

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



GUATEMALA, JULIO 2024

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

**VULNERACIÓN A LOS PRINCIPIOS DEL LIBRE MERCADO Y DEL BIEN COMÚN
POR LAS LIMITANTES ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO CINCO DE LA LEY DE
CONTRATACIONES DEL ESTADO A LA IMPORTACIÓN DE BIENES Y
SUMINISTROS POR PARTE DEL ESTADO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

OSCAR ERASMO VELÁSQUEZ RIVERA

Previo a conferirle el *grade académico de*

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, julio 2024

**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	Vacante
VOCAL II	Lic. Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III	Lic. Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV	Lic. Javier Eduardo Sarmientos Cabrera
VOCAL V	Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO	Lic. Wilfredo Eliú Ramos Leonor

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Adán Josué Figueroa Chacón
Vocal:	Lcda. Liliam Marisela Guzmán Vásquez
Secretario:	Lic. Guillermo David Villatoro Illescas

Segunda Fase:

Presidente:	Lcda. Rosa Elida Guevara Pineda
Vocal:	Lic. Douglas Ismael Álvarez
Secretario:	Lic. Álvaro Hugo Salguero Lemus

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis".
(Artículo 43 de Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
28 de septiembre de 2021.

Atentamente pase al (a) Profesional, JOSÉ ANTONIO GRACIAS GONZÁLEZ
_____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
OSCAR ERASMO VELÁSQUEZ RIVERA, con carné 59445,
intitulado VULNERACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE LIBRE MERCADO Y DEL BIEN COMÚN POR LAS
LIMITACIONES ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO CINCO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO A LA
IMPORTANCIA DE BIENES Y SUMINISTROS POR PARTE DEL PROCESO.

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.

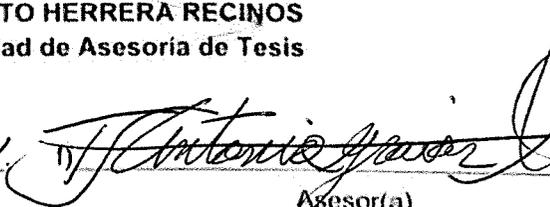
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros 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.


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FAC DE CC JJ Y S
UNIDAD DE
ASESORIA DE
TESIS

CARLOS EBERTITO HERRERA RECIÑOS
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

Fecha de recepción 04 / 10 / 2021



Asesor(a)
(Firma y Sello)

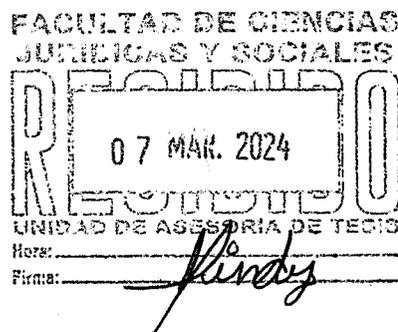


Dr. José Antonio Gracias González
Economista, Abogado y Notario
5ª avenida 2-65, zona 2, Guatemala, Guatemala.
Tel. 2238 3009. Cel. 5767-7642
Correo electrónico: josegracias@hotmail.com



Guatemala, 4 de marzo de 2024

Doctor
Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho



Respetable Doctor Herrera Recinos:

En cumplimiento de la providencia emitida por esa unidad, de fecha 28 de septiembre de 2021, mediante la cual fui nombrado ASESOR de tesis del Bachiller **OSCAR ERASMO VELÁSQUEZ RIVERA**, a quien corresponde el número de carné 59445, es procedente informar que se le brindó la asesoría en el trabajo de tesis intitulada **VULNERACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE LIBRE MERCADO Y DEL BIEN COMÚN POR LAS LIMITANTES ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO CINCO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO A LA IMPORTACIÓN DE BIENES Y SUMINISTROS POR PARTE DEL ESTADO**. Durante el proceso de desarrollo del trabajo de investigación, se le formularon al tesista diferentes sugerencias, tanto de forma como de fondo, las cuales fueron discutidas y consensuadas, a efecto de enriquecer el contenido académico de la misma.

El estudiante realizó un análisis documental, teórico y doctrinario, tanto desde la perspectiva jurídica como económica, que comprendió aspectos constitucionales, administrativos, mercantiles, de la teoría económica y de Derecho comparado, mediante los cuales evidenció sus capacidades en investigación, así como la sólida formación académica para abordar un tema que requirió de un enfoque interdisciplinario. Al efecto, fueron utilizadas técnicas y métodos diversos, como el deductivo e inductivo, analítico, sintético, así como lo propio en cuanto a investigación bibliográfica y documental, en función de los objetivos planteados dentro del plan de investigación.

La contribución científica y académica del trabajo consiste en que, desde la amplia y rigurosa labor de análisis y enfoques interdisciplinarios aplicados, ha sido posible evidenciar la urgente necesidad de dar cumplimiento a los principios y normas constitucionales que, por haber sido transgredidas por cuerpos y normas legales de inferior jerarquía, atentan contra el bien común y el deber del Estado de garantizarlo, al protegerse estructuras de competencia imperfecta, ya sea de índole monopólica u oligopólica, privilegiando intereses sectoriales a costa de la vulneración de prioridades sociales.



Es de hacer notar, que el desarrollo de un tema de investigación tan sensible a los intereses nacionales requiere de una visión amplia y de experiencia por parte del Bachiller, para que responda objetivamente a la realidad histórica del país y permita propuestas de cambio, con miras al futuro, que posibiliten el cumplimiento de los fines constitucionales inherentes al Estado, para hacer efectivo el bien común. La aplicación del Derecho comparado, que se aplica poco en trabajos de tesis a nivel de grado, demostró el sesgo que la legislación de nuestro país históricamente ha desarrollado para favorecer intereses sectoriales, generando así desequilibrios y privilegios en el mercado, que atentan contra el principio de una sana competencia, conforme lo establece la teoría económica y postula la Constitución Política de la República de Guatemala. De esa cuenta, con rigor, la conclusión discursiva del trabajo, sobre la base de las fuentes consultadas y el análisis realizado, evidencia la urgente necesidad de que el país legisle para corregir el rumbo, en aras del interés social, que propicie el desarrollo de una efectiva competencia, lo cual permita acceder a bienes y servicios al Estado, bajo condiciones de libre oferta y demanda, asegurando así precios competitivos y calidad adecuada a las necesidades sociales.

Con base en lo anterior, **OPINO** que el trabajo del Bachiller **OSCAR ERASMO VELÁSQUEZ RIVERA** responde a los requerimientos académicos, científicos y técnicos de un trabajo de tesis, en sus diferentes aspectos, y que a la vez atiende a la problemática actual del país. En observancia de lo establecido en el artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, hago constar que no soy pariente, dentro de los grados de ley, del estudiante y que, en conclusión, es procedente emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando así el trabajo que se me encomendó que asesorara.

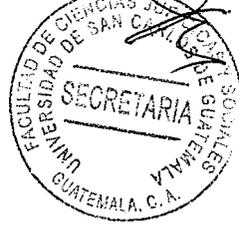
Con muestras de mi consideración y estima, me suscribo deferentemente de usted.

Dr. José Antonio Gracias González
Economista, Abogado y Notario
Colegiado 4613 y 10340





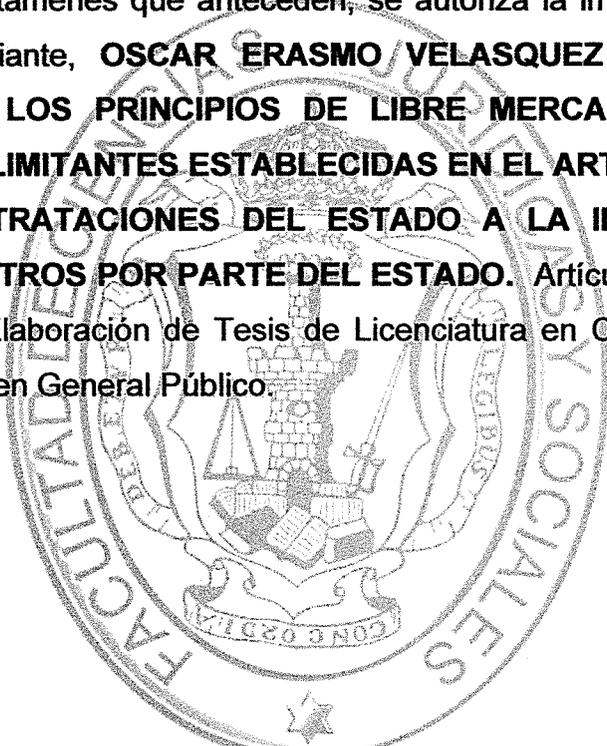
USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



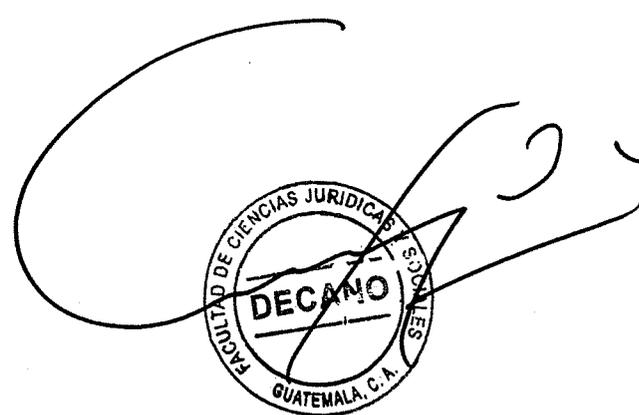
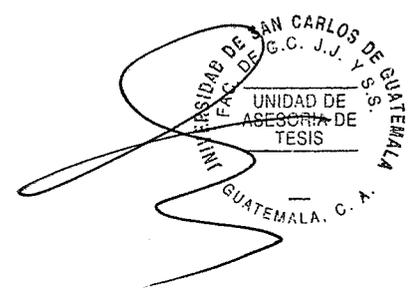
D.ORD. 500-2024

Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, quince de mayo de dos mil veinticuatro.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante, **OSCAR ERASMO VELASQUEZ RIVERA**, titulado **VULNERACION A LOS PRINCIPIOS DE LIBRE MERCADO Y DEL BIEN COMÚN POR LAS LIMITANTES ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO CINCO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO A LA IMPORTACIÓN DE BIENES Y SUMINISTROS POR PARTE DEL ESTADO**. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



HMAC/JIMR





DEDICATORIA

- A Dios:** Ser omnipotente, fuente de amor y sabiduría, a ti, todo el honor y toda la gloria.
- A Mi Padres:** Ricardo Velásquez Muñoz (+) y Zoila Eligia Rivera Díaz (+) por ser luz, ejemplo y guía en mi vida. Mis amores eternos.
- A mis hermanos:** Pedro (QPD), Hilda (QPD), Oscar (QPD) Martha (QPD), Cenovia (QPD), Enma, Guadalupe, Thelmy, Ricardo, Viky, Elsy, Emilio, René, Margoth, José (QPD) Por su amor fraterno.
- A mi amada esposa:** Lourdes Lorena Pérez. Por su amor, sacrificio y apoyo incondicional en mi vida.
- A mis hijos:** Romeo, Julia, Erasmo y Diana, por ser la inspiración de mi sacrificio.
- A mi padrino:** Ricardo Armin Velásquez Rivera, por ser ejemplo y mi líder.
- A:** La Gloriosa y Tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala y Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme permitido culminar mi segunda profesión universitaria.



A mi asesor:

Doctor José Antonio Gracias González por su asesoría, consejos y acompañamiento en la edición de esta tesis.

A:

Mis compañeros de estudio, Alejandra, Adriana, Ellinor y Marissa. Por los sacrificios y momentos compartidos.

Al:

Pueblo de Guatemala, porque sin el aporte de sus impuestos, no podríamos tener acceso a la educación superior. Y,

A usted:

Por acompañarme en este especial e inolvidable acto de graduación.

PRESENTACIÓN



El tipo de la presente investigación es cualitativo y se fundamenta en el derecho constitucional, en las teorías constitucional y de libre mercado, y en la filosofía del bien común. El estudio y análisis se centró en comprobar que, una norma de jerarquía menor establecida en una ley ordinaria contenida en el Artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República, vulnera los Principios de Libre Mercado y del Bien Común y de sus elementos esenciales.

El objeto de la tesis fue el de comprobar que las limitantes a la importación de forma directa por el Estado, reguladas en las literales a) y c) del artículo 5 de la Ley arriba mencionada, restringen, disminuyen, tergiversan y vulneran los principios del Libre Mercado o Libertad de Comercio y el Principio del Bien Común, de sus elementos esenciales y la supremacía constitucional, que forman parte de la Constitución Política de la República.

La contribución académica de la investigación realizada permitió demostrar que, algunos grupos sociales utilizaron el ordenamiento jurídico que regula las adquisiciones del Estado, para hacer valer sus beneficios sobre el interés social. Además, servirá como documento de apoyo a los Organismos de Estado e Instituciones Autónomas con iniciativa de ley, para que propongan ante el Congreso de la República, un proyecto de iniciativa de reformas a dicha ley, que permita a las instituciones públicas importar de forma directa los bienes y suministros de mercados internacionales, y así, coadyuvar en la consecución del bien común y en la consolidación de la libre competencia.

HIPÓTESIS



Actualmente en Guatemala se vulneran los principios constitucionales de libre mercado y del bien común, por las limitantes establecidas en las literales a) y c) del Artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República, a la importación de bienes y suministros por parte del Estado, porque estas son contrarias a los presupuestos jurídicos establecidos para limitar la libertad de comercio, regulados en el Artículo 43 de la constitución. Situación que debe evitarse y prevenirse por parte del Organismo Ejecutivo, presentando una iniciativa de ley ante el Congreso de la República de Guatemala, para reformar dichas limitantes, permitiendo que las instituciones del Estado puedan importar esos bienes y suministros de forma directa de los mercados internacionales y lo más importante, hacer efectivo el principio de libertad de comercio, y, por esa vía, coadyuvar en la consecución del bien común.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



La hipótesis que orientó la presente investigación se comprobó aplicando los métodos deductivo, comparativo y fenomenológico, al analizar y contrastar el contenido de las limitantes establecidas en las literales a) y c) del Artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República, con el contenido del Artículo 43 constitucional, se determinó que, esas limitantes vulneran el principio de libertad de comercio porque no responden a los presupuestos jurídicos relativos a que sólo se pueden limitar, por motivos sociales y de interés nacional que impongan las leyes.

Además, se comparó el contenido de dichas limitantes con las normas que regulan el principio del Régimen Económico y Social; la obligación del Estado de impedir prácticas excesivas que concentren los bienes y servicios en detrimento de la colectividad; la prohibición de monopolios y privilegios; la supremacía constitucional, el interés social sobre el particular, y como consecuencia de ello, el bien común, confirmando que disminuyen, restringen, tergiversan y vulneran los derechos y prohibiciones establecidas en esas normas constitucionales.

Por lo tanto, se recomienda que el Organismo Ejecutivo presente ante el Congreso de la República de Guatemala, una iniciativa de ley para reformar el artículo 5 de dicha ley, permitiendo así, que las literales a) y c) contenidos en dicho Artículo se eliminen y que las instituciones del Estado puedan importar los bienes y suministros de forma directa de los mercados internacionales y lo más importante, se pueda hacer efectivo el principio de libre mercado o libertad de comercio y del bien común.

INDICE



INTRODUCCIÓN..... i

CAPÍTULO I

Teoría y Derecho Constitucional, Teoría del Libre Mercado y Filosofía del Bien Común..... 1

1. Teoría y derecho constitucional..... 1

1.1. Derecho Constitucional..... 1

1.1.1. Antecedentes..... 2

1.1.2. Ubicación..... 5

1.1.3. Definición..... 6

1.1.4. Características..... 6

1.1.5. Fuentes 8

1.2. Teoría Constitucional..... 10

1.2.1. Evolución de la definición de Constitución..... 11

1.2.2. Tipos de Constitución..... 13

1.2.3. Principios Constitucionales..... 14

2. Teoría del libre mercado..... 18

2.1. Antecedentes..... 18

2.2. Ley de Libre Competencia..... 20

2.3. Prácticas contrarias a la libre competencia..... 22

3. Filosofía del Bien Común..... 23

3.1. Características del bien común..... 25

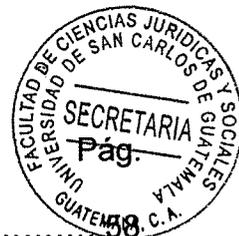


CAPÍTULO II

Constitucionalización de los Principios del Bien Común, Libre Mercado y Supremacía Constitucional en las distintas Constituciones de la República de Guatemala.....	27
1. Elementos esenciales del bien común.....	27
1.1. El bienestar material.....	28
1.2. La paz.....	28
1.3. Los valores culturales.....	29
2. El Principio del Bien Común.....	29
2.1. Constitucionalismo liberal.....	30
2.2. Constitucionalismo social.....	31
2.3. Neoconstitucionalismo.....	35
3. El Principio de Libre Mercado o Libertad de Comercio.....	39
4. El principio de Supremacía Constitucional.....	41

CAPÍTULO III.

Análisis Jurídico y Económico de la Ley de Contrataciones del Estado Decreto 57-92 del Congreso de la República.....	45
1. Antecedentes.....	45
2. Análisis jurídico del Decreto Número 57-92 del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado.....	49
3. Análisis económico del Decreto 57-92 Ley de Contrataciones del Estado.....	53



4. Derecho Comparado.....	
4.1. Guatemala.....	59
4.2. El Salvador.....	60
4.3. Honduras.....	61
4.4. Costa Rica.....	62

CAPÍTULO IV

Vulneración de los Principios de Libre Mercado y del Bien Común, por las limitantes establecidas en el artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado para la importación de bienes y suministros por parte del Estado.....	65
1. El problema.....	65
2. Vulneración del Principio de Libre Mercado.....	68
3. Vulneración del Principio de Supremacía Constitucional.....	74
4. Vulneración del Principio del bien común.....	79
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	87
ANEXOS.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	93

INTRODUCCIÓN



El gobierno como representante del Estado de Guatemala, no cumple con los deberes y obligaciones que la Constitución Política de la República le ordena, al no suministrar, de forma previsible, recurrente y constante, los bienes y servicios públicos indispensables para atender las necesidades básicas de la población, especialmente en materia de salud, educación, vivienda, seguridad, justicia, etc.

Un ejemplo de lo arriba indicado, es el desabastecimiento periódico de medicamentos y otros suministros en la red hospitalaria del país, situación que según el Ministerio responsable, se explica, entre otras causas, por las limitantes legales establecidas en las literales a) y c) del art. 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República, que impiden que las instituciones públicas puedan importar directamente bienes y suministros de mercados internacionales de forma directa.

Al no poder importar de forma directa de mercados externos, las instituciones públicas se ven obligadas a adquirirlos en el mercado nacional, a los precios y calidades que los proveedores establecen, los que, en comparación con los precios de otros países, en nuestro país son tres o cuatro veces más costosos. De esta manera, se favorece y privilegia el interés privado por sobre el social, vulnerando así el fin supremo por el cual se organiza el Estado, **el bien común**, al desproteger a las personas y a las familias y propiciar la violación del principio de **libre mercado**, contrariando el precepto constitucional del derecho a la libertad de comercio y a la prohibición de monopolios.

