

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

**REFORMA A LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO RESPECTO A LOS
PROCEDIMIENTOS DE EXCEPCIÓN, COTIZACIÓN PÚBLICA Y CONTRATACIÓN
ABIERTA PARA LA ADQUISICIÓN DE BIENES PARA REALIZAR FISCALIZACIÓN
PREVIA DE LOS EVENTOS**

CELIA AROCHE NAVARIJO

GUATEMALA, ABRIL DE 2018

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

**REFORMA A LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO RESPECTO A LOS
PROCEDIMIENTOS DE EXCEPCIÓN, COTIZACIÓN PÚBLICA Y CONTRATACIÓN
ABIERTA PARA LA ADQUISICIÓN DE BIENES PARA REALIZAR FISCALIZACIÓN
PREVIA DE LOS EVENTOS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CELIA AROCHE NAVARIJO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, abril de 2018

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

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL I	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda.	Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br.	Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable 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).



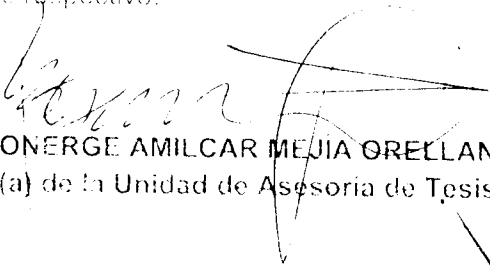
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
02 de septiembre de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, **RAFAEL ANTONIO SANCHEZ MORALES**,
quien que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
CELIA AROCHE NAVARIJO, con carné **199817061**,
intitulado **REFORMA A LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO RESPECTO A LOS PROCEDIMIENTOS DE
EXCEPCIÓN, COTIZACIÓN PÚBLICA Y CONTRATACIÓN ABIERTA PARA LA ADQUISICIÓN DE BIENES PARA
REALIZAR FISCALIZACIÓN PREVIA DE LOS EVENTOS.**

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del
bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título
de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de
concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y
técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros
estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la
bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará
que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime
pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción: _____

Asesor(a)

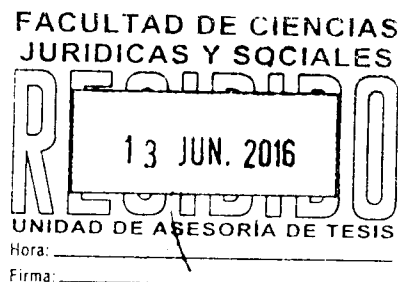
RAFAEL ANTONIO SANCHEZ MORALES
ABX 1 110000



BUFETE JURIDICO
LICENCIADO RAFAEL SÁNCHEZ MORALES
15 CALLE 9-32 ZONA 1, GUATEMALA C.A.
TEL: (502) 22510484
CEL: (502) 45382721

Guatemala, 13 de junio del 2016.

Dr. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Su Despacho



De conformidad con la resolución de nombramiento de fecha dos de septiembre del año dos mil catorce, recaído a mi persona, me permito informar a usted que he revisado el trabajo de tesis del Bachiller **CELIA AROCHE NAVARIJO**, intitulado **REFORMA A LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO RESPECTO A LOS PROCEDIMIENTOS DE EXCEPCIÓN, COTIZACIÓN PÚBLICA Y CONTRATACIÓN ABIERTA PARA LA ADQUISICIÓN DE BIENES PARA REALIZAR FISCALIZACIÓN PREVIA DE LOS EVENTOS**, para lo cual me permito manifestar lo siguiente:

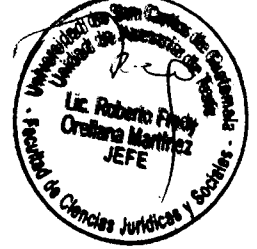
1. La tesis abarca un contenido científico y técnico, analizando jurídicamente lo fundamental que es la falta de fiscalización en los procesos de compra por excepción, licitación, cotización y contrato abierto, lo que permite que los bienes del Estado sean mal utilizados y ello da lugar a anomalías.
2. El bachiller **CELIA AROCHE NAVARIJO**, en la elaboración de su tesis utilizó un lenguaje correcto y el contenido de la misma es de interés para la población guatemalteca. El trabajo es un aporte científico tanto para los estudiantes, catedráticos y profesionales a quienes interese el tema. Dicho tema merece ser tomado en cuenta por ser un impacto social, que afecta a al país.
3. Los métodos y técnicas utilizadas por el sustentante para la elaboración de su tesis fueron acordes para el desarrollo de la misma. El sustentante utilizó el método deductivo se aplicó mediante la comparación entre lo que establece la Ley de Contrataciones del Estado, con la Constitución Política de la República de Guatemala. El método analítico permitió analizar; desde todos los supuestos planteados, para llegar a las conclusiones obtenidas. Mediante el método funcionalista se estableció la necesidad de reformar la Ley de Contrataciones del Estado para que sean fiscalizados los procedimientos de licitación, cotización, compra por excepción y de esta manera evitar el mal manejo de los recursos del Estado.



4. No fueron necesario cuadros estadísticos debido a que la investigación no lo amerita.
5. La conclusión discursiva planteada por la sustentante es acorde y se relaciona con el contenido de la tesis, en virtud que deja evidenciado que al Estado de Guatemala le falta mucho para cumplir con el mandato de velar por el bien común.
6. La bibliografía utilizada en la elaboración de la tesis es la adecuada y actualizada. De manera personal me encargue de guiar al estudiante en los lineamientos de todas las etapas correspondientes al proceso de investigación científica, aplicando para el efecto los métodos y técnicas acordes para resolución de la problemática relacionada.
7. El trabajo de tesis efectivamente reúne los requisitos de carácter legal, por lo que me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE** de conformidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo treinta y uno (31) del Nomenclador para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Atentamente,

Lic. Rafael Antonio Sánchez Morales
Asesor
Colegiado 8339



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 22 de agosto de 2017.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante CELIA AROCHE NAVARIJO, titulado REFORMA A LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO RESPECTO A LOS PROCEDIMIENTOS DE EXCEPCIÓN, COTIZACIÓN PÚBLICA Y CONTRATACIÓN ABIERTA PARA LA ADQUISICIÓN DE BIENES PARA REALIZAR FISCALIZACIÓN PREVIA DE LOS EVENTOS. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.

[Handwritten signatures and stamps]

SECRETARIO
 FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
 GUATEMALA, C. A.

DECANO
 FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
 GUATEMALA, C. A.



DEDICATORIA

- A DIOS:** Por haberme dado la fuerza y sabiduría para poder culminar mi carrera. Gracias Señor Jesús por tus bendiciones.
- A MI MADRE:** Vidalia Navarajo Herrarte (Q.E.P.D), este triunfo dedicado especialmente a ti madre, confiando en Dios, que desde el más allá compartes conmigo este momento de dicha y felicidad, gracias por tu apoyo, amor, confianza y tu gran ejemplo de mujer luchadora..
- A MI PADRE:** Zenón Aroche Polanco, todo mi respeto y cariño.
- A MIS HIJAS:** con todo mi amor, espero llegar a ser su ejemplo de superación, constancia y dedicación, ya que cuando existe fé en Dios, esfuerzo y confianza en sí misma se pueden lograr todos los sueños.
- A MI AMIGO:** Álvaro Enrique Interiano García, gracias por su cariño y apoyo.
- A MIS HERMANOS:** Agradecimiento sincero por su apoyo constante incondicional. En especial a mi hermana Aura Marina, gracias por todo tu apoyo y cariño.
- A MIS SOBRINOS:** con aprecio y cariño en especial a Luis David (Q.E.P.D.).
- A MIS COMPAÑEROS:** Por las tantas alegrías y apoyo mutuo en nuestra formación y por todos los momentos compartidos.
- A MIS CUÑADAS:** Gracias por cariño y respeto.
- A MI CUÑADO:** Oscar Flores, Con aprecio y cariño.

A: Comité Ejecutivo Nacional, del Sindicato de Trabajadoras y Trabajadores de la Educación de Guatemala, gracia por cariño, respeto y apoyo.

A MI ASESOR: Rafael Sánchez Morales, con agradecimiento especial.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, por abrirme sus puertas y permitirme ser parte de los profesionales que ha formado.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales que con la ayuda de sus catedráticos me permitieron adquirir los conocimientos necesarios para la culminación de mi carrera.



PRESENTACIÓN

Este informe contiene un análisis relacionado a la necesidad de reformar la Ley de Contrataciones del Estado en virtud que se necesita fiscalizar los procedimientos de compra por excepción, contrato abierto, cotización y licitación.

La investigación pertenece a la rama del derecho administrativo; asimismo el ámbito geográfico al que pertenece la investigación es el departamento y municipio de Guatemala, pues es donde se realiza la mayoría de procedimientos de licitación, cotización, compras por excepción y contratación abierta; el periodo que comprende la investigación es entre los años 2014 y 2015, porque es donde se han realizado anomalías y mala utilización de los recursos del Estado.

El sujeto de estudio son las juntas de licitación y cotización, las entidades del Estado sujetas a la Ley de Contrataciones del Estado así como los funcionarios que intervienen en dichos procedimientos; el objeto de la investigación es porque se necesita una reforma a la Ley de Contrataciones del Estado para que los procedimientos de compra se realicen de manera transparente y con ello se dé la protección a la persona y velar por el bien común.

El aporte científico de la presente investigación es para que se cumpla a cabalidad el bien común y evitar malos manejos de los bienes del Estado y que los particulares se beneficien con la realización de los procedimientos de compra por excepción, licitación, cotización y contratación abierta.

HIPÓTESIS

La variable dependiente de la hipótesis es la necesidad de reformar la Ley de Contrataciones del Estado. Las variables independientes de la hipótesis son las siguientes: la primera, la falta de regulación al proceso de fiscalización en compra por excepción; la segunda variable independiente es el mal uso de los recursos del Estado para la adquisición de bienes en los procesos de compra por excepción, cotización pública y contratación abierta.

El tipo de hipótesis utilizado en la presente investigación fue la correlacional (aquí la variable aumenta) puesto que al no existir una norma jurídica que regule el proceso de fiscalización en los procedimientos de compra por excepción se hace mal uso de los recursos del Estado para la adquisición de bienes (aquí la variable disminuye).



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

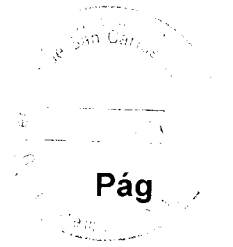
Luego del análisis en relación a la falta de regulación al proceso de fiscalización en compra por excepción, se comprobó la hipótesis pues dentro de los métodos utilizados se pueden encontrar los siguientes: se utilizó el método de análisis, que consistió en la interpretación de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley Orgánica de la Contraloría de Cuentas, así como también de la doctrina. Una vez interpretada la norma jurídica, se utilizó el método de síntesis, a efecto de obtener las conclusiones del presente trabajo de investigación; el que sirvió además para hacer congruente la totalidad de la investigación.

Dentro de las técnicas utilizadas para la comprobación de la hipótesis se pueden mencionar las siguientes: investigación documental, la cual se utilizó a efectos de determinar que no existe regulación en cuanto a la fiscalización en los procesos de compra por excepción, licitación, cotización y contrato abierto, lo que permite que los bienes del Estado sean mal utilizados y ello da lugar a anomalías.

ÍNDICE

	Pág
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. La corrupción.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Actos corruptos.....	3
1.3. Percepciones y manifestaciones de la corrupción.....	5
1.4. Participes de la corrupción.....	7
1.5. Factores que propician la corrupción.....	10
1.6. Efectos negativos de la corrupción dentro de la administración pública	11
CAPÍTULO II	
2. La administración pública.....	15
2.1. Antecedentes.....	19
2.2. Definición de administración pública.....	21
2.3. El funcionario público.....	23
2.3.1. Los sujetos de la planificación en la administración pública.....	28
2.4. Oposiciones para ser funcionario público.....	30
2.5. El funcionario público y sus funciones según la Ley de Servicio Civil....	31
CAPÍTULO III	
3. El abuso de poder.....	33
3.1. Definición.....	35
3.2. Clases de abuso de poder.....	36
3.2.1. El deber de obediencia.....	38
3.2.2. Eximente de responsabilidad penal.....	42
3.3. Medios de ejercer abuso de poder.....	44

CAPÍTULO IV



4. Fiscalización.....	47
4.1. Definición de fiscalización.....	48
4.2. Objetivos de la fiscalización.....	49
4.3. Elementos de la fiscalización.....	50
4.4. Formas de fiscalización en Guatemala.....	53
4.4.1. Rendición de cuentas.....	54
4.4.2. Juicio de cuentas.....	55

CAPÍTULO V

5. La Ley Contrataciones del Estado y procedimientos de adquisición de bienes por emergencia.....	
5.1. Contenido de la ley.....	59
5.2. Aspectos a considerar dentro de la Ley de Contrataciones del Estado	59
5.2.1. Reformas contenidas dentro de la Ley de Contrataciones del Estado.....	60
Tipo penal contenido dentro de la Ley de Contrataciones del Estado.....	61
5.2.2. Procedimientos contenidos dentro de la Ley de Contrataciones del Estado.....	62
5.2.3. Los sujetos que se rigen por la Ley de Contrataciones del Estado.....	63
5.2.4. Procedimientos de licitación y cotización.....	65
5.2.5. Procedimiento de contratación para la modalidad del contrato abierto.....	70
5.2.6. Casos de excepción.....	73
5.3. Efectos negativos de los procedimientos por la falta de fiscalización.....	74
5.4. Propuesta de reforma a la Ley de Contrataciones del Estado.....	76

CONCLUSIÓN DISCURSIVA..... 81

BIBLIOGRAFÍA..... 83

INTRODUCCIÓN

En la actualidad es evidente la corrupción derivada de los malos manejos y anomalías en los recursos del Estado, pues los funcionarios públicos aprovechan los procedimientos de licitación, cotización, contratación abierta y casos de excepción para beneficio personal y no para las funciones de la entidad a la que representan. De esta manera se está violentando el mandato constitucional de velar por el bien común.

