

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**LA INCONSTITUCIONALIDAD DE PIGNORAR LA ASIGNACIÓN
CONSTITUCIONAL MUNICIPAL PARA LA CONSTRUCCIÓN
DE UNA OBRA PÚBLICA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MILTON RICARDO FRANCISCO PARA DA CALDERÓN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, septiembre de 2013

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL II:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL III:	Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL IV:	Br. Rocael López Gonzáles
SECRETARIA:	Licda. Rosario Gil Pérez

RAZON: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (artículo 43 del normativo para La Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.

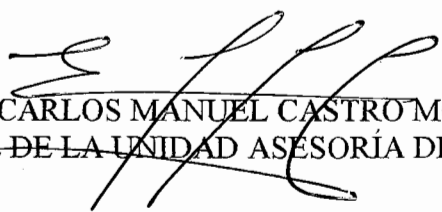


UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veinte de enero del año dos mil once.

ASUNTO: MILTON RICARDO FRANCISCO PARADA CALDERON, NO. 200140932. Solicita que para la elaboración de su tesis de grado, se le apruebe el tema que propone, expediente No. 1254-05.

TEMA: "LA INCONSTITUCIONALIDAD DE PIGNORAR LA ASIGNACION CONSTITUCIONAL MUNICIPAL PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA PÚBLICA".

Con base en el dictamen emitido por el (la) consejero (a) designado (a) para evaluar el plan de investigación y el tema propuestos, quien opina de que se satisfacen los requisitos establecidos en el Normativo respectivo, se aprueba el tema indicado y se acepta como asesor (a) de tesis al (a la) Licenciado (a) Juan Francisco de León Mazariegos Abogado (a) y Notario (a), colegiado (a) No. 3777.


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



Adjunto: Nombramiento de Asesor
c.c. Unidad de Tesis
CMCM/brsp.

Licenciado
Juan Francisco de León Mazariegos
Abogado y Notario
3a Calle 6 a. Av. 5-53 "A" esquina Zona 1. Frente Colegio
Liceo Mazateco. Telefax: 7872-2140 Mazatenango, Such.
lic.juanfrandelm@hotmail.com



Mazatenango Suchitepéquez, 30 de septiembre del 2011

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Su despacho



Respetable señor:

Con base al oficio por el cual fui nombrado asesor de tesis del bachiller MILTON RICARDO FRANCISCO PARADA CALDERÓN para elaborar su trabajo de tesis denominado LA INCONSTITUCIONALIDAD DE PIGNORAR LA ASIGNACIÓN CONSTITUCIONAL MUNICIPAL PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA PÚBLICA, manifiesto lo siguiente:

Asesore durante nueve meses al bachiller Parada Calderón período durante el cual lo orienté bibliográfica y metodológicamente habiendo atendido el asesoramiento todas las recomendaciones hechas por mi persona. Como lo señala el artículo 32 del normativo para la elaboración de Tesis de la carrera de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales abogado y notario de la UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, procedo a emitir el siguiente dictamen:

El trabajo de tesis está contenido en cuatro capítulos, a saber:

- I. DERECHOS REALES DE GARANTIA: En donde se hace una referencia ilustrativa de los tipos de derechos reales que existen, su doctrina, y la legislación guatemalteca que los regula.
- II. EL CONTRATO DE FIDEICOMISO: Que desglosa aspectos básicos como la definición, naturaleza jurídica, historia, fundamento, características, y las clases de dicho contrato.
- III. INGRESOS MUNICIPALES EL 10% CONSTITUCIONAL: en donde se hace un análisis, de la realidad de la aportación de ingresos que tienen las corporaciones municipales con relación al diez por ciento constitucional, ingreso que constituye



Licenciado
Juan Francisco de León Mazariegos
 Abogado y Notario
 3a Calle 6 a. Av. 5-53 "A" esquina Zona 1. Frente Colegio
 Liceo Mazateco. Telefax: 7872-2140 Mazatenango, Such.
 lic.juanfrandelm@hotmail.com

uno de los principales garantes del gasto público municipal. Se hace un desarrollo de aspectos fundamentales de dicho aporte como: sus antecedentes; su recaudación; la estructura, composición y destino del mismo; su interrelación con otras entidades públicas para su funcionamiento; sus mecanismos de control y evaluación; sus transferencias; y su secuencia integrada de ejecución.

IV. INCONSTITUCIONALIDAD EN LA PIGNORACIÓN DEL 10% CONSTITUCIONAL: En donde se hace un estudio científico doctrinario de: Los procesos de inconstitucionalidad de la ley, la naturaleza jurídica de la inconstitucionalidad de la ley, en procesos de ley general y de caso concreto, y su marco y fundamento jurídico básico conforme a la legislación guatemalteca.

Y por ultimo, se incluyen las conclusiones, recomendaciones y bibliografía que sirvió de base para la elaboración de esta tesis.

A mi criterio, el documento elaborado por el bachiller Milton Ricardo Francisco Parada Calderón constituye una compilación muy ordenada que servirá de base para el estudio del hecho de la inconstitucionalidad en que podrían incurrir las corporaciones municipales al pignorar sus recursos públicos como lo sería la aportación del diez por ciento constitucional, ya que con la pignoración de dichos bienes y activos públicos municipales se estaría dando otro designio a un gasto público que tienen un definido curso legal y constitucional para su utilización. Por lo cual el estudio del bachiller Parada Calderón servirá de base para el conocimiento general de los ingresos públicos municipales, por lo cual enriquecerá la escasa bibliografía existente de autores guatemaltecos. Además la tesis llena los requisitos metodológicos y bibliográficos, constituyendo un trabajo de alta calidad, por lo que felicito al bachiller Milton Ricardo Francisco Parada Calderón por la labor realizada y apruebo la tesis sin perjuicio de lo que pueda resolver o recomendar el señor revisor.

Sin otro particular se suscribe de usted respetuosamente.....

ID Y ENSEÑAD A TODOS.....

LIC. JUAN FRANCISCO DE LEÓN MAZARIEGOS

Asesor de Tesis Colegiado No. 3777

Licenciado
Juan Francisco de León Mazariegos
 ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, veintidós de mayo de dos mil doce.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **JOSÉ EFRAÍN CASTILLO LÓPEZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **MILTON RICARDO FRANCISCO PARADA CALDERÓN**, CARNÉ NO. **200140932**, intitulado: **“LA INCONSTITUCIONALIDAD DE PIGNORAR LA ASIGNACIÓN CONSTITUCIONAL MUNICIPAL PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA PÚBLICA”**

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes”.

M. A. LUIS EFRAÍN GUZMÁN MORALES
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



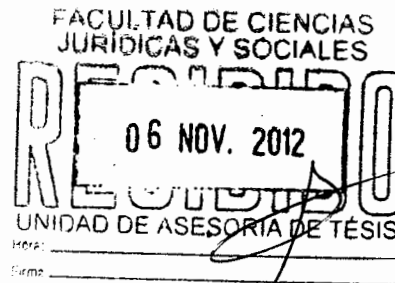
cc.Unidad de Tesis
LEGM/iyc

Licenciado
JOSE EFRAIN CASTILLO LOPEZ.
Abogado y Notario.
5°. Ave. 3-33 Zona 1.
Mazatenango, Such.
Telefax: 7872-2048



Mazatenango Suchitepéquez, 21 de septiembre del 2012

M. A. Luis Efraín Guzmán Morales
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



Su despacho

Respetable señor:

Con base en la resolución emitida por esta dignísima casa de estudios por la cual fui nombrado revisor de tesis del bachiller MILTON RICARDO FRANCISCO PARADA CALDERON para elaborar su trabajo de tesis denominado LA INCONSTITUCIONALIDAD DE PIGNORAR LA ASIGNACION CONSTITUCIONAL MUNICIPAL PARA LA CONSTRUCCION DE UNA OBRA PUBLICA. En base a lo descrito manifiesto lo siguiente:

Tuve el agrado de asesorar durante cuatro meses al bachiller Parada Calderón periodo durante el cual lo dirigí bibliográfica y metodológicamente y haciéndole referencia a la actualidad del entorno legislativo en correlación con la temática planteada en su proyecto de tesis, habiendo atendió el bachiller Parada Calderón todas las recomendaciones dirigidas por mí hacia su persona. Y como lo establece el artículo 32 del normativo para la elaboración de tesis de la carrera de licenciado en ciencias jurídicas y sociales abogado y notario de la UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, procedo a emitir el siguiente dictamen:

El trabajo de tesis esta contenido en cuatro capítulos a saber:

1. **DERECHOS REALES DE GARANTIA:** En donde se detallan referencias ilustrativas existentes con base en la doctrina actual y con los más recientes autores de la definición taxativa de los derechos reales de garantía existentes así como su comparación a su regulación legal dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.

Licenciado
JOSE EFRAIN CASTILLO LOPEZ.
Abogado y Notario.
5ª. Ave. 3-33 Zona 1.
Mazatenango, Such.
Telefax: 7872-2048



2. **EL CONTRATO DE FIDEICOMISO:** que desarrollo aspectos conceptuales y básicos de esta figura jurídica contractual, al igual que una clara determinación de la obligación que tienen los entes públicos de velar por el regimiento de legalidad de estos contratos, sobretodo cuando manejan fondos públicos.

3. **INGRESOS MUNICIPALES EL 10% CONSTITUCIONAL:** en donde se analiza la realidad que constituye esta aportación del gobierno central a las arcas municipales, el cual no hay dudas que sienta la base de la principal fuente de ingresos que tienen las municipalidades. En donde el bachiller expresa aspectos teóricos y fundamentales de la definición del mismo como; sus antecedentes; su recaudación, la estructura, composición y destino del mismo; su interrelación con otras entidades publicas para su funcionamiento; sus mecanismos de control y evaluación; sus trasferencias; y su secuencia integrada de ejecución.

4. **INCONSTITUCIONALIDAD EN LA PIGNORACIÓN DEL 10% CONSTITUCIONAL:** En donde se define la inconstitucionalidad en base a un estudio científico doctrinario, en que se desglosan figuras e instituciones doctrinales y legales como la inconstitucionalidad de la ley, la naturaleza jurídica de la inconstitucionalidad de la ley, tanto en procesos de ley general y de caso concreto, y su marco y fundamento jurídico básico en relación al marco constitucional y jurídico guatemalteco; también se hace un claro análisis en base al estudio del derecho comparado con gacetas de cómo en la realidad guatemalteca no hay una protección a la institución de este aporte que la legislación de nuestro país lo eleva al rango de constitucional, y que la legislación ordinaria como el Código Municipal no elevan una salvaguardia de la reserva de este aporte para los fines que determina la carta magna guatemalteca sino que únicamente dejan una inherencia de libertad de disposición para la pignoración del mismo derivado de la personalidad jurídica que gozan las corporaciones municipales.



Licenciado
 JOSE EFRAIN CASTILLO LOPEZ.
 Abogado y Notario.
 5º. Ave. 3-33 Zona 1.
 Mazatenango, Such.
 Telefax: 7872-2048

Y por ultimo se incluyen las conclusiones, recomendaciones y bibliografía que sirvió de base para la elaboración de este trabajo de tesis.

A mi criterio, el documento elaborado por el bachiller Milton Ricardo Francisco Parada Calderón constituye una compilación y un estudio científico muy ordenado que servirá de base para el estudio del hecho de la inconstitucionalidad en que de facto incurrirían las corporaciones municipales al pignorar sus recursos públicos y sobre todo en específico el aporte que en grado de protección tiene el diez por ciento constitucional para la utilización que su regulación constitucional determina; ya que con la pignoración de dicho aporte se estaría dando otro designio a un gasto publico que tiene un definido marco jurídico constitucional para su ejecución y utilización. Por lo cual el estudio del bachiller Parada Calderón servirá de base para el conocimiento general de los ingresos públicos municipales, por lo cual enriquecerá la escasa bibliografía existente de autores extranjeros y guatemaltecos. Además la tesis llena los requisitos metodológicos y bibliográficos requeridos, constituyendo un trabajo de alta calidad, por lo que felicito al bachiller Milton Ricardo Francisco Parada Calderón por la labor realizada y apruebo el trabajo de tesis realizado por el.

Sin otro particular se suscribe de usted respetuosamente.....

ID Y ENSEÑAD A TODOS



LIC. JOSE EFRAIN CASTILLO LOPEZ
 Revisor de tesis

*Licenciado
 José Efraim Castillo López
 Abogado y Notario*



USAC TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



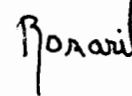
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 05 de agosto de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante MILTON RICARDO FRANCISCO PARADA CALDERÓN, titulado LA INCONSTITUCIONALIDAD DE PIGNORAR LA ASIGNACIÓN CONSTITUCIONAL MUNICIPAL PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA PÚBLICA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/lyr.


Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO




Rosario





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser mi padre y salvador, por darme la sabiduría e inteligencia para lograr alcanzar mis metas y propósitos
- A MIS PADRES:** Por estar a mi lado en cada momento de mi vida; por su apoyo y amor incondicional sin el cual no hubiera llegado a cumplir mis objetivos y previsiones
- A MI ABUELA:** Que Dios la tenga en el cielo por su apoyo para que lograra mis objetivos al completar mis estudios así como para cumplir mis metas profesionales
- A MIS AMIGOS:** Por estar siempre a mi lado en los momentos difíciles cuando las pruebas estuvieron presentes, al igual que por sus oraciones y plegarias a Dios omnipotente porque todo lo que emprendiera se realizara con éxito
- A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES** Casa del saber y del aprendizaje que me dio la mejor preparación como profesional.
- A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:** Centro de la ciencia y del aprendizaje que me ilustro en mi camino para mi preparación profesional



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

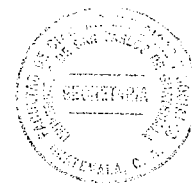
1. Derechos reales de garantía.....	1
1.1. Hipoteca y prenda.....	1
1.1.1. Características de la hipoteca.....	3
1.2. La prenda.....	6
1.2.1. Modalidades específicas de la prenda.....	8

CAPÍTULO II

2. El Contrato de fideicomiso.....	9
2.1. Antecedentes históricos.....	9
2.2. Definición.....	12
2.3. Características del fideicomiso.....	12
2.4. Partes que integran el fideicomiso.....	13
2.5. Clases de fideicomiso.....	16
2.6. El Control de los fideicomisos en Guatemala.....	18

CAPÍTULO III

3. Ingresos municipales la asignación del diez por ciento constitucional.....	23
3.1. Fundamento jurídico de las competencias municipales y financiamiento.....	26
3.1.1. Las competencias u obligaciones municipales.....	26
3.1.2. Otro enfoque de las competencias.....	32



3.2. Legislación y gestión financiera de los municipios.....	36
3.3. Los Controles olvidados por los municipios.....	40
3.4. El gasto municipal en Guatemala.....	41
3.4.1. La antesala del gasto.....	41
3.4.2. La estructura del gasto.....	44
3.4.3. Los escasos recursos propios.....	44
3.5. La participación de los fondos sociales y de desarrollo en competencia..... con el gasto municipal.....	45
3.5.1. La Comparación presupuestaria entre el gobierno central y los..... gobiernos locales.....	46
3.6. Las transferencias y sus competencias.....	47
3.7. La estructura y la composición del gasto por destino en el presupuesto..... municipal.....	48
3.8. La ejecución, control y evaluación del gasto.....	50

CAPÍTULO IV

4. Inconstitucionalidad en la pignoración de la asignación del diez por ciento..... constitucional.....	57
4.1. Procedimiento de inconstitucionalidad de la ley.....	57
4.1.1. Naturaleza jurídica finalidad de la inconstitucionalidad en casos..... concretos.....	69
4.2. Marco Básico de la inconstitucionalidad en casos concretos.....	79
4.2.1. Finalidad del planteamiento.....	80
4.2.2. Competencia para conocer.....	82



4.2.3. Legitimación para promover..... 83

4.2.4. Presupuesto para la promoción de la inconstitucionalidad en caso.....

 concreto..... 84

 a). Caso concreto previo..... 84

 b). Oportunidad..... 85

 c). Cita Individualizada de las leyes o disposiciones legales.....

 cuestionadas..... 87

 d). Cita Puntual de las normas constitucionales referentes..... 90

4.3. Revisión de Gacetas Constitucionales en base a fondos públicos designados.....

 a las municipalidades y la asignación.....

 del diez por ciento constitucional en Guatemala..... 91

CONCLUSIONES..... 93

RECOMENDACIONES..... 95

BIBLIOGRAFÍA..... 97



INTRODUCCION

Como hipótesis de la presente investigación está la efectividad en la responsabilidad del gasto público que podría hacer efectiva la activación de todos los sistemas jurídicos de control para la ejecución legal del mismo específicamente el aporte del diez por ciento constitucional hecho efectivo a las municipalidades por el gobierno central dentro del marco legal de la Constitución Política de la República de Guatemala específicamente el artículo doscientos cincuenta y siete. Como objetivo fundamental, se podría evitar que los entes públicos encargados de brindar servicios y obras sean capaces de velar por el respeto a los principios que informan a la administración pública como lo son el principio del cumplimiento de la ley y el de la eficiencia en la prestación de cualquier insumo para el desarrollo de proyectos de interés público los que son de vital importancia para una administración pública saludable, sobre todo en el caso de las municipalidades. Esto como conclusión principal significa darle funcionalidad a la premisa fundamental de la delegación que la Constitución Política de la República de Guatemala da a las entidades descentralizadas y autónomas como lo son las municipalidades de ser ejecutores de lo que se establece como el aporte constitucional así como lo marca el artículo doscientos cincuenta y siete lo cual sustenta el silogismo de proporción sobre el cual debe de hacerse efectivo y viable el gasto del mismo, para lo cual las corporaciones municipales deben de estar dispuestas a tener conocimiento de admiración pública hacendaria, y conocimiento profundo del artículo doscientos cincuenta y siete de la Constitución Política de la República de Guatemala, como una recomendación para su administración, para estar inmersos en



el conocimiento de este. Por esta razón dentro de esta investigación se abordaron autores doctrinarios constitucionalistas e informes que revelan la profunda interacción institucional que tiene el aporte del diez por ciento constitucional dados por el Banco Mundial como un estudio enfocado en Guatemala y su realidad presupuestaria. Por lo cual se conlleva a la conclusión de que el aporte del diez por ciento constitucional no puede estar sometido a planes de capitalización, de desvió de su primordial función que es el de solventar las obras y los servicios públicos por parte del que hacer municipal. Por esta razón el presente escrito desarrolla esta temática en cuatro capítulos; en el capítulo primero se desarrolla lo correspondiente a los derechos reales de garantía, en el capítulo dos se desarrolla el contrato de fideicomiso, en el capítulo tres se describe los ingresos municipales la asignación del diez por ciento constitucional y por último el capítulo cuatro muestra la inconstitucionalidad en la pignoración de la asignación del diez por ciento constitucional. Tópicos que son los fundamentos y que conforman este trabajo final de investigación; frente al supuesto de la actuación en que pueden incurrir la mayoría de municipalidades que esperan a la consignación del aporte constitucional a sus arcas públicas, por que antes de recibir esta aportación ya lo pueden tener en un estado de deuda con un gravamen de pignoración sobre el mismo y muchas de estas municipalidades se pueden encontrar en un estado de insolvencia con sus acreedores no sólo por haber pignorado el aporte constitucional sino por las deudas que han adquirido las administraciones de las corporaciones municipales anteriores. Lo que no permitirá un estado saludable de los rubros de la hacienda pública municipal haciendo inefectivo todos los controles administrativos y legales para cumplir con la función de ejecutar obras públicas.



CAPITULO I

1. Derechos Reales de Garantía

1.1 Hipoteca y Prenda

En la generalidad los derechos reales de garantía se constituyen como derechos accesorios, que son simientes de soporte para otras fuentes de derecho como el caso de las obligaciones. "Se llama así estos derechos porque van encaminados a asegurar o garantizar un crédito, y tienen una condición jurídica, como lo es la de ser derechos accesorios que se constituyen siempre en relación a una obligación principal" ¹

Como la mayoría de tratadistas del derecho civil se interpretan los aspectos fundamentales en que constan estos derechos, su institución en la praxis común del ejercicio del negocio jurídico hace inevitable la división teórica para un profundo y exacto análisis de su esencia.

La Prenda se caracteriza por ser un derecho real de Garantía, es decir, se constituye para garantizar el cumplimiento de una obligación y recae sobre bienes muebles. Se caracteriza porque se pone en posesión de ese bien mueble, bien al acreedor o bien a un tercero, hasta que se cumpla la obligación. Si no se cumple la obligación se puede enajenar la cosa dada en prenda, por eso se trata de un derecho de realización del valor.

