

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



MILTHON FERNANDO SANTOS HERRERA

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2021

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

**FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL CONVENIO SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO
PÚBLICO Y LA ENTIDAD ODEBRECHT PARA RESARCIR AL ESTADO DE
GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MILTHON FERNANDO SANTOS HERRERA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos Profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, octubre de 2021

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

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br.	Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V:	Br.	Abidán Carías Palencia
SECRETARIO:	Licda.	Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

PRIMERA FASE:

Presidente:	Lic.	Magbis Mardoqueo Méndez López
Vocal:	Licda.	Rosa Elida Guevara
Secretario:	Lic.	Rodolfo Aníbal García Hernández

SEGUNDA FASE:

Presidente:	Lic.	René Siboney Polillo Cornejo
Vocal:	Lic.	Héctor Manfredo Maldonado Gramajo
Secretario:	Lic.	Jaime Rolando Montealegre

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).



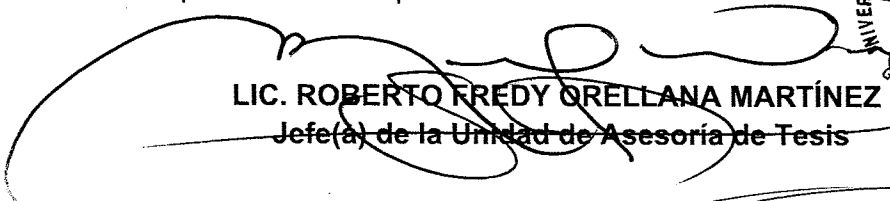
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 24 de octubre de 2019.

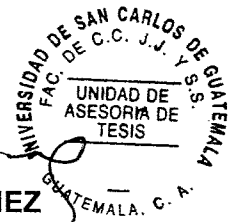
Atentamente pase al (a) Profesional, MARIA LUCRECIA MORALES PEREZ
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
MILTHON FERNANDO SANTOS HERRERA, con carné 200721445,
 intitulado FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL CONVENIO SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA
ENTIDAD ODEBRECHT PARA RESARCIR AL ESTADO.

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.


LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 28 / 02 / 2020.


 Asesor(a)
 (Firma y Sello) *Maria Lucrecia Morales Perez*
Abogada y Notaria





Licda. María Lucrecia Morales Pérez

Abogada y Notaria
Colegiado 12070



Guatemala, 28 de julio de 2020

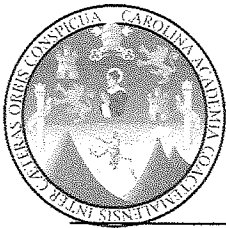
Licenciado: Dimas Gustavo Bonilla
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Apreciable Licenciado:

Respetuosamente a usted informo sobre mi nombramiento como asesor de tesis del bachiller: **MILTHON FERNANDO SANTOS HERRERA**, el cual se intitula: **"FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL CONVENIO SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA ENTIDAD ODEBRECHT PARA RESARCIR AL ESTADO"**. Se le sugirió al estudiante agregar "de Guatemala", quedando **"FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL CONVENIO SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA ENTIDAD ODEBRECHT PARA RESARCIR AL ESTADO DE GUATEMALA"**, Declarando expresamente que no soy pariente del estudiante dentro de los grados de ley; por lo que me complace manifestarle lo siguiente:

- I. Respecto al contenido científico y técnico de la tesis, en la misma se analizan aspectos legales, culturales y sociales importantes y de actualidad; ya que trata sobre el campo del derecho contractual, con injerencias en el derecho administrativo y penal propiamente, tomando como base los repercusiones legales por la falta de legitimación en un convenio de reparación donde el perjudicado es el Estado de Guatemala, el aspecto doctrinario en lo que respecta a la sociedad, así como el ámbito legal cuando se hace referencia a la responsabilidad de los funcionarios públicos en este tipo de contratos por causa de abuso o desvío del poder.
- II. Los métodos utilizados en la investigación, fueron el analítico, inductivo, deductivo y sintético; mediante los cuales el estudiante no sólo logro comprobar la hipótesis, sino que también analizó y expuso detalladamente lo relativo a los efectos legales que conlleva la falta de legitimación donde se perjudica al Estado quien actúa en representación del pueblo de Guatemala. La técnica bibliográfica permitió recolectar y seleccionar adecuadamente el material de referencia relacionado al tema de investigación jurídica.
- III. La redacción de la tesis es clara, concisa y explicativa, ya que el estudiante utilizó un lenguaje técnico y comprensible para el lector; asimismo, se aplicaron las reglas ortográficas de la Real Academia Española.



Licda. María Lucrecia Morales Pérez

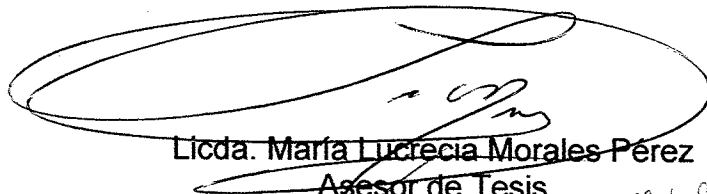
Abogada y Notaria
Colegiado 12070



- IV. El informe final de tesis, es una contribución científica para la sociedad y para la legislación guatemalteca principalmente en materia administrativa, penal e internacional, puesto que es un tema muy importante que no ha sido investigado a fondo y aun no se le ha dado una solución legal, lo que permitiría resolver muchos problemas de esta índole, brindándole eficacia, certeza y seguridad jurídica a los problemas que se presenten en el futuro sobre el incumplimiento de este tipo de contratos por parte de una empresa extranjera. En todo caso puede servir como material de consulta para futuras investigaciones.
- V. En la conclusión discursiva, el estudiante expone sus puntos de vista sobre la problemática y a la vez manifiesta que es importante determinar la falta de legitimación del convenio suscrito por el Ministerio Público y la empresa brasileña Odebretch, puesto que evitaría el mal manejo por corrupción y la colectividad tendría la certeza de la inversión de sus recursos económicos.
- VI. La bibliografía utilizada fue la adecuada al tema, en virtud que se consultaron exposiciones temáticas tanto de autores nacionales como extranjeros.
- VII. El bachiller aceptó todas las sugerencias que le hice, realizando las correcciones necesarias para una mejor comprensión del tema; así mismo, a mi parecer fue necesario hacer cambios en el bosquejo preliminar de temas para un mejor análisis de las instituciones jurídicas que se abordaron, respeté sus opiniones y los aportes que planteó.

En base a lo anterior, hago de su conocimiento que la tesis cumple con todos los requisitos estipulados en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; por lo que apruebo el trabajo de investigación, emitiendo para el efecto **DICTAMEN FAVORABLE**, para que la misma continúe el trámite correspondiente.

Atentamente,

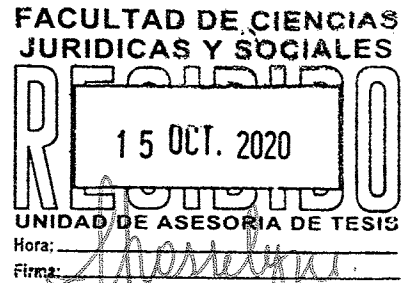

Licda. María Lucrecia Morales Pérez
Asesor de Tesis
Colegiado 12070

*Licda. María Lucrecia Morales Pérez
Abogada y Notaria*



Guatemala 15 de octubre del 2020.

Lic. Gustavo Bonilla
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



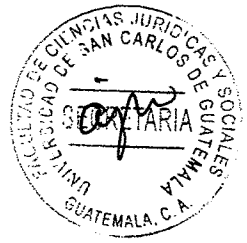
Estimado licenciado Orellana:

De manera atenta le informo que fui consejero de estilo de la tesis titulada **FALTA DE LEGITIMACION DEL CONVENIO SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA ENTIDAD ODEBRECHT PARA RESARCIR AL ESTADO DE GUATEMALA** realizada por el bachiller: **MILTHON FERNANDO SANTOS HERRERA** para obtener el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

El Alumno cumplió con todas las observaciones que le hiciera, por lo que dictamino de manera FAVORABLE, por lo que el trámite de orden de impresión puede continuar.

ID Y ESNEÑAD A TODOS.

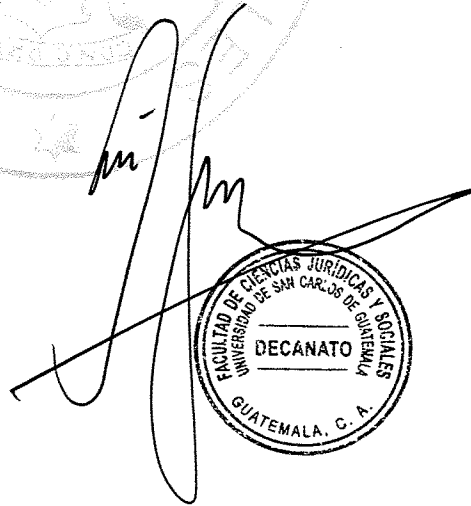
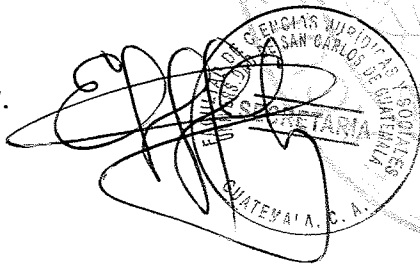
Lic. Ingrid Beatriz Vides Guzmán
Consejero Docente de Redacción y Estilo



Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, dos de junio de dos mil veintiuno.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante MILTHON FERNANDO SANTOS HERRERA, titulado FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL CONVENIO SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA ENTIDAD ODEBRECHT PARA RESARCIR AL ESTADO DE GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

AJLR/JP.





DEDICATORIA

A DIOS:

Que me ha ayudado en cada momento de mi vida, por darme salud e iluminarme en los momentos más difíciles. Gracias por hacerme comprender que sin ti nada puedo hacer.

A MI MADRE:

María Antonia Herrera Soberanis, por tu paciencia y amor, digna eres de toda admiración y respeto; a ti te debo la existencia y este logro. Ser tu hijo es una bendición y un gran privilegio. Te amo.

A MI PADRE:

José Marcotulio Santos Barrera, por haberme forjado como la persona que soy; muchos de mis logros se los debo a usted, entre los que se incluye éste. Me formó con reglas y con algunas libertades, pero al final de cuentas, siempre me motivaron para alcanzar mis anhelos.

A MI HIJA:

Daylin Fernanda Santos Sandoval, por motivar aún más el anhelo de superarme; que este triunfo, sea digno ejemplo para que siempre luches y sigas adelante.

A MIS HERMANAS:

Ingrid y Barbara, por el apoyo incondicional que me han brindado en todas las etapas de mi vida.

A MI SOBRINO:

Marco Jhordanny, por formar parte de mi vida, con mucho cariño.



A MIS TIOS Y PRIMOS:

Por los momentos agradables que hemos compartido y el cariño brindado.

A:

La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por los años que me permitió estudiar en tan honrosa casa de estudios y alcanzar mis metas.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por darme la oportunidad de adquirir los conocimientos necesarios para mi formación profesional.



PRESENTACIÓN

El desarrollo de esta investigación es de carácter cualitativo, dentro del campo del derecho administrativo y por supuesto con diferentes repercusiones en el derecho civil, penal e internacional, ya que se establecen los efectos jurídicos derivados de la falta de legitimación del convenio suscrito por el Ministerio Público con la empresa brasileña Odebrecht sobre la construcción de una carretera para Guatemala, afectando con ello gravemente los intereses de toda la población guatemalteca, no solo por no haberse ejecutado la obra, sino por carecer de legitimidad, lo que pone en riesgo indudablemente que se puedan reclamar los daños y perjuicios por la defraudación.

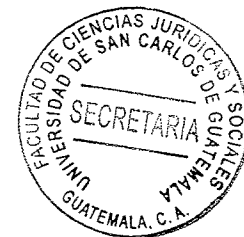
El objeto de estudio es el convenio suscrito para determinar los presupuestos que deben cumplirse y puedan gozar de legitimidad, al carece de ellos, puedan ser ejecutados en caso de incumplimiento, o aún más, que puedan ser llevados ante un tribunal internacional, así como el estudio de las causas que le dieron origen al acuerdo, los sujetos que intervinieron y su participación en el mismo, ya que se pretende sustentar legalmente la falta de legitimidad que tiene el actual convenio.

El período en el cual se realizó esta investigación es en el mes de enero del año 2018, al 30 de mayo de 2020, tiempo en el que se verificaron regulaciones en cuanto al tema, siendo un aporte significativo en la búsqueda de mecanismos legales que permitan que el Estado de Guatemala luche por el resarcimiento del daño causado.



