, equiparada a una secretaria de Estado), de igual forma queda involucrada cualquier otra dependencia administrativa que deba emitir actos para la viabilidad del proyecto, que quedan obligadas a hacerlo. En la parte privada participan el consorcio y el fideicomiso.

En el contexto ejemplificador, la relación contractual queda contenida en el contrato de adjudicación, en el decreto ejecutivo que aprueba el contrato, y finalmente, por tener insertada una carga fiscal, también queda contenida en el decreto legislativo que la apruebe, además de los contratos derivados, en el caso del fideicomiso. Identifíquese aquí la actividad administrativa como pluriadministrativa de unión, como un conjunto de actos y negocios realizados con independencia uno de otro, y con motivaciones separadas. Ya los privados actúan por deliberación a lo interno de su consorcio.

3.4 El problema de la legalidad y sus paradigmas en la administración pública adjunta.

El modelo de Estado relacional y sus correlativos; la jus privatización y la micro sistematización han hecho emerger anomalías³⁵ en los paradigmas del derecho administrativo, dejándolo en crisis. Para Binbenbojm, (2008) se alteran los contornos del modelo científico, delimitando la lógica que permite su modernización y obtención de respuestas a las preguntas problemáticas que surgen.

El autor citado identifica la constitucionalización del Derecho Administrativo, como la teoría que colmata las anomalías, a la parte del neo constitucionalismo. Los paradigmas afectados por los cambios: **La supremacía del interés público sobre el interés privado,**

³⁴ Para una visión más amplia y profunda de la tipología del contrato sobre infraestructura, véase las tipologías de *Public Private Partnership*, disponibles en el sitio web del Banco Mundial.

³⁵ Entiéndase como anomalía en una teoría, cualquier anomalía o fenómeno que escapa de la explicación o que no se encuentra incluido en la teoría construida.

superando y sustituyendo la racionalidad tradicional de la administración pública, que pasa a ser un equilibrio entre ambos intereses, en consonancia con las circunstancias de cada caso. Que se consigue mediante la ponderación guiada por la proporcionalidad constitucional.

El segundo paradigma es **la Legalidad** (estricta), que pasa de estar fundamentada en la ley, a estarlo en la constitución, circundando valores democráticos y humanitarios, lo que Binbenbojm, (2008) llama el surgimiento de;

... una verdadera constitución administrativa, que por un proceso de autodeterminación constitucional, se emancipó de la ley en su relación con la administración pública, pasando a consagrar principios y reglas que, sin dependencia de la *interpositio legislatoris*, vincula directa e inmediatamente a las autoridades administrativas. De este modo, la constitución deja de ser un mero programa político genérico en espera de que el legislador lo concrete, y comienza a ser vista como una norma directamente habilitadora de la competencia administrativa y como criterio inmediato fundamentación y legitimación de la decisión administrativa. (Traducción nuestra).³⁶

De este modo existe una conexión entre la actividad administrativa y la constitución, por lo tanto (a) La administración pública debe aplicar las normas constitucionales de forma adscrita en caso de ausencia de ley, (b) los actos infra constitucionales, especialmente los discrecionales, deben ser interpretados, integrados y aplicados por la administración con la ayuda de los criterios orientadores de la constitución. En consecuencia (c) cuando se tope con una ley inconstitucional, la administración debe preferir la constitución, aplicando la ley determinada, pues en (d) caso que el acto contrario un derecho fundamental, éste será nulo, como una forma inmediata de vinculación constitucional (OTERO, 2003, p. 740).

El último paradigma afectado fue el de **La dicotomía entre acto vinculado y acto discrecional**, es decir la intangibilidad del acto no vinculado, Continuando con las valoraciones de Binbenbojm, la crisis de este paradigma y su superación consiste en; la relación entre la vinculación a la juridicidad y el control de los actos administrativos, en proporcionalidad. La dicotomía de clasificación de los actos desaparece para dar lugar a la

³⁶ ...uma verdadeira Constituição administrativa, que, por um processo de autodeterminação constitucional, se emancipou da lei na sua relação com a Administração Pública, passando a consagrar princípios e regras que, sem dependência da *interpositio legislatoris*, vinculam direta e imediatamente as autoridades administrativas. A Constituição, assim, deixa de ser mero programa político genérico à espera de concretização pelo legislador e passa a ser vista como norma diretamente habilitadora da competência administrativa e como critério imediato de fundamentação e legitimação da decisão administrativa.

plena protección de los derechos fundamentales en la actividad administrativa, ampliando las posibilidades de control de la actividad administrativa salvaguardando los derechos fundamentales con medios, además de los administrativos, constitucionales.

Para analizar la incidencia de estos nuevos paradigmas en la legalidad, se contrastan con tres conceptos relacionados con ella, la legitimidad, la legalidad y la juridicidad;

3.4.1 La Declaración del Problema, *La Legitimidad: La Motivación, la Finalidad y la Conveniencia de la Actividad Administrativa*

En el objeto estudiado, la legitimidad, o sea, la justificación del uso del poder radica en el reconocimiento de la ciudadanía de una decisión como justa, mediante la identificación de una ponderación de los intereses involucrados dentro de ella. Esto se realiza mediante la razonabilidad, que debe estar sustentada en la fundamentación fáctica y jurídica que justifique la decisión. Caso contrario, la decisión sería un abuso de poder, una arbitrariedad³⁷ y autoritarismo por carecer de causa. Además el acto debe mostrar el resultado final esperado como producto del objeto del acto, la finalidad en coherencia con la ley. Siendo un elemento no de forma, sino de fondo, por lo que hace referencia a la democracia en el Estado de derecho (GORDILLO, 2011, p. 13-20).

Para Moreira Neto (2003) la legitimidad que debe buscarse en la administración contemporánea, es la basada en el consenso, que surge en las relaciones paritarias entre los ciudadanos y la administración, abandonando de esta forma la convergencia fundada en la coacción. La transformación de la convergencia, deriva de la transformación de la construcción de la legitimidad de la actividad administrativa y sus elementos, de esta forma el acto debe justificarse de acuerdo a la ley y de acuerdo a las circunstancias, es decir, los hechos. En una consideración más amplia se puede decir que el acto choca contra estos elementos, estando delante del cambio del paradigma de la supremacía del interés público sobre el particular, surge una nueva motivación de la convergencia, el equilibrio. Según Baptista (2003) no se debe olvidar que este mecanismo de justificación consensual (por ser elemento de un microsistema) encuentra una limitación en la autorización legal, y que no significa una abdicación de las funciones por parte de la administración.

³⁷Para el autor base, hablar de arbitrariedad, demuestra el error común en Latinoamérica de considerar la falta de fundamentación como un mero error de forma, por lo que consideran que el acto infundado es anulable y no nulo, con todas las consecuencias que esto significa. La nulidad del acto radica en su incompatibilidad con el Estado Democrático de Derecho, con el consenso social, que es lo que significa la fundamentación, faltando así un elemento democrático.

El cambio en la relaciones de poder entre los administrados y la administración, son el eje central del microsistema de la administración pública adjunta, que al estar estructurado en torno a mecanismos negociales, separa, procesalmente, la formación del fundamento fáctico del fundamento jurídico de la actividad administrativa. Se evidencia en; la separación entre la manifestación del interés público, y la incorporación de los proyectos al sistema nacional de inversión, en otras palabras, una separación entre la determinación de la conveniencia y la oportunidad, que obedece, según el pensamiento de Justem Filho (2005), a que la determinación del interés público debe transportar a una realización de los derechos fundamentales que permitan al individuo perseguir el bien general.

De estas circunstancia emerge una forma derivada de motivación, que debe buscarse bajo las reglas y la ponderación que demandan los fenómenos de los cuales emanan, específicamente el Estado Relacional , la administración pública en red, la jus privatización y micro sistematización del Derecho Administrativo. Por estas razones es necesario resolver cómo debe ser apreciada la legitimidad, en medio de una bifurcación entre un proceso actuarial y uno meramente negocial encajando, en el entorno de los actos administrativos multiformes. La micro sistematización aporta algunos indicios, productos de su peculiaridad de relacionamiento interno con otros elementos sistémicos, aportando posibles respuestas.

3.4.2 La Legalidad Estricta; La Forma y la Competencia en la Actividad Administrativa.

De acuerdo a Binjenbojm (2008), el cambio de paradigma de la administración pública, que gira entorno a la constitucionalización del derecho administrativo conduce a los derechos fundamentales, al neo constitucionalismo, estos derechos se satisfacen ya sea mediante abstenciones, restricciones o prestaciones de la administración pública, que al mismo tiempo la modulan determinando la competencia. Para comprender los elementos de la actividad estrictamente relacionados a la ley, como lo son la competencia y la forma, es necesario comprender las motivaciones de la reforma legislativa para buscar los principios generales que orientan el actuar administrativo, para desvirtuar incompatibilidades fundamentales.

Las modulaciones, de forma básica, se expresan mediante el principio de preferencia de ley, por lo que no puede ser contrariada por otro acto. También se expresa mediante el principio de reserva de la ley, es decir la atribución de competencias al poder público para que actúe, esta puede ser organizacional en cuanto al sujeto, funcional en cuanto a la libertad concedida al sujeto, y finalmente puede o no ser calificada, dependiendo si es establecida en la constitución o no (BINENBOJM, 2008, p. 152), habiendo una migración de principios del

derechos constitucional al administrativo, que deben usarse para desvirtuar incompatibilidades y armonizar el sistema.

Las características de la micro sistematización y sus privatización impregnan en la competencia una dispersión normativa, que se traduce en la dispersión de la competencia misma, a través de los actos pluriadministrativos y plurilaterales, con una modulación compleja que para su comprensión necesita valorar las finalidades y los límites micro sistémicos. Es decir valorar la relación entre las diversas finalidades envueltas, al colisionar dos sistemas, no se pueden valorar de la misma manera, llevando a usar herramientas de relaciones entre normas pertenecientes a diferentes sistemas para buscar unidad y dar respuestas completas. Sea dicho a propósito que en este sentido las relaciones normativas no se dan por operadores lógicos, sino relacionales, cuya función es comparativa diferenciando lo que debe ser procesado por un u otro sistema.

Los operadores relacionales toman forma de (a) conjunción, expresada por su forma simple “y” implica la unión de conjuntos, donde los elementos que cumplan con los requisitos de ambos conjunto serán procesados por estos; (b) disyunción, cuya forma simple es “o”, en esta forma los conjuntos se unen completamente, procesando y reprocesando los elementos turnándose; (c) Disyunción exclusiva, su forma simple es “si o solamente si” como una forma restricta de valorar los elementos del conjunto, un ejemplo claro es un tipo penal; (d) Equivalencia lógica, que consiste en dos elementos con el mismo contenido por lo que es irrelevante el conjunto que procesa el elemento, pues el resultado es el mismo; (e) finalmente la negación, que se refiere a la valoración negativa de un contenido, su relevancia radica en el doble procesamiento del elemento, que invariablemente dará como resultado el contenido original del elemento procesado.

Los operadores lógicos tradicionales son útiles a lo interno de un sistema, y los relacionales en la comunicación entre sistemas, creando la posibilidad de sistemas anidados mediante la sintaxis y conversión descubiertas por Turing, o sus equivalentes; la autonomía y recursividad descrita por Lhuman (Véase la sección de este capítulo sobre microsistemas), lo que hace de un sistema una suerte de conjunto de instrucciones aplicadas para conseguir un resultado deseado. Desde un punto de vista práctico significa el procesamiento de un elemento por un sistema pequeño, que eyecta su resultado en un sistema más grande, permitiendo el procesamiento del resultado por el sistema más próximo, en ese estadio, el resultado es un elemento más del sistema que debe orientarse para alcanzar la finalidad última

del sistema más grande de todos, que se concretiza cuando no existe ninguna finalidad pendiendo sobre él.

La finalidad deseada por un sistema es expresada por las leyes como una indicación de lo que se debe, lo que se puede, o no se debe hacer si se quiere lograr. Creando una estructura operacional de la conducta de la población, cuenta con límites claros y establecidos, es decir un conjunto de valores para llegar al resultado deseado, un conjunto de reglas y procedimientos lógicos definidos que llevan a la solución, a la obtención de un resultado conocido, en un número finito de etapas, este tomando como ejemplo la constitución, de la cual deriva el ordenamiento.

La derivación parece compleja, sin embargo la profesora Claudia Lima Marques (2015), lo ejemplifica magistralmente simple, haciendo una alegoría de la subsidiaridad, explica que en el caso de responsabilidades asumidas por un municipio, en las cuales un Estado acordó colaborar en lo que aquel no pudiera, haciendo lo mismo el gobierno federal; esto significa que el más pequeño debe hacer cuanto pueda, acudiendo después el más próximo, el Estado, hasta llegar por las mismas circunstancias al gobierno federal, que debe hacer asistir al estado cuando este ya no pueda más.

Con el objetivo de resolver los problemas de comunicación entre sistemas, o como lo llama Amaral (2010), coordinación sistémica, en el derecho ha surgido un teoría al respecto, propuesta por el profesor alemán Erik Jayme, llamada en su equivalente lingüístico latino; El diálogo de las fuentes, el nombre obedece, según Márques (2015) (quien es ex-alumna de Jayme, y pionera de la aplicación de la teoría en el derecho brasileño), al significado de diálogo, que semánticamente hace referencia a la comunicación entre dos lógicas, para conseguir un resultado armónico en conjunto.

La teoría del diálogo de las fuentes nace de la discusión de cómo integrar el derecho internacional privado, adaptada a un ordenamiento interno por la pupila del creador de la teoría. Aunque nació para el derecho privado, Amaral (2010) señala que el diálogo de las fuentes no es ajeno al derecho internacional público, como refleja la teoría de presunción de no conflicto, propuesta por el profesor inglés Wilfred Jenk, que fundamenta su teoría en la idea de que toda norma nueva es compatible con el ordenamiento, por haber sido observado esté, por el emisor de la norma, esto con el objetivo de encontrar armonía entre lo viejo y lo nuevo. En esta lógica, la coherencia entre dos sistemas es la regla y no la excepción, en caso de argumentar algún conflicto en contrario, se prefiere la interpretación capaz de armonizar los sistemas, en lugar de volver inevitable la colisión de las normas.

3.4.3 La juridicidad: El derecho administrativo, de la ley a la constitución y al ordenamiento.

La idea que evoca la juridicidad es el dominio del derecho sobre la fuerza, es efectivamente, el cumplimiento de todo el ordenamiento en cada acto del poder público, los que no pueden contrariarlo. La juridicidad llega a la actividad administrativa después de la superación del positivismo legislativo, producto de la crisis de la legalidad, de la hiperproducción normativa, la especialización cada vez más específica, la mayor persecución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo, por lo que se toma la constitución como fuente autónoma del derecho administrativo (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1986: BINENBOJM, 2008: MARRARA, 2015: GUERRERO, 2000).

Para Marrara (2015) la deslegalización en beneficio de la juridicidad, se justifica por la nueva concepción de seguridad jurídica, dejando de ser un principio abstracto y omnipresente en el derecho, distante de los preceptos humanistas y sociales. Ahora se considera, un verdadero principio constitucional, que implica la preferencia de la constitución frente a una ley. La preferencia no es producto del caos o del autoritarismo, sino como una oportunidad de aplicar directamente la constitución para proteger la seguridad jurídica, lo que representa una inversión de la lógica dominante hasta entonces.

En la juridicidad, la relación entre los principios de legalidad y seguridad jurídica sufre un cambio, ya no es la legalidad la base de la seguridad jurídica, sino que la seguridad jurídica es la base de la legalidad, porque viabiliza la ampliación de la legalidad a la juridicidad. La seguridad jurídica se vuelve una auto-referencia a la juridicidad, que es imprescindible para plena satisfacción a la constitución y a todo el ordenamiento. En este orden de ideas, cuando un a ley hace referencia a la seguridad jurídica, se debe entender que implícitamente hace referencia a la juridicidad. Tal es el caso de la LAPP, en su artículo 3 referente a los principios, el legislador hace especial referencia a la seguridad jurídica, definiéndola como un “... principio que reconoce la finalidad del derecho en las relaciones público privadas que surjan como producto de esta ley.”, es claro que para el legislador este principio debe permitir efectuar todo el ordenamiento cuando se ejecute la LAPP, que en esencia es una referencia a la juridicidad, razón por la cual es innecesario hablar de legalidad, y de hecho, no se menciona ni una vez la palabra legalidad en el texto legislativo en mención.

El artículo en cuestión posee relevancia estructural sistémica, pues de acuerdo al pensamiento de Luhmann, al incluir la redacción la frase “la finalidad del derecho”, se habla

de los resultados esperados con los objetivos trazados, es decir, con los proyectos. Relacionando directamente la LAPP con el resto de sistemas, que en conjunto representan una multiplicidad de fines, lo que lleva a una micro-estructuración, que por motivos de eficiencia sistémica se repite mediante la recursividad, dando efectividad a la estructura. El punto central del bloque de legalidad es la finalidad normativa, y la búsqueda de la misma requiere, por motivo de las microestructuras, buscar soluciones que permitan la integración normativa, a la vez que permitan que, la mayor cantidad de normas posibles alcancen su finalidad, es decir, es imperativo superar los límites impuestos por los paradigmas sistémicos unitarios. Todo esto, si se quiere responder a las preguntas; ¿Cuáles son los medios de control de la legalidad en la administración pública jus privatizada? ¿Quién debe hacer el control de legalidad? y finalmente; ¿Cómo debe hacer el control?

4 LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y EL CONTROL DE LA LEGALIDAD ADMINISTRATIVA

El trasfondo del poder, como instrumento de la administración pública, es la voluntad, pues considerado desde la perspectiva Público-Administrativa evoca la posibilidad de hacer prevalecer una voluntad sobre otra, y en el Derecho evoca el conjunto de prerrogativas y medios jurídicos para hacer efectiva la voluntad estatal. Para Fix-Zamudio (2007) el poder nunca revistió tanta importancia en el derecho administrativo como en el estado (pos) social de derecho, estadio en el que se experimenta una mixtura entre el estadio liberal y social, pero en un intento de conciliación y cooperación entre lo social y lo individual, sin un sobre pujanza de uno sobre el otro, esto como producto de la posmodernidad en el derecho, que demanda equilibrio entre la libertad y los derechos sociales, donde el Fiel entre ambos, es la voluntad³⁸ (Cf. ACUNHA, 2015; ZAGREBELSKY, 2005). El quehacer del Estado, en su cometido de garantizar los derechos sociales y la justicia social (equilibrio), frente a su apertura de protagonismo a la sociedad, echa mano del intervencionismo, sea social, económico, político o cultural, para establecer un equilibrio y armonizar el plexo de intereses contrapuesto de una sociedad pluralista. Así, si bien el poder de la administración no se ha visto aumentado en intensidad, si lo ha hecho en recurrencia, estando presente en cada una de las facetas de los administrados. (Cf. FIX-ZAMUDIO, 2007)

En ese contexto el poder administrativo es omnipresente en la vida del administrado, la conflictividad es inminente entre las partes involucradas en las relaciones establecidas. Por un lado el administrado como destinatario final de la voluntad administrativa, por otro lado el Estado como fuente primaria del poder, que carga con la tarea de contener el mismo, y la administración misma, que en medio de la complejidad debe cuidar sus propia actividad. En otras palabras, el conflicto gira en torno al interés público del Estado, el interés legítimo y los derechos subjetivos de los administrados. Alfonso (2016) destaca que el manejo de los conflictos de los administrados con la administración pública versa sobre la tutela de estos derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares, mediante el dominio, o gobierno del sistema administrativo, es decir la vigilancia e inspección de la actividad administrativa, además del control; considerando de igual forma la influencia.

³⁸ Equilibrio entre lo social y lo individual, problematizado más adelante en este capítulo, en la sección 4.1.2 Soberanía, Voluntad y Legalidad; La disponibilidad de la administración pública sobre sus asuntos.

Al conjunto de instrumentos jurídicos que permite la tutela de los particulares frente a la actividad administrativa, que sirve para la solución de conflictos de los administrados y la administración, se conoce como justicia administrativa (FIX-ZAMUDIO, 2007 p, 156). Esta tutela sucede mediante un proceso plenario a la administración como sujeto por parte de otro sujeto, en vista a tener una tutela efectiva, un enjuiciamiento exhaustivo y completo de su actividad, que solo así permite una tutela efectiva que sea completa (GARCIA DE ENTERRÍA, 1992, *passim*).

