

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



GUATEMALA, JULIO DE 2024

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

**PUBLICACIONES DE DATOS PERSONALES DE LOS CONTRATISTAS, DE PARTE
DE "GUATECOMPRAS", VULNERA DERECHO A LA PRIVACIDAD Y LOS EXPONE
A SER VÍCTIMAS DE EXTORSIÓN Y SECUESTRO**



Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, julio de 2024

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

DECANO:	MSc.	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 Sarmiento 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.	Douglas Ismael Álvarez
Vocal:	Licda.	María de los Ángeles Castillo
Secretario:	Lic.	Ignacio Blanco Ardón

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Jorge Eduardo Avilés Salazar
Vocal:	Lic.	Elios Uriel Samayoa López
Secretario:	Lic.	Marvin Omar Castillo Lara

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,
 29 de junio de 2020.

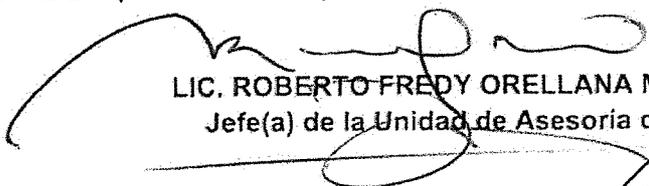
Atentamente pase al (a) Profesional, BERNER ALEJANDRO GARCIA GARCIA
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
IDALIA MAGALY DÍAZ DÍAZ, con carné 201120999

intitulado PUBLICACIONES DE DATOS PERSONALES DE LOS CONTRATISTAS, DE PARTE DE
"GUATECOMPRAS", VULNERA DERECHO A LA PRIVACIDAD Y LOS EXPONE A SER VÍCTIMAS DE EXTORSIÓN Y
SECUESTRO.

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

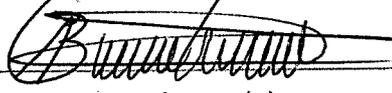
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros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

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


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



Fecha de recepción 18 / 09 / 2020)

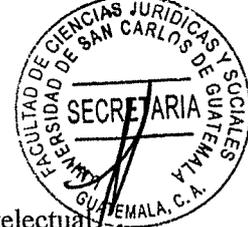


Asesor(a)
 (Firma y Sello)
 Licenciado

Berner Alejandro Garcia Garcia
 Abogado y Notario



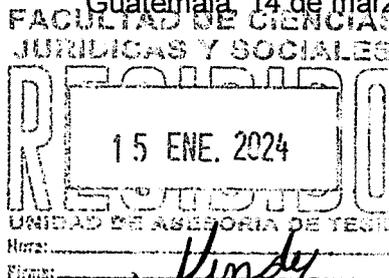
G&G ABOGADOS Y NOTARIOS



Derecho del Trabajo, Derecho Mercantil, Derechos de Autor, Derechos de Propiedad Intelectual, Derechos de Propiedad Industrial, Derecho Civil, Derecho de Familia, Derecho Informático, Derecho Notarial, Derecho Penal, Asesoría en percances automovilísticos.

Guatemala, 14 de marzo de 2022.

Dr. Carlos Eberfño Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Distinguido licenciado.

En cumplimiento al nombramiento de fecha veintinueve de junio de dos mil veinte emitido por la unidad de tesis, como asesor de tesis de la bachiller **IDALÍA MAGALY DÍAZ DÍAZ** con carné **201120999** la cual se intitula **“PUBLICACIONES DE DATOS PERSONALES DE LOS CONTRATISTAS DE PARTE DE “GUATECOMPRAS”, VULNERA DERECHO A LA PRIVACIDAD Y LOS EXPONE A SER VÍCTIMAS DE EXTORSIÓN Y SECUESTRO”**; declarando expresamente que no soy pariente de la bachiller dentro de los grados de ley; por lo que me permito emitir el siguiente dictamen:

- a) Respecto al contenido científico y técnico de la tesis, en la misma se analizan aspectos legales importantes y de actualidad; el trabajo de investigación realiza un estudio e interpretación sobre el Derecho a la información pública en la República de Guatemala está actualmente relacionado con la transparencia, pero el imparable avance tecnológico ha generado un nuevo problema ante el uso inadecuado de datos almacenados en sitios públicos como lo es Guatecompras y que no existen mecanismos para la protección de sus datos privados ya que el Estado no provee garantías suficientes para esa protección, se puede realizar desde los sitios Web la facilitación de datos para la posible comisión de diferentes delitos.
- b) Los métodos utilizados de la investigación fueron el análisis, la inducción, la deducción, la analogía y la síntesis; mediante los cuales la bachiller logró comprobar la hipótesis, también analizó y expuso detalladamente los aspectos más relevantes relacionados a las publicaciones de datos personales de los contratistas de parte de “guatecompras”, vulnera derecho a la privacidad y los expone a ser víctimas de extorsión y secuestro.
- c) La redacción de la tesis es clara, concisa y explicativa, habiendo la bachiller utilizado un lenguaje técnico y comprensible para el lector. Asimismo, hizo uso de las reglas ortográficas de la Real Academia Española.
- d) El informe final de tesis es una gran contribución científica para la sociedad y para la legislación guatemalteca puesto que es un tema importante que no ha sido investigado

9 calle, 10-53 zona 12, Guatemala, Guatemala. Teléfonos. 56560505, 54604070
licalejandrogarcia@gmail.com

G&G ABOGADOS Y NOTARIOS



Derecho del Trabajo, Derecho Mercantil, Derechos de Autor, Derechos de Propiedad Intelectual, Derechos de Propiedad Industrial, Derecho Civil, Derecho de Familia, Derecho Informático, Derecho Notarial, Derecho Penal, Asesoría en percances automovilísticos.

suficientemente. Se utilizará como material de consulta para futuras investigaciones incluso propuesta de proyectos de ley.

- e) En la conclusión discursiva, la bachiller expone sus puntos de vista sobre la investigación realizada, establece que el Derecho a la privacidad en Guatemala no está reconocido como tal en la constitución, protegiendo únicamente ciertas manifestaciones; es necesario ubicar constitucionalmente como un derecho fundamental a la privacidad, ya que es inherente a la persona humana, todo esto para evitar que el Estado o los particulares lo invadan de una u otra forma, legislar para una protección especial para evitar que los datos publicados por sitios de la administración pública como lo es Guatecompras, puedan ser utilizados en acciones ilícitas como extorsión y secuestro.
- f) La bibliografía utilizada fue la adecuada al tema, en virtud que se consultaron exposiciones temáticas tanto de autores nacionales como del extranjero. La técnica bibliográfica permitió recolectar y seleccionar adecuadamente el material de referencia.
- g) La bachiller aceptó todas las sugerencias que le hice y realizó las correcciones necesarias para una mejor comprensión del tema, en todo caso, respeté sus opiniones y los aportes que planteó.

Por las razones mencionadas, considero que el trabajo de tesis que asesore de la bachiller **IDALIA MAGALY DÍAZ DÍAZ**, cumple con todo lo establecido en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público. Por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que se continúe el trámite correspondiente.

Sin otro particular, me suscribo a usted con muestras de consideración y respeto.

Atentamente,

Dr. Berner Alejandro García García
Abogado y Notario

Licenciado
Berner Alejandro García García
Abogado y Notario

Doctor en Derecho en Ciencias Penales – Universidad de San Carlos de Guatemala.
Maestro en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social – Universidad de San Carlos de Guatemala
Máster en Ciencias Forenses – Universidad de Valencia, España / Universidad de San Carlos de Guatemala
Col. 12012

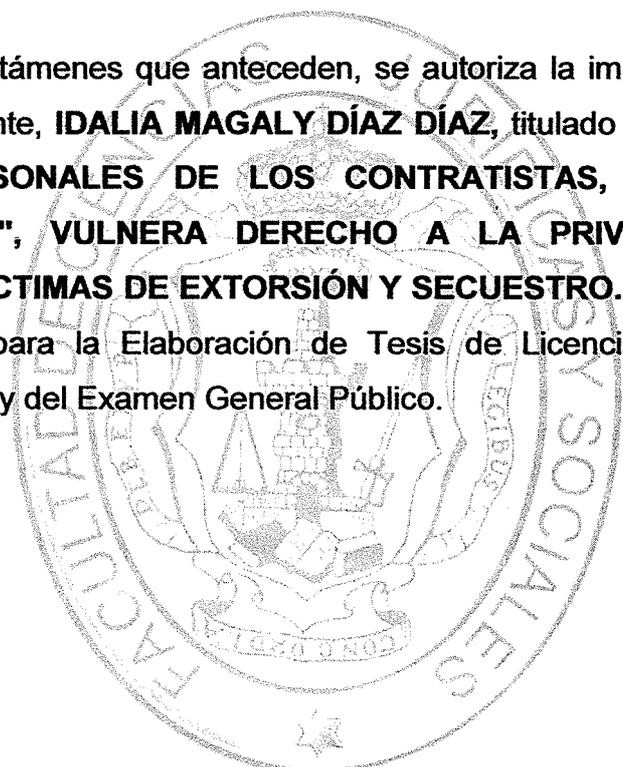
9 calle, 10-53 zona 12, Guatemala, Guatemala. **Teléfonos. 56560505, 54604070**
licalejandrogarcia@gmail.com



D.ORD. 317-2024

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

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante, **IDALIA MAGALY DÍAZ DÍAZ**, titulado **PUBLICACIONES DE DATOS PERSONALES DE LOS CONTRATISTAS, DE PARTE DE "GUATECOMPRAS", VULNERA DERECHO A LA PRIVACIDAD Y LOS EXPONE A SER VÍCTIMAS DE EXTORSIÓN Y SECUESTRO**. 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

[Handwritten signature]
 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
 F.C. DE G.C. J.J. Y S.S.
 UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS
 GUATEMALA, C. A.

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]
 FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
 SECRETARIA
 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
 GUATEMALA, C. A.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
 Universidad de San Carlos de Guatemala
 DECANO
 GUATEMALA, C. A.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por permitirme alcanzar una meta más y ser mi refugio.
- A MI MADRE:** Juana Eleodora Díaz, quien ha sido el motivo de inspiración cada día.
- A MIS HERMANOS:** Irma, Maribel, Ericka y Juan Carlos, por ser ejemplo a seguir y una lucha constante de superación.
- A MIS SOBRINOS:** Geidy, Jackelinne, Angeline e Isabella, para quienes deseo ser un ejemplo.
- A MIS AMIGOS:** En General; por el apoyo brindado, cada uno en diferentes etapas de mi vida estudiantil. En especial a mi mentor Berner Alejandro Garcia por compartirme sus conocimientos.
- A:** La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, casa de estudios que me abrió sus puertas para poder alcanzar una meta profesional.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme brindado el conocimiento y la oportunidad de superarme.

PRESENTACIÓN



El tipo de investigación es cualitativa, en virtud, que se buscó explicar las razones por las que surge la vulneración a los derechos de privacidad de los contratistas del Estado, así como la facilitación para la posible comisión de diferentes delitos como es el de extorsión y secuestro como consecuencia de la publicación de los datos sensibles de dichas personas en el sistema de Guatecompras. La rama cognoscitiva de la ciencia del derecho es competencia del derecho constitucional y administrativo, el contexto diacrónico y sincrónico se desarrolla durante enero de 2019 diciembre de 2021, específicamente en el municipio y departamento de Guatemala. El objeto es dar a conocer las razones por las que las instituciones públicas en Guatemala exponen a los contratistas del Estado a ser víctimas de extorsión o secuestro.

En cuanto al sujeto de la investigación fueron: los contratistas del Estado y los órganos de la administración pública. Y como aporte académico del estudio realizado, es la recomendación a las instituciones de la administración pública que están obligados a publicar la información de oficio en Guatecompras, tomar en consideración los datos personales o sensibles de los contratistas del Estado y de esa cuenta evitar su publicación en dicho sistema, derivado que no se tiene control alguno sobre las personas que tienen acceso, tomando en cuenta que el derecho al acceso a la información pública puede darse de dos vías, de oficio y a solicitud de parte, ya que la publicación de oficio expone a los contratistas del Estado de ser víctimas de extorsión o secuestros.

HIPÓTESIS



En la actualidad se hacen publicaciones de datos personales de los contratistas en el sistema Guatecompras, vulnerando el derecho a la privacidad y los expone a ser víctimas de extorsión y secuestro, como consecuencia de la errónea interpretación del acceso a la información pública de oficio por parte de las entidades de la administración pública, en virtud, que se publican datos de los contratistas del Estado en el sistema de Guatecompras, sin tomar en cuenta la limitación al derecho al acceso a la información.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Se validó la hipótesis, toda vez, que se corroboró que es necesario que las instituciones de la administración pública que están obligados a publicar la información de oficio en el sistema Guatecompras, tomen en consideración los datos personales o sensibles de los contratistas del Estado, a efecto de evitar su publicación en dicho sistema derivado a que no se tiene control sobre las personas que tienen acceso a éste. Los métodos utilizados fueron: el científico, que permitió observar las regulaciones de la publicación de información pública regulado en la Ley de Acceso a la Información Pública, el método sintético, para explicar resumidamente las consecuencias jurídicas de la publicación de los datos sensibles de los contratistas del Estado en el Sistema Guatecompras y el analítico, para interpretar las dos formas de acceso a la información pública.



ÍNDICE

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derecho constitucional.....	1
1.1. Antecedentes.....	1
1.2. Definición.....	2
1.3. Principios.....	6
1.4. Fuentes.....	10
1.5. Clasificación.....	14

CAPÍTULO II

2. La administración pública	19
2.1. Antecedentes.....	19
2.2. Definición.....	21
2.3. Actividad administrativa	26
2.4. Principio de legalidad administrativa.....	28
2.5. Principio de juricidad administrativa.....	34
2.6. Competencia administrativa.....	37
2.6.1. Características.....	38
2.6.2. Clases.....	40
2.7. Delegación administrativa.....	41

CAPÍTULO III

3. Licitación, cotización, compras y subasta electrónica inversa	43
3.1. Licitación.....	43
3.1.1. Integración.....	46



	Pág.
3.1.2. Funciones	47
3.1.3. Excusas	48
3.1.4. Impedimentos y recusaciones.....	51
3.2. La cotización.....	53
3.2.1. Integración	57
3.3. Compras	59
3.4. Contratos administrativos	62

CAPÍTULO IV

4. Publicaciones de datos personales de los contratistas, de parte de "Guatecompras", vulnera derecho a la privacidad y los expone a ser víctimas de extorsión y secuestro	69
4.1. Los derechos humanos.....	69
4.2. El derecho al acceso a la información pública	73
4.3. Análisis de las publicaciones de datos personales de los contratistas	76
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	85
BIBLIOGRAFÍA.....	87



CAPÍTULO I

1. Derecho constitucional

“La principal rama del derecho público. En cuanto tal, le corresponde primordialmente el estudio de la Constitución del Estado; y siendo así que en ella encuentran sus fundamentos todas las demás ramas del derecho. Siendo que su posición es, el centro de todo ordenamiento jurídico político de una determinada sociedad organizada.”¹ De lo expuesto, se desprende que el derecho constitucional pertenece a la rama del derecho público, en virtud, que su función primordial o esencial es el estudio de la organización del Estado, toda vez, que en ella encuentran su fundamento las demás áreas del derecho.

Como una breve instrucción, se puede afirmar entonces que el derecho constitucional es una rama que comprende bases para aplicar normativa jurídica en distintas áreas de desempeño en el ámbito público, a través del estudio y análisis de leyes fundamentales que definen el Estado.

1.1. Antecedentes

La existencia del derecho constitucional como una disciplina jurídica autónoma no pudo existir, como es evidente, antes de que aparecieran las constituciones modernas, en tanto acuerdos jurídicos comunes para gobernar la vida de un Estado nación. Por lo

¹ Naranjo Mesa, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Pág. 22.



tanto: "Su nacimiento coincide por lo general con el de la Constitución Británica del Siglo XVIII, ampliamente estudiada por el Barón de Montesquieu, uno de los más importantes escritores y juristas de la ilustración francesa"². Se establece que en la antigüedad hubo las leyes fundamentales de la Grecia Antigua, estudiadas por filósofos de la talla de Aristóteles y de Platón, quienes las distinguían de las demás leyes en sus tratados.