HIPÓTESIS

La hipótesis planteada en la realización de esta investigación jurídica fue la siguiente: el Estado de Guatemala debió ser representado por la Procuraduría General de la Nación en el Convenio suscrito con la entidad Odebretch, a efecto de dotar al mismo de legitimidad, lo que se encuentra enmarcado en ley y permite que el acto este revestido de legalidad para producir los efectos esperados, considerando inclusive la ejecutoriedad del documento que se suscriba en este tipo de negociaciones donde se ha defraudado a una población entera y como tal, deben de crearse todos los parámetros necesarios, no solo para la recuperación del dinero ya pagado a la entidad, sino también para perseguir penalmente a los sujetos implicados por la comisión de los ilícitos, lo que genera seguridad y certeza jurídica.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Al concluir el trabajo de investigación, se logró comprobar la hipótesis planteada, utilizando el método deductivo, que se aplicó posterior al análisis e interpretación de la información, mostrando las causas y los efectos que generan el actuar de los funcionarios públicos en la contratación internacional, la cual debe estar sujeta a un marco legal y la participación de la Procuraduría General de la Nación en caso deba representar al Estado de Guatemala.

Como resultado, el Estado de Guatemala no ha discutido la problemática como debe ser, ni ha realizado las acciones necesarias que permitan dejar sin efecto el acto que vulnera el interés del pueblo guatemalteco, lo que incide en la poca relevancia actual de lo sucedido y el pago de una obra no realizada por toda una sociedad.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Principios y garantías que informan el proceso	1
1.1. Principios generales que informan el derecho	1
1.2. Fuentes formales del derecho	4
1.3. Fundamento constitucional	5
1.4. Clasificación	8
1.5. Principios del derecho internacional	10
1.6. Garantías del derecho	13

CAPÍTULO II

2. Derecho social	17
2.1. Obligaciones del Estado de Guatemala	20
2.2. Justicia social	22
2.3. Responsabilidad de los funcionarios públicos	24
2.4. Principios fundamentales en la función administrativa	25
2.4.1. Principio de legalidad	25
2.4.2. Principio de juridicidad	26
2.5. Violaciones al principio de legalidad y de juridicidad	26
2.6. Consecuencias de los contratos administrativos	27

CAPÍTULO III

3. Los contratos administrativos y las consecuencias jurídicas sobre la inaplicación de los principios y garantías establecidas en la ley	31
3.1. Contratos administrativos	32



3.1.1. Determinación de la ley.....	34
3.1.2. Voluntad de las partes.....	35
3.2. El interés de los usuarios afectados.....	37
3.3. Carácter preeminente de la personalidad del Estado de Guatemala.....	40
3.4. Consecuencias jurídicas sobre la inaplicación de los principios y garantías establecidas en la ley.....	42

CAPÍTULO IV

4. Actuación de los funcionarios y empleados públicos dentro de las leyes guatemaltecas.....	45
4.1. Ministerio Público.....	47
4.1.1. Funciones del Ministerio Público.....	51
4.2. Procuraduría General de la Nación.....	53
4.3. Antecedentes del problema.....	54
4.4. Falta de legitimación del convenio suscrito entre el Ministerio Público y la entidad Odebrecht para resarcir al Estado de Guatemala.....	60
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	63
BIBLIOGRAFÍA.....	65



INTRODUCCIÓN

Al momento que la Fiscal General, Thelma Aldana, anunció que llegaron a un acuerdo con la constructora brasileña Odebrecht, en la que se compromete pagar al Estado de Guatemala y surge el contrato, nace el tema que vamos a desarrollar sobre la presente investigación para verificar si se establecen los requisitos de ley.

Para el Estado de Guatemala, la libertad de acción cobra un papel muy importante, máxime si se trata de considerar por una parte la responsabilidad de las personas y por otra parte, la responsabilidad de empleados y funcionarios públicos, ello si se atiende la responsabilidad que entraña el representar a toda una nación y las garantías mínimas que deben seguirse para revestir no solo de formalidad sino de legalidad el acto, situaciones tan elementales, si se considera el riesgo que se tendría por la violación de la normativa legal que le impone al funcionario actuar dentro de un marco legal.

En ese sentido, Guatemala desde la norma constitucional delimita la participación de cada funcionario público, para encuadrar sus funciones dentro de una normativa legal, que este pueda actuar dentro de la sociedad y frente a la comunidad internacional, lo cual se nos presenta en los Artículos 154 y 155 de la Constitución Política de la República de Guatemala, preceptos que le otorgan el poder a los ciudadanos de reclamar la juridicidad del acto emanado por los mismos.

El objetivo general de esta investigación fue determinar la juridicidad y los efectos jurídicos derivados de la falta de legitimidad del convenio suscrito entre el Ministerio Público y la entidad Odebrecht, por no realizar la construcción de la carretera y establecer que funcionario está legitimado para actuar en representación del Estado de Guatemala, la ilegalidad de un tercero no contemplado en la normativa legal, a actuar y suscribir acuerdos en nombre del Estado. En ello es importante aclarar las repercusiones que genera el no contar con la obra pública y el pago por la deuda adquirida para la realización de la misma, lo que ocasiona indudablemente el impacto socio económico negativo y la violación a las normas internas de un país.



Esta investigación jurídica, se divide en cuatro capítulos los que a continuación se describen brevemente: el primero abarca desde los principios y garantías que informan el proceso, los principios generales, fuentes formales, el fundamento constitucional, su clasificación, principios en el derecho internacional y las garantías; el segundo, referido al derecho social, obligaciones del Estado, la justicia social, la responsabilidad de los funcionarios públicos, principios en la función administrativa, valoraciones al principio de legalidad, juridicidad y las consecuencias de los contratos administrativos; en el tercero, trata sobre los contratos administrativos, el interés de los usuarios afectados, el carácter de la personalidad jurídica del Estado de Guatemala y las consecuencias jurídicas sobre la inaplicación de los principios y garantías establecidas en ley; y en el capítulo cuatro, se analiza la actuación de los funcionarios y empleados públicos dentro de las leyes guatemaltecas, el Ministerio Público, la Procuraduría General de la Nación, los antecedentes del problema y la falta de legitimación del convenio suscrito entre el ministerio público y la entidad Odebrecht para resarcir al estado de Guatemala.

Los métodos utilizados son: el analítico que permitió tomar el problema planteado con el fin de estudiar de forma separada cada parte, hasta llegar a la esencia que lo provoca; el deductivo, que parte de lo general hacia lo particular con la dinámica que permitirá centrarse en las causas del problema. En ese sentido, se hizo uso de las herramientas metodológicas mencionadas que proveerán el carácter científico de la investigación a fin de lograr los objetivos planteados y un aporte académico muy importante.

Esta investigación tiene por objeto dar a conocer las ilegalidades, como las herramienta de estudio para entender este tipo de problemáticas, así poder determinar las causas y sus efectos legales en nuestra sociedad.



CAPÍTULO I

1. Principios, fuentes y garantías que informan el derecho

El derecho como toda ciencia, toma su base en reglas que orientan la acción del ser humano y las que a su vez, deben de resguardarse por medio de garantías que permitan su cumplimiento, evitando con ello cualquier alteración que no tenga razón ni justificación legal, siendo considerada en detrimento del propio ser humano y por lo tanto desechada de cualquier ordenamiento legal. Por ello, es importante diferenciar entre los principios generales que informan esta ciencia y la consideración de las garantías.

1.1. Principios generales del derecho

“Uno de los conceptos jurídicos más discutidos. Sánchez Román considera como tales los axiomas o máximas jurídicas recopiladas de las antiguas compilaciones; o sea las *reglas del derecho* (v.). Según Burón, los dictados de la razón admitidos por el legislador como fundamento inmediato de sus disposiciones, y en los cuales se halla contenido su capital pensamiento...”¹

El presupuesto anterior, confirma la acepción presentada sobre reglas o normas que instruyen el actuar del ser humano, convirtiendo la acción del mismo en facultades espirituales racionales, tratándose como normas de carácter general y universal dentro

¹ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. Pág. 305



del campo del derecho, la que debe seguirse con cierto propósito, siendo esto el reflejo del sistema jurídico de un país.

Los principios generales del derecho son pues, enunciados normativos que expresan un juicio deontológico acerca de la conducta a seguir en determinadas situaciones o sobre ciertas normas del ordenamiento jurídico del país, ello pese a no ser integrados dentro de él, recogen de manera abstracta el contenido de cada uno de ellos, fundamentándose en el respeto de la persona humana o en la naturaleza misma de las cosas.

Frente a esta posición, es fácil entrever que existen tres consecuencias que se generan a través de ellos: a) orientan la labor de interpretación de las normas del derecho positivo, b) constituyen el fundamento del ordenamiento positivo y, c) son fuente en caso de insuficiencia de la ley y de costumbre, lo que los hace de esta manera la fuente inagotable del derecho y la forma práctica de resolver el problema de las lagunas de la ley. "Se trata de expresar aquellas proposiciones más abstractas que dan razón, o prestan base y fundamento al derecho".² siendo considerados estos como ideales jurídicos pertenecientes a la comunidad, sirviendo como pilares o base para organizar política, económica y social al Estado.

Con ello, es importante aclarar la importancia del análisis de los principios generales del derecho, puesto que son una de las fuentes del mismo, en orden lógico y por

² Arce y Flores Valdés, Joaquín. **Los principios constitucionales del derecho y su formulación constitucional.** Pág. 63



consiguiente hay que hacer tal distinción.

Por su parte, al entenderlas en su sentido gramatical son precisamente de donde emana el derecho y por ende las normas que lo constituyen, por lo que no debe confundirse este concepto con las normas que la contienen, por lo que las mismas son “todo aquello que da origen al orden jurídico vigente.”³

En conclusión, podemos definir a los principios generales como las “ideas rectoras o principios generales sobre los que se basa el ordenamiento jurídico.”⁴ De tal cuenta, que la propia norma legal guatemalteca, en el Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial, establece: “Las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu. El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma se podrán aclarar atendiendo al orden siguiente: a) A la finalidad y al espíritu de la misma; b) A la historia fidedigna de su institución; c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas; d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.”

Por ende, los principios a su vez, ilustran al legislador sobre determinadas situaciones que no han sido previstas en la norma jurídica, pero que deben atender no solo al

³ Acosta Romero, Miguel y Pérez Fonseca, Alfonso. **Derecho jurisprudencial mexicano**. Pág. 77
⁴ Di Silvestre, Andrea Verónica, **Instituciones del derecho procesal civil para peritos**. Pág. 18



origen de la norma, sino al objeto inspirador de la misma, dado que cimienta su creación.

1.2. Fuentes Formales del derecho

La doctrina por su parte, no constituye una fuente formal del derecho, ya que pese a su bastedad y a la gran opinión de sus autores o al prestigio de éstos, las mismas no serán consideradas como normas generales que deban cumplirse obligatoriamente, sin embargo, puede ser una fuente formal indirecta debido a la influencia que ésta puede generar en los legisladores y en los jueces cuando emiten las normas de carácter individualizado, según el caso.

Histórica y doctrinariamente las fuentes del derecho han sido aceptadas y clasificadas en tres grandes grupos: a) históricas, b) reales o materiales y, c) formales. Las primeras constituyen compilaciones legales o doctrina, que formaron parte del pasado, las segundas por su parte, han sido definidas como “el conjunto de circunstancias y necesidades sociales, económicas, políticas, etcétera, que en un momento y lugar determinados provocan la creación de normas de derecho, condicionando primordialmente a su contenido.”⁵ Las mismas, tienen como atributo principal que condicionan el contenido valorativo de las normas de derecho, atendiendo a las normas fácticas que le dan origen a su contenido.

Las fuentes formales son los diferentes procesos por los cuales se crea el orden

⁵ Op. Cit. Pág. 78



jurídico del país, son los hechos que impregnan a una regla el carácter nato de derecho positivo, constituyendo ésta como un precepto de conducta exterior, que se impone al ser humano, bajo un término de coacción proveniente de una autoridad, que basa su poder sobre la denominación de una llamada armonía social, sobre el respeto al bien común, por lo que en Guatemala, las fuentes formales pueden clasificarse en leyes constitucionales, decretos, reglamentos, etcétera, siendo estas el cimiento jurídico del país.

1.3. Fundamento constitucional

Siguiendo la Pirámide de Kelsen, la constitución política constituye la base de un país, puesto que contiene no solo los dogmas de un Estado, sino su forma de organización, constriñéndola como parte de la esencia propia del derecho positivo, con fuerza vinculante directa para todos, por lo que sus postulados deben de concebirse como legítimos imperativos.

En Guatemala, lo anterior constituye la denominada primacía constitucional, tan discutida dentro del ordenamiento jurídico, debido al ejercicio de los derechos humanos dentro de la legislación, cuando de la aplicación de los mismos resulta la observancia de éstos frente a la norma constitucional. Pero tal refutación es corregida por la propia Constitución Política de la República de Guatemala, al establecer en el Artículo 175 “Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso iure.”



Lo cual presupone la preeminencia constitucional ante cualquier norma de carácter internacional, aunque sea esta en materia de derechos humanos, ello porque si bien es cierto, que el Artículo 46 le da preeminencia al derecho internacional al establecer “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.”

Tal acepción no convierte a la Constitución Política de la República de Guatemala como simple derecho interno, dado que el espíritu propio de la norma constitucional fue precisar, que tenían preferencia de aplicación frente a la normativa ordinaria y no superiores a la constitución, dado que al aceptar la aplicación de los derechos humanos los hace suyos, al ser aceptados y ratificados por el Estado, pasando a formar parte de la legislación del país por medio de decretos, lo cual los convierte en normas ordinarios y serán aplicados en preeminencia a las mismas, siempre y cuando no contraríen el texto constitucional.