Los objetivos generales fueron determinar las formas y utilización de los procedimientos de excepción, cotización y contratación abierta por parte de las instituciones de conformidad con el derecho vigente; analizar los efectos de la falta de fiscalización durante los procedimientos en mención, para la adquisición de bienes. El objetivo específico es proponer un proyecto de reforma a la Ley de contrataciones del Estado a efecto de regular la implementación de la fiscalización durante el proceso de compra por excepción, cotización pública y contratación abierta para la adquisición de bienes.

En la hipótesis se da la falta de regulación al proceso de fiscalización en compras por excepción, cotización pública y contratación abierta para la adquisición de bienes, esto permite anomalías y mal uso de los recursos del Estado por lo que se necesita reformar la Ley de Contrataciones del Estado.

Esta investigación consta de cinco capítulos: en el primero, se hace referencia al tema de la corrupción; en el segundo, se estudia la administración pública y el funcionario público; en el tercero, se hace referencia al abuso de poder y sus causas; en el cuarto, lo relativo a la fiscalización; y en el quinto, se pretende una reforma a la Ley de Contrataciones del Estado respecto a los procedimientos de excepción, cotización y contratación abierta para la adquisición de bienes del Estado.

El método deductivo se aplicó mediante la comparación entre lo que establece la Ley de Contrataciones del Estado, con la Constitución Política de la República de

Guatemala. El método analítico permitió analizar; desde todos los supuestos planteados, para llegar a las conclusiones obtenidas. Mediante el método funcionalista se estableció la necesidad de reformar la Ley de Contrataciones del Estado para que sean fiscalizados los procedimientos de licitación, cotización, compra por excepción y de esta manera evitar el mal manejo de los recursos del Estado.

Este estudio se muestra, fundado en el parámetro de la Ley de Contrataciones del Estado en cuanto a la forma de llevar a cabo la adquisición de bienes por parte de la administración pública, lo cual debe ser fiscalizado para evitar anomalías en los procedimientos establecidos dentro de dicho cuerpo legal; este tema se expone en dirección al Estado, a los funcionarios público principalmente, para que actúan dentro de los límites legales y con ello que el Estado no tenga pérdidas por actos de corrupción en la adquisición de bienes para la administración pública, de esta manera se estaría cumpliendo con el mandato constitucional de velar por el bien común.

CAPÍTULO I

1. La corrupción

En la actualidad la corrupción es un fenómeno que se encuentra inmerso dentro de toda la administración pública, esto como consecuencia de las malas actitudes de personas que no cumplen con las normas del puesto para el que fueron contratadas, asimismo el ánimo de lucro origina que se den este tipo de actos que perjudican al Estado en general. A continuación se desarrollará este tema para ver la forma en que afecta en la actualidad.

1.1. Definición

El término corrupción viene de la palabra latina corruptio que significa moral decay, wicked behaviour, putridity or rottenness (decadencia moral, comportamiento malvado, putrefacción o podredumbre). El concepto puede aplicarse a lo físico, como en la destrucción o pudrición de algo, especialmente por desintegración o por descomposición acompañado por la insalubridad y la repugnancia; putrefacción, o un significado moral como en deterioro o decadencia moral, perversión o destrucción de la integridad en el cumplimiento de los deberes públicos por cohecho o clientelismo.”¹

¹ Massier Karen. **La corrupción y los derechos humanos, estableciendo el vínculo.** Pág. 19

Un aspecto muy importante es que la citada autora se refiere precisamente al cohecho, como el causante del incumplimiento de las funciones de los servidores público, pues a criterio personal, el cohecho es precisamente una de las causas de la corrupción, porque existe de por medio el ánimo de lucro, pues los servidores público quieren obtener ganancias.

Karen Massier afirma que existen dos clases de corrupción: "La gran corrupción, que se refiere a la corrupción por parte de los jefes de Estado, ministros y altos funcionarios y por lo general, indica grandes cantidades de bienes. La corrupción menor, también llamada baja o de la calle, indica el tipo de corrupción que las personas sufren en sus encuentros con funcionarios públicos y cuando utilizan servicios públicos (hospitales, escuelas, autoridades que otorgan licencias, policías, oficinas de recaudación de impuestos, etc.), son casi siempre sumas de dinero modestas."²

Se comparte la opinión de la citada autora porque, por una parte, se refiere a la corrupción por parte de los funcionarios públicos, por la otra, se refiere a la corrupción de los particulares, sin embargo, el mal que se puede causar es de igual magnitud sin importar quien realice los actos corruptos, pues el fenómeno al final de cuentas perjudica a todo el Estado.

² **Ibid.** Pág.20

1.2. Actos corruptos

Cada vez que se menciona el tema de la corrupción, se describen ciertas conductas de las personas, a las que se denomina actos corruptos, sin embargo es necesario dejar establecido cuáles son esos actos que perjudican al Estado, al respecto existe la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que enumera algunos actos que pueden considerarse corruptos. Dicha Convención es un tratado internacional anticorrupción, con fuerza legal, creado bajo los auspicios de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Entró en vigor el 14 de diciembre del año 2005. La Convención se ocupa de las formas básicas de corrupción, tales como el cohecho y el desfalco; las formas complejas de corrupción, tales como el tráfico de influencias y el blanqueo del producto del delito; las ofensas que se cometen para apoyar a la corrupción, tales como lavado de dinero u obstrucción de la justicia; la corrupción en el sector privado. A continuación se describen algunos actos denominados corruptos por dicho instrumento internacional y son: el soborno, malversación o peculado, tráfico de influencias, abuso de funciones y enriquecimiento ilícito.

“El soborno, que puede definirse como la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido, a un funcionario público, o que éste solicite o acepte, directa o indirectamente, un beneficio indebido para sí mismo u otra persona o entidad a cambio de que el servidor actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

Malversación o peculado, que puede definirse como la apropiación indebida u otro desvío, por parte de un funcionario público, para fines no relacionados a aquéllos hacia los cuales los activos fueron destinados, para su beneficio o para el beneficio de otra persona o entidad de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se haya confiado al funcionario público en virtud de su cargo. La malversación también puede ocurrir en el sector privado en el transcurso de las actividades financieras o comerciales.

Tráfico de influencias, que puede definirse como la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, o la solicitud o la aceptación, por parte de un funcionario público u otra persona, directa o indirectamente, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia, real o supuesta, para obtener de una administración o autoridad pública un beneficio indebido para el instigador original del acto o para cualquier otra persona. Para algunos es irrelevante si la influencia se ejerce realmente o no y si se alcanza o no el resultado que se pretendía. El tráfico de influencias se divide también, por lo general, en su forma activa (otorgar un beneficio a cambio de influencia) y su forma pasiva (solicitar o aceptar un beneficio a cambio de influencia).

Abuso de funciones, el cual puede definirse como la realización u omisión de un acto en violación de la ley, llevado a efecto por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad.

Enriquecimiento ilícito, el cual se puede definir como un incremento significativo del patrimonio de un funcionario público que no puede justificarse razonablemente en relación con sus ingresos legítimos. Este es un asunto especialmente polémico. Algunos alegan que la criminalización de esta conducta infringiría el principio de la presunción de inocencia y que invierte la carga de la prueba. No obstante, ciertas decisiones jurídicas tienen un punto de vista contrario. Este tópico se analizará en detalle en el segundo informe.”³

Los actos anteriormente establecidos son considerados como corruptos según el referido instrumento internacional, cabe mencionar también que en Guatemala dichos actos son considerados delitos, pues con la entrada en vigencia de la Ley Contra la Corrupción se incluyeron como tipos penales cometidos por funcionarios públicos, cuyo bien jurídico tutelado es la administración pública.

1.3. Percepciones y manifestaciones de la corrupción

Sin lugar a dudas, la corrupción está inmersa en diferentes ámbitos: político, social, económico, religioso, deportivo, entre otros. El profesor Marco Antonio Machado afirma que: “Los efectos de la corrupción están marcados por el grado en el que se

³ file:///C:/Users/USUARIO/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/1VJ6QE9B/131_report_es.pdf (consultado 14 de noviembre de 2015).

presentan... Pueden agruparse las consecuencias en categorías por el impacto que generan:

Impacto social cultural, entre los cuales se producen los siguientes: Viola los derechos humanos. Aleja a los más pobres de la educación, la salud y los servicios básicos. Produce desinterés de la población para participar de la vida política y social de la comunidad. Generalización, por tolerancia, de pequeños actos de corrupción, sin sanción alguna. Es causa del deterioro medioambiental, al permitir el uso inadecuado de nuestros recursos naturales

El Impacto político atenta contra la democracia representativa. Menoscaba la legitimidad del Estado. Afecta el normal funcionamiento administrativo de la institución. Genera la pérdida de confianza en los gobernantes. Desabastecimiento de los servicios básicos que brinda la institución.

El impacto jurídico genera normas legales con nombre propio, o que beneficien a grupos de poder específico en desmedro de otros. Genera leyes inoperantes, que en el papel, pueden ser excelentes propuesta para el progreso de la sociedad, o crear mecanismos de participación y vigilancia ciudadana que no se pueden aplicar. Pueden generar legislación beneficiosa a la sociedad, pero que no formulan los mecanismos necesarios para su exigibilidad.

Impacto económico que obstaculiza el desarrollo económico. Desalienta la inversión nacional o extranjera. En una economía neoliberal, alienta las privatizaciones de las empresas del Estado.”⁴

1.4. Partícipes de la corrupción

El fenómeno de la corrupción involucra no solo a los funcionarios y empleados públicos, sino también a la población en general, pues la misma es partícipe cuando tiene conocimiento de actos denominados corruptos y no denuncia. Toda persona tiene derecho a optar a cargos públicos, esto significa que desde el momento en que una persona ingresa a la administración pública inicia una relación funcional (relación de trabajo) con el Estado, para ello debe pasar por todo un proceso de selección, pues son evaluados y posteriormente declarados elegibles para ocupar un puesto en la administración pública.

Desde este momento la persona adquiere la calidad de servidor público, categoría dentro de la cual se incluyen a los funcionarios y empleados públicos, algunos adquieren puestos denominados de confianza, esto significa que el funcionario público debe actuar con honradez, probidad y capacidad dentro del puesto para el que fue contratado.

⁴ Machado Herrera, Marco Antonio. **Conceptualizando la corrupción**. Pág. 13-16

Estas personas tienen derechos y obligaciones dentro que deben cumplir, el Artículo 66 de la Ley de Servicio Civil preceptúa: “Prohibiciones especiales. A los servidores públicos les está especialmente prohibido: 1) solicitar o recibir dádivas, regalos o recompensas de sus subalternos o de los particulares y solicitar, dar o recibir dádivas de sus superiores o de los particulares, con el objeto de ejecutar, abstenerse de ejecutar, o ejecutar con mayor esmero o retardo cualquier acto inherente a su cargo o relacionado con sus funciones. 2) Ejecutar cualesquiera de los actos descritos en el inciso anterior, con el fin de obtener nombramiento, aumento de salario, promoción u otra ventaja análoga...”

Los incisos antes descritos se considera que son de gran importancia porque el funcionario público devenga un salario por las funciones que presta, sin embargo con el ánimo de obtener mayores beneficios económicos, incurre en determinados actos como los descritos, los cuales dan origen a responsabilidad penal, civil y administrativa. Por esta razón en el Código Penal se encuentra el tipo penal de cohecho activo y pasivo, que se realiza cuando el funcionario ejecuta alguno de los actos antes descritos.

En Guatemala se intentó frenar este fenómeno con la entrada en vigencia de la Ley Contra la Corrupción, de la cual se hará un breve análisis a continuación:

La Ley Contra la Corrupción fue emitida mediante el Decreto 31-2012, el espíritu de la ley se encuentra regulado en los Considerandos de la misma: “porque las diversas formas de corrupción manifestadas en el accionar de los funcionarios y empleados públicos constituyen uno de los elementos fundamentales que impiden la materialización de estos

principios constitucionales. El correcto funcionamiento de la función pública contribuye al desarrollo económico, social y cultural del Estado de Guatemala, así como a la credibilidad y legitimidad del mismo. Para contribuir a la realización de los fines del Estado de Guatemala, se hace necesario adecuar nuestra legislación penal en materia de corrupción al contexto de falta de efectividad del Estado para perseguir dichos delitos.”

La Constitución Política de la República de Guatemala contiene valores jurídicos que deben hacerse cumplir para que exista un verdadero estado de derecho, estos valores son: la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el bien común. En un Estado donde estos valores no existen es un Estado fallido. Precisamente la Ley Contra la Corrupción va enfocada a velar por el cumplimiento de dichos valores.

La Ley Contra la Corrupción contiene una serie de reformas al Código Penal, para incluir dentro del mismo nuevos tipos penales cometidos por funcionarios públicos, esto con el objeto de que el funcionario público actúe dentro de los límites de la ley, evitar el enriquecimiento ilícito y que el Estado obtenga pérdidas por el mal actuar del funcionario público.