Como ya es de conocimiento, que el derecho constitucional, como disciplina autónoma y sistemática, nace entrado ya el siglo XVIII como antes se indicó, siendo que al remontar a sus orígenes, algunos tratadistas ubican la cuna del derecho constitucional en el Mediterráneo, más concretamente en Grecia; coincidiendo su origen con el nacimiento de la Constitución Británica del Siglo XVIII, en tal virtud, se estableció el origen del derecho constitucional.

1.2. Definición

Previo a definir el derecho constitucional, se considera pertinente analizar la constitución, siendo que es: "La ley de mayor jerarquía dentro del Estado, inspirada en principios liberales o sociales, o en ambas categorías de principios. En ella se establece el fin para el que se organiza el mismo; se reconocen los derechos y garantías de los habitantes, se instaura la estructura y forma de funcionamiento de sus organismos y diversas instituciones; y se instituyen las garantías y mecanismos para hacer valer los derechos establecidos, en armonía con el interés social, y los medios

² <https://historia.de/derecho-constitucional/>. (Consultado: el 19 de noviembre de 2023).



de defensa del orden constitucional.”³ Es comparable el criterio de lo antes expuesto toda vez que la Constitución Política de la República de Guatemala es la de mayor jerarquía, cuyas normas no pueden ser vulneradas por leyes ordinarias, reglamentarias e individuales

“El código político en que el pueblo, por medio de sus representantes, por él libremente elegidos fija por escrito los principios fundamentales de su organización y, especialmente, los relativos a las libertades políticas del pueblo.”⁴ La Constitución Política de la República de Guatemala, es la ley suprema, que contiene derechos fundamentales tanto individuales como sociales.

“Una disciplina científica que, como parte integrante de la Ciencia Política, tiene por objeto el estudio y la sistematización de las manifestaciones y el ordenamiento de las relaciones de poder, en el ámbito de una organización política global. No es una ciencia, sino una disciplina autónoma que es parte orgánica de la Ciencia Política. El objeto de esta última es el poder político, concebido como una energía que produce la suprema relación de mando y obediencia en el seno de una sociedad, y al cual quedan subordinados los restantes poderes sociales tales como el poder militar, religioso, familiar, gremial, empresarial o económico.”⁵

Lo descrito con anterioridad, sostiene el criterio de que el derecho constitucional no es una ciencia sino una disciplina científica que integra la ciencia política. A criterio del

³ Pereira Orozco, Alberto. **Derecho constitucional**. Pág. 133.

⁴ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Pág. 224.

⁵ Badeni, Gregorio. **Instituciones de derecho constitucional**. Pág. 39.



sustentante, el derecho constitucional es una ciencia y no una disciplina científica, en virtud que tiene su propio objetivo, métodos, principios y técnicas de investigación adecuado para su objeto de estudio, siendo la Constitución Política de la República de Guatemala o de un determinado Estado, cuyo método pertenece a las ciencias sociales.

“Una rama del derecho público; es decir, un conjunto de normas jurídicas que organiza el Estado, una disciplina científica integrante de la ciencia política, cuyo objeto es la organización de los poderes del Estado, la declaración de los derechos inherentes siendo: individuales y colectivos, las instituciones que garantizan el estudio y sistematización de las manifestaciones y el ordenamiento de las relaciones de poder del Estado. Aunado a ello, se dedica al estudio de la organización política y el funcionamiento del Estado, la esfera de competencia de las autoridades del Estado y las instituciones políticas que constituyen el soporte de la vida estatal.”⁶

De lo antes expuesto se afirma, que el derecho constitucional es una rama del derecho público que estudia y controla las leyes que rigen al Estado; además estudia las relaciones entre los particulares y el Estado. En ese orden de ideas, se puede decir que el derecho constitucional es un área del derecho público, a través de la cual se estudia el conjunto de principios y normas jurídicas que tiene por objeto regular los derechos fundamentales individuales y colectivas, la organización y estructuración del Estado y sus poderes que lo integran, la declaración de los derechos y los deberes individuales, como los colectivos, las instituciones y las garantías constitucionales.

⁶ Pereira. *Op. Cit.* Pág. 130.



Al referirse al derecho constitucional se hace mención a algo, que no se trata de objeto sensible a los sentidos, pero se sabe que evoca un conjunto de fenómenos reducibles a un término que señala una realidad y una necesidad, la organización de un Estado donde coexistan pacíficamente el poder y la libertad, resulta pues, necesario al referirse a derecho constitucional, entender los dos vocablos en que se compone su objeto de estudio, es decir, que para saber lo que es derecho constitucional hay que tener bien claro que es lo que se entiende por derecho y por constitucional.

Al hablar de derecho, se hace referencia a un sistema normativo que tiene por objeto, ordenar de cierto modo la conducta de los hombres dentro de sus relaciones sociales, estableciendo derechos y obligaciones, cuya finalidad es la concreción de los valores de justicia, a efecto de que el Estado logre una de sus obligaciones como lo es el bien común. Respecto al término constitucional, se refiere a la forma en que está compuesta la fundación de algo o la forma en que se estructura sus elementos; aquello que permite que una cosa adquiera su propio ser, que le da existencia, vida.

En ese sentido, surgen dos fenómenos claramente diferenciados, aunque ambas se complementan son de distinta naturaleza. Por lo que dichos fenómenos son los siguientes:

"a. El fenómeno jurídico, que se manifiesta al momento que un conjunto de normas jurídicas normativiza lo político, es decir, lo que hace el derecho es juridizarlo, de ello entendemos que el derecho constitucional es algo que sucede dentro del mundo del



derecho, es parte del derecho y no puede separarse de él, debiendo ser plenamente acatadas las disposiciones que de él surjan.

b. En cuanto al fenómeno político, debe ubicarse su actuar en el mundo social, es en ella donde se desarrolla y no podrá separarse de ella. La unión de lo político y lo social está en que ambas se manifiestan en forma de acciones humanas; lo social surge de relaciones interhumanas y lo político surge de conductas, de actos humanos.”⁷

De lo anterior, queda evidenciado que el derecho constitucional tiene como fin el establecimiento de la forma de gobierno, las leyes que definen al Estado y la regulación del poder público que a su vez se convierte en tal. Se ve pues, como en el transcurrir de la vida de lo político existe un momento en que éste cae dentro de lo jurídico, siendo así, como nace la comunidad política que no es más que el conjunto de voluntades y procesos subjetivos unidos por un mismo cuerpo jurídico.

1.3. Principios

Aunque no existe doctrina que haga alusión a los principios constitucionales, la sustentante considera importante desarrollar los siguientes principios regulados en la Constitución Política de la República de Guatemala y al respecto:

a. Principio de la finalidad del Estado: El Artículo uno de la Constitución Política de la República de Guatemala contempla: “El Estado de Guatemala se organiza para

⁷ **Ibíd.** Pág. 136.



proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.

Se debe entender que el principio fundamental de la Constitución Política de la República de Guatemala, es que la actuación del Estado debe tender siempre a la protección de las personas y de la familia, procurando siempre la realización del bien común a efecto de lograr la armonía social.

Ahora bien, debe interpretarse que el bien común es un concepto complejo, que en general puede ser entendido como aquello de lo que se benefician todos los ciudadanos o como los sistemas sociales, instituciones y medios socioeconómicos de los cuales todos dependen que funcionen de manera que beneficien a toda la población guatemalteca, es decir, el beneficio de la sociedad de los medios que el Estado ofrece.

En ese sentido, todas las grandes ciencias comparten un interés en las precondiciones necesarias para obtener un cierto fin social que es percibido como deseable. Consecuentemente el concepto de bien común contiene diferentes elementos o puede ser estudiado desde diferentes perspectivas.

b. Obligación del Estado: al respecto, el Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula: "Deberes 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". Se establece, que es una obligación constitucional del Estado garantizar la vida, libertad y la justicia a todos los habitantes, de tal manera que el Estado debe garantizar la vida humanamente dentro del marco jurídico vigente.



c. Supremacía constitucional: se encuentra regulado en el último párrafo del Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala que regula: "(...) 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".

De tal manera, que la Constitución Política de la República de Guatemala, es la ley suprema del Estado, por lo que todas las demás normas jurídicas deben ajustar sus disposiciones para que respeten efectivamente los mandatos constitucionales, siendo nulas *ipso jure* todas aquellas disposiciones de inferior categoría que vulneren, tergiversen disposiciones constitucionales.

d. En cuanto a la jerarquía normativa: el Artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial, establece: "Los Tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República de Guatemala, sobre cualquier ley o tratado, salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno. Las leyes o tratados prevalecen sobre los reglamentos. Carecen de validez las disposiciones que contradigan una norma de jerarquía superior."

De lo anterior se desprende, que las normas constitucionales siempre serán superiores a las normas ordinarias, reglamentarias y las individuales por regla general; aunado a ello, la jerarquía normativa se refiera a la ordenación jerárquica de las normas jurídicas de modo que las normas de rango inferior no pueden contradecir ni vulnerar lo establecido por una norma de rango superior que tiene mucho valor, en su defecto,



todas aquellas normas inferiores que contrarían las normas constitucionales son nulas de pleno derecho.

El Artículo 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que: “Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas *ipso jure*.” En tal virtud, los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución Política de la República de Guatemala prevalece sobre cualquier ley, reglamentos o tratados, a excepto en materia de derechos humanos, pero ello no implica que sean superiores a la Constitución.

En ese sentido, se considera que existen cuatro grados jerárquicos de las normas jurídicas en los que se encuentra estructurado el sistema normativo guatemalteco, siendo las que a continuación se detallan a efecto de tener una mejor comprensión:

- a. Normas constitucionales: que incluye la Constitución Política de la República de Guatemala y las denominadas leyes constitucionales.

- b. Normas ordinarias: el cual comprende los decretos emitidos, en el caso de Guatemala por el Congreso de la República de Guatemala y los decretos ley aprobados durante los gobiernos de facto.

- c. Normas reglamentarias: comprende los reglamentos y acuerdos gubernativos emitidos para desarrollar las leyes ordinarias.



d. Normas individualizadas: cabe resaltar que abarca normas aplicables solamente a un caso concreto, el cual sirve como antecedente para la resolución de otro caso de igual similitud.

1.4. Fuentes

“Las tendencias sociales de establecer una sociedad político-jurídico a lo largo de la historia, hizo que la Constitución de Inglaterra sea una expresión no asumida como tal, pero manifiesta desde la horda, la tribu, en *la polis* de los griegos, la Carta Magna de 1215 considerada como el primer paso del constitucionalismo inglés que estableció una serie de limitaciones al Rey y muchas otras expresiones que de alguna forma organizaron y marcaron pautas en distintas poblaciones.”⁸

En ese sentido, la denominada Carta Magna fue considerada según la historia como el primer avance del derecho constitucional, el cual a todas luces surgió en Inglaterra y se consignaron limitaciones al poder del Rey, es decir, que es uno de los antecedentes del derecho constitucional guatemalteco.

En el mundo moderno, con el movimiento liberal que se desarrolló a postrimerías del feudalismo, los sectores burgueses pelearon un espacio y la reforma del Estado, hasta instituir constituciones con particulares características, que permitió a pensadores, y movimientos intelectuales reflexionar sobre la forma del Estado, para ello conjugaron los ideales sobre todo en materia económica, política y social, lo cual generó

⁸ *Ibíd.* Pág. 62.



ordenamientos jurídicos que regularon las relaciones sociales, y constituyen ancestros constitucionales de la legislación guatemalteca, entre ellos se puede mencionar las siguientes constituciones:

“a) La Constitución de Estados Unidos, fue la primera Constitución escrita de carácter nacional, por medio de la Constitución de Filadelfia del año de mil setecientos ochenta y siete -1787-, que resumía, los principios políticos y filosóficos de carácter liberal por los cuales lucharon los libertadores de ese lugar. Adoptaron la forma de Estado federal, implantaron un sistema presidencial, formalizaron la independencia de jueces, mediante la creación de la Corte Suprema, fue el primer lugar en que se creó un órgano jurisdiccional para el control constitucional de las leyes.

b La Constitución de Francia, sistematiza el ordenamiento jurídico desarrollado por Montesquieu, en la teoría de la división tripartita de poderes con alusión a los frenos y contrapesos, tiene un alto contenido de los ideales liberales; formula la teoría de la soberanía popular de Rousseau, y este ordenamiento político-jurídico, parte de la Revolución Francesa, también legitima la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclamada el veintiséis de agosto de mil setecientos ochenta y nueve -1789-, hasta entonces no se había alcanzado en otro lugar.

c. La Constitución de Inglaterra, el cual instituyó un régimen parlamentario y dividieron el poder de la corona, para dar funcionamiento al parlamento; formalizaron garantías para la seguridad individual como la institucionalización del habeas corpus, que busco impedir la arbitrariedad a que estaban sometidas las personas privadas de su libertad,



sin que hubieran sido, citados, escuchados y vencidos en un juicio previamente desarrollado, con la debida defensa.”⁹

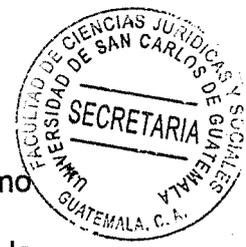
Lo antes expuesto, se deduce que constituye una fuente del derecho constitucional en Guatemala, ya que la implantación del sistema de gobierno parlamentario o de gabinete, que se instituyó en el Siglo XVIII, buscó equilibrar los poderes ejecutivo que era representada por la corona y el legislativo integrada por el parlamento, mediante mecanismos como el de la responsabilidad política del gobierno ante el Parlamento y el derecho de disolución de que goza aquel sobre este, estos antecedentes constitucionales considerados de la era moderna tienen particulares orígenes, que en la actualidad, es preciso destacar para entender sobre todo la orientación ideológica que tienen las constituciones que de ellos se derivaron.

Cabe resaltar, que la revolución inglesa: “Del Siglo XVII fue uno de los grandes momentos de la historia por varias razones, fue una de las primeras ocasiones en las que tuvo éxito una victoria de los poderes económicos incipientes, la floreciente burguesía, frente a la herencia feudal y el poder incontestable del rey en una época de formación de los absolutismos en toda Europa.”¹⁰

De lo, se desprende que la explosión de nuevos ideales y la reinterpretación de la religión y la relación de los hombres con Dios, son acontecimientos que motiva a algunos sectores a revelarse en contra del poder del monarca.

⁹ **Ibíd.** Pág. 39.

¹⁰ **Ibíd.** Pág. 158.



“La revolución de Estados Unidos de Norte América y la revolución francesa como toda revolución que genera un cambio o intento de cambios bruscos y profundos en la ubicación del poder político, implicó el uso o la amenaza de la violencia y con éxito, se tradujo en la transformación manifiesta del proceso de gobierno, así como de los fundamentos aceptados de la soberanía o la legitimidad y la concepción del orden político o social, estos casos dieron como resultado la aparición de una autoridad fuerte que reunió la dirección de las fuerzas revolucionarias, es decir, un segundo poder que se denominó Parlamento.”¹¹

De lo antes expuesto, se determina que el parlamento en esa época sufrió varias fases que más adelante tendieron a la radicalización y a la disgregación paulatina de sus componentes heterogéneos, pero en lo que sí estaban de acuerdo era en atraer al pueblo, y así lo consiguieron a través principalmente de una intensa propaganda hasta entonces nunca vista.

Cabe resaltar, que en gran medida la adhesión de las clases populares proporcionó la victoria sobre el bando realista y se desarrolló una base ideológica alternativa a la existente en ese entonces, coherente y que se caracterizaba por una marcada afinidad y religiosidad. De tal manera, que el radicalismo político nació de estos dos últimos factores y con el tiempo, llegó a desligarse del discurso primitivo de defensa del Parlamento como órgano de representación popular, es decir, representación del pueblo, ya que las revoluciones antes descritas tuvieron como principales características las siguientes:

¹¹ *Ibíd.* Pág. 162.