La Constitución Política de la República de Guatemala, es la primera norma, desde donde ha de arrancar cualquier labor de interpretación en la solución de un conflicto legal, siendo la primicia al contraponer las leyes ordinarias, siempre debe de atenderse al cimiento creador. Los principios dentro de la misma juegan un papel importante, puesto que la ubican en la pirámide de interpretación, dado que toda resolución debe



de pasar en primer orden por un escrutinio de interpretación jurídica con respecto a la observancia de la misma.

Establece el Artículo 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.” Al respecto, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en resolución de fecha 11 de diciembre de 1996, aclaró que uno de los principios fundamentales que informa el derecho guatemalteco es el de supremacía constitucional, que implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico debe de encontrarse la constitución, y esta como ley suprema debe ser vinculante para los gobernantes y gobernados, a efecto de lograr la consolidación del estado constitucional de derecho.

Tal súper legalidad reconocida en tres fundamentos: El Artículo 44 de la misma norma constitucional, al disponer que son nulas ipso iure las leyes y disposiciones que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la constitución garantiza; el Artículo 175 que afirma que ninguna ley podrá contrariar sus disposiciones; el Artículo 204 que obliga a los tribunales de justicia a observar en todas sus resoluciones el principio de supremacía constitucional.

Así mismo, la propia Corte de Constitucionalidad, ha señalado en sentencia de fecha 29 de marzo de 2001, que la jerarquía constitucional y su influencia sobre todo el



ordenamiento jurídico tiene una de sus manifestaciones en la prohibición de que las normas de jerarquía inferior puedan contradecir a las de jerarquía superior.

“No solo descansa en una cuestión meramente de jerarquía o de supremacía o prevalencia por grado de una norma respecto de otra, sino también, en razón de la justicia, en el sentido de que toda justicia supone y presupone que está en armonía con la integralidad de la Constitución y que es más bien, aplicación de normas dentro del sistema normativo constitucional, ya en apego de éste, en desarrollo armónico pero sin posibilidad de saltarse todo el orden constitucional que eso debe ser el sustento, el fundamento, el numen de los derechos.”⁶

1.4. Clasificación de los principios

No es fácil otorgar una clasificación precisa a los principios generales del derecho, puesto que doctrinariamente cada jurista ha aplicado una sistematización diferente, según la corriente doctrinal que maneje.

Castro y Bravo, indican que existen tres tipos fundamentales de principios generales del derecho, siendo estos: “a) principios de derecho natural, b) principios tradicionales y, c) principios políticos.”⁷

Por su parte, el profesor Rodríguez Paniagua, critica esta clasificación al indicar que:

⁶ Lobos Ríos, Edwin. **La teoría tridimensional en la Constitución guatemalteca**. Pág. 124

⁷ Castro y Bravo, Federico. **Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes**. Pág. 36



“la distinción iusnaturalista no precisa sobre qué derecho natural se refiere y entiende que parece referirse a la escuela católica tomista y el prototipo de los principios tomistas es que hay que hacer el bien y evitar el mal, entendiendo que con eso no se pueda resolver mucho.”⁸ Ello citando a Santo Tomás de Aquino, por lo que Rodríguez Paniagua no llega a ver por qué es título de validez la tradición. Si actualmente no son válidos la referencia a la tradición, por lo que la primera puede llevar a la confusión terminológica debido a su extra estatalidad o socialidad.

Como resultado de su crítica, Rodríguez Paniagua ofrece la siguiente clasificación: a) estatales, los que pueden ser expresamente formulados en el ordenamiento jurídico estatal, b) implícitos, los que no están formulados pero pueden inferirse dentro de un conjunto de normas jurídicas y, c) institucionales, que se derivan sólo del conjunto de normas que hacen referencia a una institución, y por consiguiente, solo a ella le son aplicables, o comunes a todo el ordenamiento jurídico del Estado.

En el mismo sentido, también hace diferenciación en cuanto a los principios extra estatales o sociales, los que según refiere pueden ser éticos, tal como la buena fe, o lógico y científicos, que no requieren juicios de valor, sino operaciones lógicas de adaptación de medios afines, que pese a su presunción no entran en conflicto de discusión.

Así pues, existen principios de apreciación e interpretación para todo género de relaciones jurídicas, entendibles como normas mínimas de imparcialidad procesal, así

⁸ Rodríguez Paniagua, José María. **Derecho natural o axiología jurídica?** Pág. 82



mismo, principios sustantivos, reconocidos ampliamente en los sistemas legales importantes de todo país y que pueden considerarse de carácter internacional. Lo anterior, puede provocar una subsiguiente clasificación de acuerdo a la materia de que se trate.

En fin, en la presente investigación, se señalan los principios generales del derecho, únicamente como positivos y extra positivos, considerándose los primeros como aquellos que han sido acogidos por el derecho positivo, tal es el caso de las leyes y la costumbre.

1.5. Principios del derecho internacional

La Carta de las Naciones Unidas marcó un objetivo trascendental en las relaciones entre los países o Estados parte, lo cual quedó recogido en el preámbulo de la misma. “crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional.”

Desde entonces, el desarrollo del derecho internacional y el respeto por el mismo han sido claves en el trabajo de la Organización de las Naciones Unidas, el cual es llevado a cabo por Cortes, Tribunales, Tratados multilaterales, así como a través del Consejo de Seguridad que puede aprobar misiones de mantenimiento de la paz, imponer sanciones si así lo considera necesario e inclusive la autorización del uso de la fuerza contra cualquier acto que amenace la paz y la seguridad internacional.



La Carta de las Naciones Unidas recoge los principios de las relaciones internacionales, desde la igualdad soberana de los Estados, hasta la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

Dichos principios recogidos por la Carta de las Naciones Unidas, entrevé el respeto por el derecho de cada país, considerando su soberanía y la aplicación de sus propias normas, lo cual, sujeta a sus miembros a que deban de respetar el ordenamiento jurídico de cada país. En ello, es permitido que los representantes de cada país, que estén facultados legalmente puedan suscribir acuerdos o convenios de carácter internacional, no solo con otros países, sino con empresas o personas particulares de otros países, ello buscando el bien del Estado, que actúa en representación del pueblo.

Si existiere algún conflicto derivado de dichas relaciones de carácter internacional, tal discusión debe ser tratada en la Corte Internacional de Justicia, que no solo resuelve disputas legales entre los Estados, de acuerdo con el derecho internacional, sino que también sirve como órgano asesor sobre cuestiones legales remitidas desde órganos y agencias especializadas de la ONU.

Los principios inmersos dentro del derecho internacional, permiten definir las responsabilidades legales de los Estados en sus relaciones entre ellos, y el trato a los individuos dentro de las fronteras estatales. El ámbito de competencia del derecho internacional comprende una gran variedad de problemas, sobre todo si se trata de derechos humanos y bienes comunes mundiales como el acoso del medio ambiente,



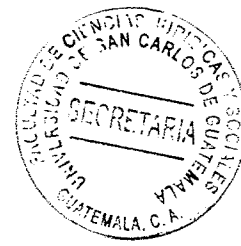
las aguas internacionales, el espacio, las comunicaciones y el comercio de carácter mundial.

Los principios formulados en el Artículo 2 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1945 establecen las obligaciones principales de conducta de los países miembros, siendo reglas de organización de carácter general que enmarcan el comportamiento de cada Estado y las relaciones entre ellos. Inicialmente eran cinco, a los que se incorporaron posteriormente dos más, mediante la Resolución 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 24 de octubre de 1970, que incluye como anexo la declaración donde se proclama que estos: “constituyen principios básicos de derecho internacional.”

La resolución antes mencionada, declara y desarrolla progresivamente normas de derecho internacional ya existentes, como los cinco principios incluidos en la carta de 1945 y que son, comunes a ambas, siendo estos:

- a) Principio de igualdad soberana de los Estados,
- b) Principio de buena fe,
- c) Principio del arreglo pacífico de las controversias,
- d) Principio de la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza,
- e) Principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos.

Tal como ya se indicó, a estos cinco deben sumarse, dos de carácter privativo de la



resolución 2625, por no aparecer recogidos taxativamente en la carta:

- f) Principio de no intervención,
- g) Principio de la cooperación pacífica entre los Estados.

Dicha relación de principios no termina allí, derivado que puede ampliarse. Los mismos, constituyen para la mayoría de la doctrina el marco normativo del Derecho Internacional contemporáneo y su principal seña de identidad, ya que por su propio contenido y por la práctica estatal los ha seguido, ocupan una posición central en el ordenamiento y vienen a representar formalmente la expresión de su estructura general en la presente etapa de su evolución histórica.

1.6. Garantías del derecho

El término garantía puede definirse como la “seguridad o protección frente a un peligro o contra un riesgo.”⁹ Lo cual presupone todos aquellos mecanismos dispuestos para proteger el cumplimiento de la propia norma legal vigente, eso infiere en la protección de aquellos derechos fundamentales de la propia persona o inclusive del mismo Estado.

Así pues, las garantías dentro del derecho atienden a la intencionalidad del área donde estas son creadas, por lo que puede inferirse a una clasificación de acuerdo a la materia de que se trate, como por ejemplo, en el derecho constitucional puede citarse

⁹ Cabanellas De Torres, Guillermo. *Op. Cit.* Pág. 173

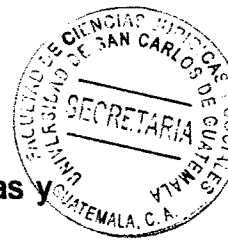


la denominación de garantías constitucionales, en el derecho procesal las garantías procesales, etcétera. Lo importante denotar con ello, es la importancia de su existencia, ya que asegura el cumplimiento de determinadas obligaciones frente a determinadas situaciones que pueden implicar violaciones a los mismos derechos ya reconocidos.

Las mismas existen, debido a la fragilidad que puede conllevar la norma coercitiva y se ponen de manifiesto, al violentarse la norma legal, siendo capaces inclusive no solo de asegurar el cumplimiento del derecho, sino de que a través de ellas, se puedan ventilar o deducir algún tipo de responsabilidad.

Al hacer alusión a ello, la Constitución Política de la República de Guatemala, garantiza ciertos derechos de los ciudadanos, por ejemplo la libertad de acción, en el Artículo 5: "Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe, no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma".

Lo anterior, protege a las personas a no ser perturbadas en lo que hacen, pudiendo hacer incluso, lo que la ley no les prohíbe, dejando dentro del encuadramiento de esta norma a los funcionarios o empleados públicos, los cuales dentro de su función solo pueden hacer lo que la ley les permite, esto al tenor del Artículo 154: "Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella..." lo que ciñe su actuar no solo a la ley, sino a



cumplir con las funciones que les han sido delegadas, no pudiendo salirse de ellas y mucho menos a realizar actos contrarios al ordenamiento jurídico.

En consecuencia, el funcionario público que actúe en representación del Estado, no solo debe de contar con la calidad legal para actuar, sino también, debe de estar facultado para ello, por la propia ley, derivado que contraerá obligaciones para el mismo, ello sin restarle valor, a la soberanía de cada país reconocida por la Carta de Organización de las Naciones Unidas, pero que privilegia la buena fe de los Estados miembros para enviar a las funcionarios facultados para aceptar los convenios o tratados internacionales.

El autor Guillermo Cabanellas de Torres en su obra, diccionario jurídico elemental, al definir derechos y garantías menciona lo siguiente: "En Derecho Constitucional, el conjunto de declaraciones solemnes por lo general, aunque atenuadas por su entrega a leyes especiales donde a veces se desnaturalizan, que en el código fundamental tienden a asegurar los beneficios de la libertad, a garantizar la seguridad y a fomentar la tranquilidad ciudadana frente a la acción arbitraria de la autoridad. Integran límites a la acción de ésta y defensa para los súbditos o particulares."¹⁰

Al atender el significado anterior, podemos analizar que al garantizar las leyes el cumplimiento de las mismas, por medio de mecanismos legales, el legislador quiso resguardar cualquier acto arbitrario que pudiera perjudicar a la sociedad, ya que si actuaba en representación del pueblo, debían quedar resguardados no solo ciertos

¹⁰ Op. Cit. Pág. 123



principios de beneficio social, pero sobre todo, garantizar que esa representación fuera lo esperado en pro de toda una sociedad, derivado de la importancia que entrañaba el poder aceptar un convenio o bien un tratado internacional, por lo que quedaron plasmados los presupuestos necesarios para que tal situación pudiera llevarse a cabo, cumpliendo un mínimo de presupuestos para su validez y legitimidad.

Sobre ello, es fácil entrever, que no puede aceptar o denegar un convenio o tratado, quien no tiene las facultades legales para hacerlo y mucho menos, renunciar a garantías procesales a nivel internacional un ente o funcionario que no esté plenamente investido o legitimado para hacerlo, dado que el incurrir en ello, no solo le resta valor al acto realizado, sino que le ubica dentro de las responsabilidades legales de todo funcionario público, por actuar al margen de la ley.