La Hipoteca se caracteriza por ser un derecho real de Garantía de carácter accesorio de realización del valor, de constitución registral, que recae sobre bienes inmuebles susceptibles de inscripción o derechos Reales enajenables con arreglo a las leyes impuestas sobre estos bienes, según Podrán ser hipotecados: Los bienes inmuebles susceptibles de inscripción. Los derechos reales enajenables, con arreglo a las leyes,



impuestos sobre los mismos bienes. Por tanto el derecho de Hipoteca se caracteriza porque afecta directa e indirectamente a los bienes hipotecados al cumplimiento de una obligación para cuya seguridad se ha constituido, según se deduce. La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida.

Tanto la hipoteca como la prenda son consecutivos de su afianzamiento para garantizar una obligación que recae sobre un bien mueble o inmueble, por lo cual, en muchas legislaciones latinoamericanas se constituye a dichos derechos como reales, por su inherencia, ya que tiene que llevarse a una obligación registral para su consumación.

“Dichos derechos de garantía son el balance para su concreción en una hipótesis de retención de su efectividad, lo cual deviene de su naturaleza jurídica como constituidos en reserva de posteriores derechos”¹

A seguir se distinguen algunas características de los mismos:

- a) Que no confieren al titular de esos derechos la facultad de disfrutar del bien o bienes sobre los cuales fueron constituidos
- b) que el acreedor hipotecario o prendario, o sea la persona a cuyo favor se constituyó la hipoteca o la prenda, tiene la facultad legal, en caso de incumplimiento de la obligación principal, de promover la venta por la vía judicial del bien o bienes que le sirven de garantía específica;
- c) que tanto la prenda como la hipoteca se derivan de una obligación principal, como, por ejemplo, de un contrato de mutuo (préstamo de dinero u otras cosas fungibles).

¹Couture, Eduardo, **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, ed. Heliasta, 9 ed., año 2003, 432 Pág.



De acuerdo con lo dispuesto en el código civil, la diferencia fundamental entre la hipoteca y la prenda radica en que la hipoteca se constituye sobre bienes inmuebles y la prenda sobre bienes muebles. Así una finca rústica o urbana puede hipotecarse en garantía de una obligación; con ese mismo objeto, un automóvil o un amueblado o un cuadro pueden darse en prenda.

Los derechos reales de garantía surgieron a la vida jurídica en razón que la garantía personal, para el cumplimiento de las obligaciones, no constituye una seguridad específica de que la obligación principal va a ser cumplida por el deudor u obligado.

Llámesse garantía personal aquella por la cual una persona responde del cumplimiento de la obligación que contrajo, con todos sus bienes presentes y futuros, pero sin afectar ninguno de ellos en forma expresa a tal fin y generalmente, sin necesidad de manifestar que todos sus bienes responden al cumplimiento de la obligación, por entenderse implícito ese principio.

A ese respecto, el Artículo 1329 del código civil dispone que la obligación personal queda garantizada con los bienes enajenables (aquellos cuya propiedad se puede pasar o transmitir a otras personas) que posea el deudor en el momento de exigirse su cumplimiento”.

1.1.1. Características de la Hipoteca

Se constituyen para garantizar el cumplimiento de una obligación mediante un bien hipoteca o prenda se pueden asegurar cualquier clase de obligación, ya sean obligaciones puras o sometidas a condición suspensiva o condición resolutoria.



Además la cosa dada en prenda o hipoteca ha de pertenecer en propiedad a la persona que la constituye, las personas que constituyen la prenda o hipoteca tienen que tener la libre disposición de sus bienes y en caso de no tener libre disposición de sus bienes, estar expresamente autorizado. Además los terceros extraños a la obligación principal pueden asegurar actos, pignorando o hipotecando sus propios bienes.

Según el tratadista mexicano Rojina Villegas concluye en un fija característica de los derechos reales de garantía a constituirse por terceros, estas terceras personas extrañas a la relación principal pueden pignorar sus bienes, no es necesario que la cosa que se hipoteca sea de su propiedad, es el hipotecante no deudor, el deudor debe cumplir la obligación pero no es el propietario de la cosa dada en prenda” es esencial en los contratos de prenda e hipoteca que una vez cumplida o vencida la obligación principal puede ser enajenada la cosa dada en prenda o hipoteca, se tratan ambas de derechos reales de realización del valor como establece la doctrina para el derecho de Anticresis.

Dentro de este esquema se hace referencia a las siguientes características que vemos desglosadas a continuación:

“la hipoteca como un derecho de garantía accesorio únicamente concede indivisible y absolutamente el derecho al acreedor sobre la totalidad del bien cubierto, por lo cual su expresión en base contractual, al igual que sus condicionantes y limitación deben de transcribirse como una obligación principal”²

²Rojina Villegas, **Fundamentos del Derecho Civil**, ed. Heliasta, 9a ed, año 2003, 425 Pág.



El autor Alfonso Brañas en su Manual de Derecho Civil establece las extensiones de la hipoteca:

A las accesiones naturales y sus mejoras, a los nuevos edificios que el propietario construya y a los nuevos pisos que levante sobre lo edificios hipotecados, a los derechos del deudor en los exceso de la superficie del inmueble, a las indemnizaciones que se refieran a los bienes hipotecados, concedidos o debidos al propietario por seguros, expropiación forzosa o daños y perjuicios, a las servidumbres y demás derechos reales a favor del inmueble³.

Dentro de la esfera de legislación de los derechos reales de garantía la legislación desarrolla la subhipoteca y las cédulas hipotecarias como un agregado de fuentes de obligaciones, las que se instauran en imponer una garantía sobre un crédito constituido con una hipoteca, con ciertas limitaciones en varias legislaciones latinoamericanas, la subhipoteca con la ejecución del derecho principal de hipoteca pasa a asegurarse como el derecho a instituirse y en el caso de un bien inmueble la subhipoteca subsiste en el lugar de la hipoteca.

Para ejecutar una Hipoteca, los tratadistas y la legislación comparada instituyen varios procedimientos, también hay procedimientos de tipo ejecutivos declarativos, y luego como en la mayoría de legislaciones latinoamericanas hay un procedimiento específico que es la venta ante notario que es un procedimiento extrajudicial.

La institución de derecho real de hipoteca puede garantizar cualquier clase de obligación, ya se trate de obligaciones puras ya se trate de obligaciones sometidas bien

³ Brañas Alfonso, óp. Cit.



a condición suspensiva o bien a condición resolutoria, también los derechos reales de hipoteca son indivisibles aunque se puede dividir el crédito o la deuda.

1.2 La Prenda

“Por su esencia, la prenda se constituye sobre bienes muebles. Es la característica principal que diferencia la prenda de la hipoteca. Ahora bien, característica de la hipoteca es que el bien inmueble hipotecado no se desplaza a la tenencia del acreedor, sigue, en poder del deudor, hasta que, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada por la hipoteca, el bien salga en venta judicial”⁴.

En cambio, el bien mueble dado en prenda, según el criterio que adopte la ley, puede o no salir del poder (posesión) del deudor de ahí que se distingan dos figuras de la prenda:

- a) Prenda con desplazamiento, que se caracteriza porque el bien dado en prenda queda en poder del acreedor o de un tercero (depositario).
- b) Prenda sin desplazamiento, que se caracteriza porque el bien dado en prenda queda en poder del deudor

El código civil, como se verá, acepta que la prenda pueda ser con o sin desplazamiento.

Principales características de la prenda, Como características principales de la prenda, pueden señalarse:

Es un derecho real de garantía, constituido sobre bienes muebles; afecta únicamente los bienes a los que se imponen, sin que el deudor quede obligado personalmente, salvo pacto expreso; el contrato de prenda da al acreedor el derecho de ser pagado

⁴ Brañas Alfonso, óp. Cit.



con preferencia a otros acreedores, del precio en que venda la prenda; es nulo todo pacto que autorice al acreedor para apropiarse la prenda o para disponer de ella por sí mismo en caso de falta de pago; un objeto puede darse en prenda a varias personas sucesivamente, con previo aviso en forma auténtica a los acreedores que ya tienen la misma garantía.

La Prenda y la Hipoteca se diferencian en lo siguiente: La Prenda recae necesariamente sobre cosas muebles susceptibles de posesión y que se encuentren dentro del comercio de los hombres mientras que la Hipoteca recae necesariamente sobre bienes inmuebles o sobre derechos reales que se impongan sobre bienes inmuebles

La Prenda exige desplazamiento de la posesión mientras que en la Hipoteca no existe desplazamiento de posesión.

El Derecho real de Prenda se puede constituir de cualquier forma, sólo se exige que con relación a los terceros conste en instrumento público la certeza de su fecha, mientras que el Derecho de Hipoteca exige la inscripción en el registro con carácter constitutivo, Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere: Que se hayan constituido en escritura pública. Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad. Y para que las hipotecas legales queden válidamente establecidas se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyan.

Es importante mencionar lo respecto a la acción personal que es causada por una promesa de prenda o hipoteca, la cual solo tiene como efecto una acción personal entre los que han realizado la promesa, independientemente de la responsabilidad



penal en la cual puede incurrir el que ofrezca en prenda o hipoteca bienes que sabe que no son de su propiedad.

1.2.1 Modalidades Específicas de la Prenda

El Código Civil guatemalteco regula las denominadas prendas agrarias, ganadera, e industrial, disponiendo dicho artículo que puede constituirse prenda con independencia de los inmuebles a que pertenezcan y quedando en posesión del deudor, sobre los bienes siguientes:

Los frutos pendientes, futuros o cosechados, los productos de las plantas que solo pueden utilizarse mediante corte; los animales y sus crías; las maquinas usadas en la industria; las materias primas de toda clase y los productos en cualquier estado de las fabricas o industrias; los productos de las minas y canteras”⁵.

Dichas modalidades de la prenda son, en la doctrina española, lo que está denomina prenda inmobiliaria. Esa denominación tuvo origen con la prenda agraria, se constituye sobre bienes que jurídicamente son inmuebles en su destino pero a los efectos de constitución de prenda sobre ellos, independientemente del bien inmueble al que estén ligados y al cual formen parte, son considerados por la ley como bienes muebles en el comercio lícito de los hombres, a fin que con dichos recursos en la unión con bienes inmuebles se puedan sustentar como garantías para préstamos financieros y bancarios”⁶.

⁵ Brañas Alfonso, óp. Cit.

⁶ Óp. Cit.



CAPITULO II

2. El Contrato de Fideicomiso

El Decreto Ley 106 Código Civil, regula la capacidad de ejercicio de las personas jurídicas, como la aptitud para ser capaces de contraer derechos y obligaciones, al equiparar la facultad a las entidades públicas como personas jurídicas, la capacidad de ejercicio se desarrolla en todas sus esferas jurídicas. Es de mencionar que las instituciones públicas como las empresas estatales y las corporaciones municipales, son sujetos de obligaciones del negocio jurídico, y por ende al constituirse como partes en cualquier obligación que implique la grabación de un bien con un derecho real de garantía como la prenda, una hipoteca o la pignoración; pueden celebrarse cumpliendo con todos los requisitos legales y contractuales, además de lo establecido en las leyes regulatorias de dichos entes.

Por lo cual esta tesis desarrolla en el siguiente capítulo: “El Contrato de Fideicomiso” que es sin duda el modelo más propicio según los tratadistas, de cómo pueden los entes públicos constituir garantías y pignoraciones de sus bienes, estando los beneficiarios incluidos en el contenido de la función pública de dichas entidades.

2.1 Antecedentes Históricos:

En base al extracto sacado de la Enciclopedia General de Derecho de Guillermo Cabañelas se describe la siguiente sinopsis de los antecedentes históricos del contrato de fideicomiso comenzando con una de las fuentes más primordiales de nuestro derecho actual como lo es el Derecho Romano y terminando en la época contemporánea en México y en Guatemala. En Roma los antecedentes históricos del



contrato de fideicomiso datan del doscientos ochenta antes de Cristo al quinientos sesenta y cinco después de Cristo (280 A.C. 565 D.C.). El Derecho Romano en sus comienzos, no conocía las distintas formas de garantías, tales como: Hipoteca, Prenda, Fianza, por lo que el deudor en virtud del principio de responsabilidad personal, respondía con su persona, de sus eventuales incumplimientos, como esclavo de su acreedor. Al eliminarse la responsabilidad personal del deudor, el Derecho Romano entra en una etapa de crisis en materia de obligaciones, toda vez que el acreedor, al no existir una garantía para la recuperación de su acreencia, se encuentra en total indefensión jurídica. Surge entonces, como creación del Derecho Civil Romano, la figura del Pacto de Fiducia: La Fiducia, consistía en la transmisión de propiedad que se acompaña en un pacto llamado "**pactumfiduciae**", mediante el cual, la persona que recibía la propiedad, se obligaba frente al otorgante de la misma, a reintegrársela, después de realizar determinadas tareas, al propio otorgante o a terceras personas. En Roma se conocieron dos tipos de Fiducia: *Fiducia cum creditore*, cuya finalidad era proporcionar al acreedor de una garantía real para asegurar una deuda. El deudor transmitía la propiedad del bien a su acreedor, y este lo recibía en virtud del Pacto Fiducia, comprometiéndose éste último a reintegrarla al deudor cuando él hubiese pagado su deuda. **Fiducia cum amico**, una persona recibía un bien de otra, para que pudiera usarlo y disfrutarlo gratuitamente, con la obligación de devolverlo a quien se lo había otorgado. En la Edad Media surge la figura del contrato de fideicomiso alrededor del periodo del cuatrocientos setenta y seis después de Cristo al año mil cuatrocientos cincuenta y tres (476 D.C. a 1453 D.C) en donde según las fuentes de los tratadistas modernos surgió el fideicomiso actual, y tiene su orientación en el *Trust* o fideicomiso



anglosajón, el cual consiste en la separación que hace una persona llamada *Settlor*, de un conjunto de bienes de cualquier tipo (Muebles, Inmuebles, Créditos, etc.), de su fortuna para confiarlos a otra persona llamada *Trustee*, con la finalidad de que ésta haga de ella, un uso prescrito en provecho de un tercero llamado *Cestui Que Trust*. El *Trust*, estuvo muy desarrollado durante toda la edad media y sirvió de aliciente para la consolidación de esta figura contractual. En Latinoamérica el país que más ha desarrollado la figura del Fideicomiso es México, cuya práctica es superior a los cuarenta años, destacándose principalmente en los Fideicomisos Inmobiliarios. El fideicomiso mexicano es una institución inspirada en el *Trust* del Derecho inglés y del estadounidense, sin embargo algunos autores afirman que su antecedente viene del Derecho Romano, porque ahí nacen los primeros Contratos de *Fideicomissum*.

En los países Americanos, cuyas leyes están inspiradas en el Derecho Romano, se ha venido conociendo y operando en mayor o menor grado, ciertas operaciones de confianza, y dentro de ellas se destaca de manera particular y especial el Fideicomiso. En Guatemala El fideicomiso surgió con la Constitución de 1945; posteriormente se legisló en forma ordinaria sobre el mismo y se le situó en el Decreto Ley 106; Código Civil, al emitirse el Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Comercio, se le trasladó al terreno mercantil por considerar que es un negocio bancario; por lo mismo, del Derecho Mercantil. El argumento es aceptable, pero debe recordarse que el fideicomiso encierra una modalidad de propiedad que se sale de los esquemas tradicionales, y si bien su régimen en general es conveniente que figure en el Código de comercio, también es necesario que en el Código Civil figuren normas que delimiten esta modalidad especial de propiedad cuyos alcances veremos más adelante.



2.2 Definición

El vocablo Fideicomiso deriva del latín *fideicommissum*, donde *fideses* fe y *commissum* confiado, encargo, comisión, encomienda. El término Fideicomiso, se desprende al tratarse simplemente de un encargo o una comisión de confianza. La comisión de confianza, se caracteriza principalmente en la necesidad de una persona llamada Fideicomitente (Fiduciante) de depositar su confianza en un administrador (Fiduciario) para un fin determinado, él cual acepta el encargo, y recibe los bienes transferidos por él primero, no siendo éstos, patrimonio de quien los gerencia, ni pudiendo utilizarlos en su beneficio. En tal sentido el fideicomiso, pudiera ser resumido a grandes rasgos, como una gerencia confiable de bienes de manera personalizada, de acuerdo al encargo recibido por el Administrador (Fiduciario o Fiduciaria) del Fideicomitente, a favor de un Beneficiario (fideicomisario).

2.3 Características del Fideicomiso

- a) es un negocio que puede presentarse como acto unilateral (por testamento) o como acto bilateral (por contrato).
- b) Es un negocio oneroso. Esta característica deviene de la misma naturaleza mercantil del fideicomiso y se conforma en el artículo 793 del Código de Comercio, en donde se prescribe que el fiduciario tiene el derecho a honorarios en compensación por sus servicios, los que serán por cuenta del fideicomitente, del fideicomisario y de ambos a la vez. Para tal efecto, el fiduciario tienen preferencia frente a otros acreedores en resguardo de su derecho.
- c) Es un negocio nominado legislativamente;



- d) Es un negocio típico mercantil;
- e) Es formal *ad solemnitatem*. Debe constar necesariamente en escritura pública en las dos formas de presentarse la constitución. La ausencia de esa formalidad, hace inexistente el vínculo.
- f) Es de tracto sucesivo porque la consumación del negocio se prolonga en el tiempo. Así el Artículo 787 inciso 7º. Del Código de Comercio establece que el fideicomiso tiene un plazo máximo de 25 años, salvo que se pacte a favor de un incapaz, enfermo incurable o institución de asistencia social, en donde no opera dicho límite. Puede suceder que en el instrumento se establezca un límite mayor; en esa circunstancia el vínculo negocial existe, pero el plazo se reduce a límite legal; y
- g) Es consensual cuando se formaliza mediante contrato. Esta característica no tiene razón de ser cuando proviene de una declaración unilateral de voluntad.

2.4 Partes que Integran El Fideicomiso

Fideicomitente: Es la persona que mediante testamento o contrato, transfiere bienes con un fin específico. La declaración de voluntad la puede hacer por sí o por medio de apoderado con facultades especiales para constituir fideicomisos. Como es un acto de disposición patrimonial, la ley exige que el fideicomitente tenga capacidad para enajenar. En el caso de los menores, incapaces y ausentes, sus representantes legales pueden constituir fideicomisos por sus representados, siempre que medie autorización judicial.

Fiduciario: A quien se le confían los bienes fideicometidos y se le encarga darles el destino que se previó en el instrumento constitutivo, se le llama fiduciario. Únicamente



los bancos o instituciones de crédito autorizadas por la Junta Monetaria, pueden desempeñarse como fiduciarios. En el caso de los bancos actuar como fiduciarios significa una operación neutra que reporta beneficios en concepto de honorarios. El fiduciario nunca puede tener la calidad de fideicomisario del fideicomiso en que intervenga como tal. Cuando el fideicomiso se organiza mediante contrato, la figura del fiduciario aparece suscribiendo el contrato, según lo convenido en la policitud del negocio. Pero, cuando es por testamento, puede suceder que se omita quien va a tener esa calidad. En este caso la ley establece que el juez competente, a propuesta del fideicomisario o por iniciativa judicial, si no recibiere respuesta, hará la designación correspondiente. Pueden también existir varias personas como fiduciarios, quienes actuarán conjunta o sucesivamente según lo previsto en el instrumento constitutivo.

Como el servicio del banco o de la institución de crédito no es gratuito, el fiduciario tiene los siguientes derechos: ejercitar las facultades y efectuar las erogaciones necesarias para el cumplimiento del fideicomiso, con las limitaciones que le imponga la ley o el instrumento constitutivo; accionar en defensa de los bienes fideicometidos, otorgar mandatos especiales, con representación, delegando su actuación como fiduciario; y, percibir la remuneración que le corresponda por el servicio que presta, la que podrá deducirse de los ingresos del fideicomiso y con preferencia sobre otros acreedores. Como consecuencia de esos derechos, se le atribuyen las siguientes obligaciones: ejecutar el fideicomiso de acuerdo a la voluntad de quien lo instituyó; desempeñarse con diligencia y no renunciar al cargo sino por causa grave calificada por Juez de Primera Instancia; tomar posesión de los bienes fideicometidos y velar por su conservación y seguridad; y, Llevar control contable del fideicomiso, por separado



de los demás negocios que se atienden, debiéndose rendir cuentas del mismo por lo menos una vez por año o, cuando sea requerido por el fideicomitente o el fideicomisario.