Con el objeto de comprobar la vulneración a los principios de libre mercado, del bien común, de sus elementos esenciales y de la supremacía constitucional, por las limitaciones ya mencionadas, el tema de investigación se abordó sustentado en el derecho constitucional y su supremacía; en la doctrina jurídica, por las teorías de libre mercado, complementadas desde el ámbito económico, al haber demostrado que esas limitantes, promueven y protegen el monopolio, duopolio u oligopolio y desde la filosofía del bien común, para conocer los elementos de su razón de ser, y

que están contenidos en otras normas constitucionales, tales como la solidaridad, la justicia social, la paz y la distribución equitativa del ingreso nacional.



En esa línea de pensamiento, la investigación se estructuró en cuatro capítulos: El capítulo I, contiene el marco teórico conformado por la Teoría y Derecho Constitucional, del Libre Mercado y de la Filosofía del Bien Común; el capítulo II, se refiere a la Constitucionalización de los Principios del Bien Común, de Libre Mercado y de Supremacía Constitucional; en el Capítulo III, se presenta el Análisis jurídico y económico de la Ley de Contrataciones del Estado, y el derecho comparado con las legislaciones de El Salvador, Honduras y Costa Rica en esta materia.

En el último capítulo, se presenta el análisis jurídico realizado para comprobar que, en nuestro país, se vulneran los Principios de Libre Mercado, Supremacía Constitucional y del Bien Común, por las limitantes contenidas en el Artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República, a la Importación de forma directa de bienes y suministros de mercados internacionales, por parte del Estado.

En este trabajo de tesis se utilizaron los métodos investigativos siguientes: deductivo, inductivo, sintético, analítico, fenomenológico y comparativo, así como las técnicas de investigación documental y la recopilación de información, para comprobar la hipótesis planteada. Sobre esta base, el alcance de la investigación permitió elaborar la conclusión discursiva con las recomendaciones necesarias para adoptar las alternativas de solución que permitan superar el problema abordado, que es la de eliminar las limitantes legales que el Estado tiene para importar los bienes y suministros de forma directa, para garantizar la libertad de comercio, de la competencia y proteger la economía de mercado, y, por esa vía, coadyuvar en la consecución del bien común.

Por lo tanto, es urgente que el Organismo Ejecutivo presente ante el Congreso de la República de Guatemala, una iniciativa de ley para reformar el Artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 de dicho Congreso, eliminando las limitantes establecidas en las literales a) y c), por disminuir, restringir y ser contrarias a los principios constitucionales ya indicados.



CAPÍTULO I

Teoría y Derecho Constitucional, Teoría del Libre Mercado y Filosofía del Bien Común

Este capítulo refiere las teorías y doctrinas relativas al derecho constitucional, al principio de libre mercado o libertad de comercio y a la filosofía del bien común, elementos que constituyen el fundamento teórico y de derecho en que se encuadra la presente investigación. Se hizo énfasis en los aspectos teóricos que permitieron centrar el análisis en la vulneración de los principios de libre mercado o libertad de comercio, del bien común, de sus elementos esenciales y de la supremacía constitucional, por la existencia en el ordenamiento jurídico del país, de una norma ordinaria de menor jerarquía.

1. Teoría y derecho constitucional

1.1 Derecho constitucional

Con el objeto de presentar de forma comprensible el origen, desarrollo y consolidación del derecho constitucional actual, es necesario hacerlo dentro del contexto de la evolución del pensamiento económico, social y político de la historia de la humanidad, desde la época antigua hasta nuestros días, y así conocer el momento histórico en que adquiere su autonomía, como ya indicamos, constituye el fundamento de derecho que permitió demostrar la vulneración, por la existencia de normas de menor jerarquía legal, de los principios de libre mercado, del bien común y de supremacía constitucional, que forman parte de la Constitución Política de la República de Guatemala.



1.1.1. Antecedentes

En la época antigua, la mayoría de los tratadistas del constitucionalismo ubican su origen en Grecia y en Roma, y todos coinciden en que el primero en usar el término Constitución fue Aristóteles, quien en su definición confunde constitución con el gobierno, al indicar que: "...En todas partes el gobierno de la ciudad es la autoridad soberana; la Constitución misma es el gobierno"¹.

Esta confusión aristotélica, fue superada con el aporte de Álvarez Conde, al indicar que, "los hebreos usaron el término de Constitución como una norma suprema a los gobernantes y gobernados, la ley divina, ...", aspecto que, de acuerdo con Naranjo Mesa, fue Platón y Aristóteles quienes, apartándose de este criterio, dieron las pautas iniciales para el constitucionalismo moderno, al sostener que todo gobierno debe estar sujeto a la ley y toda ley a un principio superior.

En la edad media, Valencia Vega indica que el primer hito del inicio del derecho constitucional data del año 1215, con la Carta Magna, la cual fue prácticamente impuesta por los pares nobles del rey inglés Juan sin Tierra. Posteriormente en el siglo XVII, el parlamento inglés aprobó leyes o actas que cimentaron los ideales del constitucionalismo, dentro de los cuales podemos citar, la *Petition of Rights* de 1628; el *Agreement of the People*, de 1647; el *Instrument of Government*, de 1653; el Habeas Corpus Acta, de 1679; y el *Bill of Rights*, de 1689.

¹ Naranjo Mesa, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones públicas*. Pág. 31.



No fue sino con el apareamiento del constitucionalismo liberal, como corriente filosófica en contra de los regímenes absolutistas en Inglaterra a finales del siglo XVIII, que se formó un nuevo concepto. Este se propagó por otros países de Europa y cobró mayor fuerza con la Constitución de los Estados de Norteamérica de 1787, extendiéndose posteriormente a los países hispanoamericanos. El objeto de este movimiento fue el que los Estados estuvieran regidos por una Constitución, en la que se plasmaran los principios básicos de la democracia liberal, la separación de poderes, la soberanía nacional, y la consagración de derechos individuales y libertades públicas.

A mediados del siglo XIX surgió el constitucionalismo social, contrario liberal. Esta nueva corriente se sustentó en que no bastaba con darles a los Estados constituciones formales, pues su aplicación, solo beneficiaba a ciertos sectores privilegiados de la sociedad, generando injusticia social y concentración de la riqueza en pocas manos, pues a pesar de haber abolido los privilegios, el orden político instaurado por el constitucionalismo liberal no llevó a una democracia plena, sino a una democracia restringida.

El constitucionalismo social permitió incluir en los textos constitucionales nuevos principios, como el de la función social de la propiedad, la intervención del Estado en la economía o el predominio del interés social sobre el particular, también nuevos derechos, los sociales o de segunda generación, y el reconocimiento de sociedades pluralistas tanto en lo político como en lo religioso.

De acuerdo con los archivos jurídicos de la Universidad Autónoma de México, el neoconstitucionalismo surgió en el año de 1945, atendiendo a que: "La reconstrucción de



Europa después de la Segunda Guerra Mundial se dio también en el ámbito jurídico, derivado en parte a que la sociedad estaba asombrada ante algunas atrocidades cometidas con base en el derecho vigente de países europeos (piénsese en el caso de Alemania). Por ello, se hizo necesario modificar el esquema jurídico, en particular el papel y la posición de la Constitución. Bajo esta premisa se fue desarrollando un constitucionalismo más sensible a ciertos ideales morales, lo que resultó en una nueva manera de concebir a la organización estatal; esto es, de un Estado de derecho a un Estado constitucional o democrático de derecho”².

Los antecedentes históricos de esta nueva corriente se encuentran en Italia, con la Constitución de 1947; en Alemania, con la Ley Fundamental de Bonn de 1949, país que sobresale por los efectos económicos, sociales y políticos que sufrió bajo regímenes formalistas, de ahí que haya sido de las primeras naciones de “tradición romano-germánica en donde fue instaurado un **Tribunal Constitucional**”³. Razón por la cual se puede considerar a Alemania como el primer país del continente europeo que logró la difusión y generalización de la **justicia constitucional**, entendida en términos extensivos, es decir, como una constitución con ideales morales. En otras palabras, es el control judicial de las leyes, mediante el cual se verifica el **respeto de la ley a la constitución**, como norma jurídica suprema.

La importancia de conocer los antecedentes del derecho constitucional fue con el objeto

² <https://archivos.juridicos.unam.mx/www/bjv/libros/8/3966/4.pdf> El neoconstitucionalismo y los principios en el derecho. (Guatemala 10 de junio 2023).

³ Ferreres Comella, Víctor. **Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad**. Pág. 25.



de ubicar en el tiempo el momento en que surge la justicia constitucional y la existencia de un tribunal constitucional responsable de velar por el Estado Constitucional de Derecho, y que **se repete la constitución como norma suprema o ley fundamental**, razón por la cual, este antecedente histórico, fue esencial y facilitó el análisis para comprobar la hipótesis planteada en el tema de investigación relativo a la vulneración de los principios de libre mercado y del bien común y de otras normas constitucionales, por normas de menor jerarquía legal, contenidas en el artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República.

1.1.2. Ubicación

Para ubicar al derecho constitucional, es necesario tener clara la diferenciación entre derecho público y derecho privado. Al respecto, explica García Máynez que los preceptos de derecho pueden crear entre las personas a quienes se aplican, relaciones de coordinación o de subordinación. “Una relación jurídica es de coordinación, cuando los sujetos que en ella figuran se encuentran colocados en un plano de igualdad, como ocurre, por ejemplo, cuando dos particulares celebran un contrato de compraventa o de arrendamiento. Los preceptos de derecho dan origen a relaciones de subordinación cuando, por el contrario, las personas a quienes aplica no están consideradas como jurídicamente iguales, es decir, cuando en la relación interviene el Estado, en su calidad de entidad soberana y un particular”⁴.

⁴ Naranjo Mesa, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Pág. 13



Sobre la base de lo anterior, se indica que el derecho constitucional se ubica como una rama del derecho público, porque se ocupa directamente del estudio de la organización y funcionamiento del Estado, de la estructuración jurídica de sus órganos, del establecimiento de las bases de la estructura política y de los principios que regulan la posición del individuo, de la familia, de la sociedad y, en general, de todos los elementos que definen un orden de vida, debido al bien común.

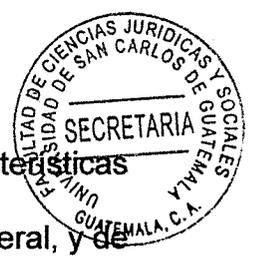
1.1.3. Definición

Para efectos de la presente investigación, citamos la definición aportada por Naranjo Mesa, quien indica que el derecho constitucional se define, “como la rama del derecho público fundamental, que estudia la estructura del Estado dentro del marco de la Constitución, la situación del individuo frente al poder del Estado, la organización y funcionamiento de ese poder en sus aspectos fundamentales y las instituciones políticas que constituyen el soporte de la vida estatal”⁵. Esta definición, centra la ubicación del derecho constitucional, por la existencia de una Constitución, de los elementos del Estado, la población, el territorio y el orden jurídico-político, de los derechos de los individuos frente al gobierno y de la creación de las instituciones políticas.

1.1.4. Características

Al revisar y analizar las razones que sustenta la ubicación y el contenido de la definición del derecho constitucional, encontramos que dicho contenido posee atributos esenciales

⁵ Ibid. Pág. 23



que lo caracterizan y lo diferencian de otras ramas del derecho, siendo sus características principales las siguientes: es un derecho público, objetivo, coercitivo, dual, bilateral, y de vocación principista e imperativo.

Se dice que es un derecho público, porque estudia la naturaleza y los principios de la norma constituyente, la validez del orden normativo, de las bases organizativas del Estado y de los fenómenos políticos fundamentales de la sociedad. Así como las relaciones que vinculan a los particulares con el Estado a través de la aplicación de la justicia distributiva. Es derecho objetivo porque conforma un sistema de normas constitucionales, que regula la vida humana en sociedad, lo que la hace tener coercitividad; porque impone su cumplimiento, la constitución se acata general, obligatoria e inviolablemente.

El derecho constitucional es dual porque tiene dos vertientes: la jurídica y la política, la primera, proviene del estudio de la legislación, doctrina y jurisprudencia constitucional, y la segunda, porque regula la estructura básica del Estado y establece las normas fundamentales de su organización para garantizar la gobernabilidad. Es un derecho con vocación principista porque estudia los principios que constituyen la base fundamental del ordenamiento jurídico-político del Estado, ya que permite suplir, con ellos, los vacíos, deficiencias, defectos e imperfecciones de dicho ordenamiento.

Por último, pero no menos importante, el derecho constitucional establece un control de constitucionalidad sobre el resto de las normas, para que ninguna de ellas entre en contradicción con lo establecido en la Constitución. Para realizar dicho control, el derecho



constitucional tiene un tribunal específico que se encarga de los asuntos que violen la Constitución y de su interpretación. La presente investigación se encuadra en el derecho constitucional y la aplicación de dicho control, porque permite acudir a dicho tribunal para resolver la vulneración de los principios de libre mercado, del bien común, de la supremacía y otras normas constitucionales, por la existencia de una norma de menor jerarquía legal, contenida en una ley ordinaria, tema central de esta investigación.

1.1.5. Fuentes

La importancia de conocer lo relativo a las fuentes del derecho constitucional, especialmente en esta investigación relativa a la vulneración de los principios constitucionales, por normas de menor jerarquía legal contenida en leyes ordinarias, es fundamental, ya que para muchos autores las fuentes del derecho son: los principios, fundamentos u origen de las normas jurídicas y en especial del derecho positivo o vigente en determinado país o época.

En este sentido, se indica que las fuentes del derecho constitucional son: la constitución, las leyes constitucionales e institucionales, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina, el derecho comparado y la historia. La constitución es la fuente más importante porque en ella, se plasman los principios fundamentales del ordenamiento normativo que prescriben las normas de conducta social y de organización del poder. Las leyes constitucionales y las leyes ordinarias, puesto que desarrollan aspectos sustantivos de la organización constitucional genérica y por imposición del propio texto constitucional, es decir que, complementan a las normas constitucionales.



La costumbre, como fuente consiste en una conducta constante, generalizada y uniforme que adoptan los miembros de una sociedad, con el convencimiento de que ella responde a una necesidad u obligación que es jurídicamente exigible. La jurisprudencia se encuentra representada por las decisiones uniformes y constantes emanadas de los tribunales y, en particular por la Corte de Constitucionalidad, sobre materias de naturaleza constitucional. La doctrina se encuentra integrada por las opiniones de los juristas y consiste en los libros y medios técnicos de comunicación social, con el objeto de determinar el significado de las normas jurídicas existentes y de proyectar nuevas disposiciones legales destinadas a regular, con mayor eficacia, razonabilidad y justicia, las relaciones sociales de una comunidad.

El derecho comparado como fuente consiste en el estudio y análisis de los ordenamientos jurídicos fundamentales de los países extranjeros, con la finalidad de determinar sus bondades, defectos y de establecer las concordancias o divergencias que se presentan en el análisis comparativo con el derecho local, esta característica nos permitió hacer un análisis de derecho comparado de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República, con sus similares, de los países de Honduras, El Salvador y Nicaragua, específicamente sobre las limitantes al libre mercado o libertad de comercio, análisis que se presenta en el capítulo III.

La historia como fuente del derecho, investiga documentalmente hechos notables ocurridos en el pasado, investiga la forma de organización y constitución de un Estado de las primeras sociedades. Es importante indicar que para el caso de Guatemala la Ley del Organismo Judicial decreto 2-89, regula que la Ley es la fuente del ordenamiento



jurídico, la jurisprudencia la complementará y la costumbre registrá sólo en defecto de la ley aplicable o delegación de la ley.

En resumen, el conocimiento de los antecedentes, definición, ubicación, principios y fuentes del derecho constitucional, permitió contar con el fundamento de derecho, que sirvió para comprobar la hipótesis de la presente investigación, específicamente lo relativo a la creación del tribunal y la justicia constitucional, que permiten garantizar la supremacía de los principios y normas constitucionales sobre cualquier ley ordinaria, reglamento o acto de gobierno, razón por la cual, esta investigación encuadra en esta rama del derecho y en la teoría constitucional, la cual analizaremos a continuación, haciendo énfasis en la evolución de la definición de la constitución y sus tipos, así como en los principios constitucionales, especialmente los que tienen relación directa con la presente investigación.

1.2. Teoría constitucional

Las ideas y doctrinas aportadas por los teóricos, filósofos y juristas que explicaron la importancia y trascendencia de la constitución política, obtuvieron validez universal y conformaron la **teoría constitucional**. De esa cuenta, hoy gozan de aceptación generalizada en cuanto a su definición, principios, características, contenido, estructura y la finalidad que corresponde a un Estado de derecho, así como la jerarquía legal máxima que tiene la Constitución. En palabras de Naranjo Mesa, la teoría constitucional explica los valores y principios fundamentales que sustentan su base teórica y doctrinaria, necesarias para interpretar la constitución y para que el derecho constitucional tenga



como campo el análisis jurídico y político, de la organización, estructura y funcionamiento del Estado.

1.2.1. Evolución de la definición de Constitución

En su libro *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Naranjo Mesa cita a varios teóricos e historiadores que, desde la época antigua hasta nuestros días, dieron sus aportes sobre el significado de lo que hoy se conoce y entiende por Constitución. Inicia indicando que, en la época antigua, los griegos la denominaban *politeia*, aludiendo a “la unidad corporativa del total de los ciudadanos.” Aristóteles hablaba de constitución como el principio según el cual está ordenada la autoridad política: “Constitución política o gobierno, dice, es la organización o el orden establecido entre los habitantes de la ciudad”. Cuatro siglos más tarde, las instituciones de Justiniano la definieron como “lo que el pueblo romano solía establecer, a iniciativa de una magistratura senatorial como cónsul”.

En la edad media sobresalieron los aportes del clero, al entender que la constitución era una regla o edicto emanado del soberano Pontífice, posteriormente este significado varió por el resurgimiento del comercio y de una nueva clase social, la burguesía, cuyos intereses y formas de vida eran diferentes a los de los señores feudales y eclesiásticos, aspecto que los motivó a buscar una mayor libertad. De ahí surgió su lucha por conseguir la autonomía de las ciudades mercantiles, la que obtuvieron a través de las cartas o fueros comunales, que significaban un nuevo concepto de Constitución. En ellas se limitaron los derechos señoriales y se garantizaron los de los burgueses.



Sobre la base de los aportes arriba mencionados, a finales de esta época se entendió por constitución a “las leyes importantes dictadas por la exclusiva voluntad del monarca”⁶.

Significado que cambió sustancialmente con el establecimiento del constitucionalismo liberal en Inglaterra, cuyo efecto fue que las monarquías absolutas se convirtieron en monarquías limitadas, regidas por leyes constitucionales, con un contenido filosófico moralista que iba más allá de la organización del gobierno y tendían a garantizar los derechos individuales de los súbditos ingleses frente a dicha monarquía.

Posteriormente, muchos humanistas, filósofos y juristas buscaron definir la esencia de la Constitución, dentro de los cuales podemos mencionar a Bossuet, Montesquieu y Rousseau, quien le llamó “forma de gobierno a la estructura del poder, leyes fundamentales a su sobre estructura jurídica y contrato social a la decisión fundadora de la comunidad política”⁷.

A mediados del siglo XVII surgió la idea de una norma que recopilara en un solo texto la organización, estructura y funcionamiento de los poderes públicos, la cual se plasmó al final, en las constituciones de los Estados Unidos de América y en la de Francia en la segunda mitad del siglo XVIII. Estas influyeron en los distintos países de Europa y luego en América, desde el comienzo del siglo XIX, para culminar con la victoria del ideal constitucionalista en Occidente.