CAPÍTULO II

2. Derecho social

“... Con reiteración se confunde este *Derecho* con el Laboral; aunque en realidad, todo Derecho es social: de y para la sociedad.”¹¹

“Es necesario señalar que todos los derechos fundamentales satisfacen, de alguna u otra manera, las necesidades básicas que permiten un disfrute de manera estable y sin intervenciones arbitrarias o abusivas por parte de un tercero (sea el Estado o un particular) de la autonomía individual. No existe una contradicción ni tampoco una supeditación *iusfilosófica* de los derechos sociales para con los derechos y libertades civiles y políticos, pues ambas categorías de derechos pueden ser observados como derechos de libertad e igualdad.”¹²

Ante la situación presentada, los derechos sociales enmarcan cualquier tipo de comportamiento social, donde se ve resguardada la conducta de cada individuo frente al comportamiento legal que debe enmarcarla, dado el hecho mismo que la genera y la hace parte no solo de derechos fundamentales, sino de presupuestos necesarios para la convivencia social; por lo tanto, puede considerarse que al denominado grupo de derechos sociales, no se escapan los demás derechos, que sin estar provistos de la carga social, son en beneficio y en pro de la misma sociedad en general, por lo que al

¹¹ Cabanellas de Torres, Guillermo. *Op. Cit.* Pág. 123

¹² Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción.* Pág. 41



atender a la misma, está cumpliendo con el fin mismo de su creación.

“Lo que realmente importa es reconocer que el hombre tiene determinadas necesidades que le son inherentes y cuya satisfacción es uno de los fines principales de la comunidad política, siendo que dichas necesidades fundamentan a los derechos sociales, los derechos de libertad y los derechos políticos, pues todas estas normas tienen la finalidad propia de satisfacer sus necesidades básicas y para sobrellevar una existencia digna. Por lo tanto, los derechos sociales deben ser considerados como fines en sí mismos.”¹³

En el caso específico mencionado por el autor, la urgencia de la situación para el individuo, se convierte en un criterio decisivo para la vulneración del derecho, toda vez que deben de cumplirse los presupuestos necesarios para el cumplimiento de los derechos sociales, pero si en la realización de estos, sobreviniere la afectación de los mismos, tal situación generaría la violación de los mismos, sino el carácter garante que debe responder y proteger los valores de la comunidad.

Tal es el caso, que en una sociedad, donde los derechos sociales no respondan al bien común, entra en caos jurídico legal, llevando al mismo Estado a considerarse como fallido, debido a la afectación de los derechos sociales, que deben proteger y respaldar a la comunidad.

En tal sentido, en Guatemala, la propia carta magna en el preámbulo, hace hincapié a

¹³ Bernal Pulido, Carlos. **Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales**. Pág. 110



tal situación, al enmarcar "... al Estado, como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz..." desarrollando tal obligación en el Artículo 1, pero no se queda allí, y dentro de ella, establece en el Artículo 2 los deberes del Estado: "Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona."

Pero tales obligaciones no pueden ser cumplidas por el Estado, si no es capaz de mantenerse, por lo que para el cumplimiento de ese bien común, debe de contar con recursos económicos que le permitan desarrollar la estructura y los mecanismos necesarios a fin de buscar el desarrollo social, económico y político de su nación, ya que de ello depende el bienestar social e individual de cada persona.

Presupuestos que solo son concebibles bajo una esfera, donde cada ciudadano debe de colaborar para brindarle los recursos necesarios para el cumplimiento de tales situaciones; base sobre la cual cada gobierno puede cumplir sus promesas de campaña y lograr el anhelado desarrollo social, lo que sujeta el control del gasto del Estado, no solo en los ingresos que percibe a través del ente recaudador tributario, sino que también en la persecución de todo sujeto o entidad, que actúe en detrimento de los recursos obtenidos como parte del mismo.

Es por ello, que al analizar tal situación, los funcionarios públicos deben ser garantes del gasto público, cumpliendo con políticas que aseguren el correcto desempeño de las obras que van dirigidas al denominado bien común, es decir, que son de beneficio para



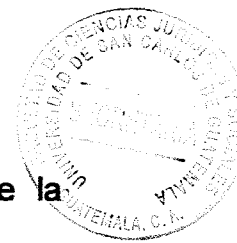
la sociedad, pero también es importante señalar, que tal control conlleva el ejercicio de persecución legal en contra de quien actúe en defraudación del Estado, máxime si se ocasiona dicha afectación a través de obras que no han sido ejecutadas.

Por su parte, el dinero defraudado debe considerarse del pueblo, aún en las arcas del Estado y como consecuencia del efecto recaudador fiscal, ya que representa los fondos para el cumplimiento de los deberes plasmados en el Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Esto derivado, a que tal afectación perjudica a la sociedad entera, como lo que sucede en el caso Odebrecht, que deriva en el cumplimiento de una nación entera de un préstamo internacional para la construcción de una carretera no realizada y que al final, no solo lesiona gravemente los intereses de todo un pueblo, sino genera empobrecimiento en la misma sociedad.

2.1. Obligaciones del Estado de Guatemala

Como se ha descrito con anterioridad, para el cumplimiento de los deberes plasmados en el Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el Estado debe de obtener recursos, los cuales en su mayoría son percibidos a través de los diversos impuestos, que son de carácter obligatorio para los ciudadanos, generando con ello, una contribución social para el beneficio común de todos los guatemaltecos.

Pero tal situación, no abarca solo al cumplimiento de los derechos sociales, sino también al cumplimiento de la protección de los derechos individuales, lo que puede



lograrse, solo si, se tienen los recursos necesarios para tal fin, por lo que la recaudación fiscal juega un papel muy importante para que el Estado cuente con la base económica necesaria para el cumplimiento de sus fines; sin embargo, ello lleva sujeta la actuación de los funcionarios públicos a dirigir el gasto público en forma consiente y enmarcada su actuación dentro de la propia ley, pero también va más allá, porque sujeta a cualquier individuo, institución o empresa, a no defraudar al Estado.

Ante tal disyuntiva, se generan los presupuestos legales para accionar en contra de cualquiera que atente contra el dinero del pueblo, que está sujeto solo a la concreción de obras para el cumplimiento del bien común de los ciudadanos, lo cual representa que en dicho diligenciamiento se debe de actuar con la mayor celeridad, profesionalismo y persecución legal en contra de todo el que atente contra el erario público, porque al final es el pueblo el perjudicado y el que sufre el detrimento.

En tal sentido, el Estado como representante del pueblo, también adquiere una obligación legal, no solo para crear mecanismos que tiendan a evitar este tipo de situaciones, sino a actuar en contra de aquellos que perjudiquen los bienes del mismo y a recuperar lo defraudado por un tercero.

El Artículo 118 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: "El régimen económico y social de la República de Guatemala se funda en los principios de justicia social. Es obligación del Estado orientar la economía nacional para lograr la utilización de los recursos naturales y el potencial humano, para incrementar la riqueza

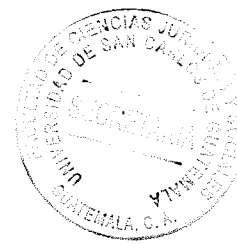


y tratar de lograr el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional. Cuando fuere necesario, el Estado actuará complementando la iniciativa y la actividad privada para el logro de los fines expresados.” Lo que representa la participación del sector empresarial interno y también externo, lo que significa que también las empresas de carácter internacional pueden ser contratadas.

Al efecto, puede expresarse que la concreción de obras dentro de un país genera no solo desarrollo, sino también empleo, riqueza y el cumplimiento de las obligaciones del Estado, por lo que la participación del mismo, incluso con personas individuales coadyuvantes de tal fin, representa un principio denominador cuando se trata de buscar el bien común.

2.2. Justicia social

Por su parte, “El concepto de justicia social se entiende fácilmente, si se toman en cuenta algunas ideas. Una de estas ideas, afirma que el Sistema capitalista es culpable de la injusticia y desbarajuste económico, y que ambos, impiden mayor bienestar a grandes sectores del pueblo. Las libertades aplicadas al campo económico, deben suprimirse o restringirse, puesto que la justicia social no puede ser el resultado del juego espontáneo de las iniciativas individuales, antes bien, la justicia social se logrará por medio de una inteligente acción ordenadora del Estado, organizando la economía para el bienestar social y normando taxativamente todo cuanto se refiere a la justicia,



en lo relacionado con la distribución de la riqueza.”¹⁴

Lo anterior, supone la orientación de la economía nacional y a su vez, la participación del Estado a la par de la iniciativa privada, lo que debe realizarse tomando en consideración las obligaciones que deben imperar en el cumplimiento de ello, como por ejemplo: a) la intervención de las empresas que tengan a su cargo la prestación de servicios públicos esenciales, b) la prohibición de monopolios y privilegios, c) la protección a la economía de mercado, libertad de oferta y demanda.

Tales situaciones contempladas en los Artículos 120 y 130 de la Constitución Política de la República de Guatemala, representan el resultado de la obligación constitucional y que deben ser parte de la planificación del presupuesto anual de ingresos y egreso del Estado.

“La Constitución Política de la República de Guatemala, finalmente, dispone que el Estado (valga decir, las organizaciones públicas que lo componen), actúe “completando” la iniciativa y la actividad privada “cuando fuera necesario.” Lo anterior, significa que ningún funcionario y empleado público, en forma oficiosa, sin necesidad, interesadamente, completará la iniciativa y la actividad privada, favoreciendo intereses particulares, contrarios al bien común...”¹⁵

¹⁴ Castillo González, Jorge Mario. **Constitución Política de la República de Guatemala**. Pág. 268.

¹⁵ **Ibíd.** Pág. 269



En el análisis anterior, el autor precisa claramente, la oficiosidad de todo funcionario público en el ejercicio de sus funciones, las cuales deben de responder dentro del marco de la normativa legal vigente y al amparo de lo que establece el Artículo 154 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que lo enmarca a actuar solo a lo permitido legalmente, por lo que no debe de considerarse en ningún momento, que al ostentar algún cargo público, es superior a la ley.

2.3. Responsabilidad de los funcionarios públicos

Establece el Artículo 155 de la Constitución Política de la República de Guatemala: "Cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren."

La importancia del fundamento legal anterior estriba en la creación del principio general de responsabilidad, que refiere que todo daño debe indemnizarse. En su actuación, los funcionarios o empleados públicos, toman decisiones de forma unilateral, pero éstas deben de estar dentro del marco de la Constitución y las propias leyes, actuando con ello de forma limitada, por las mismas; tal situación genera, que los ciudadanos tengan el poder de reclamar la juridicidad de los actos de los funcionarios, es decir, que su actuar este conforme a ley, por lo que si esto no se diera como corresponde, a accionar legalmente en restitución de los daños y perjuicios que causa dicha actuación unilateral.



Pero tal situación nace de la condición del ejercicio del cargo, en el momento en que se tomó tal decisión, por lo que la responsabilidad le alcanza, aun cuando éste hubiere cesado en el cargo. Por lo que, en su actuar todo funcionario público es responsable por las decisiones que tome, constriñendo tal situación al marco legal, que examina no solo las facultades que tiene en el puesto que ostenta, sino también, a la legalidad que debe revestir el otorgamiento de las facultades necesarias para poder responder a la función pública delegada.

2.4. Principios fundamentales en la función administrativa

Es importante señalar que existen ciertas posiciones legales que dictan el proceder de los funcionarios públicos, los cuales son el principio de legalidad y el principio de juridicidad.

2.4.1. Principio de legalidad

El mismo es situado dentro de la ley, por lo que: "Para el principio de legalidad lo fundamental es la ley y el administrador no puede actuar si no existe una norma legal que le otorgue competencia para poder actuar. Lo fundamental en este principio es la norma legal y el funcionario o administrador no puede salirse de la misma para resolver."¹⁶ Por lo mismo, puede inferirse la participación de la normativa vigente como única responsable de la actuación estatal, donde se fijan la prohibición del funcionario público para actuar al margen de la ley.

¹⁶ Calderón M, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo**. Parte general. Pág. 50



2.4.2. Principio de Juridicidad

“Tendencia o criterio favorable al predominio de las soluciones de estricto derecho en los asuntos políticos o sociales. Algunos autores prefieren la palabra juridicidad, pero ha de estimarse barbarismo por aceptar la primera la Academia y rechazar, con su silencio, la otra. El vocablo presenta importancia jurídica por cuanto preconiza el imperio del Derecho sobre el uso de la fuerza. Los gobiernos de facto estiman la fuerza por encima de la juridicidad.”¹⁷

Cabe señalar que este principio está contenido en el Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que establece: “Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Su función es de contralor de la juridicidad de la administración pública tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas...”.

Sin embargo, la ley no precisa una definición exacta sobre que es la juridicidad y no puede confundirse la misma con el principio de legalidad, puesto que la primera es el género y la segunda es la especie, derivado que con la aplicación de la juridicidad se someten los actos, decisiones o resoluciones de la administración pública al derecho.