De este modo, conforme apunta Fix-Zamudio (2007) las instituciones que conforman la justicia administrativa son: (1) el procedimiento administrativo, (2) el recurso administrativo, (3) y la responsabilidad patrimonial de las autoridades administrativas, (4) y de forma general, el ombudsman y los derechos difusos administrativos. Todas ellas abordadas en los capítulos anteriores en cuanto a su aplicación a priori, enfocándose por ello, este capítulo en su ámbito a posteriori, el control, en la forma de hacer la tutela, los instrumentos jurídicos presentes en el derecho hondureño, y el sujeto que llevará a cabo la tutela, especialmente en el microsistema administrativo relacional. En menor grado se abordará, en el límite de lo necesario, la restauración de la legalidad producto del control³⁹, en lo que atañe al control jus privatizado de la actividad administración y la posibilidad de; Anulación o revocación, mantenimiento del acto denunciado de ilegalidad, y la eventual reedición, convalidación o ratificación del mismo (CIAMPAGLIA, 2014, p. 78).

Por otro lado, la tutela del Estado de derecho recae sobre la tutela del ordenamiento, es decir que los administrados además de la tutela de sus derechos e intereses, tienen el derecho a que la actividad administrativa siga sus cauces de legalidad, lo que se conoce como control de legalidad de la actividad administrativa. Una diferencia difusa, si se piensa que el buen gobierno es un derecho fundamental, por lo cual el control de legalidad se engloba dentro de la justicia administrativa. Para Villarreal Corrales (2007) la diferencia radica en que la justicia administrativa nace para velar por los derechos e interés individuales de los particulares, y el control para evitar el entorpecimiento de la administración producto de la ilegalidad. En este orden de ideas la justicia administrativa atiende la conflictividad, y el control atiende el mantenimiento del ordenamiento, en otras palabras, un conflicto puede ser resuelto sin pasar por el control, por lo tanto no se confunden como una misma cosa.

³⁹ Véase el desarrollo, en la sección 4.1.3.4 *Alcance de la Heterotutela Arbitral y otros Tópicos sobre Arbitraje Administrativo* de Este Capítulo.

Con todo, la justicia administrativa y el control están unidos inseparablemente, pues la legalidad siempre llevará aparejado un conflicto, el control de legalidad, por alterar una situación jurídica presente, siempre generará un conflicto. Conforme se fueron desarrollando medios alternativos de resolución de conflictos, se pensó en hacerlos extensivos al derecho administrativo, el cual, manteniendo su autonomía, resolvió las cuestiones propias del derecho público en contraposición al derecho privado, separando, la conflictividad y el control.

Una idea posicionada entre un derecho administrativo legalista, y una figura del derecho privado que sobresale por la flexibilidad, para armonizar el tema, la doctrina distingue entre la actividad administrativa incompatible con la flexibilidad y la que puede beneficiarse de la misma. La de Imperio (la primera) es la sometida al control, mediante la cual se usan potestades estatales y/o se pueden declarar, reconocer o limitar los derechos de los administrados, es decir, las que emanan del Estado como fuente directa del derecho, y las que se pueden hacer cumplir usando el poder coactivo; Y la de Gestión (la otra actividad) que permiten al estado salvaguardar sus intereses económicos, y eficiencia, pactando con un administrado, equiparándose a un particular cuando los institutos principales de la relación son la propiedad y el contrato, es decir el negocio administrativo (Cf. ORELLANA, 1985; BOBBIO, 1989), permitiendo resolver la conflictividad de forma privada.

La relevancia del tema se renueva en la contemporánea *jus privatización*, que une, en los medios alternativos de resolución de conflictos, la conflictividad a la legalidad. Se debe tener presente, que el derecho público, a contrario del derecho privado, la extinción o resolución del conflicto, no implica la extinción de la ilegalidad. A manera de ejemplo, considérese en el derecho del trabajo, la conciliación entre el patrono y el trabajador, para pagar a este un salario inferior al mínimo legal, acto que aun realizado en un proceso judicial no limita al juez en su decisión, quien cuenta con la *ultra petita* y la *extra petita* para hacer valer el ordenamiento respecto al salario.

Esta relación entre conflicto y legalidad, es así por el carácter indisponible del derecho público, por ser la legalidad, seguridad jurídica, el buen gobierno, etc. derechos fundamentales. En el pensamiento de Ferrajoli, la indisponibilidad deriva por pertenecer los derechos fundamentales a todos, lo que los aleja de ser un derecho de autonomía, y los convierte en derechos de libertad, es decir solo pueden ser limitados por el Estado, por lo que no se ven afectados por la manifestación de voluntad un individuo, categorías que poco probablemente entren en conflicto (Cf. FERRAJOLI, 2009; PINO, 2013). Base, también, para la oficialidad

del procedimiento administrativo, en pro del interés público, y el deber de la administración de tutelarlos.

La justicia administrativa y el control de la administración, por estar aparejados a un conflicto entre sujetos, se construye en torno al objetivo pretendido con la tutela en cuestión – sea del administrado o del ordenamiento, la finalidad siempre será el mantenimiento de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares y del ordenamiento. Los tópicos que giran en torno al objetivo son; (1) Propósito y conducción del manejo del conflicto y del control. (2) El enfoque de la tutela, el punto de partida a ser controlado, el punto forense de establecimiento de la afectación del derecho o interés tutelado. (3) Y la institución central en torno a la cual se construirá el control. Por su parte, el conjunto de medios jurídicos que hacen posible la tutela, pueden ser tanto (1) internos como (2) externos.

4.1 Propósito y Conducción del Manejo del Conflicto y del Control.

El conflicto es una contraposición de intereses, posturas o actitudes entre dos o más individuos, o a lo interno de uno, en su psiquis. De la evocación del término se percibe que no es dominio de una sola ciencia, siendo objeto recurrente de estudios, en la sociología, la psicología y el derecho, entre otras. En esencia el conflicto evoca lo mismo en todas las ciencias, y el objetivo, también es el mismo, la superación del conflicto, sin embargo la forma de lograrlo y la finalidad perseguida es diferente, así para la sociología es la armonía social, en la psicología el bienestar del individuo, y para el derecho la justicia.

Para Vado Grajales (2013) un conflicto es relevante jurídicamente en cuanto es posible de ser superado mediante la aplicación del derecho o es necesario regular, para mantener el ordenamiento. En esta valoración, se distingue dos grupos de medios de resolución de conflictos; Los que implican la valoración del derecho e imposición del mismo, es decir en los que interviene un tercero impositivamente, entre ellos se encuentra la resolución judicial, y la resolución arbitral, conocidos como de heterocomposición; En el otro grupo, se encuentran aquellos, en los que, aun interviniendo un tercero, no lo hace de forma impositiva, conocidos como de autocomposición. El derecho interviene regalándoles, determinando su aplicación o no, esto en tutela del ordenamiento, es decir el derecho determina lo que pueden disponer las partes y de lo que no. Son alternativos, los medios de resolución de conflictos diferentes a los judiciales, entre estos los positivados en la LAPP, la LP, la LCA y la LCE mediante la LOAP e a LPPI; Las *dispute boards* o mesas de resolución de conflictos y arbitraje administrativo, arbitraje privado y arbitraje nacional de inversiones.

Para el citado autor, todavía es posible, clasificar los medios alternativos de acuerdo a su objetivo, entre los que buscan (1) la superación del conflicto y los que buscan (2) la extinción del conflicto. Es decir la *Litis*, que tiene que ver la relevancia jurídica del conflicto, los medios que buscan la superación del conflicto, lo superan determinando el derecho, satisfaciendo el bien jurídico envuelto en el conflicto, el cual puede subsistir pero sin relevancia jurídica⁴⁰, por otro lado, los medios que buscan la extinción del conflicto, pretenden extinguir las causas del mismo, y así evitar la *Litis*, con estos medios, el conflicto desaparece, no por la determinación del derecho, sino por la reconfiguración del derecho hecha por las partes, disponiendo de él.

La reconfiguración del derecho significa asumir la titularidad de un derecho, y en base a él, disponer concesiones o renunciaciones a través de un acto de voluntad, alterando el derecho que rige la relación presente o futura entre dos o más personas, sobre materias específicas. Para Rodríguez (2005) el mayor ejemplo de disposición de derechos es la transacción, la cual comprende concesiones o renunciaciones recíprocas entre las partes, sobre un derecho incierto y no líquido, mediante la cual las partes sustituyen una situación jurídica controvertida por otra nueva y definitiva. Comprenden formas de disposición de derechos, los medios alternativos de resoluciones de conflictos; La conciliación y la mediación, así como los demás que impliquen una determinación de voluntad de las partes.

La Constitución de la República de Honduras (CH) dispone sobre los medios alternativos de resolución de conflictos en su artículo 110; “Ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes, puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento.” Como se desprende de este artículo, el constituyente ha tenido claro que la transacción y el arbitramento implica derechos de fondo diferentes, si bien la transacción dice respecto a la voluntad, cabe preguntarse respecto a que dice el arbitramento.

El arbitraje al ser un medio heterocompositivo, además de la disposición de los derechos involucrados, por vía de obligación, dice respecto a la facultad del tercero para decidir. La

⁴⁰ Préstese especial atención al bien jurídico, pues un mismo conflicto puede envolver varios bienes jurídicos, representando cada uno, una *Litis*, y una relevancia jurídica separada. A manera de ejemplo, supóngase un conflicto de orden pecuniario, una deuda, la cual es resuelta por un juez civil, y la parte desfavorecida, usa la violencia para “reivindicar” su agravio, el cual no vio satisfecho. En el supuesto sugerido, una vez agotadas las instancias judiciales, el conflicto habrá sido superado, y el bien jurídico de la propiedad, habrá sido satisfecho, volviendo el conflicto irrelevante jurídicamente, sin embargo, la violencia involucra otro bien jurídico protegido, la integridad física y la seguridad, por lo cual, el conflicto sigue siendo relevante, desde otra esfera del derecho. Siendo la *Litis* la proyección del conflicto hacia el derecho.

facultad originalmente, de acuerdo a la división del poder del Estado en órganos, le corresponde al de aquellos, que tiene la función de juzgar y ejecutar lo juzgado, es decir al poder judicial, órgano con la función predominante del control del uso de la fuerza para imponer sus decisiones.

En el plano humanitario fundamental, se puede decir, que si la disposición de derechos dice respecto a la voluntad, el arbitraje, además, dice respecto a la libertad, que eventualmente se ve limitada por la fuerza de la ejecución de lo juzgado. Cómo expuesto, desde una perspectiva estructural de los derechos fundamentales, estos, son de voluntad o de libertad, distinguiéndose entres sí, quien puede limitar unos u otros, los de voluntad cabe al individuo, y lo de libertad cabe únicamente al Estado limitarlos, razón por la cual el árbitro se encarga de juzgar, y para ejecutar se auxilia del poder judicial. En palabras de Hijelmo (2015, p. 42) “...estos pronunciamientos de la *auctoritas* sentenciadora [...] no conllevan el '*imperium*' propio de la '*potestas*', por eso no son '*iurisdictio*' que es la fuerza del poder para imponer la policía de estrados y la ejecución de laudos y sentencias.” (Cursivas del autor)

En el ámbito del arbitraje privado ambos asuntos se confunden, centrándose en la libre disposición de la materia arbitral, pues si se puede decidir sobre una materia, limitando la propia voluntad, igualmente se puede decidir que un tercero limite la misma, dejándose por antonomasia la limitación a la libertad, la ejecución, en manos estatales, y concentrándose en la manifestación de voluntad de sometimiento al arbitraje, sea la cláusula arbitral o cláusula compromisoria. En el ámbito público eso cambia, pues la conflictividad y la legalidad son inseparables, y la legalidad es un derecho de la sociedad, no individual, equiparándose así, a un derecho de libertad, pero que en esencia es de voluntad. Es por esta razón que el arbitraje se ha considerado restricto en el ámbito de la administración pública, pues su voluntad es consecuencia de la legalidad, la que a su vez, resulta de la soberanía, de la cual la administración es una simple servidora, y no una regente, por lo que no le cabe superioridad frente a la soberanía. Es por esta razón que el arbitraje en ámbito público, ha sido vigente, internacionalmente, cuando una soberanía se confronta con otra, y les resta una sola opción, la paz o la guerra (HIJELMO, 2015, p. 45).

4.1.1 Soberanía, Voluntad y Legalidad; La disponibilidad de la administración pública sobre sus asuntos

La legalidad es la expresión de la voluntad estatal, monopolizada por la soberanía, residente en el pueblo, y ejercida por los órganos de gobierno. En la modernidad, la soberanía era entendida como la construcción y garantía de la supremacía estatal, a lo interno su inercia la llevaba a anular sus antagonistas y a lo exterior al imperialismo, fuese económico o ideológico. En razón de esto el paradigma, en lo tocante a la interacción del Estado con otros sujetos, era de sujeción y nunca de relación, esto a lo interno, en su contraparte, en el exterior, se perfilaba una fortaleza cerrada y relaciones paritarias, con los otros sujetos internacionales igualmente soberanos (ZAGREBELSKY, 2005, *passim*).

Ante una sociedad posmoderna⁴¹, pluralista, surgen fuerzas políticas, económicas culturales y religiosas, que forman centros de poder alternativos, que influyen el poder estatal, concurriendo y disintiendo al Estado. Estos nuevos centros de poder corroen la soberanía, al menos en su concepción tradicional, de una fuerza capaz de imponerse sobre cualquier otra, y se erige como un instrumento para alcanzar las condiciones que posibiliten el proyecto de vida de cada individuo. Es precisamente, en este contexto, que el gobierno relacional, reconoce las nuevas fuerzas, poseedoras de la nueva soberanía fraccionada, cuyo ejercicio no se legitima simplemente de forma primaria (democracia representativa), sino secundaria (democracia sustancial y participativa) cristalizada mediante la administración pública pos-tradicional, relacional (Cf. PARÉS, 2016; NAJAN, 2000; ZAGREBELSKY, 2005; DENHARDT, 2012).

Es en este contexto, según apunta Zgrebelsky (2005); El papel que desempeña la constitución cambia, pasando de ser la representación de un proyecto de vida común de la sociedad, a ser el medio de realización de los proyectos de vida individuales de cada ciudadano. Esta nueva constitución pluralista, es en esencia, un compromiso de posibilidades, de propuesta de soluciones y coexistencias posibles. Volviendo a la constitución el centro del que todo converge, el centro a alcanzar. Diferenciándose de este modo la constitución, y la política constitucional, es decir el texto, de la realización del mismo. Esta realización representa apenas,

⁴¹ Para una definición de posmodernidad y la incidencia de la misma en la administración pública contemporánea véase en este trabajo la sección 2.2.1 Las características de la nueva gobernanza: El gobierno relacional.

uno de los cambiantes equilibrios en los que se puede hacer efectiva la constitución. Acontece un cambio de paradigma en la soberanía, pasa de ser una fuerza de imposición, a una fuerza de consenso, el que se regula por la constitución. De este modo, la soberanía deja de ser estatal, y se convierte en soberanía constitucional. Abandona la supremacía, y adopta la relacionalidad.

Así las cosas, es posible el establecimiento de relaciones internas entre el Estado y otros sujetos. Se evidencia la inversión en la interacción estatal, a lo externo; además de tener relaciones paritarias, horizontales, cede a la supra nacionalización, sujetándose a una autoridad externa, vertical; A lo interno, deja de ejercer un poder vertical, a establecer relaciones horizontales, mediante la gobernanza, entre sus modelos, multinivel y relacional⁴² (Cf. BRESSER-PEREIRA, 2007). Es este afán, la otra característica de las constituciones pluralistas, es la constitucionalización del Estado.

En este orden de ideas presentado, los valores y principios contenidos en la constitución dejan de ser absolutos, en pro de la pluralidad, volviendo dúctil el derecho, permitiendo una política constitucional flexible. La relación soberanía-voluntad-legalidad se centra en la constitución y no en la supremacía estatal. De este modo la voluntad estatal es un instrumento, un constructo, que puede ser enfocada para potenciar la libertad o la justicia, es decir el individualismo o el equilibrio social. Siendo los derechos de voluntad los que balancean los derechos de libertad y los sociales. En definitiva; La voluntad estatal es la expresada por la legalidad y permitida por los valores y principios constitucionales-fundamentales. (Cf. FERRAJOLI, 2009; ZAGREBELSKY, 2005).

Se entiende, que en el momento que la CH, mediante la reforma de 2010, abre la posibilidad de la relacioanalidad estatal y de la administración pública, en términos constitucionalistas, establece la democracia participativa, en su artículo 5⁴³ que reza;

El Gobierno de la República debe sustentarse en los principios de la soberanía popular, la autodeterminación de los pueblos y la **democracia participativa**, de los cuales se derivan la integración nacional, que implica participación de todos los sectores políticos en la Administración Pública, la estabilidad política y la paz social... (Énfasis agregado)

⁴² Véase en este trabajo, el **Esquema 1**: Clasificación de la gobernanza de acuerdo a la direccionalidad del ejercicio del poder.

⁴³ Reformado por el Decreto No. 275-2010 de fecha 13 de enero del 2011 y publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 32,425 de fecha 25 de enero del 2011. ratificado por Decreto 3-2011 de fecha 17 de febrero de 2011 y publicado en el Diario Oficial La Gaceta No.32, 460 de fecha 7 de marzo del 2011.

El mismo exprime el reconocimiento y establece la participación de las fuerzas sociales en la conformación de voluntad, de la toma de decisiones y el control del poder, indicando claramente la recepción del paradigma de la soberanía estatal constitucional, deviniendo en una vinculación de la administración pública a una legalidad no predeterminada, sino delimitada, pudiendo hacer todo lo que la constitución permite y una ley le oriente para seguir sus propios fines. Actividad sujeta a la legitimidad. De este modo al establecer la LAPP, el RLAAP, LP, LCE y los demás cuerpos normativos del derecho público, medios alternativos de resolución de conflictos, los mismos son parte de la política constitucional del Estado de Honduras, cuyo texto constitucional establece una soberanía constitucional, permitiendo la persecución de los fines de la administración pública por los diversos medios que se justifiquen de acuerdo a las leyes específicas.

4.1.2 La Condición de la Administración Pública Ante los Medios Alternativos de Resolución Heterocompositiva de Conflictos

La administración pública, conforme a la teoría clásica de separación de su actividad en actos de imperio y actos de gestión, puede o no, conforme use sus potestades, asumir una condición; (1) **Propia**; Cuando investida de sus facultades de imperio es parte en el arbitraje; (2) **Impropia**; Equiparados a un particular, sometándose a la legislación privada general; (3) **Activa**; por mandato de ley, se reviste de facultades arbitrales, decidiendo sobre asuntos sometidos por particulares ante ella, como el arbitraje institucional público de consumo, contenido en la Ley de Protección al Consumidor (decreto N° 24-08, de 2008). (4) **Revisora**; es parte en un arbitraje, que por ley, tiene como objeto pretensiones impugnatorias y su solución indemnizatoria. Sustituyendo el proceso administrativo por un arbitraje. (Cf. GASNELL ACUÑA, 2015; HIJELMO, 2015).

Atendiendo estos criterios, el arbitraje mismo, cambia de enfoque, para Hijelmo (2015), cuando la administración asume una condición propia, el arbitraje será (1) **Administrativo en Sentido Estricto**; la administración en su función de tutela de un interés público se somete al arbitraje ajeno para dirimirlo, sometiendo totalmente su actuación. (2) **Administrativo Privado**; regulado por la Ley con carácter general como cualquier otro operador jurídico, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la doctrina de los actos administrativos separables del fondo privado del asunto. (3) **Administrativo Recursivo**: por ser de contenido revisor, no dista mucho del arbitraje administrativo privado, porque, aunque puede contener un trazo de control de legalidad de la actividad administrativa, la pretensión es únicamente impugnativa, pretende

el cumplimiento objetivo de la ley, como sucede en la justicia penal. En ese sentido, la administración no se ve revestida de potestad arbitral. (4) **Administrativo Cuasi-jurisdiccional:** En su posición activa, la administración no ruega justicia, imparte justicia, determinando el derecho sobre los asuntos sometidos a ella para dirimirlos. Asuntos en los cuales puede tener interés, pero salva su imparcialidad, aplicando la dependencia jerárquica de la administración parte, cuando, actúa como procurador de justicia.