Derivado de lo anterior, muchos teóricos, filósofos y juristas, como Jellinek, Carlos Marx,

⁶ Naranjo Mesa, Vladimiro. **Teoría constitucional e instituciones políticas**. Pág. 8.

⁷ Ibid. Pág. 12.



Kelsen, Couture, Lasalle, García Pelayo, Bourdeau, Virgta, etc., dieron sus aportes para comprender el significado del término Constitución. Con base en ellos, Naranjo Mesa indica: “Acogiendo estos conceptos, puede decirse que la Constitución es el conjunto de normas fundamentales para la organización del Estado, que regulan el funcionamiento de los órganos del poder público y que establecen los principios básicos para el ejercicio de los derechos y la garantía de las libertades dentro del Estado”⁸. En esta definición recoge la parte neutra de la constitución y el de la ideología de la Revolución Francesa.

1.2.2. Tipos de Constitución

Para comprender los diferentes tipos de constitución que existen, es importante conocer previamente su significado en sentido material y formal. En sentido material, el significado de la Constitución se entiende como el conjunto de reglas fundamentales relativas a la organización y a la actividad del Estado, por ejemplo, las que determinan la forma que ha de revestir el Estado, el sistema de gobierno que lo regirá, los órganos del poder público, su conformación y funciones principales, y los derechos civiles y políticos de los ciudadanos.

En sentido formal, debe entenderse como el documento que reglamenta el funcionamiento de las instituciones políticas, cuya elaboración o modificación no puede hacerse sino mediante el cumplimiento de ciertas formalidades especiales, que se encuentran contenidas en la Constitución y que facilita su determinación.

⁸ Naranjo Mesa. *Op. cit.* Pág. 321.



De conformidad con esta definición, los tipos de constitución pueden clasificarse de diferentes maneras. Así, las constituciones pueden ser rígidas o flexibles; escritas o consuetudinarias; originarias o derivadas; programáticas o utilitarias; normativas, nominales o semánticas. Derivado de esta clasificación podemos indicar que la Constitución Política de la República de Guatemala es de clase mixta, ya que puede ser reformada una parte por el Congreso de la República de Guatemala y la otra parte por la Asamblea Nacional Constituyente. Además, es escrita y se encuentra redactada en un solo documento.

1.2.3. Principios constitucionales

Los principios constitucionales o fundamentales se refieren a los valores éticos, morales, sociales, legales e ideológicos, consagrados en la Constitución de un país. Estos informan y guían a todo el ordenamiento jurídico. Representan las directrices esenciales de todo el orden social, económico y político de una nación y son vinculantes, tanto para gobernantes como para gobernados, siendo esta la razón por la que cada una de las leyes, reglamentos y otras disposiciones gubernamentales que se emitan, deben ser observados. Son la única garantía que los gobernados tienen frente a los gobernantes. Además, permiten interpretar aquellas normas en las que existan ambigüedades o vacíos legales, de manera que se resguarden los derechos individuales y sociales garantizados por la Ley Fundamental.

Para el desarrollo de la presente investigación, el conocimiento de dichos principios fue imprescindible, porque no sólo, constituyen su fundamento teórico, sino que, permiten analizar y comparar si las limitantes establecidas en una norma ordinaria de menor



jerarquía legal son contestes con dichos principios o si, por el contrario, los restringen, disminuyen tergiversan y vulneran. A continuación, se presentan los principios que esencialmente se relacionan forma directa con el tema de investigación.

1.2.3.1. Principio de limitación

Este principio se refiere a la relación recíproca de restricción que, por razones de bienestar público, se genera entre el poder público y los derechos de los particulares. Con el objeto de ilustrar la importancia de este principio en el tema de investigación, se cita el ejemplo en el que el poder público se restringe. Como el que prohíbe vulnerar, contrariar, disminuir o tergiversar los mandatos constitucionales en las leyes ordinarias, reglamentarias y disposiciones gubernamentales. Este principio tiene una relación directa con el principio de supremacía constitucional.

1.2.3.2. Principio de supremacía

Establece que la Constitución es la norma suprema que prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, las disposiciones normativas ordinarias y los actos del poder público deberán crearse y realizarse de conformidad con las disposiciones constitucionales, pues, en caso contrario, carecerán de eficacia jurídica. Por tanto, este principio cumple dos funciones: la primera, se refiere a que sirve de fundamento para la adopción de disposiciones inferiores y la segunda, que anula o deja sin efectos a cualquier norma inferior que se le oponga. Esta supremacía es característica



esencial dentro de un Estado Constitucional de Derecho y Justicia, en donde todos los poderes y autoridades deben ineludiblemente someterse a la Constitución.

Así mismo, este principio también es extensivo a los acuerdos internacionales en materia de derechos humanos, denominados tratados o convenios, suscritos por el poder ejecutivo y ratificados por el Congreso o Asamblea Nacional según sea el caso, extensión, que se hace a través de un procedimiento específico establecido para incorporarlos al derecho interno, por medio de la emisión de una ley ordinaria superior al derecho interno, pero no a la Constitución.

Lo arriba indicado, lo recoge Ermo Quisbert al indicar que este principio, a su vez, se divide en tres principios: “a) El de unidad, que se refiere a la armonización entre todas las normas sin importar su nivel; b) El de razonabilidad, que informa que cualquier incorporación de una ley al ordenamiento jurídico, tiene que ser razonable en su objetivo, en los medios y en sus fines, y c) el de control, que informa que la Constitución en su aplicación prevalecerá sobre las leyes o normas inferiores del ordenamiento jurídico”⁹.

Este principio es esencial en el estudio y análisis del contenido de las limitantes establecidas en el artículo 5, de la Ley de Contrataciones del Estado, decreto número 57-92 del Congreso de la República, para contrastarlo con los elementos esenciales del bien común y del libre mercado o libertad de comercio, contenidos en la Carta Magna, con el objeto de comprobar la hipótesis planteada en la presente investigación.

⁹ <https://ermoquisbert.tripod.com/dc/05.pdf>. **Principios constitucionales.** (Guatemala 18 de septiembre 2023).



1.2.3.3. Principio de control constitucional

Se sustenta en el principio de **supremacía constitucional** y se refiere a la aceptación de la aplicación de la Constitución; además, permite restablecer todo aquello que no esté conforme a la misma, a través de los siguientes tipos de control; “a) el control preventivo, es el que se ejerce antes de que se viole la Constitución; b) el control efectivo, que se realiza en el momento de la violación de dicha Constitución y c) el control retroactivo cuando se repara un acto de violación a la Constitución”¹⁰. Estos se llevan a la práctica por medio de determinados mecanismos e instituciones que aplican los organismos públicos como, por ejemplo, los congresos o asambleas nacionales, las consultas populares o plebiscitos, la acción popular u otro órgano establecido por ley, como lo son los tribunales constitucionales.

Lo anterior, se complementa por la manifestado por Ermo Quisbert, al indicar que, el control constitucional se ejerce a través de dos sistemas: “el primero se refiere al control concentrado o austriaco, que se caracteriza por la creación de un órgano especializado que ejerce el control de la constitucionalidad de forma general y sus sentencias no son objeto de impugnaciones a excepción de los recursos de aclaración y ampliación”¹¹, es decir, que tienen carácter definitivo porque invalida una norma creada por un ente eminentemente político, el parlamento, cuando éste viola la Constitución. A dicho órgano especializado se le denominó Tribunal Constitucional, con funciones de garante del Estado de Derecho y Justifica.

¹⁰ **Ibid.**

¹¹ **Ibid.**



El segundo es “el control difuso o americano, que se caracteriza porque se le atribuye esa facultad a todos los jueces para declarar en un proceso concreto, la inaplicabilidad de las disposiciones jerárquicamente menores que sean contrarias a la constitución, con efectos solo para las partes que han intervenido en la controversia”¹². En otras palabras, en los procesos de cualquier rama del derecho, los jueces que conozcan de un asunto podrán conocer sobre cualquier acción de inconstitucionalidad que las partes presenten en un caso concreto.

En nuestro país, el control de constitucionalidad se ejerce a través de un sistema mixto, en el cual coexisten el concentrado y el difuso, el primero lo ejerce la Corte de Constitucionalidad y la Constitución legitima a las personas que pueden acudir a ella en defensa de la Constitución y el segundo lo aplican los tribunales de justicia.

2. Teoría del libre mercado

2.1. Antecedentes

Como ciencia, la Economía surge con los aportes de la escuela de Salamanca, que defendió los beneficios de la libre competencia, la libertad económica y la naturaleza dinámica de los mercados. Estos aportes fueron complementados por los mercantilistas, quienes plantearon que por medio del intercambio comercial y la acumulación de metales preciosos (oro y plata), se generaba riqueza esencial para el desarrollo económico. Los

¹² **Ibid.**



liberales promulgaron el principio de dejar hacer y dejar pasar, defendiendo así el libre mercado contra el intervencionismo del Estado.

No fue sino hasta finales del siglo XVIII, con la publicación de la obra de Adam Smith “Riqueza de las Naciones”, que la economía, como disciplina científica, se independiza de la Filosofía, a la que estaba vinculada. En dicha obra, Smith propuso que tanto el libre mercado, como el libre cambio, son elementos esenciales para el desarrollo económico y el aprovechamiento eficiente de los recursos de un país. Con estos aportes, y los de otros economistas, se conformó la doctrina económica clásica, sustentada, entre otros, en los postulados siguientes: “a) el libre mercado permite una asignación óptima de los recursos, b) el gobierno no debe intervenir en el mercado, c) los precios y los salarios se ajustan de manera natural al alza o a la baja, para lograr su equilibrio”.¹³

De los antecedentes presentados, concluyó que, el principio de libre mercado o libertad de comercio se consolidó en la Economía a finales del siglo XVIII, con la obra de Adam Smith. La importancia de conocer los antecedentes relativos a este principio radica en la relación que tiene con el tema de la presente investigación cuyo objeto es demostrar la vulneración a este principio y el del bien común, por las limitantes establecidas en las literales a) y c) del Artículo 5 de la ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República, de menor jerarquía legal. Además, en este principio se sustenta la ley de libre competencia, en donde las fuerzas del mercado determinan el precio y cantidad de equilibrio, que se analiza en el siguiente apartado.

¹³ ¹⁴<https://economipedia.com/definiciones/mercado-libre.html> (Guatemala 17 de septiembre 2021)

2.2. Ley de la libre competencia

Tanto los aportes del pensamiento clásico como del neoclásico permitieron establecer la ley de libre competencia como una característica imprescindible en una economía de mercado capitalista. Adam Smith considera que: “la libre competencia es el eje fundamental del funcionamiento del mercado, pues permite la concurrencia de la oferta y la demanda, cuya conducta determina el comportamiento de los precios, denominados de equilibrio”¹⁴, en otras palabras, lo indicado por Smith se refiere al libre juego de la oferta y la demanda y que una demanda mayor hará que los productores inviertan en producir, y una oferta mayor afectará a los precios de equilibrio.

Por su parte Milton Friedman, quien se constituyó como gran defensor de la libre competencia, plantea que: “sólo el mercado libre puede garantizar la libertad de los individuos, por lo que se proponen dejar al Estado áreas prioritarias, aunque no lucrativas, como la educación, la salud y la seguridad”.¹⁵ Áreas que actualmente constituyen derechos humanos inherentes a la persona y que es obligación del Estado proveerlos y garantizarlos.

Con el objeto de ilustrar el funcionamiento de la libre competencia, se incluyó en el anexo I la gráfica de la competencia perfecta. Esta gráfica muestra que tanto el precio de equilibrio como la cantidad de equilibrio, en un mercado de libre competencia, se establecen en el punto de intersección de las curvas de demanda y de oferta. Como

¹⁴Ibid

¹⁵ Ibid.



puede verse, la demanda presenta una pendiente negativa y la oferta una pendiente positiva, de manera que cualquier movimiento de la demanda o de la oferta hacia la izquierda o hacia a la derecha, hará que varíe el precio y la cantidad de equilibrio.

En la gráfica II, en cambio, se ilustra cómo, para cualquier empresa que desee ingresar a un mercado de libre competencia, la curva de demanda se representa de forma horizontal, lo cual significa, que la demanda del mercado no es decreciente respecto al precio, como es habitual. Sin embargo, la empresa competitiva la percibe como infinitamente elástica, al no poder modificar ese precio de mercado. En ese sentido, la libre competencia -libertad de comercio- se considera necesaria para propiciar una mayor eficiencia en la economía de mercado, lo que se va a traducir en precios competitivos y una mejor calidad de bienes y servicios en beneficio del interés social.

La demanda está constituida por todos los consumidores, incluidas las entidades o instituciones del Estado, siendo estas, los consumidores con mayor poder de compra en el mercado, por lo que se convierten en grandes demandantes de bienes y suministros, no en otros oferentes o competidores, porque los bienes y suministros que demandan y adquieren, son para producir y proveer los bienes y servicios públicos, no para venderlos en el mercado. Carácter que les da la limitante regulada en la literal c) del Artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, decreto 57-92 del Congreso de la República.

Por esta razón, es una exigencia del sistema de libre mercado la protección y defensa de la libre competencia, aspecto que la mayoría de los países lo han logrado a través de la emisión de una Ley de Competencia, que se constituye en el instrumento jurídico más



eficaz para garantizar el principio de libre mercado, ley que aún está pendiente de su promulgación en nuestro país, siendo el único en América Latina que no la tiene.

2.3. Prácticas contrarias a la libre competencia

Las prácticas más comunes y contrarias a la libre competencia, que se adoptan en los mercados imperfectos son: a) Acuerdos de las empresas para no competir entre sí, fijando precios de compra o venta; b) diferenciación de precios o condiciones para vender, sin que exista justificación, con lo que se crea desventaja para que compitan otras empresas; c) Obligar al consumidor o condicionarlo a que no compre a determinada(s) empresa(s); d) establecimiento de trabas legales y/o técnicas para la entrada de nuevas empresas al mercado; e) **promulgación de legislación que limita y como consecuencia de ello, vulnera el libre mercado.**

Esta última práctica, significa que el poder legislativo aprueba leyes que atentan contra el principio de libre mercado o libertad de comercio, facilitando o promoviendo la creación de monopolios u oligopolios, o bien brindándoles protección jurídica, contraviniendo así, los elementos esenciales del bien común establecidos en normas constitucionales y los demás derechos inherentes a la persona, obligando de esa forma a las instituciones públicas al momento de adquirir los bienes y suministros que necesitan y a los consumidores particulares a pagar altos precios, lesionando los intereses del mismo Estado, en su calidad de demandante de bienes y suministros. Doble agravio que se establece, para favorecer los intereses privados sobre el interés social.



El conocimiento y análisis de la teoría de libre mercado o mercado libre, fue esencial porque me facilitó realizar un análisis profundo y serio, en el desarrollo de la presente investigación, del contenido de dicho principio, para poder demostrar que es vulnerado, por las limitantes establecidas en el Artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República, lo cual evidencia la necesidad de regular el proceso de adquisiciones e importación de los bienes y suministros por parte del Estado de forma directa, que efectivamente garantice la libre competencia y que no promueva otras formas de organización de los mercados que afecten el bienestar de la sociedad.

3 Filosofía del Bien Común

En su doctrina del bien común, el filósofo Millán Puelles define el bien común como aquello que: “Es apto para ser participado por todos y cada uno de los miembros de una comunidad o sociedad de personas humanas”¹⁶. En otras palabras, lo que el filósofo citado nos dice, es que este valor es común, porque, por un lado, comunica a todas las personas y, al mismo tiempo, porque puede beneficiar de forma conjunta a todos los miembros de una comunidad. Por lo tanto, el bien común no tiene dueño alguno, pues es el conjunto de personas las que se benefician y que participan en la generación de la riqueza nacional, la cual el Estado tiene la función de redistribuir de forma equitativa, y, de acuerdo con lo regulado en el derecho civil, estas son personas aptas desde su inscripción en el Registro Civil.

¹⁶ Millán Puelles, A. **Bien común**. Pág. 225.



Al convertir esta característica esencial en una efectiva conducta de vida, orientada al beneficio de todos los miembros de una sociedad, es una exigencia de la justicia social, cuyo objeto inmediato es el bien común. En palabras de Millán Puelles: “si este valor fundante ordena la convivencia entre los miembros de la sociedad, su fin como tal, no puede ser el bien privado individual o sectorial de ninguno de sus miembros en particular, aunque ese bien sea legítimo y no se oponga a los derechos de la sociedad misma ni a los que pertenecen a los restantes miembros integrantes de ésta”¹⁷. Por consiguiente, la justicia social, tiene como objeto el bien común, no un bien privado, cuya característica es el principio de exclusividad, porque solamente beneficia a uno o varios de sus integrantes.

En esta línea de pensamiento, y sobre la base de las diferencias indicadas, aparece la justa distribución de la riqueza como un factor decisivo para el bien común, en la medida en que esa distribución condiciona la paz y la seguridad, que son elementos imprescindibles de la estructura propia de dicho bien, y se encuentran consagrados en el artículo segundo de la Carta Magna. De manera que hay una relación directa entre el bien común y el bienestar material, que resulta de la justa distribución de la riqueza en una sociedad, y que ésta, es la base del principio del aumento del consumo, como premisa importante para el crecimiento de la producción o renta nacional, sustentada en una economía de libre mercado que garantice la ley de libre competencia y permita que el Estado puedan importar de forma directa.

¹⁷ **Ibid.** Pág. 226.



3.1. Características del bien común.

3.1.1. El bien común no excluye al bien particular

Para ilustrar esta característica, el filósofo Millan Puelles presenta el siguiente ejemplo: "la salud, como bien particular, no es el resultado de una equitativa distribución, ya que el bien común, aunque distinto del bien particular, no excluye a éste, de la misma manera que el todo tampoco excluye a las partes, sino que, además, exige que cada ciudadano tenga el suyo, es decir que, si la existencia del bien común implicase la anulación de todo bien particular, no sería un bien, sino un mal común, porque el bien común es un bien para todos"¹⁸.

3.1.2. Primacía sobre los bienes particulares, que le están subordinados

Esta característica se refiere a que los bienes particulares son compatibles con el bien común, bajo la correspondiente condición de que, le estén subordinados. Al respecto, Millán Puelles, explica: "La superioridad del bien común respecto del bien particular es, ante todo, intensiva, y sólo en virtud de ello, es además extensiva"¹⁹. En otras palabras, en la medida en que la distribución de la riqueza generada por un país sea justa y equitativa, responderá a la primacía del bien común sobre el bien particular y, como consecuencia, irradiará mayores beneficios a sus integrantes, constituyéndose en un deber que impone el principio de justicia social.

¹⁸ **Ibid.** Pág 226

¹⁹ Forment Eudaldo, **Filosofía del Derecho**, Pág., 801



3.1.3. El bien común no excluye la dignidad de la persona humana.

Cuando dos principios se relacionan entre sí, la primera interrogante que surge frente a dicha relación es: ¿Cuál de los dos tiene primacía? Siguiendo la lógica de la subordinación del bien particular al bien común, la supremacía del bien común no lo hace superior a la dignidad de la persona humana; por el contrario, la realización de dicho bien común, es el reconocimiento y valoración de la dignidad de la persona humana. Por lo tanto, la subordinación al bien común es la forma de respetar, sin excepciones, la dignidad de todos y cada uno de los miembros de una sociedad. Al respecto, en el preámbulo de la Constitución de la República, los constituyentes declararon la primacía de la persona humana como sujeto y fin orden social, sustentado en el bien común.