1.5. Factores que propician la corrupción

Existen dos factores que propician la corrupción: los factores internos y los factores externos. La autora Carmen Ibarra afirma que: “Los factores internos se refieren a las condiciones internas que se utilizan en nuestro medio en las instituciones no cumpliendo con la normatividad existente en la misma. Es notoria la existencia de mecanismos y procedimientos que, lejos de procurar transparencia, tienden a lanzar sobre las instituciones y las funciones sustantivas un espeso velo de oscuridad. Esto tiene como consecuencia que los cargos, son ocupados por personas no idóneas y que no responden a perfiles deseables de capacidad técnica, excelencia profesional, honorabilidad y actitudes éticas comprobadas.”⁵

De lo afirmado por la autora citada se puede establecer que los factores internos de la corrupción abarcan la forma en que se selecciona al personal para que preste un servicio dentro de la administración pública, pues en ocasiones, no se sigue el procedimiento de selección de personal, sino que los puestos son adjudicados a personas que no reúnen los requisitos, simplemente por conveniencia o por acuerdo entre las partes, es ahí precisamente donde se genera el enriquecimiento ilícito y el abuso de autoridad.

⁵ Ibarra, Carmen Aida. **El problema de la corrupción en el sistema de administración de justicia.** Pág. 31

También están los factores externos, los cuales la autora Ibarra menciona que: “son todos aquellos inherentes a la existencia de poderes ocultos y articulaciones criminales. Esto implica un aprovechamiento total de los problemas propios de la estructura, la organización y el funcionamiento interno de las instituciones.”⁶

Lo afirmado por la autora citada significa que estos factores afectan la falta de capacitación de la policía para el cumplimiento de sus funciones, estos factores, desde un particular punto de vista, es lo que genera el cohecho, pues a veces la policía se ve influenciada por grupos criminales que ofrecen determinada cantidad de dinero para que dejen de ejecutar su trabajo o ejecutarlo de forma diversa.

1.6. Efectos negativos de la corrupción dentro de la administración pública

La corrupción produce efectos negativos dentro de la administración pública en virtud de que se vulneran derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, es decir que afecta los derechos humanos, ante tales argumentos la profesora Karen Massier afirma que: “cada individuo tiene derecho a ser tratado equitativamente por los funcionarios de gobierno y si una persona soborna a un funcionario público esa persona adquiere un status privilegiado en relación con otros individuos en su misma situación que no han sido cómplices del acto corrupto. Hay una violación del derecho a la igualdad en ambos ejemplos porque existe violación a este

⁶ *Ibíd.* Pág. 32

derecho cuando casos similares se tratan de diferente manera y si la diferencia en el tratamiento es resultado de la corrupción, esto obviamente no es una justificación objetiva o razonable.”⁷

La autora citada se refiere a que la corrupción vulnera el principio de igualdad, pues con los actos denominados corruptos los funcionarios públicos adquieren un estatus de superioridad sobre los particulares, vulnerando con esto lo establecido en los Artículos 4º y 152 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Es menester mencionar también que otro efecto negativo de la corrupción es en el ámbito judicial, para el efecto Karen Massier afirma que: “La definición de corrupción judicial cubre un amplio espectro de actos que realizan personas en diferentes puntos del sistema judicial (la judicatura, la policía y los fiscales). Por ejemplo, se puede sobornar a un juez para que excluya pruebas que, de otra forma, conducirían a la convicción criminal. Se puede sobornar a un funcionario de tribunal para que designe un caso a un juez afín, para que extravíe los expedientes de un caso o para que apresure la audiencia. Se puede sobornar a la policía para que manipule las pruebas del delito. Se podría pagar a los fiscales para que impidan llevar un juicio a corte o para que evalúen las pruebas de manera injusta.”⁸

⁷ Massier, Karen. **Ob. Cit.** Pág. 49

⁸ **Ibíd.** Pág.51

La autora citada sin lugar a dudas hace referencia a que las acciones descritas encuadran dentro del tipo penal de cohecho activo (por parte del funcionario público) y cohecho pasivo (por parte del particular), pues lo que se está vulnerando aquí es el Artículo 1º y 2º de la Constitución Política de la República de Guatemala, porque lo que se está haciendo con estos actos es viendo el bien particular, aunado a ello se vulnera el derecho a una defensa digna, lo cual contraría completamente el espíritu que el constituyente positivó en el texto constitucional.

Para finalizar, se puede decir también que existen otras áreas en la cuales se ha afectado el Estado, en áreas como la salud, seguridad, transporte, vivienda, en otras palabras, se afecta los servicios públicos, pues lo que se trata es de obtener ganancias ilícitas, así lo afirma Massier: “Cuando el Estado privatiza áreas tales como la salud pública, la educación o el servicio del agua potable y saneamiento, las responsabilidades entre los sectores público y privado pueden desdibujarse. Aun cuando se privaticen los servicios públicos, el Estado mantiene responsabilidad sobre algunas de las violaciones a los derechos humanos que las compañías privadas pueden incurrir y debe responder si no toma las medidas necesarias para prevenir la corrupción (o la exposición a ella) en el momento en que ocurre la privatización.”⁹

⁹ **Ibíd.** Pág. 53

En cumplimiento con lo preceptuado en el Artículo 1º de la Constitución Política de la República de Guatemala, el Estado es responsable si no protege los derechos de los grupos vulnerables que dependen de los servicios en cuestión, aun luego que éstos han sido privatizados, con ello se estaría garantizando el bien común, como uno de los valores máximos a que aspira la población de un país.

CAPÍTULO II

2. La administración pública

Previamente a tratar el tema de la administración pública es menester dejar establecido lo que debe entenderse por administración en general, en este orden de ideas el tratadista Guillermo Cabanellas define el concepto administración de la siguiente manera: “ Gestión, gobierno de los intereses o bienes, en especial de los público. La ciencia de la administración es el conjunto de reglas para gestionar bien los negocios; y, más particularmente, para aplicar los medios a la consecución de los fines del Estado.”¹⁰

Para poder entender el significado de administración el profesor Omar Guerrero hace dos distinciones: “la primera es la que se refiere a la diferencia entre administración y legislación estrictamente hablando, pues ésta generalmente se confunde, por un lado, el establecimiento de la ley como determinación y regulación de la conducta de los ciudadanos, que da sus relaciones entre ellos y con el gobierno; y por el otro, la determinación de como un gobierno, y en particular su rama administrativa, es organizada, cómo labora, cómo se realiza esta labor, cómo se aplica el dinero a ella y cómo se gasta. Ambas tienen igual denominación de estableciendo la ley, pero son

¹⁰ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 25

diferentes porque la primera tiene un carácter general y permanente, en tanto que la segunda constituye ordenes que se dan a los oficiales públicos a modo de directrices que deben seguir, y la mayor parte de ellas tienen un fin temporal, generalmente anual y toman con frecuencia la forma de autorización de actos encaminados a objetivos muy precisos, tales como los relativos a las obras públicas.”¹¹

El tratadista Guerrero se refiere a que toda la conducta de los individuos dentro de una sociedad políticamente organizada debe regirse en base al principio de legalidad, pues precisamente la ley para eso sirve, para regular la conducta de las personas. Tal determinación se encuentra plasmada en el Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial que preceptúa en su parte conducente que: “la ley es la fuente del ordenamiento jurídico...” Es decir que toda persona puede hacer lo que la ley no prohíbe, siempre que su conducta no se salga de los límites establecidos en otra ley, pues si bien es cierto que existe libertad de acción, la misma tiene un punto al cual se convertiría en abuso de poder o desviación de poder.

Respeto a la segunda cuestión planteada por el profesor Guerrero se refiere a la forma de organización del Estado, a lo que se conoce con el nombre de principio de determinación de competencias, pues con este principio se establece que cada órgano del Estado tenga una función en particular, la cual no puede sobrepasar los límites del

¹¹ Guerrero, Omar. **El estado y la administración pública en México**. Pág. 37

otro organismo, pues se basa en la separación de poderes y en el sistema de frenos y contrapesos imperante en un Estado democrático, republicano y representativo.

Para complementar lo antes expuesto se debe mencionar también que la palabra administración abarca los términos siguientes: magister significa magistrado, indica una función de preeminencia o autoridad el que ordena o dirige a otros, magister expresa precisamente lo contrario; subordinación u obediencia, el que realiza una función bajo el mando de otro; el que presta un servicio a otro. Respecto a la etimología del concepto el profesor Álvarez Gendín, citado por Hugo Calderón expresa que “la palabra administración proviene del latín ad y del verbo ministro-as-are, que significa servir, ejecutar... Por esta razón se dice que administración es el género y administración pública es la especie.”¹²

De lo anteriormente expuesto, el tratadista Cabanellas hace referencia a que la administración es una ciencia, criterio que se comparte porque administrar quiere decir reglamentar los planes que se proponen para llegar a un fin, es decir que el objetivo es cumplir determinados fines que los particulares se proponen y es aquí donde entra este concepto a normar las condiciones en que el Estado debe actuar para cumplir eficazmente sus funciones.

¹² Calderón Morales, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo parte general**. Pág. 5

Ahora bien, es necesario responder a la pregunta ¿cuáles son los fines del Estado?, la respuesta se encuentra en Artículo 1º de la Constitución Política de la República de Guatemala que en su parte conducente preceptúa lo siguiente: "...el fin supremo es la realización del bien común." Para complementar lo regulado en dicho Artículo se dice que el bien común es la prevalencia del interés de todos sobre el interés de las mayorías, a ello es precisamente la interpretación que debe hacer del citado Artículo constitucional.

Siguiendo al tratadista Cabanellas y en congruencia con lo regulado en el Artículo antes citado, se puede decir que la acción del Estado es el primer elemento fundamental de la ciencia de la administración. Esto es porque la actividad del Estado, que tiene lugar mediante los órganos centralizados, descentralizados y autónomos constituye la vida propiamente exterior del Estado, es lo que se llama ciencia de la administración, por eso también se dice que la administración pública es el Estado en actividad.

Lo antes expuesto tiene sentido si se toma en cuenta que la administración pública se desenvuelve dentro de un ordenamiento jurídico que va desde la Constitución Política de la República de Guatemala y que ocupa dentro de la pirámide jerárquica el primer lugar. Dentro de dicha pirámide se encuentra estructurado todo el Estado y su forma de gobierno, sus organismos que son: el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, así como también la totalidad de órganos administrativos, entidades concentradas, desconcentradas,

descentralizadas y autónomas, la cual proporciona la estructura y el funcionamiento de los Organismos de Estado.

Por su parte en la Constitución Política de la República de Guatemala se encuentran regulados otros órganos administrativos de control Estatal tales como: la Procuraduría de los Derechos Humanos, el Ministerio Público, la Procuraduría General de la Nación, el Tribunal Supremo Electora, la Contraloría General de Cuentas; órganos a los que en doctrina se les denomina como órganos extra-poder, pues no están subordinados entre sí y no pertenecen a la triada clásica de poderes, es decir que son órganos que tienen funciones independientes. Lo anteriormente expuesto tiene sustento en el preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues en el mismo se cuenta el fin de la constitución que es “organizar jurídica y políticamente al Estado.”

2.1. Antecedentes

En la antigüedad no se podía hablar de una administración pública porque no existía el Estado, en épocas remotas existía el poder del monarca o del rey era quien dominaba toda la administración, pues los súbditos debía obedecer sus órdenes, no existía la posibilidad de atacar las resoluciones del rey, pues los ciudadanos no tenían derechos frente a un Estado dominante absolutista donde predominaba el despotismo.

Bajo estos términos se puede establecer que no existía en la antigüedad una estructura de poder y como afirma Edgar Bodenheimer: “si las relaciones entre el líder y los miembros del grupo se basan en el principio de la sumisión y obediencia estricta al mando del primero, puede hablarse de una estructura de poder.”¹³

En 1840 cuando la ciencia de la administración se hallaba casi extinta en Francia, en tanto que en Alemania se seguía cultivando la ciencia de la policía, solo España dedicaba su esfuerzo al estudio de la administración pública. Sin embargo para 1845 aparecen los estudios administrativos de Alejandro Viven, cuya publicación vino a contrastar y desafiar el monopolístico que ejercía el derecho administrativo en Francia. Como afirma el tratadista Omar Guerrero, la policita de la administración “es la dirección de moral de los intereses generales de la nación consistente principalmente en la provisión de los servicios públicos.”¹⁴

Se dice que la sociedad moderna se caracteriza por el establecimiento del Estado de derecho en contraste con el régimen absolutista precedente, conocido como el Estado Policía. Se dice que la edad de la administración se basa en el régimen constitucional, por lo tanto está caracterizada por la necesaria convivencia entre la constitución de un país y la administración bajo una forma de estado definida como derecho.

¹³ Bodenheimer, Edgar. **Teoría del derecho**. Pág. 17

¹⁴ Guerrero, Omar. **Ob. Cit.** Pág. 29

Como afirma el autor Alfonso Nava “La Constitución sin embargo se refiere más bien a un ordenamiento político que hunde sus raíces en la organización económica de la sociedad que está modelada sobre los bienes materiales, así como en su historia y en la historia de las posiciones recíprocas de las clases propietarias y de las clases trabajadoras.