- “a. Revolución de la nobleza y de sectores privilegiados del sistema;
- b. pánico popular al llamamiento de esas elites, y la formación de un bloque conservador del antiguo orden que se resistió al cambio;
- c. Guerra civil; d) ejecución del Rey en el caso de Francia y la proclamación de la República y la declaración de los derechos de hombre y del ciudadano.”¹²

Lo antes citado, caracterizaba las principales causas de transformación social y del Estado como de su constitución, que se adaptan a la realidad y a las condiciones de clase, como el de desconcentrar el poder en una persona y el surgimiento del parlamento como otro órgano cuya atribución es la de imponer las reglas de la democracia.

1.5. Clasificación

Las constituciones se clasifican la forma siguiente:

- a) Por su contenido

“El cual atiende su aspecto formal, es decir a la manera en que se condensa y expresa el derecho constitucional, pueden ser constituciones escritas y no escritas.”¹³

¹² Romero Gabella, Pablo. **crisis constitucional en el siglo del absolutismo**. Pág. 640.

¹³ Gozaini, Osvaldo Alfredo. **La justicia constitucional**. Pág. 17.



De lo antes citado, se infiere que las constituciones escritas, son las que contienen una serie de normas precisas, legisladas, solemnemente promulgadas, a las cuales debe ajustarse la conducta del Estado y se proponen estatuir en un documento todas las instituciones y principios de convivencia social; y las no escritas o consuetudinarias, son las que carecen de un texto concreto y están integradas principalmente por costumbres, usos, hábitos y prácticas que, surgidos perfeccionados durante un largo proceso histórico, importan todo un sistema de preceptos para guiar la vida del Estado.

Es importante aclarar, que el derecho constitucional escrito no se agota en el conjunto de leyes constitucionales y siempre deja lugar a la complementación interpretativa de la costumbre, así como el derecho constitucional no escrito tiene una parte consignada en documentos que forma un derecho de excepción o bien un derecho complementario, se trata en consecuencia, de constituciones predominantemente escritas y constituciones predominantemente consuetudinarias, cuyos tipos más representativos son la francesa y la inglesa respectivamente que son los antecedentes más importantes para la promulgación de las actuales constituciones.

b) Por su procedimiento de reforma

Debe tomarse en consideración a la forma en que pueden ser reformadas y se clasifican en constituciones flexibles y rígidas: "Son Constituciones flexibles si las normas constitucionales pueden ser modificadas por el legislativo ordinario, de la misma manera que las demás leyes, tal es el caso de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Las Constituciones colocadas por encima o fuera del alcance del poder legislativo ordinario, en razón de que, habiendo sido dictadas por una autoridad superior, que es la Asamblea Nacional Constituyente, no pueden cambiarse sino por ella, se está frente a una Constitución rígida.”¹⁴

Lo antes, es clasificación en la doctrina del derecho constitucional, se funda en los trámites que deben cumplirse para reformar una Constitución, cuando pueden modificarse sin otros procedimientos o exigencias formales que se requieren para la reforma de una ley ordinaria, la Constitución es flexible, cuando los procedimientos son necesarios para la reforma constitucional, entonces la Constitución se denomina rígida.

c) Por su origen

“Las constituciones pueden clasificarse en constituciones otorgadas, pactadas y democráticas, esto atiende a la trayectoria histórica del derecho constitucional.”¹⁵ Se llaman constituciones otorgadas, aquellas que resultan de una concesión graciosa del monarca a favor de los súbditos, en virtud de ello se desprende voluntariamente de todos o parte de sus poderes absolutos para consignarlos en una ley, a la que consiente también en someterse, razón por el cual son documentos mediante los cuales el Rey, que ejerce el poder absoluto, concede al pueblo ciertas franquicias o libertades.

¹⁴ **Ibíd.** Pág. 18.

¹⁵ **Ibíd.** Pág. 20.



d) Por su contenido ideológico y pragmático

Las constituciones pueden ser ideológicas y programáticas o utilitarias. Son ideológicas, cuando se toma en cuenta la preponderancia que tiene el aspecto ideológico o filosófico en su estructura, que está bien definido y que tiene una proyección, ésta también se evidencia en la parte dogmática, puesto que a través de ella se sustenta en el máximo ordenamiento jurídico las bases que rigen a la sociedad y son programáticas o utilitarias, aquellas que se consideran ideológicamente neutrales, algunos tratadistas los enuncian como carentes del elemento ideológico, en ellas el énfasis recae en la organización mecánica del funcionamiento del poder en el Estado, se sustentan de un criterio de funcionalidad que determina la gestión de gobierno.

Es importante aclarar que el derecho constitucional tiene estrecha relación con el tema sujeto a estudio, siendo que la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 30, establece: "Todos los actos de la administración son públicos. Los interesados tienen derecho a obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, reproducciones y certificaciones que soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional, o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia".

De lo anterior, es evidente entonces que la norma constitucional antes indicada, contempla que toda persona tiene acceso a la información pública ya sea de oficio o a petición de parte, pero el órgano administrativo responsable debe de observar



estrictamente cuando la norma constitucional regula que cuando se trate de asuntos militares o datos suministrados de particulares bajo la garantía de confidencialidad, no debe de publicarse, caso contrario se estaría poniendo en riesgo la integridad de la persona.



CAPÍTULO II

2. La administración pública

Es la actividad que busca servir a los habitantes del Estado de Guatemala: “que persigue la realización del bien común -funcionarios y empleados-, que ejecutan funciones administrativas.”¹⁶

En tal virtud, la finalidad de la administración pública es el servicio hacia la población guatemalteca, es decir, que el Estado debe satisfacer las necesidades esenciales de la población tales como: el agua, alumbrado publica, calles, drenajes y otros, a efecto de lograr el bien común.

2.1. Antecedentes

De tal manera, que las primeras manifestaciones del surgimiento del derecho administrativo se identifican desde el origen de civilizaciones, denotando desde el imperio romano, los estados monárquicos absolutistas de la edad media y el periodo de la colonización de América, el inicio de las primeras instituciones y normas del poder público.

Sin embargo: “El punto de partida de la creación de leyes que los gobiernos debían cumplir con cierta rigurosidad y que normaban las relaciones entre administración y

¹⁶ Castillo González, Jorge Mario. **Derecho administrativo I**. Pág.15.

personas comunes, es desde ese entonces cuando ya se presentaba la noción del Derecho Administrativo, puede decirse que ha existido siempre, desde el nacimiento del Estado. Pero ello no ha sido suficiente para la creación de una disciplina”¹⁸.

Aunado a lo anterior, al hablar del surgimiento del derecho administrativo se presentan dos posiciones muy distintas, la primera establece que: “El derecho administrativo es una consecuencia de la revolución francesa, la historia del derecho administrativo se encuentra ligada a la historia de lo público”.¹⁹ Por otro lado otro lado hay derecho administrativo, más o menos elaborado, desde que se percibe lo común como algo que debe ser gestionado para el bienestar general, entonces el origen histórico del derecho administrativo es un asunto muy antiguo.

Para el referido autor “La ciencia del derecho administrativo nace tras la Revolución Francesa y su sistematización se produce en Italia, en el segundo decenio del siglo diecinueve.”²⁰ El derecho administrativo, fue consolidándose en Europa en una posición en la que existió siempre, lo que es relativamente reciente es su transformación en ciencia jurídica, por lo que la materia puramente administrativa es anterior a la Revolución Francesa, provocando en las civilizaciones anteriores un derecho administrativo rudimentario.

De tal manera, que la consolidación del derecho administrativo en Francia, como un derecho especial y autónomo para la administración del Estado, se vio reforzada por la

¹⁸ *Ibíd.* Pág. 22.

¹⁹ Muñoz Jaime. *Manual de derecho administrativo*. Pág. 215

²⁰ *Ibíd.* Pág. 220.

adopción de esa misma concepción en un buen número de otros países, que a partir de la misma filosofía fueron reconociendo y aplicando ese nuevo derecho, aunque, en diferente medida, con las particularidades propias que han impuesto las necesidades y conveniencias de cada uno de ellos.

2.2. Definición

“Etimológicamente la palabra administración viene del latín *ad* y del verbo *ministro-as-are*, que significa administrar, servir, ejecutar.”¹⁷ De tal manera que la administración, es un privilegio que tiene toda persona que llega a ocupar un cargo público, de poder servir a la población en general, lamentablemente hoy en día ese privilegio lo han entendido de otra manera, siendo que llegan a servirse y no a servir a la población guatemalteca.

“Una técnica por medio de la cual se determinan y realizan los propósitos y objetivos de un grupo humano particular. La administración como la organización de un organismo social, y su efectividad en alcanzar sus objetivos, fundada en la habilidad de conducir a sus integrantes. Administrar es prever, organizar, mandar, coordinar y controlar.”¹⁸

De lo anterior, implica entonces que la administración, es el conjunto de organismos y personas que se dedican a la administración o el gobierno de los asuntos de un

¹⁷ **Ibíd.** Pág. 2.

¹⁸ Calderón Morales, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo I.** Pág. 1.



Estado, como una actividad estatal encaminada a satisfacer las necesidades de la población, constituye el quehacer de los entes públicos para dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en la Constitución y en las leyes del país.

En el Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece: “Todo ese conjunto de actividades que se desarrollan en la administración pública, tiene tres funciones bien definidas y marcadas que se desarrollan dentro de los tres organismos del Estado; la actividad denominada en la doctrina como actividad formal es aquella que se desarrolla en cada uno de los tres organismos del Estado: actividad legislativa, actividad ejecutiva y actividad jurisdiccional.”

Los principios son aquellos parámetros que fundamentan y rigen a una determinada institución, por lo que en la administración pública tienen principal aplicación el principio de legalidad y de juridicidad administrativa; siendo el primero no sólo fundamental sino a la vez elemental para evitar la comisión de arbitrariedades, ya que sin la fundamentación legal, no procede la actuación de los funcionarios o empleados públicos; y de igual manera con el principio de juridicidad, que, a diferencia del anterior, establece la aplicación de la doctrina y los principios al quehacer público.

Con el estudio de las siguientes instituciones en este capítulo, se pretende enfocar de una manera general la actividad de la administración pública en Guatemala, la que se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común. Al respecto el Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece: “Protección a la Persona. El Estado de Guatemala se organiza



para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.”

De tal manera, que la obligación del Estado es la protección de los ciudadanos sin ninguna distinción alguna y debe ser igualitaria, y por su puesto a la familia, de crear políticas que eviten que se dé el divorcio entre los conyugues para un mejor desarrollo de los hijos, toda vez, que su principal responsabilidad es lograr el bien común a través de la prestación de los servicios esenciales, siendo la protección de las personas.

“La administración es un complejo orgánico integrado en el Organismo Ejecutivo, pero acepta que éste se halla formado por administración más gobierno, que constituyen el escalón superior de la organización jerárquica del ejecutivo. La limitación de definir la administración desde el punto de vista subjetivo está justamente en el momento de distinguir la administración de gobierno. La administración es la actividad práctica, permanente y concreta del Estado que es el criterio objetivo, material, que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran -criterio finalista-.”¹⁹

Se estima que el enfoque principal que debe tomarse en cuenta para definir a la administración pública es y será siempre su ubicación dentro del Organismo Ejecutivo, esto en virtud que la competencia que le asiste al mismo, consiste en la administración de los recursos públicos que se traducen en beneficio social como: salud, educación, seguridad, infraestructura y muchos más.

¹⁹ *Ibíd.* Pág. 3.



Por otra parte: "Es la parte de los órganos del Estado que dependen directa o indirectamente, del Poder Ejecutivo, tiene a su cargo la actividad estatal que no desarrollan los otros poderes -Legislativo y Judicial-, su acción es continua y permanente, siempre persigue el interés público, adopta una forma de organización jerarquizada y cuenta con: "a) elementos personales; b) elementos patrimoniales, c) estructura jurídica y d) procedimientos técnicos."²⁰

La definición plantea con anterioridad, establece los elementos en los que se compone la administración pública, los cuales son tres: primero, el órgano administrativo, que es la institucionalidad a través del cual el Estado actúa; el segundo elemento lo constituye la actividad que de una manera más amplia será tratada en el punto siguiente, por lo que únicamente se indicará que esa actividad administrativa se refleja en la prestación de los servicios públicos; y por último, la finalidad que es el propósito que se persigue con la administración pública y se encuentra plasmado en aquél precepto constitucional que establece que el fin supremo del Estado es la realización del bien común a través de la prestación de los servicios públicos.

En ese orden de ideas, después de analizar las definiciones antes planteadas, se puede indicar que la administración pública es el conjunto de actividades encaminadas a un logro específico que es la satisfacción del bien común, es decir, el beneficio de los habitantes de la República de Guatemala, el cual se logra a través de los servicios públicos y el quehacer del Estado que se encuentra regulado por el derecho administrativo.

²⁰ Acosta Romero, Miguel. **Teoría general del derecho administrativo**. Pág. 108.



“Existen diversas corrientes que estudian la administración pública, en primer lugar, existe una concepción jurídica, la que tiene su origen en Alemania y que su postulado principal es la de proteger los intereses de la población mediante el reconocimiento de sus derechos, frente al poder público que ostenta el Estado, siendo los siguientes:

- a. La concepción de productividad, implementa las técnicas de las empresas privadas a la administración pública, es decir, que para dicha concepción se considera importante aplicar las técnicas de la iniciativa privada hacia la administración pública.
- b. La concepción política busca implementar las diversas corrientes ideológicas en la toma de decisiones y la creación de programas sociales en beneficio de la población.
- c. La concepción psicológica persigue un estudio de la conducta del hombre en la sociedad, para atender sus necesidades, mediante una adecuada administración pública que proceda a otorgar los satisfactores que necesita la sociedad.
- d. Independientemente de la corriente por la cual se inclina, lo importante que debe tomarse en cuenta para definir la administración pública debe ser una visión integral de todos los conceptos anteriormente enunciados, en virtud de la aplicación general que tiene la administración pública dentro de un Estado.”²¹

De las concepciones antes indicadas, la sustentante comparte el criterio de la concepción de productividad, en virtud, que es necesario aplicar las técnicas de la

²¹ Gordillo, Agustín Alberto. **Teoría general del derecho administrativo**. Pág. 25.



iniciativa privada hacia la pública, toda vez, que si la administración pública fuera privada, hace ratos se hubieran ido a la quiebra y nos quedaríamos sin gobernantes, ya que actualmente derrochan el dinero del pueblo y para citar como ejemplos los proyectos de arrastres, estudios para proyectos que fueron pagados pero nunca se materializaron, proyectos abandonados que ni pena le da a los funcionarios públicos, por esa razón se inclina a favor de dicha teoría ya que en la iniciativa privada sucede todo lo contrario.

2.3. Actividad administrativa

“La actividad formal es la actividad que regularmente se desarrolla en cada uno de los tres organismos del Estado: actividad legislativa, actividad ejecutiva y actividad jurisdiccional. La actividad material es la actividad puramente material, que puede ser: interna, externa, reglada y discrecional.”²²

De lo anterior se desprende, que la actividad legislativa se refiere al qué hacer del órgano legislativo, en el caso de Guatemala, al Congreso de la República de Guatemala, lo que significa, de conformidad con la Constitución y las leyes, la potestad de crear, derogar o modificar leyes; la fiscalización de los recursos públicos y el nombramiento de funcionarios.

Por otra parte, la actividad ejecutiva tiene como principal función la de cumplir y hacer cumplir las leyes, es decir, hacer lo que la ley les regula, administrar todos los recursos

²² Calderón. *Op. Cit.* Pág. 19.



públicos y atender todas las necesidades de la población y por último la función jurisdiccional, la ejerce el Organismo Judicial, representado por la Corte Suprema de Justicia y los tribunales de justicia; que tienen la potestad de administrar justicia y promover la ejecución de lo juzgado, para cumplir con un interés o un bien jurídico tutelado.

En relación a la clasificación que se ha hecho en relación a la actividad administrativa siendo el que hacer de los órganos administrativos, la cual se clasifica en: actividad material que puede ser interna y por lo tanto se desarrolla dentro de la propia institución pública; mientras que la actividad externa, como su nombre lo indica se desarrolla fuera de una institución pública específica, es decir, la relación y coordinación que debe existir entre todas las entidades públicas para cumplir efectivamente sus fines, por ejemplo: Ministerio de Gobernación con la Dirección de la Policía Nacional Civil.