El conocimiento de la filosofía del bien común, fue esencial para el desarrollo de la presente investigación por ser su tema central; además, permitió conocer el ser de dicho principio, así como las características y elementos esenciales que lo integran, y que pasaron a formar parte del contenido de la Constitución Política de la República de Guatemala, desde su preámbulo y en las demás normas constitucionales de la parte dogmática, principio que con esta investigación se demostró que es vulnerado por la existencia de una norma de menor jerarquía legal, establecida en el Artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República y que ha restringido la capacidad de ejecución del gasto del Estado, al establecer un monto límite para importar y burocratizar el procedimiento respectivo.



CAPÍTULO II.

Constitucionalización de los Principios del Bien Común, Libre Mercado y Supremacía Constitucional en las distintas Constituciones de la República de Guatemala

En este capítulo analizamos las diferentes constituciones políticas que han estado vigentes en el país, con el objeto de establecer en el tiempo, el momento histórico en que los principios del bien común y sus elementos esenciales, de libre mercado y de supremacía constitucional, pasaron a ser parte de las mismas. Estos principios constituyen el tema central de la presente investigación, y por lo mismo, previo a revisar dichas constituciones, es importante conocer los elementos esenciales del bien común, porque estos están contenidos en otras normas constitucionales, al igual que los otros dos principios.

1. Elementos esenciales del bien común

Eudaldo Forment, en su libro *Filosofía del Derecho*, manifiesta que los elementos que explican la esencia del bien común son: “a) el bienestar material, b) la paz y c) los valores culturales, estos elementos no solo son necesarios sino que se complementan entre sí, ya que, si falta uno, los restantes quedan amenazados por el desequilibrio consiguiente, afectando la esencia del bien común que es un todo y los elementos que lo integran son las partes de esa unidad que es superior y que es la que en esencia constituye el bien de la sociedad como tal”²⁰. Es decir que, no podemos hablar de que existe el bien común,

²⁰ Forment, Eudaldo. *Filosofía del Derecho*. Pág. 801.



cuando, por ejemplo, una norma de menor jerarquía legal, vulnera a uno de sus elementos, o bien cuando la distribución de la riqueza no es equitativa, o si no se aplica y administra con eficiencia y eficacia la justicia jurídica.

1.1. El bienestar material

Es la satisfacción material resultante de la participación de todos los ciudadanos en la producción de esos bienes, es decir que, es material debido a los instrumentos o medios exteriores indispensables para producirlos. Además, encuadra dentro del ámbito de la **justicia social**, puesto que el objeto propio y específico es el bien común, por tanto, también de todos sus elementos. Lo anterior, lo complementa Eudaldo Formet al indicar que: “la inclinación natural de la persona humana al bienestar material no sólo corrobora su carácter social, sino también otro aspecto, la dimensión espiritual, sin la cual, en el ser humano puede darse una cierta necesidad de cosas que no llegan a existir, ni pueden tampoco ser usadas, sin que funcione el poder de la razón”²¹.

1.2. La paz.

Como elemento sustantivo del bien común, la paz no puede entenderse simplemente como la ausencia de violencia/guerra o silenciar y tranquilizar a los pobres, porque una paz que no surja como fruto del desarrollo integral de todos, tampoco tendrá futuro, y siempre será semilla de nuevos conflictos y de variadas formas de violencia. En palabras del profesor Millan Puelles, “el bien común no consigue una paz parcializada o ventajosa

²¹ **Ibid.** Pág. 805.



para unos y para otros no; consigue una paz verdadera, fundada sobre los principios de justicia y respeto, ya que, como seres humanos, toda persona tiene dignidad y valores inherentes;²².

1.3. Los valores culturales.

La paz resulta indispensable para que se dé acceso y participación de todos los ciudadanos en los valores culturales, por lo que la relación entre la paz y la participación en los valores culturales, determinan un condicionamiento mutuo. Derivado de ello, este tercer elemento esencial del bien común tiene carácter de fin, respecto de los elementos anteriores, por lo que, para alcanzarlo, se hace necesaria la articulación entre el bienestar material y la paz.

Una vez comprendidos los elementos esenciales del bien común, revisaremos en el tiempo, el momento histórico en que pasaron a formar parte de la Constitución Política de la República, constituyéndose en guía de otros principios y derechos constitucionales y en normas superiores.

2. El Principio del Bien Común

En este apartado realizaremos el estudio y análisis de las diferentes constituciones que se han promulgado en la historia de Guatemala, para determinar no sólo el momento histórico en que las características y elementos esenciales de este valor, el de libre

²² **Ibid.**



mercado y de la supremacía constitucional, se incluyeron en las mismas, sino también conocer la importancia que su inclusión tuvo en la vida económica, política y social de la sociedad guatemalteca, para alcanzar el desarrollo integral de la persona, la familia y la convivencia pacífica en dicha sociedad. Para ello, se presentan de acuerdo a la clasificación de las etapas del constitucionalismo: liberal, social y neoconstitucionalista

2.1. Constitucionalismo liberal

La primera constitución de Guatemala se aprobó en el contexto del constitucionalismo liberal, que se desarrolló en los siglos XVII, XVIII y XIX, y que se caracterizó por estar al servicio de la burguesía después de su triunfo sobre la aristocracia y el clero. Esta se emitió el 11 de octubre de 1825, durante el gobierno de Juan Francisco Barrundia y fue complementada por la Declaración de los Derechos del Estado y sus Habitantes, emitida el 5 de diciembre de 1839 por la Asamblea Constituyente, Decreto Número 76. En dicha Constitución se consagraron las ideas principales del liberalismo constitucional en la Sección II del Título I. En ella, por supuesto, resalta la ausencia de las características y los elementos esenciales del bien común.

La segunda fue la Constitución de 1879 que tuvo vigencia hasta 1944, aunque fue objeto de varias reformas. Al igual que la anterior, mantuvo las principales ideas del constitucionalismo liberal, al garantizar los mismos derechos individuales, la libertad, la igualdad, la seguridad, la honra y la propiedad. Una de las características ilustrativas de dicho individualismo lo constituye el haber regulado que solamente se consideraban ciudadanos a quienes supieran leer y escribir, o que tuvieran profesión u oficio,



excluyendo así a la mayoría de la población indígena del país, por ser analista. Además, estableció que la soberanía se delegaba en las autoridades no en el pueblo, que significó continuar con la ausencia en esta constitución, de las características y elementos esenciales del bien común.

2.2. Constitucionalismo social

En el periodo comprendido entre finales del siglo XIX y la primera mitad del XX, se consolidó un nuevo paradigma constitucional, el social, por lo que los derechos individuales en que el constitucionalismo liberal se sustentaba fueron limitados con relación al interés de toda la sociedad, a través de regulaciones económico-sociales. Este nuevo paradigma se explica por los efectos causados por la primera y segunda guerra mundial y el crac económico, denominado la Gran Depresión de los años treinta, que empobrecieron groseramente a millones de personas.

Guatemala, a pesar de no haber tenido un papel protagónico ni haber sido responsable de dichos eventos, no fue ajena a sus efectos. En lo económico, se resquebrajó el modelo agroexportador y, en respuesta a ello, la Comisión Económica Para América Latina - CEPAL- propuso como alternativa la industrialización, a través de la sustitución de importaciones. En el ámbito político, como respuesta a los abusos de la dictadura del gobierno de Jorge Ubico, surgió el movimiento revolucionario del 20 de octubre de 1944, que devino en la conformación de una junta de gobierno que convocó a elecciones. Como resultado de éstas, se instaló el primer gobierno democrático, que significó un parteaguas en la vida política, social, económica y cultural de Guatemala.



Dentro del contexto anterior, se convocó a una Asamblea Constituyente para que redactará una nueva ley fundamental, habiéndose aprobado así la Constitución de 1945.

Ésta se inspiró y se fundamentó en la filosofía del constitucionalismo social, con las consiguientes características y elementos esenciales del **bien común**, las que se materializaron en normas constitucionales expresas. De esa cuenta, en el Artículo 1 del texto constitucional, se estableció que Guatemala era una República libre, soberana e independiente, organizada con el fin primordial de asegurar a sus habitantes el goce de la libertad, la cultura, el bienestar económico y la justicia social; elementos esenciales del bien común.

En el capítulo II, del título II de dicha Constitución, se incorporaron las garantías sociales relativas al trabajo. En el Artículo 55 se estableció que éste es un derecho individual y una obligación social, sustentando la relación entre el capital y el trabajo en principios fundamentales para garantizar el cumplimiento de los contratos individuales y colectivos de trabajo. Además, se desarrollaron los conceptos del salario mínimo; la remuneración de los días de asueto; las jornadas de ocho horas; el derecho a gozar de vacaciones anuales remuneradas; a la igualdad de salarios; a la sindicalización libre; el derecho de huelga y el paro; la protección de la mujer y el menor trabajadores, y la indemnización por despido injusto, y el seguro social obligatorio contra invalidez, vejez, muerte, enfermedad y accidentes de trabajo.

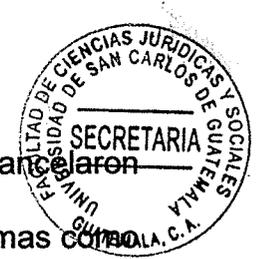
Otros aspectos del bien común, como la protección del Estado a la familia, la maternidad y el matrimonio, se regularon en la Sección III, en los Artículos 72 al 78. En la Sección IV, Artículos del 79 al 87, se incluyó lo relativo al fomento y la divulgación de la cultura, en



todas sus manifestaciones, a través de una educación pública laica, obligatoria y gratuita. También se declaró de utilidad social la campaña de alfabetización nacional; de utilidad e interés nacionales el desarrollo de una política integral para el mejoramiento económico, social y cultural de los grupos indígenas; se reconoció la autonomía de la educación superior, la libertad de cátedra y declaró tesoro cultural nacional toda la riqueza artística, histórica y religiosa del país.

Con relación a los elementos del bien común relativos al régimen económico y social, la constitución de 1945 estableció en el Título IV, Artículo 88, que el Estado orientaría la economía nacional en **beneficio del pueblo**, a fin de asegurar a cada individuo una existencia digna y provechosa para la colectividad, **sujetando el interés particular al interés colectivo o social**, así como una distribución con equidad, de la riqueza material. Además, reconoció la propiedad privada en función social y la posibilidad de expropiación, por motivos de necesidad y utilidad pública, o de interés nacional.

En 1954, el país vivió una conmoción política, debido a la promoción de un movimiento político y militar contrarrevolucionario, el cual fue orquestado por los Estados Unidos, la United Fruit Company, algunos terratenientes guatemaltecos, agrupados en la Asociación Guatemalteca de Agricultores (AGA), y la alta jerarquía católica. La presión de estos actores provocó la renuncia del presidente Jacobo Árbenz, acusado de comunista, en particular por la Reforma Agraria, para justificar el golpe de Estado y encubrir la verdadera razón, preservar los intereses económicos de los promotores del movimiento insurreccional en el país.



En este contexto, se derogó la Constitución y la Ley de Reforma Agraria, se cancelaron los sindicatos y los partidos políticos. Para legalizar la situación de Castillo Armas como Jefe de Estado, se llamó a un plebiscito, efectuado el 10 de octubre de 1954, junto con la elección de la Asamblea Nacional Constituyente, la que se instaló el 29 de octubre del mismo año, con el propósito elaborar una nueva Constitución. La constitución de 1954. El nuevo texto cambió muy poco con relación al contenido de la Constitución de 1945, pero sí se tuvo el cuidado de disminuir su orientación social.

El gobierno de Castillo Armas duró apenas tres años, porque fue asesinado en 1957, nombrando a Luis Arturo González como presidente, quien inmediatamente decretó estado de sitio, suspendió algunas garantías constitucionales y convocó a elecciones. El General José Miguel Ramón Ydigoras Fuentes resultó vencedor, quien fungió en el cargo de marzo de 1958 a marzo de 1963, fecha en que se le depuso por medio de un golpe de Estado. El poder pasó a manos del coronel Enrique Peralta Azurdia, quien declaró ilegales a los partidos políticos y suspendió la vigencia de la Constitución por el tiempo que fuera necesario. Luego convocó a una Asamblea Constituyente, la que se instaló en julio de 1964 y el 15 de septiembre del año siguiente se promulgó la Constitución de 1965.

Esta constitución, mantuvo las garantías sociales en el Capítulo 1, del título III, Artículos del 84 al 90, relativos a la familia; en el Capítulo 2, Artículos del 91 al 110, preservó también lo referente a la cultura y a la educación, así como la autonomía de la Universidad de San Carlos, como rectora de la educación superior; y, en el Capítulo 3, Artículos del 111 al 116, lo relacionado al trabajo. Los principales cambios con relación a los elementos esenciales del bien común fueron eliminar el término **justicia social** y dejar únicamente



el de **justicia**, en el Artículo 1, Título I, que comprendió las disposiciones generales así como el ejercicio de la soberanía, la cual se le desconoció al pueblo, y se lo otorgó a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, lo que significó un retroceso con relación a la Constitución de 1945.

2.3. Neoconstitucionalismo

La constitución de 1965 además de formar parte de la etapa anterior, también se incluye en ésta. En el capítulo V artículo 262, se creó la Corte de Constitucionalidad integrada por doce miembros, presidida por el presidente de la Corte Suprema de Justicia y su función fue la de conocer los recursos que se interpusieran en contra de las leyes o disposiciones gubernativas de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad.

La constitución de 1985 tuvo como antecedentes el surgimiento del conflicto armado interno y el establecimiento de un modelo de guerra contrainsurgente, como política, iniciado por el presidente Julio César Méndez Montenegro, e institucionalizada por su sucesor, el coronel Carlos Manuel Arana Osorio, quien asumió el cargo bajo la consigna de que: "los militares no queremos ser instrumentos de la iniciativa privada, sino sus socios."²³ Posteriormente se dicho modelo, se consolida en los gobiernos de Romero Lucas García y José Efraín Ríos Montt, a quien en un proceso judicial se le sentencio de genocida, por las violaciones de lesa humanidad cometidas en contra de la población.

²³ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/174/5.pdf>. **Constitución y derechos Étnicos. Las experiencias de 1945-1985 en Guatemala.** (Consulta 10 de agosto 2023)



En agosto del año 1983, el ejército dio otro golpe de Estado para sustituir al General José Efraín Ríos Montt, por su ministro de la defensa, General Oscar Humberto Mejía Víctores.

En julio del mismo año, se eligió la Asamblea Nacional Constituyente. En este contexto y el del neoconstitucionalismo, se redactó la Constitución de 1985, la que en su preámbulo establece la primacía de la persona humana, como sujeto y fin del orden social, a la familia, como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad, y al Estado, como responsable de la promoción del **bien común**, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz.

Estos principios fueron consagrados como normas constitucionales en los Artículos 1º y 2º del Título I de dicha Constitución. Por lo que, al organizarse el Estado para proteger a la persona y a la familia, y su fin supremo es la realización del **bien común**, el Estado se obliga a crear las condiciones económicas y sociales que permitan a todos y a cada uno de los guatemaltecos y guatemaltecas su desarrollo integral.

En este orden de ideas, la Corte de Constitucionalidad, en la sentencia del 11 de febrero del 2015, dictada dentro del expediente número 3507-2014, manifestó que “[...] las disposiciones que se emitan deben ser coherentes con ese valor, el bien común, porque este da sentido al conjunto de derechos que el resto de los preceptos fundamentales reconoce,” por lo tanto, exige que las disposiciones que se emitan para regular y administrar los asuntos del gobierno, estas deberán de ser conformes y congruentes con los principios y derechos constitucionales, para alcanzar el fin supremo del Estado, el bien común.



Así, en el Artículo 2º, se estableció que es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida que conlleva el derecho de éstos a una vida digna, de calidad, la cual involucra una serie de factores que establecen condiciones de existencia en sociedad, como la libertad, la integridad y la dignidad humana, la salud, la seguridad jurídica, la confianza en el futuro, la estabilidad económica, el ingreso económico, el bienestar, la cultura, el medio ambiente sano y el buen uso del tiempo libre, entre otros elementos del bien común.

Lo anterior explica claramente la supremacía del bien común frente al bien particular, lo cual no excluye la dignidad humana, derivado de que para que el Estado garantice la vida humana solamente lo puede hacer en condiciones de existencia en sociedad, de tal forma que la simbiosis entre los derechos humanos individuales y sociales, contenidos en la parte dogmática de la Constitución, específicamente en el Título II, capítulos del I al IV, visibilizan que el bien particular existe, y es parte del bien común, del mismo modo que el todo no existe sin las partes. En el Título II se confirman los elementos esenciales del bien común, como lo son el bienestar material, que se alcanza a través de la redistribución de la riqueza y la prestación de servicios públicos, como la educación, la salud, la recreación, cultura, etc.

Otras características del bien común, como lo es la paz, la igualdad, la equidad y la protección de la comunidad, se encuentran desarrolladas en los derechos humanos sociales, establecidos en el Capítulo II del Título II constitucional, los cuales regulan todo lo relativo a la protección que el Estado debe dar a los grupos étnicos, la asistencia y seguridad social y los principios del régimen económico y social que, conforme el Artículo



118, se fundamenta en principios de **justicia social**, entendida ésta como la obligación del Estado de dirigir u orientar la actividad económica hacia la explotación de todos los recursos naturales y humanos que permitan incrementar la riqueza y, de esa forma, lograr el pleno empleo, y la justa distribución de la riqueza.

Otro de los pilares fundamentales para lograr el fin supremo del Estado, lo constituye su organización y forma de gobierno, aspectos que se regulan en los Artículos 140 y 141, de la Constitución, en los que se establece que Guatemala es: "un Estado libre, independiente y soberano, organizada para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo. La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La subordinación entre los mismos es prohibida". Por lo tanto, en estos artículos se completan los principios de un Estado constitucional y democrático de Derecho.

Otro aspecto importante del **bien común**, lo constituye lo regulado en la parte práctica de la Constitución Política de la República, al incluir las garantías constitucionales y la defensa del orden constitucional, ampliadas y desarrolladas en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad, decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, en las que se proclamó que, de conformidad con los principios en que se basa la organización democrática del Estado, deben existir instrumentos jurídicos procesales que garanticen el irrestricto respeto y reparación, en su caso, de los derechos inherentes al ser humano, a la libertad de su ejercicio y a las normas fundamentales que rigen la vida de la sociedad, a fin de asegurar el régimen constitucional de derecho.

3. El Principio de Libre Mercado o Libertad de Comercio

Previo a conocer el momento histórico en que este principio se incluyó en las distintas constituciones del país, es imprescindible recordar las particularidades esenciales del principio de libre mercado, siendo éstas que el gobierno, como representante del Estado, no fijará precios ni promulgará leyes que limiten el comportamiento de la oferta y la demanda, incluido el propio Estado como consumidor, al momento de adquirir los bienes y suministros necesarios para proveer los servicios públicos esenciales a la población, en su función de redistribuidor de la riqueza.