El fiduciario puede ser removido de su cargo si incumple las obligaciones antes detalladas. Asimismo, procede la remoción si surgen intereses antagónicos entre el fiduciario y el fideicomisario. La remoción del fiduciario no significa el fin del fideicomiso, a menos que resulta insustituible según las circunstancias estipuladas en el instrumento constitutivo.

Fideicomisario: Es la persona que resulta beneficiada con motivo de la ejecución del fideicomiso, se le denomina fideicomisario. La ley requiere que tenga capacidad para adquirir derechos y su designación puede aparecer en el instrumento constitutivo o por lo menos darse los parámetros que servirán para determinarlo. Por ejemplo, si se constituyera un fideicomiso para becar a estudiantes universitarios que por sus notas sobresalientes quisieran continuar una especialización en el exterior, las calificaciones servirían para determinar a los fideicomisarios definitivos dentro de una carrera, una Universidad, y demás. El fideicomisario tiene los siguientes derechos: ejercitar los que le confiere la ley y el instrumento constitutivo; exigir el cumplimiento del fideicomiso; pedir la remoción del fiduciario por las causas anteriormente expuestas; impugnar los actos realizados por el fiduciario con manifiesta mala fe o con infracción de las reglas del fideicomiso, exigiendo la restitución de los bienes que hubieren salido del patrimonio fideicometido como consecuencia de los actos impugnados; y, revisar por sí o por medio de apoderado, los libros, cuentas y comprobantes sobre las operaciones



del fideicomiso y mandar a practicar auditoría. Ahora bien, como puede suceder que el fideicomiso este funcionando y no exista aún fideicomisario, mientras éste es designado, corresponde al Ministerio Público el ejercicio de los derechos apuntados.

2.5 Clases de Fideicomiso.

Las clases de fideicomiso no es un problema de legislación. En la doctrina se señalan tantas clases de fideicomisos como fines que se pretenda lograr con él. Por lo que a continuación designaremos algunos.

- a) Fideicomiso de Inversión: Por medio de un contrato, el Fideicomitente (persona natural o jurídica), transfiere dinero o bienes (muebles o inmuebles) al Fiduciario, quien asume la responsabilidad de administrarlos e invertirlos en instrumentos de buen rendimiento, fácil liquidación y seguridad. Los rendimientos generados en ocasión de tales inversiones, serán capitalizados o bien entregados a favor del mismo Fideicomitente o del Beneficiario que al efecto designe.
- b) Fideicomiso de Administración: En este tipo de Fideicomiso, el Fiduciario, administra los bienes entregados por el Fideicomitente, para la ejecución de obras, proyectos o servicios en general, según las condiciones que se hayan establecido en el contrato.
- c) Fideicomiso de Prestaciones Sociales: Consiste en la administración de los recursos aportados por el patrono, derivados de las obligaciones de antigüedad de sus trabajadores, de acuerdo a lo establecido en la legislación laboral de cada país.



- d) Fideicomiso de Caja de Ahorros: Consiste en la administración e inversión de los recursos que aportan los empleados y las empresas con la finalidad de crear hábitos de ahorro y mejoras socioeconómicas como beneficio de los trabajadores.
- e) Fideicomiso de Hospitalización: Se constituye con la finalidad de proteger económicamente a los Beneficiarios designados por el Fideicomitente en el contrato, de los eventuales gastos médicos o de hospitalización en los que pudieran incurrir, hasta por las cantidades de dinero mantenidas en el Fondo Fiduciario.
- f) Fideicomiso de Pensión y Jubilación: Es la administración de los recursos monetarios destinados a planes y fondos de pensión y retiro, que se establecen particulares o empresas a favor de su personal, a fin de proteger el futuro.
- g) Fideicomiso Testamentario: Se constituye con la finalidad de que los bienes entregados en Fideicomiso, sean administrados al fallecimiento de El Fideicomitente, a favor de los Beneficiarios, siguiendo estrictamente las instrucciones impartidas por El Fideicomitente Testador.
- h) Fideicomiso de Garantía: es aquel en el cual, el Fideicomitente, transfiere bienes de su propiedad, (muebles, inmuebles, efectivo), al Fiduciario, con la finalidad de garantizar obligaciones a determinadas personas, designándolas Beneficiarias en el Fideicomiso, hasta el cumplimiento de dichas obligaciones.
- i) Fideicomiso de Seguros de Vida: Consiste en administrar la indemnización total o parcial recibida de la compañía aseguradora, al ocurrir un siniestro o accidente de acuerdo a las instrucciones previas del asegurado.
- j) Fideicomiso Inmobiliario: se constituye con la finalidad de garantizar a los adquirentes de bienes inmuebles, la correcta aplicación de sus aportes a la



construcción de los mismos, y facilitando al promotor (constructor), la utilización racional de dichos aportes.

- k) Fideicomiso de Titularización: El Fideicomitente entrega bienes de cualquier tipo al Fiduciario, para que éste, con base en el valor real de los mismos, emita títulos valores y los coloque en el mercado bursátil a través de la Bolsa de Valores, a fin de captar recursos líquidos, que según el caso, trasladará al Fideicomitente o los destinará a cumplir con el fin establecido por éste en el contrato de fideicomiso.
- l) Fideicomiso de Educación: Es aquel que se constituye con un patrimonio para que, a través de su administración, se garanticen los gastos de educación de los Beneficiarios del fideicomiso.
- m) Fideicomiso Público: Se constituye con la finalidad de utilizar los fondos presupuestarios de organismos del Estado, en programas preestablecidos por el mismo.

2.6 El control de los fideicomisos en Guatemala

Como el desarrollo de la anterior doctrina nos deja una clara percepción de lo que concierne a la utilización de los fideicomisos por parte del estado como portadores de fondos destinados para el aprovechamiento de funciones públicas sin embargo el escaso contenido y algunas lagunas legales nos hace hacernos referencia a lo descrito por el señor Súper Intendente de Bancos en su opinión con respecto a estas figuras legales que se publicara el día quince de mayo del año dos mil doce y que describe una claro crisol de la laguna legislativa y gubernativa a describir entes encargados de la fiscalización de estas figuras jurídicas, “al respecto, me permito comentarle que según



el Artículo 232 de la Constitución Política de la República de Guatemala, a la Contraloría General de Cuentas le compete fiscalizar los ingresos, egresos y en general todo interés hacendario de los organismo del estado, los municipios, entidades descentralizadas y autónomas, así como de cualquier persona que reciba fondos del Estado o haga colectas públicas; también, los contratistas de obras públicas y cualquier otra persona que por delegación del estado invierta o administre fondos públicos . Conforme el Artículo 2 de la ley orgánica de la Contraloría General de Cuentas, a dicho ente le compete la función fiscalizadora en forma externa de los activos y pasivos, derechos, ingresos y en general, de todo interés hacendario de los organismos del estado y demás entidades y personas anteriormente detalladas, y con ocasión de esta función fiscalizadora deberá velar, entre otras funciones, por la calidad del gasto público.

En relación a esta última función, la Contraloría General de Cuentas es la encargada de analizar y evaluar la calidad y el impacto en el manejo de los recursos y bienes del estado, así como la ejecución financiera del presupuesto de egresos asignado y como parte de esta atribución específicamente le compete evaluar la gestión administrativa y financiera de las entidades sujetas a fiscalización, bajo los preceptos de eficiencia, eficacia, racionalidad del gasto y costo-beneficio.

El Código de Comercio de Guatemala, en sus Artículos 766 y 768, contemplan que el contrato de fideicomiso consiste en que el fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados y que sólo podrán ser fiduciarios los bancos establecidos en el país y las instituciones de crédito autorizadas por la junta monetaria.



Congruente con lo anterior, el Artículo 33 de la ley Orgánica del Presupuesto establece que los recursos financieros que el Estado asigne con obligación de reembolso a sus entidades descentralizadas y autónomas para que los inviertan en la realización de proyectos específicos de beneficio social y que produzcan renta que retorne el capital invertido, podrán darse en fideicomiso; asimismo, los fondos sociales podrán ejecutar sus proyectos bajo dicha figura, estos fideicomisos se constituirán en cualquier banco del sistema nacional. Admiten la existencia de fideicomisos con fondos del Estado así como su constitución en cualquier banco del sistema, esto obedece entre otras razones, a que la banca es una actividad sumamente especializada, sometida a normas que regulan sus actividades, por esta parte la realidad del que hacer público hace referencia en como las corporaciones municipales hacen uso de estos contratos como mediadores en la ejecución de obras públicas denominando a un banco del sistema como el sujeto fiduciario de un rubro determinado de fondos con un fin específico de aplicación por lo cual dichas corporaciones se constituyen paralelamente como deudoras de la entidad fiduciaria dando como una garantía activa algún activo del patrimonio neto municipal.

Por su parte, el Artículo 32 de la ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del estado para el ejercicio fiscal 2012, en su parte conducente, establece que la contraloría general de cuentas ejercerá fiscalización sobre todas las operaciones de los fideicomisos estatales, para cuyo fin, los fideicomitentes, fiduciarios y cualquier entidad pública o privada que intervenga en los contratos respectivos, así como las dependencias o entidades que coordinen o ejecuten las operaciones de los fideicomisos, deberán proporcionar toda la documentación e información que la citada



Contraloría y el Congreso de la República les requiera. Esta fiscalización es independiente a la que efectúa la superintendencia de bancos a los fiduciarios, de acuerdo con la legislación vigente, así como de las auditorías externas independientes que para el efecto se contraten.

De acuerdo con la norma anterior, a la Contraloría General de Cuentas le corresponde fiscalizar todas las operaciones de los fideicomiso estatales como ya se ha analizado, por lo que en el manejo de estas funciones se puede dirigir a los fideicomitentes, fiduciarios (bancos en instituciones de crédito) y cualquier entidad pública o privada que intervengan en el contrato, velando por la calidad del gasto público.

Ahora bien al referido precepto legal regula que dicha actividad de fiscalización es diferente a la que realiza la Superintendencia de Bancos; en ese sentido, de lo preceptuado en los Artículos 41, literal e) numeral 1 de la ley de Bancos y Grupos Financieros y 2, primer párrafo de la ley de Supervisión Financiera, se establece que la Superintendencia de Bancos es la encargada de la supervisión del fiduciario, a efecto que adecue sus actividades y funcionamiento a las normas que le son aplicables, así como que evalúe el riesgo que asume al prestar este servicio; en otras palabras este órgano supervisor verifica que la entidad bancaria realice su función de acuerdo a los fines y condiciones establecidos en el contrato de constitución del fideicomiso y que mitigue adecuadamente los riesgos que se deriven de su ejecución, por lo que no puede interferir en la fiscalización de las operaciones de la administración del gasto público de fideicomiso constituido con fondos públicos, la cual compete a la Contraloría General de Cuentas.



Adicionalmente, el Artículo 23, inciso 6, de la ley de acceso a la información pública, establece como información reservada aquella que guarde relación con aspectos de vigilancia e inspección por parte de la superintendencia de bancos; de manera que esta última no está facultada por la ley para proporcionarle información a la contraloría general de cuentas respecto de la supervisión que realiza a los fiduciarios de los fideicomisos públicos, ya que la misma es de carácter reservado por mandato legal expreso.

El Artículo 34 de la ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del estado para el ejercicio fiscal 2012 regula que las autoridades superiores de las entidades de la administración central, descentralizadas y autónomas, y los encargados de la unidades ejecutoras a quienes se les delegue la administración y ejecución del fideicomiso, serán responsables de su cumplimiento y rendición de cuentas, así como velar que los fiduciarios cumplan con sus funciones, las autoridades superiores de las entidades referidas, son responsables de ver y exigir el cumplimiento de los fines y objetivos del fideicomiso, de cumplir las obligaciones establecidas en dicha ley y las disposiciones complementarias que se emitan; los responsables de los fideicomisos conjuntamente con los fiduciarios están obligados al control de los bienes que se adquieren con los fondos fideicometidos, debiendo tomar medidas de control y resguardo de dichos bienes en los sistemas que corresponda".



CAPITULO III

3. Ingresos Municipales la Asignación del Diez Por Ciento Constitucional

Guatemala tiene un área de 108.889 kilómetros cuadrados. De acuerdo con el último censo, realizado en el año 2002, el país contaba con 11.237.196 habitantes. Su tasa de crecimiento de población es de 2,6%. Es un país multiétnico, pluricultural y multilingüe, donde, además del castellano (idioma oficial), se hablan 22 idiomas más (20 mayas, el xinca y el garífuna). El país ocupa el puesto número 120 en el índice de desarrollo humano. A partir de 1986 Guatemala vive un nuevo orden constitucional democrático, habiendo logrado en la década pasada una tasa de crecimiento económico del 4,1%; sin embargo, en los últimos tres años el crecimiento promedio ha sido menor del 3%. En el 2000, el 40,5% de los guatemaltecos eran pobres y el 15,7% extremadamente pobres. Para llevar a cabo el proceso de descentralización eficiente es necesario transferir recursos financieros al igual que contar con sistemas de rendición de cuentas. Después de un largo período de guerra civil que vio sus momentos más convulsos en 1982, tres años después, en 1985, el País aprobó una Constitución y celebró elecciones libres certificadas como un reflejo verdadero de la voluntad ciudadana. Finalmente, el 14 de enero de 1986 el país entró en un proceso de democratización largamente esperado.

La Asamblea a cargo de redactar y aprobar la Constitución incluyó el Artículo 257, el cual especificaba que el 8% de los "ingresos ordinarios" (un concepto cercano pero no idéntico a "ingresos corrientes"), debería ser asignado a las municipalidades de acuerdo a un conjunto de criterios redistributivos (básicamente relacionados con población total, rural y los ingresos propios recaudados por las municipalidades).



La única limitación a esta transferencia por parte del gobierno central, exigida directamente a las municipalidades, era que el 90% de la cantidad total recibida, debía ser invertida en infraestructura y el 10% restante podía asignarse al funcionamiento de las municipalidades (principalmente salarios). Esta medida fue denominada "aporte constitucional" (AC) el cual es entregado trimestralmente por el Ministerio de Finanzas Públicas.

Políticamente, las medidas de descentralización eran consideradas ajustadas a las metas democráticas y este aporte constitucional del 8% intentaba llegar rápidamente a las comunidades alejadas para atender necesidades insatisfechas por largo tiempo. Sin embargo el propio proceso de distribución de los fondos, en particular en relación con las comunidades indígenas, generó una desconfianza en el proceso de descentralización que se estaba iniciando.

Sin embargo, estas medidas fueron profundizadas, mejoradas y ampliadas a través de los años. En 1993, durante la presidencia del Licenciado Ramiro De León Carpio se reformó la Constitución Política, eliminando la clasificación de las municipalidades y las elecciones municipales a mitad de período; se elevó de 8% a 10% el aporte constitucional a las mismas, destinándose, como mínimo, el 90% a programas y proyectos de educación, salud, obras de infraestructura y servicios públicos.

Asimismo a comienzos de 1997, el Impuesto al Valor Agregado (IVA) fue aumentado del 7% al 10%, y el 1% de esta contribución fue también asignado a las municipalidades.

Posteriormente, este porcentaje fue aumentado al 1,5% (2001). Ambos rubros, el



Aporte Constitucional y la asignación de la contribución del IVA-PAZ junto, representaron el 48,8% de los ingresos totales municipales en 1999.

Por otro lado, surgieron los Fondos de Inversión Social que consistían en una concentración de recursos, que provenían del gobierno y de agencias bilaterales y multilaterales, que se especializaban en proyectos pequeños, fuertemente demandados por las comunidades locales. En Guatemala, este esquema llegó algo tarde pero una vez que el primero fue aceptado en 1993, la cantidad de fondos se expandió rápidamente a punto tal que en 1999 había 19 de ellos operando en el país.

Las nuevas prioridades también han permitido a los gobiernos locales contraer deudas, añadiendo los bancos comerciales a las instituciones públicas que, con anterioridad, habían sido su fuente financiera en el pasado. Este rubro contribuyó con el 11,3% de los ingresos totales municipales en 1999.

Recientemente, una nueva posibilidad de incrementar los ingresos propios para los gobiernos locales es la transferencia del impuesto único sobre inmuebles que en otras partes del mundo resulta ser un elemento clave para la autonomía municipal. Existen 142 municipios que recaudan este impuesto, de un total de 333. Este es un programa auspiciado por el Ministerio de Finanzas Públicas que ha permitido que los municipios puedan incorporarse voluntariamente si demuestran tener la capacidad para administrarlo. El programa comenzó en 1994 y para 1999 constituía el 4,3% respectivamente del ingreso total municipal, habiendo experimentado un crecimiento del 12% en este último año con relación al anterior. Además, las municipalidades continuaron recibiendo un impuesto de aproximadamente US\$ 0,02 por galón de



gasolina superior o regular en el presente y otro impuesto sobre la circulación de vehículos.

En el año 2002 se aprobó el nuevo marco legal para el proceso de descentralización, con la aprobación de la Ley General de Descentralización, así como el nuevo Código Municipal y la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural.

Los principales desafíos que implica impulsar el proceso de descentralización y desarrollo municipal en Guatemala, se refieren al establecimiento de un marco nacional de políticas, que permita definir una mejor correspondencia entre las competencias y recursos a nivel municipal y determine un adecuado balance entre la autonomía municipal, el control presupuestario, la rendición de cuentas y el equilibrio fiscal.

3.1 Fundamentos Jurídicos de las Competencias Municipales y de su Financiamiento

La juridicidad del Estado de Derecho en toda entidad centralizada y descentralizada del Estado es un garante de la autonomía funcional de cualquier gobierno tanto local como nacional por tal circunstancia es vital que las competencias correspondientes de toda institución deben de tener un marco de legalidad al igual que una constante de enlaces en lo referente a la materia de gastos e ingresos públicos para lograr un efectivo eficientamiento en el empleo del heraldo publico en sus fines previstos

3.1.1 Las Competencias u Obligaciones Municipales

En el ambiente jurídico guatemalteco suele decirse que la diferencia entre el derecho privado y el público se encuentra en las omisiones. En el derecho privado lo que no



está explícitamente prohibido está permitido y en el público lo que no ésta explícitamente permitido no tiene sustento jurídico y por lo tanto es ilegal.

Esta doctrina en la práctica ha conducido a imprecisiones legislativas que inducen a errores en la interpretación y aplicación de las leyes. De esa cuenta, no es raro encontrar contradicciones en una misma ley y es frecuente encontrarlas profusamente en un análisis comparado de la legislación en su conjunto.

La legislación que atañe al municipio, su existencia y funcionamiento no está exenta de los extremos citados. Las competencias municipales están referidas como funciones, fines, obligaciones, atribuciones y cualquier término sinónimo, sin llegar a establecer cuáles son las responsabilidades primarias y directas del municipio como institución de derecho y de las autoridades que lo representan, por elección o nombramiento, en forma personal o colegiada.

El análisis que se expone a continuación no pretende adentrarse en consideraciones doctrinarias. Simplemente es la búsqueda de los fundamentos jurídicos que permiten que los municipios funcionen con eficiencia, eficacia y transparencia. Se trata también de insistir reiteradamente en las contradicciones conocidas de las leyes, para crear conciencia sobre los efectos que producen y la necesidad de enmendarlas.

El hilo conductor del análisis es la búsqueda de las condiciones legales que permitan y faciliten la realización de las competencias municipales, denunciar las intenciones que subyacen en las contradicciones de las leyes y, particularmente, encontrar caminos transparentes que permitan que los municipios obtengan y utilicen apropiadamente los recursos suficientes y oportunos para el cumplimiento de sus obligaciones, llámense éstas competencias, fines, atribuciones o funciones.



Se parte de la afirmación de que existen fundamentos jurídicos suficientes para garantizar la existencia de los municipios y de su funcionamiento, y de que existen obstáculos que impiden a los municipios actuar efectivamente en el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades, especialmente en la gestión financiera.

Estos obstáculos obstruyen su modernización e impiden su transparencia.

La Constitución Política dedica un capítulo especial (Capítulo VII) al Régimen Municipal donde establece categóricamente las funciones del municipio en el Artículo 253 que se refiere a la autonomía municipal y de esta manera institucionaliza la autonomía en las funciones del municipio. En esa disposición se determina que al municipio le compete:

- a) elegir a su gobierno y otras autoridades;
- b) obtener y disponer de sus recursos; y,
- c) atender los servicios públicos locales, el ordenamiento territorial de su jurisdicción y el cumplimiento de sus fines propios.