De tal manera, que la actividad formal reglada tiene su fundamento en la propia ley, es decir que la institución no puede hacer más actividades que aquello que se encuentra regulado en una norma jurídica específica, de lo contrario sería ilegal y el funcionario caería en abuso de autoridad y otros delitos que de su actuar se deriven y, por último, la actividad discrecional, que *a contrario sensu* de la anterior se fundamenta en ley, pero ésta carece de un momento determinado, una forma o requisito necesario para la actuación del funcionario o empleado público, lo que lo deja en libertad de actuar del funcionario o empleado público o podría decirse que determinadas actividades queda a discreción del funcionario público.



2.4. Principio de legalidad administrativa

“El origen de la legalidad se remonta al año de 1925 en donde Adolfo Merkl estableció que toda actividad administrativa del Estado debe basarse en la ley.”²³ Siendo este el único medio para establecerse y fundarse el Estado constitucional de derecho, el cual Guatemala ha pretendido consolidar a partir de la década de los años ochenta, pero ha sido muy difícil debido a situaciones en donde la institucionalidad del país se ha visto al borde del colapso, por la mala administración de funcionarios y empleados que basan sus actuaciones fuera del contexto legal.

Toda la actividad administrativa estará sometida a la ley, aquello que no esté establecido en la ley adolece de ilegalidad; siendo inaplicable o carente de validez. Que los funcionarios tomen sus decisiones en la ley, equivale a que todo su quehacer esté sometido a límites; por lo que sus decisiones serán de conformidad con el mandato legal.

Por otra parte, que: “Para el principio de legalidad lo fundamental es la ley y el administrador no puede actuar si no existe una norma legal que le otorgue competencia para poder actuar. Lo fundamental en este principio es la norma legal y el funcionario o administrador no puede salirse de la misma para resolver.”²⁴ Es decir, que el funcionario público no puede ir más allá de sus atribuciones que contempla la ley, caso contrario sus acciones pueden hacerlo incurrir en responsabilidades.

²³ **Ibíd.** Pág. 23.

²⁴ **Ibíd.** Pág. 27.



Lo anterior, se ejemplifica con el principio de legalidad, regulado en el Artículo 239 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “Principio de legalidad. Corresponde con exclusividad al Congreso de la República, decretar impuestos ordinarios, arbitrios y contribuciones especiales, conforme a las necesidades del Estado y de acuerdo a la equidad y a la justicia tributaria, así como determinar las bases de recaudación. Son nulas *ipso jure* las disposiciones jerárquicamente inferiores a la ley, que contradigan o tergiversen las normas reguladoras de las bases de recaudación del tributo.”

Por otra parte, el Código Municipal, Decreto número 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala establece en el Artículo 101 que: “Principio de legalidad. La obtención y captación de recursos para el fortalecimiento económico y desarrollo del municipio y para realizar las obras y prestar los servicios que se necesitan, deben ajustarse al principio de legalidad que fundamentalmente descansa en la equidad y justicia tributaria. Es prohibida la percepción de ingresos que no estén autorizados.”

De lo antes expuesto, se puede establecerse, que lo fundamental en el principio de legalidad y en las normas legales antes enunciadas, el único que puede autorizar al funcionario o empleado público para actuar, es la ley, de lo contrario su actuación sería ilegal y puede ser sujeto a una investigación penal, civil o administrativa, toda vez, que el funcionario público es sujeto a responsabilidades.

Después de analizar detenidamente el principio de legalidad, se citará dos casos como ejemplos en que los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos vulneran el



principio de legalidad, a efecto de una mejor comprensión de dicho principio, siendo los siguientes:

1. Cuando en la ley establezca una forma de proceder y los funcionarios o empleados públicos actúan al margen de la misma, es decir que varían el procedimiento establecido por la ley, tal es el caso de una declaratoria de vacante de un cargo de sindico o concejal en determinada municipalidad, la ley les indica que al declarar la vacancia deben de dar el aviso al Tribunal Supremo Electoral para que acredite al sustituto, pero en la práctica sin que exista acreditación de un ayes juramentan y le dan toma de posesión al sustituto.

2. Cuando los funcionarios o empleados públicos interpretan la ley a su antojo, de forma caprichosa o indebida, tal como se indicó en el numeral primero respecto a las vacancias de un sindico o concejal en las municipalidades, el alcalde municipal quien dirige la sesión interpreta la norma a su antojo y los demás miembros del concejo municipal siguen sus instrucciones, es raro el caso donde los integrantes del concejo municipal tengan criterios propios y definidos, ya que si la Contraloría General de Cuentas realmente ejerza sus funciones a cabalidad, a cuantos concejos municipales estarían ligados a proceso por interpretar la ley a su antojo.

Como ya es de conocimiento, que el principio de legalidad es un principio jurídico fundamental utilizado por la mayoría de los estados de derecho modernos, conforme al cual todo ejercicio de un poder público debe realizarse acorde a la ley vigente y su jurisdicción, no a la voluntad o arbitrio de personas particulares o mandatarios: "Tres

son las finalidades que se persiguen con la aplicación del principio de legalidad en la administración pública de Guatemala, estas son:

1. Dar seguridad jurídica a los habitantes del Estado de Guatemala. La seguridad consiste en el acatamiento de la ley a efecto de evitar decisiones arbitrarias y la protección legal de las personas.
2. Dar firmeza a las decisiones administrativas. Esta firmeza consiste en dar estabilidad a las actividades y decisiones para que no queden sin efecto por beneficios e intereses personales.
3. Convertir a la ley en un instrumento de poder y de competencias, limitado por la misma ley.²⁵

Las finalidades anteriormente anotadas, se puede indicar que un Estado como el de Guatemala, con antecedentes de dictaduras y de gobiernos autoritarios, la aplicación del principio de legalidad se ha visto vulnerado en muchas oportunidades, realizando actividades administrativas al margen de la ley, incluso sin estar basadas en norma jurídica alguna; ha tenido como resultado la generación de grandes problemas sociales que hasta el momento se encuentran en una grave crisis social.

De tal manera, que es necesario someter todas las actividades de la administración pública al principio de legalidad, porque es sólo a través del mismo como se consolida

²⁵ Castillo. Op. Cit. Pág. 24.



el Estado constitucional de derecho y se evitan actividades arbitrarias que perjudican a las mayorías.

En ese sentido, el principio de legalidad establece una serie de reglas, las cuales deben ser consideradas en cuenta para que las actividades o decisiones que sean tomadas no caigan en la arbitrariedad o ilegalidad; se mencionan las siguientes:

“1. Las actividades y las decisiones de funcionarios y empleados públicos, no contradirán, tergiversarán o disminuirán las disposiciones contenidas en la Constitución Política y en las leyes ordinarias.

2. Las actividades y las decisiones de funcionarios y empleados públicos, no contradirán, tergiversarán o disminuirán las disposiciones contenidas en los reglamentos.

3. Las actividades y las decisiones de funcionarios y empleados públicos subordinados o dependientes, no contradirán, tergiversarán o disminuirán las actividades y las decisiones de los funcionarios y empleados públicos superiores.”²⁶

Un aspecto de suma importancia que se estima oportuno hacer notar es que en las reglas antes enumeradas se establece aquel principio de supremacía constitucional, el cual establece que la norma constitucional es superior a cualquier otra; por lo tanto, aquella disposición, acto o resolución que la contradiga, tergiversarse, disminuya o

²⁶ **Ibíd.** Pág. 25.



restrinja, será nula de pleno derecho; tal y como lo establece el Artículo 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

La aplicación de este principio en la práctica administrativa, puede verse dividido en dos situaciones o clases, en las cuales ante la actuación de los funcionarios o empleados públicos se puede estar rígidamente sujeto a su observación o dejar por un lado sus lineamientos; esto sucede cuando se aplica la ley observando las normas con total exactitud tal y como está regulado, sin tomar en cuenta otros valores como la justicia, el bien común, la igualdad o equidad; lo que doctrinalmente se le denomina como una legalidad positiva.

Cabe resaltar que, si el funcionario o empleado público aplica la ley omitiendo algún presupuesto o requisito contemplado en la misma y que tenga como único fin de hacer prevalecer la justicia, el bien común, la igualdad, equidad y otros, se está ante una legalidad negativa, ésta lleva el propósito de dejar por un lado una actitud legalista evitando que la ley sea un obstáculo para realizar actos, proyectos o programas de beneficio social.

Por lo anteriormente expuesto, es común escuchar que ciertas actuaciones de funcionarios o empleados públicos son legales, pero no justas o al contrario son justas, pero no legales. La ley en muchos casos no toma en cuenta valores como la igualdad, equidad y justicia que son los principios generales del derecho, lo que debe perseguirse siempre es la satisfacción del interés general sobre el particular, aunque exista discrepancia con la ley.



2.5. Principio de juridicidad administrativa

“En el principio de juridicidad administrativa además de la aplicación de la ley se debe tomar en cuenta lo regulado por el derecho, los principios generales del mismo y la doctrina. Existe dentro de la práctica la tendencia a creer que existe diferencia entre los conceptos de juridicidad y juricidad, pero son conceptos que significan lo mismo.”²⁷

Es decir, si el principio de legalidad administrativa es la aplicación de los preceptos legales en la toma de decisiones administrativas por parte de los funcionarios y empleados públicos.

Dentro del ordenamiento jurídico este principio tiene un origen constitucional, porque se encarga de la función de controlar su efectividad al Tribunal de lo Contencioso Administrativo según el Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala que preceptúa: “Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Su función es de contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene funciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas (...)”.

De la norma legal antes citada, se establece que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es el contralor de la juridicidad de la administración pública, significa que en la aplicación de la justicia debe considerar en primer lugar a la ley, el derecho, los

²⁷ **Ibíd.** Pág. 26.



principios generales del derecho y la doctrina; para resolver conflictos que surgen de actos, resoluciones, contratos o concesiones de la administración pública, en la que se incluyen tanto las entidades descentralizadas como también las instituciones autónomas.

La juridicidad es definida como: “La tendencia y el criterio favorable al predominio de soluciones de estricto derecho en los asuntos sociales, políticos, económicos, culturales y de cualquier otra naturaleza. Equivale a la aplicación del derecho por medio de principios jurídicos incluyendo la doctrina jurídica administrativa.”²⁸

La aplicación del derecho se hace a través de los principios generales del mismo, entre éstos se puede indicar que se encuentran el bien común, la justicia, la igualdad, la equidad. Además, se debe tomar en cuenta la doctrina administrativa existente, la cual constituye el resultado del trabajo investigativo realizado por los jurisconsultos, es decir la teoría relacionada a las instituciones del derecho administrativo.

Para resolver los conflictos sometidos al conocimiento del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, los magistrados deben dictar sus fallos fundamentándose en la ley, como en el derecho administrativo; esto permite sentencias más fundamentadas y justas. Algo importante que se sostiene es la necesidad de la juridicidad para eliminar la utilización de la discrecionalidad, entendida ésta como la actividad realizada ante la ausencia de algún requisito, por lo que el funcionario realiza lo que a su parecer es lo correcto.

²⁸ Acosta Romero. *Op. Cit.* Pág. 27.



Con la aplicación de la juridicidad se utiliza el derecho como un instrumento o método para resolver cuestiones en las que se encuentren ausencias o vacíos legales que el legislador no pudo prever.

A continuación, se enumeran algunas diferencias que existen entre los principios administrativos de legalidad y juridicidad, con el fin de una mejor comprensión de dichos principios y al efecto:

1. La juridicidad establece que las actividades de los funcionarios públicos deben ser con base al derecho, en el que se incluyen los principios generales y la doctrina; mientras el principio de legalidad obliga a que las decisiones administrativas sean tomadas con base a la ley, en su defecto se incurre en ilegalidades.
2. Por primacía legal, lo que primero se aplica es la ley, es decir el principio de legalidad, dejando en segundo orden al derecho, es decir al principio de juridicidad, cuando surja un caso en el que se encuentre un vacío legal.
3. La ley es producto del proceso legislativo creado por el Congreso de la República de Guatemala, mientras que la juridicidad es producto de la investigación de los jurisprudencias, la cual no se encuentra legislada.
4. Cuando surgen casos en que existan lagunas legales, el principio de legalidad recurre a la discrecionalidad; en la juridicidad se aplican los principios generales del derecho o doctrina existente relacionada con el acto o resolución a realizar.



2.6. Competencia administrativa

“La potestad de acción o el poder de actuación del titular de la organización, en relación con las atribuciones que expresamente le asigna la ley.”²⁹

El nombramiento de un funcionario o empleado público para realizar determinada actividad dentro de una institución pública, lleva consigo la asignación de tareas, las cuales son propias por el cargo que ostenta; este conjunto de actividades propias del cargo público es conocida en la doctrina con el nombre de competencia administrativa.

De la definición planteada con anterioridad, se pueden extraer dos elementos, los cuales se consideran elementales para ubicar dicho concepto dentro de la naturaleza administrativa: la potestad, entendida ésta como un poder reconocido por la ley para que el funcionario o empleado público pueda actuar dentro de determinada entidad pública y tomar decisiones que tengan trascendencia jurídica.

El reconocimiento expreso que debe tener la ley sobre las atribuciones que le asisten al funcionario público para que éste pueda actuar, de lo contrario su actuación sería ilegal. Con relación a este último de los elementos puede relacionarse muy estrechamente con el principio de legalidad administrativa que fue anteriormente abordado, en el cual solo mediante una regulación legal pueden realizarse las actividades, actos y toma de decisiones por parte de los funcionarios o empleados públicos.

²⁹ *Ibíd.* Pág. 138.



2.6.1. Características

Las características más importantes son las siguientes:

- "a. La competencia es otorgada por la ley. La competencia debe ser otorgada por la ley, por ser establecida en interés público y surge de una norma y no de la voluntad de los particulares ni del órgano que la ejerce.

- b. Irrenunciable. La competencia es irrenunciable, por ser interés público y establecida por una norma. Ello no significa que la competencia es obligatoria y debe ser ejercida en forma independiente de la voluntad del funcionario público que la ejerce, es una obligación del Estado a través de sus órganos de su ejercicio.

- c. Inderogable. La inderogabilidad significa que la competencia no puede ser derogada por el propio órgano administrativo, ni particular o funcionario, ni por acto administrativo, ni por contrato. La competencia es otorgada por la ley y es imposible modificarla ni por contrato.

- d. No puede ser cedida. La competencia debe ser ejercida por el órgano a quien está atribuida por mandato legal y no la puede ceder a otro órgano o persona individual. Hay que recordar que la competencia pertenece al órgano administrativo.

- e. No puede ser ampliada. Esto significa que el órgano administrativo debe ejercer limitadamente la competencia sin ampliar la esfera de la misma, pues esto daría lugar



a un acto viciado por incompetencia, la competencia administrativa hay que ejercerla con los límites que la misma ley le está otorgando al órgano de la administración.

f. Es improrrogable. Esto también significa que la competencia no puede ser trasladada de un órgano a otro órgano administrativo, salvo en los supuestos de avocación y delegación, de órganos administrativos que pertenecen a una misma jerarquía administrativa, es decir que pertenecen a una misma competencia.”³⁰

De los incisos anteriormente citados, se determina que las características de la competencia administrativa deben encuadrarse en la legalidad, es decir, que únicamente la ley fija las atribuciones y competencias de los funcionarios públicos para el ejercicio de sus cargos.

De tal manera, que la toma de decisiones, actos o resoluciones en nombre de la organización pública; improrrogable, y que la institución pública no puede trasladar o extender a otra organización, la potestad de conocer de determinado asunto; inderogable, el funcionario o empleado público no puede por su propia decisión dejar sin efecto la competencia que le ha sido asignada en la ley,

Por último, la pertenencia de la competencia es de la organización pública o del órgano administrativo y no al funcionario o empleado público, siendo que es únicamente es portador de la misma mientras ejerce el cargo o puesto para el cual ha sido designado por el plazo legal del cargo.

³⁰ Calderón. **Op. Cit.** Pág. 92.



2.6.2. Clases

La siguiente clasificación de la competencia administrativa se hace con la única finalidad de comprender de una mejor manera, por qué determinado funcionario o empleado público tiene la potestad para tomar decisiones en determinado asunto.