Las constituciones de 1825 y 1879, atendiendo a su contexto ideológico, se identificaron con los principios del constitucionalismo liberal y del liberalismo económico, con su teoría del mercado perfecto. Esta teoría supone ninguna intervención de agentes externos a las fuerzas del mercado, ni regulación que las limite. Dicha tesis fue acogida en dichas constituciones, pues no incluyeron ninguna norma que limitara la economía de libre mercado; sin embargo, ambas tuvieron como referente la Constitución de la República Federal de Centroamérica que, en su Artículo 41, estableció que no habría monopolios de ninguna clase, lo que evidencia el ideal de una economía de libre mercado.

En la Constitución de 1945, el principio de libre mercado se reguló en el Artículo 97, en donde se reconoció la libertad de industria, comercio y trabajo, salvo las limitaciones que, por motivos económicos, fiscales, sociales o de interés nacional, impusieran las leyes. Como puede verse, dicho Artículo estableció expresamente los únicos motivos por los cuales podía limitarse la libertad de comercio. Adicionalmente, el Artículo 99 lo



complementó al indicar que el Estado prohibiría la creación o limitaría el funcionamiento de empresas que absorbieran o tendieran a absorber, en perjuicio de la economía nacional, una rama de la producción o una determinada actividad comercial. En otras palabras, el Estado, por mandato constitucional, debía prohibir la existencia de monopolios, por ser contrarios al libre mercado o libertad de comercio.

La Constitución de 1965, mantuvo el principio de la libre industria, comercio y trabajo, regulados en el Artículo 73, y estableció que únicamente podía limitarse esta libertad **por motivos sociales o de interés nacional**, es decir, garantizó el libre comportamiento del mercado, tanto de bienes como de factores de producción. Esto se complementó con lo establecido en el Capítulo V sobre el régimen económico y social, en donde se reconoció la libertad de empresa y la obligación del Estado de promoverla y estimularla, para que contribuyera al desarrollo económico y social del país. En los Artículos 124 y 140 se prohibieron los monopolios, limitando así el funcionamiento de empresas que absorbieran o tendieran a absorber la producción y la actividad comercial o agropecuaria.

En la constitución de 1985, los constituyentes incluyeron, en el Artículo 43, los principios de libertad de industria, comercio y trabajo, contenidos en las dos constituciones anteriores (desarrollados en el Código de Comercio, Decreto Número 2-70, y en el Código de Trabajo, Decreto Número 1441, del Congreso de la República). Estas libertades se complementaron con lo regulado en la literal h) del Artículo 119, que obligó al Estado a impedir el funcionamiento de prácticas excesivas que condujeran a la concentración de bienes y medios de producción en detrimento del bien común, Adicionalmente, el Artículo 130 prohíbe los monopolios y privilegios, en protección de la economía de mercado y de



las asociaciones que restringieran la libertad del mercado o perjudicaran a los consumidores.

En síntesis, se puede decir que el principio de libre mercado o libertad de comercio se constitucionalizó en el año de 1945, habiendo los constituyentes, establecido que, para poder limitar dicha libertad, solo podría hacer por motivos económicos, fiscales, sociales o de interés nacional, que impongan las leyes. Estas limitantes se redujeron en las Constituciones de 1965 y 1985 respectivamente, al establecer que, **la libertad de comercio sólo puede limitarse por motivos sociales o de interés nacional**, por lo que cualquier limitante que se establezca en leyes ordinarias, que no cumplan con dichos motivos, devendrán ineficaces por ser contrarias a la Constitución.

4. El principio de Supremacía Constitucional

Previo a conocer el momento histórico en el que este principio se incluyó de forma expresa en las constituciones del país, es importante recordar lo esencial que resulta para la conservación del Estado Constitucional de Derecho y Justicia, la supremacía constitucional. Según este principio, la Constitución es la norma suprema que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, por lo que las disposiciones normativas y los actos del poder público deberán ser contestes con ella, pues, en caso contrario, carecerán de eficacia jurídica. Partiendo de esta premisa, los poderes y autoridades deben someterse a la Constitución, ya que en ella los derechos que contiene cumplen un doble papel, pues sirven de fundamento, pero también de límite, de la actuación de dichos poderes.



En el Artículo 106 de la primera constitución del Estado de Guatemala se estableció, aunque no de forma expresa, pero sí de forma indirecta, el principio de supremacía constitucional, al establecer que, cuando la ley o resolución fuere contraria a la Constitución Federal de la República de Centro América, y a la de 1825, el Consejo negaría la sanción de dicha ley o resolución. Además, también se previó que se negaría la sanción, cuando ese ente juzgare que su observancia no era conveniente ni al orden ni a la tranquilidad, o bien, a la prosperidad del Estado o de la República en general.

En la Constitución de 1879, aunque no de forma expresa, se reguló en el Artículo 70 que los consejeros de Estado eran responsables de los acuerdos que fueran contrarios a la Constitución y a las demás leyes, lo que se complementó con lo que se establecido en el Artículo 77, en donde se indicó que eran deberes y atribuciones del ejecutivo observar y hacer que se observara la Constitución y demás leyes.

En la constitución de 1945, no obstante, los avances en materia de derechos sociales, no incluyó de forma expresa el principio de supremacía constitucional, si lo dejó regulado en el Artículo 170 al establecer que, los tribunales de jurisdicción ordinaria y el de lo contencioso administrativo podían declarar, en casos concretos, la inaplicación de cualquier ley o disposición de los organismos que ejercían funciones del poder público, cuando fueran contrarias a la Constitución.

A diferencia de las constituciones anteriores, en la de 1965, sí se incluyó de forma expresa, el principio de **supremacía constitucional**, en línea con la teoría del neo-constitucionalismo, al normar, en al Artículo 172, que ninguna ley podía contrariar las



disposiciones de la constitución y que las leyes que violaran o tergiversaran los preceptos constitucionales eran nulas de pleno derecho (*ipso jure*). En el Artículo 246 se adicionó la obligación de los tribunales de justicia de observar, siempre, el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado internacional. Además, en el capítulo V, Artículo 263, con el objeto de garantizar la defensa de la Constitución, se creó el Tribunal Constitucional, como un órgano de control.

En la Constitución de 1985, el principio de supremacía constitucional fue expresamente incluido en los artículos 44, 175 y 204; en el último párrafo del Artículo 44, establece que, “serán nulas *ipsu jure* las leyes y las disposiciones gubernativas, o de cualquier otro orden, que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la constitución garantiza”. Esta protección, la hizo extensiva a los derechos que, aunque no figuraran expresamente en dicha Constitución, sean inherentes a la persona humana. Además, en el segundo párrafo de dicho Artículo, estableció que el interés social prevalece sobre el particular.

En el Artículo 175, relativo a la jerarquía constitucional, establece que, “ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas *ipso jure*”, este Artículo se complementa con lo regulado en el Artículo 204 que indica: “Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observaran obligadamente el principio de que la Constitución Política de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado”. Esto confirma que, tanto las leyes ordinarias, los reglamentos y cualquier acto o disposición gubernamental, así, como las decisiones o resoluciones judiciales, deberán ser contestes con dicha Constitución.



Lo expresado supra, permite comprender que la Constitución es la norma fundamental de todo el ordenamiento jurídico guatemalteco y en ella deben basarse las demás disposiciones que lo integran. Como ley suprema, prevalece sobre cualquier otra, de manera que aquéllas que la contravengan devienen nulas de pleno derecho. Este principio es vinculante para gobernantes y gobernados, permite la consolidación del Estado Constitucional de Derecho y con ello, alcanzar el fin supremo del Estado, **el bien común**, sustentado en la democracia constitucional, que garantiza y protege los derechos humanos individuales y sociales, inherentes a la persona. Por ello, el Artículo 204 obliga a los tribunales de justicia a observar el principio de supremacía constitucional en toda resolución o sentencia.

La importancia de este capítulo en la resolución del problema de la presente investigación, radicó en que al establecer el momento histórico en que pasaron a formar parte del contenido de la Constitución Política de la República de Guatemala, los principios de libre mercado, del bien común y de supremacía constitucional, adquirieron el carácter de normas fundamentales, por lo que cualquier legislación de jerarquía jurídica menor, que los vulnere, restrinja, tergiverse o disminuya, como sucede con las limitantes contenidas en las literales a) y c) del Artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República, dichas limitantes, son nulas de pleno derecho, por ser contrarias a lo establecido en dichas normas constitucionales.



CAPÍTULO III

Análisis Jurídico y Económico de la Ley de Contrataciones del Estado decreto 57-92 del Congreso de la República

En este capítulo se realiza el estudio y análisis desde los ámbitos, jurídico y económico, de la Ley de Contrataciones del Estado Decreto 57-92 del Congreso de la República, la cual tiene por objeto regular las compras, ventas, contrataciones, arrendamientos o cualquier otra modalidad de adquisición pública, que realicen los Organismos de Estado y las demás instituciones del Sector Público, incluidas las organizaciones sin fines de lucro y los fideicomisos constituidos con fondos públicos. Sin embargo, por la naturaleza de esta investigación, se analiza concretamente lo regulado en el artículo 5, literales a) y c) relativos a las limitantes y otros requisitos, que dichas instituciones deben de cumplir para importar de forma directa de mercados internacionales.

Además, se evaluó si la aplicación de dicha ley, como instrumento legal indispensable para adquirir los bienes y suministros que el Estado necesita, cumple con el principio económico de eficiencia y eficacia en la prestación de los bienes y servicios públicos que por mandato constitucional debe de proveer a los habitantes del país.

1. Antecedentes

Con relación a los antecedentes específicos sobre la regulación para la importación directa de bienes y suministros por parte de las instituciones del Estado, en el Artículo 24



del Decreto número 13-70 del Congreso de la República, se estableció que, cuando se tratara de bienes que debían ser importados, los precios se cotizarían puestos éstos en el lugar indicado en las bases de licitación, con exclusión de los derechos aduaneros de importación. Como podemos ver, esta ley no reguló limitaciones a las instituciones del Estado para que pudieran adquirir los bienes y suministros en los mercados internacionales, por lo que se infiere que las instituciones públicas podían importar de forma directa dichos bienes y suministros para cumplir con su razón de ser.

A diferencia de lo antes citado, el Decreto número 35-80 del Congreso de la República estableció en el Artículo 3º, los requisitos que las instituciones del Estado debían cumplir para importar bienes y suministros de forma directa, al indicar que los organismos del Estado y las entidades a que se refiere el Artículo 1º, podían importar bienes directamente, cuando: a) no se produjeran en el país o en el área centroamericana, y b) su precio incluyera los derechos aduaneros, impuestos, pasajes, viáticos, seguros y demás gastos correspondientes y éste fuera más bajo que el que tuvieran los mismos en el mercado nacional. Con esta limitante, se le dio al Estado, el carácter de oferente no de consumidor, tal cual es.

Este enfoque no fue el correcto, ya que los gastos de las instituciones del Estado se consideran consumo, es decir, estas demandan los bienes y suministros, adquiriéndolos en el mercado nacional o a través de importaciones de forma directa, de los mercados internacionales, no solo para cumplir con los mandatos constitucionales, sino también proveer los bienes y servicios esenciales que la población demanda, no para venderlos en el mercado como otro proveedor o competidor de índole mercantil y lucrativo.



En el Decreto número 57-92 del Congreso de la República, se adicionaron más límites a las instituciones del Estado para importar los bienes y suministros de forma directa de los mercados externos, al regular en el Artículo 5 que, “los organismos de Estado y las entidades a que se refiere el Artículo 1 de esta ley, podrán por excepción, importar bienes directamente cuando:

- a) El valor en cada caso no exceda del monto establecido para adquisiciones por el régimen de cotización;
- b) No se produzcan en el país, o se produzcan en cantidad insuficiente para la necesidad respectiva, y
- c) No haya existencia de procedencia importada, ni representantes de proveedores o distribuidores debidamente acreditados en el mercado nacional, o que, habiéndolos, el precio de importarlos directamente, incluyendo derechos aduanales, impuestos, seguros, pasajes, viáticos y demás gastos atribuibles, fuera más bajo que el que tuvieran los mismos bienes en el mercado nacional.

De acuerdo con lo regulado en dicho artículo, a las instituciones del Estado se les restringe, disminuye y tergiversa el derecho de acceder a mercados internacionales, razón por lo que no pueden adquirir en dichos mercados, los bienes y suministros que necesitan a precios más bajos y de mejor calidad, lo que no les permite producir los bienes públicos y servicios esenciales de forma eficiente y eficaz, que por obligación constitucional deben de proveer a la población del país, específicamente a la de menores recursos y que vive marginada en las áreas rurales, traduciéndose esto, en un efecto negativo en la consecución del bien común, al no poder proveer de forma recurrente y permanentemente dichos bienes y servicios públicos.



Adicionalmente el Artículo 8 del Reglamento de la Ley citada, burocratizó más el procedimiento de importaciones, al establecer que, la entidad compradora formará expediente, acreditando fehacientemente los extremos ahí establecidos, incluyendo el análisis cuantitativo que demuestre que el precio resultante sea por lo menos quince por ciento (15%) más abajo que el precio que defina la Comisión conformada por: un representante del Instituto Nacional de Estadística -INE-, un representante de la Superintendencia de Administración Tributaria -SAT-, y un representante de las entidades interesadas.

Consultadas las autoridades del Instituto Nacional de Estadística sobre el Reglamento para el funcionamiento de la comisión arriba indicada, manifestaron que a la fecha no se ha elaborado esa regulación, por lo que esta comisión no se ha podido constituir, lo cual significa que ninguna institución del Estado ha podido importar de forma directa desde que entró en vigor dicha ley y su reglamento, lo que se verificó en el Sistema Electrónico de Adquisiciones del Estado denominado GUAATECOMPRAS.

Los efectos negativos de la situación arriba mencionada, no sólo afecta a las instituciones públicas, al obligarlas a comprar únicamente en el mercado interno a los precios y calidades que los proveedores determinen, restringiendo y disminuyendo su capacidad de compra, sino que, además, también reduce el poder de adquisitivo de los consumidores del país, ya que al igual que las instituciones públicas, se obligan a pagar los precios de los bienes y servicios que adquieren a los precios que los proveedores determinen en el mercado nacional. Por lo tanto, es evidente que el haber agregado más limitantes a la importación de forma directa por parte del Estado en esta ley, obedeció



más a intereses privados, que a motivos sociales o de interés nacional, vulnerando así el principio de libertad de comercio contenido en el artículo 43 constitucional.

2. Análisis jurídico del decreto número 57-92 del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado

El ordenamiento jurídico guatemalteco se organiza conforme al principio kelseniano relativo a la jerarquía de las normas, el cual se recoge en el Artículo 175 de la Constitución Política de la República, al establecer que ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de ésta. Lo anterior se complementa con lo previsto en el Artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89 del Congreso de la República, según el cual se debe observar siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República sobre cualquier ley o tratado, salvo los tratados o convenciones en materia de derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno.

Lo arriba indicado, significa que, en la cúspide del ordenamiento jurídico del país, se encuentra la Constitución como Ley suprema, seguida de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, las leyes constitucionales, luego las leyes ordinarias y decretos ley y por último el nivel base, los reglamentos y cualquier acto de gobierno.

Dentro de este contexto, la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto número 57-92 del Congreso de la República, es una ley ordinaria, aprobada por el poder legislativo, conforme al procedimiento de formación y sanción de la ley establecido en el artículo 174



de la Constitución Política de la República. Dicha ley se complementa con su Reglamento, contenido en el Acuerdo Gubernativo número 122-2016, el cual, de acuerdo con el principio de Supremacía Normativa ya indicado, debe regular el procedimiento que deberán cumplir todas las instituciones del Estado citadas en el artículo 1 de dicha Ley.

Durante su vigencia, la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República, ha sufrido más de ocho reformas, las que en su mayoría responden a falencias en su creación y aplicación; a coyunturas de orden económico o político; o bien, para readecuar la legislación interna a compromisos adquiridos en tratados o convenios internacionales, suscritos y ratificados por el país.

Del total de reformas realizadas, es importante conocer el objeto de la sexta reforma porque se relaciona directamente con la presente investigación, dicha reforma se realizó a través del Decreto número 45-2010 del Congreso de la República, el cual autorizó la adquisición y compra de forma directa de las vacunas que realizara el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, siempre y cuando se hicieran a través de la Oficina Panamericana de la Salud -OPS-, como podemos ver, esta reforma evidencia el efecto negativo que las limitantes establecidas en el artículo 5 de la citada ley, tienen en el proceso de adquisiciones de las instituciones del Estado en mercados internacionales.

En resumen, de las nueve reformas realizadas a la ley de Contrataciones del Estado a partir de su vigencia, seis de ellas fueron para superar las falencias y deficiencias técnicas contenidas en la misma, lo cual evidencia el poco conocimiento de los principios que



informan a la administración pública y de su funcionamiento por parte del legislador y de su cuerpo asesor. Esto perjudicó la creación de una normativa que le facilitara a la administración pública la contratación y adquisición de los bienes y suministros necesarios para producir los bienes públicos y la prestación de los servicios básicos y esenciales que la Constitución Política de la República le asigna al gobierno.

Para ilustrar lo anterior, se presentan a continuación los resultados obtenidos de la autoevaluación del sistema nacional de compras públicas, realizado por el gobierno central, con el apoyo de organizaciones públicas y privadas guatemaltecas e internacionales, en el año 2019, dirigido por el experto del Banco Interamericano de Desarrollo -BID- Xavier Vizcaino.

Esta investigación para su ejecución se dividió en cuatro pilares: el primero, evaluó el actual marco legislativo, regulatorio y de políticas de la contratación pública, identificando las reglas y los procedimientos formales que rigen la contratación pública y cómo se comparan con los estándares internacionales. Los resultados obtenidos sobre su cumplimiento indican que el 43% se cumple, el 24% se cumple parcialmente y el 33% no se cumple. Las áreas de no cumplimiento más importantes entre otras fueron en su orden, las reglas de participación para asegurar la **competencia justa**; falta de claridad sobre la prevalencia y complementariedad de los acuerdos internacionales; proveer documentos modelo de contratación para bienes, obras y servicios; y obligaciones derivadas de acuerdos internacionales.

Los resultados obtenidos en dicha autoevaluación dan testimonio concreto de que la falta



de cumplimiento y cumplimiento parcial en la aplicación de la Ley de Compras y Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República, por parte de las instituciones públicas, que, en conjunto, representan el 57%, hace ineficiente la aplicación de dicha regulación para que la administración pública pueda cumplir con los mandatos constitucionales relativos al bien común y de los deberes fundamentales del gobierno como representante del Estado.

El segundo pilar, se refiere al marco institucional y capacidad de gestión, por lo que se evaluó qué tan efectivo es el sistema de contratación para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley, si existen enlaces adecuados con el sistema de gestión de finanzas públicas del país; si se encuentran establecidas instituciones a cargo de las funciones necesarias, y si las capacidades técnicas y de gestión son adecuadas para emprender procesos de contratación pública transparentes y eficientes. De acuerdo con los resultados obtenidos sobre el cumplimiento de este pilar, se determinó que se cumple en un 45%, se cumple parcialmente en un 28% y no se cumple en un 27%.

Al igual que el primer pilar, el segundo, por medio del cual se evaluó el marco institucional y su capacidad de gestión, refleja que el 55% no se cumple o se cumple parcialmente, haciendo ineficiente la capacidad de gestión de las instituciones del Estado y, como consecuencia, la pérdida de presencia del mismo, en la promoción del **bien común**, particularmente en el interior del país, dejando así a un gran sector de la población fuera de los beneficios y de la redistribución de la riqueza que el modelo económico vigente genera, derivado del incumplimiento de las obligaciones constitucionales, producto de la ineffectividad y eficiencia que presenta la Ley de Contrataciones del Estado.