Los artículos siguientes del Capítulo VII determinan cómo se integra y ejerce el gobierno municipal, enfatiza la obligación de procurarse los recursos económicos para realizar las obras y los servicios que sean necesarios y, en un artículo específico, el Artículo 257, el Estado a través del organismo ejecutivo se obliga a proveerle recursos económicos destinados en un noventa por ciento a programas y proyectos de:

- a) educación;
- b) salud preventiva;
- c) obras de infraestructura; y,
- d) servicios públicos que mejoren la calidad de vida de los habitantes.



Por su parte, el Código Municipal establece (Artículo 7) como fines generales del municipio los siguientes:

- a) cumplir y velar por que se cumplan los fines y deberes del Estado, detallados extensamente como obligaciones del mismo en el Artículo 119 de la Constitución Política;
- b) ejercer y defender la autonomía municipal, conforme a la Constitución Política y el Código Municipal;
- c) impulsar permanentemente el desarrollo integral del municipio;
- d) velar por su integridad territorial, el fortalecimiento de su patrimonio económico y financiero y la preservación de su patrimonio cultural y natural; y,
- e) promover sistemáticamente la participación efectiva, voluntaria y organizada de los habitantes en el análisis y resolución de los problemas locales.

Los fines generales referidos son materia de tratamiento detallado (Art. 40) como competencias de la corporación municipal. Se establece también que, como parte de su organización (Art. 56), deben integrarse las comisiones que estudien y dictaminen sobre asuntos de competencia del municipio, entre todas, siete tienen carácter obligatorio y son las siguientes:

- a) finanzas;
- b) salud pública y asistencia social;
- c) educación, cultura, turismo y deportes;
- d) agricultura, ganadería y alimentación;
- e) protección del medio ambiente y patrimonio cultural;
- f) urbanismo y desarrollo urbano y rural; y,



g) probidad.

El listado de las comisiones municipales, a excepción de las de seguridad y relaciones exteriores, corresponde a las funciones básicas del Estado. ¿Supone esta y otras coincidencias que el municipio pretende replicar en pequeño las funciones del Estado?

La respuesta es negativa. La intención que se percibe a nivel del municipio es que no se trata de replicar al Estado en el municipio, sino que simplemente se busca tener mecanismos de interlocución para cuando sea necesario demostrar que el municipio está preparado para actuar. Esta hipótesis se validó en dos reuniones departamentales de alcaldes, en la que todos ellos, al igual que los tesoreros y secretarios asistentes, respondieron que las comisiones estaban legalmente nombradas pero que no operaban por falta de capacidad.

Uno de los aspectos que el Código Municipal destaca dentro de las “obligaciones de la municipalidad” (Art. 112) con un título específico (Título VIII), es el ordenamiento territorial y desarrollo integral del municipio. Las obligaciones son:

- a) la municipalidad está “obligada” a formular y ejecutar planes de ordenamiento territorial y desarrollo integral del municipio y los primeros mencionados deben ser aprobados con el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros que integran la corporación municipal;
- b) la aprobación y autorización por la municipalidad de todas las formas del uso del suelo;
- c) garantizar como mínimo el establecimiento, funcionamiento y administración de los servicios públicos de vías de comunicación urbana, agua potable, energía eléctrica



- pública y domiciliar, alcantarillado y drenajes, disposición de áreas para parques, escuelas, mercados, centros y puestos de salud y recreación y deportes;
- d) el conocimiento y aprobación de las obras públicas de desarrollo urbano que desarrolle el Estado; y,
- e) la autorización para edificaciones de todo tipo incluyendo las que se hagan en las orillas de las carreteras en jurisdicción del municipio.

Las obligaciones descritas merecen un estudio específico por su importancia, trascendencia y los efectos que supone tomar o no decisiones al respecto. En primer lugar, la “obligación municipal” relacionada con el ordenamiento territorial no se cumple a cabalidad en ninguno de los municipios de Guatemala.

En segundo, los servicios públicos que la municipalidad “debe garantizar” están condicionados a la obtención de recursos externos por la carencia municipal de recursos propios.

Y, finalmente, las municipalidades todas, incluyendo la de la ciudad de Guatemala no están en capacidad de exigir el cumplimiento de las leyes en materia de construcciones y funcionamiento de los servicios públicos.

La inexistencia de un plan de ordenamiento territorial debería ser un impedimento para otorgar las transferencias y autorizar créditos a las municipalidades, pero esa responsabilidad no es exigida, no obstante que el incumplimiento por los funcionarios de estas obligaciones se tipifica como un delito penal que se denomina negligencia. A pesar de ello ningún alcalde ha sido enjuiciado por esta causa. Otros ejemplos son los casos de autorizaciones para las que están facultadas y obligadas las municipalidades



que no se cumplen, como la construcción de obstáculos en la vía pública que impiden la libre locomoción de los ciudadanos. Un caso más ha sido la privatización de empresas públicas por el Estado que no fue consultada y menos autorizada por las municipalidades, sin considerar que éstas utilizan propiedades municipales para la instalación de su planta externa. En los casos ejemplificados existe una violación de la Constitución y de las leyes sin que se apliquen controles ni sanciones.

En conclusión, el problema no radica en la falta de competencias municipales para hacerse cargo de las funciones básicas que requiere el desarrollo del municipio, pues éstas les están legalmente asignadas, sino que radica en la inoperancia de la mayoría de los gobiernos municipales para actuar legal, técnica y financieramente. A su vez, las capacidades de los gobiernos locales dependen de la voluntad política del gobierno en general, de los recursos condicionados e insuficientes que se asignan a los municipios y de la respuesta técnica y gerencial de los propios gobiernos locales para hacerse cargo de la entrega de bienes y servicios que demandan los vecinos.

3.1.2 Otro Enfoque de las Competencias

El análisis precedente muestra que las competencias municipales en Guatemala abarcan un espacio amplio y flexible. Las competencias obligadas de los gobiernos locales se pueden clasificar en intransferibles o exclusivas y en competencias compartidas.

Las competencias exclusivas son las que se circunscriben a una jurisdicción municipal y por esa razón son de la incumbencia particular de la corporación municipal de ese municipio. Las acciones que se derivan de estas competencias deben realizarse bajo la



responsabilidad y dirección del gobierno municipal y no pueden transferirse ni delegarse a otras instancias del gobierno nacional. En este grupo de competencias se incluyen las siguientes:

- a) elección del gobierno local. Elegir a las autoridades y organizar el gobierno del municipio;
- b) organización y funcionamiento del gobierno municipal. De acuerdo con los planes de trabajo y resultados esperados en cada período municipal, establecer la organización apropiada para la gestión municipal incluyendo la modernización y actualización de los sistemas y equipos utilizados en la gestión administrativa, financiera y de los servicios municipales; establecer instancias permanentes de participación ciudadana para la consulta y ejecución de los planes y para la auditoria social sobre la gestión municipal en su conjunto;
- c) promoción del desarrollo con responsabilidad. Estimular la organización de la sociedad y su participación en todas las acciones orientadas a definir, aprobar, apoyar la ejecución, controlar y evaluar las políticas de desarrollo municipal y su realización;
- d) planificación del desarrollo. Planificar el desarrollo integral del municipio estableciendo los resultados concretos que se persiguen en los programas y proyectos a diferentes plazos y someterlos a consulta pública para garantizar su ejecución, especialmente cuando trasciendan varios períodos de autoridades municipales;



- e) ordenamiento territorial. Formular el plan de ordenamiento territorial y ejecutarlo gradual y progresivamente con metas y resultados concretos para el corto, mediano y largo plazo;
- f) registro civil. Establecer, mantener y enriquecer el registro civil de las personas de la jurisdicción municipal:
- g) registro del patrimonio municipal. Establecer, mantener y desarrollar el registro del patrimonio inmobiliario y de recursos naturales y el patrimonio cultural de la jurisdicción municipal;
- h) registros patrimoniales. Establecer y mantener los registros patrimoniales del territorio del municipio particularizando los aspectos territoriales, de recursos naturales, históricos, culturales y otros de interés municipal;
- i) participación ciudadana en la ejecución de la inversión. Promover la participación organizada de la población en la gestión y ejecución de obras y proyectos municipales;
- j) detección de necesidades e identificación de riesgos. Elaborar los estudios y mapas de necesidades y riesgos del municipio para atenderlas directamente o gestionar su atención ante las instancias gubernamentales que corresponda;
- k) Establecer y mejorar permanentemente los servicios públicos básicos del municipio y garantizar la entrega eficiente de los mismos a través de empresas municipales o, preferentemente, concesionados a empresas privadas que acepten las condiciones de eficiencia y eficacia que se les requiera en la prestación de los servicios;
- l) atención de conflictos. Los municipios por lo general se mantienen agobiados por los conflictos pequeños y grandes que se generan en las comunidades. En



ocasiones el alcalde posee habilidades mediadoras y atiende los casos donde se le requiera, pero en la mayoría de casos los conflictos se atienden hasta que hacen crisis. Una competencia del gobierno local debe ser la detección y atención anticipada de las áreas conflictivas; y,

m) gestión de recursos humanos. Establecer y mantener un sistema apropiado de desarrollo y administración del personal municipal actualizando la Ley de Servicio Municipal y sus mecanismos de aplicación.

Las competencias compartidas son las obligaciones que el municipio debe coordinar con las instituciones rectoras creadas por el Estado para formular las políticas y ejecutar las funciones especiales que tienen asignadas en los ámbitos sectorial y nacional. Las leyes que regulan a las instituciones rectoras especifican las funciones que deben coordinarse, incluyendo la descentralización de las mismas. Las regulaciones específicas para estos casos están establecidas en la Ley del Organismo Ejecutivo y la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural. La responsabilidad de las autoridades municipales en el caso de las competencias compartidas, consiste en identificar las necesidades, riesgos y problemas que enfrenta el municipio en las áreas económicas, sociales y culturales. Asimismo, gestionar ante las instituciones “competentes” del Estado su intervención para que se apliquen, en coordinación con los gobiernos locales, las medidas y acciones que convengan al municipio. Iguales gestiones deben plantearse en las instancias de coordinación departamental y regional para compartir esfuerzos mancomunados entre los municipios que confronten situaciones similares. La obligación ineludible del gobierno local en las competencias



compartidas es disponer de la capacidad directa o de contratación para garantizar el establecimiento y la entrega final de los servicios o bienes destinados a satisfacer las necesidades comunitarias y personales de la población. Las competencias compartidas clásicas son la identificación de necesidades y su satisfacción en los servicios de educación, salud, fortalecimiento de las actividades productivas, desarrollo social comunitario y establecimiento de redes y organizaciones para prevenir y atender desastres. La obligación primaria en cualquier tipo de competencia es estar preparado para cumplirla, especialmente en lo concerniente a la identificación de los problemas, cómo analizarlos y resolverlos, qué recursos se requieren y cuál es su costo y quiénes y cuándo deben actuar. Se trata de disponer de la capacidad de respuesta inmediata tanto de las personas como de los grupos u organizaciones que les corresponda intervenir.

Existe otra categoría de competencias que no representan responsabilidad hacia la solución de problemas o satisfacción de necesidades básicas, pero que son importantes para mantener la armonía social. A estas competencias se les suele llamar voluntarias porque dependen de la vocación y disposición de los responsables de atenderlas. Un ejemplo clásico de este tipo de competencia es la celebración de la feria patronal del municipio y todas sus actividades conexas de tipo cultural, deportivo y religiosas.

3.2 Legislación y Gestión Financiera de los Municipios

Los mandatos constitucionales sobre el Régimen Municipal también incluyen las disposiciones atinentes al financiamiento de los municipios para el cumplimiento de sus



competencias. Esta es una de las áreas de mayor controversia en el ámbito municipalista. En un mismo artículo de la Constitución se establece la obligación y se niegan los recursos para cumplirla en la medida que, para obtenerlos, se proponen procesos legislativos tortuosos y largos, conocidos como “candados” o “blindajes” en el medio legislativo⁷.

Este es el caso del Artículo 254 de la Constitución que se refiere a los recursos económicos del municipio, donde se establece la obligación de las corporaciones municipales de procurar el fortalecimiento económico de los municipios para el cumplimiento de sus fines, pero para ello deben ajustarse al mandato contenido en el Artículo 239 de la misma Constitución, que se refiere al principio de legalidad para decretar impuestos, arbitrios y contribuciones especiales. Este ha sido uno de los artículos más controvertidos y conocidos por la invocación que del mismo hacen los grupos de presión para impedir la promulgación de leyes tributarias o para requerir su inconstitucionalidad por no cumplir con alguno de los requisitos que el citado artículo prescribe. De esta manera cualquier iniciativa de ley que persiga recaudar recursos para los municipios por la vía tributaria está destinada a su rechazo inmediato o a generar conflictos interminables entre el gobierno y los contribuyentes.

Este es el caso también del Artículo 257 de la Constitución que establece una asignación para las municipalidades destinada al financiamiento de sus competencias. Los recursos que se transfieren están condicionados a invertirse en un 90 por ciento en programas y proyectos de educación, salud preventiva e infraestructura que son competencias compartidas entre las municipalidades, ministerios y fondos sociales que

⁷ Los términos candado y blindaje se utilizan con la connotación de que la ley debe interpretarse literalmente y no deja margen a interpretaciones antojadizas.



se supone tienen asignados los recursos para estos propósitos; se agregan los servicios públicos que mejoren la calidad de vida de los habitantes de los municipios que son de su competencia exclusiva. Para financiar los gastos de funcionamiento municipal sólo se dispone del 10 por ciento de los recursos asignados por la Constitución. De nuevo se establece la contradicción entre las competencias que deben financiar a los ministerios y fondos sociales y a los municipios. Esta legislación pareciera estar en contra de financiar competencias de responsabilidad exclusiva de los municipios, en la medida que se condicionan y asignan más recursos a las competencias compartidas con instituciones que tienen su propio financiamiento. O peor aun, queda implícita la desconfianza en la capacidad de las autoridades municipales para usar los recursos que se ponen a su disposición

En el mismo Artículo 257 analizado en los párrafos precedentes, además de condicionar los recursos del aporte constitucional se establece otra limitación importante: se prohíbe al gobierno central asignarle recursos adicionales a los municipios en el Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado, salvo los establecidos en leyes específicas. Los recursos que se captan por impuestos compartidos conforme leyes específicas son muy importantes para los municipios. Sólo en 1999 dichos recursos significaron mas de Q.624 millones⁸ destinados principalmente a gastos de inversión, sin atender los problemas financieros que se confrontan en el funcionamiento de las administraciones municipales. Los problemas para cubrir los gastos de funcionamiento se han agudizado a tal grado que las municipalidades han tenido que

⁸ Las leyes del Congreso de la República que generaron este ingreso para las municipalidades fueron IVA, Dto. 27-92 con sus modificaciones, Circulación de Vehículos Dto. 70-84, Petróleo y Derivados, Dto. 38-92, Impuesto Único sobre Inmuebles, Dtos. 69-87 y 57-97; Impuesto sobre Bebidas, Dto. 74-83.



reclamar la intervención del Congreso para evitar los conflictos laborales y para pagar a sus proveedores. Parte de esos problemas fueron resueltos en octubre de 2001 mediante la emisión de un Decreto legislativo para que las municipalidades puedan utilizar para gastos de funcionamiento hasta el 25% del IVA-PAZ que les corresponde a las municipalidades. En síntesis, la Constitución dificulta la vía impositiva directa, condiciona la asignación de recursos asignándolos en su mayor parte a la inversión y prohíbe la transferencia de recursos del Presupuesto General, distintos a los ya establecidos para financiar el funcionamiento de los municipios y sus fines. Esta política ha causado graves obstáculos en la instrumentación de las políticas de salarios que el mismo gobierno central decreta para todos los empleados públicos, en la captación y retención de recursos humanos calificados y en el equipamiento de las oficinas municipales. Dicho de otra manera, los recursos que el gobierno central traslada a los municipios para las inversiones en acciones de desarrollo, se ejecutan con dificultades por deficiencias en la administración municipal que, a su vez, tienen efectos negativos de consideración en la calidad del gasto en inversiones y en la transparencia en el manejo de recursos. No obstante las limitaciones constitucionales referidas, la experiencia reciente con el IVA-PAZ muestra que existen vías alternativas para obtener recursos de fuentes tributarias y no existen obstáculos insalvables para la captación de recursos de crédito o mediante mecanismos no convencionales. En tal sentido son importantes la creatividad y la capacidad de convocatoria y gerencial de los gobiernos locales para lograr apoyos externos y liberar el gasto que implica la prestación de servicios públicos que no son rentables y que por el contrario pueden ser fuentes de ingresos adicionales mediante el concesionamiento.



3.3 Los Controles Olvidados por los Municipios

Además de las funciones específicas que la Constitución les asigna a los municipios, también establece que en su carácter de entes autónomos deben cumplir con las obligaciones previstas para estas entidades. En efecto, el Artículo 134 que se refiere a descentralización y autonomía señala que el municipio y las entidades autónomas y descentralizadas, actúan por delegación del Estado y, para estos casos, se establecen como obligaciones mínimas la coordinación interinstitucional, facilitar el control fiscal y sujetarse a la política del organismo ejecutivo en las actividades de carácter internacional. Además de las obligaciones referidas, hay dos más que es necesario transcribirlas textualmente:

- a) Remitir para su información al organismo ejecutivo y al Congreso de la República, sus presupuestos detallados ordinarios y extraordinarios, con expresión de programas, proyectos, actividades, ingresos y egresos. Se exceptúa a la Universidad de San Carlos de Guatemala. Tal remisión será con fines de aprobación, cuando así lo disponga la ley. y
- b) Remitir a los mismos organismos, las memorias de sus labores y los informes específicos que les sean requeridos. Hasta ahora estas obligaciones no las están cumpliendo los gobiernos locales. De ese incumplimiento se derivan carencias de información que dificultan la gestión pública en general y en particular no se tienen bases para el ejercicio del control de la ejecución y la evaluación de los resultados. Estas y otras razones pudieron influir en la intención del legislador al condicionar y prohibir las transferencias de recursos financieros a los municipios.



3.4 El Gasto Municipal en Guatemala

Como todo debe de estar debidamente planeado la estructura preliminar de la intervención de una entidad en su que hacer funcional, haciendo uso de lo que por ley se designa el los cuerpos normativos como la ley Orgánica del presupuestos y otras en donde se manifiesta una clara tendencia de especificar la planeación y ejecución del gasto público, así como también se entiende la referencia en esta homologación al gasto publico municipal

3.4.1 La Antesala del Gasto

Se supone que antes de ejecutar un gasto existen algunas etapas previas para determinar cómo se deben utilizar los recursos públicos, principalmente las siguientes:

- a) los planteamientos que justifican las necesidades de gastar;
- b) la planificación y programación de las acciones a emprender y los objetivos previstos;
- c) el presupuesto conteniendo las políticas, acciones y actividades y los resultados concretos, costos y financiamiento debidamente explicitados incluyendo indicadores de verificación y evaluación de resultados; y
- d) la aprobación de planes y presupuestos como lo mandan las leyes. Una vez agotadas esas etapas previas, se decide cómo se instrumentará la ejecución del gasto o gestión financiera en cuanto a la adopción y documentación de decisiones, registros contables, administración de tesorería, auditoría interna, información sobre los resultados esperados y supervisión del uso concreto de los recursos mediante inspecciones de procesos administrativos, obras y proyectos.



Al final del proceso o en forma concomitante están las auditorías que pueden ser de gabinete y de campo, operativas y sustantivas, fiscales y sociales. En todo caso se trata de verificar que en todo el proceso de planificación, programación, presupuestación y ejecución del gasto se hayan cumplido los propósitos y requerimientos que exigen las leyes, la eficiencia en el uso de los recursos, las normas fiscales, la eficacia en cuanto a impactos y efectos positivos de los resultados logrados en la satisfacción de los contribuyentes, funcionarios y empleados públicos, medios de comunicación e instancias políticas del Estado. Todo esto es lo que se llama Transparencia.

Este preámbulo conduce al examen obligado de las etapas previas al gasto. Comenzando con la planificación, en Guatemala se ha desatado un proceso de satanización del Estado que ha llegado casi al clamor por su desaparición y, dentro de los sistemas y procesos de mayor ataque, se encuentran la planificación y la gestión de recursos humanos contrario a lo que se hace en los países desarrollados, incluyendo a Estado Unidos -nuestro país mentor en materia burocrática- el Estado y la Sociedad han consentido y permitido el escarnio y la estigmatización del mismo Estado y de los servidores públicos. A este fenómeno han contribuido algunos organismos internacionales probablemente por inocencia o desconocimiento de nuestro medio.