La competencia territorial en Guatemala se basa en la división administrativa del territorio del Estado de Guatemala, por lo que se podría indicar en primer lugar que se divide en regiones, éstas en departamentos y los departamentos en municipios; existe otra división con la finalidad de organizar y coordinar la administración pública, formulando las políticas de desarrollo urbano y rural, así como el ordenamiento territorial; creándose para el efecto los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, cuyas funciones consiste en la formulación de políticas de desarrollo urbano y rural y ordenamiento territorial.

La competencia jerárquica, conocida como vertical, es aquella que se basa en la jerarquía para la toma de decisiones; como ejemplo puede ilustrarse al Organismo Ejecutivo, el cual se conforma por el presidente, vicepresidente, ministros, viceministros, directores generales y secretarías; cada una de esas instituciones tiene su competencia la que ejerce a través de los funcionarios y empleados públicos que la dirigen.

La competencia activa es aquella que realiza cada organización administrativa; por ejemplo: El Ministerio de Educación, conoce de los asuntos relacionados con la



educación, formación y profesionalismo de los estudiantes, tanto del nivel público como del nivel privado, regulando esa actividad de conformidad con la ley.

En la competencia jerárquica, se encuentra la competencia objetiva, que no es más que la establecida en primer lugar por la Constitución Política de la República de Guatemala, las leyes ordinarias y los reglamentos. En el caso de las municipalidades, la competencia objetiva de las mismas sería, la establecida por la Constitución Política de la República de Guatemala en los Artículos 253 al 262 y en el Código Municipal Decreto número 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

2.7. Delegación administrativa

Es el traslado de la competencia de un órgano hacia otro; pero la primera de las definiciones, que a continuación se transcriben, va más al fondo del asunto cuando indica que dicha delegación debe estar expresamente autorizada por la ley, con lo cual demuestra la superioridad que tiene siempre el principio de legalidad en todo el actuar de los órganos públicos.

De tal manera, que el principio de legalidad anteriormente abordado, se precisó en qué se debe hacer únicamente aquello que la ley así lo disponga, de lo contrario dicha actuación sería ilegal; por lo que la ley misma prevé situaciones en las cuales se transfiere la competencia de un órgano a otro para que realice determinada función, siempre dentro del marco de la legalidad, y ahí es donde se entra al campo de la delegación administrativa.



Se puede definir a la delegación administrativa como: “La transferencia del ejercicio de autoridad o del ejercicio de competencia, autorizada por la ley o por reglamento con la finalidad de tomar determinada decisión que es el acto procesal por el cual el órgano superior traslada su competencia normal a un órgano inferior en caso determinado.”³¹

Se puede ejemplificar una delegación al objeto de estudio en el trabajo de investigación, que, con la publicación de oficio de los órganos de la administración pública al sistema Guatecompras, tal como sucede en las municipalidades, tal es el caso de los eventos de cotización y licitación que obligadamente debe de publicarse en el sistema de Guatecompras, éstas tienen una delegación conferida mediante Acuerdo Ministerial del Ministerio de Finanzas Públicas, a quien les faculta para realizar dicha función, basándose en el principio de autoridad propia.

En cuanto a su relación con el tema siendo la publicación de los datos de los contratistas del Estado al sistema Guatecompras, se puede indicar que la administración pública es un sistema de límites imprecisos que comprende el conjunto de organizaciones públicas que realizan función administrativa y de gestión del Estado y de otros entes públicos con personalidad jurídica, ya sea entidades autónomas o descentralizadas. Por su función, pone en contacto directo a la ciudadanía con el poder político que ejercen los funcionarios o servidores públicos, satisfaciendo los intereses colectivos de forma inmediata con la finalidad de que el Estado cumpla una de sus obligaciones constitucionales como lo es el bien común a través de la publicación de información pública al sistema Guatecompras.

³¹ **Ibíd.** Pág. 165.



CAPÍTULO III

3. Licitación, cotización, compras y subasta electrónica inversa

Se puede indicar, que la licitación, cotización, compras y subasta electrónica inversa, es un tipo de contratación administrativa en términos generales, es un acuerdo privado, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. Por otra parte, se puede argumentar que es un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones para las partes. Es un acto jurídico bilateral o multilateral, porque intervienen dos o más personas, siendo el Estado y el contratista o la persona jurídica a quien se le adjudica el contrato licitado o cotizado.

3.1. La licitación

“Es el procedimiento de selección del contratista estatal, que, con plena publicidad y buscando el máximo de concurrencia, es convocado por un sujeto u órgano público en ejercicio de competencia, a los efectos de adjudicar el contrato a la oferta más conveniente de entre las presentadas por los administrados con sujeción a las bases preestablecidas por la administración licitante.”³² de tal manera, que la licitación es un contrato, en virtud de la cual la administración pública recibe y analiza las ofertas recibidas y por consiguiente, adjudica el servicio u obra al mejor ofertante cuyo expediente fue analizado en su momento.

³² Barra, Rodolfo. **Contrato de obra pública**. Pág. 490.



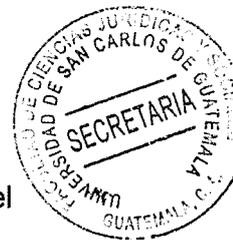
Por otra parte, se define como: "Un procedimiento de selección del contratante de la Administración Pública que, sobre la base de una previa justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, tiende a establecer que persona o entidad es la que ofrece el precio más conveniente para la Administración Pública."³³

De lo anterior, se establece que la licitación se encuentra regulada en la Ley de Contrataciones del Estado, que es una compra de bienes o servicios que realiza el Estado, pero determinada por varias características solicitadas y pues, el requerimiento se hace por medio de ofertas públicas a todos los posibles oferentes existentes en el mercado, en el caso de Guatemala se usa la plataforma estatal llamada Guate Compras.

El Artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado establece: "Esta Ley tiene por objeto normar las compras, ventas, contrataciones, arrendamientos o cualquier otra modalidad de adquisición pública, que realicen:

- a. Los Organismos del Estado.
- b. Las entidades descentralizadas y autónomas, incluyendo las municipalidades; Ley de Contrataciones del Estado.
- c. Las entidades o empresas, cualquiera sea su forma de organización, cuyo capital mayoritariamente esté conformado con aportaciones del Estado.
- d. Las Organizaciones No Gubernamentales y cualquier entidad sin fin de lucro, que reciba, administre o ejecute fondos públicos. Se exceptúan las Organizaciones de

³³ Marienhoff, Miguel Santiago. **Tratado de derecho administrativo**. Pág. 164.



Padres de Familia -OPF-, Comités, Consejos Educativos y Juntas Escolares del Ministerio de Educación para los programas de apoyo escolar; y las subvenciones y subsidios otorgados a los centros educativos privados gratuitos.

- a. Todas las entidades de cualquier naturaleza que tengan como fuente de ingresos, ya sea total o parcialmente, recursos, subsidios o aportes del Estado, respecto a los mismos.
- b. Los fideicomisos constituidos con fondos públicos y los fondos sociales.
- c. Las demás instituciones que conforman el sector público”.

La norma legal antes citada, enumera y contempla todas aquellas entidades del Estado, quienes están facultados para la realización de la licitación pública en la República de Guatemala, si la entidad no está contemplada en la legislación, no podrá realizar la licitación pública.

El Artículo 4 Bis de la Ley de Contrataciones del Estado, indica: “El Sistema de información de contrataciones y adquisiciones del Estado denominado GUAATECOMPRAS, es un sistema para la transparencia y la eficiencia de las adquisiciones públicas. Su consulta será pública, irrestricta y gratuita, y proveerá información en formatos electrónicos y de datos abiertos sobre los mecanismos y las disposiciones normadas en esta Ley y su reglamento. El sistema será desarrollado, administrado y normado por el Ministerio de Finanzas Públicas, el cual es el órgano rector del sistema, y será utilizado por todos los sujetos obligados por esta Ley, para las compras, ventas, contrataciones, arrendamientos o cualquier otra modalidad de



adquisición pública. En él se debe publicar la información relativa a todas las fases del proceso de adquisición pública, así como las codificaciones o catálogos que se establezcan para las adquisiciones públicas.”

Lo antes citado, regula el sistema por medio de la cual se hará la licitación y cotización del Estado, la cual tiene como fin primordial la transparencia en la adjudicación de los servicios u obras,

El Artículo 17 de la Ley de Contrataciones del Estado, contempla: “Cuando el monto total de los bienes, suministros y obras, exceda de las cantidades establecidas, en el Artículo 38, la compra o contratación deberá hacerse por licitación pública, salvo los casos de excepción que indica la presente ley, en el Capítulo III del Título III. Si no excede de dicha suma, se sujetará a los requisitos de cotización o a los de compra directa, conforme se establece en esta ley y en su reglamento.”

De tal manera, que existe un monto que determina cuando la licitación se convierte en publica, caso contrario es una compra directa. Pero los funcionarios públicos siempre buscan la manera de que sea compra directa y si el monto excede de lo contemplado fraccionan las comparas con la finalidad de evitar la licitación.

3.1.1. Integración

El Artículo 11, de la Ley de Contrataciones del Estado, manifiesta: “Los miembros titulares y suplentes de las juntas de cotización, licitación o calificación deberán ser



servidores públicos, nombrados por la autoridad competente (...) a) En el caso de la modalidad de licitación pública, la junta de licitación estará integrada por tres (3) miembros titulares y dos (2) suplentes, los cuales deberán ser nombrados por la autoridad superior de la entidad contratante (...).”

De lo anteriormente expuesto, se establece como se integran los servidores públicos designados para integrar la junta de licitación, siendo que la junta de licitación no es más que la reunión de personas dotadas de conocimientos en temas relacionados a la Ley de Contrataciones del Estado, quienes son nombrados por la autoridad superior de las instituciones donde desempeñan sus labores en base a su experiencia, con el fin de que analicen y adquieran bienes y servicios necesarios para la prestación de la función pública que necesita el Estado, es decir, la satisfacción de las necesidades que el Estado debe proporcionar hacia la población.

3.1.2. Funciones

La base legal de las funciones de los miembros que integran dichas juntas, se regulan en el Artículo 10, de la Ley de Contrataciones del Estado, regula: “Juntas de cotización, licitación o calificación. Las juntas de cotización, licitación o calificación son los únicos órganos competentes para recibir, calificar ofertas y adjudicar el negocio, las decisiones las tomarán por mayoría simple de votos entre sus miembros. Los miembros de la junta pueden razonar su voto. Los miembros de las juntas no podrán abstenerse de votar ni ausentarse o retirarse del lugar en donde se encuentren constituidos durante la jornada de trabajo en el proceso de la adjudicación. Las juntas



de cotización, licitación o calificación deben dejar constancia de todo lo actuado en las actas respectivas.”

De lo antes expuesto, se establece que La Ley de Contrataciones del Estado cataloga a las juntas de licitación y cotización, como órganos únicos y cuyas competencias no pueden ser delegadas, definiendo sus funciones al estar debidamente integrados con el fin de recibir, calificar ofertas y adjudicar el negocio que necesita determinada institución del Estado para su funcionamiento y mantenimiento. De tal manera, que no hay más funciones que cumplan los integrantes de dichas juntas más verificar la oferta y adjudicar la que mas beneficie a la sociedad.

También se puede definir la función que realizan los integrantes de las juntas de licitación o cotización, como la potestad legalmente determinada por la ley de la materia, a efecto de que puedan con base a su experiencia y conocimientos en cuando al cargo encomendando, determinar que el Estado puede adquirir bienes y servicios ofertados públicamente, de buena calidad y a precios razonables en el mercado nacional o internacional, en caso de que los precios superan el precio real del mercado no pueden avalar dicha propuesta, caso contrario se les deducen responsabilidades que del cargo se derivan.

3.1.3. Excusas

En relación a la excusa, el Artículo 13 de la Ley de Contrataciones del Estado enumera las causales en que debe excusarse los integrantes de las juntas de licitación o



cotización, y contempla: "Excusa obligatoria para integrar las juntas de cotización, licitación o calificación. No podrán ser miembros de las juntas de licitación, cotización o calificación, y deberán excusarse en los casos siguientes:

- a. Cuando tengan amistad íntima o relaciones con alguna de las partes, que según las pruebas y circunstancias hagan dudar de la imparcialidad.
- b. Cuando él o la integrante o sus descendientes tengan concertado matrimonio con alguna de las partes, o con parientes consanguíneos de alguna de ellas.
- c. Cuando él o la integrante viva en la misma casa con alguna de las partes, exceptuándose el caso de hoteles o pensiones.
- d. Cuando él o la integrante haya intervenido en el asunto que se convoque.
- e. Cuando él o la integrante o sus parientes dentro de los grados de ley, hayan sido tutores, protutores, guardadores, mandantes o mandatarios de alguna de las partes o de sus descendientes, cónyuges o hermanos.
- f. Cuando el cónyuge o los parientes consanguíneos del integrante hayan aceptado herencia, legado o donación de alguna de las partes.
- g. Cuando alguna de las partes sea comensal o dependiente del integrante o éste de aquellas.
- h. Cuando él o la integrante, su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, hermanas y alguna de las partes hayan otorgado un contrato escrito del que resulte una relación jurídica que aproveche o dañe al integrante o a cualquiera de sus parientes mencionados.
- i. Cuando el integrante, su cónyuge o parientes consanguíneos tengan juicio pendiente con alguna de las partes o lo haya tenido un año antes.



- j. Cuando el integrante, antes de adjudicar, haya externado opinión en el asunto que se ventila.
- k. Cuando el asunto pueda resultar en daño o provecho para los intereses del integrante, su cónyuge o alguno de sus parientes consanguíneos dentro de los grados de ley.
- l. Cuando el integrante, su cónyuge, o alguno de sus parientes consanguíneos, tengan enemistad grave con alguna de las partes. Se presume que hay enemistad grave por haber dañado o intentado dañar unas de las partes al integrante o éste a cualquiera de aquellos, en su persona, su honor o sus bienes, o a los parientes de unos y otros mencionados en este inciso.
- m. Por no cumplir ninguno de los criterios de idoneidad establecidos en el Artículo 11 de esta Ley.
- n. Por razones establecidas en esta Ley o en otras leyes vigentes.

Los servidores públicos que sean nombrados para integrar una junta y que deben excusarse según lo establecido en este artículo, en un plazo no mayor a un día hábil a partir del momento que conozcan el impedimento, deberán presentar su excusa por escrito, razonando y acreditando las causales que justifican la excusa. La autoridad nominadora de la Junta deberá resolver en un plazo no mayor a un día hábil. El reglamento establecerá el procedimiento. Los servidores públicos que presenten excusas frívolas, o que teniendo obligación de presentar excusa no lo hicieren, serán sancionados conforme al régimen sancionatorio administrativo del Estado o entidad que se refiere, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que se puedan derivar.”



De la norma legal antes citada, se puede establecer varios motivos por los cuales alguno de los integrantes de las juntas de cotización y licitación nombrados puedan excusarse para no participar en la junta de licitación o cotización. Es importante hacer ver, que hay que recordar que ellos simplemente son nombrados por la autoridad superior de la institución de gobierno o de cualquiera otra dependencia de la administración pública, sin hacerle ninguna consulta, simplemente, son nombrados para ejecutar la decisión encomendada.

3.1.4. Impedimentos y recusaciones

Este tema pareciera tener connotación judicial, sin embargo, está regulado en el Artículo 12 de la Ley de Contrataciones del Estado: "Impedimentos para integrar las juntas de cotización, licitación o calificación. No podrán ser miembros de las juntas de licitación, cotización o calificación, quienes tengan alguno de los impedimentos siguientes:

- a. Ser parte en el asunto.
- b. Haber sido representante legal, gerente o empleado, o alguno de sus parientes, asesor, abogado o perito, en el asunto o en la empresa oferente.
- c. Tener, o alguno de sus parientes dentro de los grados de ley, interés directo o indirecto en el asunto.
- d. Tener parentesco dentro de los grados de ley, con alguna de las partes.
- e. Ser pariente dentro de los grados de ley, de la autoridad superior o la autoridad administrativa superior de la institución.



- f. Haber aceptado herencia, legado o donación de alguna de las partes.
- g. Ser socio o partícipe con alguna de las partes.
- h. Haber participado en la preparación del negocio, en cualquier fase.”