Esto es lo que realmente implica la relación entre la constitución y la administración, y al mismo tiempo, la diferencia entre la ciencia de la constitución, que estudia lo que el Estado es teórica y prácticamente la ciencia de la administración a la que atañe lo que debe hacer ese poderos y vasto organismo que es el Estado.”¹⁵

2.2. Definición de administración pública

El profesor Carlos Juan Bonnín, citado por Alfonso Nava define la administración pública como: “una potencia que arregla, corrige y mejora cuanto existe, y da una dirección más conveniente a los seres organizados y a las cosas.”¹⁶

¹⁵ Nava Negrete, Alfonso. **Derecho administrativo**. Pág. 40

¹⁶ **Ibid.** Pág. 42

Por su parte Omar Guerrero define la administración pública como: “la acción de las autoridades sobre los intereses y negocios sociales, que tengan el carácter público, ejercida conforme a las reglas que se hayan establecido para manejarlos. Esta idea que se refiere a la acción, se refiere a los funcionarios mismos, de modo que lo que llaman una buena administración se refiere tanto a los resultados ventajosos que se obtienen, como a los funcionarios que ejercitan. En términos generales la administración pública se entiende como la acción de la autoridad pública sobre los intereses y negocios sociales relativos al Estado.”¹⁷

Para el profesor Hugo Calderón la administración pública es: “el conjunto de órganos administrativos que desarrollan una actividad para el logro de un fin, a través de los servicios públicos, regulada en su estructura y funcionamiento, normalmente por el derecho administrativo.”¹⁸

Desde un punto de vista muy personal y en congruencia con los autores citados, para definir la administración pública es indispensable tomar en cuenta los elementos que no pueden faltar en la misma, los cuales se describen a continuación:

El elemento humano, que está construido por todos los funcionarios públicos y empleados públicos que forman parte de la relación funciona; el elemento geográfico, compuesto por

¹⁷ Guerrero, Omar. **Ob. Cit.** Pág. 29

¹⁸ Calderón, Hugo **Ob. Cit.** Pág. 11

el territorio donde se presta el servicio; el elemento orgánico, también llamado funcional que es el conjunto de órganos administrativos por medio de los cuales la administración lleva a cabo su actividad; el elemento teleológico compuesto por la finalidad que persigue la administración que es el bien común; el elemento jurídico compuesto por el ordenamiento jurídico vigente y positivo, es decir toda la legislación aplicable; y el elemento financiero que se integra con el presupuesto asignado para cada organismo o entidad centralizada, descentralizada y autónoma.

2.3. El funcionario público

Es necesario recordar que la administración pública es la estructura del gobierno esto es, el conjunto de instituciones y funcionarios de un país encargado de llevar la administración de todos los asuntos políticos, económicos y sociales del mismo. La administración pública, se encarga de proponer, evaluar y ejecutar proyectos enfocados a los servicios públicos como por ejemplo: educación, atención médica, transporte público, carreteras y vivienda entre otros.

Así también, la administración pública puede actuar en todo un territorio e incluso puede actuar sobre la propiedad privada, si así lo exige el interés general. La función principal, es la búsqueda de la satisfacción de las necesidades de la población, a través del

bienestar y el progreso colectivo. La administración pública debe buscar el equilibrio socioeconómico, primando los intereses generales frente a los particulares.

La organización administrativa opera a través de agentes que constituyen el elemento personal de la administración pública. Quedó anotado anteriormente que dentro de los elementos que conforman la administración pública se encuentra el elemento persona, humano o subjetivo, es decir que son los recursos humanos sin lugar a dudas el factor principal para el desarrollo de la administración pública.

Este recurso humano se integra por todos los servidores públicos que conforman las entidades centralizadas, descentralizadas y autónomas dentro del Estado. Según lo establecido en el Artículo 4 de la Ley de Servicio Civil se entiende por servidores públicos: “la persona individual que ocupa un puesto en la administración pública en virtud de nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo legalmente establecido, mediante el cual queda obligada a prestarle sus servicios o a ejecutarle una obra personalmente a cambio de un salario, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata de la propia administración pública.”

El Artículo antes citado se complementa con lo regulado en el Artículo 1 del Acuerdo Gubernativo 18-98 que contiene el Reglamento de la Ley de Servicio Civil, el cual establece la diferencia entre funcionarios y empleados públicos, pues los primeros son

los que ingresan al servicio civil mediante nombramiento o elección, mientras que los segundos son los que ingresan por contrato o nombramiento. Es decir que los servidores públicos son de suma importancia y que su conducta esté ajustada a la ley y que su actuación sea eficiente.

El profesor Emilio Chemor afirma que: "en los últimos años significativamente se ha formado un derecho burocrático que regula los vínculos entre el Estado y sus servidores públicos y que da especificidad y contenido a una relación que forma parte del derecho administrativo. El Estado como patrono genera actos cuyos efectos difícilmente pueden asimilarse al marco general de la relación funcional."¹⁹

El citado autor hace referencia a un derecho burocrático porque los servidores públicos ingresan al servicio civil sin seguir el procedimiento regulado en la ley, al menos en apariencia si se da, pero en cuestiones de fondo no es como está previsto en el espíritu de la Ley de Servicio Civil. Esto es de suma importancia mencionarlo porque la función principal de la administración pública es la búsqueda de la satisfacción de las necesidades de toda la población, a través del bienestar y el progreso colectivo (esto se da mediante la prestación de los servicios públicos) o involucrando a la población en la toma de decisiones de la administración pública (autogestión administrativa).

¹⁹Chuayffet Chemor, Emilio. **Derecho administrativo**. Pág. 27

“Es el conjunto de las actividades que realiza la administración pública de manera uniforme y continua, para satisfacer las necesidades básicas de la población” (Elocal, 2009). Los funcionarios públicos juegan un papel importante dentro de las funciones que desempeña, ya que a través de ellos se refleja la buena marcha de la administración y se responde a las demandas planteadas por la población.

Según se analizó con anterioridad el elemento teleológico es la finalidad que persigue la administración y el Estado al tenor del Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Este bien común se puede lograr a través de la calidad en la prestación de los servicios públicos, se proyecta como una plataforma de información y participación ciudadana en el diseño de los servicios públicos que tiene como objeto analizar la calidad de los mismos desde la perspectiva de los ciudadanos, proponiendo iniciativas generales de mejora, facilitar a los ciudadanos información sobre la calidad de los servicios, articular un foro de participación ciudadana (autogestión administrativa).

Esto significa que se trata de proporcionar una visión integral del funcionamiento de los servicios públicos, elaborada con la participación de los distintos actores concernidos por ellos y que ha de publicitarse y difundirse a todos los grupos de interés en la materia, especialmente los ciudadanos. Y es necesario tomar en cuenta que por la ineficacia en la prestación de los servicios públicos es que en Guatemala los ciudadanos asocian a la administración pública con el concepto de corrupción. Sin embargo, es preeminente

cuestionar el porqué de constantes actos de corrupción en las instituciones públicas por parte de los funcionarios. Asimismo, cuál ha sido el papel de la sociedad civil, los movimientos sociales y el sector privado entre otros.

La administración pública también debe ser entendida como un proceso técnico, que solo deberá ser interrumpido (en su naturaleza técnica), por la fase de decisión política a cargo del gobierno y del Congreso de la República, justificable debido a los intereses generales que se deben considerar y priorizar, además porque es un proceso que constitucionalmente se le asigna al Estado a través de esos dos organismos, como una obligación ineludible

Lo que debe hacerse es planificar, actividad que el profesor Rafael Godínez afirma que: “se inicia con las actividades de ordenación, para establecer en un primero momento la existencia, cantidad y calidad de los recursos económicos con que cuenta el estado. Esos recursos son el capital (presupuesto de ingresos del estado), el recurso humano (los funcionarios públicos y sus capacidades técnicas) y los recursos materiales (inmuebles, muebles, equipo, maquinaria, útiles, materiales y materias primas, etc.), quedando debidamente inventariados y ordenados.”²⁰

²⁰ Godínez Bolaños, Rafael. **La planificación técnica de la administración pública**. Pág. 3

2.3.1. Los sujetos de la planificación en la administración pública

Los sujetos que se encargan del proceso de planificación en Guatemala son, según el profesor Godínez los siguientes: “el Gobierno, el Ministerio de Finanzas Públicas, La Secretaría de Planificación y Programación, las Municipalidades y diputados del Congreso de la República (no todos, aunque tienen la oportunidad de votar en la asamblea, muchas veces sus votos son por obligación y para protegerse a sí mismos y no son decisiones por convicción). La participación de la población se puede decir que es insignificante (si partimos de considerar que los funcionarios públicos son parte de la población).

Los sujetos ideales y que deberían ser reales en la planificación: El Gobierno (Organismo Ejecutivo), El Congreso de la República, Las entidades descentralizadas y autónomas (especialmente los municipios) y La población organizada

¿En qué sentido la población organizada se puede considerar sujeto activo de la planificación de la administración del estado? La razón teórica deriva de la integración del Estado, pues uno de sus elementos básicos es la población, de ello se deduce que naturalmente la población debe participar en la planificación de su futuro con los recursos económicos que le pertenecen al ser la proveedora de ellos. Además recordemos que la existencia del Estado se justifica precisamente cuando su funcionamiento es adecuado a

los intereses de quienes lo creamos y sostenemos. Lo anterior significa que la raíz de la población es la localidad, la comunidad en donde la gente vive y se relaciona con sus semejantes y en sus momentos críticos crea redes de solidaridad y sobre-vivencia. Según unos... el orden espontáneo y la cooperación social según otros.

¿Por qué la población no es sujeto activo de la planificación de la administración del estado en Guatemala? En Guatemala tenemos una formación económica que depende esencialmente de la agricultura (muchas veces en forma de explotación feudal, y hasta esclavista en algunas fincas.... aún hay rasgos de estos sistemas en el área rural, de lo contrario.”²¹

Lo que el profesor Godínez se refiere en los apartados anteriores es que la población no puede ser aislada del proceso de planificación pues el Artículo 225 de la Constitución Política de la República de Guatemala preceptúa que: “Para la organización y coordinación de la administración pública, se crea el Consejo Nacional de Desarrollo Urbano y Rural coordinado por el Presidente de la República e integrado en la forma que la Ley establece.”

Lo que regula el Artículo 225 constitucional es lo que se le denomina autogestión administrativa, que es la toma de decisiones por parte del gobierno central pero involucrando a la población, lo cual es derecho vigente pero no positivo, pues si bien es

²¹ **Ibíd.** Pág. 7

cierto los consejos de desarrollo urbano y rural existe, no es con la finalidad ni con el espíritu que el constituyente positivó en la norma fundamental.

Así mismo la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural regula que existen cinco niveles que surgen desde abajo, cuando la población se organiza para solicitar algún servicio público en alguna calle, un barrio, una comunidad, etc.; (COCODE), posteriormente esto se traslada al municipio (COMUDE), para la decisión se eleve al departamento (CODEDE) y posteriormente a cualquiera de las ocho regiones que integran el país, para finalmente llegar al Consejo nacional integrado por el presidente de la república y prestar el servicio público a la población. Lo antes expuesto es el proceso de la autogestión que nunca se ha cumplido en Guatemala.

2.4. Oposiciones para ser funcionario público

El Artículo 113 de la Constitución Política de la República de Guatemala preceptúa: “...Los guatemaltecos tienen derecho a optar a empleos o cargos públicos y para su otorgamiento no se atenderá más que a razones fundadas en méritos de capacidad, idoneidad y honradez.”

Sin lugar a dudas, el espíritu de esta norma es limitar el ingreso a la administración pública a toda persona que no reúna los requisitos enunciados anteriormente, esto quiere decir

que para ingresar a la administración pública se debe seguir todo un procedimiento denominado carrera administrativa, mediante el cual se realizan exámenes de oposición, pues se incluyen candidatos en una lista de mérito y se selecciona cuidadosamente a la persona para el puesto para el que está aplicando.

2.5. El funcionario público y sus funciones según la Ley de Servicio Civil

Las funciones de los servidores públicos se encuentran dispersas dentro de la Ley de Servicio Civil, por lo que se mencionan las más importantes: hacer discriminación por motivo de orden político, social, religioso, racial o de sexo, que perjudiquen o favorezcan a los servidores públicos o aspirantes a ingresar al servicio civil; ejercer actividades o hacer propaganda de índole política que establezcan los reglamentos; coartar directa o indirectamente la libertad de sufragio.

Cabe mencionar que la Ley de Servicio Civil es una norma general, pues dentro de la administración pública cada entidad cuenta con reglamentos internos que deben respetarse y en los cuales se detallan las funciones principales de cada funcionario, las anteriores se pueden considerar de carácter general para cada puesto dentro de la administración.

CAPÍTULO III

3. El abuso de poder

Para entender el abuso del poder previamente hay que hacer un análisis de lo que debe entenderse por el término poder, en este orden de ideas el tratadista Edgar Bodenheimer afirma que: "...El poder es la capacidad de un individuo o grupo de llevar a la práctica su voluntad, incluso a pesar de la resistencia de otros individuos o grupos."²²

El autor citado se refiere al poder de manera general, puede ejercerse físicamente, de manera moral o psicológica, esto tiene sentido porque una persona o un grupo siempre quiere sobreponer su voluntad sobre otro grupo, el problema deviene cuando esa voluntad sobrepasa los límites y es donde se genera el abuso.

El Preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala en su parte conducente preceptúa: "...decididos a impulsar la plena vigencia de los derechos humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes se sometan con absoluto apego al derecho."

²² Bodenheimer. **Ob. Cit.** Pág. 17

La transcripción de la norma citada hace referencia a un principio denominado imperatividad constitucional, el cual se refiere a que toda persona debe someterse al imperio de la ley, como lo establece el Artículo 153 de la Constitución Política de la República de Guatemala: "Imperio de la ley. El imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentran en el territorio de la República."

De la transcripción anterior se puede establecer que nadie es superior a la ley, toda persona sin excepción alguna debe someterse al imperio de la misma para convivir en un verdadero estado de derecho constitucional, esto es en atención al principio de imperatividad constitucional, el cual establece que toda persona está obligada a acatar las disposiciones contenidas en la Constitución Política de la República de Guatemala, pues el mismo pueblo es que decidió someterse al texto constitucional (principio de legitimidad constitucional).