Para el caso, es necesario identificar, en la normativa hondureña, el tipo de condición asignada a la administración cuando dirime sus conflictos mediante arbitraje, de acuerdo a la LAPP, se encuentra agrupado en su artículo 35, que establece el arbitraje obligatorio, en los siguientes términos:

Los conflictos que surjan de las solicitudes de la Alianza Publico Privada (APP), iniciadas por particulares, así como los procesos de adjudicación de la Alianza Publico Privada (APP) y las asociaciones de este tipo que se aprueben, incluyendo los procesos de adjudicación se sujetan obligatoriamente al Procedimiento de Arbitraje, bajo las reglas que se señalen al efecto en el Pliego de Condiciones.

De la redacción del artículo en cuestión, se desprenden tres tipos de conflictos, de;

(1) **Preparación;** derivados de las solicitudes de los particulares, consistentes, especialmente por la admisión de la solicitud y la declaración de interés público del proyecto, implicando la conveniencia y la oportunidad de llevarlo a cabo⁴⁴, y sus trámites hasta antes de iniciar el proceso adjudicatario.

(2) **Adjudicación:** Estos se derivan del procedimiento de adjudicación, los cuales comienzan, técnicamente, desde la publicación del pliego de condiciones, es decir del llamado público de ofertas, o la publicación para manifestación de interés por otros particulares, incluido, pese a su peculiaridad propia, la adjudicación directa, que procede a favor del promotor, que oferta y no encuentra concurrencia, competencia.

(3) **Contrato:** La ley no lo expresa taxativamente, sin embargo cuando se hace coincidir los siguientes fragmentos “Los conflictos que surjan de [...] las asociaciones de este tipo que se aprueben...”, del artículo supra citado, se devela, que el único conflicto, que puede encontrar

⁴⁴ Véase en este trabajo el apartado 3.3.1 El surgimiento de los actores, sección C) modos de participación y la declaración de interés público de la propuesta; El control de la agenda.

la administración con estas asociaciones son las derivadas del vínculo entre ellas, pues la relación de estas y los usuarios, está regulada por la normativa consumerista, y las leyes administrativas le son inaplicables después de su aprobación según la Ley de Optimización del Administración Pública (LOAP). Recuérdese que el vínculo entre las asociaciones y la administración pública es de tipo contractual, por lo tanto, los conflicto derivados serán de la misma índole.

Entre estos conflictos, por haber sido abordados ampliamente en este trabajo, se identifica claramente que los conflictos derivados de la **Preparación**, al ejercerse la discrecionalidad, constituyen facultades de autoridad, o imperio, están sometidas al control de legitimidad y juridicidad, y no únicamente a la legalidad; estos conflictos convierten el arbitraje respectivo, en un **Arbitraje Administrativo Estricto**, con una administración en condición propia.

Por su parte los **conflictos de naturaleza Contractual**, por tener, en palabras de Bobbio (1989) como institutos principales de la relación la propiedad y el contrato, configuran un **Arbitraje Administrativo Privado**, idéntico al ya regulado por la LCA vigente, razón por la cual, la actividad reguladora, que ejerce la Superintendencia de las Asociaciones Público Privadas, escapa de la arbitrabilidad. La inarbitrabilidad de la materia reguladora, se justifica, además, por estar la Superintendencia fuera del microsistema de la administración pública adjunta, como establecido en los capítulos anteriores, especialmente la sección 3.3.2.1 El gobierno de la red, que la dependencia en cuestión está adscrita al Tribunal Superior de Cuentas, y que bajo ninguna hipótesis, la LAAP cambia ni la finalidad ni los límites, permaneciendo fuera del microsistema, siendo inaplicables los principios estudiados en este trabajo, no aplicándole la arbitrabilidad establecida en la LAAP. Incluyendo en esta excepción la responsabilidad de los terceros en administración de recursos públicos⁴⁵.

La resolución de conflictos derivados del proceso **de Adjudicación**, se encuentra especificado en el RLAAP, contenido en su artículo 26, que en sus partes más relevantes al tema de los conflictos establece que:

a) La adjudicación del contrato es impugnabile, por los postores que hayan presentado una oferta económica válida, siendo inadmisibles las razones técnicas para impugnar.

⁴⁵ Véase en este trabajo la sección 2,3,2 La responsabilidad sobre la actuación administrativa, capítulo I.

b) La intención de impugnar, se hará constar en el acta respectiva, y formalizarse dentro de 5 días calendario ante la Secretaría Ejecutiva de COALIANZA, la cual debe resolver en el plazo indicado en el pliego de condiciones.

c) La resolución emitida por la Secretaría Ejecutiva, puede ser apelada ante la Comisión, en el plazo de 10 días calendario.

d) La revisión externa de la apelación, será recurrida mediante arbitraje, bajo las reglas y condiciones expresadas en el pliego de condiciones. Este arbitraje, tiene como único objetivo, la revisión del proceso objeto de impugnación y resolver sobre los daños causados al recurrente.

Se establece un procedimiento administrativo interno, como medio de resolución de conflictos y control, el cual, asemejándose siguiendo las líneas generales de la justicia administrativa, establece un control externo, el arbitraje, el cual es sustituto del proceso judicial. Con esto, configura **un arbitraje administrativo recursivo**, ampliado por el RLAPP, por lo que, en lo que se relacione a aspectos de imperio, debe seguir las mismas líneas del arbitraje administrativo estricto.

4.1.3 Las características del arbitraje administrativo estricto

Según lo expuesto, el arbitraje administrativo privado, debido a su materia en conflicto, no tiene ninguna diferencia con el arbitraje privado, y el arbitraje administrativo recursivo, con su materia limitada a una revisión objetiva, posterior a una autotutela, no presenta mayor dificultad de compatibilidad con el arbitraje estricto. El arbitraje administrativo estricto se muestra incompatible con el arbitraje privado, llamado el primero, por Bustillo Bolado (2015), el arbitraje administrativo de “verdad”, un verdadero mecanismo extrajudicial, equivalente plenamente a la heterotutela judicial.

En el arbitraje administrativo estricto, es inevitable, que la idea de la disponibilidad salga del foco, así, la doctrina recoge, las principales características de este tipo de arbitraje, centrándose en la disponibilidad y en la necesidad de satisfacer la legitimidad, legalidad y juridicidad de la resolución obtenida. Las principales características son (Cf. HIJELMO, 2015; BUSTILLO BOLADO; 1999; GARCÍA PÉREZ, 2011).

A) **Establecido por ley**; Como ha sido establecido, la relación de soberanía-voluntad-legalidad, demanda que para que la administración sea parte en un arbitraje, sea permitido por la constitución –como de hecho la CH lo hace, y establecido por una ley. No obstante, no basta, simplemente la existencia de la ley, para considerar una materia disponible, es necesario, todavía, en aras de la coherencia sistémica, delimitarla, como sigue;

B) **Sobre materias negociables**⁴⁶; La doctrina administrativista siempre ha diferenciado entre la actividad administrativa reglada y discrecional, en otras palabras, la voluntad prevalida y la que concede un margen de elección a la administración. En la reglada, se entiende que legalmente se ha decidido sobre el asunto, valorado el interés público previamente, y la administración funciona como verificadora, por esta razón escapa a la arbitrabilidad. El punto central es la voluntad, al estar pre valorada, no corresponde a la administración determinarla, así, una ley, no puede otorgarle una negociabilidad-arbitrabilidad, que previamente le ha retirado.

C) **Útil y técnicamente bueno**; Debe ser estructurado de tal forma que permita el aprovechamiento de las características que han llevado al derecho administrativo a incorporar esta figura privada. Entre estas; *Confianza*, con un órgano arbitral colegiado, imparcial, profesional y de conocimiento interdisciplinar público-privado; *Flexibilidad*: un procedimiento arbitral sencillo, claro y rápido.

D) **Revisable judicialmente**; Es una exigencia constitucional que no se prive al poder judicial, bajo ninguna hipótesis, de la posibilidad de revisar el proceso arbitral y el laudo. Esto en base al principio constitucional de indisponibilidad de funciones, debiendo ser la revisión, a lo mínimo, de forma.

C) **Con las garantías necesarias**; Se debe garantizar a los administrados sus derechos inherentes frente a la administración pública, los tendientes a proteger su dignidad humana. Entiéndase “dignidad” desde una perspectiva lexicográfica como la calidad de algo o alguien para ser considerado con algún atributo especial o superior, en el caso que se estudia, calidad de humano. Es decir, las garantías inherentes de los administrados son aquellos instrumentos necesarios para hacer efectivos o reclamar efectividad de sus atributos humanos, que no son otra cosa, que los positivados en los derechos fundamentales, resumibles en libertad, autonomía y solidaridad o reconocimiento de los atributos en los demás iguales⁴⁷. En concreto las garantías frente al Estado y la administración pública en especial son: Derecho de petición, a ser oído, a que se considere la petición en ponderación de intereses particulares y públicos acordes con la voluntad soberana, y obtener una primera decisión no absoluta, controlable, es decir de acuerdo

⁴⁶ Véase en este trabajo la sección 2.2.5.1 El Nuevo Plano Jurídico-Administrativo, literal A) Actos plurilaterales

⁴⁷ Para una visión complementaria de la dignidad de la persona humana desde la perspectiva de la triada de los atributos humanos; Libertad, Autonomía y Solidaridad, considérese la teoría del humanismo cristiano alemán abordada por Gustavo Zagrebelsky (2005), además considérese la división de los derechos fundamentales en derechos de libertad, voluntad y derechos sociales elaborada por Luigi Ferrajoli (Cf. PINO, 2009).

a la legitimidad, legalidad y juridicidad, además de los conceptos que los efectivizan, como el control de legalidad y la restauración de la misma.

4.2 Un Arbitraje Administrativo Estricto sin Ley que lo Regule; La Búsqueda de las Garantías Exigidas

Las exigencias propias del derecho público, hacen inaplicable, así sin más la ley de arbitraje privado. La actividad administrativa discrecional, emplea mecanismos de macro-dirección y configuración social, es decir el intervencionismo del que habla Fix-Zamudio (2007), afectando de este modo pluralidad de intereses y relaciones. En el ordenamiento hondureño, sin duda, se presenta un problema de completitud del ordenamiento, por el hecho de no existir una ley especial que regule el arbitraje administrativo estricto, pues la LCA corresponde al ámbito exclusivamente privado, contraponiéndose, además a la base principiológica y conceptual de uno y otro ámbito, un problema de antinomias y lagunas, debiendo armonizarse con el ámbito público, para ser aplicable a la administración.

Ante la gama de conflictos derivados de la LAPP, es válido, plantear cuál es la importancia de la colmatación de estas lagunas y la resolución de las posibles antinomias, siendo que representa apenas una tercera parte de los conflictos, consistentes, además, en una decisión única, discrecional. La respuesta se encuentra en los principios de gobierno relacional, concretamente, las redes de gobernanza, puede ser que el conflicto parezca restringido, sin embargo, al momento de reconocerles a los múltiples actores, su participación, estos se vuelven legítimamente interesados, volviendo el conflicto exponencial y en cadena. Sin hablar de la obligación del Estado de controlar la administración pública.

4.2.1 La reducción de las lagunas a antinomias; Conflicto entre una norma general exclusiva y una norma general inclusiva

Una norma es una disposición de conducta del individuo, que le dicta como actuar en pro de una finalidad, empero pueda existir una norma que determina esa finalidad y objetivo, que no dicta como actuar en esa determinada situación, se está, entonces, frente a una laguna. Según Diniz (2009) la fuente de las lagunas es la movilidad y temporalidad del sistema, las que según Kelsen (2000), y Ascensão (2005) deben ser colmatadas por el aplicador del derecho, como exigencia constitucional de la tutela efectiva, de la valoración del ordenamiento frente a una conducta determinada.

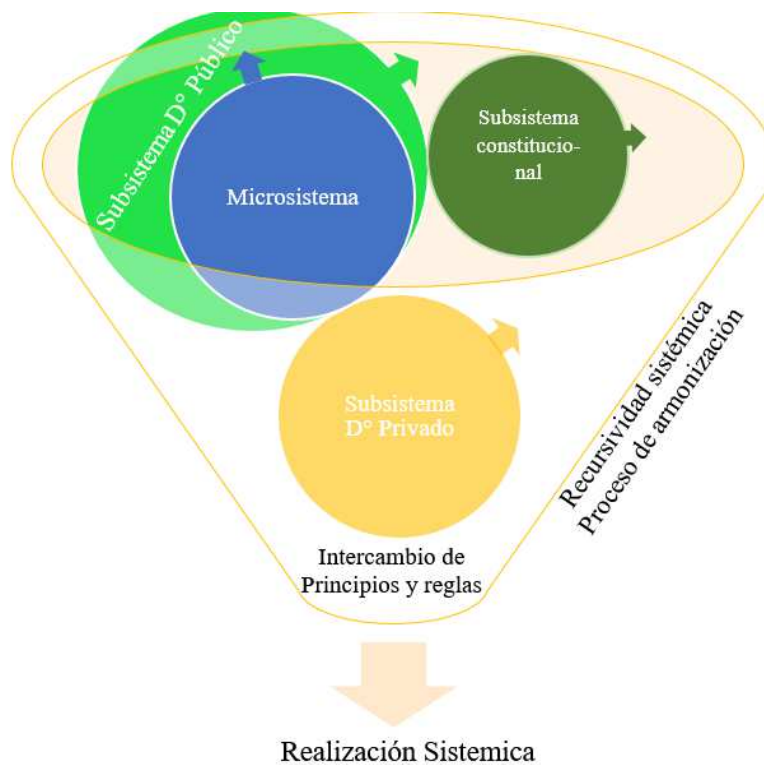
Para Dantas (2005) al lado de toda norma que regula un comportamiento especial, siempre existirá otra de carácter general, que regulará, todo y cualquier comportamiento excluido del alcance de la norma especial. Así las cosas, para Dantas, las lagunas (falta de regulación expresa) se colmatan buscando en el sistema una norma que regule una conducta similar, para aplicarla por tener un objetivo perseguido similar, por ser análoga. En caso de normas remisivas, como las que mandan la supletoriedad y la subsidiariedad, se deben buscar reglas en las normas vinculadas. En otro caso se puede buscar en el sistema criterios orientadores, principios generales, y aplicarlos como normas por ser el fundamento del mismísimo sistema, como último recurso, se deben buscar esos criterios fuera del sistema jurídico, mediante una heterointegración.

De las soluciones anteriores de colmatación, salta a la vista, por haber sido tratada en el recorrer de este trabajo, la LCA, que finalmente contiene ese objetivo de ser un medio alternativo de resolución de conflictos, colmatándose de este modo la laguna, que resultó ser homocompositiva. Por otro lado, si bien el objetivo es el mismo, la finalidad dista mucho, por pertenecer al subsistema del derecho privado, presentando, después de una deducción correcta de lo que establece cada una, basada en premisas, que resultan en contradicción, es decir una antinomia (FERRÁZ JÚNIOR, 2003), Para Bobbio (1997) una norma que regula todos los casos parecidos de manera análoga, empero los regula de manera opuesta a los principios de otra norma general de la cual depende la norma particular lagunosa, se conoce como norma general exclusiva opuesta a la norma general inclusiva respectivamente. Así, la colmatación, reduce la laguna a antinomia, debiéndose solucionar las contradicciones, en el mismo sentido, para Juarez Freitas (2004), las lagunas, desde una interpretación sistemática del derecho, cuando colmatadas con normas de diferentes escalón sistémico, se traducen en antinomias entre una norma general inclusiva y una norma general exclusiva.

La resolución de las antinomias, depende de la concepción de ordenamiento y sistema que se considere, se pueden agrupar en tres posiciones, los que tienen un enfoque, (a) **Unisistémico** son los que consideran el derecho como un conjunto de normas, entre ellos Canaris (1989), Kelsen (2000), Ferráz Júnior (2003) y Bobbio (1989); Los que tienen un enfoque (b) **Multisistémico dialógico**, más contemporáneo, con una visión problemática, consideran el ordenamiento como un sistema de procesamiento de varias lógicas, pensamientos, elaboración de Jayme (1995) y Lima Márquez (2014). (c) **Tópico sistémico**; Concepción de sistema propuesta por Juarez Freitas (2004) como una red axiológica y jerarquizada de principios, reglas y valores jurídicos.

La diferencia entre uno y otro enfoque radica en la solución que presentan, el unisistémico se apoya de los criterios lógicos de (1) **Cronología**, (2) **Especialidad** y (3) **Jerarquía Normativa**, (4) **Inter Criterios** abordados ampliamente por Bobbio (1989), el problemático, se apoya de los criterios relacionales, desarrollados ampliamente por Lima Márquez (2014), consistente en; (1) **Coherencia Sistémica**: trayendo la base conceptual de la legislación general para la especial, (2) **Complementariedad Sistémica** mediante el uso de reglas y principios para la solución del caso concreto, de ambas legislaciones, y finalmente (3) **Coordinación y adaptación Sistémica** utilizando las experiencias jurisprudenciales y doctrinales de ambas legislaciones. En forma gráfica este proceso puede representarse de la siguiente manera:

Esquema 5- Aplicación dialógica del derecho⁴⁸.



Fuente: Elaboración nuestra

La doctrina resalta, que los criterios relacionales, al contrario de los lógicos, no se basan en una escogencia entre dos normas, otorgando primacía a una sobre otra, sino, de la coexistencia normativa, que permita la plena consecución de la finalidad sistémica. Juarez Freitas (2004) debate que una solución multisistémica no sea una preferencia, pues al final de

⁴⁸ Compárese con el **Diagrama 2-** Sistemas, subsistemas y microsistemas.

cuentas resulta en la ponderación de finalidades, lo cual inevitablemente lleva a dar mayor peso a una de las dos, a un principio sobre el otro. Se explica la posición Juárez Freitas debido a su concepción de sistema como una red axiológica, en contraposición de la concepción de sistema como un procedimiento de Jayme y Lima Marques.

Contraposición entre ambos enfoques que es solo aparente, pues los resultados son los mismos, procurar el cumplimiento de la finalidad del sistema jurídico general. Es decir la posición multisistémica aborda la realización del sistema, el procedimiento que lleva hasta al acto o hecho jurídico último, producto de la voluntad, y la posición tópico-sistémica aborda el producto de aquel proceso, la concretización, en otras palabras el contenido de los actos o hechos producidos. Abordaje que se conoce en la teoría de los sistemas lógicos⁴⁹ como *test desktop*, consistente en el análisis de los resultados del proceso para corroborar el funcionamiento del sistema evaluado. En conclusión el enfoque multisistémico y el tópico-sistémica son dos caras de la misma moneda; la realización axiológica del sistema⁵⁰ mediante la armonización.