La planificación como sistema y como institución ha perdido prestigio y el espacio que legítimamente le corresponde en la gestión del Estado. Los planes de desarrollo legalmente aprobados y aceptados no existen y los planes de trabajo, cuando existen, no se cumplen. No se habla de calidad, simplemente de existencia. La opinión sobre



los extremos apuntados puede verificarse en los medios de comunicación escrita y en los informes evaluativos realizados por organismos internacionales⁹

1. El sentido de esta crítica es señalar que hay ausencia o serias deficiencias en la planificación municipal. Si no existe una buena planificación, por definición, el presupuesto es deficiente por la simple razón de que el presupuesto no es más que la expresión financiera de un plan. Si el presupuesto está mal formulado seguramente no se especifican los resultados y si se incluyen son imprecisos y mal costeados; no existen los estándares e indicadores de verificación de cumplimiento de metas y evaluación de los impactos de los resultados obtenidos. Cualquiera puede comprobar estas afirmaciones verificando por ejemplo cuánto le cuesta un metro cuadrado de construcción a las municipalidades y comparando las cifras con los rangos de precios que publica periódicamente la Cámara de la Construcción. De igual manera, los presupuestos de obras municipales registran, además del salario, un 87 por ciento de asignación en concepto del pago de prestaciones laborales, cuando en las empresas privadas dicha reserva no es mayor del 42 por ciento. En estos casos las deficiencias de la presupuestación tienen como resultado que los procesos de contratación y adquisiciones partan de costos equivocados y se pierdan recursos sin que esto pueda imputarse a actos de corrupción, simplemente se trata de falta de capacidad en planificación y presupuesto. Si a lo anterior se suman las contradicciones constitucionales para la asignación y transferencia de recursos a las municipalidades;

⁹ Véase el Reporte No.19617 GU del Banco Mundial, Guatemala – Expenditure Reform in a Post-Conflict Country, 13 de diciembre 1999.



las imprecisiones legales en la determinación de las competencias municipales y su ámbito de obligación y responsabilidad; y, la pobreza en materia de formación, capacitación y asesoría a los gobiernos locales, se llega a la conclusión de que los errores en la determinación y ejecución del gasto municipal son el reflejo de las deficiencias institucionales que preceden a su ejecución.

3.4.2 La Estructura del Gasto

Para explicar la estructura del gasto público municipal es necesario conocer previamente su origen y participación en el gasto total del Gobierno. Para el caso conviene presentar algunas aclaraciones previas de los términos empleados en Guatemala. Por gobierno general se entiende el organismo ejecutivo, municipalidades y entidades descentralizadas, autónomas y semiautónomas, excluyendo a las empresas públicas; el gobierno central está integrado por los ministerios y dependencias del organismo ejecutivo; y, los gobiernos locales están representados por las municipalidades del país.

En cuanto al origen de los recursos que financian los gastos de las municipalidades existen tres fuentes: los recursos propios integrados principalmente por ingresos tributarios, no tributarios y venta de activos; las transferencias corrientes y de capital recibidas; y, los recursos del crédito y otros ingresos no incluidos en las fuentes mencionadas.

3.4.3 Los Escasos Recursos Propios

Las cifras disponibles sobre la estructura del gasto municipal revelan que la principal fuente de sus recursos la integran las transferencias corrientes y de capital (60%)



recibidas del Gobierno Central. Los recursos propios significan en promedio la cuarta parte del financiamiento presupuestario y financian casi exclusivamente los gastos de funcionamiento. Debido al condicionamiento del sistema de transferencias, la inversión ha llegado a constituir la mayor proporción en la estructura del gasto municipal.

3.5 La Participación de los Fondos Sociales y de Desarrollo en Competencia con el Gasto Municipal

Los fondos sociales como el FIS, FONAPAZ y otros operan principalmente en forma directa con las comunidades y salvo el FSDC se vinculan muy poco con las municipalidades. En el período 1995 – 1999 estos fondos administraron recursos por un total de Q.10, 747.6 millones. Actualmente, los fondos sociales y de desarrollo se han convertido en materia de controversia por su misma existencia y en algunos casos por denuncias de ilegalidades cometidas en la ejecución de sus proyectos.

Si se comparan los montos asignados en el presupuesto a los fondos sociales con los recursos que administraron las municipalidades en 1999, el total presupuestado por los municipios (Q.2, 282.82 millones) representó el 42% de los recursos utilizados por fondos sociales (Q.5, 4,82.4 millones) en ese año. En forma conjunta los fondos sociales y los municipios representan más del 40% de los recursos presupuestarios para inversión asignados al gobierno central en 1999.



3.5.1 La Comparación Presupuestaria entre el Gobierno Central y los Gobiernos Locales.

Al comparar los presupuestos del gobierno central y el consolidado de los municipios se aprecian muchos aspectos que llaman a la reflexión.

Algunas comparaciones llaman poderosamente la atención. En primer lugar el presupuesto consolidado de los municipios es la novena parte del presupuesto del gobierno central para atender al 90 por ciento de los guatemaltecos.

Los tributos recaudados por los municipios son apenas el 1.3 por ciento de los percibidos en la administración central.

Los egresos por servicios personales de los municipios significan el 16.6 por ciento de sus gastos totales, lo que evidencia la escasez de empleados y los bajos salarios que se pagan en las administraciones municipales.

Por el contrario, el gobierno central asignó en 1999 a ese rubro el 32 por ciento del total de sus gastos. El endeudamiento neto de Q. 84.2 millones de las municipalidades (desembolsos menos amortizaciones) es apenas el 2 por ciento del Gobierno Central.

La mayor debilidad de los municipios que resalta de la comparación con el gobierno central es la generación de ahorro en cuenta corriente (resultado de restar los gastos corrientes de los ingresos corrientes).

En ese indicador los municipios siempre registran resultados negativos debido a la baja captación de ingresos tributarios y no tributarios y de ingresos corrientes en general

En el análisis de macro-variables también los municipios en conjunto presentan una posición débil.



3.6 Las Transferencias y sus Consecuencias

En 2009 los ingresos propios recaudados por las municipalidades fueron sustancialmente menores que los recursos que les transfirió el gobierno central.

En adición hay que señalar que las transferencias de capital que reciben las municipalidades están condicionadas a que se usen fundamentalmente en inversiones y servicios públicos de los municipios. Además, los recursos de los fondos sociales también están asignados a proyectos locales de inversión.

Las restricciones que privilegian los gastos de inversión respecto a los de funcionamiento hacen depender la capacidad de gestión administrativa de los gobiernos locales de la recaudación de sus ingresos propios. Pero la escasez de estos recursos impide la modernización de la administración municipal y provoca que los gobiernos locales se mantengan en niveles cercanos a la mera sobrevivencia administrativa.

Como ya se indicó, el panorama anterior se explica por las limitaciones legales existentes para que los municipios puedan acudir a la vía tributaria y también por su propia debilidad técnica administrativa para incrementar sus ingresos mediante opciones que no sean el endeudamiento.

Si esa situación se mantiene, puede llegarse a tales límites de incapacidad administrativa, que podría disminuir la importancia de los gobiernos locales en el desarrollo de sus respectivos municipios, cediendo el espacio político a los ministerios y entidades de gobierno central que, a su vez, podrían contratar o dar en concesión a entidades privadas la prestación de servicios públicos en los municipios. Este proceso podría tener la anuencia y aprobación de las municipalidades debilitadas que, en esas



condiciones, accederían a las aprobaciones requeridas y para lo cual están facultadas por el Código Municipal.

Si lo anterior ocurriera, aparentemente se estaría en presencia de un caso de involución de la descentralización política y fiscal.

3.7 La Estructura y Composición del Gasto por Destino en el Presupuesto Municipal

Consolidado en informe del Banco Mundial 2009 en www.bmunial.org/report Al observar el panorama detallado del gasto, se aprecian las enormes diferencias departamentales que refleja el presupuesto municipal consolidado.

El análisis muestra que las magnitudes y el comportamiento presupuestario inducen a la formación de tres universos: el presupuesto global consolidado, el presupuesto del departamento de Guatemala y el presupuesto del resto de departamentos.

Para llegar a esta conclusión se tomó como base el total del gasto municipal por departamento comparándolo con el gasto total del conjunto.

Este análisis mostró que la estructura y comportamiento del gasto del departamento de Guatemala es diferente a todos y cada uno del resto de departamentos.

Se excluyó al departamento de Guatemala y los restantes se dividieron en dos grupos tomando como base el total del presupuesto de gastos de cada uno para realizar un análisis comparado entre los subgrupos

a) El departamento de Guatemala absorbe el 31.2% y el resto de departamentos el 68.8% del presupuesto municipal consolidado de 2009. El resto de departamentos



se ubica en un rango que va del más bajo con 1.3% del total que corresponde a Zacapa hasta un 6.1% de Escuintla.

b) Para efectos comparativos el resto de departamentos se subdividió en dos subgrupos (gastos pequeños y medianos). El comportamiento que se observa es muy similar entre los subgrupos, así:

- Los gastos de capital financiados en casi su totalidad con transferencias de capital representan más del 73% promedio de las asignaciones totales por departamento.
- Los gastos corrientes registran el 27% de asignación promedio. Este tipo de gastos está integrado en orden de importancia por los gastos de consumo (salarios y compra de bienes y servicios), intereses y comisiones de la deuda y transferencias corrientes.
- El departamento de Guatemala (gastos grandes) observó un comportamiento diferente respecto a los demás departamentos. Los gastos corrientes de ese departamento constituyen el 56% del total y son más importantes que los gastos de capital que sólo significaron el 44%.

Los gastos corrientes clasificados en orden importancia son los de consumo, las transferencias corrientes y el servicio de la deuda.

- Dentro del gasto total o consolidado se observa un comportamiento similar al de la generalidad de los departamentos. Los del interior del país dedican la mayor proporción de sus recursos a los gastos de capital (64%). Los gastos corrientes representaron el 36%, predominando en éstos los gastos de consumo seguidos



en importancia por transferencias corrientes y al final los intereses y comisiones de la deuda.

En términos globales puede indicarse que los gastos municipales consolidados de 2009 se destinaron en dos tercios para inversiones y un tercio para gastos corrientes incluyendo el servicio de la deuda. El gasto consolidado fue financiado en más de un 60% con transferencias provenientes del gobierno central, recursos de la asignación constitucional (38.7%), IVAPAZ (29.4%), Fondo de Solidaridad para el Desarrollo Comunitario y otros (31.9%).

En los dos subgrupos de departamentos tanto los gastos corrientes como los de capital mantuvieron diferencias no mayores del 2%, predominando los gastos de capital o inversiones con asignaciones del 72% al 74%.

Por su parte, los gastos corrientes alcanzaron del 25.6% al 28.0%. Al interior de los gastos corrientes la mayor proporción corresponde a los gastos de consumo, (con variación de 87 a 89% entre subgrupos) donde las remuneraciones tienen la mayor importancia (variación de 59.5 a 61.2%).

3.8 La Ejecución, Control y Evaluación del Gasto

La ejecución del gasto supone el cumplimiento previo de una serie de etapas del proceso presupuestario que se inicia con la planificación y continúa con la programación y formulación presupuestaria.

Una vez recorrido ese camino el presupuesto es aprobado y está en condiciones de ser ejecutado por la administración municipal.



Insistimos en que buena parte de los problemas de la gestión pública se originan en el cuerpo de leyes amplias y contradictorias que la rigen. El presupuesto público no es la excepción, ya que es uno de los aspectos más profusamente legislado. La Constitución Política vigente le concede un capítulo especial: el Capítulo IV del Régimen Financiero que posiblemente sea el aspecto más controvertido de la reforma constitucional de 1993. Dicha reforma evidenció el desconocimiento del tema por los legisladores al obviar los problemas de fondo y concentrarse en los aspectos triviales relacionados con la conducta de los servidores públicos en el manejo de las finanzas públicas y el prejuicio legislativo en cuanto al poder que ejerce la burocracia cuando tiene a su cargo la función presupuestaria. La trivialidad se demuestra en los supuestos subyacentes en las modificaciones que se introdujeron en el Artículo 237 sobre los gastos confidenciales que fue convertido en un problema de Estado. Por otra parte, la aversión al uso inapropiado de las transferencias presupuestarias fue tan fuerte, que motivó la reforma de la Ley Orgánica del Presupuesto que, en su versión actual, concede más poder burocrático que el que los legisladores quisieron limitar.

El supuesto del uso inapropiado de los recursos presupuestarios incluye a todas las entidades del Estado, entre ellas las municipalidades. El Artículo 237 mantiene la obligación de las entidades autónomas de presentar sus presupuestos al Congreso de la República y al Organismo Ejecutivo para su conocimiento e integración al Presupuesto General, sujetos a la fiscalización que dispongan las leyes y finalmente, en el mismo párrafo se agrega en la reforma constitucional el enunciado de que “El incumplimiento de la presente disposición es punible y son responsables personalmente los funcionarios bajo cuya dirección funcionen las dependencias”. En



este momento cabe preguntarse cuántos alcaldes incumplen este mandato y quedan sujetos a juicios penales y, además, cuántas dependencias incurren en el delito de negligencia por no exigir que las entidades descentralizadas y autónomas cumplan con esta disposición constitucional. Para las municipalidades esta disposición no es nueva, es y ha sido parte del Artículo 134 de la Constitución Política de la República de Guatemala donde se establece la descentralización y autonomía del municipio y que, en lo que concierne a la presentación del presupuesto, siempre se ha incumplido. La nueva Ley Orgánica del Presupuesto reitera el mandato constitucional y coincide con la Constitución de exponer el régimen presupuestario de las municipalidades en el Capítulo IV. Por su parte, el Código Municipal en su Título VI, Hacienda Municipal, recoge los mandatos establecidos en la legislación jerárquicamente superior y los desarrolla convenientemente para los propósitos de la administración del régimen financiero de las municipalidades.

La profundización de esta ponencia en los aspectos jurídicos relacionados con el presupuesto tiene un propósito. Consiste en señalar los errores normativos que ponen en riesgo a los funcionarios por los errores que puedan cometer y la ausencia de mandatos que obliguen a cubrir todas las etapas del proceso presupuestario.

Al primer caso pertenece el error de encomendar todas las etapas del proceso presupuestario a una sola instancia. Este es el caso de las municipalidades donde la Corporación formula, analiza, discute y aprueba el presupuesto municipal y sus modificaciones y a través del alcalde dirige la ejecución del mismo.



En esas condiciones es natural que el presupuesto refleje únicamente los intereses e intenciones de los miembros de la Corporación, especialmente los del alcalde, y tienen que existir errores en los documentos y transacciones que se aprueban.

Probablemente por este desacierto en la legislación las instancias obligadas a exigir el cumplimiento de las leyes las incumplen y, de hecho, no existe el reconocimiento de los errores y no hay penas aplicables dando lugar al establecimiento del estado de impunidad.

En el segundo caso, en la ausencia de mandatos que obliguen al cumplimiento de todas las etapas del proceso presupuestario, se encuentra la falta de obligatoriedad de fundamentar el presupuesto en planes consultados con y consentidos por representantes de la sociedad.

La planificación por su naturaleza indagatoria se supone que es el ejercicio que analiza el contexto, lo pondera e informa a la “clase política” sobre los problemas que afectan económica y socialmente a una población determinada en un momento concreto, para que se proceda a la formulación de las políticas públicas pertinentes.

En este sentido, la planificación constituye el proceso donde los ciudadanos pueden y deben participar en la formulación y legitimación de las políticas públicas. De nada sirve mencionar la existencia del Artículo 8 de la Ley Orgánica del Presupuesto, el cual indica que los presupuestos públicos son la expresión anual de los planes del Estado cuando estos realmente no existen.

Los planes, además de facilitar la consulta y participación social, consignan los resultados previstos en las políticas públicas y por lo tanto constituyen la única posibilidad de evaluar posteriormente los efectos de las mismas; es decir, su impacto



en la vida real. Debe entenderse que la planificación es un esfuerzo serio de decidir sobre situaciones colectivas y debe ser el medio de radicar responsabilidades en las entidades públicas, en las dependencias y unidades administrativas que las integran y a los funcionarios y empleados públicos que pertenecen a las mismas.

De igual manera, el proceso planificador debe permitir la asignación de la responsabilidad social que les corresponda a los actores sociales para requerir servicios y reclamar resultados.

Es en esta dualidad de resultados donde se sustenta el principio de Transparencia. Pasando al plano de la instrumentación de la ejecución del gasto, puede afirmarse que un número apreciable de municipalidades han hecho avances tecnológicos con buenos resultados en la informatización de la administración financiera, especialmente en la sistematización de registros y controles que permiten mantener actualizadas las cuentas corrientes de los contribuyentes, proveedores y usuarios de los servicios públicos municipales. Debe admitirse que los sistemas instalados pueden contribuir a incrementar la eficiencia administrativa, pero no evitan ni corrigen las deficiencias en los procesos decisorios ni la flexibilidad negativa de la legislación. Conviene preguntarse, por ejemplo, de qué sirve mantener actualizadas las cuentas corrientes de los usuarios de los servicios municipales si la ley induce a la morosidad en los pagos por servicio¹⁰.

Además de las leyes permisivas, en la práctica es frecuente una oposición deliberada y sistemática de impedir la medición del consumo y cobro según el consumo incurrido de los bienes públicos. Esta conducta se traduce en pérdidas monetarias y sociales para

¹⁰ El Código Municipal, Artículo 93



el municipio por el costo de oportunidad del bien desperdiciado y la carencia del servicio que puede significar para muchos usuarios. Otro problema usual es la misión de registros de usuarios protegidos por razones de nepotismo y clientelismo político.

En conjunto, las “filtraciones” que están fuera del control del sistema computarizado y no se reportan en la rendición de cuentas, puede ser la causa de que los ingresos por servicios no cubran ni su mantenimiento, menos aún contribuir a la generación de ahorro en la cuenta corriente de los ingresos que recurrentemente reportan un déficit.

En términos financieros esto significa que en la medida que las transferencias de capital se incrementan, el financiamiento de las contrapartidas con recursos propios se desvanece y eventualmente pudiera ser negativo si se establece una norma de aportar un porcentaje de recursos propios para apalancar las inversiones en servicios públicos generadores de ingresos (agua, alumbrado público, recolección de basura y otros).

En materia de rendición de cuentas, control y fiscalización la situación tampoco es satisfactoria. Debido a que la ley es blanda, basta con que el alcalde nombre a un buen tesorero para alejarse de los pecados de ilícitos administrativos y financieros. El problema tiene su origen en la misma ley y sus definiciones. Fiscalizar significa la inspección de las cuentas del tesoro o hacienda pública y los medios de fiscalización (Artículo 108 del Código Municipal) se concretan en: glosa, cortes de caja, revisión de estados financieros, aseguramiento de bienes y caución mediante fianza. Todos estos aspectos, en caso de problemas, se pueden solventar con la argumentación legal apropiada sobre objetividad y veracidad de los registros contables, la documentación de las transacciones o, en última instancia, con el buen manejo de las relaciones humanas.



En cuanto a la evaluación, en realidad ni siquiera puede decirse que está incluida dentro del proceso presupuestario y financiero municipal. Como nadie pide cuentas por los resultados obtenidos, éstos nunca se definen y, en consecuencia, no es necesario medir los efectos e impactos de las decisiones financieras conducentes al logro del bien común. En estas circunstancias no puede haber auditoria social y, si ésta se considera útil y necesaria, hay que redefinir el proceso presupuestario para modernizar las finanzas municipales.