3. Análisis económico del decreto 57-92 Ley de Contrataciones del Estado

La aplicación de la teoría de la eficiencia económica al derecho permite analizar y evaluar la eficiencia o ineficiencia, la efectividad o ineffectividad de la aplicación de la ley, a través de los incentivos y desincentivos que el legislador incluyó en la regulación, para promover y guiar la conducta de los agentes económicos que participan como oferentes y demandantes en el mercado interno de una economía. Ejemplo de ello, lo constituye lo regulado en el Artículo 96 de la Constitución Política de la República, que establece la obligación del Estado de desarrollar las acciones necesarias en cuanto a la preservación de la calidad de los productos alimenticios, farmacéuticos, químicos y todos aquellos que puedan afectar la salud y bienestar de los habitantes; en otras palabras, velar por el bien común.

En ese orden de ideas, se debe tener conciencia de que, para poder atender las demandas sociales, que cada día se hacen más complejas y complicadas, lo que hace que los recursos públicos resulten escasos, la población demanda mayores niveles de eficiencia, eficacia y efectividad en la ejecución del gasto público, lo cual, requiere de mayores niveles transparencia y control de la corrupción.

Por lo tanto, los procesos de adquisiciones de bienes y suministros han dejado de ser una actividad periférica dentro de la administración pública, para convertirse en un instrumento clave que asegure el buen uso del dinero de los contribuyentes y poder hacer frente a esas demandas sociales que, como se dijo, están contenidas en el principio del bien común y en los deberes fundamentales del Estado.



En ese sentido, no se puede hablar de una gestión pública efectiva y eficiente en ausencia de un sistema de adquisiciones públicas que asegure una adecuada y efectiva provisión de los bienes, servicios y obras que el sector público debe proveer o prestar a la sociedad guatemalteca. Por lo que, para que un sistema de adquisiciones públicas cumpla adecuadamente su objetivo, debe convertirse en un instrumento que facilite la ejecución de las políticas públicas, para así mejorar las condiciones de vida de la población.

En el caso concreto de esta investigación, es importante conocer y evaluar los procesos y procedimientos regulados en la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República, para verificar si el contenido de dicha ley, le facilita a los Organismos del Estado y demás instituciones públicas citadas en el Artículo 1, la adquisición de los bienes y suministros que, de acuerdo a su razón de ser, necesitan para proveer los bienes públicos o prestación de servicios que su ley constitutiva les ordena, de forma eficiente, efectiva y eficaz, que asegure una adecuada y ágil provisión de dichos bienes o servicios, al menor coste posible.

En el cuadro 1 del Anexo II, se presentan las modalidades de adquisiciones públicas contenidas en dicha ley, ordenadas por montos. De acuerdo con el experto Xavier Vizcaino, debería ordenarse por el valor en dinero, para encontrar el balance correcto entre economía, eficiencia y eficacia, ya que no puede ser evaluado a través de sólo una de estas dimensiones, de manera aislada. Además, no se toma en cuenta ni se considera el objetivo final de la adquisición, el cual consiste en satisfacer las necesidades



esenciales y urgentes de la población, especialmente de los grupos que no reciben los beneficios del modelo económico vigente.

Con relación a los plazos, dicha ley únicamente regula el de la convocatoria y el de aprobación de las adquisiciones; plazos que, de acuerdo con los resultados de la investigación realizada en las instituciones del Estado, no se cumplen en la realidad. Además, no se encontró información sobre el tiempo que duran los procesos de adquisiciones por cotización y/o licitación pública, aunque si se confirmó que las adquisiciones por estos procedimientos son mínimas, comparadas con el procedimiento de compras directas.

De la información del cuadro 1 se infiere que, en la práctica, las modalidades más utilizadas son la de compra directa, seguida por la de cotización y la de licitación. De estas tres, la de compra directa tiene el menor plazo, lo que hace suponer que los bienes y suministros se adquieren de forma eficiente y, como consecuencia, permite hacer efectiva la provisión de los servicios públicos básicos al menor coste y tiempo posible. Sin embargo, la realidad demuestra que este procedimiento se utiliza más no en función del bien común, sino porque facilita el fraccionamiento de las compras y eso la hace tierra fértil para promover la corrupción. Ejemplo de ello lo constituyen los cuestionables actos de corrupción que se han dado en los últimos años en la administración pública.

Para ilustrar lo anterior, en el Anexo I se incluye la gráfica número 2 que muestra el comportamiento del uso de las modalidades de contrataciones y adquisiciones del sector público para el primer semestre del año 2023. Esta gráfica evidencia que la modalidad

que más usan las instituciones del Estado, organizaciones no gubernamentales y personas jurídicas que usan fondos públicos, es la compra directa. De los 21,990 eventos realizados al 30 de junio de dicho año, se confirma que el 96.28% correspondió a compra directa; el 2.47% a cotización, y el 1.25% restante a licitación. Esto hace ineficientes las reformas hechas a la Ley de Contrataciones del Estado, orientadas a incrementar los montos de las dos últimas modalidades.

Adicional a lo señalado, y con el propósito de verificar que el uso de las modalidades de adquisición por parte de las instituciones del Estado no obedecen al objetivo de atender de forma eficiente, efectiva y económica su razón de ser, ni para satisfacer las necesidades de la población, a manera de ejemplo, se presenta en el Anexo II el cuadro número 2, que contiene la cantidad de publicaciones realizadas en el Sistema de Guatecompras y su estado, por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social en los últimos cinco años.

La información contenida en el cuadro 3, del Anexo II, ilustra, claramente, la ineficiencia en la aplicación de las modalidades de adquisiciones establecidas en dicha Ley, ya que, del 100% de dichos eventos, el responsable de velar y hacer cumplir el régimen jurídico relativo a la salud preventiva y curativa, así como del cumplimiento de los tratados y convenios internacionales relacionados con la salud en casos de emergencias por epidemias y desastres naturales, durante los últimos 5 años, únicamente ha adjudicado en promedio el 67% del total de eventos publicados en el Sistema de Adquisiciones del Estado. Esto explica la falta recurrente que, año con año, se tiene de insumos y



medicamentos en la red hospitalaria, afectando negativamente la salud y vida de la población guatemalteca.

Adicionalmente a lo ya indicado, se revisó el sistema de Guatecompras para verificar cuántas adquisiciones de bienes y suministros realizó dicho Ministerio en el mercado internacional durante el mismo periodo, el resultado obtenido fue que no se registró ninguna importación directa de los mercados internacionales. Esto significa que todas las adquisiciones las realizó la entidad antes mencionada, en el mercado nacional. En este sentido, es imperativo verificar la evidencia empírica, para lo cual se presentan los resultados obtenidos en la autoevaluación de los pilares tres y cuatro del sistema nacional de compras públicas realizado por el gobierno central en el año 2019, (ver cuadro 3, Anexo II).

Del cuadro 3, se infiere que el 46% de las instituciones del Sector Público evaluadas no cumple con los principios, reglas y procedimientos de contratación pública, especialmente en las áreas de planificación, estrategias óptimas de contratación; la falta de requisitos definidos en los contratos; selección de métodos de adquisiciones óptimos, cláusulas de sostenibilidad y de incentivos y gestión de contratos, para facilitar las oportunidades de participación directa de partes interesadas externas relevantes en la contratación pública. Esto lo confirma el coordinador de la evaluación, al indicar: "... y la manipulación de los criterios de evaluación para dedicar procesos a un proveedor mantiene la adjudicación a los mismos de siempre como una inercia en los procesos"²⁴.

²⁴ Vizcaino Xavier. **Evaluación del sistema nacional de compras públicas de Guatemala**, Pág. 93

Otro resultado importante que arrojó dicha evaluación es que apenas el 14% cumple con lo relativo a la rendición de cuentas, integridad y transparencia del sistema de contratación pública; y el 86% no cumple, o cumple parcialmente este criterio, siendo las áreas de no cumplimiento: el marco legal, organización y procedimientos del sistema de control; falta de formación en auditorías de contratación; los plazos del proceso de impugnaciones y apelaciones retrasan indebidamente el proceso de contratación; la falta de independencia del órgano de apelaciones no asegura que sus decisiones estén libres de interferencia o conflicto de intereses; sanciones eficaces y sistemas de cumplimiento de la ley.

4. Derecho Comparado

Con el propósito de realizar un análisis de derecho comparado, entre lo regulado por la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala y las leyes en esa misma materia de El Salvador, Honduras y Costa Rica, específicamente en los relativo a las limitaciones y requisitos burocráticos a la importación de forma directa de bienes y suministros por parte de las instituciones del públicas de cada país.

En el siguiente apartado, se presenta el contenido y análisis de lo normado por cada uno de los países arriba mencionados, con relación al funcionamiento del libre mercado en sus economías, para verificar y determinar si estos velan por la aplicación de dicho principio, o si lo limitan, impidiéndoles a las instituciones de gobierno de cada uno de dichos países, importar de forma directa todos los bienes y suministros que necesitan en



los mercados externos, a través de la ejecución del gasto público, para cumplir con la función constitucional de redistribuir equitativamente o de forma justa la Renta Nacional.

4.1. Guatemala

El Artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, decreto 57-92 del Congreso de la República, establece las limitantes siguientes: “Los organismos del Estado y las entidades a que se refiere el Artículo 1 de esta ley, podrán, por excepción, importar bienes directamente cuando:

- a) El valor en cada caso no exceda del monto establecido para adquisiciones por el régimen de cotización;
- b) No se produzcan en el país, o se produzcan en cantidad insuficiente para la necesidad respectiva;
- c) No haya existencia de procedencia importada, ni representantes de proveedores o distribuidores debidamente acreditados en el mercado nacional, o que, habiéndolos, el precio de importarlos directamente, incluyendo derechos aduanales, impuestos, seguros, pasajes, viáticos y demás gastos atribuibles, sea más bajo que el que tengan los mismos bienes en el mercado nacional”.

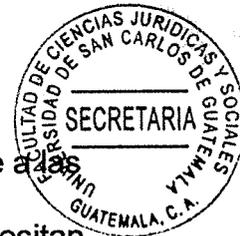
Del análisis de dicho artículo, se concluye que, en nuestro país, las instituciones del Estado para poder importar de forma directa de los mercados internacionales los bienes y suministros necesarios para cumplir con los deberes y obligaciones constitucionales, podrán hacerlo por excepción, y, para ello, deberán de cumplir con los presupuestos jurídicos establecidos en las literales a) y c), del artículo 5 de dicha ley. Dichas

limitaciones, no han permitido que ninguna institución del Estado durante los últimos treinta y un años, haya podido importar de forma directa de los mercados internacionales, esos bienes y suministros necesarios para cumplir con su razón de ser.

4.2. El Salvador

A diferencia de lo que sucede en Guatemala, la Ley de Compras Públicas de El Salvador, Decreto número 652 de la Asamblea Legislativa, no establece limitaciones a las instituciones públicas de ese país para importar bienes y suministros de forma directa, al regular, en el Artículo 1 de dicha ley, que las contrataciones de la administración pública se regirán, entre otros, por los principios de libre competencia e igualdad. En el Artículo 5, esta Ley define que el principio de libre competencia procurará la más amplia competencia, que no se podrán establecer restricciones injustificadas a la libre participación y que, conforme el principio de igualdad, en los procedimientos de contratación pública se dará un trato igualitario a todos los oferentes.

Lo regulado en los Artículos ya relacionados, se complementa con lo que establece el Artículo 26 de dicha ley, al indicar que, “Los proveedores, oferentes, adjudicatarios y contratistas tienen prohibido celebrar acuerdos entre ellos o con terceros, con el objeto de establecer prácticas que restrinjan de cualquier forma el libre comercio, o realizar cualquier otro tipo de práctica anticompetitiva establecida por la ley especial en esa materia (...).” Esto evidencia que este país, no solo no limita a las instituciones públicas para que puedan adquirir los bienes y suministros que necesitan de mercados externos, sino que, garantizan la libre competencia al controlar las prácticas anticompetitivas.



De lo regulado por esta Ley, se deduce que, al no incluir ninguna norma que limite a las instituciones públicas importar de forma directa, los bienes y suministros que necesitan para proveer los servicios públicos que la sociedad salvadoreña demanda, dichas instituciones están facultadas para adquirirlos de forma directa en los mercados internacionales, bajo el amparo de lo regulado en los Artículos 1 y 5, respectivamente. Además, es importante mencionar que dicho país cuenta con una Ley de Competencia, razón por la cual, en el penúltimo párrafo del Artículo 5 ya citado, se establece la obligación que tienen los servidores públicos y cualquier persona que tenga conocimiento o indicios de dichas prácticas anticompetitivas, de notificarlo inmediatamente a la Superintendencia de Competencia.

4.3. Honduras

En estala misma línea de análisis, la Ley de Contratación del Estado de Honduras, Decreto número 74-2001 del Congreso Nacional, en el Artículo 7, regula lo relativo a los principios de igualdad y libre competencia, establece para el efecto, que todos los oferentes que cumplan con los requisitos legales participarán en los procedimientos de contratación administrativa, en condiciones de igualdad y sin sujeción a ninguna restricción no derivada de especificaciones técnicas y objetivas, propias del objeto licitado.

En la aplicación de este principio respecto de oferentes extranjeros, establece que se observará el principio de reciprocidad; además, indica que este principio no impedirá incluir márgenes de preferencia a favor de oferentes nacionales, según dispone el



Artículo 53 de esta Ley, estableciendo, como limitante, incluir al precio de la oferta internacional el impuesto de importación y, si no lo tuviere, se añadirá un 15%. Por lo tanto, se concluye que, de acuerdo con lo establecido en dicha ley, no existen limitaciones para que las instituciones públicas de dicho país puedan importar de forma directa los bienes y suministros que necesitan de los mercados externos.

4.4. Costa Rica

A diferencia de Guatemala, en el Artículo 5 de la Ley de Contrataciones Administrativas número 9986 de Costa Rica, se regula lo relativo al principio de igualdad y libre competencia, el cual establece que, en los procedimientos de contratación administrativa, se respetará la igualdad de participación de todos los oferentes potenciales. Además, se prevé que los reglamentos de esta Ley, o las disposiciones que rijan los procedimientos específicos de cada contratación, no podrán incluir ninguna regulación que impida la libre competencia entre los oferentes potenciales.

Con relación a la participación de oferentes extranjeros, dicha ley regula que la misma se regirá por el principio de reciprocidad, según el cual a ellos se les brindará el mismo trato que reciban los nacionales en el país de origen de aquellos. Además, indica que: “Los carteles y los pliegos de condiciones no podrán disponer formas de pago ni contener ninguna regulación que otorgue a los oferentes nacionales un trato menos ventajoso que el otorgado a los oferentes extranjeros”. Los órganos y entes públicos no podrán usar sus prerrogativas de exoneración para importar, por medio de adjudicatarios de licitaciones, concesionarios ni otros terceros, productos manufacturados incluidos en los



supuestos de prioridad del Artículo 12 de la Ley N.º 7017, y lo establecido en el Artículo 3º de su reglamento”.

De conformidad con la Ley 7017, la Administración dará preferencia a los productos manufacturados por la industria nacional, cuando la calidad sea equiparable, el abastecimiento adecuado y el precio igual o inferior al de los productos importados; en otras palabras, las instituciones del Estado no podrán importar a través de terceros, sino que de forma directa, siempre que se proteja la producción nacional, cuando ésta sea de la misma calidad y precio igual o inferior al de los bienes y suministros importados.

En resumen, se concluye que, con base en el anterior análisis de derecho comparado, el único de los referidos países centroamericanos que limita el principio de libre mercado o libertad de comercio, y, en consecuencia, también el de igualdad y libre competencia, es Guatemala, al incluir en su regulación dos limitantes para que el gobierno como representante del Estado no pueda importar bienes y suministros de mercados internacionales. Sin embargo, los otros tres países, en sus respectivas regulaciones relativas a la contratación y adquisición de bienes y suministros por parte de las instituciones de cada Estado, no establecen ninguna limitante o requisito para que las mismas, puedan importar de forma directa de mercados internacionales, por lo que si garantizan dichos principios, complementándolos con lo regulado en su Ley de Competencia, ley que en Guatemala no existe.

Con relación a la Ley de Competencia, Guatemala es el único país de América Latina que no cuenta con dicha ley. La falta de este tipo de regulación refleja claramente que



los intereses creados del sector privado del país no permiten que se desarrolle una economía de libre mercado y se regule la conducta de los monopolios, duopolios y oligopolios existentes, en beneficio tanto de los oferentes como de los demandantes, que son las fuerzas de un mercado libre y por esa vía, se eliminen las barreras de entrada y salida de los agentes económicos del mercado nacional.



CAPÍTULO IV

Vulneración de los Principios de Libre Mercado y del Bien Común, por las limitantes establecidas en el artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado para la importación de bienes y suministros por parte del Estado

En este capítulo se aborda el fundamento jurídico que permite demostrar la vulneración, del principio de libre mercado o libertad de comercio y del fin supremo de la organización del Estado de Guatemala, el bien común, de sus elementos esenciales y como consecuencia de ello, del principio de supremacía constitucional, por las limitantes reguladas en la literales a) y c) del Artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República, relativas a los requisitos que deben de cumplir las instituciones del Estado para importar bienes y suministros de forma directa. En ese sentido, se analizó el problema planteado en esta investigación, contrastando dichas limitantes, con las normas constitucionales de esos principios, así como con la doctrina generada por la Corte de Constitucionalidad sobre los mismos.

1. El problema

Desde la perspectiva jurídica, la problemática que se abordó en la presente investigación fue el hecho de analizar, si las limitantes contenidas en las literales a) y c), del artículo 5, norma de menor jerarquía legal, de la Ley de Contrataciones del Estado, decreto 57-92 del Congreso de la República, vulneran los principios de libre mercado, del bien común,



de sus elementos esenciales y el de supremacía constitucional, consagrados en la Constitución Política de la República, como ley fundamental y superior.

Los efectos económicos de la posible vulneración de dichos principios son negativos y limitan al Estado para que pueda garantizar la vida, la seguridad, la justicia, la paz y el desarrollo integral de la población guatemalteca, así como también hacer efectivo el principio de justicia social en que se fundamenta el régimen económico y social del país, y el de solidaridad al privilegiar intereses particulares o sectoriales sobre el interés social.

El efecto directo que generan estas limitantes en la libertad de comercio es el de mantener y proteger mercados organizados dentro de lo que la economía le denomina, mercados imperfectos, los que se caracterizan por promover el monopolio, duopolio u oligopolios, y como consecuencia de ello, evitar la libre competencia, es decir, el libre mercado o mercado libre, restringiendo y disminuyendo la capacidad de compra de los consumidores, incluido a las instituciones del Estado. En los elementos esenciales del bien común, los efectos de la existencia de dichas limitantes se hacen visibles en la incapacidad de la administración pública de atender de forma eficaz y eficiente las necesidades colectivas de la población a través del gasto público, al verse imposibilitado de poder importar de forma directa los bienes y suministros que necesita para cumplir con la función de redistribuidor de la renta nacional.