¹⁷ Osorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 253



2.5. Violaciones al principio de legalidad y de juridicidad

Para su validez los actos de los funcionarios públicos, al ser considerados actos administrativos, deben de cumplir algunos requisitos, para que puedan perfeccionarse. Derivado de lo anterior, si los mismos, no cumplen con los presupuestos legales, pueden ser atacados de nulidad absoluta o bien, de nulidad relativa, por motivo de estar viciados, ya que debe de considerarse que se han violentado tales principios por parte del funcionario público, al actuar desviando el poder o con abuso de poder.

Lo anterior, también se conoce como abuso de autoridad, lo que es considerado como la actuación de un funcionario o empleado público al margen de la ley o extralimitándose en sus funciones que no le corresponden, y con ello actúa de forma exagerada en las atribuciones o competencias dadas por ley, lo que significa una ausencia de competencia administrativa.

2.6. Consecuencias de los contratos administrativos

Cuando la concreción de los fines del Estado no pueden ser cumplidos por el mismo, se ve en la necesidad de ampliar su campo de acción y lo lleva a solicitar la participación voluntaria de los particulares, ya sea como personas individuales o jurídicas, creando convenios para que a través de ellos puedan generarse derechos y obligaciones en condiciones de igualdad, lo que da como resultado, la contratación administrativa.



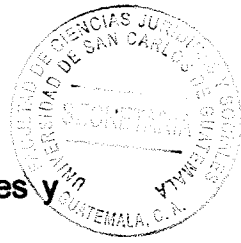
Tal como se ha indicado, el funcionario en el ejercicio de sus funciones actúa de forma unilateral en la toma de decisiones, sin embargo, al contar con la participación de los particulares, se elimina la forma unilateral y se convierte en una relación de naturaleza bilateral, donde se manifiesta la voluntad en derecho privado del Estado.

“En nuestro país la contratación administrativa está orientada a que el Estado y los particulares que lo suscriben tengan certeza jurídica, el primero para obtener el cumplimiento y el segundo de recibir el pago o el cumplimiento del contrato.”¹⁸

Tal situación, solo es posible si en la contratación se cumplen todos los lineamientos básicos para resguardar tanto los intereses del contratante como del contratado, por lo que en su cumplimiento, no solo juegan un papel muy importante los órganos de control en la verificación del cumplimiento de tales disposiciones, sino que también, los entes encargados de velar por la persecución legal en caso de incumplimiento de uno de ellos.

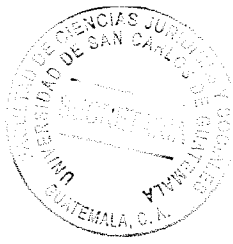
Por el contrario, si tal afectación al Estado de Guatemala, representa un conjunto de hechos que transgreden la normativa penal, corresponde al Ministerio Público de Guatemala, iniciar el proceso de persecución correspondiente en contra del transgresor; sin embargo, si debe de considerarse la representación para el pago de daños y perjuicio, así como reclamaciones que únicamente dependen de la aceptación del Estado, actuará en representación la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el Artículo 252 de la Constitución Política de la República de

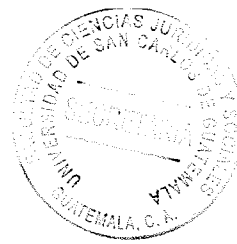
¹⁸ Calderón, Hugo. *Op. Cit.* Pág. 372



Guatemala, siendo de interés primordial del Estado para resguardar sus intereses y velar por la no afectación del erario nacional, lo que le convierte no solo en un órgano asesor, sino también consultor en materia de contratación administrativa.

Tal situación es de vital importancia, si se considera la participación conjunta que deben tener ambas instituciones, tanto el Ministerio Público como la Procuraduría General de la Nación, en los intereses del Estado, derivado de que en un contrato de esta índole no solo puede haber transgresión de normas penales, sino también responsabilidades que conlleven el pago de daños y perjuicios, así como el correspondiente resarcimiento.





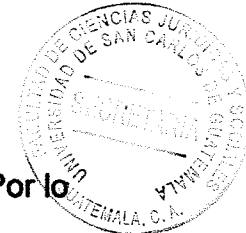
CAPÍTULO III

3. Los contratos administrativos y las consecuencias jurídicas sobre la inaplicación de los principios y garantías establecidas en la ley

Al referirnos a las consecuencias de la inobservancia de la ley, la lista de problemas sociales, empiezan a tomar real importancia, tanto si se toma en cuenta, que se afecta el desarrollo social, se acrecienta la deuda pública, se incrementa la pobreza, lo que repercute indudablemente en una afectación económica para el Estado.

Es en este punto, hablar de servicios públicos cobra importancia, ya que el Estado es incapaz de logra una certeza jurídica en el desarrollo de las obras, no puede lograr la eficacia de los servicios públicos que debe de brindar a la población, o más aún, lejos de lograr obras que permitan el desarrollo del país, genera una deuda pública que le imposibilita cumplir con sus deberes.

Cabe resaltar que la esencia del servicio público, "entraña la aspiración solidaria intrínseca de la administración pública de poner al alcance de todo individuo, al menor costo posible y bajo condiciones que garanticen su seguridad, el aprovechamiento de la actividad técnica satisfactoria de la necesidad de carácter general, en la que cada quien puede identificar su propia necesidad individual; más esta idea no surge súbitamente, sino que resulta ser producto de un laborioso proceso teórico de



elaboración en el que coparticipan la legislación, la jurisprudencia y la doctrina.”¹⁹ Por lo que tal situación, nunca podrá proyectarse a la realidad, si el Estado no cuenta con los recursos necesarios, que puedan traducirse en obras para la población y por lo tanto, no podrá cumplir con su cometido, lo que representa la ineficacia incluso en los servicios públicos que preste.

3.1. Contratos administrativos

“Está claro que la consecución de los fines del Estado no puede ser realizado solamente a través de la actuación administrativa del órgano como autoridad, ejecutando actos administrativos, los que se caracterizan de ser unilaterales y ejecutivos, pero como la administración no logra sus finalidades y cometidos, se ve en la necesidad de ampliar su campo de acción y lo llega a solicitar la participación voluntaria de los particulares (personas individuales o jurídicas).”²⁰

Lo anterior, genera declaraciones bilaterales de voluntad entre el Estado y los particulares, constringiendo estas al cumplimiento de lo pactado y a respetar cada una de las cláusulas del contrato, lo cual conlleva a la certeza jurídica que debe de tener el contrato en sí mismo y el carácter de legalidad que debe imperar en el cumplimiento de las obligaciones.

Al amparo de lo anterior, debe entenderse que el instrumento por el que toma forma el

¹⁹ Fernández Ruiz, Jorge. **Servicios públicos municipales**. Pág. 94

²⁰ Calderón M, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo. Parte general**. Pág. 371



hecho contractual, debe de tener las formalidades que manda la ley para que pueda surtir efectos, ello de conformidad con lo que establece el Artículo 32 del Código de Notariado. También debe de tomarse en cuenta que la libertad de aceptación del contrato no debe estar viciada, ya que si ello ocurriera el contrato también puede ser atacado en cuanto a su legalidad, ello de conformidad con lo regulado en el Artículo 1251 del Código Civil de Guatemala.

“La palabra contrato proviene de la voz latina *contractus*, que quiere decir lo *contraído*, por ser el participio pasivo del verbo *contrahere*, derivado de *cum* y *traho*, traducible como venir en uno, ligarse, lo que después se entiende como acuerdo de voluntades. En el derecho romano el contrato venía a ser la convención que, por llevarse a cabo en la forma requerida por el derecho o por derivar de una causa tenida como idónea para crear una obligación, generaba acción vinculada obligatoriamente.”²¹

De lo anterior, se pone de manifiesta la doble voluntad del Estado, al quedar sometido al derecho privado, ya que queda sometido al acuerdo o consenso de voluntades del derecho civil, específicamente en cuanto a derechos y obligaciones se refiere, enmarcando su actuar en la normativa civil, sobre todo en la parte contractual. Ello pese a que existe la Ley de Contrataciones del Estado, sin embargo, esta solo establece regulación legal para los procedimientos administrativos, pero no para la relación contractual.

“Consecuentemente cuando surge la administración consensuando con los

²¹ Fernández Ruíz, Jorge. **Derecho administrativo**. Pág. 37



particulares, comprándole suministros, solicitando una obra pública o algún servicio, que la administración por imposibilidad material no puede realizar, es cuando nace el contrato administrativo.”²²

En ello estriba la naturaleza que le da origen a la relación contractual con el Estado, derivado a la imposibilidad que tiene el mismo para realizar por sí mismo las obras, se ve impelido a contratar a terceros, ya sea por falta de herramientas, instrumentos e incluso, por desconocimiento, y estos a su vez, son los encargados de desarrollar las obras encomendadas.

Ante ello, se generan tres supuestos clásicos del contrato administrativo, el cual puede ser determinado por tres razones:

3.1.1. Determinación de la ley

“El primer caso tradicional y unívoco en la jurisprudencia y la doctrina nacional y comparada es aquél en que el carácter administrativo del contrato surge por determinación expresa o implícita de la ley, es decir, porque la ley que regula el contrato le ha dado un régimen administrativo y no de derecho común. Sin duda es un pleonasma, ¿pero no lo es acaso toda definición?”.²³

Para el caso de Guatemala, las concesiones, el contrato de suministro e incluso el

²² Calderón M., Hugo. *Op. Cit.* Pág. 375

²³ Gordillo, Agustín. *Derecho administrativo. Parte general tomo I.* Pág. 12



contrato de obra en cuanto a los procedimientos se encuentra regulado en la Ley de Contrataciones del Estado y la contratación de los funcionarios públicos en la Ley del Servicio Civil, ello porque existe una relación contractual entre el funcionario público con el Estado.

3.1.2. Voluntad de las partes

Ello obedece a que la determinación del contrato administrativo puede definirse por las partes, Estado y un particular, aunque no exista un marco legal que establezca la definición del mismo como tal, obedeciendo a una relación entre las partes que declaran su voluntad dentro de un evento contractual, lo cual se conoce como pacto con cláusulas exorbitantes al derecho común, lo que significa que están fuera del campo del derecho privado, solo se aplican de forma supletoria quedando a lo dispuesto en la Ley de lo Contencioso Administrativo, al no existir una norma específica que los regule.

El Licenciado Hugo Haroldo Calderón, señala que dentro de este tipo de contratación se tienen que dar algunas condiciones: “las que en la administración contrata: En primer lugar bajo un procedimiento de derecho público como es la licitación pública, de acuerdo a las bases de licitación y condiciones impuestas por la administración en forma unilateral; Que se incluye dentro del contrato cláusulas por las que puede aplicar y ejecutar por sí ciertas penalidades (extinción unilateral por acto administrativo, multas por retardo, pérdida de la fianza o del depósito de garantía, ejecución por terceros en



caso de incumplimiento, etc.); Cuando la obra no se puede realizar, sin culpa de las partes, se exime a si mismo de responsabilidad por falta de pago o mora en los pagos; La potestad que se excluye la indemnización de lucro cesante si no cumple con el contrato; Se da carácter precario a los derechos del contratista, o subcontratistas en su caso (la provisión de bienes, obras o servicios a los concesionarios o licenciatarios), etc.”²⁴

En conclusión, es obvio que al quedar sometida la voluntad de las partes entre una institución de derecho público y una en el ámbito de derecho privado, quedan sujetas las disposiciones al régimen público, convirtiéndolo en un contrato administrativo.

Por ello, aunque tal contrato no esté incluido en el derecho público por disposición expresa de la ley, es un contrato administrativo, imperando el carácter público del derecho, ya que prosigue la consecución de los fines del Estado a través de un evento contractual, los cuales son públicos y solo pueden responder a la realización del bien común para todos los guatemaltecos, por lo que su carácter impero atributivo resuelve cualquier conflicto de interpretación en cuanto a la norma aplicable.

Es en ese sentido, que la certeza jurídica y seguridad jurídica como una obligación del Estado, deben de manifestarse en tal evento contractual, lo que pone de manifiesta la responsabilidad del funcionario público si actuare en exceso o al margen de la ley, abusando de su puesto, para beneficiar a particulares con la suscripción de contratos, ello, derivado a que la Ley de Contrataciones del Estado, si bien es cierto fija

²⁴ Calderón M., Hugo. Op. Cit. Pág. 381



parámetros de contratación, depende en gran medida, del funcionamiento de los órganos de control, tal como la Contraloría General de Cuentas, para la verificación del cumplimiento de la misma.

Lo anterior, es importante mencionarlo ya que no importando la mencionada ley, ante una licitación, pese a existir mejores propuestas, se opta por contratar con particulares o empresas que tienen un alto costo en la realización de obras e incluso no llenan los requisitos, por lo que se considera algún contubernio con los funcionarios públicos, quienes pueden incluso de forma anticipada trasladarle las bases de licitación a los mismos, privilegiando con ello a determinadas personas, convirtiendo el fin de esta ley, en un mero hecho ilusorio de claridad en la contratación.

3.2. El interés de los usuarios afectados

Cabe señalar que existe un interés de los sujetos afectados, cuando existe incumplimiento en el contrato administrativo, esto derivado a la afectación que ello representa al no cumplirse con lo pactado. Tal situación, en esta investigación se ve reflejada por el daño causado a toda la población de Guatemala, al pagar un préstamo por una carretera que no fue construida por la empresa Odebrecht, dándose con ello un incumplimiento de contrato.