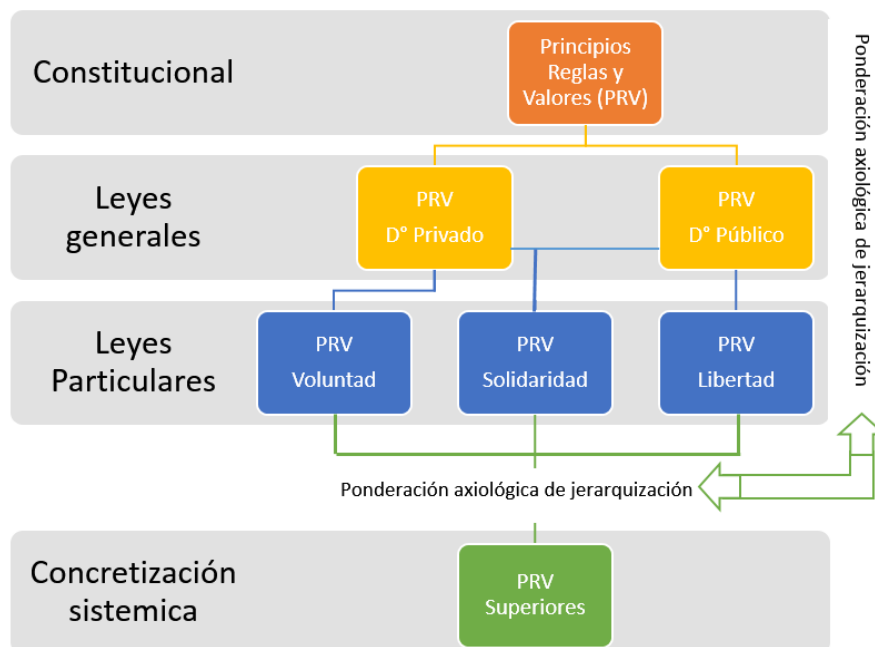
En este contexto, la propuesta de Juárez de Freitas (2004) para superar las antinomias es; Ampliar los criterios de los operadores lógicos, propios del pensamiento unisistémico, e incluir un meta criterio de carácter multisistémico, el jerárquico axiológico, atinente a conflictos entre principios, es decir entre la finalidad de una norma y otra, aparentemente contradictoria. Los criterios propuestos son jerarquizadores, entre ellos; (1) **Jerarquización axiológica**, consistente en la comprensión actual de los fines valorativos de una y otra norma, de tal forma que se jerarquice en un contexto histórico finalístico, una de las finalidades, considerándola superior. (2) **Concretización de la sistematización**; aplicando el principio constitucional de unidad, es decir, la búsqueda del intérprete de una pre comprensión, vinculada al problema concreto, mediante el estudio de los principios y reglas constitucionales, desarrollados en las normas conflictuantes. Llevando a una discriminación de reglas efectiva finalísticamente. (3) **Relación, coordinación y valoración del conocimiento empírico**, de los puntos de vista

⁴⁹ Para mayores detalles de los sistemas lógicos, véase en este trabajo la sección 3.1 Sistemas, subsistemas y microsistemas

⁵⁰ Hipótesis reforzada cuando se valora el marco semántico usado por los autores citados, el pensamiento Multisistémico Dialógico, popularizado como el método del “Diálogo de las Fuentes” se basa en la dialógica o el diálogo entre dos pensamientos o lógicas, por su lado el Tópico Sistémico se basa en la Tópica aristotélica que se basa en la dialéctica, que casualmente hacía referencia a la técnica de la conversación o del diálogo. En definitiva los resultados de ambos enfoques es la armonización axiológica de los elementos sistémicos para salvaguardar la unidad sistémica del derecho.

doctrinales y jurisprudenciales existentes, que deberían llevar a la solución del conflicto. La interpretación Tópica del derecho se puede representar gráficamente de la siguiente manera:

Esquema 6- Interpretación Tópica del derecho



Fuente: Elaboración nuestra

Del contenido de cada criterio se aprecia una semejanza concordante, suplementar por cuanto una enriquece la otra, entre los criterios relacionales y los jerarquizadores respectivamente enumerados. Aplicados, ambos, de la siguiente manera:

4.2.1.1 Coherencia Sistémica y/o Jerarquización axiológica; La base conceptual actual de la autotutela y la heterotutela en la LPA y la LJCA

Una composición normativa inter (micro) sistémica, en vías de superar contradicciones, dice respecto a la identificación de los aspectos del sistema principal, de los cuales no se puede prescindir sin que se deje cumplir con su finalidad, debiendo exportarse al sistema auxiliar, es este caso los aspectos del derecho público en general y el derecho administrativo en particular, contenidos en la LPA y la LJCA, que deben ser incorporados a la LCA, como norma integrante del subsistema auxiliar, el derecho privado, que permita cumplir con la finalidad establecida en el microsistema administrativo de la LAPP y el RLAPP. Estos son los siguientes:

1) **Legitimación de actuación:** Para Jayme (2000) la diferencia entre la realización del derecho, la tutela jurídica, administrativa y la civil o común, es que esta última tutela los

derechos subjetivos, y la administrativa, además, tutela, los intereses legítimos. El derecho subjetivo dice respecto a la potestad de hacer, permitir o dejar hacer de una persona sobre sus derechos, lo que resulta en la obligación de otra de dar, hacer o permitir. En cambio, el interés legítimo, dice respecto a una obligación de la administración de cumplir el ordenamiento, sin que llegue a existir una obligación de dar, hacer o dejar hacer.

La jurisprudencia Mexicana, hasta antes de 1999, consideraba que era necesario únicamente que el individuo se considerará afectado en sus intereses jurídicos para considerarse legitimado⁵¹, equiparando el interés legítimo a derecho difuso. Con el desarrollo de las teorías de los derechos difusos y sus medios de tutela en el derecho administrativo como la acción – pública– popular, presente en países como México, Colombia y Brasil –ausente en el ordenamiento Hondureño, en las cuales no es necesario el interés legítimo, sino el simple derecho difuso, se limita el concepto de interés legítimo al interés individual, personal o colectivo (“Semanao Judicial de la Federación.”, 2002). La legislación hondureña no profunda sobre la definición, sin embargo la doctrina, recogida por Orellana (2013, p. 121) lo caracteriza como:

La posición que surge a favor de ciertos administrados, merced a la especial y particular situación de hecho en que se encuentran respecto de los demás, para exigir que las potestades de la Administración sean ejercidas observando las normas que regulan su ejercicio, puesto que de tal observancia o inobservancia pueden resultar beneficiados o perjudicados de modo particular con relación a los demás administrados, pudiendo, en caso de que se ejerzan en violación de éstas normas, impugnar los actos en los que aquellas se materialicen.

Con el establecimiento de redes de actores⁵², se amplían exponencialmente los sujetos legitimados, pues califican los actores promotores, y los que configuran las redes, como los que se envuelven en la articulación, entre ellos los que ven sus recursos en intercambio, salvando la participación de los coadyuvantes. Cualquier valoración opuesta, iría en contra de los principios democráticos del gobierno relacional, volviendo la relación ilegítima, pues la influencia formal ejercida por los actores, es un mecanismo de control, que de no poder tutelarse, perdería su calidad de medio de control de la administración pública y de derecho democrático.

2) **Sistema de acceso:** La tutela se refiere al mantenimiento y la defensa del ordenamiento frente a una actividad determinada, siguiendo la tripartición de la actividad administrativa;

⁵¹Véase en este trabajo la sección 2.2.1 Las características de la nueva gobernanza; El gobierno relacional.

⁵² Véase en este trabajo la sección 3.3.1 El surgimiento de los actores.

hechos, actos y negocios, resulta que los negocios al concretizarse en contratos, para los fines de control y justicia administrativa, se equiparan a los actos estrictos. En este sentido, el acceso a la tutela se puede centrar, en el acto administrativo, o desvincularse a él, es decir el sistema de acceso puede ser objetivo o subjetivo, dependiendo si se necesita o no un acto para pedir la tutela. Para Gasnell Acuña (2015, p. 47)

[...] un elemento común en las leyes de procedimiento administrativo latinoamericanas, es que hay una tendencia a plasmar el concepto de acto administrativo en su articulado [...], lo que puede obedecer por una parte a que estas leyes, no solamente buscan dotar a la Administración de un procedimiento común que sirva de guía a la misma para ordenar el actuar de la Administración ante la falta de procedimientos especiales, sino que además persiguen convertirse en instrumentos que garanticen mayor seguridad jurídica en las relaciones entre la Administración y los particulares, en la constante pugna entre la -satisfacción del interés público y la posible vulneración de los derechos ciudadanos a través de su conducta administrativa.

Según el autor, eso justifica los sistemas de acceso a la tutela, decurrente de la actividad administrativa, prominentemente objetivos, en la mayoría de la región latinoamericana, con excepciones más emblemáticas, como; Brasil en el sur, y Costa Rica en el centro. Los sistemas de tutela administrativa subjetiva, presentan por lo menos tres características; (1) *Un control de amplio espectro*; incluyendo acciones, omisiones, conductas y relaciones jurídicas, incluso las realizadas por particulares regidas por el ordenamiento administrativo. Así como la existencia, inexistencia y contenido de estas relaciones. (2) *Agotamiento facultativo de la vía administrativa*; por considerarse contrario a la igualdad de las relaciones, pronta justicia, y al control de legalidad. (3) *Pretensiones de amplio espectro*; destacando entre ellas, las pretensiones de fijación de los límites de la potestad administrativa y las pretensiones administrativas preventivas, de abstención de la administración pública (JINESTA, 2013, passim).

Por su parte los sistemas objetivos, por el hecho de requerir un acto administrativo para el acceso a la tutela, pues no son de amplio espectro, plantean, en el derecho administrativo, algunos problemas; pues al tutelar intereses legítimos y derechos subjetivos, para los cuales permite únicamente pretensiones revisoras del acto, y declaraciones de situaciones jurídicas

individualizadas⁵³, correspondientes al control y a la conflictividad, los cuales no siempre se basan sobre un acto. Además ese acto no siempre es revisable, pues esta característica únicamente corresponde a aquellos que declaran, limitan o restringen los derechos de los administrados, siendo todos los otros actos, en los sistemas objetivos revisores, actos colectivos complejos, que se reputan como uno solo contenidos en el acto final de reconocimiento, limitación o restricción de derechos.

La LJCA en su artículo 34, reformado por la LOAP, subordina las pretensiones sobre situaciones jurídicas a las pretensiones revisoras, apartando la tutela de los hechos administrativos. Así, el problema es doble en el sistema objetivo; (1) Conducir toda conducta administrativa a un acto, que de acceso a la heterotutela, (2) Regular la inactividad administrativa propiamente dicha, para conducirla obligatoriamente a un acto; las soluciones legislativas, han sido; a) Un procedimiento administrativo obligatorio –autotutela⁵⁴, expresado en el artículo 28 y el 33, referente al objeto del juicio, y destacado por el artículo 146, que, incluso manda la autotutela obligatoria, en materia de derecho privado mediante el llamado reclamo administrativo. b) Atribuirle presuntamente, el carácter de acto afirmativo al silencio administrativo, contenido en los artículos 28, 29, y 29 A y B, apartado de la LPA dedicado a los actos presuntos.

Ante la inexistencia de un procedimiento de autotutela para los conflictos derivados de los actos preparatorios, que conste en la LAAP, se tienen dos opciones, primeramente, la posibilidad de ser regulado por el RLAPP, y mientras no se realice, COALIANZA o quien resuelva la solicitud, debe aplicar la LPA para colmar la laguna, pues la restricción de aplicación de leyes administrativas a los entes privados auxiliares de la administración pública, es exclusivamente para después de su aprobación, no cabiendo en los actos preparatorios. Estas opciones son preferentes, ante cualquier solución de colmatación existente.

⁵³ La LJCA en sus artículos 33 y 34, establecen las pretensiones, entre ellas las revisoras y la declaración de una situación jurídica individualizada, sin profundar sobre la definición de situación jurídica individualizada, La profesora Fabiola Lathrop (2007), los resume de la siguiente manera: “*Situaciones jurídicas activas*: son; el derecho subjetivo, la potestad, la facultad, la expectativa, la cualidad jurídica, el estado o [status]” y “*Situaciones jurídicas pasivas*: son; la deuda o situación de obligado, el deber genérico de abstención, la sujeción, la carga, la responsabilidad y la garantía.”

⁵⁴ Ténganse presente las excepciones abordadas en este trabajo y contenidas en el artículo 28 de la LJCA.

4.2.1.2 Complementariedad Sistémica y/o Concretización de la Sistematización

La complementariedad sistémica se refiere a un proceso de colmatación de lagunas. A diferencia, de la simple complementariedad y subsidiariedad, no se trata de aplicación de reglas de una ley para cubrir vacíos o aprovechar ampliaciones de la otra ley, sino también de los principios vinculados. En la simple complementariedad, se usa la regla de norma auxiliar y se aplica bajo los principios de la norma principal –la norma lagunosa, como suelen expresarlo las normas remisivas que indican este método de colmatación, para ejemplo, el artículo 149 de la LPA reza:

Para la resolución de cuestiones no previstas expresamente en esta Ley, serán de aplicación supletoria los principios generales del procedimiento administrativo y, en su defecto, las normas del Código Procesal Civil⁵⁵, **siempre que no fueren, incompatibles con el régimen establecido por la misma** [esta ley]. (Negrita agregada)

A diferencia del ejemplo, la complementariedad sistémica, implica la aplicación de reglas, bajo ambos principios, los de la legislación principal y la auxiliar, dando lugar a principios *sui generis* que orienta la aplicación de la regla. En el caso del subsistema administrativo hondureño en cuestión, se identifica la siguiente laguna:

A) **Sobre el tribunal arbitral**: El arbitraje instituido en la LAAP en su artículo 35, es de carácter legal y obligatorio, sirviendo como único medio de solución de conflictos decurrentes de las solicitudes de APP por particulares. Sin embargo, manda que las reglas del mismo, deben ser establecidas en el pliego de condiciones, aplicable para los conflictos de contratación y los contractuales, en los cuales, el *gate keeper*, COALIANZA, interviene de forma activa. Diferente es el caso, de las solicitudes, donde COALIANZA o las municipalidades, asumen una intervención pasiva, es decir, ante provocación, por lo cual, no hay un “pliego de condiciones”, entre comillas, porque es un concepto del derecho administrativo contractual. Se justifica que la intervención del *gate keeper* sea así, en desenvolvimiento del principio de espontaneidad de los actores en el gobierno relacional,

⁵⁵ El texto original remite al Código De Procedimientos Civiles de 1906, derogado y sustituido por el Código Procesal Civil de 2006, que manda ser aplicado en todos los casos, donde se remitía al derogado Código De Procedimientos Civiles.

expresado por estos en la incidencia, resistencia y disidencia, lo que es lo mismo exigencia de cambio, oposición y proposición de alternativas⁵⁶.

Ante esta situación, la LAAP contiene una vez más una laguna respecto a la definición de las reglas arbitrales, colmatada, cómo abordado, por la LCA. La definición de las reglas arbitrales, se encuentra regulada en la LCA, en sus capítulos, III sobre los árbitros, y el IV del procedimiento arbitral. Las reglas de arbitraje dicen respecto de la determinación entre las partes, de: Quien será el árbitro, o la delegación a un tercero de la designación, es decir si será *ad hoc*, o institucional respectivamente. Además, de las reglas procedimentales, y el derecho aplicable.

Sobre el tipo de arbitraje, como expresado en la sección anterior y en aplicación del principio de horizontalidad del gobierno relacional, es una exigencia democrática y del derecho público, que sea institucional y colegiado, esto desde una perspectiva doctrinal, a ser considerada por COALIANZA, la perspectiva normativa se desarrolla más adelante. Sobre el derecho aplicable, por llevar aparejada la conflictividad, el control de legalidad, reforzado por la tutela del interés legítimo, no existe otra naturaleza de arbitraje que se justifique, más que el arbitraje de derecho, aplicando el derecho hondureño que continente la voluntad del soberano, descartándose el arbitraje de equidad y el técnico, contenidos en el artículo 26 de la LCA. Las reglas procedimentales, además de los principios de la LCA deben respetar los principios de la LPA y la LJCA, señalados en la sección que antecede, cabiendo la aplicación del procedimiento supletorio establecido en la LCA.

Así las cosas, el problema subsistente es, la determinación de los árbitros, como nombrarlos, siendo que COALIANZA no tiene una intervención previa a la solicitud, una vez más, la respuesta, se relaciona con los conceptos básicos de la LPA y la LJCA exportados a la LCA, así el nombramiento de árbitros tiene dos vías:

1) **Vía de autotutela y/o a instancia de parte interesada:** La LAAP establece una potestad unilateral de COALIANZA y las municipalidades de nombrar los árbitros, como se evidencia en el artículo 35 supra citado, por lo tanto bajo la coherencia sistémica, es un principio subsistente de la LAAP aplicable a la LCA. En este orden de ideas, y de la necesidad de autotutela previa al arbitraje, el interesado, debe solicitar de forma subsidiaria que COALIANZA proceda a denominar la institución arbitral que se hará cargo del arbitraje, en su

⁵⁶ Véase en este trabajo la sección 3.3.1 El surgimiento de los actores; del movimiento social a la organización social; de la expectativa a la actuación.

defecto, COALIANZA puede, en el acto resolutorio de la solicitud, designar la institución donde el interesado pueda hacer valer sus derechos subjetivos e intereses legítimos.

2) **Vía supletoria legal:** En defecto del establecimiento en vía de autotutela o pretenciosa, cabe al interesado, hacer uso del procedimiento supletorio a la voluntad de las partes –en este caso de COALIANZA– establecido en la LCA, de acuerdo al artículo 42 que establece:

NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS. Las partes podrán designar los árbitros de manera directa y de común acuerdo o delegar en un tercero, persona natural o jurídica, la designación parcial o total de los árbitros. A falta de acuerdo de las partes de no-designación de los mismos por el tercero o terceros delegados, los árbitros serán designados por la institución arbitral que corresponda, cuando se trate de arbitraje institucional, o por cualquiera de las instituciones arbitrales que estuviere legalmente establecida en el lugar del domicilio donde habrá de llevarse el arbitraje, a solicitud de cualquiera de las partes.

En aplicación de los principios de horizontalidad de del gobierno relacional y de la flexibilidad del arbitraje, el interesado está facultado para que, en caso de no designación en vía de autotutela, encuentre un remedio de designación del (los) árbitro (s). Emergiendo en este caso, el problema de la determinación del lugar, pues se está en el supuesto, que la LAPP no determina mayores detalles, y que el RLAPP no trata del asunto. El artículo 61 de la LCA, referente a suplección legal de la determinación del lugar, establece:

LUGAR DEL ARBITRAJE. Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. Si no está previsto en el convenio arbitral, se estará a lo que dispongan al respecto las reglas de la institución arbitral, cuando el arbitraje fuere institucional, o los árbitros, en los demás casos.

Como se desprende a las normas supletorias a la voluntad de las partes, el legislador hondureño, no ha previsto expresamente, el caso en que solo exista una cláusula compromisoria de arbitraje o su equivalente, sin los requisitos propios de la cláusula arbitral, entre ellas el lugar del arbitraje. De tal forma que ha creado un punto muerto, respecto al lugar, hay prevista una cláusula/norma incompleta donde falte, bien el lugar, o bien la institución o los árbitros, pero no inexistente, donde falten ambos requisitos, volviendo el artículo 35 de la LAPP, una cláusula/norma patológica a primera vista, por no estar en condiciones de producir los efectos deseados.

4.2.1.3 Coordinación y Adaptación Sistémica Mediante la Relación, Coordinación y Valoración del Conocimiento Empírico; Resolución de la patología de la norma/cláusula arbitral.

El objetivo de la norma/cláusula arbitral es servir de (1) compromiso entre las partes, vinculándolas, provocando (2) la sujeción litigiosa, sirviendo de excepción dilatoria ante los tribunales, (3) legitimar el o los árbitros para decidir sobre el asunto sometido a ellos, hasta aquí, se formula el compromiso arbitral, para dotar de eficacia el compromiso, debe existir una (4) cláusula arbitral, que contenga todos los detalles mínimos de legitimidad del proceso arbitral, entre ellos: (a) Lugar o sede, (b) El o los árbitros, en su caso la institución que administrará el arbitraje, o el tercero que lo designará, (c) tipo de arbitraje –determinado anteriormente como de derecho, (d) derecho aplicable, (e) reglas de procedimiento, que al versar sobre la administración pública hondureña, versa sobre la voluntad del soberano hondureño, que no se encuentra contenida sino en el derecho hondureño. Legitimidad mínima para garantizar una sentencia eficaz y efectiva forzosamente, sirviendo de tutela efectiva (EISEMANN, 1974, p. 130).

Analizando el artículo 35 de la LAAP, cumple los objetivos de ser vinculante para las partes, y crea sujeción de acuerdo al artículo 1 de la LJCA, reformado por la LOAP, que establece en su párrafo segundo que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es “no aplicable a los entes, órganos o unidades de la Administración Pública cuyas solicitudes, procesos o adjudicaciones estén sujetos a medios alternativos de resolución de disputas”. Legitimando el artículo 35 de LAAP, a los árbitros, sin embargo antes de hablar de legitimidad de algún sujeto, es necesario identificar o hacer identificable dicho sujeto, problema emergente ante la falta de reglamentación al respecto, aunado al supuesto de falta de pronunciamiento de COALIANZA o quien emita la resolución sobre la solicitud de APP.