CAPITULO IV

4. Inconstitucionalidad en la Pignoración de la Asignación del 10% Constitucional

Como base fundamental de cualquier país democrático existe la carta magna o declaración fundamental de todos los derechos supra nacionales que cuentan todos los ciudadanos participes del que hacer público y participes de una sociedad democrática, esto significa que las legislaciones internas proveen de métodos y procedimientos por los cuales los fundamentos descritos como garantías bases e inviolables para todos los ciudadanos deben de ser respetados, por lo que se infiere el nacimiento en la legislación adjetiva de los procesos de inconstitucionalidad para ejercerlos cuando así lo requiera el hecho o derecho violador de una garantía constitucional

4.1 Procedimiento de Inconstitucionalidad de la Ley

a) Antecedentes: Uno de los modos de defensa de la constitución autoriza para que las personas puedan evitar que sus derechos fundamentales puedan ser transgredidos por la aplicación de disposiciones legales que, de acaecer en los casos propios sometidos a la jurisdicción ordinaria, resulten ser violatorios de normas constitucionales. Ello nos lleva, a título de mero recordatorio, a precisar lo que, para este estudio, debe entenderse por Constitución. Al respecto nos parece explícito en el concepto que de Andrés Serra Rojas recogen los autores Fernando Flores Gómez y Gustavo Carvajal Moreno¹¹: “La Constitución es la fuente por excelencia del derecho, en cuanto determina la estructura del Estado, la forma de Gobierno, la competencia de los

¹¹ Flores Gómez, Fernando y Carvajal Moreno, Gustavo “Manual de Derecho Constitucional”, Ed. Porrúa, S.A., México 1976 p. 18.



órganos constitucionales y administrativos, los derechos y deberes de los ciudadanos, la libertad jurídica y determinados problemas básicos de una comunidad, elevados a la categoría de constitucionales, para mantenerlos permanentemente fuera de los vaivenes de los problemas políticos cotidianos". Es que en ese concepto se recogen tres de los contenidos jurídicos que ha dejado precisados Paolo Biscaretti Di Ruffia¹², en cuanto que la Constitución, en sentido sustancial pretende indicar el conjunto de normas jurídicas fundamentales, escritas o no, que establecen la estructura esencial del Estado; en sentido formal, que con ella se pretende significar todas las normas jurídicas diversas de las legislativas ordinarias, a causa de su procedimiento de elaboración más difícil, más ritual y más amplio; y en sentido documental, que es un solemne acto normativo que contienen la mayoría de las disposiciones sustanciales de carácter constitucional.

Es la Constitución entonces la fuente de todas las otras leyes que pasan a integrar con ella el ordenamiento jurídico, bien porque adopten, como dice André Haurio¹³, la forma de Ley, entendida como "...regla general, escrita, establecida por los poderes públicos después de una deliberación y que implica la aceptación directa o indirecta de los gobernados" o de Reglamento, concebido como "...disposición general, escrita, dictada por una autoridad que tenga el poder reglamentario y cuyo título de validez se halla en que emana de un gobierno cuyo poder es aceptado como legítimo"

¹²Biscaretti Di Ruffia "Introducción al derecho Constitucional Comparado" fondo de Cultura Economica México 1975, pp. 286 y 287.

¹³Haurio, André "Derecho constitucional e Instituciones Políticas", traducción de José Antonio Gonzáles Casanova, Ed. Ariel, Barcelona, España 1971, pp. 168 y 169-



Todo ese conjunto, denominado “Derecho”, con equivalente en las lenguas que se manejan en las comunidades del orbe y en instituciones propias o en las que tienen finalidad comunitaria o internacional, señala un fenómeno común de producción de leyes o reglamentos de contenido más o menos permanente y mudable en atención a fenómenos sociales, portadoras ellas de reglas que en sus distintas actividades han de guiar los múltiples comportamientos intra individuales y sociales. Y es que no se trata de verlo como una mera suma de normas sino como su articulación lógica y funcional, por cuanto cada grupo normativo es dado para reglar campos diversos de la actividad humana, dependientes por ello de la cultura de la cual son su derivación.

El Derecho opera fundamentalmente para asegurar la libertad jurídica de las personas; de ahí que structure su ejercicio reglado a fin de hacer posible la libertad en la sociedad, habida cuenta de lo heterogéneo de sus componentes individuales; de modo que se erige a partir de una norma única y mayor –la Constitución- de la que deriva, por aplicación del principio de “separación de poderes”, la delegación a sujetos con poder: unos, para la elaboración de la normativa que posibilitará el ejercicio de aquella libertad; otro para ejecutarlas cumpliendo el propósito de su emisión; y unos más para permitir el control de su aplicación por medio de la jurisdicción. Se trata, pues, de un sistema que coloca en la cúspide a la Constitución que, como norma primigenia, determina límites a los sujetos de poder y, por tanto, a sus esferas de acción. Se determinan así los que por tradición se han conocido como los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.



El hecho de constituir un sistema significa, como lo aprecia Giovanni Tarello¹⁴, una estructura para la cual no puede existir conflicto entre dos reglas o normas válidas, esto es, que si se encuentra que dos normas de un mismo Derecho están en conflicto, éste es meramente aparente y es necesario descubrir el modo de arreglarlo.

Dentro del sistema, por aplicación de aquel principio, es al judicial al que está atribuida la función de conocer conflictos entre personas, decidiéndolos en fallos en los que interpreta e inclina por la ley que estime aplicable. La aplicación, ha de corresponder hacerla, según los niveles de legalidad permitidos, al juez que tenga la función decisoria última.

No obstante lo dicho, el fenómeno adquiere matiz diferente cuando la cuestión se centra en el conflicto entre una o más reglas ordinarias y norma o normas de la Constitución Política de la República de Guatemala, porque aquellas devienen, de ser esa la aplicación, nulas o inaplicables, según sea el planteamiento.

Acá debe darse ingreso a una forma distinta de conocer tales conflictos, esto es, al proceso constitucional, cuya finalidad es similar a la de otros procesos, en cuanto buscan la aplicación de justicia, que por la materia que trata en éste deriva a la justicia constitucional o control de constitucionalidad. Para su conocimiento existen instituciones de control constitucionalidad. Para su conocimiento existen instituciones u órganos de jurisdicción única pero de materia especializada, con normativa propia que regla el estatuto de sus jueces y de procedimientos determinados para hacer posible la

¹⁴Tarello, Giovanni “**Cultura jurídica y política del derecho**” Fondo de Cultura Económica, México, 1995. p. 144 y ss.



reparación de agravios, generales o particulares, que puedan cometerse contra la Constitución Política de la República de Guatemala.

El que se aborda en este estudio es uno de esos procesos comprendido dentro de la esfera de la justicia constitucional, tan tenazmente propugnada por el jurista Mauro Capelletti¹⁵, quien, como resultado de sus investigaciones, afirma que las diversas manifestaciones "... de la Justicia Constitucional se pueden reducir ciertamente a una unidad al menos bajo su aspecto funcional: la función de la tutela y actuación judicial de los preceptos de la suprema ley constitucional. Es indudable, empero, la profunda diferencia estructural que fluye entre aquellas manifestaciones, de donde se puede justificar bien un tratamiento limitado sólo a alguna de ellas –limitado, en particular, a aquellas que de todas es probablemente la más importante, o sea el control judicial sobre la legalidad constitucional de las leyes”.

Sus ideas, además de aceptadas, han sido desarrolladas por otros distinguidos tratadistas de esta disciplina; es oportuno citar a ese propósito al catedrático José Almagro Nosete¹⁶, quien en el prólogo de su libro Justicia Constitucional expresó: “Tras la defensa judicial de la constitución, late una concepción iusnaturalista. El Derecho natural como problema, como interrogante y permanente apelación a la conciencia de los hombre que viven en sociedad; el Derecho natural, en ocasiones, empleado como argumento ultimo del acatamiento al orden constituido; el Derecho natural, también utilizado como fermento ideológico de rebeldía frente a las opresiones establecidas; el permanente drama del hombre, proyectado en lo jurídico”.

¹⁵Capelletti, Mauro “**La Justicia Constitucional**” (Estudio de Derecho Comparado) Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, México 1987, p.27.

¹⁶ Almagro Nosete, José “**Justicia Constitucional**” (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) Artigrafía, S.A. Madrid, España, 1980.



“A medio camino entre justicia general y justicia individual; entre juicio de legalidad y juicio de equidad; entre derecho justo y derecho constituido; entre Derecho natural y Derecho positivo, nacen estas jurisdicciones que toman como punto de obligada referencia para su que hacerla Ley Suprema; norma formalmente positiva, materialmente flexible y llena de espacios, que deben ser cubiertos con el buen sentido jurídico y político.”

Dentro de los lineamientos conceptuales de los que hemos hecho alusión fue estructurado el sistema de nuestra jurisdicción constitucional, que se extiende a un abanico de competencia que comprende, dentro de sus grandes capítulos, la defensa de los derechos fundamentales de las personas mediante la acción de Amparo, la defensa de la libertad individual y de su integridad corporal con el uso del derecho de su Exhibición Personal, y la defensas contra agravios a la Constitución, bien por medio de la Inconstitucionalidad general de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general, o acudiendo a la Inconstitucionalidad de ésta en casos concretos. La Primera-Acción de Amparo- y la última -Inconstitucionalidad en casos concretos- atribuida a los tribunales de jurisdicción ordinaria, asumiendo carácter de tribunales constitucionales en primera instancia; la Exhibición Personal, reservada a los tribunales en su función de jurisdicción ordinaria y a la Corte Suprema de Justicia; y la acción de Amparo -en segunda instancia por vía de recurso de apelación-, la Inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general en única instancia, y la Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos -en alzada o apelación-, de conocimiento de la Corte de Constitucionalidad.



En efecto, la Constitución Política de la República, emitida en 1985, incorporó, bajo las premisas apuntadas, su sistema de justicia constitucional, descrito en la normativa a la que se refiere su Título VI (Garantías Constitucionales y Defensas del Orden Constitucional) y aparece desarrollado en el Decreto Número 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente (Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad).

Como dato de una lejana historia debe señalarse que la ley última siguió en esencia a los lineamientos básicos del frustrado primer ensayo que se recogió en el Capítulo XI de la precedente Constitución de 1965, y en la Ley Constitucional de Amparo, Habeas Corpus y de Constitucionalidad –Decreto Número 8 de la Asamblea Nacional Constituyente-, tema éste abordado por autores nuestros¹⁷, cuya lectura es importante.

De esa rica temática, como se previno, este estudio examinará la Inconstitucionalidad, no la también denominada Inconstitucionalidad Directa, de conocimiento en instancia única por la Corte de Constitucionalidad para la impugnación de las leyes de carácter general –leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general-, sino la de leyes en casos concretos, identificada como Inconstitucionalidad Indirecta.

b) Inconstitucionalidad De Carácter General o Directa: Para diferenciar entre las dos formas de impugnar leyes, hacemos referencia en primer lugar al Sistema de Control “Concentrado” –Inconstitucionalidad directa- Su ascendencia es austriaca, inspirada por Hans Kelsen¹⁸, incorporado a las Constituciones de Austria y de Checoslovaquia de 1920 y aceptado luego en ordenamientos de Europa continental, se centró en un

¹⁷ Vid. Entre otros: Vásquez Martínez, Edmundo y García Laguardia, Jorge Mario “Constitución y Orden Democrático”, Ed. Universitaria de Guatemala, Guatemala, C.A. 1984, p.183, García Laguardia, Jorge Mario “La Defensa de la Constitución”, publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1986, p. 6 y ss.

¹⁸ Kelsen, Hans, Ver entre otros, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?” ed. Tecnicos, S.A. España, 1995, p. 14 y ss.



Tribunal Constitucional con facultades privativas para resolver sobre la adecuación de las leyes a la Constitución, esto es el enjuiciamiento del apego a la ley fundamental de las normas emitidas por el órgano encargado de la emisión de las leyes, con la atribución de declarar su nulidad, tema cuyo antecedente ven varios autores en la práctica norteamericana a partir de la conocida sentencia preparada por el Juez John Marshall, Presidente en 1803 de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, dictada en el caso “Marbury v. Madison”

c) Inconstitucionalidad En Casos Concretos –Sistemas De Los Estados Unidos De América Y Europa: La facultad exclusiva de anulación de la que se atribuyó al Tribunal Constitucional mostró una dificultad importante, a saber, el hecho de que la inconstitucionalidad de normas sólo podría advertirse en su aplicación a los casos concretos; ello dio origen a considerar la introducción del sistema de “control difuso” o Inconstitucionalidad indirecta, esto es, la de examinar la denuncia de leyes que, de aplicarse a conflictos pendientes de fallarse en la jurisdicción ordinaria resultarán ser inconstitucionales, persiguiendo obtener ese pronunciamiento del Tribunal Constitucional antes de decidirse el caso o conflicto concreto, justificado porque, por un lado, se habría agotado el plazo preclusivo para atacarlas en la vía directa, y, por otro, el juez de su conocimiento estaba impedido de evitar la aplicación de la norma cuestionada. Bajo esa idea comenzó a concretarse su acepción, principiándose con la modalidad de 1929 a la Constitución austriaca; con posterioridad y ya con perfiles más definidos se acoge en Italia y Alemania, y después en España –en la Constitución de 1931- y en Portugal. Resulta importante mencionar que en el sistema comentado la



declaración de inconstitucionalidad, por lo general, elimina con efecto *erga omnes*, la ley cuestionada.

También se afirma que el sistema difuso tiene antecedentes en el sistema norteamericano, porque, como consecuencia del fallo del Juez Marshall, los jueces y tribunales quedaron con la facultad de declarar la inconstitucionalidad en los asuntos bajo su conocimiento, pese a que en esa práctica se limitaron a la declaración de inaplicabilidad de la norma estimada inconstitucional, esto es, con efectos circunscritos a las partes en litigio.

Resulta entonces interesante poner atención a las notas distintivas que registran los modelos norteamericano y europeo que, examinados por Luis López Guerra¹⁹, se pueden resumir así.

1) En el sistema de los Estados Unidos de América:

- a) el control corresponde a cualquier juez; su potestad deriva de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, vinculante para el resto de tribunales en virtud del principio ***staredecisis***²⁰;
- b) la potestad de los jueces y tribunales se extiende, exclusivamente a la validez de la ley en la resolución del litigio; y
- c) el juez o tribunal quedan limitados a dar solución ***ad casum*** para resolver un particular supuesto no aplicando la ley que estime inconstitucional. Sin embargo, si una declaración similar se pronuncia estando sometido el caso al Tribunal

¹⁹López Guerra, Luis "Introducción al Derecho Constitucional" Tirant Lo Blanchi Valencia, España, 1994. p. 198 y ss.

²⁰...según este principio, los jueces deben resolver los casos que se encuentren pendientes de sentencia ateniéndose a lo resuelto por sentencias presentes dictadas en casos similares, por jueces de la misma jurisdicción, de jerarquía coordinada o superior". Cueto Rúa, Julio "El commonLaw" ed. La Ley, Argentina, 1957. p.121.



Supremo, su inaplicación se convierte en general para el futuro, obligando al respeto de jueces y tribunales.

2) En el modelo europeo señala:

a) el tribunal constitucional es independiente y separado de los demás poderes del Estado;

b) el tribunal tiene el monopolio en la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una ley;

c) la selección de sus miembros se hace en forma distinta a la de los Magistrados de la jurisdicción ordinaria; y

d) tiene procedimiento propio y actúa por iniciativa de otro (planteamiento de duda de inconstitucionalidad de ley aplicable al caso concreto, que los demás jueces y tribunales pueden someterle), con audiencia de las partes afectadas, y su decisión es motivada y con efectos de cosa juzgada y eficacia **erga omnes**.

d) El Sistema Mixto Adoptado En Guatemala: Con elementos de los sistemas aludidos la Constitución de 1985 adoptó una formulación combinada estableciendo, por un parte, la Corte de Constitucionalidad, con carácter de tribunal permanente de jurisdicción privativa, para la función esencial de defender el orden constitucional, independiente de los demás organismos del Estado y con funciones específicas asignadas en la ley matriz y en la propia (Artículos 268 y 272); por otra, habilitó a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria para decidir, por una denuncia de su inconstitucionalidad, la inaplicación de la ley en casos concretos.



De las funciones que corresponden a la Corte de Constitucionalidad interesa a nuestro tema destacar la de “Conocer en única instancia de las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad” y la de “Conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia”. Esta última, de carácter constitucional, es la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente), a la que identificaremos en lo adelante como Ley de la Corte.

En cuanto a la primera, el Artículo 267 constitucional dice: “las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicios parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad”. Y, en lo que se refiere a la segunda, el precedente artículo 266 establece: “En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. El Tribunal deberá pronunciarse al respecto”.

Las normas transcritas adelantan ya el carácter mixto apuntado y, además, la posibilidad de plantear la inconstitucionalidad de leyes en casos concretos de modo procesal diverso, lo que obliga a elaborar el examen separado que adelante se hará.

En la pretensión de inconstitucionalidad planteada en caso concreto se requiere al tribunal de su conocimiento que al decidir sobre el fondo inaplique la ley atacada, porque resultaría inconstitucional fundamentar el fallo en ella. Como son los tribunales



ordinarios los que tienen la potestad exclusiva de la aplicación de las leyes para la solución de litigios sometidos a ellos, a éstos corresponde también el conocimiento y pronunciamiento en primera instancia de la inconstitucionalidad en casos concretos, de modo que la declaración que recaiga en el planteamiento de la Inconstitucionalidad precisa de ser apelada, para que de ella pueda conocer la Corte de Constitucionalidad como tribunal *ad quem*.

Por de pronto ya podemos señalar, en relación con los dos sistemas –“control concentrado” y “control difuso”- referidos, las notas distintivas de nuestro ordenamiento.

- a) El “control concentrado” es atribución de la Corte de Constitucionalidad en su condición de tribunal de jurisdicción privativa, independiente de la ordinaria.
- b) La Corte se integra con Magistrados designados en forma diferente de los que conforman el Organismo Judicial.
- c) La Corte aplica el “control concentrado” en los casos de denuncia de inconstitucionalidad general de las leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general (Inconstitucionalidad Directa); en estos eventos el fallo que la pronuncia tiene, como efecto principal, dejar sin vigencia la ley, reglamento o disposición atacada o la parte de ella que resulte afectada.

En la Inconstitucionalidad de carácter general opera la “acción popular”, esto es que puede ser promovida tanto por instituciones determinadas (Junta Directiva del Colegio de Abogados; Procurador General de la Nación y Procurador de los Derechos Humanos) como por cualquier persona, con el auxilio de tres abogados colegiados activos.



- d) La legitimación para denunciarla en casos concretos –control difuso- está constreñida a que su proponente tenga la calidad de “parte” en el proceso; y su pronunciamiento por auto razonado corresponde al juez o tribunal de su conocimiento.
- e) La Corte de Constitucionalidad conoce en vía de apelación los pronunciamientos que el “control difuso” atribuye a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria – excepto jueces de paz-, cuya revisión desemboca en la sentencia que puede confirmar o revocar –dictando pronunciamiento sustitutivo- los autos que resuelven la pretensión de inconstitucionalidad. Si la pretensión se acoge, su confirmación –en caso de alzada- por la Corte los habilita para a no aplicar la ley declarada inconstitucional al caso concreto del que estén conociendo. De igual manera, si la pretensión se desestima y se recurre a la apelación, puede la Corte sostenerla, o revocándola, declarar su inaplicación.
- f) Tanto el planteamiento de Inconstitucionalidad Directa como el instado en casos concretos se tramita aplicando la normativa especial que prescribe la ley de la materia, esto es, la de Corte de Constitucionalidad.

4.1.1 Naturaleza Jurídica y Finalidad de a la Inconstitucionalidad en Casos Concretos

La Constitución Política de la República de Guatemala, en la primera fase del Artículo 203, prescribe que “La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República”, y en el Artículo 204 dispone que “Los tribunales de justicia en



toda resolución o sentencia observarán obligatoriamente el principio de que la Constitución de la Política de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado”.

Lo transcrito anticipa la obligación, para jueces y magistrados, de acatar, en su función jurisdiccional y en primer término, la normativa constitucional, estimada como condición esencial de la administración de justicia; desde luego que está exigiendo que “toda resolución o sentencia”, en tanto que afecta a quienes son sujetos o partes en el proceso tengan apoyo legal, sostenido éste en la constitución primordialmente. Empero, con antelación a ellas puede ocurrir que cualquiera de los sujetos o parte de cada caso concreto estima que, en la resolución que hará de poner fin al conflicto o al asunto procesal o incidental de que se conozca y que fueren relevantes, el juez o tribunal podría aplicar disposiciones de ley que señalen ser inconstitucionales, para su caso particular. En tal evento la vía de ese examen particular se abre con la promoción del instrumento jurídico de Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos (Inconstitucionalidad Indirecta).

Cual sea la esencia de tal instrumento es lo que lleva a preguntarse por su naturaleza jurídica. Para ello, en defecto de doctrina propia seguiremos el hilo de autores españoles, quienes han tratado el tema con referencia de la doctrina europea en la que descansa, especialmente la italiana y la alemana.