Con ello, es claro que toda actividad queda sometida a toda la administración pública, por lo que debe tener fundamento en base al principio de juridicidad, el funcionario



público no puede actuar al margen de la ley y debe responder legalmente deduciéndose las responsabilidades, cuando se cause agravio al patrimonio del Estado, lo que puede considerarse una afectación al pueblo de Guatemala.

Esto también genera deducción de responsabilidades no solo penales, sino civiles para los sujetos que transgredieron la norma, lo que implica no solo la participación del Ministerio Público, sino también, de la Procuraduría General de la Nación, para el caso del resarcimiento de los daños causados en el caso Odebrecht.

Es claro, que la administración pública, investida de poder público, al contratar con los particulares, impone sus condiciones para pactar con ellos, lo que significa incluso que puede obligar coactivamente al cumplimiento del contrato. Esto no separa el carácter bilateral del contrato y mucho menos la preferencia del Estado, pero que se ve limitada ante actos lesivos del funcionario público al momento de la contratación.

“Pero el interés público que general la actividad administrativa, es que algunas de sus condiciones contenidas en las cláusulas, serían inválidas en un contrato civil o mercantil, pero no en lo administrativo, debido al bien jurídico que se tutela y que es el interés social.”²⁵

Lo anterior, significa que debe aplicarse en principio que el derecho público prevalece sobre el derecho privado, ello porque impera el bien de la colectividad sobre el bien particular, atendiendo a que el Estado representa al pueblo de Guatemala y que debe

²⁵ *Ibíd.* Pág. 384



verla por el anhelado bien común. Tal situación, sujeta al contrato administrativo a la observancia de ciertas reglas, como por ejemplo, la licitación y la cotización, así como, a que debe de ir dirigido al cumplimiento de las finalidades del Estado, ya sea creando obras públicas, suministros, servicios, etcétera.

El autor Hugo Calderón, en su libro de derecho administrativo, parte general, al atender a la clasificación de los contratos administrativos, señala que los contratos de obra pública "Van dirigidos para la construcción, modificación, reconstrucción o mantenimiento de un edificio o de alguna otra obra de utilidad pública, por ejemplo, construcción de escuelas, hospitales, carreteras, construcción y reconstrucción de puentes y mantenimiento de los mismos, etc."²⁶

Lo que significa que si la empresa contratada no cumple con la ejecución de la obra, afecta no solo a los sujetos que beneficiaría la obra de forma directa, sino también a toda la población en general, derivado a que el Estado hace uso de los recursos provenientes de todos los guatemaltecos, a través de la recaudación de impuestos, por lo que su utilización no solo debe ser consciente sino que atiende a que tal evento, puede generar incluso deuda pública por préstamos internacionales que Guatemala deberá pagar y que no tendrán ninguna respuesta en desarrollo por la obra inconclusa o no realizada.

Derivado de lo anterior, dentro de la presente investigación se determinó que la excusa presentada por la ex fiscal del Ministerio Público, Thelma Aldana, en cuanto, a la

²⁶ Op. Cit. Pág. 388



posibilidad de descontarse algo del dinero pactado en concepto de reparación del daño por lo adeudado a la empresa Odebrecht, pierde sustento, debido a que existe una extinción anormal del contrato por incumplimiento del contratista, pero si existe pese a ello, responsabilidades por la obra no realizada, debido a que se le pagó por algo que la empresa no realizó y que los conmina al cumplimiento de la obligación y/o deducción de responsabilidades legales.

3.3. Carácter preeminente de la personalidad del Estado de Guatemala

De conformidad con lo establecido, el Estado tiene fines concretos que pueden resumirse en una causa final, conocida como bien común, la que al respecto puede ser definida como: "la común felicidad temporal, o sea la perfecta suficiencia de la vida debidamente subordinada a la bienaventuranza eterna; el buen vivir humano o la armónica plenitud de los bienes humanos, el bien humano en la plenitud y, según la proporción que requiera la naturaleza humana, el bien común perfecta en cuanto puede tenerse en este mundo."²⁷

Bajo esa denominación, se encuentra la realización de ese presupuesto, lo que solo podrá realizarse a través de funciones específicas, carácter indelegable en los organismos del Estado de Guatemala, los que a través del trabajo que cada uno desempeña tienen a su cargo la consecución de los fines del mismo y el desarrollo del cumplimiento de sus obligaciones.

²⁷ Delgadillo Gutierrez, Luis Humberto. **Compendio de derecho administrativo**. Pág. 27



En tal sentido, es importante definir qué cuestiones deben de manejarse como interés público, derivado a que ello contribuye a la propia evolución del ser humano. “De lo expuesto tenemos que el Estado es una persona jurídica de Derecho Público, con una sola personalidad y voluntad, que se regula en su estructura y funcionamiento por la Constitución y leyes administrativas secundarias y, cuando entra en relaciones de Derecho Civil, nunca pierde su carácter de Estado, ni su voluntad cambia.”²⁸

Tal situación, explicada por el solo interés social en prevalencia sobre el particular, que delimita la consecución del Estado no importando la existencia de cambio de gobierno o cualquier otra situación que pueda perjudicar la demanda de derechos por incumplimiento en un contrato administrativo.

Al precisar sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado, desde un punto de vista técnico “ofrece indudables ventajas:

1. Resuelve el problema de la continuidad y perpetuidad estatal, no obstante los variados cambios de los regímenes políticos y formas de gobierno;
2. Explica las relaciones patrimoniales entre la administración y los administrados;
3. Hace posible la configuración jurídica de las relaciones de poder y su exteriorización a través de las distintas formas jurídicas del obrar administrativo estatal: acto administrativo, simples actos de la administración, reglamento, contrato y cuasi contrato de la administración;
4. Permite acciones por responsabilidad contractual o extracontractual contra el Estado, respondiendo con sus propios bienes de todas las consecuencias derivadas

²⁸ *Ibid.* Pag. 33



de su actuación;

5. Da lugar a la relación jurídico-administrativo, que se entabla entre sujetos del Derecho Administrativo, sea entre ciertos centros de imputación de esa actividad o entre distintos entes públicos con personalidad, y
6. Posibilita que la organización personificada esté en juicio en nombre propio como demandante y demandada.²⁹

Tal situación, permite a la Procuraduría General de la Nación actuar en representación del Estado de Guatemala, en cuanto a la reparación de daños y perjuicios ocasionados por la no ejecución de obras en contratos administrativos y al Ministerio Público, accionar legalmente en contra de las personas individuales o jurídicas por la transgresión de la normativa penal vigente, ello en atención a la personalidad jurídica para demandar aún frente a la comunidad internacional.

3.4. Consecuencias jurídicas sobre la inaplicación de los principios y garantías establecidas en la ley

Es importante mencionar que los actos administrativos están revestidos por la presunción de validez, es decir por una presunción de legitimidad, la que se define afirmando que todas las decisiones administrativas se presumen legales, hasta que no se demuestre lo contrario. "Si una decisión reúne los elementos y los requisitos es legal en relación con la ley y válida en relación con las consecuencias que produzca. La

²⁹ Dromi, José Roberto. **Instituciones del derecho administrativo**. Pág. 55



presunción supone que las decisiones se emiten de acuerdo con la ley y el derecho, hasta que no se demuestre lo contrario.³⁰

Tal afirmación, precisa que la primer consecuencia de la decisión tomada por el funcionario público al actuar al margen de la ley en un contrato administrativo, por el cargo que ostenta, esta revestida de legalidad y producirá efectos positivos en el contrato, al considerarse que se persigue el bien común o interés público.

La presunción en este caso, funciona como una prerrogativa que otorga ciertas ventajas a la autoridad administrativa, ya que las decisiones tomadas son consideradas legítimas al cumplir con las formalidades, requisitos y procedimientos establecidos por la ley, y solo está sujeta a la impugnación del contrato y poder deducir las responsabilidades legales que el caso amerita, pudiendo con ello también pedir la reparación en concepto de daños y perjuicios ocasionados al Estado de Guatemala.

Indudablemente al no observarse los principios y garantías establecidas en la ley, las decisiones de los funcionarios públicos pueden ser atacadas por falta de legitimidad, ello porque las mismas están sujetas a reglas formales y si no se cumplen, su inobservancia produce vicios en la toma de decisiones, los cuales pueden ser por incompetencia, ya sea por jerarquía al no contar con el elemento necesario de superioridad para tomar la decisión, o bien por el tiempo, al tomarse la misma en un momento en que no se tenía competencia.

³⁰ Castillo González, Jorge Mario. **Derecho administrativo. Teoría general y procesal.** Pág. 610



También puede existir vicio de la voluntad por abuso de poder, el cual se manifiesta por apartarse el funcionario del bien común o del interés público, que está obligado a perseguir a través de su actividad y decisión.

En esta investigación se determinó que en las decisiones administrativas pueden manifestarse ciertos casos de abuso de poder, como por ejemplo: a) quien toma la decisión persigue fines extraños al interés público o bien común, ello puede ser por intereses personales o económicos, b) quien toma la decisión defrauda lo dispuesto en la ley, y c) quien toma la decisión es amigo del beneficiado.

Lo anterior, redundando inevitablemente en una deuda pública que tendrá que pagar el Estado de Guatemala, por una obra no ejecutada como el caso Odebrecht, lo que provocará una falta de desarrollo social al no concretarse el bien común e inevitablemente provoca pobreza debido a esa falta de mecanismos que generen riqueza en la población, generando no solo una afectación en el patrimonio estatal sino que también un cambio en las políticas de recaudación a fin de percibir más ingresos para que se puedan cumplir con los fines e incluso la deuda pública contraída.

Por su parte, al haberse aceptado el convenio por un ente que carecía de legitimidad conlleva a un retardo en el tiempo para deducir las responsabilidades legales de los sujetos involucrados, máxime si se considera que la empresa se declaró en quiebra y que ello hace más difícil el resarcimiento de daños y perjuicios al Estado de Guatemala, por parte de la empresa brasileña.



CAPÍTULO IV

4. Actuación de los funcionarios y empleados públicos dentro de las leyes guatemaltecas

En Guatemala, el derecho de libertad de acción, regulado en el Artículo 5 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que: "Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma." Lo que indudablemente permite que los ciudadanos guatemaltecos en su actuar, puedan tomar las decisiones incluso sin fundamento legal alguno, siempre y cuando, de sus actos no se derive ninguna acción contraria a la ley.

Presupuesto necesario, para que la persona pueda manifestarse de la forma en que crea conveniente y pueda conducirse de la forma más acorde a sus conocimientos, lo que le permite que la ley actúe en su defensa, incluso cuando le es violentada su libertad de acción, siempre que no actúe como funcionario o empleado público en el ejercicio de sus funciones.

En contraparte, se encuentran los empleados y funcionarios públicos, los cuales son ciudadanos en su actuación particular, pero no en el ejercicio del cargo o puesto que ocupan en una institución estatal, lo cual les conmina a actuar de conformidad con las



leyes del país y por lo tanto, solo podrán hacer lo que las mismas le permita, esto se encuentra regulado por la propia norma constitucional, en el Artículo 154 de la Carta magna, al precisar que: “Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella. Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido político alguno...”

El anterior precepto, aleja al Ministerio Público aún más de cualquier interferencia, si bien le permite actuar con autonomía, ésta misma debe imperar para terceros que limiten el ejercicio de su función o incluso influyan en las decisiones de cada funcionario o empleado público.

Con ello, el tener la oportunidad de actuar de la mano con la Comisión Nacional Contra la Impunidad en Guatemala, en la persecución de cuerpos paralelos de justicia, le debía servir como un respaldo en su actuación, más no debió ser influencia en el actuar de sus funcionarios. Así lo enmarca, el Artículo 155 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al establecer: “Cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren.”

Posición que es fuertemente criticada, ya que el actuar de la exfiscal general del Ministerio Público, la licenciada Thelma Aldana, para muchos, representó los intereses



de la Comisión Internacional Contra la Impunidad y ello significó incluso, que se violentaran los derechos de los acusados, aparte de tomar decisiones partidistas e incluso, de tono político al querer interferir en el Organismo Legislativo para la aprobación de reformas constitucionales.

Pero la posición legal, aún le brinda una salida al empleado público, que debe ser conocedor de las leyes, puesto que si recibe órdenes ilegales, puede manifestarse en contra de ellas, o sencillamente no cumplirlas, ya que la ley se lo permite, de conformidad con el Artículo 156 del mismo cuerpo constitucional, pero tal situación no alcanza a la jefe del Ministerio Público, ya que su actuar va emparejado con la autonomía de la institución y por lo tanto, debe tener capacidad para decidir dentro del marco legal.

4.1. Ministerio Público

De conformidad con lo que establece el Artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala: "El Ministerio Público es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales con funciones autónomas, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país. Su organización y funcionamiento se regirá por su Ley Orgánica.