Buscando la coordinación y adaptación sistémica en la doctrina y la jurisprudencia referente a ambas normas, administrativas y civiles, se tienen los principios del arbitraje de supletoriedad de la voluntad de las partes, la primera solución es una supletoriedad legislativa, la cual está contenida en la LCA, que referente a la designación de los árbitros plantea el problema de subordinarse la supletoriedad al lugar, y este por su vez a los árbitros, como abordado en la sección anterior. Para el caso, la segunda opción son los mecanismos alternos:

1) **El asentimiento expreso y tácito:** EL artículo 37 de LCA, establece el principio pro arbitraje, determinando los casos en que se presumirá el compromiso arbitral y se considera

asentida la cláusula arbitral, es decir los casos en los cuales la voluntad de las partes se consideran en acuerdo al contenido de la cláusula arbitral presunta. El primer caso es el (a) **asentimiento expreso**, en el cual, a falta de voluntad o por iniciativa de una de las partes, se inicia el proceso arbitral ante árbitros sean o no pre nominados por las partes, la otra parte comparece asintiendo, por otro lado el (b) **asentimiento tácito** opera cuando la otra parte comparece sin objetar nada. Por otro lado el principio administrativo de la buena fe y la confianza legítima, importan a la administración –en el caso que nos ocupa, el deber de subsanar, relativizar y superar cualquier impedimento que implique perjuicio innecesario al administrado (MORENO MOLINA; MASSÓ GARROTE; PLEITE GUADAMILLAS, 2006, p 38), en este caso, una indefensión por carecer de fuero determinado y claro para tutelar sus derechos e intereses legítimos, pudiendo la administración comparecer y asentir por ser un mandato legal someterse a arbitraje.

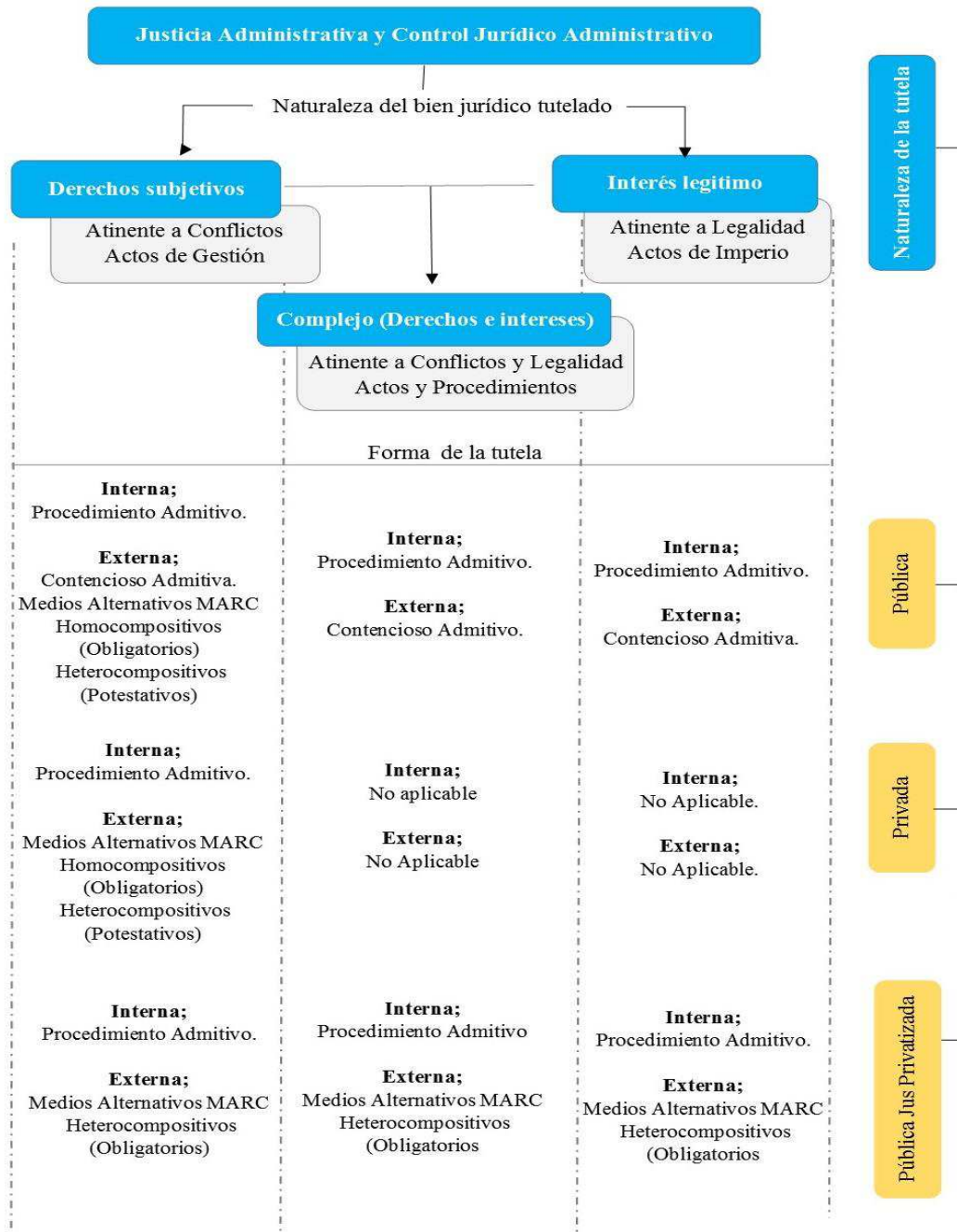
2) **El cumplimiento facultativo de la obligación compromisoria:** En caso de no encontrar otra solución, las partes pueden, acudir al poder judicial para que la otra parte, cumpla su obligación de suscribir una cláusula arbitral, con todos los detalles de legitimación procesal. En algunos países como Brasil, el mecanismo judicial, está previsto en la legislación arbitral, en Honduras no es el caso, pero aplicando la legislación civil, este compromiso califica como obligación prometida de hacer. Sin embargo, antes de profundizar sobre el asunto, es necesario determinar su aplicabilidad bajo los principios del derecho administrativo.

Como supra abordado, el artículo 35 de la LAAP, deja en manos de la administración la determinación del contenido de la cláusula arbitral, a manera de potestad administrativa. Clase de libertad delimitada, que califica como discrecionalidad administrativa, lo que priva al poder judicial de suplir la voluntad de la administración al respecto. En virtud de la separación e indelegabilidad de funciones constitucionales no expresa, el mecanismo judicial es ineficaz para el caso.

Siendo que la precisión de la cláusula arbitral, no cuenta con mecanismos judiciales de determinación, y la suplección legislativa, sólo prevé el sometimiento voluntario de la administración al arbitraje mediante el asentimiento, se concluye que; El arbitraje administrativo estricto, es facultativo y no obligatorio para la administración, en tal caso, ante una recusación de los árbitros instados por una de las partes, o caso contrario, ante la falta de asentimiento sea expreso o tácito de la administración, esta renuncia a su facultad de seguir en arbitraje, rompiendo la sujeción del conflicto al arbitraje, dejándole expedita la vía contenciosa administrativa, para cumplir con la tutela judicial efectiva. De forma gráfica puede

representarse lo atinente a la justicia administrativa y control de la actividad administrativa de la siguiente manera;

Esquema 7- Tutela frente a la actividad administrativa estatal.



Fuente: Elaboración Nuestra

4.2.2 Alcance de la heterotutela arbitral y otros tópicos sobre arbitraje administrativo

Pese al establecimiento de un microsistema administrativo, después del análisis del mismo, se evidencia que este no altera el subsistema de justicia administrativa, debiendo cumplirlo totalmente, incluyendo el alcance de la tutela.

1) **Alcance de la heterotutela:** Pereira Junior (2009) explica que aunque la discrecionalidad administrativa es pasible de control mediante la tutela externa, el control solo dice respecto a la legalidad extensa de la misma, pero nunca al mérito del asunto, es decir, la voluntad administrativa discrecional, no puede ser suplida por el poder judicial. Esto en virtud del principio constitucional de separación de funciones y su indelegabilidad, cabiendo en este caso al poder judicial o a quien realice la heterotutela, limitarse a la revisión de legalidad y nunca a reeditar o sustituir la voluntad administrativa.

Así, la heterotutela tiene como objetivo la efectiva tutela de los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los interesados, incluyendo la revisión de la actividad administrativa, es decir la legalidad de la misma, expresada en la finalidad del microsistema administrativo abordado en este trabajo, analizado y sintetizado en el primer y segundo capítulo, ambos precedentes.

2) **Conflictos derivados de la heterotutela:** En la búsqueda de una sentencia eficaz y ejecutiva forzosamente, la legislación sobre arbitraje permite a las partes establecer el procedimiento que emboque en una sentencia, o en defecto de la voluntad de las partes cuenta con todo un procedimiento para tal efecto. Los principios de imparcialidad de la justicia, y ante la eventual violación de la misma, surge el principio de doble instancia en la heterotutela, como mecanismo revisor del acto judicial o heterocompositivo. Una sentencia de primera instancia, no se vuelve ejecutiva sino hasta consentida por las partes como legítima o hasta confirmada o relegitimada como tal en segunda instancia, en su caso ratificada en revisión suprema (Cf. EISEMANN, 1974; PUPPIO, 2008). Así cabe preguntarse sobre la arbitrabilidad del conflicto derivado de la sentencia o laudo arbitral.

Una vez más, debe buscarse la coordinación sistémica, remitiéndose a lo que establece la LAPP y la LA. La LAAP en su artículo 35, establece expresamente la arbitrabilidad de los conflictos derivados de las solicitudes de los particulares, por otro lado, la LA establece el procedimiento para los conflictos derivados del laudo arbitral, contemplando el recurso de nulidad del mismo. En primer lugar, ambos procesos tienen como objeto dos actos diferentes, por lo que se puede decir que la arbitrabilidad de la materia derivada del laudo no se encuentra

comprendida dentro del artículo 35 de la LAPP. Hipótesis reforzada, por el artículo 73 de LA, que requiere una manifestación de voluntad expresa, o en su defecto, una nueva manifestación sobre el sometimiento del recurso de nulidad a arbitraje. Con lo cual, se cumple además, el requisito doctrinal de revisión judicial del laudo del arbitraje administrativo estricto, como exigencia constitucional del control judicial de la administración, apuntado por Hijelmo (2015).

La LCA, manda que el recurso de nulidad judicial, sea conocido por la corte de apelaciones competente, ante cortes de apelaciones especializada en razón de la materia, cabe preguntarse, si debe conocer la corte civil o la contenciosa administrativa. La limitación de lo contencioso administrativo, sólo opera para aquellas disputas sujetas a arbitraje, de acuerdo al artículo 1 de la LJCA, que no es el caso de los recursos de nulidad. Además el conocimiento por la corte de apelaciones de lo contencioso administrativo, no acarrea procedimientos especiales, pues la LJCA se complementa del CPC, abonando únicamente, el hecho de la especialización de sus magistrados.

2) **Internacionalidad del arbitraje administrativo:** El arbitraje administrativo estricto no presenta mayor problema, pues se entiende que no se puede someter ante soberanía extranjera, actos de la soberanía interna, siendo aceptada –como supra bordado, para actos de soberanía externa. Distinción no clarificada, en el caso del arbitraje administrativo recursivo, que da lugar a confundir la naturaleza del acto sometido a recurso. Por el hecho de ser revisor, claramente el legislador, al excluir las pretensiones de una situación jurídica individualizada, prohíbe a la heterotutela de suplir la voluntad de la administración, calificandolo tácitamente como un acto discrecional, que no puede ser sino un acto de imperio. Por lo tanto la internacionalidad de ambos, es improcedente.

3) **El arbitraje de inversiones:** En relación a la administración pública, se debe recurrir a la separación de identidad jurídica de la administración pública y del Estado propiamente tal. Pues el arbitraje de inversiones, se interpone contra el Estado y nunca contra la administración pública. Tan es así, que una simple declaración de la administración sometiendo un asunto a arbitraje de inversiones, el mismo no procede si antes el inversionista no ha entrado al régimen que establece la Ley de Promoción y Protección de la Inversión (Decreto 51-2011). Siendo dos figuras diferentes, el arbitraje privado y el de inversiones, aunado a la independencia del arbitraje administrativo respecto del privado

4.2.3 El Enfoque de la Tutela y la Institución Central en Torno a la Cual se Construirá el Control

El control de la legalidad de la actividad administrativa, conforme sea realizada por la propia administración o por un sujeto externo, será interno o será externo respectivamente. Siendo la característica principal de la interna, ser bipartita, contrapuesto a la triangulación del externo, pues solo intervienen el interesado y la administración (NOHARA, 2016 p. 238). La finalidad del control de legalidad es la constatación de que la actividad puesta sobre revisión no contraría el ordenamiento jurídico, siendo que la actividad administrativa está constituida, por los hechos, actos y negocios administrativos, se entiende que el control analizará cualquiera de ellos. Por su vez el control se realiza mediante un procedimiento administrativo para tal efecto, pues como apuntaba Orellana Mercado (2013) el medio de actuación de la administración es el procedimiento. De esta forma, en la justicia administrativa se separa el proceso administrativo en dos fases, una correspondiente a la justicia administrativa, que conduce al conocimiento de la administración del conflicto, y una segunda fase, de control, tendiente a conocer la denuncia de ilegalidad de la actividad administrativa –que puede derivar o no de una resolución de conflicto– formulada por el peticionario o la propia administración.

Bajo esa perspectiva, el proceso administrativo sirve, además de ser de instrumento de conducción de la actividad administrativa, para, el control de su legalidad. Realizado, mediante el análisis “forense” del expediente, que no es más que “... el resultado de la aplicación del principio de escrituriedad. Es la materialización del procedimiento, es decir, la constatación documental de la serie de actos que constituyen el procedimiento” (ORELLANA, 2013 p. 155), Cada acto o hecho, retrata la autoridad y libertad usada por la autoridad, imprimiéndole mayor control al desempeño de la función administrativa (NOHARA, 2016 p. 243). Sirviendo de este modo de garantía de la legalidad, circunscribiendo la actividad administrativa a parámetros, posibilitando direccionar, especialmente la discrecionalidad, a la verdadera finalidad de la actuación. Mediante el conocimiento de la “procesualidad”, se constituye la nueva legalidad diferente de la concepción neopositivista del imperio de la ley, sino de la comprensión por parte del administrado y los demás, de la actividad administrativa (MEDAUAR, 2009, p. 92).

Así, el control arrastra el conflicto y los medios de solución del mismo. Conforme a la sección anterior de este capítulo, el control externo, será siempre, heterocompositivo, tendiente a la superación del conflicto, determinando el derecho aplicable. Para determinar el derecho aplicable, el tercero que determina el derecho, inevitablemente tendrá que realizar un control

de la actividad administrativa. Al ser el subsistema administrativo hondureño de enfoque objetivo, e informar al microsistema su objetividad, este debe centrar el control entorno a la institución del acto administrativo, y del procedimiento en general, sea que lleven a un acto o un contrato.

4.2.4 El Procedimiento Administrativo Hondureño y su Aplicabilidad a la Actividad Administrativa Relacional Jus-privatizada.

En un primer momento el subsistema administrativo hondureño, estructurado de una manera clara, con una Ley General de la Administración Pública, La ley de Procedimiento Administrativo, de lo Contencioso Administrativo, y la normativa de Contratación del Estado, tienen una aplicación general. Así, el procedimiento administrativo contenido en el decreto legislativo 152-87 (LPA) cede protagonismo, ante procesos específicos, como lo es el caso de la Ley de Asociaciones Público-Privadas y su Reglamento.

Este procedimiento especial al estar inserido en el microsistema de la administración pública adjunta⁵⁷, interactúa de forma no predicativa⁵⁸ con el resto del subsistema administrativo, es decir, la preferencia normativa es una herramienta, no una regla. La preferencia en este caso, se basa en el criterio finalístico del microsistema, construyéndose de este modo un cuerpo normativo, no unitario, pluricompuesto.

En este contexto, para determinar las normas aplicables a una actividad administrativa del Estado, es necesario determinar el límite sistémico, que para el caso, al ser un microsistema, consistirá en determinar “lo permitido y lo no permitido”, es decir, lo que cabe dentro de la micro sistematización y lo que escapa de ella. En una sistematización anidada, se puede decir que una norma, respecto a una conducta (actividad) puede clasificarse en norma de objetivo:

Intraprocesal: Son las normas, que perteneciendo a otro sistema, su finalidad particular, no se contraponen a la finalidad de otro sistema, consiguiendo entrar de forma particular por el límite de este.

⁵⁷ Véase en este trabajo, la sección 3.1 Sistemas, subsistemas y microsistemas.

⁵⁸ En lógica, las relaciones de predicados de lo permitido y lo no permitido, conocida como lógica de los predicados, establece la relación de normas de un mismo grado (general, especial, etc.) sobre una misma conducta, estableciendo como soluciones a los conflictos que pudieran presentarse entre ellas, principalmente; El criterio jerárquico, temporal, de especialidad e inter criterios (Cf. BOBBIO, 1995).

Extraprocesal: Son las normas, que además de no pertenecer a un sistema, su finalidad particular se contrapone a la finalidad del sistema, el cual las rechaza en sus límites.

Siendo así, que el análisis de pertenencia de una norma a un –sub o micro– sistema es individual, por cuanto se rigen dentro de un –supra– sistema mayor, que le aporta unidad. En ese orden de ideas, el análisis debe hacerse a ambos sistemas en estudio, si se tienen indicios de cuerpos normativos complejos, se debe comenzar por aquel de ellos, que representa el sistema más pequeño, esto para identificar las normas que en efecto rigen la conducta que escapa a la a los límites sistémicos, es decir lo que no entra dentro de las condiciones especiales o circunstancias determinadas que delimitan su aplicación.

En suma, esta comprensión es necesaria para determinar, respecto al control de la actividad administrativa, entre otros vicios: (1) Vicios de competencia, (2) Inobservancia de forma, (3) Inexistencia de motivo, (4) Desvió de finalidad, (5) Inadecuación de motivo (NOHARA, 2015, p. 286).

4.3 Las diferentes actividades administrativas reguladas y envueltas en la LAPP

La finalidad de las asociaciones público privadas, es la participación del mercado y de la sociedad en la toma de decisiones públicas. Entre las diferentes opciones desarrolladas hasta el momento, el legislador hondureño opta por un sistema administrativo complejo, una gobernanza multiforme, regulada por el microsistema administrativo⁵⁹ de la administración pública relacional. A diferencia de otros países que han optado por mantener la gobernanza dentro de la especialización, y separadamente ambas orientaciones –mercado/ sociedad, como Inglaterra, que desarrolla su estrategia gubernamental de Asociaciones Público Privadas (APP)⁶⁰, en diferentes instrumentos, distinguiendo entre las que son orientadas a la sociedad, contenidas en inúmeros instrumentos legales, y la estrategia orientada al mercado, recogidas principalmente en las Iniciativas de Financiamiento Privado (IFP)⁶¹ (Cf. CRAIG 2012). El modelo adoptado por Brasil, sigue la misma línea de separación, regulando sus Asociaciones Público Privadas (APP)⁶², orientadas al mercado, en la ley No 11.079, una versión más cerrada,

⁵⁹ Véase en este trabajo la sección 3.3 Un modelo analítico de la gobernanza en el microsistema hondureño

⁶⁰ *Public Private Partnership (PPP)*, denominación en inglés.

⁶¹ *Private Finance Initiative (IPF)*, denominación en inglés.

⁶² *Parcerias Público Privadas (PPP)*, denominación en portugués.

que no permite la iniciativa privada de asociación. Por otro lado, la estrategia relacional brasileña es actualizada en 2014, reformando la ley de APP, y criando la ley No. N° 13.019, que regula las Asociaciones de la Administración Pública y las Sociedad Civil (AAPSC)⁶³, según su artículo primero, bajo un régimen de mutua cooperación.

En la LAPP hondureña, se unifica el modelo de asociaciones, y tanto las orientadas al mercado como a la sociedad, con esa unificación se crea una actividad administrativa compleja, que es necesario identificar y clasificar, para separarla. En este aspecto, teniendo como directriz, que el modelo hondureño de gobernanza es orientado al mercado y a la sociedad, pero estructurado en torno al primero, se puede dividir la actividad administrativa relacional en actividad micro sistematizada, que será la (A) actividad regulada, y la que esta fuera del microsistema, la (B) actividad envuelta:

4.3.1 La Actividad Regulada: El Procedimiento Específico

Esta es la contenida en la LAAP y el RLAPP, que tiene un enfoque principalmente contractual, como medio de vinculación de la administración con los órganos auxiliares de derecho privado, un vínculo jus-privatizado. La jus privatización de la actividad negocial estatal consiste en la apertura al mercado para identificar necesidades estatales, diseñar soluciones y presentarlas al Estado para su aplicación. Del mismo modo que sucede en mercado entre particulares, al contrario del paradigma tradicional, donde el Estado ejerce el monopolio del estudio de sus necesidades –identificación y declaración como tal.