Sin embargo en la actualidad esto es derecho vigente no positivo, pues los funcionarios público a menudo realizan determinados actos que vulneran el texto constitucional y en ocasiones incurren en delitos y en responsabilidad civil y administrativa, pues existe lo que se denomina como abuso de poder o abuso de autoridad, cuando una persona en el ejercicio de su cargo se aprovecha del mismo para obtener algún beneficio para sí o para tercera persona.

3.1. Definición

Para el profesor Hugo Calderón el abuso de poder implica: “que un funcionario público actúa en contra de un administrado extralimitándose en las atribuciones o sin tener la competencia administrativa, perjudica los derechos e intereses particulares o por arrogarse poderes y funciones que no le corresponden y con ello exagera las atribuciones y competencias que le están dadas por la ley, así como actuar sin que la ley le confiera atribuciones legales.”²³

Por su parte Guillermo Cabanellas lo define como: “exceso o desviación en un ejercicio público o privado.”²⁴

Hay dos principios de suma importancia que se deben respetar en toda la administración pública: legalidad y juridicidad. Significa que la ley debe respetarse para convivir en un panorama de armonía donde gobernantes y gobernados se sometan al ordenamiento jurídico, pues lo fundamental es velar por el bien común. Los autores citados hacen referencia a excederse en el ejercicio de las funciones para que pueda darse el abuso de poder, sin embargo parece más acertada la definición de Cabanellas porque en el ámbito privado también existe el abuso de poder, pues el mismo se da de diversas formas, como

²³ Calderón Morales. **Ob. Cit.** Pág. 53

²⁴ Cabanellas. **Ob. Cit.** Pág. 15.

se analizará más adelante, pero dentro de la administración pública es donde se marca más la violación a la ley y a los principios generales del derecho.

3.2. Clases de abuso de poder

El abuso de poder puede cometerse de diversas maneras, en cualquier ámbito ya sea religioso, político, laboral, económico. Y esto es así porque es una forma de ejercer presión para obtener un beneficio personal o en favor de tercero. Se puede afirmar que abuso es un poder arbitrario por parte de la autoridad, una acción despótica de un poder, en otras palabras, es todo acto que se sale fuera de los límites de la ley y del interés general. A continuación se desarrollan algunas clases de abuso de poder:

Respecto al ámbito laboral la Ley de Servicio Civil en el Artículo 65 preceptúa: "Prohibiciones generales...2) ningún funcionario ni empleado público debe usar su autoridad oficial para obligar a permitir que se obligue a sus subalternos a dedicarse a actividades políticas dentro o fuera de su función como servidores públicos, ni hacer cualquiera otra actividad en favor o en contra de partido político alguno."

La norma antes transcrita se refiere a que el funcionario público debe abstenerse de utilizar su cargo o puesto para realizar ciertas actividades que vayan en perjuicio de la administración o de otras personas, es decir que el funcionario público durante un periodo de tiempo que realiza sus labores no debe ostentar más derechos ni privilegios que los

estrictamente necesarios para cumplir a cabalidad con los deberes para el puesto al que fue contratado, esto es así porque el Artículo 154 de la Constitución Política de la República de Guatemala preceptúa: "...Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella..."

Derivado de la corrupción que afronta Guatemala, se vio la necesidad de emitir la Ley Contra la Corrupción, mediante el Decreto 31-2012, la cual fue publicada en el diario oficial el día 22 de noviembre del año 2012, entró en vigencia el 30 de noviembre del año 2012, dicha ley reformó algunos Artículos del Código Penal, específicamente los que se refieren a delitos cometidos por funcionarios público.

En este orden de ideas, el Artículo 418 del Código Penal preceptúa: "Abuso de autoridad. Comete delito de abuso de autoridad, el funcionario o empleado público que, abusando de su cargo o de su función, ordenare, realizare o permitiere cualquier acto contrario o ilegal en perjuicio de la administración pública o de terceras personas, sean particulares, funcionarios o empleados públicos, que no se encuentre específicamente previsto en las disposiciones de este código. El responsable de este delito será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial. Igual sanción se impondrá al funcionario o empleado público que usare apremios ilegítimos o innecesarios."

De la transcripción del citado Artículo se puede establecer que el abuso de autoridad está regulado como un delito cuyo bien jurídico tutelado es la administración pública, pues el sujeto activo del tipo sólo puede ser un funcionario o empleado público, además que es un delito eminentemente doloso porque existe un propósito deliberado de perjudicar a la administración pública o a los particulares, pues estos son los sujetos pasivos del tipo.

Como un criterio personal se considera acertada la reforma al referido Artículo, pues dentro de la misma se incluyeron otros supuestos jurídicos del tipo, lo cual está acorde a las conductas que realizan algunos funcionarios cuando ejercen su cargo, pues con el simple hecho que éstos realicen cualquier acto que no esté previsto dentro de su función ya se encuadra la conducta humana dentro del tipo penal ya sea por acción u omisión.

3.2.1. El deber de obediencia

En la doctrina existe lo que se conoce como el deber de obediencia, pues en principio todo funcionario público tiene la obligación de acatar las órdenes de sus superiores jerárquicos, de lo contrario se podría iniciar procedimientos disciplinarios para deducir algún tipo de responsabilidad ya sea civil, penal o administrativa. En este orden de ideas,

el profesor Rafael Godínez Bolaños afirma que el deber de obediencia consiste en: “poner en práctica, ejecutar, las órdenes e instrucciones recibidas del superior jerárquico.”²⁵

Lo afirmado por el profesor Godínez requiere un análisis más detallado, pues en la definición aportada se puede establecer que cualquier tipo de orden tiene que acatar el funcionario público, esto implicaría que sean ilegales o legales, por esta razón la doctrina la ha establecido algunas teorías relacionadas a este tema y son: la obediencia absoluta, la obediencia por orden reiterada y la obediencia debida o con derecho a examen, mismas que se exponen a continuación.

La obediencia absoluta

Afirma el profesor Godínez que: “esta teoría es típica de los sistemas centralizados o absolutistas (de las autocracias disfrazadas de pseudo estados de derecho), en los regímenes despóticos el subordinado debe obedecer la orden aunque sea manifiestamente ilegal; el superior asume toda la responsabilidad y el ejecutor queda exonerado porque no tiene posibilidades de cuestionar la orden, incluso puede ser sometido por insubordinación si no la cumple.”²⁶

²⁵ Godínez Bolaños. **Ob. Cit.** Pág. 31

²⁶ **Ibid.** Pág. 32

Este teoría no es aplicable en la legislación guatemalteca, pues se daba en la antigüedad con la monarquía absoluta, la responsabilidad en esta teoría es única y exclusivamente para el funcionario de mayor jerarquía pues es quien manda, el funcionario de menor jerarquía es quien obedece, por lo que no tiene ninguna responsabilidad.

La obediencia por orden reiterada

El profesor Godínez afirma que este tipo de obediencia se produce: “cuando el subordinado al recibir la orden considera que es ilegal y al consultar al funcionario que la emitió, este confirma la instrucción por lo que debe cumplirla sin responsabilidad para el subordinado. El superior al confirmar la orden, asume la responsabilidad absoluta.”²⁷

Esta teoría tiene la particularidad que si la orden es ilegal, el funcionario tiene la obligación de consultar al superior jerárquico si la realiza o no, pues si el funcionario público superior se arrepiente y desiste, entonces el inferior ya no tiene que ejecutar esa orden, porque en este caso la responsabilidad sería para el que la realizó, es decir para el de menor jerarquía administrativa, si por el contrario, el funcionario de mayor jerarquía, a pesar de la consulta que le hace el subordinado, le ordena cumplir el mandato (he ahí la palabra

²⁶ Ibid. Pág. 32

²⁷ Ibid. Pág. 33

por orden reiterada), entonces éste último queda exento de responsabilidad de cualquier índole.

La obediencia debida o con derecho a examen

Esta teoría es la que adopta la legislación guatemalteca, porque el órgano inferior recibe una orden tiene la obligación y el derecho de analizarla antes de cumplirla; si encuentra que la orden viola la ley, no tiene obligación legal de obedecer. Esta teoría está en una posición intermedia entre las otras dos. A criterio personal esta teoría es la más justa tanto para quien manda como para quien obedece para no incurrir en responsabilidad.

Esta teoría es la que recoge la legislación guatemalteca, por lo cual es indispensable mencionar el Artículo 156 de la Constitución Política de la República de Guatemala el cual preceptúa: "No obligatoriedad de ordenes ilegales. Ningún funcionario o empleado público, civil o militar, está obligado a cumplir órdenes manifiestamente ilegales o que impliquen la comisión de un delito."

El Artículo antes citado es el que recoge la teoría de la obediencia debida o con derecho a examen y se llama así porque si la orden dada por el funcionario de mayor jerarquía constituye algún delito, el de menor jerarquía debe abstenerse de ejecutarla porque de lo

contrario ambos incurren en responsabilidad, esto es así porque existe responsabilidad solidaria tanto del que manda como del que obedece.

Esta teoría también se encuentra inmersa en el Artículo 12 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Público, el cual preceptúa en su parte conducente: "...Ninguna persona sujeta a la aplicación de la presente ley será relevada de responsabilidad por haber procedido en cumplimiento de orden contraria a la ley dictada por funcionario superior, al pago, uso o disposición indebidos de los fondos y otros bienes que sea responsable..."

La norma transcrita hace referencia exclusivamente a los funcionarios públicos como sujetos activos de la ley, pues son las personas que generalmente encuadran su conducta en actos prohibidos por las leyes, esto en virtud de no ejercer la función pública con transparencia después de jurar fidelidad a la Constitución Política de la República de Guatemala.

3.2.2. Eximente de responsabilidad penal

Después de haber analizado las teorías que sustentan el deber de obediencia, es indispensable mencionar ahora algunos casos en los que los funcionarios públicos

pueden quedar exentos de algún tipo de responsabilidad por los actos cometidos, ante tal situación en el Código Penal se regulan las causas de inculpabilidad, las cuales deben de cumplir con ciertos requisitos para poder aplicarse, en este orden de ideas el Artículo 25 del Código Penal preceptúa: "...Son causas de inculpabilidad: ...Obediencia debida. 4º. Ejecutar el hecho en virtud de obediencia debida, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien lo haya ordenado.

La obediencia se considera debida cuando reúna las siguientes condiciones: a) Que haya subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto; b) Que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite, y esté revestida de las formalidades legales; c) Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta..."

Dentro de los elementos negativos de la teoría del delito se contempla esta figura, la cual debe cumplir con los tres requisitos antes mencionados, esto es de suma importancia pues el primer requisito se refiere a la competencia administrativa, si ésta no existiera se estaría dando el abuso de poder o la desviación de poder; el segundo requisito se refiere a la obediencia debida o con derecho a examen, la cual ya fue analizada con anterioridad.

En cuanto a que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta el tratadista Muñoz Conde afirma que: "se exime la pena respectiva si la orden está dictada dentro de los límites de la respectiva competencia y con las formalidades legales, cuando el mandato constituye

infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o infrinja determinadamente cualquier otra disposición.”²⁸

Quiere decir entonces que todas las órdenes que se les den a los funcionarios público deben estar enmarcadas dentro de la ley, porque de lo contrario el Código Penal encuadra la conducta humana dentro del tipo penal de abuso de autoridad, aunado a ello el infractor se hace acreedor a otras responsabilidades como la civil y la administrativa.

3.3. Medios de ejercer abuso de poder

La democracia moderna se fundamenta en la teoría de la indivisibilidad de los tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial que, desde los tiempos en que la inventó Montesquieu, se ha mantenido esta tendencia precisamente para evitar el abuso del poder, pues existen límites al actuar de los funcionarios públicos.

Por las razones expuestas, el profesor Josep María Loperena afirma que: “Cuando los poderes legislativo y ejecutivo convergen en una misma persona o corporación no hay libertad porque es de temer que el Gobierno promulgue leyes absolutistas, para

²⁸Muñoz Conde, Francisco. **Teoría general del delito**. Pág. 88

ejecutarlas a su antojo y en interés de su partido. De igual forma, tampoco existe libertad cuando el poder judicial no está separado del legislativo y del ejecutivo.”²⁹

Sin lugar a dudas, se comparte la opinión del citado autor en virtud de que se puede observar que el Congreso de la República de Guatemala promulga leyes para beneficio de las autoridades del gobierno, sin importar qué suceda con los particulares, que siempre son los perjudicados por las decisiones de la minoría. Es una eminente violación a los valores axiológicos establecidos en el Preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala como lo son: la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y sobre todo el bien común.

Con lo antes mencionado se puede deducir que prácticamente existe una especie de despotismo, pues se ve que un pequeño grupo trata de dominar a la población en general para beneficio de algunos funcionarios públicos.

²⁹ Loperena, Josep María. **El abuso de poder**. Pág. 14

CAPÍTULO IV

4. Fiscalización

Quedó establecido con anterioridad que los funcionarios públicos, en ocasiones, se aprovechan de su cargo o de su función con el fin de obtener un beneficio para sí o para tercera persona. Esto trae como consecuencia el enriquecimiento ilícito, el abuso de autoridad, que va inmerso dentro del actuar del funcionario, por el simple hecho de haber sido nombrado para ejercer una función pública.

Derivado de ello es que se desarrolla en gran magnitud la corrupción y con este fenómeno el Estado sufre pérdidas en sus recursos económicos, pues el dinero de las entidades se queda en manos del funcionario público y ello da lugar a que el Estado sea deficiente en la prestación de los servicios públicos. Para evitar lo que se mencionó en el párrafo anterior, es que el actuar del funcionario público debe ser fiscalizado y si se encuentran anomalías en los malos manejos de los recursos, estos funcionarios deben ser sancionados.