De lo anterior, se establece que los impedimentos es el obstáculo que tienen los funcionarios públicos de no poder asumir e integrar el cargo licitador o cotizador público, la norma legal antes aludida contempla los lineamientos y las causales que impiden ser integrantes de las juntas de licitación o cotización. El impedimento básicamente se refiere a las circunstancias de hecho o de derecho previstas por la ley que hacen presumir la parcialidad del titular de un miembro de una junta de Licitación y por ende no puede resolver a favor de nadie, por lo que no puede ser parte integrante de la misma y lo hace saber a la autoridad superior que lo nombró, con el fin de que nombre al más idóneo.

Por otra parte: “La recusación filosóficamente evaluada es la tacha, por virtud de la cual se imputa a un funcionario la ausencia de equidad e imparcialidad. Esta acción jurisdiccional injusta se genera en el impedimento, el cual a su vez nace de la antipatía o del afecto, que como tales tienen causas indebidas.”³⁴

De lo anterior, el impedimento se edifica en la imposibilidad de actuar por parte del empleado, con rectitud, precisamente debido a motivos espurios y viles. Se citan como ejemplos resplandecientes la amistad íntima, o la grave enemistad, o el interés en favorecer o perjudicar a un tercero.

³⁴ <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-294891>.(Consultado: el 05 de mayo de 2022)



3.2. La cotización

De tal manera que: "Cotización es el precio que en mercados públicos se fija para la venta o compra de mercancías. Todos los valores pueden ser objeto de cotización, pero generalmente en bolsa sólo lo son algunos."³⁵ Es la etapa que tiene por objeto a que la junta de cotización verifique en el mercado nacional o internacional, si realmente el precio que ofrece los ofertantes es basado en la realidad, previo a que la misma sea adjudicada.

Por otra parte, se considera que es la que: "Determina el curso del cambio y del precio corriente de las mercaderías, fletes, seguros, fondos públicos nacionales y cualesquiera otros papeles de crédito, como resultado de las operaciones y transacciones reales y legítimas verificadas habitualmente en las bolsas o mercados."³⁶

De lo anterior, se determina que la cotización es un procedimiento legal de invitación a los diferentes oferentes registrados en el sistema Guatecompras, que estén interesados en prestar un servicio o vender un bien para el Estado y sus entidades públicas descentralizadas, autónomas, unidades ejecutoras o las municipalidades, para que de conformidad con una serie de requisitos publicados electrónicamente, envíen sus ofertas, para que los integrantes de la junta evalúe la oferta más ventajosa y que sea beneficiosa para los intereses del Estado y así pueda obtenerse.

³⁵ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 404

³⁶ Ossorio. **Op. Cit.** Pág. 182.



De tal manera que todos los oferentes interesados, fundan su actuar, en las bases de cotización electrónica, que son los requisitos que la entidad pública establece en el sistema Guatecompras, para que, si el oferente llena los mismos, pueda plantear una oferta de los bienes o servicios que pueda ofrecerle al Estado.

En ese sentido, se afirma con certeza, que la cotización pública, es el procedimiento administrativo por el cual el Estado o sus instituciones, invitan a los oferentes registrados a presentar ofertas sobre bienes o servicios para ser adquiridos, formulan propuestas con base a una lista de requisitos impuesta por la administración pública de conformidad con la ley para que una de ellas se seleccione, la cual sería la más ventajosa o conveniente para los intereses del Estado.

El Artículo 38 de La Ley de Contrataciones del Estado, para la cotización señala: "Cuando el precio de los bienes, de las obras, suministros o remuneración de los servicios exceda de noventa mil Quetzales (Q.90,000.00) y no sobrepase los siguientes montos, la compra o contratación podrá hacerse por el sistema de cotización así:

- a. Para las municipalidades, que no exceda de novecientos mil Quetzales (Q.900,000.00).
- b. Para el Estado y otras entidades, que no exceda de novecientos mil Quetzales (Q.900,000.00). En el sistema de cotización, la presentación de las bases, designación de la Junta y la aprobación de la adjudicación, compete a las autoridades administrativas que en jerarquía le siguen a las nominadas en el Artículo 9 de esta



Ley. Si los bienes, suministros o remuneración de los servicios se adquieren a través del contrato abierto, entonces no procederá la cotización. De realizarse la misma, será responsable el funcionario que le autorizó”. La norma legal contempla el monto que no debe excederse, a efecto de que la misma sea realizado mediante el sistema de cotización, es decir, que establece el monto de la oferta la cual no debe sobrepasar la misma.

Por otra parte, el Artículo 39 de la Ley de Contrataciones del Estado, establece: “El procedimiento de cotización consiste en solicitar, mediante concurso público a través de GUATECOMPRAS, ofertas firmes a proveedores legalmente establecidos para el efecto y que estén en condiciones de vender o contratar los bienes, suministros, obras o servicios requeridos. Los interesados deberán adquirir las bases en papel o en medio electrónico descargándolas de GUATECOMPRAS. En el caso que las obras, bienes o servicios requieran documentos que no pueden ser incluidos en GUATECOMPRAS, tales como planos no elaborados por medios electrónicos o cualquier otro que por su naturaleza no lo permita, se deberá pagar únicamente el costo de reproducción de los mismos”.

El procedimiento de cotización, no es más que los pasos que debe seguir la junta de cotización y los interesados en presentar sus ofertas de acuerdo a la necesidad publicada para determinada institución pública del Estado.

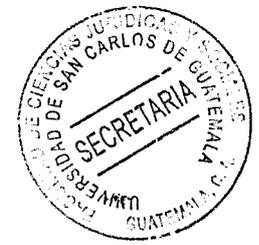
El Artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado, regula: “Los interesados presentarán sus ofertas en forma electrónica, en un formulario que proveerá el sistema



de GUAATECOMPRAS, y la oferta se podrá acompañar con la documentación física y demás requerimientos y formalidades. Los precios unitarios y totales que figuren en las ofertas deberán ser fijos, expresados en Quetzales, tanto en cifras como en letras. No se aceptará ninguna oferta fuera del plazo que se estipule. La junta de cotización deberá evaluar todas las ofertas recibidas.

En caso que no se recibieran ofertas, la junta de cotización deberá informar a la autoridad administrativa superior un día hábil después de la fecha establecida para la recepción de ofertas, quien deberá publicar en GUAATECOMPRAS, una extensión de ocho días al plazo para recibir ofertas. Si en este plazo no se recibieran ofertas, la autoridad administrativa superior queda en libertad de efectuar una contratación directa, siempre que se haga utilizando las mismas bases de cotización utilizadas en el evento desierto, y el oferente cumpla con todos los requisitos allí solicitados.”

De lo anterior, la sustentante afirma sin temor a equivocarse que la junta de cotización no goza de una independencia para decidir sobre el evento publicado, es por eso que se critica mucho que no es la mejor oferta la adjudicada, hay que recordar que la autoridad superior es quien nombra a sus integrantes y por lo tanto, son sus superiores jerárquicos, estos trabajadores están bajo la subordinación mantenida en la relación de trabajo, por lo que sus resoluciones no son transparentes en la adjudicación del evento licitado, pues este ya puede llevar nombre y apellido y los eventos son solo para hacer lo que la ley señala haciéndolos parecer como legales y se han establecido en muchos casos por parte del Ministerio Público que la mayoría de contratos se adjudican a personas que han sido financista de Gobierno o del alcalde de turno.



3.2.1. Integración

Se integra de la misma forma que la junta de licitación, para este caso esta junta debe ser integrada con tres miembros titulares nombrados por la autoridad superior, de preferencia entre servidores públicos de la entidad contratante, salvo el caso de que la entidad no cuente con personal idóneo, podrá nombrarse a servidores públicos de otras dependencias del Estado que tengan experiencia en la materia de que se trate. La junta de cotización, tomará sus decisiones por mayoría del total de sus miembros, quienes no podrán abstenerse de votar, dejando constancia en un acta de su forma de actuar.

El Artículo 15 de la Ley de Contrataciones del Estado, establece: “La junta de cotización se integrará con tres miembros que sean servidores públicos de la entidad contratante, nombrados por la autoridad administrativa superior.”

De tal manera, que se inicia el proceso de cotización, cuando el oferente publica en el sistema Guatecompras sus ofertas, de conformidad con las bases ya publicadas y llenando esos requisitos, posteriormente y cuando sea el tiempo estipulado en las publicaciones, lleva en plica las ofertas a las personas que integran la junta para que, además, la información este físicamente con ellos.

La Ley de Contrataciones del Estado en el Artículo 10, regula: “Las juntas de cotización, licitación o calificación son los únicos órganos competentes para recibir, calificar ofertas y adjudicar el negocio, las decisiones las tomarán por mayoría simple



de votos entre sus miembros. Los miembros pueden razonar su voto y no podrán abstenerse de votar ni ausentarse o retirarse del lugar en donde se encuentren constituidos durante la jornada de trabajo en el proceso de la adjudicación. Las juntas de cotización, licitación o calificación deben dejar constancia de todo lo actuado en las actas respectivas.”

De la norma legal antes citada, se infiere es necesario que los miembros titulares y suplentes de las juntas de cotización, deben ser servidores públicos nombrados por la autoridad superior competente de las entidades de la administración pública, según cada modalidad de adquisición. Esta autoridad competente será la responsable de velar por que el integrante de la junta sea idóneo, la autoridad también debe tener seguridad de que el servidor público nombrado, acredite experiencia o conocimiento suficiente en alguno de los ámbitos legal, financiero y técnico del tipo de adquisición que se hace necesario adquirir para ser adjudicado.

Este es lo que está regulado en la Ley de Contrataciones del Estado, no calculo necesario verificar como se hace doctrinariamente esta integración pues estos son temas de carácter eminentemente legal.

El Ministerio de Finanzas Públicas, tiene entre sus haberes un Manual de Normas, Procesos y Procedimientos, en la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, indica en su introducción: “El presente manual de normas, procesos y procedimientos se elaboró considerando la importancia de definir y estandarizar los criterios y procedimientos para gestionar los procesos, y dar



cumplimiento a lo estipulado por las Normas Generales de Control Interno Gubernamental y Ley de Acceso a la Información Pública. Las autoridades de la dependencia son responsables de custodiar, divulgar, actualizar y capacitar a su personal sobre el contenido de este manual, para su correcta aplicación en el ámbito de sus responsabilidades para el logro eficiente y eficaz de los objetivos asignados, y de esta manera contribuir a los resultados institucionales que buscan producir un impacto positivo en el desarrollo de Guatemala.”³⁷

De lo anterior, se considera que no todas las instituciones del Estado la cumplen, pues cada quien publica y oferta bienes y servicios que se necesitan y no hay ningún control, más que las bases de licitación que se publican en el sistema Guatecompras, es por ello que aunque la idea sea buena, no existe ninguna otra forma de integrar esta junta, pues es la Ley de Contrataciones del Estado la que determina esos parámetros, faculta a la autoridad superior de cada entidad pública, para que nombre al personal adecuado que integrará la junta de cotización, el cual indica la norma, debe ser idóneo, acreditar experiencia jurídica, financiera o técnico quizá en el presupuesto del Estado, ello dependerá del negocio que la entidad pública necesite adquirir.

3.3. Compras

“Es toda aquella acción que realiza una persona individual o jurídica para adquirir un bien o servicio mediante un pago en dinero. La compra realizada por la persona se

³⁷ Ministerio de Finanzas Públicas. **Manual de Normas, Procesos y Procedimientos. Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.** Pág. 4.



llama comprador quien interactúa con otra persona quien es llamado el vendedor que ofrece cierto producto. Las compras se efectúan, por lo tanto, mediante un sistema de compra-venta donde el determinante es cierto valor en dinero y se realiza en un lugar llamado mercado.”³⁸

De lo antes indicado, se extrae que la compra abarca a todo tipo de personas que necesiten interactuar en el mercado y dependiendo de las necesidades de insumos o bienes y servicios, sin embargo, para comprar bienes y servicios con el Estado, se debe perseguir un procedimiento legal regulado por una norma, lo cual ya se explicó en los párrafos anteriores, los procedimientos de las licitaciones y las cotizaciones y dependiendo de las mismas, la mejor oferta es adjudicada a un oferente ganador. Al respecto, la ley de Contrataciones del Estado en el Artículo 43, regula tres formas de compras con el Estado y sus proveedores y al respecto establece: “Modalidades específicas:

a. Compra de baja cuantía: La modalidad de compra de baja cuantía consiste en la adquisición directa de bienes, suministros, obras y servicios, exceptuada de los requerimientos de los procesos competitivos de las demás modalidades de adquisición pública contenidas en la presente Ley, cuando la adquisición sea por un monto de hasta veinticinco mil Quetzales (Q.25,000.00). La compra de baja cuantía se realizará bajo la responsabilidad de quien autorice la adquisición pública. Las compras de baja cuantía deberán publicarse en GUAATECOMPRAS, una vez recibido el bien, servicio o suministro, debiendo publicar la documentación de respaldo, conforme al expediente

³⁸ Ossorio. *Op. Cit.* Pág. 182



administrativo que ampare la negociación realizada, por constituir información pública de oficio.

b. Compra directa: La modalidad de compra directa consiste en la adquisición de bienes, suministros, obras y servicios a través de una oferta electrónica en el sistema GUAATECOMPRAS, prescindiendo de los procedimientos de licitación o cotización, cuando la adquisición sea por montos mayores a veinticinco mil Quetzales (Q.25,000.00) y que no supere los noventa mil Quetzales (Q.90,000.00) (...).

c. Arrendamientos: Los arrendamientos de bienes muebles o equipo se sujetarán a la modalidad de contratación que corresponda, según el monto a contratar. Para establecer el monto que determina la modalidad de contratación se tomará como referencia el valor anual del arrendamiento o el valor total del mismo si fuere por un plazo menor (...)."

De la norma legal antes resumida, se puede afirmar sin temor a equivocación de la sustentante, que en muchos casos la autoridad superior del órgano administrativo no proporciona los soportes de la compra cuando se hacen en baja cuantía sin entender porque razones actúan de esa cuenta, si bien es cierto, que es información pública, pero como los ciudadanos no se enteran de las negociaciones que los funcionarios realizan, por tal razón no existe la mínima idea de cómo obtener dicha información o por falta de interés de los ciudadanos, toda vez que, al hacer un requerimiento de esa naturaleza, el interesado debe indicar los puntos que desea conocer, en su defecto la información no le es proporcionado.



3.4. Contratos administrativos

Cabe resaltar, que la Ley de Contrataciones del Estado no regula un concepto de contrato, lo que regula, es el tipo de compra anteriormente descrito, y que se puede hacer por medio de un contrato y estas modalidades tampoco son para que lo puedan realizar cualquiera de las instituciones públicas o los ministerios del Estado.

Dicho lo anterior, el contrato administrativo es: “Una declaración de voluntad del Estado, a través de sus órganos centralizados y entidades autónomas y descentralizadas, con una persona individual o colectiva, privada o pública, nacional o internacional, con el compromiso del primero de pagar honorarios o un precio por la actividad, servicio o bien, que le presta el contratante, bajo las condiciones establecidas en las leyes de orden público y sometidos en caso de conflicto o incumplimiento a la jurisdicción privativa de lo contencioso administrativo.”³⁹

De tal manera, que el contrato administrativo es donde se plasma la voluntad de los sujetos, tanto el Estado como la persona jurídica; además, establece el camino legal en caso de que alguna de las partes incumpla su contenido.

El Artículo 49, de la Ley de Contrataciones del Estado, especifica la forma de redacción del contrato. “Los contratos deberán faccionarse en papel membretado de la dependencia interesada o en papel simple con el sello de la misma. Cuando tengan que inscribirse o anotarse en los registros, deberán constar en Escritura Pública,

³⁹ Calderón. *Op. Cit.* pág. 404.



autorizada por el Escribano de Gobierno. Sin embargo, el contrato podrá autorizarlo otro notario, siempre que los honorarios profesionales que se causen no sean pagados por el Estado.” Cuando la norma legal contempla que el contrato debe ser en papel membretado, se puede citar como ejemplo las municipalidades, dicho papel en la parte superior de la hoja tiene plasmado el logo de la municipalidad y la autorización de la Contraloría General de Cuentas.

El Artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, regula: “Cuando se trate de mercancías, obras, bienes o servicios que sean adquiridos en el mercado local o entrega inmediata, podrá omitirse la celebración del contrato escrito, siempre que el monto de la negociación no exceda de cien mil quetzales (Q.100, 000.00), debiéndose hacer constar en acta.” Contempla una excepción del contrato por escrito y establece una serie de requisitos para tal efecto, siempre y cuando los montos que contempla la ley no sean superiores a la misma, en su defecto será necesario el contrato por escrito, y es por esa razón es que se pueda omitir el contrato de manera escrita.

“El contrato no es una figura exclusiva del derecho privado. Existe también el derecho administrativo, con elementos comunes al contrato de derecho privado, pero con elementos diferentes que derivan de su contenido, de su fin, de los intereses distintos que afecta y de su régimen jurídico propio.”⁴⁰

De lo anterior, definitivamente la forma de contratación pública difiere en ciertos términos de la contratación privada, los contratos administrativos se redactan en hojas

⁴⁰ Cassagne, Juan Carlos. **Los Contratos de la administración pública**. Pág. 415.



membretadas de cada institución, no se legalizan las firmas de los contratantes, tampoco se fraccionan en escrituras públicas, sus cláusulas están redactadas con bastante aspecto burocrático.

En ese orden de ideas, es importante resaltar que por contrato se entiende el acuerdo que se da entre el Estado a través de sus dependencias y el representante legal de las empresas constructoras, siendo que varios son los contratos que regulan en la Ley de Contrataciones del Estado, de tal manera que prudente es analizar cada una de ellas, a efecto de una mejor comprensión sobre la misma, en virtud que la licitación, cotización y compras que el Estado realiza, deben estar plasmados en contratos administrativos y al efecto:

a. Contrato abierto: El Artículo 46 de la Ley de Contrataciones del Estado, establece: "Es la modalidad de adquisición coordinada por el Ministerio de Finanzas Públicas, a través de la Dirección General de Adquisiciones del Estado, con el objeto de seleccionar proveedores de bienes, suministros y servicios de uso general y constante, o de considerable demanda, previa calificación y adjudicación de los distintos rubros que se hubieren convocado a concurso público, a solicitud de dos o más instituciones de las contempladas en el Artículo 1 de esta Ley, a excepción de los Ministerios de Salud Pública y Asistencia Social, Educación, Gobernación y el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, que lo podrán hacer de manera individual.

El reglamento establecerá los procedimientos y requisitos mínimos para las solicitudes del contrato abierto. Para los efectos del contrato abierto, deberá tomarse en cuenta la



compra por volumen que incide en mejores precios y la estandarización de especificaciones que hacen más económica y práctica la adquisición. Queda exonerada de los requisitos de licitación y cotización, la compra y contratación de bienes, suministros y servicios que lleven a cabo las entidades a las que se refiere el Artículo 1 de esta Ley, quienes lo podrán hacer directamente con los proveedores seleccionados, por medio de contrato abierto, por el Ministerio de Finanzas Públicas.”

Analizando la norma legal antes expuesta, se concluye que el contrato abierto, es la modalidad contractual, donde el Estado mediante un proceso de licitación pública regulado en la Ley de Contrataciones del Estado, formaliza dentro de las bases un rango máximo y otro mínimo de los suministros que se podrán solicitar mediante órdenes de suministros que el oferente tiene que ir surtiendo, este tipo de contrato, queda abierto en la cantidad a suministrar, no se fija la cantidad porque puede ser mucha la demanda que necesita el Estado para su abastecimiento, este tipo de contrato se ha otorgado a farmacéuticas para la compra de medicina de los hospitales nacionales, pues es extensa la cantidad de medicamentos que se requieren para paliar las necesidades de la población, los contratos se otorgan entre uno hasta cinco años.

b. Contrato de concesión: El Artículo 95 de la Ley de Contrataciones del Estado, contempla: “Para los fines de esta Ley se entiende por concesión la facultad que el Estado otorga a particulares, para que por su cuenta y riesgo construyan, produzcan, monten, instalen, mejoren, adicionen, conserven, restauren y administren una obra, bien o servicio público, bajo el control de la entidad pública concedente, con o sin ocupación de bienes públicos, a cambio de una remuneración que el particular cobre a



los usuarios de la obra, bien o servicio. No podrán concesionarse servicios en los que actualmente el Estado, entidades autónomas y descentralizadas obtengan utilidades.”

Al indagar la norma legal antes mencionada, se puede afirmar que en Guatemala este tipo de contratación se ha otorgado a grandes comerciantes extranjeros, por ejemplo la concesión de la autopista a Palín Escuintla, o el contrato de la emisión de las licencias de conducir vehículos que a pesar de vencer cada cierto período de tiempo, se le vuelve a prorrogar a la entidad Maycom, S.A., también se ha concesionado a comerciantes nacionales con fuerte presencia en el mercado, dependiendo del tipo de servicio que se tenga que prestar.

a. Subasta electrónica inversa: El Artículo 54 Bis de la Ley de Contrataciones del Estado, establece: “La subasta electrónica inversa es una modalidad de adquisición pública de obra pública, construcciones por contrato, bienes y servicios estandarizados u homologados, dinámica, operada en el sistema GUATECOMPRAS, en la cual los postores habilitados pujan de forma pública, electrónica y en tiempo real, durante un plazo preestablecido, con base a un precio de referencia de conocimiento público previo al evento, el cual servirá como techo de partida para el proceso.”

De lo anterior, esta modalidad de contrato estatal, no es muy usada en Guatemala, siendo que la subasta inversa electrónica es un procedimiento dinámico que se utiliza para adquirir bienes y servicios normalizados, donde los proveedores pujan hacia la baja del precio ofertado, este tipo de contrato ayuda a la transparencia y rebaja de precios demandados en el mercado, el Estado obtendría un beneficio si utilizara esta



forma de contrato que se encuentra regulada, sin embargo, no se usa, pues la misma, no les dejaría comisiones a los funcionarios que están inmersos en dichos contratos.

Los contratos que formaliza el Estado tienen relación con los bienes y servicios que se necesitan para brindar a los habitantes mejores condiciones de vida, son las autoridades de la institución pública, las que deben velar porque todos los contratos se cumplan por los prestadores de los servicios, para no verse involucrados en futuras denuncias penales cuando se fiscalicen las obras o el cumplimiento de los mismos, por parte de la Contraloría General de Cuentas de la Nación, como la institución que debe velar porque los recursos del Estado sean bien invertidos.

El Artículo 8 de La Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, regula: La responsabilidad es administrativa cuando la acción u omisión contraviene el ordenamiento jurídico administrativo y las normas que regulan la conducta del funcionario público, asimismo, cuando se incurriere en negligencia, imprudencia o impericia o bien incumpliendo leyes, reglamentos, contratos y demás disposiciones legales a la institución estatal ante la cual están obligados a prestar sus servicios.”

De lo anterior, es de recordar que los funcionarios públicos pueden incurrir en responsabilidades como civiles, administrativas y penales, derivado del cargo que ostentan, y sucede cuando el funcionario no sujeta su actuar con base al principio de legalidad y juridicidad y abusando de su poder ejecutan otros actos de los previstos en la legislación civil.



El Artículo 9 de La Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, regula: “Genera responsabilidad civil la acción u omisión que con intención o por negligencia, imprudencia, impericia o abuso de poder se cometa en perjuicio y daño del patrimonio público, independiente de la responsabilidad penal que se genere. Los daños y perjuicios provenientes de la responsabilidad civil se harán efectivos con arreglo al Código Civil y demás disposiciones legales vigentes sobre la materia, salvo que la acción civil se decida dentro de la acción penal en forma conjunta.”

Lo anterior expuesto, contempla la responsabilidad civil, la cual surge cuando el funcionario o empleado público causa daños al vecino por el incumplimiento del contrato o causa daño a la propia institución pública donde ejerce el cargo por dolo, culpa o negligencia.

Por otra parte, el Artículo 10 de La Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, establece: “Genera responsabilidad penal la decisión, resolución, acción u omisión realizada por las personas a que se refiere el Artículo 4 de esta Ley y que, de conformidad con la ley penal vigente, constituyan delitos o faltas.”

El típico ejemplo sería la alteración del contrato administrativo por parte del funcionario público, sin que se haya llevado a cabo los procedimientos legales, es decir, que, si un contrato es lesivo a los intereses del vecino o de la población, pues la autoridad debe de cumplir con los procedimientos legales para tal efecto; también se puede agregar que puede ser demandado por publicar datos personales de los contratistas.



CAPÍTULO IV

4. Publicaciones de datos personales de los contratistas, de parte de "Guatecompras", vulnera derecho a la privacidad y los expone a ser víctimas de extorsión y secuestro

Para efectos de la investigación, se considera pertinente desarrollar brevemente los derechos humanos, con la finalidad de comprender de una mejor manera el tema sujeto a estudio, siendo la publicación de datos sensibles de los contratistas en el sistema de Guatecompras, evidenciando la vulneración al derecho a la privacidad y como consecuencia de ello, los expone a ser víctimas de extorsión y secuestro.

4.1. Los derechos humanos

Cada día son más los grupos de personas e instituciones que invocan los derechos humanos en la sociedad guatemalteca, quienes a su vez se organizan para la defensa y protección de los mismos; así como para la promulgación de su vigencia. En muchas ocasiones ello como reacción frente a los abusos que ocurren con tanta frecuencia en el país y en otras como una forma de buscar bases sólidas de sus mismas demandas.

La significación de los derechos humanos en Guatemala, puede analizarse desde el punto de vista jurídico debido a la manifestación existente de vincular las demandas del orden legal positivo existente a una conceptualización permanente y bien profunda del derecho.

Al estudiar los derechos humanos desde el punto de vista social, se puede indicar que un buen número de grupos de la sociedad guatemalteca no se muestran conformes debido a la falta de seguridad que muestra actualmente el país, así como a los altos índices de corrupción existentes, a la impunidad, por lo que tratan de buscar amparo en los derechos en mención; los cuales son a su vez normas de conducta que por lo general son bien reconocidas y aceptadas.

Los derechos humanos, también pueden ser estudiados desde el punto de vista filosófico, debido a la necesidad latente de que se manifiesten principios trascendentales en Guatemala, como el debido respeto que debe existir en relación a la vida humana, la dignidad del mismo y la libertad de conciencia.

Al respecto: “Derecho es la colección de principios, preceptos y reglas a que están sometidos todos los hombres en cualquier sociedad civil, para vivir conforme la justicia y paz; y a cuya observancia pueden ser compelidos por la fuerza.”⁴¹ Sin el derecho es imposible que las personas vivan dentro de un orden.

La capacitación y la educación son fundamentales y los instrumentos adecuados para alcanzar una arraigada y auténtica cultura de derechos humanos en Guatemala, los cuales deben ser representativos de los fundamentos de la debida convivencia que debe existir entre los servidores públicos y la sociedad civil; para poder con los mismos alcanzar plenamente el debido fortalecimiento del Estado de derecho tan anhelado por la sociedad guatemalteca.

⁴¹ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Op. Cit.** Pág. 11.



La única forma de que una sociedad viva en paz, es la existencia del derecho como regla para regular las conductas humanas, sin ella, no se puede garantizar las relaciones humanas de manera sana y en paz, en tal virtud, el derecho son las reglas de ordenamiento que debe existir en una sociedad previamente establecida, en el caso de Guatemala, no debe de publicarse los datos personales de los contratistas del Estado en el sistema de GUATECOMPRAS en virtud, que el derecho no lo permite, es decir, que la regla indica que debe conservarse la privacidad de las personas.

“El derecho es una norma jurídica, o conjunto de las mismas que impone deberes y concede facultades a las personas, provisto de sanciones para asegurar su efectividad, se encarga de la regulación de la conducta de los individuos y de la organización de la vida social, siendo su finalidad el bien común.”⁴²

En ese sentido, los derechos humanos son un conjunto de normas jurídicas que imponen deberes y obligaciones al Estado para su efectivo respeto y fiel cumplimiento y conceden facultades a los habitantes de un determinado país, provistas de sanciones para asegurar su efectividad. Además, sirven para proteger la vida, libertad, igualdad, seguridad e integridad de la persona.”⁴³

Se considera, que los derechos humanos son los que hacen que el Estado cumpla su obligación de respetarlas, otorgar derechos a las personas y sobre todo protegerlas para que el Estado logre que la persona humana pueda desarrollarse.

⁴² Aguilar Cuevas, Magdalena. **Derechos humanos**. Pág. 9.

⁴³ **Ibíd.** Pág. 15.



“Los derechos humanos son valores de vital importancia; las normas jurídicas se fundamentan en ellos para darle al derecho natural capacidad de realización y efectividad”⁴⁴ Se entiende, que los derechos humanos son aquellos valores a las cuales se fundamentan las normas jurídicas, a efecto de otorgarle al derecho natural la capacidad de su propia realización.

“Los derechos humanos son derechos para perseguir y realizar valores, que deben ser contemplados por la norma jurídica para asegurar su realización y efectividad en la sociedad.”⁴⁵

De lo anterior, se infiere que los derechos humanos son todas aquellas prerrogativas, facultades y libertades indispensables con los cuales cuenta una persona por la sencilla razón de serlo, y sin las cuales no podría vivir como el ser humano que es. Los mismos tienen como base la dignidad de la persona humana y rebasan cualquier límite de raza que pudiere llegar a existir.

En ese orden de ideas, son un conjunto de potestades, de prerrogativas propias de los sujetos por la sencilla razón de ser seres humanos, en tal virtud adquieren derechos fundamentales inherentes a toda persona. Además, están reconocidos dentro de un conjunto de normas jurídicas que están establecidas para la regulación de todas las acciones que lleva a cabo el Estado, o sea del poder público frente a los individuos, la comunidad y los grupos sociales.

⁴⁴ **Ibíd.** Pág. 17.

⁴⁵ **Ibíd.** Pág. 18.



4.2. El derecho al acceso a la información pública

El derecho de acceso a la información se está convirtiendo paulatinamente en una herramienta esencial para que el ciudadano a través de su uso haga valer sus derechos frente al Estado; de hecho, es la naturaleza representativa del gobierno la que convierte al derecho de acceso a la información en un derecho fundamental.

“Este derecho fundamental ha sido por años esquivado de la realidad de Guatemala, ya que no se contaba con un gobierno democrático sino burocrático y monopolizado por los partidos políticos y el ejército; por ello el servicio a los ciudadanos desde los archivos, promoviendo y asumiendo el derecho de acceso a la información pública como práctica ineludible, exige el compromiso de la actividad profesional con el sistema de derecho, la jerarquización y confirma su campo de actuación y la necesidad de contar con suficientes herramientas para dar cumplimiento al derecho, desterrando la funcionalidad a intereses políticos. Asimismo, el gobierno o Estado debe consolidar sistemas de control y la participación ciudadana en las políticas públicas.”⁴⁶

Las entidades o instituciones públicas deben ser regidas por el principio de publicidad, toda la información que se encuentre sumergidas en las actuaciones del gobierno o del Estado debería ser pública; de no ser así, la aprobación de la Ley de Acceso a la Información Pública no tendría positividad en el derecho interno y se estaría violando derechos fundamentales, por ser un derecho reconocido internacionalmente y en

⁴⁶ <http://archivosmunicipales.blogspot.com/2008/07/algunos-conceptos-acceso-la-informacin.html>. (Consultado: el 13 de junio de 2021).



materia de derechos humanos, así que se infiere que debe asegurarse dicha publicidad.

Además, tiene naturaleza representativa de los gobiernos democráticos, toda vez, que es reconocido a nivel internacional y como tal es un derecho esencial para promover la transparencia de las instituciones públicas, esencial para fomentar la participación ciudadana en la toma de decisiones en las actuaciones del gobierno o del Estado o de todas aquellas administraciones públicas que son financiadas con fondos procedentes de los contribuyentes y su misión principal consiste en servir a los ciudadanos como medio de control de sus actuaciones.

De tal manera, que toda la información que generen y poseen las entidades de la administración pública, le pertenece a la ciudadanía y no de los órganos administrativos, derivado que los documentos o la información es de interés social y no de particulares, excepto cuando la información que se requiere sea de carácter privada.