El procedimiento de contratación ocupa la mayor atención en el microsistema relacional, sin embargo, a todo proceso de contratación –ejecución de acuerdo al interés público declarado– le precede un procedimiento de determinación del interés público, sea por vía legislativa o administrativa. Siguiendo el orden existente se aborda seguidamente el procedimiento, identificando y separando uno y otro.

4.3.1.1 Actividad Administrativa de Declaración de Interés Público

La actividad administrativa se rige por el procedimiento administrativo específico contenido en la LAPP y el RLAPP, conducente a la formación de una alianza público-privada, por medio de un contrato final, el cual es el punto central, pero no único del proceso. Así, de

⁶³ *Parcerias entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade civil, em Regime de Mútua Cooperação (POSC)*, denominación en portuges.

esta forma, se puede afirmar que la formación de una APP es un proceso, que envuelve negocios, actos administrativos y legislativos –cuando es requerido, así como ejecución administrativa. Al conjunto de esta actividad también se le conoce como actos preparatorios, cuyos actos más importantes de acuerdo a la LAPP y el RLAPP son los siguientes:

a) *Ingreso del proyecto al Sistema Nacional De Inversión Pública*: este sistema tiene la función de servir como banco de proyectos⁶⁴, aunque en la práctica, normalmente después del ingreso de un proyecto, sigue su proceso de contratación. Este es un paso obligado para la administración, cuando es su iniciativa, donde hace la declaración del interés público. Cuando la iniciativa es privada, es decir, el interés del privado no recae sobre un proyecto del Sistema Nacional de Inversión, este debe presentar el proyecto, que a rigor es idéntico, pero previamente necesita la calificación de interés público por la administración.

b) *Presentación de la iniciativa y Calificación del interés público*: A la presentación de la iniciativa sigue la estimativa de la misma, que en concreto consiste en la valoración del proponente, del proyecto, y del objeto del mismo, para determinar la conveniencia para la administración, de tal forma que el artículo 38 libera de responsabilidad la administración en caso que desestime una iniciativa. La segunda fase bajo las ideas anteriores, la calificación consiste en la verificación de la oportunidad del proyecto presentado por un privado, conforme el artículo 40 del RAPP, en resumen es la evaluación de la viabilidad, factibilidad y sustentabilidad del proyecto, además del interés público tutelado y la función social. De esta forma, se debe tener en cuenta que son fases diferentes, aunque en la práctica se confundan.

De lo anterior se observa que la administración debe valorar, para declarar el interés público, tantos los hechos facticos como los de derecho para tomar una decisión, que por sus características constituye un acto administrativo, pues impera su voluntad unilateral y dice respecto del derecho del administrado de participar en el esquema relacional. Hasta esta parte del procedimiento de la LAPP y RLAPP, la administración ejerce una potestad discrecional por cuanto hace una valoración del interés público del objeto de la iniciativa. Distinguiendo entre la discrecionalidad; la conveniencia y oportunidad, esta última, con las reformas de 2014 se involucra a la unidad de Contingencias Fiscales (UCF), quien debe determinar si el proyecto es factible de ser implementado bajo el esquema APP (REYES-TAGLE, TEJADA, 2015). El FOSDEH (2015), resume los criterios y la determinación de los mismos, que por mandato legal

⁶⁴ El proyecto debe contener lo especificado por el capítulo IV del RAPP, abordado en este trabajo en la sección 3.3.1 El surgimiento de los actores. apartado C) Modos de participación y la declaración del interés público. Referente a los *gatekeepers*

exige la participación de las administraciones relacionadas con el objeto del proyecto, el resumen es presentado en el siguiente cuadro:

Tablas 2- Matriz Resumen de Criterios para la Evaluación de los proyectos APP

Criterio	Descripción de la Actividad	Sub-actividades	Responsable
<i>Criterio Técnico</i>	Evaluación de los elementos de proyectos en sus diferentes elementos técnicos	Evaluación socio-económica, análisis de elegibilidad, análisis costo-beneficio y de rentabilidad.	SEFIN y COALIANZA, con apoyo de las instituciones involucradas
		Solicitud de nota de prioridad del proyecto y aprobación para continuar con la estructuración.	COALIANZA ante la DGIP y la UCF de SEFIN
		Solicitud de dictamen de riesgo fiscal.	COALIANZA ante la UCF, SEFIN
<i>Criterio Ambiental</i>	Evaluación del impacto ambiental del proyecto propuesto y sus medidas de mitigación	Evaluación ambiental del proyecto, preparación de EIA, solicitud de dictamen ente ambiental.	SERNA (Mi Ambiente)
<i>Criterios Sociales</i>	Evaluación de los impactos sociales del proyecto	Socialización del proyecto con los afectados/impactados; disponibilidad de información sobre la estructuración del proyecto y sus elementos.	COALIANZA con apoyo de las instituciones del sector público involucradas.
<i>Elegibilidad del Proyecto</i>	Admisión del proyecto al SNIP	Dictamen por COALIANZA, en base a las resoluciones de SEFIN, SERNA en cumplimiento de los criterios correspondientes.	COALIANZA

Fuente: FOSDEH

Del cuadro e actividades, es posible separar la actividad administrativa descrita, en actos parecer, es decir, aquellos que sirven para informar o ilustrar a la administración y los actos propiamente dichos, entre los detallados, de acuerdo a lo apuntado por Reyes-Tagle y Tejada (2015), solo los emitidos por la UCF dan lugar a su confusión con actos propiamente dichos, pues dicen respecto a la idoneidad del proyecto con el esquema APP, sin embargo es COALIANZA o quien haga la declaración, quien ejerce la potestad administrativa y no la UCF. Además, conforme apunta Orellana (2013) la justicia administrativa –como sistema objetivo– no somete a aquellos actos que no son expresiones de voluntad, es decir a los de deseo, los de

conocimiento y los de juicio. En todo caso, el control se realiza sobre el acto final de voluntad, que ha debido sustentarse, si es el caso, en el acto de parecer, afectando su motivación.

A continuación comienza una fase ejecutiva (Cf. HUERGO LORA, 1998), es decir se pasa de actuación administrativa, a la negociación administrativa. De decidir que se someterá al procedimiento de negociación a llevar a cabo una negociación.

Como definido en el inicio de este apartado, el control de la actividad administrativa se basa, sobre la indisponibilidad del interés público, el cual está presente tanto en los actos cuanto en la negociación, de lo que se concluye que la negociación es pasible de control de legalidad. La importancia de identificar y separar la actividad, radica en el hecho de pertenecer la normativa abordada, a un microsistema que tiene su autonomía otorgada expresamente por una ley. Específicamente el artículo 2 de la LGAP, reformado por la Ley para Optimizar la Administración Pública (LOAP), que limita la aplicación de las leyes administrativas únicamente a la aprobación de los organismos de derecho privado auxiliares de la administración pública, además del artículo 35 de la LAPP que establece el arbitraje obligatorio para los conflictos entorno a las solicitudes de APP, y el 36 que expresamente excluye cualquier aplicación de la LCE, volviendo al procedimiento contenido en la LAPP en específico; Aunado al artículo 1 de la LJCA, también reformado por la LOAP, que excluye la aplicación de la misma a la administración cuya solicitudes, procesos o adjudicaciones estén sujetos a medios alternativos de resolución de disputas⁶⁵, escapando de esta sujeción, todos los actos que no estén regulados por LAAP o el RLAPP, sometiéndose por lo tanto a los medios tradicionales de control administrativo.

4.3.1.2 Actividad de Contratación

Según Souto (2011) “es el procedimiento administrativo por el cual la Administración selecciona, por medio de habilitación de proponentes y juicios objetivo e propuestas candidatos

⁶⁵Entiéndase a los medios alternativos de resolución de conflictos englobados en los medios alternativos de resolución de disputas, de acuerdo a la teoría general del conflicto elaborada por el profesor Frank E. A. Sander, y su sistema de resolución, en la que propone la diferencia entre conflicto y disputa, siendo en esencia ambos conflictos, sin embargo las disputas no son técnicamente apropiadas para ser resueltas por medios de resolución de conflictos, en los cuales prevalece el argumento de lo justo e injusto, cuando la disputa se basa en lo técnicamente apropiado o inapropiado. (Cf. SALES; SOUSA, 2011). Se justifica que el legislador en la LJCA hiciera mención a las disputas, en coherencia a las reformas a la LCE que establecían la mesa de resolución de disputas, el panel de expertos etc. que no se enmarcan – ni excluyen– en un argumento jurídico sino técnico, en la cual, con el establecimiento de lo técnicamente correcto, debería desaparecer el conflicto-

aptos para celebrar contratos o ser permisionarios de servicios o bienes públicos⁶⁶” (traducción nuestra), continua Souto, identificando como finalidad de este tipo de procedimientos:

I. La selección entre propuesta, el cual satisface mejor los intereses públicos, cuanto mayor ofertas se reciban, primando la igualdad, publicidad y no dominación del mercado.

II. Un proceso que tiene como finalidad la identificación y privilegio del mérito, conducente al vencimiento del mejor o la mejor propuesta, para los intereses públicos.

III. Los principios generales de la administración pública, deben verse concretizados, en especial la eficiencia, buscando entre el mérito, también, las mejores condiciones en el mercado.

IV. La pauta del procedimiento de contratación, es la verdad real, impuesta por el principio de la realidad, por lo tanto, ante un mercado o segmento de este, dominado, la administración debe tomar las medidas regulatorias para compensar el dominio, sea mediante el pliego de condiciones, o el contrato mismo.

Así, como toda licitud tiene que ver con la finalidad imputada a una acción, también es cierto, que toda finalidad puede y debe ser traducida en principios que orienten la conducta. Por otro lado, estos principios vinculan en el derecho administrativo, a la administración, obligándola a hacer una relectura de paradigmas, constituyendo garantías que inciden en las relaciones de fuerza, colocando los principios por encima del poder, vinculándolo en todas sus decisiones. El principio, en el derecho, al ser derivado de la finalidad dice respecto a la legitimidad del derecho y de la decisión, siendo cada violación de un principio, una violación a la finalidad misma, convirtiendo la conducta administrativa en ilegítima, o lo que es lo mismo ilegal, pasible de control y restauración. (Cf. ALEXY, 2009; ARANA-MUÑOZ, 2009; JELLINEK, 2000)

4.3.1.2.1 Principios de la Contratación

La legalidad del proceso administrativo en la contratación se expresa en los principios contenidos en la LAPP e informados por los principios generales de la doctrina y de la LCA. Son principios negociales:

Principios propios de la contratación pública relacional: La finalidad propia de la actividad relacional, impone principios propios a esta actividad, como ser:

⁶⁶ “...é o processo pelo qual a Administração seleciona, por meio de habilitação de proponentes e julgamentos objetivos de propostas, candidatos que com ela estão aptos a celebrar contratos ou tornarem-se permissionários de serviços públicos o do uso de bens públicos. ”

1) Responsabilidad fiscal y sustentabilidad de las finanzas públicas: La responsabilidad fiscal demanda una cuidadosa vigilancia del equilibrio entre la recaudación de fondos y el gasto público, por su parte la sustentabilidad de las finanzas públicas dice respecto a la capacidad del estado de hacerse cargo de sus obligaciones financieras, Para Reyes-Tagle y Tejada (2015) su objetivo es mantener la flexibilidad presupuestaria del Estado para adaptarse a los ciclos económicos.

Téngase en cuenta que una APP es un medio y no una finalidad en sí. Es decir, como se ha abordado en este trabajo, las APP de acuerdo a la LAPP, es tanto un medio de estructuración de una red de gobernanza relacional, como fue abordado en el capítulo precedente, como también es un medio de financiación de la inversión pública. Diferentes pero no desvinculadas, pues uno de los principios de la relacionalidad es el equilibrio e distribución de los recursos, entre ellos los financieros. Para los autores supra citados esto se consigue con: (a) Un adecuado sistema de evaluación y medición del riesgo fiscal de los proyectos APP, para su correcta distribución. (b) Una adecuada interconexión entre los sistemas presupuestarios estatales. (c) Gestión de pasivos, la cuantificación de los compromisos fijos y contingentes⁶⁷.

La responsabilidad fiscal y la sustentabilidad de las finanzas públicas, gira en torno al respeto al límite para todos los compromisos cuantificables, fijos y contingentes, calculados a valor presente, fijado por el artículo 26 de la LAPP, en un límite equivalente al cinco por ciento (5%) del producto interno bruto (PIB), el cual puede ser modificado cada 3 años por el presidente de la república en consejo de secretarios de Estado, previa consulta a la secretaria de finanzas.

2) Reparto equilibrado de los riesgos y beneficios de los contratos: Los contratos de APP por ser producto de una del estado relacional, su contenido es efectivamente relacional. Es decir contienen una noción de solidaridad y poder, equilibrado entre los actores⁶⁸.

En este orden se identifican los principios generales de contratación, presentados en comparación, los trabajos de Orellana (2013) referentes a la LCA y de Souto (2011) referentes a la doctrina, además los principios generales contenidos en la LAPP;

⁶⁷ Para un estudio de la situación actual, deficiencias y retos en materia de responsabilidad fiscal y sustentabilidad financiera, respecto de las APP, véase el trabajo “Las implicaciones fiscales de las asociaciones público privadas en Honduras”, de Reyes-Tagle y Mikel Tejada (2015)

⁶⁸ Véase en este trabajo la sección 3.3.3 Las partes y su vinculación: El poder y la solidaridad en los contratos relacionales.

Tabla 3- Principios De La Contratación General del Estado

Orellana (2013)	Souto (2011)	LAPP
Legalidad: Es la sujeción y subordinación del funcionario a la ley, y el respeto a la reserva de la ley, contenidos en el artículo 323 de la CH.	<p>Legalidad: Es el respeto a la ley, como fuente de donde emana la autoridad, la cual debe atender: El procedimiento adoptado, Supuestos de obligatoriedad y dispensa, Los derechos de los postulantes, Las modalidades y principios de contratación. Y la moralidad administrativa.</p> <p>Vinculación al instrumento convocatorio: Los pliegos de condiciones por ser actos, componen el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, a la valoración de la oportunidad y conveniencia, debe preceder el cumplimiento del pliego de condiciones.</p>	Juridicidad: LAPP hace referencia a la Seguridad Jurídica, que en la concepción contemporánea, es una referencia directa a la juridicidad, pues implica la satisfacción de todo el ordenamiento, viabiliza la ampliación de la legalidad a la juridicidad. ⁶⁹ (numeral 1, art. 3, LAPP)
Eficiencia: Comprende (1) La búsqueda de la satisfacción oportuna de las necesidades y en las mejores condiciones de costo y calidad. (2) La conveniencia y racionalidad de la selección al interés público. (3) Certeza y celeridad en los procedimientos.	<p>Realidad, razonabilidad y celeridad: La realidad exige consonancia de la pretensión con la naturaleza de la necesidad, y la mejor de las técnicas disponibles. La razonabilidad una completa correspondencia entre la opción razonable y el atendimento del interés público.</p> <p>Economía: Conseguir mayor relación costo beneficio para la admón.</p>	Eficiencia y/o eficacia: La es la relación de los medios y los objetivos buscados, debiendo existir un equilibrio razonable. La eficacia dice respecto de las condiciones ideales del cumplimiento de la finalidad. Destacando así las pretensiones que promocióne otros procesos de participación relacional. (Numeral 2, art. 3, LAPP)
Buena y sana administración: Demanda el uso de reglas de la experiencia, no jurídicas, para lograr	Procedimiento [semi] formal: La admón. debe seguir el procedimiento establecido, y registrar	Información: Le es permitido a COALIANZA, informarse mejor antes de tomar la decisión de

Continua ...

⁶⁹ Véase en este trabajo la sección 3.3.3.2 La juridicidad: El derecho administrativo, de la ley a la constitución y al ordenamiento. Capítulo tres.

Orellana (2013)	Souto (2011)	LAPP
<p>eficiencia, eficacia etc. consiguiendo simplicidad, economía, rendimiento y prontitud.</p> <p>Procedimiento formal: Es la expresión de la voluntad de la forma reglada en ley, mediante el conjunto de actos previstos.</p>	<p>cada acto en el proceso, pero sin caer en el formalismo exagerado, y las meras formalidades burocráticas. Evitando exigencias inútiles e innecesarias.</p>	<p>declarar el interés público de una propuesta, pudiendo requerir documentos si es necesario. Quebrándose el formalismo, y permitiendo el uso de la experiencia de los técnicos al evaluar la propuesta. (art. 40, RLAPP)</p>
<p>Libertad de Pactos: La admón. es libre se concertar contratos, pactos y condiciones, siempre que se justifiquen debidamente. Es decir que sean legítimos, por lo que incluye la observación del procedimiento.</p>	<p>Juicio objetivo: Es prohibido a la admón. basar sus negocios en aspectos subjetivos o en conceptos jurídicos indeterminados. Siendo ilegal justificarse usando términos como “suficiente”, “completo”, sin exponer un parámetro objetivo.</p>	<p>Adecuación de modalidades: COALIANZA es libre aprobar cualquier modalidad de APP y de forma de organización, diferente de las taxativas en la LAPP, así como otro tipo de intercambio de recursos y cláusulas en los contratos. Siempre que justifique el cumplimiento de las finalidades de la ley⁷⁰. (art 4, 5, 8, LAPP)</p>
<p>Publicidad: Es el pleno acceso a la información por los oferentes, para que tengan pleno conocimiento del procedimiento y demás información relacionada, mecanismos, criterios y procedimientos.</p> <p>Transparencia: Mantener la igualdad de acceso a la información, respetando la reserva de estado, y comerciales de los postulantes, el mantenimiento de la</p>	<p>Publicidad: No se resume en mera divulgación, es necesario que todo lo divulgado sea comprensible por los administrados y no solamente para los posibles postulantes, para garantizar el ejercicio de control. Por lo tanto no se acepta un lenguaje codificado o excesivamente resumido.</p>	<p>Publicidad y rendición de cuentas: La LAPP hace referencia a las APP propiamente, y no al procedimiento de su formación, sin embargo, de la finalidad de la ley, se hace aplicable al proceso. Debiéndose, además de publicar, rendir cuentas, informar y justificar del porqué del intercambio de recursos⁷¹ adoptado y el equilibrio en el mismo, así como sus implicaciones económicas, financieras y fiscales. (numeral 6, art. 3, LAPP)</p>

Continua ...

⁷⁰ La finalidad de la ley y el modelo son ampliamente tratados en los capítulos anteriores de este trabajo, especialmente las secciones 2.2 Las relaciones de poder en la administración pública, y la sección 3.3 un modelo analítico de la gobernanza en el microsistema hondureño. En ambas secciones se define lo que legitima el esquema APP, en términos amplios, lo que se considera legal.

⁷¹ Véase en este trabajo la sección 3.3.2.3 Los recursos y su intercambio entre los actores.