En Guatemala la entidad que se encarga de fiscalizar es la Contraloría General de Cuentas, asimismo existen procedimientos establecidos en la ley cuando el patrimonio

del Estado está sufriendo pérdidas, en estos casos el funcionario público debe reparar su actuar, tal es el caso del juicio de cuentas, procedimiento que está establecido en la Ley del Tribunal de Cuentas, el cual se analizará más adelante.

4.1. Definición de fiscalización

La palabra fiscalización, en términos generales, significa control, es decir es una actividad que se encamina a controlar la actividad de los funcionarios públicos. Es una función de inspección para verificar el cumplimiento de las normas y que la actividad de los funcionarios se encuadre dentro de la ley.

En este orden de ideas, el profesor Daniel Márquez Gómez define la fiscalización de la siguiente manera: "inspección a personas, entidades o actividades para comprobar si pagan impuestos o examinar, controlar o criticar las acciones de otros."³⁰

Por su parte la autora Ana Lucía Villa define la fiscalización de la siguiente manera: "el conjunto de tareas, acciones y medidas de la administración, tendientes a compeler al contribuyente al cumplimiento íntegro, cabal y oportuno de sus obligaciones tributarias, ya sean ellas sustanciales, como el pago de la obligación, o simplemente formales, como

³⁰ Márquez Gómez, Daniel. **La función de fiscalización**. Pág. 162

³¹ Villa Archila, Ana Lucía. **Manual de fiscalización para entidades territoriales**. Pág. 13

la inscripción en el registro de contribuyentes, la presentación de informes, declaraciones, relaciones, comunicaciones, solicitud de autorizaciones o permisos, etc.”³¹

De las definiciones proporcionadas por los autores citados se puede establecer que la fiscalización tiene una función principal y es verificar si se pagan tributos, básicamente este tema va relacionado con el derecho tributario porque se considera que es el ámbito donde más se puede dar el incumplimiento de las funciones por parte de los funcionarios y empleados públicos, pues lo que se pretende es evitar que se defraude al Estado.

4.2. Objetivos de la fiscalización

Generalmente la fiscalización se considera, de acuerdo a lo anteriormente analizado, como un instrumento para alcanzar mayor eficiencia y eficacia de la administración tributaria; la autora Ana Lucía Villa expresa que existen dos tipos de objetivos: generales y específicos, los cuales se analizan a continuación: “Dentro de los objetivos generales están: disminuir la brecha entre el recaudo potencial y real; incrementar la participación de los ingresos tributarios dentro de los ingresos totales del ente territorial, como vía sana de financiación del gasto. Por su parte dentro de los objetivos específicos están: acercamiento al contribuyente facilitándole el cumplimiento voluntario de sus obligaciones tributarias; procurar que los sujetos pasivos contribuyan de acuerdo con su capacidad

económica, en consonancia con los límites establecidos en los hechos generadores y bases gravables regulados por la ley; y crear en el contribuyente la convicción del riesgo real, como elemento determinante para el cumplimiento cabal y oportuno de sus obligaciones.”³²

De lo afirmado por la autora citada se puede decir que los objetivos de la fiscalización son evitar el enriquecimiento ilícitos por parte de los funcionarios públicos, así como también crear en el contribuyente la cultura tributaria para prestar de mejor manera los servicios esenciales y de esta manera cumplir con lo que establece el Artículo 1º de la Constitución Política de la República de Guatemala que es velar por el bien común y la protección a la persona.

4.3. Elementos de la fiscalización

Para Ana Lucía Villa los elementos que debe contener la fiscalización son cinco siendo los siguientes:

- a) “Gradualidad del régimen de sanciones, la fiscalización persigue que el contribuyente evasor corrija su comportamiento antes de que se dé aplicación de sanciones más severas por parte de la administración tributaria.

³² **Ibíd.** Pág. 25

- b) Eficacia de los procedimientos legales y administrativos, significa que los procedimientos legales deben basarse en una normatividad debidamente actualizada, que señale con claridad las obligaciones y deberes de los contribuyentes, las competencias y funciones de la administración tributaria, así como las acciones que se puedan adelantar.

- c) Apoyo sistematizado y automatizado en el manejo de la información, lo cual se da mediante la estructuración de la base de datos con la mejor tecnología de sistematización posible, en forma tal que permita la identificación de los contribuyentes, de sus estados de cuenta, obtención de listados, cruces de información, diseño de puntos de control, etc.

- d) Políticas de persecución previa a los contribuyentes o políticas de acercamiento tributario, tendientes a lograr un mejor cumplimiento de las obligaciones básicas por parte de los contribuyentes, mediante su atención personalizada de instrumentos de divulgación tributaria.

- e) Utilización de herramientas de auditoría, mediante la utilización de técnicas y métodos de investigación tributaria que incluyan técnicas apropiadas de auditoría y métodos

de investigación que conduzcan eficazmente a determinar la situación real de tributación y combatir la evasión fiscal.”³³

Los cinco elementos enunciados anteriormente son de suma importancia para desarrollar esa actividad que a la larga evitaría la corrupción, respecto del primero es compatible el criterio de la citada autora porque la sanción debe ir en proporción al daño causado; el segundo elemento en mención es el que determina la vía a seguir cuando ya se ha cometido una sanción, para ello existe un procedimiento, el cual se analizarán más adelante, que sirven para aplicar sanciones como lo es el juicio de cuentas; el tercer procedimiento establece que se debe identificar al contribuyente, pues esto permitiría que se pueda beneficiar al funcionario público y evitar enriquecimiento ilícito; el cuarto elemento va más enfocado a obligaciones que tiene el Estado para orientar al contribuyente para que cumpla con sus obligaciones tributaria; y el quinto elemento, es el que a criterio personal, es la piedra angular de la fiscalización, porque las técnicas de auditoría sirve para el funcionario público pueda actuar conforme a la ley, pues para ello la Contraloría General de Cuentas.

³³ **Ibid.** Pág. 26

4.4. Formas de fiscalización en Guatemala

La fiscalización es una forma de defensa contra la corrupción, pues se debe revisar la actuación de los funcionarios públicos para evitar que el Estado sufra pérdidas, sirve como una lucha para la conservación de los bienes del Estado, esto es así porque los servidores públicos utilizan los recursos públicos para obtener ganancias de forma ilícita, por supuesto este actuar de los funcionarios público conlleva responsabilidad civil, penal y administrativa, prácticamente se debe frenar la actuación indebida de los funcionarios público y aplicar todo tipo de sanciones para garantizar el bien común y cumplir con el mandato regulado en el Artículo 1º de la Constitución Política de la República de Guatemala.

La Contraloría General de Cuentas es la encargada de fiscalizar el qué hacer de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, al tenor de lo que establece el Artículo 1º de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas: "...es una institución pública, técnica y descentralizada. De conformidad con esta ley, goza de independencia funcional, técnica, presupuestaria, financiera y administrativa, con capacidad para establecer delegaciones en cualquier lugar de la república. La Contraloría General de Cuentas es el ente técnico rector de la fiscalización y el control gubernamental, y tiene como objeto fundamental dirigir y ejecutar con eficiencia, oportunidad, diligencias y eficacia de las

acciones de control externo y financiero gubernamental, así como velar por la transparencia de la gestión de las entidades del Estado o que manejen fondos públicos...”

De la transcripción del Artículo anteriormente citado se puede inferir que dentro del mismo van inmersos dos objetivos fundamentales de la Contraloría General de Cuentas: el primero es como un medio de combata contra la corrupción, pues la fiscalización sirve precisamente para evitar que los funcionarios público se enriquezcan ilícitamente con ocasión de su cargo. Y el segundo objeto es la probidad en la administración pública, este va de la mano con el primero, pues sirve para que el funcionario público adecúe su actuar dentro de la ley para evitar algún tipo de responsabilidad. Por su parte este actuar de los funcionarios público se puede regular mediante los siguientes procedimientos:

4.4.1. Rendición de cuentas

El concepto rendición de cuentas tiene varias interpretaciones, es un concepto que no está muy claro, sin embargo se puede establecer que es simplemente una obligación de informar a un superior sobre el actuar en el ejercicio del cargo, en este orden de ideas, el autor Daniel Márquez Gómez afirma que la rendición de cuentas tiene dos dimensiones básicas que son: el answerability y el enforcement.

El primer término que se refiere: “a la obligación de los políticos y funcionarios de informar sobre sus decisiones y de justificarlas en público; por su parte el segundo término denominado enforcement, que se refiere a la capacidad de sancionar a políticos y funcionarios públicos en caso que hayan violado sus deberes públicos. .”³⁴

Por su parte el profesor Pedro Alberto Jedlika define la rendición de cuentas como: “la obligación que tiene todo aquel que haya realizado actos de administración o de gestión por cuenta o interés de un tercero, o como consecuencia de sus actividades comerciales o profesionales en negocios determinados, de presentar a quien tenga el derecho de exigirles un estado contable detallado, en el cual se indiquen las entradas o cantidades que se hubieren percibido, y los gastos, hechos o cantidades desembolsadas, reflejando el déficit o saldo favorable que resultare de dicha gestión o administración, a efectos de su verificación por parte del interesado para su aprobación u objeción.”³⁵

4.4.2. Juicio de cuentas

El juicio de cuentas es uno de los procedimientos seguidos ante el Tribunal de Cuentas. La Constitución Política de la República de Guatemala, prevé la existencia de dicho Tribunal, pues el Artículo 220 preceptúa: “La función judicial en materia de cuentas será

³⁴ Gómez Márquez. **Ob. Cit.** Pág. 165

³⁵ Jedlika Zapata, Pedro Alberto. **Breves estudios sobre el juicio de cuentas.** Pág. 206

ejercida por los jueces de primera instancia y el tribunal de segunda instancia de cuentas. Contra las sentencias y los autos definitivos de cuentas que pongan fin al proceso en los asuntos de mayor cuantía, procede el recurso de casación...”

De la transcripción del citado Artículo se puede establecer entonces que el juicio de cuentas persigue fiscalizar la actuación de los funcionarios de los organismos del Estado, Entidades Descentralizadas, autónomas, Municipalidades, Consejos de Desarrollo, Organizaciones No Gubernamentales, entre otras, con la finalidad de asegurar el correcto funcionamiento de la administración y la ausencia de malversación de caudales públicos.

Por su parte el Artículo 4, literal f) de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas regula dentro de las atribuciones de la Contraloría General de Cuentas la siguiente: ...”promover de oficio y ser parte actora de los juicios de cuentas en contra de los funcionarios y empleados públicos, representantes legales de Organizaciones No Gubernamentales, representantes legales de fideicomisos constituidos con fondos públicos, contratistas y cualquier personas que maneje fondos públicos...”

La Contraloría General de Cuentas siempre debe ser parte en los juicios de cuentas porque es el ente encargado de la fiscalización, esto es porque dentro del espíritu de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas está que dicha institución es un órgano de control aplicando procedimientos modernos de auditoria gubernamental.

Asimismo el Artículo 70 de la Ley del Tribunal de Cuentas preceptúa: “El juicio de cuentas tiene por objeto establecer de manera definitiva si el patrimonio nacional o de las instituciones, entidades o empresas sujetas a fiscalización ha sufrido pérdidas en el manejo de su hacienda, la restitución o pago correspondiente en caso de responsabilidad y la imposición de las sanciones de acuerdo con la ley.”

Procedimiento del juicio de cuentas

A continuación se explicará de una forma sencilla el trámite del juicio de cuentas de conformidad con la Ley del Tribunal de Cuentas.

Paso 1: La Contraloría General de Cuentas remite el expediente al Tribunal de Cuentas, dentro del plazo de 20 días, pues la Contraloría siempre es parte en los juicios de cuentas. Artículos 56, 58 y 68

Paso 2.1. Si el demandado no hubiere manifestado nada en su defensa, el juez dictará sentencia. Artículo 72

Paso 2: el Tribunal de Cuentas da audiencia a los interesados por el plazo de 15 días, entregándoles copia literal del pliego de reparos no desvanecidos. Artículo 71

Paso 2.1: Si el demandado evacúa la audiencia conferida. Artículo 72. Ahora si se interponen excepciones previas, se tramita por la vía de los incidentes. Artículo 135 de la Ley del Organismo Judicial.

Paso 2.3: Si los interesados pidieren abrir el juicio a prueba, el juez lo decretará por un plazo de 15 días. El plazo será de 60 días cuando haya que obtenerse prueba fuera del territorio de la república. Artículo 73.

Paso 3: vencido el plazo de la audiencia o el de la prueba, el juez dictará sentencia dentro del plazo de 8 días. La sentencia deberá condenar o absolver a los enjuiciados. Artículo 74.

CAPÍTULO V

5. La Ley Contrataciones del Estado y procedimientos de adquisición de bienes por emergencia

Dentro del presente capítulo se hará una breve referencia a la Ley de Contrataciones del Estado, contenida dentro del Decreto 57-92 del Congreso de la República, pues para abordar este tema es necesario hacer una breve referencia a lo que es el contrato administrativo y posteriormente establecer qué modalidades de contratación existen dentro de la legislación y las formas como se dan en la actualidad.