De la manera, que el Artículo 1 de la Ley de Acceso a la Información Pública, contiene el objeto propio del derecho al acceso a la información pública y regula: "La presente ley tiene por objeto:

1. Garantizar a toda persona interesada, sin discriminación alguna, el derecho a solicitar y a tener acceso a la información en posesión de las autoridades y sujetos obligados por la presente ley;



2. Garantizar a toda persona individual el derecho a conocer y proteger los datos personales de lo que de ella conste en archivos estatales, así como de las actualizaciones de los mismos;
3. Garantizar la transparencia de la administración pública y de los sujetos obligados y el derecho de toda persona a tener acceso libre a la información pública;
4. Establecer como obligatorio el principio de máxima publicidad y transparencia en la administración pública y para los sujetos obligados en la presente ley;
5. Establecer, a manera de excepción y de manera limitativa, los supuestos en que se restrinja el acceso a la información pública;
6. Favorecer por el Estado la rendición de cuentas a los gobernados, de manera que puedan auditar el desempeño de la administración pública;
7. que se debe garantizar que toda persona tenga acceso a los actos de la administración pública.”

De la norma legal antes citada, se determina pues, que el derecho al acceso a la información pública, se rige por dos aspectos, en primer lugar, por la transparencia proactiva, que es la obligación de los organismos públicos de publicar y dar a conocer la información sobre sus actividades, presupuestos y políticas; y el segundo, la transparencia reactiva, que no es más que el derecho de los ciudadanos de solicitar a



los funcionarios públicos cualquier tipo de información y el derecho a recibir una respuesta.

4.3. Análisis de las publicaciones de datos personales de los contratistas

Para efectos de este estudio existen dos tipos de información considerados de carácter público y los de carácter privado o personal. En el primero son los que el sujeto tiene o puede exponer y con libre albedrío como su nombre, edad, nacionalidad, y los considerados como carácter personal son aquellos que por su naturaleza merecen un grado de mayor recelo o secretividad a menos que por orden judicial sea el individuo o la entidad obligado a revelarlos, entre esta información considerada como carácter personal se encuentra sus estados financieros, sus propiedades, sus ingresos económicos, en el caso de los contratistas del Estado, el número telefónico de la empresa, dirección, nombre de la razón social, y el precio de la obra adjudicado.

El derecho a la privacidad es la limitante al derecho al acceso a la información pública de oficio, es decir, aquella información que no requiere solicitud por parte de los interesados, sino que la entidad pública está obligada a publicarlo en su página web de oficio, pero debe de observar estrictamente la no publicación de los datos sensibles de los contratistas del Estado, en virtud, que son expuestos a ser extorsionados o secuestrados.

El Artículo 15 de la Ley de Acceso a la Información Pública, establece: “Los interesados tendrán responsabilidad, penal y civil por el uso, manejo o difusión de la



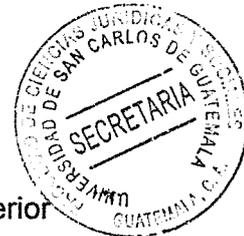
información pública a la que tengan acceso, de conformidad con esta ley y demás leyes aplicables.”

De la norma legal antes mencionada, en cuanto a las informaciones de adjudicaciones de obras o servicios a los ofertantes deben de ser públicos, y si la persona interesada solicita el requerimiento de información que conlleva el número de teléfono, dirección y nombre completo del contratista, la debe de hacer con base al precepto legal desarrollado.

Aunado a lo anterior, establece la responsabilidad de la persona que requiere la información pública del contratista del Estado, se tiene un registro y datos del solicitante, caso contrario con la publicación de oficio por parte de las entidades que conforman la administración pública del Organismo Ejecutivo, donde cualquier ciudadano tiene acceso a datos sensibles de los contratistas del Estado, no existe un registro como sucede con la información pública a solicitud de parte interesada.

El Artículo 11 de la Ley de Acceso a la Información Pública, regula: “El Organismo Ejecutivo, además de la información pública de oficio contenida en la presente ley, debe hacer pública como mínimo la siguiente:

1. El ejercicio de su presupuesto asignado por ministerio, viceministerio, direcciones generales e instituciones descentralizadas;
2. El listado de asesores, con sus respectivas remuneraciones de cada una de las instituciones mencionadas en el numeral anterior;



3. El informe de los gastos y viáticos de las delegaciones de cada institución al exterior del país, así como el destino, objetivos y logros alcanzados.”

En ese sentido, la norma legal antes expuesto, hace referencia a la información pública de oficio por parte del Organismo Ejecutivo, si bien es cierto existe fundamento legal para la publicación de los datos de determinado contratista del Estado, pero ello no implica que se pase por desapercibido publicar datos personales de los contratistas del Estado.

Al respecto, el Artículo 22 de la Ley de Acceso a la Información, contempla cuales son las informaciones denominadas confidenciales y al respecto. “Para los efectos de esta ley se considera información confidencial la siguiente:

1. La expresamente definida en el artículo veinticuatro de la Constitución Política de la República de Guatemala;
2. La expresamente definida como confidencial en la Ley de Bancos y Grupos Financieros;
3. La información calificada como secreto profesional;
4. La que por disposición expresa de una ley sea considerada como confidencial;
5. Los datos sensibles o personales sensibles, que solo podrán ser conocidos por el titular del derecho;
6. La información de particulares recibida por el sujeto obligado bajo garantía de confidencia. El fundamento de la clasificación de confidencial se hará del conocimiento del particular al resolver, en sentido negativo o acceso parcial, alguna.”



De lo anterior, hace referencia a la protección de los datos sensibles de toda persona que ejerce algún cargo por elección o nombramiento en la administración pública, de tal manera, que la autoridad administrativa denegará cualquier información requerida si se tratare de datos de confidencia, ya que solo el titular las podrá conocer y nadie mas tendrá acceso a ellas, todo lo contrario, con la publicación de los datos sensibles de los contratistas del Estado.

El Artículo 21 de la Ley al Acceso a la Información Pública, establece: “El acceso a la información pública será limitado de acuerdo a lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, la que por disposición expresa de una ley sea considerada confidencial, la información clasificada como reservada de conformidad con la presente ley y las que de acuerdo a tratados o convenios internacionales ratificados por el Estado de Guatemala tengan cláusula de reserva.”

De lo anterior, se extrae que previo a publicar información completa de un contratista del Estado, la administración pública debe verificar y proteger la información confidencial garantizado por la misma Ley de Acceso a la Información Pública, derivado que la norma legal invocada en este apartado expositivo, contempla taxativamente que debe protegerse aquella información que por disposición expresa de una ley sea considerada confidencial.

Los datos publicados en el sistema de Guatecompras de los contratistas del Estado, son privados, por lo que no se considera privada o sensible el nombre de la entidad ganadora, pero datos personales del representante o socios son sensibles y sujetos a



ser vulnerados para un fin ilícito, en virtud, que cualquier persona puede tener acceso a dichos datos sin que se pueda establecer el mal uso de la misma para fines de extorción o secuestro hacia el representante legal de determinada persona jurídica, como consecuencia de la oferta adjudicada.

En ese orden de ideas, es importante indicar que el *habeas data* es: “Una acción jurisdiccional propia del derecho, normalmente constitucional, que confirma el derecho de cualquier persona física o jurídica para solicitar y obtener la información existente sobre su persona, y de solicitar su eliminación o corrección si fuera falsa o estuviera desactualizada. Este derecho aplica a información almacenada en registros o banco de datos de todo tipo, ya sea en instituciones públicas o privadas, y en registros informáticos o no. El derecho *habeas data* puede cobijar también el concepto de *derecho al olvido*, esto es, el derecho a eliminar información que se considera obsoleta por el transcurso del tiempo y ha perdido su utilidad.”⁴⁷

De tal manera, que se considera importante por parte del órgano administrativo que previo a dicha publicación, se aclare por parte de la entidad pública que convoca a una subasta la adquisición de determinada obra o proyecto, indicar que el interesado que considera oportuno tener acceso a otros datos o información que no puede ser publicado de oficio, que se haga mediante el derecho al acceso a la información pública de parte interesada, en virtud, que si se hace mal uso de la misma existe responsabilidad y se tiene conocimiento de la persona a quien se le proporcione la información requerida.

⁴⁷ https://es.wikipedia.org/wiki/Habeas_data. (Consultado: el 22 de junio de 2021).



Por otra parte, se puede indicar que, el *habeas data* es una acción que puede realizar cualquier persona o ciudadano, pero la entidad pública tiene responsabilidad si proporciona datos sensibles de oficio, como lo es el derecho al acceso a la información pública de oficio en el sistema de Guatecompras, olvidándose de que existe responsabilidad en cuanto a la publicación de datos privados o sensibles de los contratistas del Estado.

El Artículo 30 de la Ley de Libre Acceso a la Información Pública establece: "Hábeas data. Los sujetos obligados serán responsables de los datos personales y, en relación con éstos, deberán:

1. Adoptar los procedimientos adecuados para recibir y responder las solicitudes de acceso y corrección de datos que sean, presentados por los titulares de los mismos o sus representantes legales, así como capacitar a los servidores públicos y dar a conocer información sobre sus políticas en relación con la protección de tales datos;
2. Administrar datos personales cuando éstos sean adecuados, pertinentes y no excesivos, con los propósitos para los cuales se hayan obtenido dicha información;
3. Poner a disposición de la persona individual, el documento en el que se establezcan los propósitos para su tratamiento;
4. Procurar que los datos personales sean exactos y actualizados;
5. Adoptar las medidas necesarias que garanticen la seguridad, y en su caso confidencia de los datos personales y eviten su alteración, pérdida, transmisión y acceso no autorizado. Los sujetos activos no podrán usar la información obtenida para fines comerciales, salvo autorización expresa del titular de la información".



La norma legal antes citada, contempla y enumera que los sujetos obligados a proporcionar información pública, también son responsables de proporcionar información personal y en el presente caso deben de tomar las medidas correspondientes a efecto de no vulnerar los derechos de identidad de la persona de quien se le solicita la información.

Las instituciones públicas deben tomar las medidas correspondiente, de no publicar datos sensibles de los contratistas del Estado en sus páginas web tal es el caso del sistema de Guatecompras, toda vez, que en la actualidad se publican datos privados de los contratistas del Estado y eso los expone a ser extorsionados o ser secuestrados por personas que actúan al margen de la ley, como consecuencia de que en el sistema de Guatecompras son publicados sus datos y no existe un control sobre ello, como sucede con la información pública de parte interesada, como ya se expuso con anterioridad , la persona tiene responsabilidad y se tiene conocimiento del requirente.

Cumpliendo las entidades de la administración pública en cuanto a la protección de datos sensibles mediante la materialización del derecho al acceso a la información pública de oficio, el Estado cumpliría una de sus finalidades como lo es la protección a la persona y su integridad.

El Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala, regula: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.” Cuando las entidades de la administración pública, proporcionan datos personales de los contratistas en el sistema de



Guatecompras, el Estado no cumple con el mandato constitucional de proteger a la persona y por ende no logra el bien común, en virtud, que expone a dicho sector a ser víctimas de extorsión o de secuestro por parte de personas que actúan al margen de la ley.

Aunado a lo anterior, la honorable Corte de Constitucionalidad ha manifestado según Gaceta No. uno, expediente No. 12- 86, página No. tres, sentencia: 17-09-86: “La Constitución Política de la República de Guatemala, regula en el Artículo 1 que el Estado de Guatemala protege a la persona, pero añade inmediatamente que su fin supremo es la realización del bien común, por lo que las leyes pueden evaluarse tomando en cuenta que los legisladores están legitimados para dictar las medidas que, dentro de su concepción ideológica y sin infringir preceptos constitucionales, tiendan a la consecución del bien común. Al respecto conviene tener presente que la fuerza debe perseguir objetivos generales y permanentes, nunca fines particulares.”

En ese sentido, las entidades públicas al proporcionar información pública de oficio en el sistema de Guatecompras, observar estrictamente la no publicación de datos personales de los contratistas del Estado, a efecto de dar estricto cumplimiento al mandato del Estado de proteger a la persona, caso contrario se continuaría desprotegiendo a los contratistas del Estado, por tal razón, es de suma importancia que se tomen las medidas correspondiente y que dichos datos sean proporcionados mediante requerimiento de parte interesada y no de oficio como actualmente sucede en el sistema de Guatecompras.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El problema radica, toda vez que se publican los datos personales de los contratistas en el sistema Guatecompras, vulnerando el derecho a la privacidad y los expone a ser víctimas de extorsión y secuestro, como consecuencia de la errónea interpretación del acceso a la información pública de oficio por parte de las entidades de la administración pública, en virtud, que se publican datos sensibles de los contratistas del Estado, sin tomar en cuenta la limitación al derecho al acceso a la información. Si bien es cierto, que es obligación de los sujetos que tienen en su poder información pública proporcionarlas, también es cierto, que se debe tomar las medidas necesarias de no exponer en el sistema de Guatecompras los datos personales de los contratistas del Estado.

Al realizar la publicación sin tomar las medidas necesarias el Estado expone a los contratistas a ser víctimas de extorsión o de secuestros por parte de personas que actúan al margen de la ley, incumpliendo el mandato constitucional de proteger a la persona. La solución a la misma, es que las entidades públicas tomen en consideración los datos personales o sensibles de los contratistas del Estado y evitar su publicación en dicho sistema, derivado que no se tiene control alguno sobre las personas que tienen acceso a éste. El derecho al acceso a la información pública puede darse de dos vías, de oficio y a solicitud de parte, por lo que el acceso a la información sea a petición de parte, con el único fin de proteger a los contratistas de extorsión o secuestro





BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel. **Teoría general del derecho administrativo**. Guatemala: Ed. Porrúa, S.A, 1990.
- AGUILAR CUEVAS, Magdalena. **Derechos humanos**. Guatemala: Ed. S.A., 1999.
- BADENI, Gregorio. **Instituciones de derecho constitucional**. Argentina: Ed. Ad-Hoc. S.R.L, 1997.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1979.
- CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo I**. Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2001.
- CASSAGNE, Juan Carlos. **Los contratos de la administración pública**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 2012.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo I**. Guatemala: Ed. Impresiones Gráficas de Guatemala, 2002.
- FLORES JUÁREZ, Juan Francisco. **Constitución y justicia constitucional**. Guatemala: (s. Ed.), 2005.
- GOZAINI, OSWALDO, Alfredo. **La justicia constitucional**. Argentina: Ed. Sociedad Anónima: Comercial industrial y financiera, 1999.
- GORDILLO, Agustín Alberto. **Teoría general del derecho administrativo**. Argentina: Ed. Fundación derecho administrativo, 2013.
- [http : // archivosmunicipales . blogspot . com / 2008/07 / algunos – conceptos - acceso-la informacin.html](http://archivosmunicipales.blogspot.com/2008/07/algunos-conceptos-acceso-la-informacin.html). (Consultado: el 13 de junio de 2021).
- https://es.wikipedia.org/wiki/Habeas_data. (Consultado: El 22 de junio de 2021).
- <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-294891>.(Consultado: el 05 de mayo de 2022).
- MARIENHOFF, Miguel Santiago. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 2003.
- Ministerio de Finanzas Públicas. **Manual de Normas, Procesos y Procedimientos. Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado**. Guatemala: (s. Ed), 2018.



NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas
Colombia: Ed. Temis, 2002.

OSSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Buenos Aires, Argentina: Ed. Eliasta S.R.L., 1981.

PEREIRA OROZCO, Alberto. Derecho constitucional. Guatemala: Ed. de Pereira, 2007.

ROMERO GABELLA, Pablo. El radicalismo en la revolución inglesa, crisis constitucional y crisis de conciencia en el siglo del absolutismo. La Habana, Cuba: Ed. (s. Ed), 1985.

Legislación:

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

Ley de Contrataciones del Estado, Decreto No. 57-92. Congreso de la República de Guatemala, 1992.

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

Ley de Acceso a la Información Pública, Decreto 57-2008 del Congreso de la República de Guatemala.

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Acuerdo Gubernativo 1056-92, Presidencia de la República de Guatemala. 1992