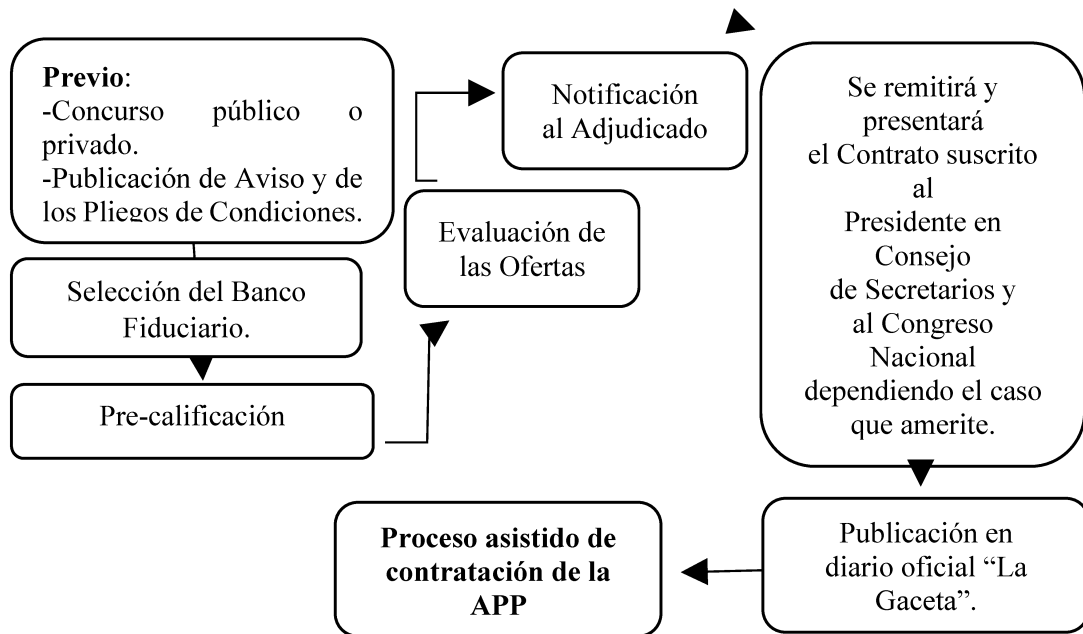
Orellana (2013)	Souto (2011)	LAPP
competitividad, y el cumplimiento de las fases de divulgación.	Exceptúense los temas reservados, entre ellos la seguridad nacional.	
Igualdad y libre competencia: Cualquier limitación a la posibilidad de concurrencia, debe ser solamente por requisitos técnicamente indispensables. Además se debe estimular la competitividad en las ofertas. La participación internacional se apega a la reciprocidad.	Igualdad y universalidad: Es prohibido el trato diferenciado, sea por naturaleza legal, comercial, laboral o cualquier otra, con la excepción las hipótesis para preferir empresas nacionales, y MIPYMES. Que debe ser declarada en los actos preparatorios.	Competencia y anti colusión: Además de la búsqueda de la competencia, se debe evitar cualquier maniobra colusoria. Por ser un esquema en red, se debe publicar suficientemente sobre todos los actores involucrados, públicos y privados, para evitar enmascaramientos de colusión. (numeral 5, art. 3, LAPP)

4.3.2 *El Procedimiento de Contratación y la Actividad no regulada en el procedimiento específico*

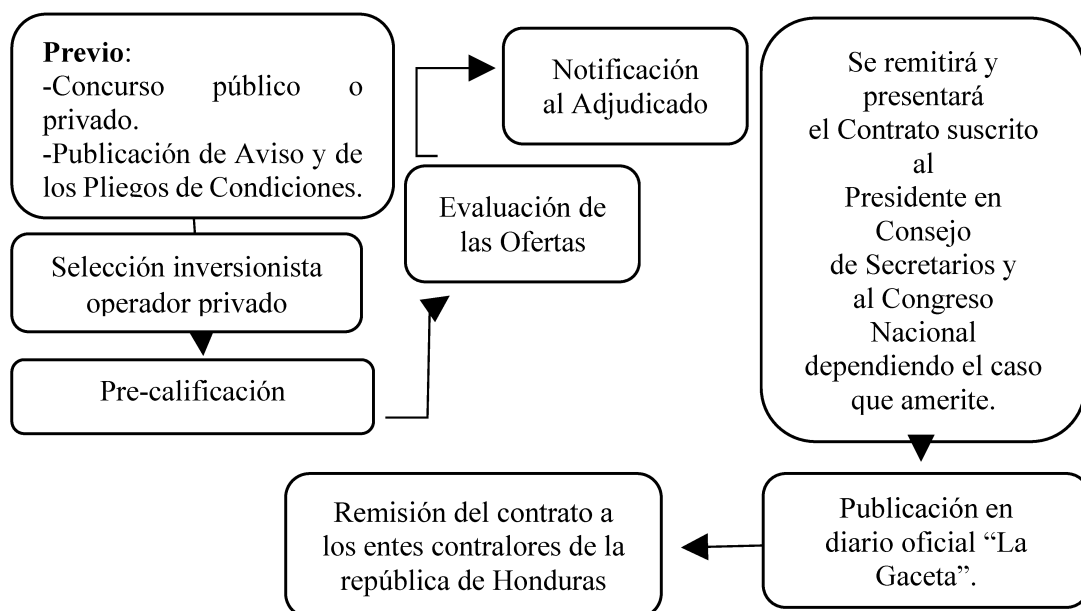
El procedimiento de contratación es el conjunto de actos, que llevan a la adjudicación del contrato que se propone celebrar la administración pública, las leyes de contratación estatal, suelen contener diferentes procedimientos de contratación, que dependen de circunstancias propias de lo que se contrata. Así se encuentran procedimientos de obras públicas, servicios públicos, etc.; Desde otra perspectiva, suelen contener diferenciación de acuerdo a la aplicación del principio de la competencia y sus restricciones, legalmente permitidas y justificadas, como la contratación directa en caso de asuntos de seguridad nacional, papel moneda etc. o en su caso ante la falta de concurrentes, y el procedimiento general (Cf. ORELLANA, 2013). Así la contratación relacional, no es diferente, y contiene, diferentes procedimientos de acuerdo a la modalidad de contratación elegida y la concurrencia.

La modalidad de contratación: Con la Ley para la Promoción y la Protección de Inversiones de 2009, se incluyó a los Fondos Fiduciarios como formas de organización interna de las redes de inversión. El fideicomiso, presenta una doble naturaleza, **organizacional**, en la cual desempeña funciones de estructuración de los proyectos, así como la logística necesaria para la contratación y **operativa**, sirviendo de brazo financiero del proyecto, y administrador de los bienes fiduciarios (REYES-TAGLE; TEJADA 2015, p. 32). A la contratación mediante administración fiduciaria, se le ha llamado contratación indirecta, sin embargo, valorando lo abordado en los capítulos precedentes, que evidenciaron que COALIANZA retiene el ejercicio de funciones públicas y evitar confusiones con la administración indirecta, es más apropiado, llamarlo (1) **Contratación Asistida de APP**, por otro lado, el procedimiento general para las APP, se conocen como (2) **Contratación Directa de APP** (FOSDEH, 2015, p. 42). Así también se distinguen, para uno y otro, (a) **el concurso público** y (b) **la licitación pública**, dependiendo si la administración no cuenta con los estudios necesarios, o si los tiene, respectivamente. Con todo, detallar los procedimientos de selección es exhaustivo y escapa del objetivo de esta investigación⁷², la cual se centra en la comprensión de la legalidad en el gobierno relacional y los medios de control de la misma, al respecto, se presentan de forma gráfica, el procedimiento para la modalidad asistida y directa, a continuación:

⁷² Para un mayor detallamiento práctico de los procedimientos, consúltese Protocolo para una práctica transparente de las alianzas público privadas FOSDEH, , 2015

Esquema 8: Proceso previo a la contratación asistida de APP

Fuente: Adaptación al original del FOSDEH, (2015)

Esquema 9: Proceso de contratación de APP

Fuente: FOSDEH (2015)

En los procesos se identifica, una participación de más actores públicos en ejercicio de funciones públicas, como ser la intervención del Presidente de la República en consejo de secretarios de estado, y del Congreso Nacional, cuando proceda. De acuerdo a las normas constitucionales, de acuerdo a la teoría de multiplicidad de partes y actos, es necesario identificar esta intervención, para determinar su posibilidad de control de legalidad y los medios de control disponibles en el ordenamiento hondureño.

La aprobación del contrato por el Presidente en Consejos de Secretarios de Estado; es parte del proceso, y condiciona efectividad del contrato, por ser La Presidencia y El Consejo de Secretarios de Estado, órganos de la administración central, configura un acto pluriadministrativo de Unión. Se diferencia del acto colectivo, pues, la finalidad de los actos no es idéntica, el Presidente y sus Secretarios de Estado, no analizarán el procedimiento de contratación, ni del esquema relacional, su objetivo es el análisis multisectorial e interdisciplinar de la redacción final del contrato. Siendo por esto un acto totalmente independiente condicional al contrato, no regulado por la LAPP, ni contenido en el microsistema relacional. La aprobación del presidente se encontrará regida por la normativa relacionada, entre ellas la Ley Orgánica del Presupuesto. Sin embargo, al ser COALIANZA un ente desconcentrado, depende directamente de la Presidencia, y de acuerdo a las reformas a la LPA, el Presidente podría avocarse en el conocimiento de sus asuntos, además de obstar una revisión de oficio del procedimiento. De este modo el control de legalidad, deberá realizarse conforme a la LAPP de la forma siguiente:

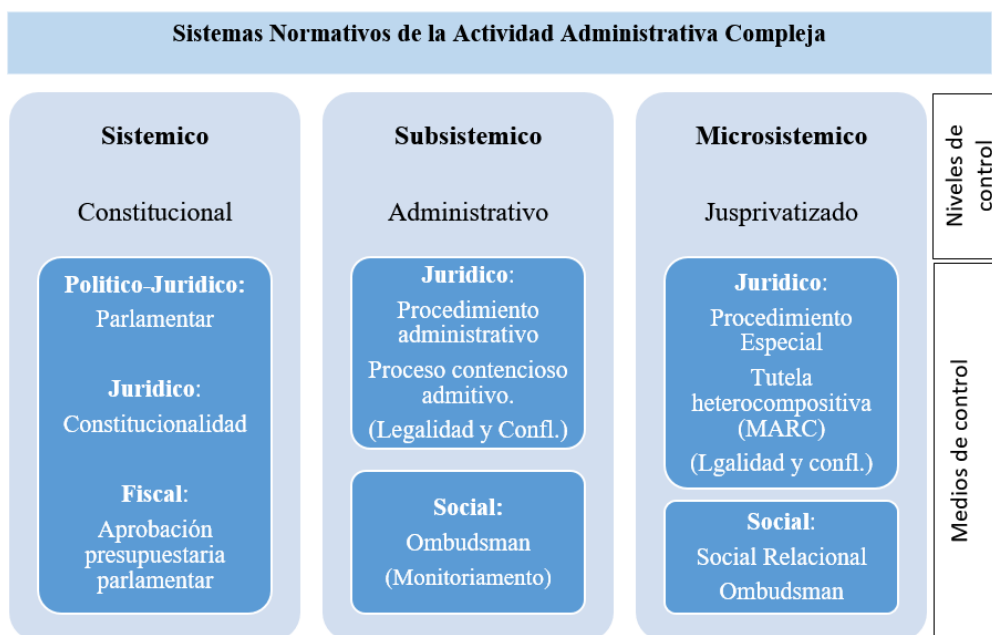
El presidente puede avocarse u obstar una revisión, de la declaración de interés público, o del proceso de adjudicación, constituyendo ambos un conflicto; Preparatorio, y de contratación propiamente dicho. Ambos conflictos están contenidos en la LAPP, y que manda un arbitraje, debiéndose diferenciar si la solicitud es iniciada por un particular, procede el arbitraje, sino, el artículo 35 no menciona las iniciativas públicas debiendo seguirse por LPA y LJCA, esta además decir, que si el procedimiento preparatorio corresponde a una Municipalidad, escapa a la avocación presidencial.

La Aprobación por el Congreso Nacional; La aprobación del congreso nacional, obedece a sus funciones constitucionales de control de la administración pública, atribuidas por el artículo 205, especialmente la protección de la estabilidad financiera del próximo ejercicio de gobierno, que ha sido encomendada al Congreso Nacional. Constituyendo por eso un acto regulado constitucionalmente, sometido a la justicia constitucional.

La intervención de estos actores, denota la importancia de ejercer un control de la legalidad administrativa en la fuente de la misma, no justificándose, restar importancia, bajo la premisa de la confianza institucional. El rol institucional de cada actor está determinado, no siendo democrático postergar la apreciación de cualquier vicio a una instancia posterior o superior.

Los diferentes niveles de tutela frente a la administración, existentes, en concordancia a la visión de la lógica de los sistemas⁷³ en la actividad administrativa compleja debido a su micro sistematización y jus privatización, puede representarse de forma gráfica de la siguiente manera:

Esquema 10- Niveles de tutela en la actividad administrativa pública compleja



Fuente: Elaboración nuestra

⁷³ Véase en este trabajo la sección 3.1 Sistemas, subsistemas y microsistemas, en el capítulo anterior.

5 CONCLUSIONES

Del razonamiento sobre la legalidad y el control de legalidad en la administración pública relacional en la República de Honduras, concretizada por el decreto 266-13, se exponen las proposiciones finales como sigue:

1. El Estado relacional es producto de la realidad social contemporánea, la posmodernidad, la misma que dio lugar al nacimiento de la sociedad civil, independiente de la sociedad política, que exige protagonismo directo en la administración del Estado. Esta nueva configuración social se refleja en las relaciones de la administración pública para con los administrados, mediante relaciones horizontales, especialmente relacionales, además de las tradicionalmente verticales.

En respuesta a las exigencias sociales de participación directa en la toma de decisiones públicas, el Derecho Administrativo cede creatividad a la Administración Pública en cuanto a los métodos y mecanismos de decisiones públicas. Delimitándose el Derecho Administrativo a la protección de los caracteres eminentemente jurídicos del Estado, la soberanía, materializada a través de la voluntad soberana, de exigencia de legitimidad, legalidad y en definitiva de juridicidad de la actuación estatal, independientemente del esquema administrativo que se utilice.

2. Son principios de la administración pública relacional, (a) La participación social en la toma de decisiones públicas, que acontece mediante (b) interacciones negócias, determinadas en (c) marcos regulatorios y normativos específicos que permiten a los actores (d) la contribución en la creación del propósito público mediante el (e) intercambio de recursos entre la sociedad y la administración pública. Entre los diferentes modelos administrativos existentes, el legislador hondureño ha optado mediante LAPP, RLAAP, y la LOAP por construir un microsistema administrativo de redes, estructurada mediante las APP, que no son otra simple modalidad de contratación estatal, optando por organizar la red administrativamente, manteniendo el Estado el monopolio del control de la agenda decisoria, constituyendo un ejercicio de poder público.

Con la adopción del modelo de administración pública relacional, se crea el modo de dominio -o gobernanza- del poder coparticipativo, mediante la institucionalización de la influencia social como medio de control a priori, del poder público ejercido por la administración pública. La influencia se suma a los modos tradicionales de control, entre

ellos la contención, la sujeción, el monitoriamente y la comprobación o control de la legalidad de la actividad administrativa estatal.

3. En ese nuevo modelo de administración pública, que entre otros paradigmas cambia: El modo de ejercer la actividad administrativa, dando lugar, además, de los actos pluriadministrativos, a los actos plurilaterales. Así, también cambia la responsabilidad sobre la actuación administrativa, responsabilizando cada vez más a los particulares, esto en proporción a su influencia en los procesos decisorios, y administrativos, entre ellos la prestación de servicios públicos y de administración de bienes públicos.

4. Ante el cambio de finalidad del modelo administrativo contemporáneo, este consecuentemente, se autonomiza relativamente del modelo tradicional, siendo por lo tanto, un microsistema jurídico-administrativo, un modelo pos tradicional. De la concepción legislativa del modelo, pluricompuesto, deriva en un modelo de gobernanza relacional orientado a la sociedad y al mercado, pero estructurado en torno a este último. De lo que se desprende, que toda la actividad del gobierno de la red, al ser administrativo, es pasible de exigírsele legitimidad, legalidad y juridicidad. Al mismo tiempo, por su carácter ambiguo, entre lo mercantil y lo social, la actividad micro sistematizada, comprende negocios jurídico-administrativos y los actos administrativos que sustentan a aquellos. Así, los actores se dividen, principalmente en dos categorías, los promotores involucrados en la gestación de los actos administrativos y los beneficiarios que se envuelven el negocio administrativo.

Si los actos administrativos siguen los principios relacionales, luego, los negocios administrativos, también deben hacerlo. Siendo el vínculo, entre los actores beneficiarios y la administración de carácter contractual, el contrato, también es de índole relacional, conteniendo nociones de poder y solidaridad entre las partes. Estas nociones comprenden: el reparto equilibrado del riesgo, mecanismos de alteración, solidaridad en situaciones desfavorables, mecanismos de equilibrio del poder y del interés político, estableciendo por ello mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Los mecanismos de resolución de conflictos son una exigencia únicamente de contratación relacional, sin embargo, el legislador lo ha extendido al proceso administrativo decisorio, como mecanismo de control y justicia administrativa. Esta extensión se justifica, pues al estructurar a la sociedad en torno del mercado, el microsistema vuelve al actor promotor, un eventual beneficiario -contratista, debiendo estimular la participación del mercado en la promoción, en un intento de captar los recursos creativos de este.

5. La extensión del arbitraje a los conflictos del proceso administrativo decisorio, crea, una nueva forma de justicia administrativa jusprivatizada conducente a un control de la misma índole. En medio de una descodificación, jusprivatización administrativa, y la especialidad normativa del derecho administrativo, el legislador ha olvidado o no ha querido crear una ley especial para el arbitraje administrativo sobre actos resultantes del ejercicio del poder público en imperio. En medio de una actividad administrativa compleja, la actividad que no escapa de los principios administrativos comunes, deberá ser controlada por los medios y mecanismos comunes, los administrativos y constitucionales. Por otra parte, resalta en importancia, la actividad de imperio, y su control, que a falta de normativa expresa, debe colmatarse la laguna normativa, colmatada por la LCA, de carácter privado, resultando, ante las diferencias finalísticas de cada subsistema normativo, en contradicciones.

Es un embrollo sistémico, entre una mala sistematización a los internos del derecho administrativo que debe tutelar derechos subjetivos e intereses legítimos, y una colmatación o heterointegración con una norma de otro subsistema normativo privado que solo tutela derechos subjetivos. En este contexto los criterios de superación de las contradicciones normativas, debe obedecer una visión multisistémica o tópica sistémica del derecho, que permitan cumplir con la finalidad del sistema total, entre ellas las demandas constitucionales de relacionalidad, tutela efectiva y control administrativo. Los criterios multisistémicos y tópicos sistémicos, se concretan en la visión problemática del derecho, con la que se busca una integración normativa que posibilite al sistema todo, la consecución de sus fines, no bastando únicamente con la preferencia de una norma sobre otra, como pretenden los criterios de visión unisistémica del derecho. Esto último, por lo menos, no desde una concepción de igualdad entre las normas, debiéndose a lo menos, reconocer la jerarquía axiológica que existe entre ellas.

En consecuencia, a la LCA, para que cumpla con todas las exigencias del derecho público, se debe agregar la base conceptual de la legislación general para la especial; Es decir identificar una superioridad axiológica entre las conflictuantes, uso de reglas y principios para la solución del caso concreto, de ambas legislaciones, mediante la concretización sistémica; Y finalmente utilizar las experiencias jurisprudenciales y doctrinales de ambas legislaciones, relacionando, coordinando y valorando el conocimiento empírico. Esto como único medio para obtener Coherencia, Complementariedad y, Coordinación y adaptación Sistémica, que permita que el sistema jurídico hondureño como un todo cumpla con su finalidad.

6. De las proposiciones finales expuestas, surgen otras preguntas, que ameritan ser respondidas a futuro mediante la investigación respectiva, de forma complementar a la investigación presentada, cabe preguntarse sobre: (a) La necesidad de la creación legislativa de un modelo administrativo orientado exclusivamente a la sociedad, que permitan la regularización de la participación del tercer sector en la administración. Fenómeno presente en el gobierno hondureño actual, mediante la descentralización hacia el tercer sector, especialmente hospitales y centros de infantes en riesgo social. O en su caso, las implicaciones de este modelo adoptado de facto. (b) Interpretación y control de los contratos administrativos relacionales, como quedó evidenciado en este trabajo, la contratación relacional obedece a otra finalidad respecto la contratación general. Así, si cambia la finalidad, por obligación, cambian los principios rectores aplicables a la interpretación y control de este tipo de contratos. (c) La relación y posibles implicaciones de la aplicación del arbitraje de inversiones interno en conjunto con la LCA en la administración relacional. Esto como consecuencia de haber adoptado el legislador hondureño por un sistema interno de protección de inversiones, que acoge a los nacionales además de los extranjeros. Problematizando sobre hasta qué punto se estaría involucrando el interés legítimo del o los inversionistas o los particulares.

7. A la luz de la tendencia, cada vez mayor, hacia la supranacionalización, una administración pública internacional, cabe preguntarse, de forma trascendente a esta investigación, sí; a) Puede interpretarse o identificarse, el reconocimiento de la sociedad civil internacional como semejante a la separación entre sociedad política y sociedad civil en el ámbito nacional de los estados, es decir si b) existe una sociedad civil internacional con capacidad y exigencia de apertura del gobierno supranacional, que le permita concurrir en su finalidad, pasando de la cooperación a la complementariedad. c) En caso de existir esa característica en la sociedad civil internacional, cuál es la posición como actor que le corresponde en la toma de decisiones públicas internacionales frente y a la par de los Estados nacionales. d) Cuál es el papel de los Estados nacionales como actores frente a la sociedad y los órganos supranacionales, en cuanto a los recursos de estos. En definitiva, existiendo las características base necesarias d) El modelo de gobernanza relacional, o un semejante, ¿es posible de ser aplicado o identificado a nivel supranacional?