5.1. Contenido de la ley

La Ley de Contrataciones del Estado fue emitida en virtud de que el Decreto 35-80 del Congreso de la República, es decir la Ley de Compras y Contrataciones, ley anterior al Decreto 57-92 del Congreso de la República, ya no respondía a la realidad del país en la época, pues se necesitaba la pronta ejecución de las obras y adquisición de bienes, suministros y servicios que el Estado necesitaba para satisfacer las necesidades de la población, pues el objetivo siempre es cumplir con el mandato constitucional de cumplir con el bien común. Aunado a ello, las diferentes formas de contratación se encontraban en diferentes cuerpos legales, por lo que era un obstáculo para el desarrollo de la

administración pública. Esto es así pues el criterio es unificar en un solo cuerpo legal todas las modalidades de contratación para que el Estado de Guatemala cumpla con el fin primordial.

La Ley de Contrataciones del Estado consta de XI títulos, dentro de las cuales se encuentran las modalidades de compra, modalidades de enajenación, procedimientos para la adquisición de bienes o servicios, órganos competentes para la aplicación de la ley, así como también sanciones y prohibiciones para los sujetos que se rigen por la misma.

5.2. Aspectos a considerar dentro de la Ley de Contrataciones del Estado

La Ley de Contrataciones del Estado fue emitida en 1992 mediante el Decreto 57-92 del Congreso de la República, dentro los aspectos más importantes que hay que considerar dentro de la misma se encuentran: las reformas que ha tenido dicha ley, los procedimientos contenidos dentro de la misma, tipos penales y modalidades de compra y de enajenación, los cuales se desarrollarán a continuación:

5.2.1. Reformas contenidas dentro de la Ley de Contrataciones del Estado

- a) La primera reforma que tuvo la ley desde su creación fue mediante el Decreto número 20-97 del Congreso de la República, fue aprobado el 5 de marzo de 1997, sancionado el 1 de abril de 1997, publicado en el diario oficial el 7 de abril de 1997 y entró en vigencia el 8 de abril de 1997.

- b) Decreto número 34-2001 del Congreso de la República, fue aprobado el 27 de julio de 2001, sancionado el 4 de agosto de 2001, publicado en el diario oficial el 6 de agosto de 2001 y entró en vigencia el 7 de agosto de 2001.

- c) El Decreto número 73-2001 del Congreso de la República, fue aprobado el 10 de diciembre de 2001, sancionado el 27 de diciembre de 2001, publicado en el diario oficial el 2 de enero de 2002 y entró en vigencia el 10 de enero de 2002.

- d) El Decreto número 11-2006 del Congreso de la República, estas reformas fueron con ocasión de la implementación del Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos de América, fue aprobado el 10 de agosto de 2006, sancionado el 7 de septiembre de 2006, publicado el 10 de septiembre de 2006 y entró en vigencia el 18 de septiembre de 2006.

- e) La quinta reforma fue mediante el Decreto número 27-2009 del Congreso de la República, fue aprobado el 10 de agosto de 2009, sancionado el 7 de septiembre de

2009, publicado en el diario oficial el 10 de septiembre de 2009 y entró en vigencia el 18 de septiembre de 2009.

- f) El Decreto número 45-2010 del Congreso de la República, fue aprobado el 12 de octubre de 2010, sancionado el 10 de noviembre de 2010, publicado en el diario oficial el 15 de noviembre de 2010 y entró en vigencia el 23 de noviembre de 2010.

- g) La séptima reforma fue mediante el Decreto número 6-2011 del Congreso de la República, fue aprobado el 28 de abril de 2011, sancionado el 24 de mayo de 2011, publicado en el diario oficial el 31 de mayo de 2011 y entró en vigencia el 1 de junio de 2011.

- h) Y finalmente el Decreto 9-2015, fue aprobado el 17 de noviembre de 2015, publicado en el diario oficial el 8 de diciembre de 2015 y entró en vigencia el 16 de diciembre de 2015, siendo la reforma más reciente.

5.2.2. Tipo penal contenido dentro de la Ley de Contrataciones del Estado

Dentro de las reformas contenidas en el Decreto 9-2015 del Congreso de la República, se adiciona el Artículo 25 Bis, el cual contiene el tipo penal denominado pacto colusorio en las adquisiciones públicas, pues dicho Artículo preceptúa: "...Comete el delito de pacto colusorio en las adquisiciones públicas quien utilice un convenio, acuerdo, decisión,

recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela, en la presentación de ofertas en procesos de adquisición pública, que tenga por objeto o produzca el efecto de impedir, restringir o afectar la libre competencia en un determinado proceso o acto... cuando dos o más sociedades que formen parte de un mismo grupo empresarial o corporativo, según la definición de partes relacionadas, contenida en la Ley del impuesto Sobre la Renta, participen en el mismo proceso de adquisición pública. Los responsables de este delito serán sancionados con prisión de uno a cuatro años y con multa de cinco mil a veinticinco mil quetzales...”

El tipo penal en mención es eminentemente doloso, pues existe en la conciencia del sujeto activo el ánimo de obtener de forma ilícita una adjudicación, pues con ello se está defraudando al Estado y esto se hace con el fin de evitar el enriquecimiento ilícito por parte del sujeto obligado según la norma jurídica.

5.2.3. Procedimientos contenidos dentro de la Ley de Contrataciones del Estado

Los procedimientos contenidos dentro de la misma son: la compra directa, cotización, licitación, casos de excepción y contrato abierto; sin embargo, con las recientes reformas mediante el Decreto 9-2015 se incorporaron las siguientes: compra de baja cuantía, la consiste en la adquisición directa de bienes, suministros, obras y servicios, exceptuada de los requerimientos de los procesos competitivos de las demás modalidades de

adquisición pública contenidas en la Ley, cuando la adquisición sea por el monto de hasta 10,000.00 quetzales, antes de la reforma este monto estaba incluido dentro de la modalidad de la compra directa, lo anterior se encuentra regulado en el Artículo 43, literal a) de la Ley de Contrataciones del Estado.

Asimismo se incluyó la modalidad de adquisición con proveedor único, la cual consiste en la adquisición de bienes, suministros, obras y servicios a través de una oferta electrónica en el sistema GUATECOMPRAS, prescindiendo de los procedimientos de licitación o cotización, cuando la adquisición sea por montos mayores a 10, 000.00 quetzales y que no supere los 90, 000.00 quetzales. Lo anterior se encuentra regulado en el Artículo 43, literal b) de la Ley de Contrataciones del Estado.

Se considera atinada la reforma al Artículo 43 de la Ley de Contrataciones del Estado pues al incluir la modalidad de compra de baja cuantía se puede frenar la corrupción que impera dentro de las entidades del Estado, pues muchas veces los funcionarios públicos se prestan a realizar actos en contra de la ley para obtener ganancias de manera ilícita. Asimismo se incluyeron los procedimientos de arrendamiento de bienes inmuebles, que al tenor de lo que preceptúa el Artículo 43, literal e), se puede dar en los siguientes casos: "...El arrendamiento de bienes inmuebles puede efectuarse siempre que el organismo, dependencia o entidad interesada careciere de ellos, los tuviere en cantidad insuficiente o en condiciones inadecuadas. Para el efecto la dependencia o unidad interesada debe

justificar la necesidad y conveniencia de la contratación, a precios razonables en relación a los existentes en el mercado...” Con la inclusión de esta nueva modalidad se considera que se puede evitar la apropiación indebida de inmuebles, asimismo se debe justificar el motivo del arrendamiento para poder otorgar el contrato y los precios deben ser razonables, con ello lo que se trata de evitar es una sobrevaloración de precios que a la larga pueda dar lugar al enriquecimiento ilícito y perjudicar los bienes del Estado.

Asimismo, se incluyó la subasta electrónica inversa. La cual consiste, de acuerdo a lo que preceptúa el Artículo 54 Bis en: “una modalidad de adquisición pública de bienes y servicios estandarizados u homologados, dinámica, operada en el sistema GUATECOMPRAS, en la cual los postores habilitados pujan de forma pública, electrónica y en tiempo real, durante un plazo preestablecido, con base a un precio en referencia de conocimiento público previo al evento, el cual servirá como punto de partida para el proceso...”

5.2.4. Los sujetos que se rigen por la Ley de Contrataciones del Estado

El Artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado preceptúa: “Esta Ley tiene por objeto normar las compras, ventas, contrataciones, arrendamientos o cualquier otra modalidad de adquisición pública, que realcen: a) Los Organismos del Estado; b) Las entidades descentralizadas y autónomas, incluyendo las municipalidades; c) Las entidades o

empresas, cualquiera sea su forma de organización, cuyo capital mayoritariamente esté conformado con aportaciones del Estado; d) Las Organizaciones No Gubernamentales y cualquier entidad sin fin de lucro que reciba, administre o ejecute fondos públicos. Se exceptúan las Organizaciones de Padres de Familia -OPF-, Comités, Consejos Educativos y Juntas Escolares del Ministerio de Educación para los programas de apoyo escolar; y las subvenciones y subsidios otorgados a los centros educativos privados gratuitos; e) Todas las entidades de cualquier naturaleza que tengan como fuente de ingresos, ya sea total o parcialmente, recursos, subsidios o aportes del Estado, respecto a los mismo; o Los fideicomisos constituidos con fondos públicos y los fondos sociales; g) Las demás instituciones que conforman el sector público."

De la transcripción del Artículo anteriormente citado se puede establecer que casi todas las entidades que conforman la administración pública se encuentran sujetas al imperio de la ley, esto incluye a los órganos extra poder como lo son la Corte de Constitucionalidad y el Tribunal Supremo Electoral.

5.2.5. Procedimientos de licitación y cotización

A continuación se detallará tanto el procedimiento de licitación como el de cotización, establecido al final las diferencias entra cada uno de ello, haciendo alusión a las recientes

reformas a la Ley de Contrataciones del Estado mediante el Decreto 9-2015 del Congreso de la República.

El primer paso inicia con la solicitud de compra, antes del ejercicio fiscal, donde se tienen que programar las compras, suministros y contrataciones que tengan que hacerse durante el mismo, lo anterior se encuentra regulado en el Artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado.

El segundo paso es tener la disponibilidad presupuestarias, para ello las entidades que se rigen por la ley deben solicitar ofertas aun si no cuentan con las asignaciones presupuestarias que permitan cubrir los pagos, lo anterior se encuentra regulado en el Artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado.

El tercer paso consiste en la elaboración de las bases, los cuales son documentos con los que la entidad interesada en adquirir servicios, bienes, suministros o ejecución de una obra establece el conjunto de requisitos que deben llenar los interesados en ofertar, lo anterior se encuentra regulado en el Artículo 18 de la Ley de Contrataciones del Estado.

El paso cuatro consiste en establecer los proyectos de bases, en donde los usuarios compradores deben publicar en el sistema de GUATECOMPRAS los proyectos de bases

o términos de referencia para consulta pública, lo anterior se encuentra regulado en el Artículo 10 de la Resolución Número 11-2010 del Ministerio De Finanzas Públicas.

El paso cinco consiste en la aprobación de los documentos por parte de la autoridad administrativa superior de la dependencia respectiva, lo anterior se encuentra regulado en el Artículo 21 de la Ley de Contrataciones del Estado.

El paso seis, si es para el procedimiento de licitación, las convocatorias para licitar se deben publicar en el sistema de GUATECOMPRAS y una vez en el diario oficial y entre las publicaciones debe mediar un plazo no mayor de cinco días calendario, pero entre la publicación en GUATECOMPRAS y el día fijado para la presentación y recepción de las ofertas deben transcurrir por lo menos 40 días calendario, lo anterior de conformidad con el primer párrafo del Artículo 23 de la Ley de Contrataciones del Estado. Ahora bien, si es para el procedimiento de cotización, entre la publicación de la convocatoria y bases en GUATECOMPRAS y el día fijado para la presentación y recepción de ofertas deberá mediar un plazo mínimo de ocho días hábiles, lo anterior de conformidad con el tercer párrafo del Artículo 39 de la Ley de Contrataciones del Estado.

El paso siete, si es para el procedimiento de licitación, consiste en integrar las juntas, cuyos miembros deben ser servidores públicos nombrados por la autoridad competente de las entidades, integrándose de la siguiente manera: por cinco miembros titulares e igual número de miembros suplentes, los cuales deberán ser nombrados por la autoridad

superior de la entidad contratante, lo anterior de conformidad con la literal a), quinto párrafo del Artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado, reformado por el Decreto 9-2015 del Congreso de la República. Si es para el procedimiento de cotización, la junta respectiva estará integrada por tres miembros titulares e igual número de miembros suplentes, los cuales deberán ser nombrados por la autoridad administrativa superior de la entidad contratante, lo anterior de conformidad con la literal b), quinto párrafo del Artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado.

El paso ocho consiste en entregar las ofertas y demás documentos de licitación a la junta respectiva directamente, si la oferta se presenta de forma electrónica, deberán acatarse las normas de uso del sistema GUATECOMPRAS, lo anterior de conformidad con los Artículos 24 y 24 Bis de la Ley de Contrataciones del Estado, este último adicionado por el Decreto 9-2015 del Congreso de la República.

El paso nueve consiste en la calificación de las ofertas, en los cuales se utilizan los criterios de calidad, precio, tiempo, características y demás condiciones que fijan las bases, el costo total estimado y se utilizará el precio más bajo como criterio de calificación, lo anterior de conformidad con el Artículo 28 de la Ley de Contrataciones del Estado.