Dentro de ese contexto, se observa que actualmente el Estado de Guatemala es incapaz de suministrar, de forma previsible, recurrente, eficaz y eficientemente, los bienes y servicios públicos necesarios para atender las necesidades básicas de la población

guatemalteca, especialmente en materia de salud, educación, justicia y seguridad. La realidad nos demuestra que hoy por hoy, estos servicios el Estado los provee de forma irregular o, en algunos casos, nula. Un ejemplo de ello, lo constituye el desabastecimiento de medicamentos y otros suministros que constantemente se dan en la red hospitalaria del país, lo que incluso genera que los empleados de los hospitales realicen marchas de protesta por dichos desabastecimientos, como se muestra con la gráfica 3, del anexo I.

De acuerdo con lo manifestado por los funcionarios y empleados de la red hospitalaria nacional, lo más delicado es que la falta de medicamentos y equipo médico les dificulta cumplir con su función, particularmente con el tratamiento de enfermedades crónicas de sus pacientes, afectando negativamente la salud y la vida de la población guatemalteca que demanda dichos servicios.

Ante esta situación, las autoridades del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social emitieron un comunicado en el que indican que, la falta de medicinas y equipo obedece a que los eventos de adquisiciones de bienes y suministros son declarados desiertos **por la falta de capacidad de entrega**; los precios de referencia limitan que los contratos sean adjudicados; cada unidad ejecutora debe manejar sus procesos y los equipos de compras no tienen todas las capacidades necesarias. Esto genera que los eventos no se adjudiquen, es decir, se frustren por las razones apuntadas.

Esta situación se explica, entre otras causas, por los requisitos y limitantes legales que deben cumplir las instituciones del Estado para adquirir los bienes y suministros de forma directa de los mercados internacionales, obligándolas a adquirirlos en el mercado



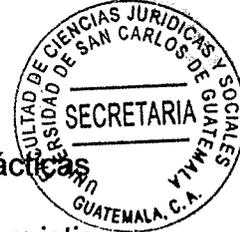
nacional, con proveedores que no tienen capacidad de entrega, a los precios y calidades que los venden, con lo cual se premia el beneficio privado sobre el interés social vulnerando así el fin supremo por el cual se organizó el Estado, **el bien común**, al desproteger a las personas y a las familias.

Frente a la problemática arriba descrita, corresponde estudiar, analizar y demostrar con fundamento jurídico, como se disminuyen, restringen, tergiversan y se vulneran los principios de libre mercado o libertad de comercio, supremacía constitucional, del bien común y sus elementos esenciales, establecidos en las normas constitucionales que garantizan la economía de mercado y prohíben los monopolios, por las limitantes y requisitos burocráticos, contenidas en una norma ordinaria de menor jerarquía, contenida en el Artículo 5, literales a) y c), de la Ley de Contrataciones del Estado, decreto 57-92 del Congreso de la República.

2. Vulneración del Principio de Libre Mercado

Para la teoría económica liberal el principio de libre mercado o libertad de comercio aboga por que las fuerzas del mercado, que se manifiestan mediante la ley de la oferta y la demanda, tengan la mayor libertad económica, de manera que puedan comerciar, tanto dentro como fuera del país, sin limitaciones más que las que protejan la producción nacional.

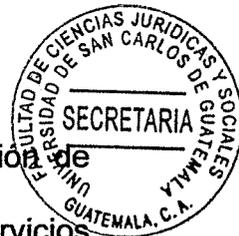
Esta libertad económica debe garantizar la economía de mercado, en la que se fomente la libre competencia, y, en el mercado internacional, el librecambismo, es decir, la



oposición al proteccionismo, que fomenta los monopolios u oligopolios y otras prácticas anticompetitivas. Por lo tanto, para que dichos principios se hagan efectivos, debe existir un sistema jurídico que asegure el cumplimiento de los acuerdos entre los agentes económicos privados, y de éstos con el Estado, haciendo efectiva la defensa de los derechos de las empresas -oferta- y de los consumidores -demanda-. En otras palabras, se espera que las empresas sean libres de entrar o salir del mercado -libre competencia-, y que los precios de los productos se definan por la interacción de la oferta y demanda.

En este sentido, la Constitución Política de la República de Guatemala recoge la esencia de este principio en el Artículo 43, en el que establece que “se reconoce la libertad de industria, de comercio y de trabajo, **salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional** impongan las leyes” y se complementa con el Artículo 130 que prevé la prohibición de monopolios, al indicar que: “se prohíben los monopolios y privilegios. El Estado limitará el funcionamiento de las empresas que absorban o tiendan a absorber, en perjuicio de la economía nacional, la producción en uno o más ramos industriales o de una misma actividad comercial o agropecuaria (...). El Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores”.

Con relación al contenido de estos Artículos, la Corte de Constitucionalidad, en sentencia de fecha 12 de noviembre 2013, resolvió: “[...] en lo que atañe a la libertad de industria, comercio y trabajo, el reconocimiento constitucional del derecho tiende a garantizar, como es obvio, el libre ejercicio de actividades dirigidas a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios (Artículo 2, numeral 1o, del Código de Comercio



de Guatemala), a la intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios (Artículo 2, numeral 2o, del Código antes dicho) y a la prestación de servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros en virtud de una relación laboral (Artículo 3 del Código de Trabajo)". En otras palabras, este derecho constitucional abarca la producción o transformación, distribución y consumo de bienes y prestación de servicios.

Adicionalmente, agrega, "todo lo anterior, sin desatender los principios del régimen económico y social que el texto supremo recoge en su Artículo 118, así como los deberes fundamentales que se imponen al Estado en esta materia (Artículos 119 y siguientes), entre los que tiene especial relevancia la protección de la economía de mercado (Artículo 130). En la sentencia de fecha 27 de septiembre del 2011 la Corte de Constitucionalidad resolvió "[...] debe ser una disposición de observancia general, emanada del órgano competente del Estado y mediante el proceso legislativo regulado en la Constitución, la que establezca límites razonables y proporcionales a las libertades de industria (...)".

De conformidad con lo regulado en el Artículo 130, la doctrina legal creada por la Corte de Constitucionalidad, en sentencia de fecha 3 de febrero 2015 relativa a la prohibición de la competencia desleal, resolvió, "El Estado [...] tiene la obligación de proteger y fomentar la economía de mercado. Para tales efectos, debe prohibir y restringir mediante disposiciones normativas la competencia desleal entre los diferentes agentes económicos del mercado (...)". Con relación a la prohibición de monopolios en sentencia de fecha 3 de enero 2003, resolvió: "[...] la Constitución [...] establece que se prohíben los monopolios y privilegios y que el Estado protegerá la economía de mercado e impedirá



las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores.”

Del estudio y análisis del principio de libre mercado o libertad de comercio, contenido en la norma constitucional arriba indicada, así como de la jurisprudencia creada por la Corte de Constitucionalidad y lo regulado en el Artículo 2, numerales 1º y 2º del Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República, se demostró que este derecho garantiza y abarca todas las fases de la actividad económica, desde la transformación o producción, distribución y consumo de bienes y la prestación de servicios y que además establece un mandato al indicar que solamente podrá limitarse por motivos sociales o de interés nacional que impongan las leyes.

Dentro de ese marco constitucional, se analizó lo regulado en las literales a) y c) del Artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República, y se comprobó que estas limitantes son contrarias y vulneran el principio de libre mercado o de libertad de comercio, porque estas, no responden a los presupuestos jurídicos establecidos en el artículo 43 constitucional para limitar dicho principio, al indicar que, “se reconoce la libertad de comercio, salvo las limitaciones que motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes.

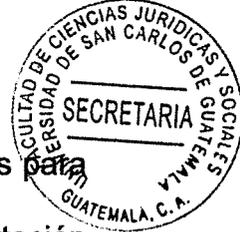
Para ilustrar lo manifestado, repárese en lo regulado por el Artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, que literalmente dice: “los organismos del Estado y las entidades a que se refiere el Artículo 1 de esta ley, podrán, por excepción, importar bienes directamente cuando:



- a) El valor en cada caso no exceda del monto establecido para adquisiciones por el régimen de cotización;
- b) No se produzcan en el país, o se produzcan en cantidad insuficiente para la necesidad respectiva;
- c) No haya existencia de procedencia importada, ni representantes de proveedores o distribuidores debidamente acreditados en el mercado nacional, o que, habiéndolos, el precio de importarlos directamente, incluyendo derechos aduanales, impuestos, seguros, pasajes, viáticos y demás gastos atribuibles, sea más bajo que el que tengan los mismos bienes en el mercado nacional”.

De las tres limitantes establecidas por dicha Ley, la única que cumple con los presupuestos jurídicos contenidos en el Artículo 43 de la Constitución, es la relativa a la protección de la producción interna (literal b), porque es conteste con el interés nacional, pero las otras dos, **no responden a motivos sociales o de interés nacional**. Por el contrario, responden a intereses privados y promueven el monopolio, duopolio u oligopolio, en contra de la libre competencia que debe prevalecer en una economía de mercado, violentando así, la prohibición que establece el Artículo 130 de la Constitución Política de la República, al instituir un monto tope en la literal a) a la importación por parte del Estado, con lo cual, **restringe y disminuye** el derecho de éste a importar libremente, **prevaleciendo el interés privado sobre el interés social**.

Adicionalmente a lo indicado, la limitante establecida en la literal c) de dicho artículo, establece una serie de gastos y costos que deben de incluir las instituciones del Estado



al momento de importar los bienes y suministros, como que si fueran a adquirirlos para venderlos en el mercado y lucrar con ellos; además, los precios de dicha importación deben ser menores a los importados por los proveedores nacionales en un 15%, lo cual imposibilita que dichas instituciones puedan importarlos de forma directa, protegiendo con ello, a los proveedores nacionales en contra del beneficio social, afectando negativamente a los consumidores nacionales, incluidas las instituciones del Estado, al obligarlos a adquirir dichos bienes y servicios en el mercado doméstico, a los precios y calidades que dichos proveedores establezcan, en contra de la libertad de comercio.

A lo arriba indicado, se le adiciona lo establecido en el segundo párrafo del Artículo 8 de dicha Ley, “en el caso de bienes y suministros importados, el precio de referencia lo establecerá una comisión conformada por un representante del Instituto Nacional de Estadística -INE-, un representante de la Superintendencia de Administración Tributaria -SAT-, y un representante de las entidades interesadas”, burocratizan más el procedimiento para importar bienes y suministros de forma directa por parte de las instituciones del Estado. A la fecha, dicha comisión no se ha podido conformar, porque el Instituto Nacional de Estadística incumplió con el mandato legal que lo manda a emitir el reglamento respectivo.

En síntesis, estas limitantes, más la burocratización del procedimiento de importación de bienes y suministros, no han permitido que las instituciones del Estado puedan acceder a los mercados internacionales. Tampoco poder adquirir los bienes y suministros de forma directa, a un menor precio, mejor calidad y en menor tiempo posible, para producir y proveer los bienes y servicios públicos vitales, que la población guatemalteca demanda,



especialmente la menos favorecida. Por lo tanto, incumplen con los deberes fundamentales que la Constitución le asigna al Estado en el artículo 2º. Además, dichas limitantes no han permitido que funcione la libertad de comercio, en beneficio tanto de oferentes como de los consumidores, incluidas como tales, las instituciones públicas.

Con fundamento en lo arriba relacionado, lo regulado en las literales a) y c) del Artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, **restringen, disminuyen y vulneran** el principio de libre mercado o libertad de comercio regulado en el Artículo 43; el principio de solidaridad establecido en el 2º párrafo del Artículo 44; al principio de justicia social en el que se sustenta el régimen económico y social del país Artículo 118; a la literal h) del Artículo 19, y la prohibición de monopolios y privilegios establecido en el Artículo 130, todos de la Constitución Política de la República de Guatemala.

3. Vulneración del Principio de Supremacía Constitucional

Para comprender la esencia de este principio, es necesario conocer su naturaleza. En ese sentido, Mario de la Cueva, en su Teoría de la Constitución, manifiesta: "La Constitución contiene como una de sus características más distintivas el ser suprema. Esta supremacía radica en dos vertientes esenciales: la formal, y la material; la primera se refiere a que la Constitución es Ley Suprema que crea su propio procedimiento para ser reformada así como el de la creación de otras normas y la segunda incluye los valores y principios supremos y fundamentales que rigen la creación y organización del Estado y garantizan los derechos humanos inherentes a la persona, esencia que se traduce en la



supremacía constitucional que emana del poder constituyente como manifestación soberana del pueblo”.

La Corte de Constitucionalidad, en la participación que tuvo en la Cumbre Iberoamericana de Justicia Constitucional, manifestó: “Del principio de supremacía constitucional se deriva el de jerarquía normativa como una necesidad de preservar la armonía en un sistema por medio de la gradación jerárquica de las distintas clases de normas, entre las cuales la Constitución ocupa el grado supremo, de tal manera que ésta impone la validez y el contenido de un precepto de naturaleza inferior, careciendo esta última de validez si contradice a la Constitución”, por tanto, la Constitución, como **Ley Suprema**, es vinculante para gobernantes y gobernados, lo cual representa un requisito esencial para lograr la consolidación del Estado Constitucional de Derecho.

Sobre la base de lo manifestado en los párrafos precedentes, esta Norma Suprema emana del poder constituyente, como manifestación soberana del pueblo de dictarse su propio ordenamiento jurídico, político, económico e institucional, a través de una Asamblea Nacional Constituyente, la cual es ratificada por el soberano pueblo en consulta popular. Para el efecto, se analizan los Artículos de la Constitución Política de la República que recogen el Principio de Supremacía Constitucional, siendo éstos, el 44, 175 y el 204, complementándolos con la jurisprudencia, que es doctrina legal emanada de la Corte de Constitucionalidad.

El Artículo 44 de la Constitución establece en el 2º y 3er párrafos que: “{...} El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las



disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza”. Además, amplía su protección a todos aquellos derechos que no figuran en el texto constitucional y que resulten ser inherentes a la persona humana, y hace valer la supremacía de la Constitución sobre las leyes, reglamentos y otras disposiciones o actos de gobierno.

La Corte de Constitucionalidad, en sentencia de fecha 12 de noviembre de 2013, resolvió: “[...] es la solidaridad lo que respalda el mandato de hacer prevalecer el interés social sobre el interés particular (Artículo 44) [...].” Además, en opinión consultiva OC-6/86, de 9 de mayo de 1986, serie A, número 6, párrafo 29, indicó que: “El requisito según la cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del **bien común**.”

Lo anterior, se complementa con lo indicado en el Artículo 32.2, de la Convención Americana de los Derechos Humanos “Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos”.

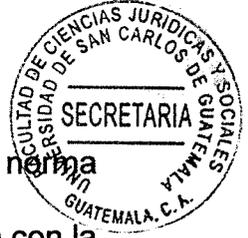
En ese sentido, las limitaciones a la importación de bienes y suministros establecidas en el Artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, **disminuyen y restringen** la capacidad de adquisición de las instituciones del Estado, al no poder adquirir los bienes y suministros en los mercados internacionales, los cuales son necesarios para proveer los bienes y servicios públicos que les permitan garantizar los derechos inherentes a la



persona humana, contenidos en la parte dogmática de la Constitución Política de la República, **vulnerando** así, los principios de justicia social, contenido en el Artículo 118, el de solidaridad, en el segundo párrafo Artículo 44, y el de libre mercado o libertad de comercio, establecido en el Artículo 43, y, como consecuencia de ello, se vulnera el Principio de Supremacía Constitucional.

El Artículo 175 alude específicamente a la jerarquía constitucional, al establecer que: “Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure”. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad, en sentencia de fecha 18 de septiembre 2003, manifestó “La preeminencia de la Constitución [...], bajo el punto de vista de su normatividad, se plasma en dos características privilegiadas (entre otras): a) que es la norma fundamental del ordenamiento jurídico, en la que deben basarse las demás disposiciones que lo integran; y b) que tiene jerarquía de ley suprema y como consecuencia obvia, prevalece sobre cualquier otra ley, de manera que aquéllas que la contravengan devienen ineficaces.”

En esta sentencia, la Corte de Constitucionalidad dejó explicada de forma clara y concreta, la preeminencia que tiene la Constitución Política de la República, sobre las demás leyes, reglamentos, disposiciones y otros actos de gobierno que integran el ordenamiento jurídico del país, al indicar que, por un lado, es la norma fundamental de dicho ordenamiento, en tal virtud, de que es en esta norma en la que deben de basarse las demás disposiciones que lo integran, y por el otro, señala que tiene jerarquía de ley suprema y, como tal, prevalece sobre las demás, por lo que aquellas que la contravengan devienen ineficaces.



De manera que estas normas inferiores al momento de contravenir o contrariar una norma constitucional, pierden su eficacia y son nulas *ipso jure*; tema que lo complementa con la sentencia de fecha 10 de abril de 1997, al haber indicado que, “El principio de supremacía constitucional requiere que todas las situaciones jurídicas se conformen con los principios y preceptos de la Constitución. (...)”. Aspecto que de acuerdo con el análisis del contenido de las limitantes establecidas en el Artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República, no se cumple.

Además, en dicha sentencia agregó que: “Es la falta de tal conformidad la que hace posible las objeciones de inconstitucionalidad y su eventual declaración por esta Corte. De acuerdo con el principio de supremacía, también todas las normas del ordenamiento jurídico deben adecuarse a la Constitución y es el sistema normativo en ella contenido el que sirve de parámetro para el control de constitucionalidad y, además que ésta esté vigente y haya cumplido con todos los requisitos formales para su validez”. De manera que aquellas disposiciones que no sean contestes con los valores, principios y derechos inherentes a la persona humana, contenidos en la Constitución, pueden y deben ser objetadas de inconstitucionalidad, mediante el procedimiento establecido en Ley de la materia.

En tal sentido y de conformidad con lo regulado en el Artículo 175 de la Constitución Política de la República, al contrastar su contenido con el de las limitantes establecidas en las literales a) y c) del Artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto número 57-92 del Congreso de la República, se confirma que éstas **son contrarias** a los principios de libre mercado o libertad de comercio contenidos en el Artículo 43; al segundo



párrafo del Artículo 44, al anteponer el interés privado sobre el interés social, al principio de justicia social en que se sustenta el régimen económico Artículo 118, y a la prohibición contenida en el Artículo 130, al proteger y promover los intereses de monopolios, duopolios u oligopolios, con lo que se comprueba que estas limitantes **vulneran** el principio de supremacía constitucional.

4. Vulneración del Principio del bien común

De acuerdo con lo manifestado en el capítulo II de este trabajo, relativo a la filosofía del bien común, se expresó que uno de los elementos esenciales de este principio, es la **justicia social**, cuyo objeto inmediato y propio es el bienestar material, que consiste en la satisfacción resultante de la participación de todos los ciudadanos en la producción de esos bienes. De ello, resulta necesaria la promoción de una justa distribución de la riqueza, como un factor decisivo para alcanzar el fin supremo del Estado, **el bien común**, ya que esta distribución condiciona la paz, la seguridad y el acceso a los valores culturales; deviene entonces, que dicha distribución, es el medio o instrumento idóneo para el desarrollo integral de la persona y su comunidad.