El jefe del Ministerio Público será el fiscal General de la República y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública. Deberá ser abogado colegiado y tener las mismas

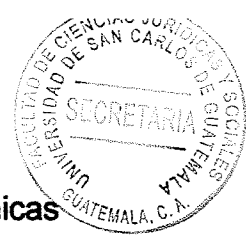


calidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y será nombrado por el Presidente de la República de una nómina de seis candidatos propuesta por una Comisión de Postulación, integrada por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien la preside, los decanos de las Facultades de Derecho o Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades del País, el Presidente de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y el Presidente del Tribunal de Honor de dicho Colegio...”

Lo establecido es reforzado por la creación de la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto 40-94, al dar una definición sobre la institución: “...es una institución con funciones autónomas, promueve la persecución penal y dirige la investigación de los delitos de acción pública; además velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país.

En el ejercicio de esa función, el Ministerio Público perseguirá la realización de la justicia, y actuará con objetividad, imparcialidad y con apego al principio de legalidad, en los términos que la ley establece.”

Lo anterior, enmarca al ente encargado de la acusación penal como una organización fundamental del Estado de Guatemala, auxiliar de la administración pública, concretamente del Ministerio de Gobernación y los Tribunales del país. En ese sentido, el Ministerio Público ejerce funciones autónomas, lo que implica la no intervención del Organismo Ejecutivo en la toma de decisiones y de la conducción de la investigación.



De conformidad con lo establecido, puede señalarse que puede “utilizar las técnicas administrativas para alcanzar efectividad, indistintamente, avocación, delegación, desconcentración, recentralización administrativa y tecnología. Su finalidad Constitucional, velar por el estricto cumplimiento de las leyes, equivale a velar por la legalidad y el régimen de legalidad del país, en general. El cumplimiento de tal finalidad, obliga al Ministerio Pública a intervenir en cuanta violación se produzca, con el propósito de establecer y restablecer el imperio de la ley. Si el Ministerio Público omite su finalidad, incumple su deber constitucional e incurre en delito penal.”³¹

Tal situación podría confundir el proceder del ente de control, puesto que refiere el término de legalidad del país, pero tal referencia es aclarada desde los fines mismos del Proceso Penal, que obliga al Ministerio Público a ir más allá de su actuar, pero como un vigilante celoso de su funcionar y de la actuación de los órganos administrativos y de justicia en el estricto cumplimiento de la ley. Ello no le faculta en materia de representación del Estado de Guatemala para suscribir o aceptar en materia contractual, posiciones que perjudiquen o incluso que favorezcan al Estado de Guatemala, ya que su fin innato lo conmina a ser un defensor, cumpliendo como un abogado, si en caso fuere necesario, a defender los intereses del Estado, obviando a sus representantes, sino yendo aún más allá, consiente que si no cumple con sus fines, perjudica a todo un pueblo, que es el que ha puesto a sus representantes.

Lo anterior, refleja una crisis en su actuación, puesto que se ve inmerso en el plano de

³¹ Castillo González, Jorge Mario. **Constitución Política de la República de Guatemala**. Pág. 619.



defensor de los intereses civiles del pueblo guatemalteco, siendo un fiel servidor, un órgano de control de toda la actuación estatal y de los propios ciudadanos, por lo mismo, las decisiones que tome su jefe, no pueden confundirse en materia contractual porque pondrían en peligro todo el trabajo realizado en materia penal; tal es el caso, de la entidad Odebretch, ya que al transgredir la norma penal, el ente acusador toma la postura de abogado del Estado y en ningún momento podría confundirse su actuación a la suscripción de acuerdos que transaran con el dinero del pueblo de Guatemala, situación que estaba designada por ley al Procurador General de la Nación.

La actuación del Ministerio Público se encuentra regulada por el Decreto número 40-94 del Congreso de la República de Guatemala, la Ley Orgánica del Ministerio Público y sus reglamentos internos. Lo anterior es importante, ya que su función debe estar enmarcado dentro de la normativa legal, tal como lo establece la propia normativa, al hacer ahínco en el principio de legalidad, derivado a que los funcionarios y empleados públicos que dirigen el Ministerio Público solo pueden hacer lo que la ley les permite.

El autor Jorge Mario Castillo, al hacer un análisis de la institución, en su obra, Constitución Política de la República de Guatemala, Comentarios, explicaciones, precisa que: "El guatemalteco está convencido de que el Ministerio Público es inefectivo ante la delincuencia y su inefectividad avala la impunidad, sin límites y pública. La única solución previsible puede ser el respeto de parte del Ejecutivo de las funciones autónomas del Fiscal General. Que el Congreso nombre al Fiscal General, puede ser otra solución para terminar con la dependencia del Ejecutivo, pero esta



fórmula requiere la reforma de la Constitución Política. Otra solución es la participación activa del juez penal, la policía nacional civil y el ejército de Guatemala, para mejorar el nivel de la investigación. Solitario, o intervenido por el Ejecutivo, el MP seguirá asumiendo toda la responsabilidad de su ineffectividad.³²

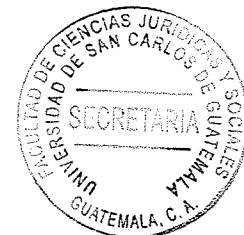
Criterio personal, sería aceptar la inclusión de todas las partes para una correcta efectividad de la actuación del Ministerio Público, sin embargo, el tomar la posición de dejarle al Congreso de la República de Guatemala, la responsabilidad de nombrar al jefe de dicha institución, conlleva a realizar la misma crítica en su nombramiento, ya que dicho organismo ha sido fuertemente criticado por los lazos de corrupción que han mantenido los diputados en su actuar, incluso en la compra de decisiones en el Organismo Judicial para favorecer a sus partidarios.

4.1.1. Funciones del Ministerio Público

De conformidad con el Decreto 40-94 del Congreso de la República de Guatemala, Artículo 2: "Son funciones del Ministerio Público, sin perjuicio de las que le atribuye otras leyes, las siguientes:

1. Investigar los delitos de acción Pública y promover la persecución penal ante los tribunales, según las facultades que le confieren la Constitución, las leyes de la República, y los tratados y convenios internacionales,
2. Dirigir a la Policía y además cuerpos de seguridad del Estado en la investigación de

³² Castillo González, Jorge Mario. **Constitución Política de la República de Guatemala, comentada.** Pág. 362



hechos delictivos,

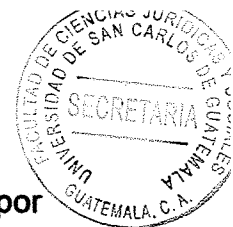
3. Preservar el Estado de derecho y el respeto a los derechos humanos, efectuando las diligencias necesarias ante los tribunales de justicia.”

La ley Orgánica de dicha institución como puede notarse, enmarca sus funciones y lejos de atribuirle alguna capacidad de aceptación en materia contractual para el estado de Guatemala, lo ciñe a la actuación penal, que lejos de restarle importancia, lo convierte en el paladín de la justicia, ya que de los resultados en el ejercicio de sus funciones se benefician todos los ciudadanos guatemaltecos, es decir, el Estado mismo, debido a encaminarlo en el cumplimiento de sus obligaciones, como lo es el principio de justicia, de conformidad con el Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Tal como puede verse, la normativa legal guatemalteca, le asigna unas funciones a la institución en concreto y por ende, a los funcionarios y empleados que la dirigen, ello en base al principio de legalidad, otorgándole una calidad preferente dentro del derecho penal, asignada con exclusividad como ente acusar y director de la investigación en casos concretos, actuando con objetividad, aún a favor del propio acusado.

4.2. Procuraduría General de la Nación

El Artículo 252 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: “La Procuraduría General de la Nación tiene a su cargo la función de asesoría y consultoría



de los órganos y entidades estatales. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica.

El Procurador General de la Nación ejerce la representación del Estado y es el jefe de la Procuraduría General de la Nación. Será nombrado por el Presidente de la República, quien podrá también removerlo por causa justificada debidamente establecida. Para ser Procurador General de la Nación se necesita ser abogado colegiado y tener las mismas calidades correspondientes a magistrado de la Corte Suprema de Justicia...”

Tal como puede verse, la Procuraduría se encarga de las funciones de asesoría y consultoría de las organizaciones públicas, pero no abarca organizaciones autónomas y descentralizadas. Tales funciones consisten en aconsejar, aportar lineamientos o directrices oportunas para la solución de conflictos, incluso en materia internacional, conllevando la asistencia de tratados o acuerdos que pudiera suscribir el Estado de Guatemala con otros países o en relación a la investigación planteada, ser representante del Estado en la suscripción de cualquier tipo de convenio con alguna entidad internacional.

Debe participar en proyectos legales, estudios jurídicos y decisiones administrativas de trascendencia, como parte de su función consultora y en ese ejercicio de sus funciones ejerce la representación del Estado porque en cada organización pública, la representación la tiene el funcionario superior, en el caso concreto es el Organismo



Ejecutivo y específicamente a la presidencia de la República de Guatemala, siendo que el funcionario concibe entonces a una persona de confianza del presidente.

“No obstante que el Presidente es quien decide el alcance del ejercicio de dicha representación, la misma recae en negocios de gran trascendencia institucional, política, jurídica o administrativa, en que el Estado juega intereses nacionales, por ejemplo, en el campo internacional, procesos judiciales promovidos en tribunales extranjeros en contra del Estado por violación de derechos humanos y en el campo nacional, procesos contenciosos por lesividad.”³³

La actuación de la Procuraduría está enmarcada dentro del Decreto 512 del Congreso de la República de Guatemala y sus reformas, a la Ley Orgánica del Ministerio Público en la parte aplicable a consultoría y asesoría, y por un reglamento interno.

4.3. Antecedentes del problema

En enero del año 2018, la entonces fiscal general Thelma Aldana informó que el Ministerio Público firmó un acuerdo de colaboración eficaz con la constructora Odebrecht y con dos de sus ejecutivos que viven en Brasil, pero que fueron representantes de la empresa en Guatemala en el momento en que se pactaron los sobornos. El convenio con la compañía consistía en que la sucursal de Odebrecht en Guatemala se comprometía a pagar al Estado en concepto de reparación la suma de

³³ *Ibíd.* Pág. 623



diecisiete punto nueve millones de dólares, lo que equivalía a los sobornos pagados a Alejandro Sinibaldi y a Manuel Baldizón.

Iván Velásquez, jefe de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, hizo hincapié en que el dinero acordado únicamente se refería solo a los sobornos, pero si en el curso de la investigación se determinaba un sobre costo, eso no entraba en el acuerdo.

Thelma Aldana, Fiscal General del Ministerio Público, por su parte leyó en conferencia de prensa parte del convenio, siendo algunos de los aspectos relevantes: “Odebrecht emitirá un comunicado pidiendo una disculpa pública, no iniciará ninguna demanda en contra de Guatemala y tampoco iniciará un arbitraje. El convenio también contempla que si existiera un monto pendiente de pago a Odebrecht, se descontará de los diecisiete millones de dólares que acordó devolver. Eso se sabrá al momento en que se finiquite la terminación del contrato de construcción de la carretera. Además acreditará a la unidad de Caminos del Ministerio de Comunicaciones el pago equivalente a materiales que no fueron utilizados para la obra.”³⁴

Pese a que la fiscal del Ministerio Público enfatizó que el convenio es por las responsabilidades penales y que si en la vía administrativa se determinaba un monto distinto, deberían de determinarse otro tipo de responsabilidades en contra de la constructora, lo cual crea incerteza en cuanto al cobro de lo pagado a la misma, ya que el Estado de Guatemala a efecto de llevarse a acabo la obra, solicitó un préstamo, el

³⁴ <https://elperiodico.com.gt/nacion/2018/01/24/mp-anuncia-acuerdo-de-pago-con-od> (Consultada el 7 de enero de 2020)



que se continuará pagando por una obra no realizada, lo cual ocasiona un serio problema para el país entero, no importando si se libera el contrato por la construcción de la obra, ya existe un daño que lesiona a un pueblo entero.

En relación a los dos ejecutivos de Odebrecht que son colaboradores eficaces de la fiscalía, se les otorgó un criterio de oportunidad al ser sentenciados en Guatemala, evitando con ello la prisión y debido a que ya enfrentan a la justicia en su país, por hechos similares; sin embargo, acá no se toma en cuenta la opinión de la Procuraduría General de la Nación en cuanto al resarcimiento del daño, ello al no darle intervención en el proceso y tampoco se evaluó sobre la eficacia de dicho convenio, derivado de la incerteza jurídica que existía en cuanto al cumplimiento de lo defraudado al Estado por la construcción de la carretera.

Posterior al acuerdo suscrito por el Ministerio Público, la Procuraduría General de la Nación intenta anular los tres convenios de colaborador eficaz que el Ministerio Público firmó con la constructora Norberto Odebrecht, como persona jurídica y representada por un mandatario, y los ciudadanos brasileños Marcos de Cerqueira Lima Machado y Luiz Antonio Mameri, pero tal acción lejos de prosperar aún no ha tenido ningún resultado legal que pueda darle una persecución eficaz, tal como debe ser en contra de la constructora.