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1 REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS DOCUMENTALES

A

ACUNHA, F. G. **Procedimento e Função Regulatória de Serviços Públicos no Estado Pós-social**. Brasília: CEAD/UnB, 2012.

ALEXY, R. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALFONSO, L. P. La Vigilancia, la Supervisión y el Control Administrativos. Reflexiones Sobre su Formación, Evolución y Situación Actual. In: **Control Administrativo Y Justicia Administrativa**. Madrid: INAP, 2016.

AMARAL, A. Dialogo de las Fuentes: Fragmentación y Coherencia en el Derecho. **Revista Española de Derecho Internacional**, v. LXII/1, p. 61–88, jun. 2010.

AMARAL, F. **Direito Civil na Pós-modernidade. Direito Civil: Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

AMARAL, M. **O Ombudsman e o Controle da Administração**. 1. ed. São Paulo: Ícone, 1993.

ARANA-MUÑOZ, J. R. **Aproximación al derecho Administrativo Constitucional**. Bogotá: D.C., 2009.

ARANA-MUÑOZ, J. R. **Derecho Administrativo Español. Tomo I. Introducción al Derecho Administrativo constitucional**. La Coruña: Netbiblo, 2008.

ASCENSÃO, J. de O. **Introdução a Ciência do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ATEHOURTUA, C. A. La responsabilidad administrativa de los particulares. 24 out. 2014. Disponível em:

<http://www.elmundo.com/portal/opinion/columnistas/responsabilidad_administrativa__de_1os_particulares.php#.VyndTPkrLDc>. Acesso em: 29 maio. 2016.

B

BAPTISTA, P. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELONA LLOP, J. **Ejecutividad, Ejecutoriedad y Ejecución Forzosa de los Actos Administrativos**. Santander: Ed. Universidad de Cantabria, 1995.

BECKETT, J.; KOENIG, H. O. (ed.). **Public administration and law**. New York: Routledge, 2015.

BILLON, A. PERT: Novo Sistema De Planejamento E Controle. **Revista De Administração De Empresas**, v. 4, n. 10, p. 90–110, 1964.

BINENBOJM, G. **Uma Teoria Do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia E Constitucionalização**. Segunda ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, N. **Estado, Gobierno y Sociedad**. Mexico: Fondo Cultura y Sociedad, 1989.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília**. Brasília: UNB, 1997.

BOLOS, S. **La Constitución de Actores Sociales y la Política**. México: Plaza Y Valdés Editores, 1999.

BRESSER-PEREIRA, L. C. Da Administração Pública Burocrática À Gerencial. **Anais...** In: Reforma Do Estado Na América Latina. Brasília: 1996.

_____. O Modelo Estrutural da Governança Pública. **Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado**, n. 10, p. 1–9, jul. 2007.

BUSNELLI, F. **Il Diritto Civile Tra Codice e Legislazion Speciale**. Napoli: Guida, 1984.

C

CALAFELL, J. E. Teoria del Acto Administrativo. **Revista de Ciencias Juridicas (UNAM)**, p. 122–143, 2009.

CALDERÓN, C. Ejercicio Por Particulares de Funciones Públicas. El Caso de las Juntas de Vigilancia. In: XXXIV Jornadas de Derecho Público, Santiago. **Anais..In: XXXIV JORNADAS DE DERECHO PÚBLICO**. Santiago: Lexis Nexis, 2007. Disponível em: <https://www.academia.edu/4571973/Ejercicio_por_particulares_de_funciones_publicas._El_caso_de_las_juntas_de_vigilancia_VV.AA._2007_Actas_de_las_XXXIV_Jornadas_de_Derecho_P%C3%BAblico._Santiago_Lexis_Nexis_>. Acesso em: 2 maio. 2016.

CANARIS, C.-W. **Pensamento Sistemático E Conceito De Sistema Na Ciência Do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CARLOTTI, G.; CLINI, A. **Diritto Amministrativo**. Milano: Maggioli Editore, 2014.

CARPIZO, J. **El Presidencialismo Mexicano**. Mexico DF: Siglo XXI, 2002.

CARVALHO, K. G. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2008.

CECCHERINI, E. Leyes Especiales vs. Leyes Generales. In: **Pluralismo Religioso y Pluralismo Legal: Un Compromiso Posible**. Mexico: UNAM, 2015.

CHRISTENSEN, T. et al. **Organization Theory and the Public Sector - Instrument, Culture and Myth**. New York: Routledge, 2007.

CIAMPAGLIA, M. C. N. **Ato Administrativo Invalído e a Restauração da Legalidade**. 2014. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, São Paulo, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Do Desvio do Poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

CRUZ, E. E. R. de la; et al. **Análisis de Redes Sociales para el Estudio de la Gobernanza y las Políticas Públicas: Aproximaciones y Casos**. [s.l.] CIDE, 2015.

DANTAS, A. **Lacunas do Ordenamento Jurídico**. São Paulo: Manoele, 2005.

D

DENHARTDT, R. **Teorias da Administração Pública**. 6. ed. São Paulo: CENGAGE Learning, 2012.

DENTE, B.; SUBIRATS, J. **Decisiones Públicas: Análisis y Estudio de los Procesos de Decisión en Políticas Públicas**. Barcelona: Ariel, 2014.

DINIZ, M. H. **Compendio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DONNER ABREU, A. C.; HELOU, A. R. H. A.; FIALHO, F. A. AS POSSIBILIDADES EPISTEMOLÓGICAS PARA A AMPLIAÇÃO DA TEORIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O NOVO SERVIÇO PÚBLICO. In: III Colóquio Internacional de Epistemologia e Sociologia da Ciência da Administração, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: UFSC, mar. 2013.

F

FERRAJOLI, L. **Los fundamentos de los Derechos Fundamentales**. 4. ed. Madrid: Trota, 2009.

FERRÁZ JÚNIOR, T. S. **Introdução ao Estudo Do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. Quarta ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIX-ZAMUDIO, H. Concepto Y Contenido De La Justicia Administrativa. In: **Justicia Administrativa**. Mexico: UNAM, 2007.

FOSDEH (ed.). **Protocolo para una práctica transparente de las alianzas público privadas**. Tegucigalpa, FOSDEH, 2015.

FREITAS, J. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

G

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. **Hacia una Nueva Justicia Administrativa**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1992.

_____. **Reflexiones Sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho**. Illustrated ed. Madrid: Civitas, 1986.

GARRIDO, J. T.; LEÓN, I. H. **Paradigmas y Métodos de Investigación en Tiempos de Cambio**. [s.l.] Episteme Consultores Asociados, 1998.

GASNELL ACUÑA, C. **El acto administrativo y el Acceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Panamá**. 2015. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, Madrid, 2015.

GOODNOW, F. **Política Y Administración: Funciones Primarias Del Estado**. Publicación Conmemorativa del 25 Aniversario del NA ed. México: INAP, 1980.

GORDILLO, A. **Tratado de Derecho Administrativo: El Acto Administrativo**. Decima ed. Buenos Aires: Fundación Agustín Gordillo, 2011. V. Tomo Tres

_____. **Tratado de Derecho Administrativo: Parte General**. Quinta ed. Buenos Aires: Agustín Gordillo, 2003.

GORDON, R. W. Macaulay, Macneil E A Descoberta Da Solidariedade E Do Poder No Direito Contratual. **Revista Direito GV**, v. 3, p. 187–202, jun. 2007.

GUERRERO, O. **Teoría Administrativa del Estado**. México DF: Oxford University Press, 2000.

GUTIÉRREZ, M. M. **Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

H

HEADY, F. **Administração Pública: Uma Perspectiva Comparada**. 1. ed. Rio de Janeiro: ZAHAR EDITORES, 1970.

HIJELMO, I. G. El Arbitraje en Derecho Administrativo: Algunas Reflexiones Sobre Su Fundamentación. **Revista Jurídica de Navarra**, n. 1, p. 39–56, jun. 2015.

HITSCHERICH, J. D. **Elementos del Contrato Estatal**. Bogotá D.C.: Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2005.

HUERGO LORA, A. **Los Contratos Sobre los Actos y las Potestades Administrativas**. 1. ed. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1998.

I

ISLAS MONTES, R. **Estrategia administrativa de defensa**. Primera ed. México: DIANOIA, 2010.

J

JAYME, E. Identité Culturelle et Intégration: le Droit International Privé Post-Moderne. **Revue des COURS**, v. 251, p. 60–251, 1995.

JINESTA L., E. Reforma Del Derecho Administrativo Codificado Frente A La Globalización Y La Sociedad Del Conocimiento. **Revista de Derecho Público**, p. 9–28, diciembre 2008.

JUSTEM FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

K

KELSEN, H. **Teoría General del Derecho y del Estado**. México DF: UNAM, 1995.

_____ **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KLOSS, E. S. **Derecho administrativo : Bases Fundamentales**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996.

KOOIMAN, J. Gobernar en Gobernanza. In: Barcelona. **Anais...** In: GOBERNANCIA, DEMOCRACIA Y BIENESTAR SOCIAL. Barcelona: Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya, 2003.

KRIELE, M. **Introdução à Teoria do Estado: Os Fundmentos Historicos de Legitimidade do Estado Constitucional Democrático**. Sergio Antônio Fabris ed. Porto Alegre: Fabris, 2009.

L

La Importancia De Las Relaciones Según El Libro “Inteligencia Relacional y Negociación”. Santiago, 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=S7ti-gCGCE8>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

LATHROP, F. **LA RELACION JURIDICA** U-cursos, 2007. . Disponível em: <https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/2/D122A0207/3/material_docente/previsualizar?id_material=143911>. Acesso em: 30 jul. 2016.

LÓPEZ, M. R. M. **Transformación de la Función Administrativa: Evolución de la Administración Pública**. Bogota: Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

LÓPEZ-ZAMORA, S. A. La Condición Jurídica Del Particular Que Ejerce Funciones Públicas Y Su Responsabilidad Penal. **Revista Principia Iuris**, v. 21, p. 123–149, I 2014.

LUHMANN, N. El Derecho Como Sistema Social. In: DIEZ, C. C. (Ed.). **Teoría de Sistemas y Derecho Penal: Fundamentos y Posibilidades de Aplicación**. Granada: Comares, 2005. p. 69–85.

M

MADEIRA, J. M. P. **Administração Pública**. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2008.

Manual de Competencia Administrativa y Judicial Comparadas: Enteramente Conforme a la Ley de lo Contencioso-administrativo de 25 de mayo de 1853, y su Reglamento de la Misma Fecha. Mandada Observar por Decreto de 12 de setiembre de 1860. [s.l.] Andrade y Escalante, 1860.

MÁRQUES, C. L. El Diálogo de las Fuentes en el Derecho del Consumidor. In: Primer Congreso Sudamericano de Derecho del Consumidor, Santa Fé, AR. **Anais...** In: Primer Congreso Sudamericano de Derecho del Consumidor, en Homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe. Santa Fé, AR: UNL, 2015.

MARQUES, C. L. Superação das Antinomias pelo Diálogo Das Fontes: o Modelo Brasileiro de Coexistência Entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 51, n. 1, p. 30–51, jul. 2014.

MARRARA, T. **Direito Administrativo: Transformações e Tendências**. São Paulo: Leya, 2015.

MAURER, H. **El Derecho Administrativo Alemán**. Primera ed. Mexico DF: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2012.

MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO, R. M. de. Atividade de Fomento e o Princípio da Isonomia. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, v. 21, p. 1–20, abril 2010.

MENDEZ, C. **Metodología; Guia para Elaborar Diseños de Investigación en Ciencias Economicas, Contables y Administrativas**. 2. ed. [s.l.] McGraw-Hill, 1995.

MILLER, H. T.; FOX, C. J. **Postmodern Public Administration**. [s.l.] Routledge, 2015.

MOREIRA NETO, D. de F. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, p. 129–156, mar. 2003.

MORENO MOLINA, J. A.; MASSÓ GARROTE, M.; PLEITE GUADAMILLAS, F. **Procedimiento y Proceso Administrativo Práctico**. Madrid: La Ley, 2006.

N

NAFARRETE, J. T. **La Teoría de los Sistemas y el Derecho, una Conferencia Magistral**, 15 dez. 2015. . Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=RsCyS9EPYxk>>. Acesso em: 16 maio. 2016.

NAJAN, A. The Four C's of Government-Third Sector Relationship. **Nonprofit Management and Leadership**, v. 10, n. 4, p. 375–396, 2000.

NASS, O. **Reforma Administrativa y Ciencia de la Administración**. Madrid: Publicaciones del Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, 1964.

O

ORELLANA MERCADO, A. E. **Curso de Derecho Administrativo**. Tegucigalpa M.D.C: Editorial Universitaria, 1985.

_____. **El Procedimiento Administrativo en Honduras**. 2. ed. Tegucigalpa: Ed. Univeritaria, 2013.

ORELLANA, E. Derecho Administrativo Hondureño. In: **Derecho Administrativo en Iberoamérica**. 2. ed. Madrid: INAP, 2012.

ORION F. WHITE, G. S. M. The Blacksburg Manifesto and the Postmodern Debate: Public Administration in a Time Without a Name. **Public Administration Faculty Publications, Omaha Nebraska**, v. 67, p. 14, 1990.

OTERO, P. **Livro Legalidade e Administração Pública : o Sentido da Vinculação Administrativa à Juricidade**. São Paulo: Almedina, 2003.

P

PARADA VÁZQUEZ, J. R. **Derecho Administrativo. Tomo I: Parte General.** [s.l.] Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2010.

PARÉS, M. **Democracia y Decisiones Públicas.** Madrid Universitat Autònoma de Barcelona (UAB), 2016.

_____ **Participación y Calidad Democrática. Evaluando las Nuevas Formas de Democracia Participativa.** Barcelona: Ariel, 2009.

PEREIRA JUNIOR, J. T. **Controle Judicial da Administração Pública.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PEREIRA, L. C. B. **A Reforma do Estado dos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle.** Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado MARE, 1997. v. 1

PÉREZ, M. F. V. **El Litisconsorcio en el Proceso Civil.** Madrid: La Ley, 2007.

PINO, G. Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi FERRAJOLI. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, v. 32, n. 1, p. 647–664, 2009.

PRATS I CATALÀ, J. **De la Burocracia al Management, del Management a la gobernanza.** Madrid: INAP, 2005.

PROINVERSIÓN. **Manual de Asociaciones Público-Privadas.** Disponível em: <http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/2/JER/APP_FLUJOGRAMA/MANUAL_APP_ACTUALIZADO.pdf>. Acesso em: 27 maio. 2016.

PROVAN, K. P. Modes Of Network Governance: Structure, Management and Effectiveness. *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2008, v. 18, n. 2, p. 229-252. **Journal of Public Administration Research and Theory**, v. 18, n. 2, p. 229–252, 2008.

PUPPIO, V. J. **Teoría General del Proceso.** Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2008.

R

REYES-TAGLE, G.; TEJADA, M. **Las Implicaciones Fiscales de las Asociaciones Público-privadas en Honduras** BID, 2015.

RODRIGUÉZ, O. E. **Derecho Individual del Trabajo.** Tegucigalpa M.D.C: OIM, 2005.

RODRÍGUEZ-ARANA, J. **El Ciudadano y el Poder Público: El Principio y el Derecho al Buen Gobierno y a la Buena Administración**. Madrid: Editorial Reus, 2012.

ROHR, J. A. Public Administration, Executive Power, and Constitutional Confusion. **International Journal of Public Administration**, v. 20, n. 4–5, p. 887–905, 1 jan. 1997.

S

SÁINZ MORENO, F. Una Administración Pública para el siglo XXI. **Cuenta y Razón, Fundación de estudios Sociológicos**, v. 138, p. 15, 2005.

SALES, L. M. D. M.; SOUSA, M. A. D. O Sistema De Múltiplas Portas E O Judiciário Brasileiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 16, p. 204–220, jul. 2011.

SAMPIERI, R. H.; COLLADO, C. F.; LUCIO, M. del P. B. **Metodología de la Investigación**. Quinta ed. México: McGraw-Hill, 2010.

SÁNCHEZ GONZALES, J. J. **La Administración Pública como Ciencia: Su Objeto y su Estudio**. Primera ed. México DF: Plaza Y Valdéz Editores, 2001.

SÁNCHEZ, E. Q. Análisis de Impacto Regulatorio en la Regulación Peruana de Servicios Públicos. **Derecho & Sociedad**, p. 15–29, jun. 2011.

SANCHEZ, R. C. **Infraestructuras en Red y Liberalización de Servicios Públicos**. Madrid: INAP, 2003.

SANTOS NETO, J. A. dos. **Da Anulação Ex Officio do ato Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SCATOLINO, G. **Direito Administrativo Objetivo : Teoria e Questões**. [s.l.] Leya, 2015.

Semanario Judicial de la Federación. p. 555, Abril 1995.

T

TORRE, Á. S. de la; SIERRA, I. A. H. **¿Por Qué Se Es Responsable Jurídicamente?** Madrid: Librería-Editorial Dykinson, 2007.

TURING, A. **Systems of Logic Based on Ordinals**. 1938. Princeton University, Princeton, 1938.

V

VADO GRAJALES, L. O. Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. In: **Medios Alternativos de Resolución de Conflictos: Mecanismos para Acercar la Justicia a la Sociedad**. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de Las Américas, 2013.

VERNIS, A.; MENDOZA, X. Una Aproximación a la Conceptualización del Nuevo Rol del Estado: el Estado relacional. **Revista del CLAD Reforma y Democracia**, v. 44, p. 1–18, jun. 2009.

VILLARREAL CORRALES, L. La Justicia Administrativa, El Procedimiento Administrativo y La Responsabilidad Patrimonial del Estado. In: **Justicia Administrativa**. Mexico DF: UNAM, 2007. p. 600.

W

WALDO, D. **Administración Pública: la Función Administrativa, los Sistemas de Organización y Otros Aspectos**. Sexta ed. Mexico DF: Editorial Trillas Mexico, 1982.

WEBER, M. **Economía y Sociedad**. Mexico: FCE, 1964.

WISE, C. R. Public Administration Is Constitutional and Legitimate. **Public Administration Review**, v. 53, n. 3, p. 257–261, jun. 1993.

Z

ZAGREBELSKY, G. **El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia**. 6. ed. Madrid: Torra, 2005.

ZEGARRA VALDIVIA, D. La regulación como técnica de intervención administrativa | Derecho & Sociedad. **Derecho & Sociedad**, v. N°23, p. HTML, 9 out. 2008.

2 REFERENCIAS NORMATIVAS

CH

HONDURAS. Constitución (1982). Decreto constituyente n° 131, de 1982. **Constitución Política de La Republica de Honduras**.

LAPP

HONDURAS. Ley n° 143-10, de 2010. **Ley de Promoción de La Alianza Público-privada**

LCA

HONDURAS. Ley n° 161-00, de 2000. **Ley de Conciliación y Arbitraje**.

LCE

HONDURAS. Ley n° 74-01, de 2001. **Ley de Contratación del Estado.**

LGAP

HONDURAS. Ley n° 146-86, de 86. **Ley General de La Administración Pública.**

LJCA

HONDURAS. Ley n° 189-87, de 1987. **Ley de Jurisdicción de Lo Contencioso Administrativo.**

LOAP

HONDURAS. Ley n° 266-13, de 2013. **Ley Para Optimizar La Administración Pública, Mejorar Los Servicios A La Ciudadanía y Fortalecimiento de La Transparencia del Gobierno.**

LP

HONDURAS. Ley n° 253-13, de 2013. **Ley de Patronatos y Asociaciones Comunitarias**

LPA

HONDURAS. Ley n° 152-87, de 1987. **Ley de Procedimiento Administrativo.**

LPNVP

HONDURAS, de 2010. **Visión de País 2010-2038 y Plan de Nación 2010-2022**

LSC Ley del Servicio Civil

HONDURAS. Ley n° 126, de 1963. **Ley del Servicio Civil.**

LTSC

HONDURAS. Ley n° 10-02, de 2002. **Ley Orgánica del Tribunal Superior de Cuentas.**

RLAPP

HONDURAS. Reglamento n° 02073-10, de 2010. **Reglamento General de La Ley de Promoción de La Alianza Público-privada.**