Este principio se encuentra contenido en el preámbulo de la constitución Política de la República, sobre el cual la Corte de Constitucionalidad, en sentencia de fecha 5 de julio de 2016, resolvió: “Como puede advertirse, el constituyente bosquejó, desde esa parte introductoria del texto constitucional, el balance que debe caracterizar la actividad estatal: escrupulosamente respetuosa de la dignidad humana de las personas, al tiempo que **dinámica y eficaz** para asegurar la satisfacción de las necesidades sociales y la



realización de los valores constitucionales, {...} con la finalidad de propiciar la convivencia social pacífica que, basada en el respeto recíproco de la identidad cultural de todas las personas, haga viable alcanzar su fin supremo, que es la realización del bien común”.

El Artículo primero de la Constitución Política de la República, literalmente establece: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia. Su fin supremo es la realización del bien común”, con respecto a ello, la Corte de constitucionalidad en sentencia de fecha once de febrero del dos mil quince manifestó [...] el fin supremo del Estado de Guatemala es la realización del bien común, [...] las disposiciones que se emitan deben ser coherentes con ese valor, porque este da sentido al conjunto de derechos que el resto de los preceptos fundamentales reconoce”.

Con estas afirmaciones, la Corte de Constitucionalidad ratifica la supremacía de este principio, como guía de los demás principios y derechos, y orientador del curso que debe de tomar el ordenamiento jurídico ordinario, por lo que el Congreso de la República tiene que guardar una actitud lógica y consecuente con dicho principio al momento de legislar, así como lo otros dos poderes del Estado en cualquier acto de gobierno y en la administración de la justicia.

En este sentido, la Constitución Política de la República, en el Artículo 2º desarrolla los elementos y características esenciales del bien común, al establecer: “Es deber del Estado garantizarles a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”, al respecto, la Corte de Constitucionalidad, en sentencia del 14 de julio 2010, indicó que: “[...] todas las



instituciones del Estado (siendo órganos de control u ostentadores del poder) deben velar por el cumplimiento del Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala[...].”

Como se aprecia, tanto la norma constitucional como las sentencias y consultas interpretativas de la Corte de Constitucionalidad sobre la misma, establecen que todos los órganos de control u ostentadores de poder deben velar por el cumplimiento de lo regulado en el Artículo 2º, por lo que, el Poder Legislativo, debe de velar porque la creación y reformas a las leyes se realicen de conformidad con la Constitución Política de la República, para garantizar el cumplimiento del mandato constitucional de buscar la realización del bien común.

Estos aspectos fueron vulnerados al aprobar la Ley de Contrataciones del Estado, en particular al haber incluido en el Artículo 5 las limitantes establecidas en las literales a) y c), las que como ya lo indicamos en el apartado de la vulneración al principio de libre mercado, **no responden a motivos sociales o de interés nacional**, tal y como lo requiere el artículo 43 de la Constitución Política de la República. Además, vulneran el principio de Justicia Social en que se funda el régimen económico y social del país, al no permitir que las instituciones del Estado cumplan, de forma eficiente y efectiva, la función de redistribución del ingreso nacional, por el lado del gasto público.

Adicional a lo arriba indicado, la literal c) del Artículo 5 de la ley citada, al establecer que las instituciones del Estado para poder importar los bienes y suministros que necesitan de mercados externos, deberán incluir en el monto de dichas importaciones, una serie de



gastos y costos como si fueran otros proveedores más, para adquirirlos y venderlos en el mercado nacional y lucrar con ellos, aspecto que no solo no es así, sino que es contrario a lo regulado en el segundo párrafo del Artículo 44, al proteger los intereses privados de los proveedores nacionales sobre el interés social, vulnerando el principio de solidaridad y por esa vía, el bien común.

Con relación al principio de justicia social, como elemento esencial del bien común, la Constitución Política de la República, en su Artículo 118, establece que: “El régimen económico y social de la República de Guatemala se funda en 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”. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad, en sentencia de fecha 30 de octubre del 2001, resolvió “[...] La justicia, es pues, a tenor de esta norma, aquélla que tiene como fin el logro del pleno empleo y tiende a la equitativa distribución del ingreso nacional, [...]”.

De la sentencia de la Corte de Constitucionalidad arriba indicada, se deduce que dicha Corte, realizó una integración entre los elementos esenciales del bien común, el principio de justicia social y el de la equitativa distribución del ingreso nacional, así como de los bienes materiales necesarios para poder generarlo, que como ya lo hemos indicado anteriormente, son el medio para alcanzar la paz social.

Por todo lo anterior, se indica que la Ley de Contrataciones del Estado no debería limitar el libre mercado, por el contrario, debe de ser el instrumento o medio para que las

instituciones públicas a través del gasto público adquieran los materiales y suministros ya sea en el mercado nacional o internacional, indispensables para producir los bienes y servicios públicos que les permitan atender las necesidades sociales de la población, de forma eficaz y eficiente. Por tanto, dicha Ley debería de ser simple, eficiente, eficaz, y no restringir ni disminuir los derechos y facultades de dichas instituciones, porque éstas, al ejecutar el gasto público, funcionan como un consumidor más, de hecho, el de mayor capacidad de compra, por lo que forman parte de la demanda existente en el mercado nacional.

Del análisis jurídico–económico realizado a la Ley de Contrataciones del Estado en el capítulo tres, se determinó que las limitantes que establece el Artículo 5, que deben de cumplir las instituciones del Estado, no les ha permitido importar de forma directa los bienes y suministros que necesitan de los mercados internacionales, obligándolas a adquirirlos en el mercado nacional, a los precios y calidades que los proveedores los venden. Con ello, dicha ley privilegia el interés privado de estos proveedores sobre el interés social, **vulnerando** el principio de solidaridad establecido en el párrafo segundo del Artículo 44 y el principio en que se sustenta el régimen económico y social del país, la justicia social, regulado en el Artículo 118, ambos de la Constitución Política de la República, y con ello, el fin supremo por el cual se organizó el Estado, el bien común.

En síntesis, se demostró que el contenido de las limitantes establecidas en las literales a) y c) del Artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República, al establecer en la primera literal un monto tope a las instituciones del Estado para que puedan importar bienes y suministros de mercados externos, disminuye



y restringe su capacidad de adquisición y en la segunda, al obligar a las instituciones que incluyan todos los costos y gastos de los bienes que necesiten importar, les da el carácter de otro oferente o competidor más en el mercado, protegiendo de esa forma, los intereses creados de los proveedores nacionales, para mantener cautivo el mercado nacional y por esa vía, no permitir que funcione la ley de libre competencia.

Esta norma de menor jerarquía legal resulta ser **contraria** a los principios de libre mercado o libertad de comercio, del bien común y sus elementos esenciales: la paz, la seguridad, la justicia social, el bienestar, la solidaridad y el desarrollo integral de las personas, por lo tanto, devienen ineficaces **y son nulas ipso jure, al vulnerar** los artículos 1, 2, 43, 44, 118. 119 literal h) y 130 de la Constitución Política de la República.

Ante la clara y evidente violación de los valores y principios constitucionales arriba señalados, las alternativas de solución al problema investigado sobre la vulneración de dichos principios, por una norma de menor jerarquía legal, contenida en el artículo 5 de la Ley de Compras del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República; el ordenamiento jurídico vigente, contiene dos procedimientos de solución, el primero regulado en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad, relativo al procedimiento para presentar una acción de inconstitucionalidad general con vicio parcial, ante Corte de Constitucionalidad, por las personas legitimadas en dicha Ley Constitucional.

El segundo procedimiento, se encuentra regulado en la sección tercera relativa Formación y Sanción de la Ley, Artículo 174 de la Constitución Política de la República,



el cual establece que, “para la formación de las leyes, tienen iniciativa los diputados del Congreso, el Organismo Ejecutivo, Organismo Judicial, la Universidad de San Carlos de Guatemala, el Tribunal Supremo Electoral. Por tanto, se recomienda que el Organismo Ejecutivo presente ante el Congreso de la República, una iniciativa de ley para reformar el Artículo 5 de la ley arriba mencionada, y eliminar las limitaciones establecidas en las literales a) y c), por ser contrarias a los principios de libre mercado o libertad de comercio, del bien común, de sus elementos esenciales y el de supremacías, que forman parte de la Constitución Política de la República.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El Estado de Guatemala a través de los Organismo de Estado, específicamente los Poderes Legislativo y Ejecutivo, deben velar porque las leyes ordinarias, reglamentos, directivas y otras disposiciones del gobierno, no vulneren, restrinjan, disminuyan o tergiversen, los valores, principios y los derechos individuales y colectivos inherentes a la persona, consagrados en la Constitución Política de la República de Guatemala.

La presente investigación demostró que una norma de menore jerarquía legal contenida en las literales a) y c) del artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República, disminuye, restringe, tergiversa, vulnera y es contraria en la praxis social, a los principios del bien común, de libre mercado o libertad de comercio, justicia social, de protección de la economía de mercado, de solidaridad y de supremacía constitucional. Por tanto, dichas limitantes devienen ineficaces y son nulas *ipso jure*, es decir, de pleno derecho.

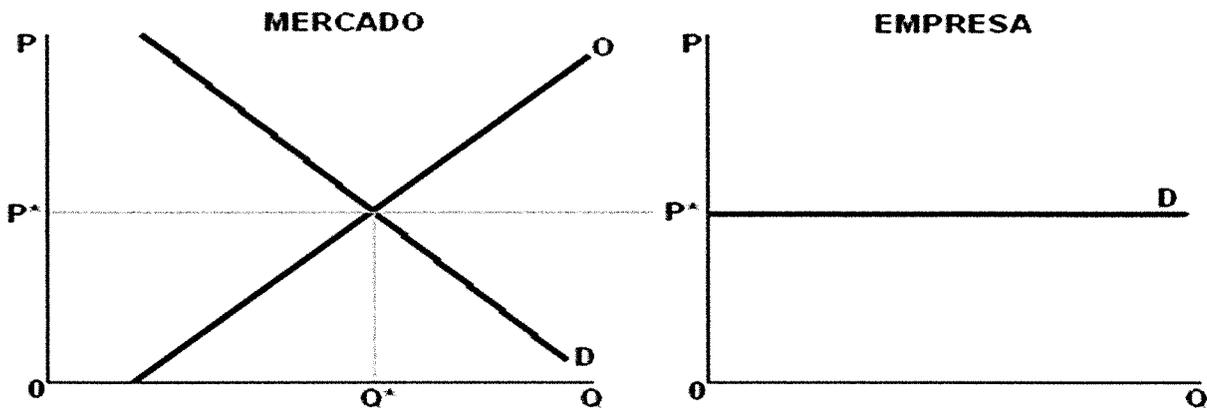
En síntesis, se evidencia la urgente necesidad de que el Congreso de la República legisle en aras del bien común, para propiciar el desarrollo de una efectiva competencia, que permita a las instituciones de gobierno acceder a bienes y suministros en el mercado nacional e internacional, bajo condiciones de libre mercado, asegurando así precios competitivos y calidad adecuada para atender las necesidades de la población, por lo que se recomienda que el Poder Ejecutivo presente ante dicho Organismo de Estado, una iniciativa de reforma de ley, para eliminar las limitantes contenidas en las literales a) y c), del Artículo 5, de dicha ley, por ser contrarios a los principios arriba mencionados.



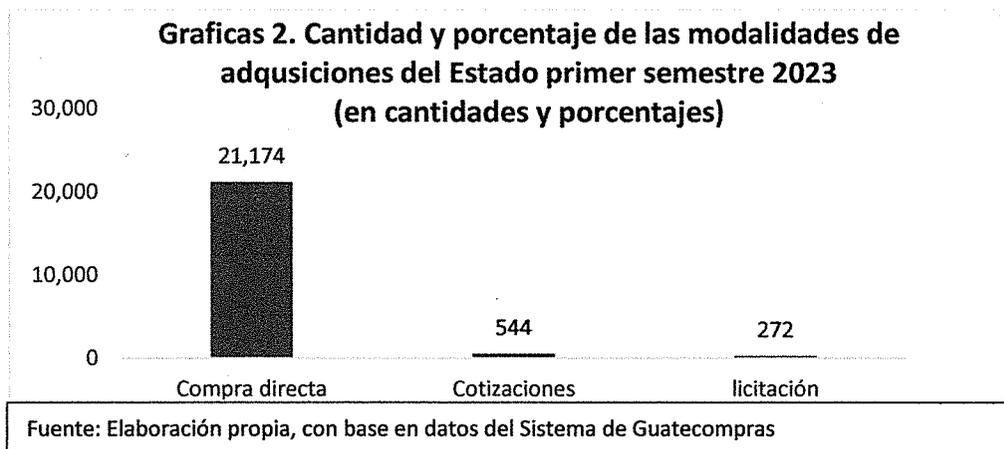
ANEXOS

Anexo I: Gráficas

Grafica 1. Competencia perfecta: determinación del precio de mercado y la demanda que enfrenta la empresa.



La primera gráfica, muestra que tanto el precio de equilibrio como la cantidad de equilibrio, en un mercado de libre competencia, se establecen en el punto de intersección de las curvas de demanda y oferta. Por lo que, cualquier movimiento de la demanda o de la oferta hacia la izquierda, o hacia a la derecha, hará que varíe el precio y la cantidad de equilibrio. En la segunda gráfica, la demanda es igual al precio de equilibrio, lo cual significa, que ninguna empresa podrá variar dicho precio.



La grafica evidencia claramente que del 100% de las adquisiciones que realiza el Estado el 96.3% las realiza por compra directa, lo cual hace inoperante los regimenes de cotización y licitación pública, a pesar de las reformas que se le han hecho.

Gráfica 3. Manifestación de trabajadores de Salud Pública



Fuente: Prensa libre marzo del 2022

La gráfica ilustra de forma contundente, las crisis recurrentes de la escasez de medicamentos y equipo menor en la red hospitalaria del país, afectando negativamente la salud y vida de los pacientes que demandan este servicio, especialmente aquellos que demandan atención especial por padecer enfermedades crónicas.



Anexo II: Cuadros

Cuadro 1. Modalidades de adquisición del Estado

Régimen de contratación	Monto	Plazo de convocatoria	Modo de selección
Cotización	De Q 90,000.01 a Q900,000.00	Ocho días hábiles	Junta de calificación
Licitación	De Q 900,000.01 en adelante	Cuarenta días calendario	Junta de calificación
Contrato abierto	No tiene monto	Cuarenta días calendario	
Subasta electrónica	No hay montos	No menor de ocho días hábiles	Electrónico
Modalidades Específicas de Adquisición			
Compra de baja cuantía	Hasta Q 25,000.00	No hay plazo	La realiza la misma entidad
Compra directa	De Q25,000.01 a Q 90,000.00	Mínimo un día hábil	Electrónica
Adquisición de proveedor único	No hay monto	No podrá exceder de 5 días hábiles	La realiza la misma entidad

Fuente: Elaboración propia con información de la Ley de Contrataciones del Estado, Artículos del 17 al 45.

La información contenida en el presente cuadro ilustra en forma resumida las diferentes modalidades de adquisiciones vigentes en la Ley de Contrataciones del Estado decreto 57-92 del Congreso de la República.

**Cuadro 2. Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social
(concursos publicados 2013-2023)**

ESTADO/AÑO	2023	%	2022	%	2021	%	2020	%	2019	%
Vigente	330		2		0		0		0	
En evaluación	1,216		299		33		37		6	
Adjudicados	15,706	70.3	31559	70.4	21959	63	19507	66	16019	69
Anulados	2,616		6,887		6,868		6,425		4,499	
Desiertos	2,416		6,089		6,089		3,610		2,714	
TOTAL	22,324		44,836		34,949		29,579		23,232	

Fuente: Elaboración propia con base en datos del Sistema de GUATECOMPRAS

De la información presentada en el cuadro anterior se infiere que, en los últimos cinco años, del 100% de los eventos publicados en el Sistema de Guatecompras por parte del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, únicamente el 67% en promedio han sido adjudicados.

Cuadro 3. Cumplimiento de las operaciones de contratación pública y prácticas de mercado

Porcentaje	Cumplimiento
8%	Cumple
46%	Cumple parcialmente
46%	No cumple

Fuente: Borrador de la evaluación del sistema nacional de compras públicas de Guatemala año 2019

De la información presentada, se ilustra claramente que del 100% de las instituciones públicas, el 92% incumplen total o parcialmente lo regulado en la Ley de Contrataciones del Estado, y sólo el 8% cumplen con la regulación relativa a las operaciones de contratación pública y prácticas de mercado.



BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ CONDE, Enrique. **Curso de derecho constitucional, Madrid, 3ª edición 1999**
- BRAIBANT, GUY, **La jurisdicción administrativa en derecho comparado vol. II**, número especial de La Revue Administrative, Presses Universitaires de France, 2001.
- BRYCE, James. **Constituciones flexibles y Constituciones rígidas**, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid España 2015
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, **Diccionario jurídico elemental**, Editorial Heliasta RSL, edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas 2006
- DÍAZ ROCA, Rafael, **Teoría general del derecho**, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.
- DE LA CUEVA, Mario. **Teoría de la Constitución**, México, Editorial Porrúa, 2008
- FORMENT, Eudaldo **Filosofía del Derecho Catedrático de Metafísica Universidad de Barcelona**
- GARCÍA PELAYO, Manuel, **Derecho Constitucional Comparado, Madrid, Manuales de la Revista de Occidente 1950.**
- GALINDO CAMACHO, Miguel. **Teoría de la Administración Pública**, editorial Porrúa, primera edición México 2000.
- JANNEAU Benoit. **Derecho Constitucional e Instituciones Políticas**. Tercera edición, París Librería Dalloz 1972.
- MILLÁN PUELLES, Antonio, **Filosofía del Bien común**, Gran Enciclopedia Rialp, primera edición, Rialp S. A. Madrid, 1971
- NARANJO MESA, Vladimir. **Teoría constitucional e instituciones públicas**. Novena edición Editorial Temis S. A. Colombia 2003
- SMITH, Adam. **Investigación de la naturaleza y causa de la Riqueza de las Naciones**. Reproducción facsímil del original de la Biblioteca Central del Ministerio de Economía y Competitividad. España 2014.
- VALENCIA VEGA, Alipio, **Desarrollo del Constitucionalismo**, La Paz, Bolivia, Librería editorial Juventud 1988.
- VIZCAINO, Xavier. **Borrador Evaluación del Sistema Nacional de Compras Públicas de Guatemala**, Pág. 93 año 2019.



Legislación:

Primera Constitución de 1825 de Guatemala. Asamblea del Estado

Ley constitutiva de la República de Guatemala Asamblea Nacional Constituyente 11 de diciembre de 1879.

Constitución de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente 1945.

Constitución de la República de Guatemala Asamblea Nacional Constituyente 1965

Constitución Política de la República de Guatemala Asamblea Nacional Constituyente 1985

Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad.

Ley de contrataciones del Estado. Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 52-97

Ley de Compras Públicas. Asamblea Legislativa de El Salvador Decreto No. 642

Ley de Contratación del Estado. Congreso Nacional de Honduras Decreto No. 74- 2001

Ley General de Contratación Pública. Asamblea Legislativa de Costa Rica No. 9986

Reglamento a la Ley de Contrataciones del Estado Acuerdo Gubernativo Número 122-2016.

Consultas Electrónicas:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3966/4.pdf>. (Guatemala 14 de agosto del 2021).

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3259/3.pdf>. **Historia del derecho mercantil.** (Guatemala 04 de septiembre del 2021).

<https://ermoquisbert.tripod.com/dc/05.pdf>. (Guatemala 12 de septiembre del 2021).

<https://economipedia.com/definiciones/mercado-libre.html>. (Guatemala 17 de septiembre del 2021).