“El brasileño Lima Machado aseguró en su momento, en la declaración que rindió ante juez y que ya forma parte de las pruebas en el caso, que fue Alejandro Sinibaldi en su

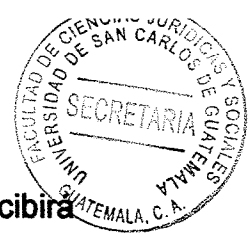


calidad, en ese entonces, de Ministro de Comunicaciones quien le solicitó el pago de un dinero para agilizar los trámites de aprobación en el Congreso del préstamo que pagaría el contrato para la construcción de la carretera. Luiz Mameri se sumó testificando que se reunió en el despacho de Sinibaldi el 24 de enero de 2013. Allí negociaron la comisión ilegal y, según dijo el colaborador, Sinibaldi "demostró su poder".³⁵

Cabe resaltar que la empresa brasileña se comprometió a realizar el pago de una multa de quinientos mil quetzales, tras haber admitido haber cometido el delito de cohecho activo, por el pago de sobornos y que también pagará al Estado de Guatemala como indemnización diecisiete punto nueve millones de quetzales, monto igual a los sobornos que pagó por la adjudicación del contrato.

Al analizar lo antes relacionado, según la exfiscal Thelma Aldana, esto era compensable con la deuda que Guatemala tenía con la constructora, pero no precisa que no puede existir tal deducción por no existir obra ejecutada, es decir, al no realizarse la obra por la que fue suscrito el contrato, no podría haber deuda de parte del Estado de Guatemala con Odebrecht. Lo anterior, deja en tela de duda el beneficio de país con dicho convenio, ya que Guatemala no tendría por qué pagar algo que no se realizó, lo cual desde ya deja en entredicho lo realizado por el Ministerio Público.

³⁵ <https://www.cicig.org/comunicados-2018-c/com-008-caso-odebrecht-fase-1/> (Consultada el 15 de enero de 2020)



En conclusión, el monto mencionado con anterioridad de todas formas no lo recibirá Guatemala y lo tabularon como parte del crédito obtenido vía deuda pública. Por si fuera poco, los dos brasileños fueron beneficiados con criterio de oportunidad, lo cual produce cosa juzgada para el sistema de justicia brasileña y sin responsabilidad para la entidad y debe de tomarse en cuenta, que existen tratados en materia internacional, por lo que al haberseles otorgado tal beneficio, ya no pueden ser juzgados por algo que según la fiscal no se tomó en cuenta.

Ahora bien, no solo es injusto e ilegal el acuerdo realizado, ello porque el Ministerio Público no tiene atribuciones para reclamar o negociar las responsabilidades civiles del Estado, ello es competencia de la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el Artículo 14 del Decreto número 512 del Congreso de la República de Guatemala. Incluso si se emitió alguna delegación de facultades, estos deberán proceder de acuerdo con las instrucciones que, en cada caso, les comunique el ente que representa al Estado en estos casos, además que cuando existen actos o hechos que afecten o puedan afectar intereses de la nación, el Ministerio Público deberá dirigirse en su caso, al ministerio, institución o entidad pública correspondiente y solicitarle instrucciones sobre el particular.

Es importante mencionar, que la Procuraduría General de la Nación solicitó se le brindara participación y que se fijara una audiencia para conocer la reparación digna, aduciendo que el agravio en contra de esa institución consistía en no haberle dado participación en las audiencias, en las cuales se discutieron los convenios. Por tal

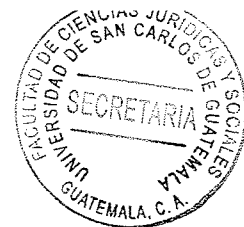
motivo, solicitó que el caso regresará hasta el momento en que se discutieron dichos acuerdos.

Para hacer la solicitud presentó dos recursos: primero una actividad procesal defectuosa, que fue declarada sin lugar; y posteriormente, el 19 de octubre de 2018, un amparo en la Sala Segunda de Apelaciones para casos de Mayor Riesgo, resultando ineficaz, debido a que no se le concedió el amparo provisional y el trámite del recurso en discusión hasta la obtención de una resolución definitiva.

Ante tal situación, puede definirse que el convenio con la constructora Norberto Odebrecht, no se ha podido definir en cuanto a los pagos que debe realizar debido a los recursos de Procuraduría General de la Nación.

Por tal situación, el convenio o acuerdo suscrito no es legítimo, ya que una de las partes aceptantes no tenía las calidades otorgadas por ley para aceptar dicho acuerdo; por otra parte, el Ministerio Público debió de solicitar el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación, por tener la representación del Estado de Guatemala, a efecto de poder darle legitimidad a tal acuerdo.

Por su parte, la Procuraduría General de la Nación al no delegarle la representación del Estado al Ministerio Público, la conminaba a estar presente en las negociaciones con la empresa brasileña y a aceptar dicho acuerdo, lo que indica que el ente acusador se excedió en sus facultades y aceptó un acuerdo, sin tomar en cuenta su legitimación.



Tal situación se entiende desde el punto de vista legal, que si en un hecho penal se lesionan intereses de terceros y se busca la reparación del daño, debe conminarse al sujeto afectado a poder comparecer como querellante adhesivo por el caso de la reparación digna, que para el caso del Estado de Guatemala, debió de haberse tomado en cuenta en las audiencias celebradas, la participación de la Procuraduría General de la Nación y en consecuencia, que ésta en su calidad, aceptara o no, lo pactado por el daño causado al no ejecutarse la obra.

4.4. Falta de legitimación del convenio suscrito entre el Ministerio Público y la entidad Odebrecht para resarcir al estado de Guatemala

Tomando en consideración lo aportado en los capítulos que anteceden, se infiere que la ex fiscal del Ministerio Público, la licenciada Thelma Aldana, no solo actuó al margen de la ley, al tomar una decisión que no debía, violentando el principio de legalidad y legitimidad del acto, dado que tal función solo le compete a la Procuraduría General de la Nación, la que solicitó se le diera participación en su momento y la misma fue negada.

Al establecerse los presupuestos legales sobre la actuación de la funcionaria pública, la ex fiscal general, puede incluso encuadrarse dentro de una figura penal, recayendo en un abuso de autoridad, tipificado 418 del Código Penal, el cual establece que: "Comete delito de abuso de autoridad, el funcionario o empleado público que, abusando de su



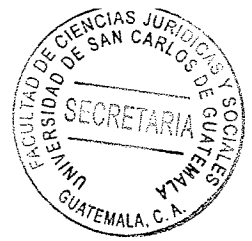
cargo o de su función, ordenare, realizare o permitiere cualquier acto arbitrario o ilegal en perjuicio de la administración pública o de terceras personas, sean particulares, funcionarios o empleados públicos... El Responsable de este delito será sancionado con pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación especial... “

Lo anterior, se deduce a raíz del actuar de la ex fiscal y sobre todo, al no darle participación activa a la Procuraduría General de la Nación en la suscripción del acuerdo, ya que no estaba legitimada para aceptar y pactar en representación del Estado.

Un acto se considera legitimado cuando es realizado por la persona o entidad investida para la realización del mismo, por lo que el ente acusador al violentar tal garantía constitucional, transgrede la normativa legal, actuando al margen de la ley y no considerando que solo podía realizar lo que la misma le permitía.

Por tal motivo, se concluye que existe una falta de legitimación del convenio suscrito entre el Ministerio Público y la entidad Odebrecht para resarcir al Estado de Guatemala, lo que hasta la fecha no le ha permitido a Guatemala tener una visión clara sobre la forma en que recuperará el dinero del préstamo realizado para la carretera o la obra misma, por la cual se contrajo la deuda pública y que implica incluso el perder cualquier tipo de resarcimiento en el retardo de la persecución penal a la empresa defraudadora.



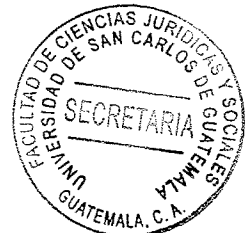


CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Para la realización del presente estudio jurídico, se determinó cuáles son las consecuencias jurídicas y sociales de las decisiones de los empleados y funcionarios públicos, en cuanto a los aspectos jurídicos logramos conocer las repercusiones legales que representa derivado del daño que genera al Estado de Guatemala el endeudamiento público y la no ejecución de las obras.

La base legal de la misma, la constituyen la propia Constitución Política de la República de Guatemala, Ley de lo Contencioso Administrativo, Ley de Contrataciones del Estado, Ley Orgánica del Ministerio Público y el Decreto 512 del Congreso de la República de Guatemala, en cuanto a las funciones del Ministerio Público y de la Procuraduría General de la Nación; en ese sentido, quienes intervienen en representación del Estado y su legitimidad para la aceptación de convenios, presupone la no interferencia de cualquier otro funcionario o entidad que no cumpla los presupuestos de conformidad con la ley.

La solución a la problemática, la constituye el accionar legalmente para dejar sin efecto el acuerdo suscrito entre el Ministerio Público y la entidad Odebretch y que se reencauce la persecución penal y civil, como corresponde en contra de la empresa defraudadora. Con ello, se permitiría deducir las responsabilidades pertinentes no solo a la empresa responsable, sino también a los funcionarios que actuaron al margen de la ley y requerir el pago de daños y perjuicios por la obra no ejecutada.





BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel. **Teoría general del derecho administrativo**. Universidad Autónoma de México, México, 1975.
- ACOSTA, Romero, MIGUEL y PEREZ, Fonseca. **Derecho Jurisprudencial Mexicano**. Universidad Autónoma de México, 2001.
- AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**. Guatemala: Ed. Serviprensa, S.A. 2006.
- ARCE Y FLORES VALDEZ, Joaquín. **Los principios constitucionales del derecho y su formulación constitucional**.
- BERNAL PULIDO, Carlos. **Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales**. Cervantesvirtual.com, Colombia 2004.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires: Ed. Heliasta, (S.e.)2008.
- CALDERÓN M, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo, parte general**. Guatemala, Editorial Orión 2da. edición 2006.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Constitución Política de la República de Guatemala**. Guatemala, Editorial Impresiones Gráficas, sexta edición 2008.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho Administrativo, teoría general y procesal**. Guatemala, Editorial Impresiones Gráficas (s.e.) 2009.
- DEL RÍO GONZÁLEZ, Manuel. **Compendio de derecho administrativo**. Cárdenas Editor y distribuidor, México, Primera edición, 1981.
- DELGADILLO GUTIERREZ, Luis Humberto. **Compendio de derecho administrativo**. Editorial Porrúa, México, 2002.
- DI SILVESTRE, Andrea Verónica. **Instituciones del derecho procesal civil para peritos**. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 1997.
- DROMI, José Roberto. **Instituciones de derecho administrativo**. Buenos Aires, Argentina, 1973.
- DROMI, José Roberto. **Las funciones del Estado y los servicios públicos**. Buenos Aires, Argentina, 1979.
- Diccionario Ilustrado de la Lengua Española**. Barcelona: Ed. Océano, (S.e.) 2005.



FERNANDEZ RUÍZ, Jorge. **Derecho administrativo, contratos**. Editorial Porrúa, Universidad Autónoma de México, 2000.

FERNANDEZ RUÍZ, Jorge. **Servicios públicos municipales**. Primera edición, Insituto nacional de Administración Pública AC, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Punto Gráfico, México 2002.

FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo**. Editorial Porrúa, S.A. México, 1944.

GARRIDO FALLA, Fernando. **Tratado de derecho administrativo, parte general**. Editorial Instituto de Estudios Políticos, 7ma. Edición, Madrid España, 1976.

GODINEZ BOLAÑOS, Rafael. **Recopilación de textos jurídicos y legales, colección juritex y legitex**. Guatemala: Primera Edición. (s.e.) 2011.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo. Tomo 1, Parte General**. Quinta Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998.

<https://elperiodico.com.gt/nacion/2018/01/24/mp-anuncia-acuerdo-de-pago-con-od>.
(Consultada el 7 de enero de 2020)

<https://www.cicig.org/comunicados-2018-c/com-008-caso-odebrecht-fase-1/>(Consultada el 15 de enero de 2020)

LARIOS OCHAITA, Carlos. **Manual de derecho internacional privado**. Talleres Editorial Universitaria, Guatemala, 1989.

LOBOS RÍOS, Edwin. **La teoría tridimensional en la Constitución guatemalteca**. Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, Edición Julio – Diciembre 2015.

MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto. **Responsabilidad civil extracontractual**. 10ª. Ed.; Bogotá, Colombia: Ed. Temis, S.A., 1998.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina. Ed. Heliasta S.R.L. 10ª edición 1976.

PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción**. Editorial Trotta, Madrid 2007.

SANDOVAL DE AQUECHE, María Elisa. **Elementos fundamentales en el estudio del derecho de obligaciones**. Guatemala: Unidad de capacitación institucional del Organismo Judicial, 2001.



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA. **Apuntes de derecho administrativo, Colección de textos jurídicos, departamento de publicaciones.**
Guatemala, marzo de 1994.

Legislación:

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

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

Código Procesal Penal. Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala. 1992.

Ley Orgánica del Ministerio Público. Decreto 512 del Congreso de la República de Guatemala. 1948.

Ley Orgánica del Ministerio Público. Decreto 40-94 del Congreso de la República de Guatemala. 1994.