El paso diez consiste adjudicar la licitación al oferente que haya hecho la proposición más conveniente, dentro del plazo que señalen las bases, y si las mismas no fijan ningún plazo, entonces se hará dentro de los cinco días hábiles contados a partir del día señalado para la recepción y apertura de ofertas, lo anterior de conformidad con el Artículo 33, primer párrafo de la Ley de Contrataciones del Estado y el Artículo 12 del Acuerdo Gubernativo Número 1056-92, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El paso once consiste en la aprobación de la adjudicación, en el cual la junta respectiva la Junta remitirá el expediente a la autoridad superior, dentro de los dos días hábiles siguientes, luego la autoridad superior aprobará o improbará lo actuado por la Junta, con causa justificada, dentro de los cinco días de recibido el expediente, lo anterior de conformidad con lo establecido en el Artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado, reformado mediante el Decreto 9-2015 del Congreso de la República.

El paso doce consiste en la suscripción del contrato, dentro del plazo de 10 días contados a partir de la adjudicación definitiva, lo anterior de conformidad con el Artículo 47 de la Ley de Contrataciones del Estado.

5.2.6. Procedimiento de contratación para la modalidad del contrato abierto

Esta modalidad de contratación fue reformada mediante el Decreto 9-2015 y consiste, al tenor de lo que establece el Artículo 46 de la Ley de Contrataciones del Estado, en lo siguiente: "...adquisición coordinada por el Ministerio de Finanzas públicas, a través de la Dirección General de Adquisiciones del Estado, con el objeto de seleccionar proveedores de bienes, suministros y servicios de uso general y constante, o de considerable demanda, previa calificación y adjudicación de los distintos rubros que se hubieren convocado a concurso público, a solicitud de dos o más instituciones de las contempladas en el Artículo 1 de esta Ley, para el cumplimiento de sus programas de trabajo..."

El primer paso consiste en la convocatoria, en la cual el proceso de contrato abierto se iniciará con la solicitud, por escrito, a la Dirección General de Adquisiciones del Estado, lo anterior de conformidad con el Artículo 46 Bis, literal a).

El segundo paso consiste en la elaboración de las bases del concurso y especificaciones técnicas del contrato abierto, es responsabilidad de las instituciones requirentes, con el apoyo técnico de la Dirección General de Adquisiciones del Estado, en el ámbito de su competencia, lo anterior de conformidad con el Artículo 46, literal c), primer párrafo.

El tercer paso consiste en la convocatoria a un concurso de contrato abierto será de alcance nacional o regional, según se indique en las bases y especificaciones técnicas, lo anterior de conformidad con el Artículo 46 Bis.

El cuarto paso consiste en que el Ministerio de Finanzas Publicas nombrará un asistente de contrato abierto, que será responsable de la custodia y diligenciamiento del expediente administrativo respectivo; asimismo, apoyará a la junta de calificación en la elaboración de los documentos que sean necesarios, conforme a las instrucciones giradas por dicha Junta, lo anterior de conformidad con el Artículo 46, literal e).

El quinto paso consiste en que la Dirección General de Adquisiciones del Estado, una vez solicitado el concurso de contrato abierto y aportadas las especificaciones técnicas, deberá solicitar los precios de referencia al instituto Nacional de Estadística -INE-, lo anterior de conformidad con el Artículo 46 Bis, literal h), primer párrafo.

El sexto paso consiste en que la junta de calificación podrá adjudicar hasta tres proveedores por marca ofertada, con un máximo de ocho marcas por renglón, siempre y cuando la diferencia de precio entre el oferente que haya sido calificado con el precio más bajo y el de los restantes, no supere una variación de precios mayor del tres por ciento con relación al precio más bajo, lo anterior de conformidad con el Artículo 46 Bis, literal h), tercer párrafo.

El séptimo paso consiste en la celebración de los contratos abiertos por el Ministerio de Finanzas Públicas y serán suscritos, para su formalización, por el funcionario público que delegue la autoridad superior de la entidad administradora y coordinadora del contrato abierto, conjuntamente con el funcionario público que en cada caso deleguen las autoridades superiores de las entidades requirentes y el propietario o representante legal de la empresa o entidad adjudicada, dentro del plazo de 10 días hábiles a partir de la adjudicación definitiva, lo anterior de conformidad con el Artículo 46 Bis, literal i).

El octavo paso consiste en la publicación de los listados de los productos de bienes y suministros adjudicados en contrato abierto, en el sistema GUATECOMPRAS, dentro del plazo de 10 días contados a partir de la fecha de aprobación del contrato respectivo, lo anterior de conformidad con el Artículo 46 Bis, literal m).

5.2.7. Casos de excepción

El Artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado contempla los casos de excepción, es decir son las formas en las cuales se pueden adquirir bienes o servicios sin necesidad de los procedimientos de licitación y cotización, sin embargo estos casos incluyen únicamente al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, el Banco de Guatemala y el Tribunal Supremo Electoral, los cuales se describen a continuación:

Respecto al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social podrán adquirir, de manera directa, vacunas, medicamentos antirretrovirales, métodos de planificación familiar, fármacos, micronutrientes, suministros quirúrgicos, entre otros.

Respecto del Banco de Guatemala podrá realizar de manera directa, la contratación de la acuñación de moneda, compra de metales necesarios para la acuñación de moneda, la compra de sistemas, de equipos y la impresión de formas de billete de banco y de títulos valores.

Respecto del Tribunal Supremo Electoral podrá, durante el ejercicio fiscal en el que se realicen procesos electorales y de consulta popular, de manera directa, las adquisiciones públicas directamente vinculadas a la realización de estos eventos.

5.3. Efectos negativos de los procedimientos por la falta de fiscalización

El principal efecto negativo en los procedimientos es que se facilita la corrupción, como afirma Agustín Gordillo: “la corrupción puede ser una explicación parcial y ocasional a los defectos de la licitación que se ha intentado paliar o corregir por el énfasis en la igualdad y la formalidad o la moralidad.”³⁶

³⁶ Gordillo, Agustín. **El informalismo y la concurrencia en la licitación pública**. Pág. 304

El autor antes citado hace referencia a que estos procedimientos se prestan muchas veces para favorecer a los participantes en los eventos, es decir que no existe una competencia como lo quiere el Estado, pues no existe un verdadero juego entre la oferta y la demanda. La moralidad a la que Gordillo hace referencia es a que los actos que realizan los funcionarios públicos deben de estar acompañados de patrones éticos vigentes, que no contraríen las disposiciones vigentes, que sea un derecho positivo también, pues debe prevalecer ante todo el principio de legalidad y de esta manera velar por el bien común.

Otro efecto negativo es que en muchos casos se cae en la deshonestidad, pues la potencialidad de ciertos particulares hace que se pueda vencer, en algunos casos, la escrupulosidad de los funcionarios públicos, aunado a ello que también los trámites son excesivamente burocráticos, pues se tornan largos y estropean la eficacia de un buen sistema de compras.

Un tercer efecto negativo que se puede mencionar es que se encarece el producto, la obra o el servicio por el retardo en la provisión o en la ejecución y por los gastos de trámites, control, impuestos, sin contar, además, las fluctuaciones de los precios en ciertos casos pues cuando son en desventaja del Estado, los proveedores exigen que el contrato administrativo sea cumplido a favor suyo.

5.4. Propuesta de reforma a la Ley de Contrataciones del Estado

Después de haber hecho un análisis a la Ley de Contrataciones del Estado con las recientes reformas emitidas mediante el Decreto 9-2015, se pudo establecer que las mismas no son suficientes para que los procedimientos de licitación, cotización, contratación abierta se puedan llevar a cabo sin favorecer a los funcionarios públicos, porque falta la fiscalización de estos eventos para poder tener un adecuado forma de contratación para la prestación de servicios y adquisición de bienes, a continuación se presenta una propuesta de reforma donde se incluye la fiscalización.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

DECRETO NÚMERO 9-2016 EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO:

Que la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción establece que existe la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley,

CONSIDERANDO:

Que los procedimientos de licitación, cotización y contratación abierta deben ser fiscalizados para evitar los malos manejos en la ejecución de las obras, adquisición de bienes y servicios por parte del Estados y sus entidades descentralizadas y autónomas.

POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171 literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala,

DECRETA:

Las siguientes:

REFORMAS A LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO DECRETO NÚMERO 57-92 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Artículo 1. Se adiciona el Artículo 1 Bis, el cual queda así:

“Artículo 1 Bis. Fiscalización. Los procedimientos de licitación, cotización, procedimiento de contratación para la modalidad de contrato abierto, compra de baja cuantía, compra directa, arrendamiento de bienes inmuebles, dragado, subasta electrónica inversa y concesión, deberán ser fiscalizados previamente por la Contraloría General de Cuentas, quien deberá emitir dictamen favorable dentro del plazo no mayor de treinta días hábiles contados a partir de la elaboración de las bases a que se refiere el Artículo 18 de la presente ley.”

Artículo 2. Se adiciona el Artículo 1 Ter, el cual queda así:

“Artículo 1 Ter. Falta de fiscalización. La falta del cumplimiento de la fiscalización a que se refiere el Artículo anterior hará incurrir al responsable en el delito de desobediencia de conformidad con el Código Penal, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que pudiera incurrir.”

Artículo 3. Se adiciona el Artículo 2 Bis, el cual queda así:

“Artículo 2 Bis. Procedimiento de fiscalización. La fiscalización se determinara conforme al procedimiento siguiente:

- a) La Dirección General de Adquisiciones del Estado deberá dar aviso a la Contraloría General de Cuentas cinco días antes de la realización de cualquier procedimiento establecido en el Artículo 1 Bis de la presente ley.

- b) La Contraloría General de Cuentas deberá examinar las bases a que hace referencia el Artículo 18 de la presente ley, así como también la idoneidad de los proveedores y demás personas participantes en los procedimientos. Para realizar este examen la Contraloría General de Cuentas tendrá un plazo no mayor de quince días calendario, prorrogable por cinco días más en casos debidamente justificados.”

Artículo 4. Vigencia. El presente Decreto fue declarado de urgencia nacional con el voto favorable de más de las dos terceras partes del número total de diputados que integran el Congreso de la República, aprobado en un solo debate y entrará en vigencia tres meses después de su publicación en el Diario Oficial.

REMÍTASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN

EMITIDO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, QUINCE DE ENERO DE DOS MIL DIECISEÍS.

MARIO TARACENA

PRESIDENTE

PALACIO NACIONAL: Guatemala, veinte de enero de dos mil dieciséis

PUBLIQUESE Y CUMPLASE

JIMMY MORALES

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El origen del problema en cuestión surge, porque dentro de los procedimientos de cotización, licitación, casos de excepción y la modalidad del contrato abierto, contenidos dentro de la Ley de Contrataciones del Estado no existe una adecuada fiscalización y esto da lugar a que los funcionarios públicos adquieran lo antes posible bienes o servicios, evitando una verdadera fiscalización del proceso, dando lugar con ello a la corrupción y al enriquecimiento ilícito.

Si bien es cierto, recientemente mediante el Decreto 9-2015 del Congreso de la República se reformó la Ley de Contrataciones del Estado, se considera que estas reformas no son suficientes para garantizar que los mencionados procedimientos se lleven a cabo con transparencia y apegados al principio de legalidad.

Por lo anteriormente expuesto, se debe reformar nuevamente la Ley de Contrataciones del Estado, pero que en estas nuevas reformas se incluya un proceso de fiscalización previo a la realización de cualquier procedimiento contenido dentro de la referida ley, pues de esta controlar los actos anómalos en la adquisición de bienes por parte de los sujetos que se rigen por la referida ley, garantizar a la persona humana la protección que merece y que se vele por el bien común.

BIBLIOGRAFÍA

BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del derecho**. 1ª ed.; México: Ed. Fondo de Cultura Económica. 2004.

CABABELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. 19ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta SRL, 2008.

CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo parte general**. 1ª. ed.; Guatemala: Ed. Litografía Orión, 2006.

CHUAYFFET CHEMOR, Emilio. **Derecho administrativo**. 1ª. ed.; México, D.F.: (s.l.i), 1983.

file:///C:/Users/USUARIO/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/1VJ6QE9B/131_report_es.pdf (consultado 14 de noviembre de 2015).

GUERRERO, Omar. **El Estado y la administración pública en México**. 1ª. ed.; México, D.F.: Ed. (s.l.i), 1989.

JEDLIKA ZAPATA, Pedro Alberto. **Breves estudios sobre el juicio de cuentas**. 1ª ed.; Caracas, Venezuela: Ed. Universitaria, 1999.

LOPERENA, Josep María. **El abuso de poder**. 1ª ed.; Barcelona, España: Ed. Octaedro, S.L., 2013.

MACHADO HERRERA, Marco Antonio. **Conceptualizando la corrupción**. 2ª ed.; Lima, Perú: Ed. Misereor, 2006

MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel. **La función de fiscalización**. 1ª. ed.; México: Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

MASSIER Karen. **La corrupción y los derechos humanos, estableciendo el vínculo.** 2ª. ed.; Monterrey, Nuevo León: Ed. Grafiady, S.A. de C.V., 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito.** 2ª ed.; Bogotá, Colombia: Ed. Temis, S.A., 2004

NAVA NEGRETE, Alfonso. **Derecho administrativo.** 1ª. ed.; México, D.F.: Ed. (s.l.i), 1991.

VILLA ARCHILA, Ana Lucía. **Manual de fiscalización para entidades territoriales.** 1ª ed.; Bogotá, Colombia: Ed. Dirección de Apoyo Fiscal, 2007.

Legislación:

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

Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción. Organización de las Naciones Unidas, 2003.

Código Penal. Congreso de la República, Decreto 17-73, 1973.

Ley del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción. Congreso de la República, Decreto 64-76, 1976.

Ley del Tribunal de Cuentas. Congreso de la República, Decreto 1126, 1956.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República, Decreto 2-89, 1989.

Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas. Congreso de la República,
Decreto 31-2002, 2002.

Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos.
Congreso de la República, Decreto 89-2002, 2002.