Pablo Saavedra Gallo²¹ resume las posiciones que ha mantenido la dogmática italiana señalando:

- a) Su configuración como instrumento concedido a las “partes” del proceso donde surge la duda, para tutelar derechos e intereses constitucionalmente protegidos. El

²¹ Saavedra Gallo, Pablo “La duda de inconstitucionalidad” ed. El Almendro, Córdoba, España, 1985 p.25 y ss.



argumento en contrario concluye que gran parte de las cuestiones planteadas y resueltas no pueden considerarse como instrumento de tutela de las libertades conculcadas por las leyes, sino más bien un medio para la adecuación de la legislación derivada a la Constitución.

- b) Una segunda la ve como medio para garantizar la aplicación de las leyes en los procesos de manera constitucionalmente correcta; y
- c) En una tercera corriente se la expresa como instrumento de garantía de la compatibilidad de las leyes con la Constitución, posibilitando la eliminación de las normas legislativas que sean contrarias a ella.

En la doctrina alemana mayoritaria se la tiene como instrumento para proteger la obra del legislador frente a su inobservancia por parte de los órganos jurisdiccionales.

En España se advierten, que se concretan así.

- a) La Inconstitucionalidad Indirecta es un instrumento para garantizar una interpretación uniforme de la Constitución. En ésta, habiendo partidarios en pro y en contra de tenerla como una cuestión prejudicial, trae a colación la inclinación de la jurisprudencia transcribiendo, de la sentencia del Tribunal Constitucional Español de 29 de abril de 1891, lo siguiente: “El fundamento ha de verse en un doble orden de razones: una, en la indagación del derecho aplicable al caso, el Juez o Tribunal ha llegado a la conclusión de que la norma, salvo que se juzgue inconstitucional, es determinante del fallo; otra, carece el Juez o Tribunal de poder para invalidar o dejar



de aplicar la norma posterior y contraria a la Constitución”. Y añade que, partiendo de lo anterior, “...la duda de inconstitucionalidad es un instrumento corrector de los grandes defectos a que llevaría la aceptación de un sistema de Jurisdicción Constitucional concentrado puro, sin tener en cuenta las ventajas de ofrecer la fiscalización constitucional –por los jueces ordinarios- de las leyes efectuada en el momento en que son aplicadas”; y

- b) Una aspiración: el derecho de toda parte a que se le aplique una ley constitucionalmente regular, es esta última a la que, al parecer, adhiere Saavedra Gallo, al sostener que “...consideramos que la determinación de la razón de ser de esa figura procesal, debe encontrarse en el derecho que tiene todo sujeto, parte en un proceso, a que se aplique al litigio planteado una ley adecuada a la Constitución”.

Por su parte, Encarnación Marín Pageo²² se pregunta “¿Qué es lo que ha intentado el legislador con la atribución de esa facultad al órgano jurisdiccional?, ¿velar por los intereses de las partes en el proceso, a fin de que no se les aplique una norma inconstitucional?, o ¿depurar el ordenamiento jurídico?”, y se deduce su respuesta a la primera al asentar que “Puesto que las partes del proceso *a quo* no pueden acceder al Tribunal Constitucional, “so pena” que estemos ante un supuesto de sustitución procesal, supondría la atribución al órgano judicial de un exorbitante poder de disposición sobre los derechos materiales ajenos. El único sujeto legitimado para hacerlos valer ante el Tribunal Constitucional sería el órgano judicial, aún cuando es el

²² Marín Pageo, Encarnación “La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil” ed. Civitas, S.A. Madrid, España, 1990 pp.117 y ss.



justiciable sobre el que va a recaer el mandato de la norma inconstitucional”; y con relación a la segunda pregunta, puede hallarse en su afirmación acerca de “Que la elevación de la cuestión de inconstitucional al Tribunal Constitucional, no tenga como base la titularidad de un derecho, sino que se trate de un poder conectado a la función jurisdiccional, atribuido al órgano judicial por los intereses de que el portador actúa en virtud de la exigencia de fallar las causas con arreglo a la Constitución”.

Las proposiciones anteriores son ya una avanzada que conduce a desembocar en el entendimiento de la finalidad del instrumento jurídico que examinamos, las que seguiremos para conocer su posterior desarrollo.

Para Saavedra Gallo el instituto tiende a garantizar la primacía de la Constitución, depurando el ordenamiento jurídico a través de la eliminación de leyes o normas asimiladas no concordes con las previsiones constitucionales, línea dentro de la que nombra a reputados autores de España –Rubio Llorente y Aragón Reyes, Garrido Falla, García de Enterría, Almagro Nosete, González Pérez, Arosamena Sierra-, y agrega que en el mismo sentido lo ha hecho el Tribunal Constitucional al mantener en una de sus resoluciones que “La cuestión de inconstitucionalidad es, como el recurso del mismo nombre, un instrumento destinado primordialmente a asegurar que la actuación del Legislador se mantenga dentro de los límites establecidos por la Constitución, mediante la declaración de nulidad de las normas legales que violen esos límites. El objetivo común, la preservación de la constitucionalidad de las leyes, puede ser perseguido a través de estas dos vías procesales (se refiere a la directa e indirecta) que presentan peculiaridades específicas, pero cuya identidad teleológica no puede ser ignorada”.



Mario Pageo, examinando su fin mediato, sostiene que “El objeto de la cuestión prejudicial consiste en la realización de un juicio en contraste entre dos normas: la ordinaria –que iba a recibir aplicación en el proceso del que trate causa- y la constitución. En esta ocasión, el que hacer típico de la función jurisdiccional, consiste en la subsunción de unos hechos bajo una norma jurídica –a fin de obtener su calificación jurídica- se transforma. En la operación de subsunción que se realiza en el juicio constitucional, la premisa menor es también una norma jurídica. El juicio de contraste habrá de realizarse entre dos normas, la ordinaria y la constitucional, a fin de ver si la primera respeta el contenido de la segunda”

Agreguemos a las anteriores la conclusión de otro importante autor, Juan Manuel López Ulloa²³, para quien “Una vez elevado el auto de planteamiento, el Tribunal Constitucional ha de ceñirse a enjuiciar la conformidad o disconformidad del precepto legal con la Constitución, haciendo abstracción de sus condiciones concretas de aplicación, de la interpretación, sostenidas por las partes e, incluso, de la propuesta en el razonamiento que sirve de base a la cuestión planteada, que es presupuesto, pero no objeto, de la cuestión de inconstitucionalidad. El objeto de la misma ha de ser “normas con rango de ley”, esto es, un producto normativo del legislador y no normas de creación judicial producto de operaciones hermenéuticas. Las interpretaciones que tales preceptos hayan podido recibir en el proceso *a quo* no pertenecen al objeto de la cuestión inconstitucional, por lo que el Tribunal Constitucional, podrá corregirlas cuando sea preciso”.

²³ López Ulloa, Juan Manuel “La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho Español” Marcial Pons, ed. Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, España, 200 p. 347.



Véase que la cuestión de Inconstitucionalidad Indirecta, planteada al Tribunal Constitucional por el juez contiene la interpretación de éste de la ley cuya constitucionalidad ha puesto en duda, que puede ser distinta de la que las partes puedan expresar al tribunal; éste, a su vez, hace el examen siempre que la puesta en duda sea norma con rango de ley –no admite que lo sea de reglamento- y se limita a hacer su examen abstracto frente a la Constitución haciendo caso omiso de la manera –en su caso- de su aplicación al caso concreto.

Las citas anteriores a nuestro parecer, resultan apropiadas en nuestro Derecho, teniendo presente, claro está, peculiaridades ubicadas en los siguientes:

- a) Aunque los autores españoles se pronuncian en general porque las “partes” en un proceso sean las que puedan proponer la inconstitucionalidad de leyes en casos concretos, lo que aún no ha sido alcanzado, nuestra Constitución lo autoriza precisamente a las “partes”.
- b) En nuestro sistema, promovido adecuadamente el planteamiento al juez o tribunal que conoce de la litis, éste inicia por la vía prevista para su conocimiento, que corre paralelo al principal, al cual no puede poner fin hasta en tanto la inconstitucionalidad no sea resuelta y quede firme. Para ello, tramitada en cuerda separada debe dictar auto emitiendo su parecer; de no ser impugnado, al quedar firme su pronunciamiento puede continuar el proceso principal para dictar su fallo; si es apelado, deja en suspenso el proceso del que está conociendo y lo eleva, con la cuerda, a la Corte de Constitucionalidad. La sentencia que ésta dicte en la cuerda será el criterio prevaleciente.



4.1.1.1 Posiciones Acerca de su Carácter Prejudicial.

Como ya se ve de expresiones de los autores que seguimos, la doctrina europea se ha interesado por afirmar o despejar la idea acerca de que en la inconstitucionalidad indirecta se está ante un supuesto de prejudicialidad, tema que resumiremos al sólo objeto de evitar su omisión.

Partiendo de la doctrina italiana que, según Saavedra Gallo, halla su mejor desarrollo en Cappellitti, el planteamiento de la inconstitucionalidad indirecta constituye un proceso autónomo por su objetivo, que se vincula al proceso principal por su elemento subjetivo, dado que solamente están legitimados para iniciarlo los sujetos en aquel proceso, en el cual resulta aplicable una norma legal de constitucionalidad dudosa, cuyo conocimiento adquiere plena autonomía en relación con el principal.

En la doctrina alemana ve un enfoque distinto, dado que la confitura como un medio limitador de las facultades judiciales en materia de fiscalización de la regularidad constitucional de las leyes, que responde a una tendencia del Derecho Procesal alemán moderno, encaminada a recortar la competencia prejudicial de los órganos jurisdiccionales.

Moviéndose entre ambas corrientes y asegurando que el instituto estudiado tiene un carácter híbrido en el Derecho español, concluye en que "...estamos ante un proceso dirigido a la elaboración de un dictamen vinculante emitido por el Tribunal Constitucional sobre una consulta interpretativa a través de la cual se ejercita intuitivamente el derecho de las partes en el proceso *a quo* a que se les aplique una norma legal constitucionalmente correcta".



Acerca de atribuir la naturaleza de dictamen o consulta interesa abrir un paréntesis para traer a colación el criterio que traslada el profesor argentino Miguel Ángel Ekmekdjian²⁴ (Argentina sigue los lineamiento de control constitucional de los Estados Unidos de América) recordando que “A partir de 1986 nuestra Corte Suprema de Justicia comenzó a abrir su concepción del proceso judicial, bien que en forma demasiado limitada. La apertura no se hizo incorporando la acción declarativa de inconstitucionalidad mediante la acción de amparo, sino por medio de la acción de certeza...”, la que más adelante perfila así: “La declaración de certeza, en tanto no tenga carácter simplemente consultivo, no importa una indagación meramente especulativa y responde a un “caso” que busque precaver los efectos de un acto en ciernes al que se le atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, constituye causa en los términos de la ley fundamental”.

Para Mario Pageo, el carácter aludido es obvio, pues, “...cuando el órgano judicial aplica la norma cuya presunta inconstitucionalidad se ha suscitado en el proceso, ello lleva implícito la ausencia de dudas sobre su constitucionalidad, y en consecuencia su calificación de constitucional con efecto inter partes; el problema sin embargo se produce, porque esta concepción de cuestión prejudicial implica su aptitud para ese objeto de un juicio autónomo. En caso contrario, no se comprende cómo podría producir efectos de cosa juzgada, de no ser prejudicial”.

Interesante resulta trasladar la idea de López Ulloa resumida en lo siguiente. Dice que “como sabemos, *praejudicium* significa juicio previo a otro principal, y en este sentido el Diccionario de la Real Academia de la Lengua señala que el adjetivo prejudicial ha de

²⁴Ekmekdjian, Miguel Ángel “*Tratado de Derecho Constitucional*”, Tomo III, ed. Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1995, pp.312 y SS.



emplearse cuando se quiera significar que aquello que queremos calificar “requiere o pide decisión anterior y previa a la sentencia de lo principal”. Sin embargo, se trata éste de un concepto muy amplio que la doctrina se ha ocupado de delimitar distinguiendo dos tipos o clases de prejudicialidades que se diferencian por la autonomía o no de la cuestión incidental con respecto al objeto principal. Así, por una parte, podríamos distinguir una prejudicialidad en sentido lógico, que vendría a coincidir con la que acabamos de definir con la ayuda del Diccionario y, por otro lado, una prejudicialidad en sentido técnico o jurídico, que a diferencia de la anterior requiere que la cuestión a juzgar (la prejudicial) goce de autonomía con respecto a la cuestión principal. Ambas tienen en común que condicionan el éxito del juicio sobre una demanda, pero mientras las primeras constituyen un aspecto intrínseco y no autónomo al objeto del juicio –sin que puedan formar parte del objeto de una demanda proponible en vía principal–, las segundas tienen por objeto un derecho o efecto jurídico susceptible de constituirse en objeto de un juicio autónomo, esto es, con sus propias pares. *Petitium, causa petendi, juez competente*, etc. Así las cosas, que la cuestión de inconstitucionalidad es una cuestión prejudicial en sentido lógico nadie lo niega; lo que debemos averiguar es si también lo es en sentido técnico, pues todas las cuestiones prejudiciales en sentido técnico o jurídico lo son en sentido lógico o racional, pero no al revés”.

Después de elaborar ese argumento, con examen de las posiciones italianas, alemana y española, agrega: “En consecuencia, si antes hemos señalado que la diferencia entre una prejudicialidad lógica y una prejudicialidad jurídica radica en la autonomía o no del proceso incidental respecto del proceso principal, llegamos a la conclusión de que, al menos en nuestro ordenamiento, la cuestión de inconstitucionalidad pertenece a la



primera de estas categorías. Ante el Tribunal Constitucional no se desarrolla un proceso autónomo respecto del que tiene lugar ante el órgano judicial promoverte. En realidad, la cuestión de inconstitucionalidad constituye más bien un proceso que tiene dos fases, una ante el órgano judicial y otra ante el Tribunal Constitucional, que es donde la cuestión de inconstitucionalidad se resuelve”, y concluye en que “Mas bien es producto de una decisión política que en el momento constituyente se tomó a favor de uno de los modelos conocidos de justicia constitucional. La obsesión por evitar que la función jurisdiccional pudiera politizarse y la firme determinación por garantizar el principio de seguridad jurídica, confiando el juicio último sobre la validez de las leyes a un solo órgano, explican la opción por este modelo de control judicial”.

Observadas las posiciones doctrinarias que anteceden somos del parecer que la Inconstitucionalidad de leyes en caso concreto –Inconstitucionalidad Indirecta- tiene naturaleza de consulta requerida mediante una forma procesal propia, desde luego que no constituye parte el conflicto que el juez deba resolver, que opera como cuestión previa dado que, si no hay pronunciamiento firme acerca de si la ley cuestionada puede o no aplicarse para resolver el fondo del caso concreto o el asunto procesal o incidental de que se conozca, la sentencia no puede dictarse.

4.2 Marco Básico en la Inconstitucionalidad en Casos Concretos.

La Constitución creó (artículo 268) la Corte de Constitucionalidad con los caracteres de tribunal permanente de jurisdicción privativa, de tipo colegiado, independiente de los demás organismos del Estado, para la función esencial de defender el orden constitucional, asumiendo competencias específicas (Artículo 272).



La Constitución creó (artículo 268) la Corte de Constitucionalidad con los caracteres de tribunal permanente de jurisdicción privativa, de tipo colegiado, independiente de los demás organismos del Estado, para la función esencial de defender el orden constitucional, asumiendo competencias específicas (Artículo 272).

Implica lo anterior la existencia de una jurisdicción separada de la que expropia del Poder Judicial, justificada por la materia que le está atribuida, a fin de hacer efectivas las garantías y defensa de orden constitucional y los derechos inherentes a la persona. Se trata, por tanto, de una jurisdicción establecida para entender y decidir en conflictos que tengan esa relevancia, a cuyo efecto se la ha dotado, también por disposición constitucional (Artículo 276), de una ley propia –Ley de Amparo Exhibición Personal y de Constitucionalidad- con la normativa procedimentales que permite el desenvolvimiento del proceso constitucional en cada una de las funciones que tiene asignadas. Las letra a) y d) de tal normativa contienen, cada cual, la individualización de dos de esas funciones: al del conocimiento de impugnaciones generales contra leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general –inconstitucionalidad directa- y la de conocer, en apelación, de impugnación de leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos –Inconstitucionalidad Indirecta-.

4.2.1 Finalidad Del Planteamiento: La función jurisdiccional, que el Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala atribuye exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia y ...demás tribunales que la ley establezca”, está destinada a impartir la justicia “...de conformidad con la Constitución y las leyes de la República”, obligación reiterada en el siguiente



Artículo -204-, por cuanto éste dispone que “Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligatoriamente el principio de que la Constitución Política de la República de Guatemala prevalece sobre cualquier ley o tratado”

Estando precisado constitucionalmente que los tribunales quedan sujetos, en los procesos sometidos a su conocimiento, a cumplir la Constitución y las leyes a las que ella da sustento, puede ocurrir que las partes o cualquiera de ellas estime que la ley en su totalidad o parte de la misma, que el juzgador pueda aplicar para dar solución al caso o al asunto procesal o incidental, devendría inconstitucional en su concreta situación. Esa eventualidad le abre el camino para plantear la inconstitucionalidad de ley en caso concreto, a fin de obtener un pronunciamiento previo sobre ese particular. Y porque se trata de dilucidar la legitimidad constitucional no genérica de la ley, sino la probabilidad de que o sea, de aplicarse para decidir el fondo de la cuestión debatida, el planteamiento queda sujeto a satisfacer requisitos propios, a efecto de que ese pronunciamiento particular, de naturaleza preventiva, se produzca.

A fin de ilustrar esta temática con pronunciamientos de la Corte de Constitucionalidad, haremos en adelante las referencias pertinentes de criterios sostenidos en sus fallos, utilizando, para facilitar el lector un acceso más fácil, la parte de sus decisiones que concrete el tema que estemos abordando.

En cuanto a la finalidad ha expresado lo siguiente:

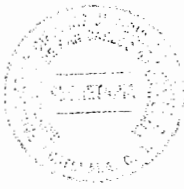
“Dentro del Título Cuarto de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de constitucionalidad se autoriza la promoción de inconstitucionalita de ley en casos



*concretos, siempre que se haya citado como apoyo de Derecho en la demanda, en la contestación o que, de cualquier otro modo resulte del trámite del juicio; su finalidad es la de inaplicarla, si la tesis es acogida. Tal posibilidad se explica por el deber que tienen los jueces de dictar sus fallos de conformidad con las leyes aplicables a cada caso concreto, pero, en primer lugar, de atender lo dispuesto en la norma constitucional. De manera que la acción que autoriza el artículo 116 de la Ley de la materia requiere: a) que la ley que se impugne total o parcialmente, sea aplicable al caso que el tribunal debe decidir; b) que el fallo a dictarse dependa de la validez o falta de validez de la ley o norma cuya cuestionada; c) el razonamiento suficiente de la relación entre la ley o norma atacada y el eventual fallo que evidencie que su aplicación puede transgredir la disposición constitucional que el interesado señale, debiendo ser, por ello inaplicable”.*²⁵

4.2.2 Competencia Para Conocer:La ley antes citada, a la que insistimos nominaremos Ley de la Corte, atribuye la competencia para conocer de la inconstitucionalidad en casos concretos a los tribunales de orden común “...que corresponda según la materia” (Artículo 120), asumiendo en tales eventos, “carácter de tribunal constitucional”, exceptuando a los juzgados menores que, por carecer de esa potestad, deben inhibirse inmediatamente de conocer cuando un asunto tal les es planteado directamente, y enviar los autos al superior jerárquico par que tome su conocimiento. Ello indica que, salvo lo último, para conocer de esta clase de inconstitucionalidad la competencia está atribuida a los tribunales de la jurisdicción ordinaria –

²⁵ Vid. Sentencia de la C.C. de quince de febrero de 2000. Gaceta 55, pp. 72 y 73.



unipersonales o colegiados-, siempre que en ellos se tramite el proceso en el que se pretenda la declaración de inaplicación de leyes. Acá resulta patente la recepción del sistema de “control difuso”, desde luego que la facultad para conocer se extiende a tales tribunales, aunque entendiendo en carácter y materia exclusivamente constitucional, abriéndose paso así al fenómeno de adquirir, en esos casos, la condición de tribunales constitucionales de primer grado y, en dicha función quedar sometidos jerárquicamente a la Corte de Constitucionalidad (CC), bajo cuya ley y procedimiento habrán de tramitarse y decidirse, siendo sus pronunciamientos susceptibles de apelación que, de interponerse, pasa a conocimiento de la Corte, como lo prevé el Artículo 127 de su Ley, revirtiendo el asunto al “control concentrado”.

4.2.3 Legitimación Para Promover: El Artículo 29 constitucional garantiza a toda persona el libre acceso a los tribunales para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley. Tal enunciación se refiere a la legitimación o facultad para poner en movimiento o para intervenir en la actividad jurisdiccional, a fin de poder actuar frente a ella, bien instado y haciendo valer derechos, o en actitud defensiva para idéntico propósito, mediante la denominada legitimación procesal. Es esta una de las condiciones indispensables para que pueda iniciarse un proceso, o sea, un desarrollo ordenado para conocer, por una sucesión de actos o procedimientos, de pretensión que se ejercite ante el órgano jurisdiccional



competente, que es lo que constituye, en términos de la doctrina dominante, una relación jurídica.

Así la ve el profesor Eduardo J. Couture²⁶ al expresar que “el proceso es relación jurídica, se dice, en cuanto varios sujetos, investidos de poderes determinados por la ley, actúan en vista de la obtención de un fin. Los sujetos son el actor y el demandado, sus poderes son las facultades que la ley les conviene para la realización del proceso; su esfera de actuación es la jurisdicción; el fin es la solución del conflicto de intereses”.

En nuestro tema es a aquellos sujetos, definidos como “las partes”, actuando en cualquier proceso o competencia de la jurisdicción ordinaria, a quienes la Ley de la Corte (Artículo 116) inviste de poder para plantear la denuncia de inconstitucionalidad de las leyes, en tanto que mantengan su condición de sujetos activos o pasivos o terceros dentro de la contienda.

4.2.4 Presupuestos para la Promoción de la Inconstitucionalidad en Casos

Concretos: Planteada y respondida una pretensión ante la jurisdicción ordinaria –es lo que ocurre generalmente o producido un debate frente a la administración, la sentencia en aquella o la resolución en el último debate apoyarse en ley o disposiciones de ella que decidan sobre el fondo. Es en el curso o trámite del asunto que puede plantearse previamente la inconstitucionalidad indirecta, cuestionándose que esa probable aplicación resulta afectada de ilegitimidad constitucional en el caso que espera solución.

²⁶Couture, Eduardo J. “Fundamentos del Derecho Procesal Civil” ed. Nacional, S.A. México, 1981 p. 124 y ss.



La Ley de la Corte permite plantear la inconstitucionalidad de leyes en casos concretos acudiendo bien a la acción, a la excepción o al incidente (Artículo 116), significando tres modos para instarla; empero, en cualquiera de tales eventos debe ponerse atención a los requisitos siguientes:

a) Caso Concreto Previo: Para promover la inconstitucionalidad en casos concretos es necesario, de manera general, que esté en trámite un proceso que tienda a resolver un conflicto de intereses o un asunto procesal o incidental, lo que está indicando que la inconstitucionalidad indirecta tiene como presupuesto la existencia de un litigio a decidirse por un órgano de la jurisdicción ordinaria. Al advertirse, sin embargo, que es posible instarla mediante acción –tema que abordaremos en apartado distinto- y entendida ésta como el poder jurídico de promover el conocimiento de una pretensión acudiendo ante los órganos jurisdiccionales, da lugar a preguntarse la manera de ejercitarla, desde luego que solo admitido por los tribunales el ejercicio de ese derecho y llevado adelante el procedimiento con la intervención de quien ha de actuar comocontraparte, puede hablarse de la concreción de un proceso constitucional destinado a resolver, no el caso concreto en el que plantea la inconstitucionalidad indirecta, sino únicamente el examen de constitucionalidad en el que habrá de confrontarse la ley o disposición legal atacada con la norma o normas constitucionales que la parte interesada señale.

b) Oportunidad: La norma antes citada –Artículo 116- señala también que la inconstitucionalidad puede ser planteada siempre que se promueva “hasta antes de dictada sentencia”. Ello es así por regla general, desde luego que debiendo ponerse fin



a la contienda mediante fallo que ha de dictar el tribunal de conocimiento, lo que se persigue es que en la decisión no se aplique la norma o normas cuya constitucionalidad se haya puesto en duda.

Bajo ese entendido ha de advertirse que un planteamiento tal ha de proponerse antes que el tribunal que conozca en lo que sea la primera instancia dicte la sentencia que ponga fin al litigio; podrá instarse de nuevo en la segunda, también antes que pronuncie su fallo; y, de acudir a casación, la oportunidad será igualmente antes de que se produzca la sentencia que resuelva el recurso.

Ahora bien, tratándose de impugnar leyes o reglamentos por la vía de la acción que autoriza el Artículo 118 de la Ley de la Corte, debe tenerse en cuenta que la oportunidad de su planteamiento ha de hacerse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que causó estado la resolución administrativa.

Y en cuanto a las disposiciones procesales deben anotarse que, como ya fueron aplicadas por el juez o tribunal en resolución de fondo (excepciones, por ejemplo), ésta habrá de recurrirse y la oportunidad para plantear la Inconstitucionalita lo será ante el *ad quem*, una vez que se haya dado trámite a la impugnación.

Con relación a la oportunidad del planteamiento de la inconstitucionalidad en caso concreto puede citarse la doctrina siguiente:

“El planteamiento de la acción de inconstitucionalidad en casos concretos, al igual que las acciones de amparo e inconstitucionalidad generales, está sujeto al cumplimiento de determinados presupuestos que permitan realizar el estudio que por esa vía se pretende. Así, la constitución y la Ley de la materia establecen como presupuesto de admisibilidad de esta acción, que su planteamiento se haga hasta antes de que se dicte



sentencia. Ello obedece a que es durante la dilación procesal de cualquiera de las dos instancias permitidas por la ley, cuando se juzgan los hechos controvertidos y se aplican las normas sustantivas y procesales pertinentes que permitirán al juez hacer la declaración de derecho que se le pide, es decir, que sólo en tanto no haya pronunciamiento del fondo de la cuestión planteada, la inconstitucionalidad en casos concretos puede cumplir su objetivo de actuar como contralor material, si declararse la inaplicación del precepto al hecho que está pendiente de juzgamiento.

En el caso de estudio el solicitante plantea ala inconstitucionalidad en caso concreto en la fase ejecutiva del juicio ordinario laboral que se promovió en su contra, lo cual significa que acudió a esa acción después de que el juicio ya se había dictado la sentencia que, al haber quedado firme, le puso fin al mismo»²⁷. Esa doctrina ha sido reiterada en fallos posteriores.

c) Cita Individualizada de las Leyes o Disposiciones Legales

Cuestionadas:Entendidas la ley en su sentido de precepto que manda o prohíbe, dictada por el órgano legislador o por quien tiene esa facultad autorizada por la Constitución, habremos de notar que es esa clase a la que se refiere a la Ley de Amparo y Constitucionalidad, que se amplía a reglamentos cuando la materia en la que se discuta la inconstitucionalidad sea del orden administrativo, de acuerdo con los términos contenidos en el cuerpo Legal referente.

Se refiere así que la Inconstitucionalidad Indirecta puede plantearse cuestionando la ilegitimidad constitucional –de aplicarse al caso concreto- de leyes o disposiciones de

²⁷ Vid. Sentencia de la CC. de veintitrés de julio de 1997, Gaceta 45, p. 54 y ss.



leyes sustantivas, reglamentarias y adjetivas o procesales, vigentes. Pero en cualquiera de los casos debe citarse e individualizarse las disposiciones de la ley—o de reglamento, si así fuera— que, a juicio del interponente, no deban ser aplicadas en el proceso de que se trate, la procesal ya aplicada, por estimar que en su caso particular resultaría inconstitucional que el tribunal se apoye en ellas al resolver el fondo del litigio, en aquellos supuestos, o se vea precisado a dictar nueva resolución que no podrá estar sustentada en la declarada —eventualmente inaplicable.

Que se trate de ley con cuya aplicación puede resolverse el caso es de singular importancia, desde luego que no se trata de que se haya autorizado un modo de entorpecer la marcha del proceso. Ese propósito aparece expuesto en un fallo del Tribunal Constitucional Español que cita Saavedra Gallo, asentando que “La extraordinaria trascendencia de las cuestiones de inconstitucionalidad como principal mecanismo de conexión entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional obliga... a extremar las garantías destinadas a impedir que esta vía procesal resulte desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza, como sería, por ejemplo, el de utilizarla para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en el que la cuestión se suscita”.

Por otra parte es necesario, claro está, que el examen de inconstitucionalidad se proponga respecto de disposiciones de leyes vigentes, esto es, de preceptos que los tribunales puedan aplicar para resolver el caso. Esta es la posición general de la doctrina, como lo muestra Eduardo García Entería, quien al examinar este aspecto, desde la perspectiva del Derecho Español y el efecto derogatorio que su sistema permite, señala: “NO se trata, pues, de un problema formal o de derogación, sino de



Es congruente esa posición, en cuanto a la cita individualizada de la ley o de disposición legal a la que se refiere, el criterio de la Corte de Constitucionalidad, expresado así:

“El control de constitucionalidad se realiza confrontando la Constitución Política de la República con la norma impugnada, por lo que, cuando ésta carece de vigencia y positividad la cuestión ha dejado de tener materia y, por tanto, el tribunal competente no puede pronunciarse respecto del fondo de la pretensión de inconstitucionalidad”²⁸.

En ese sentido cabe cuestionar también el contenido material de las leyes pre-constitucionales, siempre que con su aplicación pueda decidirse el asunto por el tribunal que conozca del proceso; su eventual acogimiento constituiría caso de inconstitucionalidad sobrevenida. Con relación a esto último resulta útil citar, por un lado, la postura del Tribunal Constitucional Español en la parte que transcribe Marín Pageo.

“La doctrina reconoce que, una vez promulgada la Constitución, no hay más normas legítimas que las que nacen por las vías constitucionalmente previstas, pero siguen siendo formalmente válidas todas las que lo fueron conforme el sistema anterior. Ello por razón de continuidad y seguridad jurídica, aparte de que, desde un punto de vista lógico, un legislador nunca puede verse sujeto a una norma suprema futura, y, por lo tanto, aún no nacida. Sin embargo, el plantear la oposición desde un punto de vista material entre la ley anterior y Constitución sí es, no sólo lógico o necesario, no porque el legislador antiguo debería sujetar su actividad a una Constitución futura, sino porque

²⁸ Vid. Sentencia de la C.C. de catorce de octubre de 1999, Gaceta 54, p. 63.



de no prevalecer la norma fundamental sobre la ley anterior, ésta seguiría surtiendo efectos contrarios a los nuevos principios jurídicos.”

D.4) Cita Puntual de las Normas Constitucionales Referentes: de la misma manera que resulta indispensable que la parte que acuda al planteamiento de inconstitucionalidad en caso concreto individualice la ley o disposiciones de ella cuya aplicación estima inconstitucional, es esencial que igualmente haga cita de la disposición o disposiciones constitucionales que, en su particular situación, aprecie que resulten infringidas, porque el tribunal habrá de contrastar en abstracto los preceptos legales atacados con los constitucionales, orientando por la tesis que proponga la parte interesada en la inaplicación pretendida.

Nótese que tal es la orientación de la doctrina, respecto de lo cual García de Enterría señala que “Parece innecesario explicar el mecanismo del recurso indirecto o cuestión de Inconstitucionalidad. Aquí el problema de constitucionalidad de una ley surge como cuestión incidental previa (que ha de resolver el Tribunal Constitucional) a la aplicación de dicha ley para la resolución de un proceso de cualquier contenido abierto ante cualquier Tribunal. En el momento en que el problema se plantea ante el Tribunal Constitucional, por remisión del Tribunal *a quo*, la verificación de la constitucionalidad no es muy distinta de la que se opera en la técnica del recurso directo o control abstracto de normas. Pero aquí estamos ya ante un control “concreto” de normas, quiere decirse producido en el seno de un litigio o proceso real y verdadero, de modo que aunque el conocimiento y decisión, este proceso no se remita al Tribunal Constitucional en el juicio de constitucionalidad que a éste corresponde, pesará,



inevitablemente, la dialéctica del caso concreto, que entra ya dentro del característico cuadro mental de la justicia”.

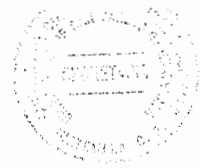
4.3 Revisión de Gacetas Constitucionales en Base a Fondos Públicos Designados a Las Municipalidades y la Asignación del Diez Por Ciento Constitucional En Guatemala:

El Código Municipal de Guatemala hace referencia a los bienes que reciben las municipalidades para su sostenimiento en la administración pública correspondiente a ejecutar un determinado gasto, en el caso del diez por ciento constitucional no se establece una base jurisprudencial en sentencia en las gacetas de la Corte de Constitucionalidad en donde el artículo doscientos cincuenta y siete de la Constitución Política de la República de Guatemala haya sido objeto de alguna objeción o elevación a juicio constitucional,

Caso contrario la encontramos en la gaceta de la corte suprema de la federación de los Estados Unidos Mexicanos número CSJ-412-502 del año dos mil cinco en donde explícitamente se refiere a un juicio por participación en de un contrato de fideicomisos públicos entre contratistas y corporaciones correspondientes a presidencias municipales que en el derecho municipalista mexicano ejercen el gobierno local municipal y que hace referencia al código hacendario municipal mexicano en donde se describe claramente la inalienabilidad de ciertas contribuciones en materia de educación primaria y secundaria fundamental al igual como la prestación de servicios de salud vital en los municipios carentes de esos insumos básicos para el desarrollo urbano, especifica la ponencia de que aunque la Constitución de los Estados Unidos



Mexicanos no contempla un Artículo referente a una asignación base para las dependencias federativas y locales como lo son las presidencias municipales y sus concejos, provee de elementos en la legislación ordinaria como el Código Hacendario municipal en donde la garantía de los rubros que protegen los fondos destinados para las actividades públicas de desarrollo mencionadas tengan una protección especial por el principio de inalienabilidad del gasto de esos fondos públicos, por lo cual la Corte Suprema de los Estados Unidos Mexicanos fundamentó su postura de la legislación ordinaria federal al hacer énfasis en que no se pueden comprometer por la figura contractual del fideicomiso o por cualquier otra disposición del derecho positivo estos bienes bajo las condiciones de gravamen o su pignoración “las circunstancias concomitantes y acervantes de una postura contractual de derecho no pueden hacer a una entidad federativa o local subvalorar las posibilidades que en fundamentos del derecho común le son sometidas a su regulación, como el sometimiento de fondos públicos en gravamen, o pignoración en protección del principio universal de inalienables en función de rubros definidos en partidas públicas establecidas”



CONCLUSIONES

1. Desde la creación de la aportación del diez por ciento constitucional a las municipalidades en su incorporación a la vida patrimonial de la hacienda pública municipal ha demostrado ser un vital sostenedor en la prestación de servicios y obras públicas que sustentan el que hacer municipal, por lo que a criterio del legislador su incorporación a la vida jurídica positiva de nuestro país se considera como una gran innovación legislativa.
2. Las municipalidades pueden utilizar el contrato de fideicomiso para adquirir endeudamiento por ser un mecanismo contractual idóneo usado por los entes públicos, no obstante deben de tomarse en consideración sus implicaciones legales, como lo son la capacidad de pago del ente que se constituye como deudor, y el patrimonio afecto a la ejecución del contrato.
3. La obligación legal que tienen las municipalidades de ser ejecutoras de las tareas de desarrollo urbano, construcción y mantenimiento de obras públicas, hace en ocasiones insuficientes los recursos en comparación a las necesidades de los vecinos, circunstancia que no debe de considerarse un aliciente para el endeudamiento desenfrenado y sin consenso por parte de las mismas.



4. El Código Municipal decreto doce guion dos mil dos (12-2002), establece un capítulo que describe el endeudamiento municipal, recientemente tuvo una reforma que impide que los gobiernos municipales adquieran deuda por más del periodo de sus respectivas administraciones, lo que mejora la hacienda pública municipal, y marca una tendencia de prudencia en la ejecución del gasto público municipal.



RECOMENDACIONES

1. Los concejos municipales que tomaran posesión en el futuro, deben tener presente los alcances de sus ingresos observando cuidadosamente el principio de capacidad de pago, esto significa el profundo conocimiento de los principios de la administración pública por parte de ellos y una concientización sobre el debido uso y gasto de los recursos públicos, bajo un esquema de respeto al marco constitucional.
2. La Asociación Nacional de Municipalidades , y al Instituto Nacional de Fomento Municipal deben de desarrollar, trabajos de investigación destinados a velar por una adecuada utilización del aporte del diez por ciento constitucional para formar un conocimiento que haga eficaz e eficiente la inversión del aporte constitucional, constituyéndose así dicha información en una importante herramienta de consulta
3. Que los concejos municipales, apliquen principios de probidad y honestidad en el manejo de los ingresos municipales para no dejar endeudamiento a las futuras administraciones esto en concordancia con todos los requerimientos que significa ser miembro de una corporación municipal, también deben de fomentarse la educación en probidad y honestidad para todos los funcionarios municipales.



4. Que las municipalidades contraten los servicios de un auditor interno para que vele por la concreta ejecución presupuestaria; implantando un sistema eficiente y ágil de seguimiento y ejecución presupuestaria, con todo lo que corresponde a los principios de probidad y adecuada fiscalización, esto solventaría la duda y los rezagos que surgirían en los balances de la hacienda pública municipal.



BIBLIOGRAFÍA

- ALMAGRO NORETE, José, **Justicia constitucional**. 3a. ed.; España:Ed. Artigrafia, 1980.
- BISCARETTI DI RUFFIA. **Introducción al derecho constitucional comparado**. 1a.ed. México; Ed. Fondo de cultura económica, 1975.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. 2a. ed.; Guatemala: Ed.Fénix, 2006.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. 2a. ed. Argentina: Ed. Heliasta, 1982.
- CAPELLETI, Mauro. **La justicia constitucional**. 2a. ed. México: Ed.UNAM, 1987.
- COUTURE, Eduardo. **Fundamento del derecho procesal civil**. 9a. ed. Argentina: Ed.Heliasta, 2003.
- EKMEDELIJAN, Miguel Ángel. **Tratado de derecho constitucional**. 3t.; 2a. ed. Argentina:Ed.Deselma, 1995.
- FLORES GOMEZ, Fernando y Gustavo Carbajal. **Manual de derecho constitucional**.. México: Ed .Purrua, 1976.
- HAURIO, André. **Derecho constitucional e instituciones públicas**, traducido al español por José A. González, España: Ed. Ariel, 1971.
- KELSEN, Hans. **Quien debe ser el defensor de la Constitución**. 2a. ed. España: Ed.Técnicos, 1995.
- LOPEZ GUERRRA, Luis. **Introducción al derecho constitucional**. 2a. ed. España: Ed. Tirant, 1994.



LOPES ULLOA, Juan Manuel. **La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español**. España: Ed. Jurídicas y sociales s.a. 1985.

Los Fideicomisos en Guatemala. Pág. 12. Diario La Hora (Guatemala). ed. Opinión del superintendente de bancos Licenciado Víctor M. Mansilla Castro (15 de mayo del 2012)

MARIN PAGEO, Encarnación. **La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil**. 3ª. ed. España: Ed. Civitas, 1990.

OSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Argentina: Ed. Heliasta, 1992.

ROJINA VILLEGAS, Jorge Mario. **Fundamentos del derecho civil**. 9ª. ed. España: Ed. Heliasta, 2003.

SAAVEDRA GALLO, Pablo. **La duda de inconstitucionalidad**. 2ª. ed. España: Ed. Heliasta, 1985.

VAZQUEZ GARCIA, Edmundo y Jorge Mario. **Constitución y orden democrático**. 1ª. ed. Guatemala: Ed. Universitaria, 1984.

www.bmunial.org/report./guatemala /reporte-competitividad.int/doc/pdf

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala, **Asamblea Nacional Constituyente**; 1986.

Ley de Amparo Exhibición Personal y Constitucionalidad, Asamblea Nacional Constituyente. 1986.

CC. sentencia 23-7-1997 gaceta 45 pág. 54 y sig.

CC. Sentencia 14-10-1999 gaceta 54 pág. y 63 Csj-412-502-2005 pág. 73 (Corte Suprema de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos)



Código Civil, Enrique Peralta Azurdía. Decreto Ley 106. 1965

Código Municipal. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 12-2002. 2002