

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LAS CONTRATACIONES DEL TRIBUNAL
SUPREMO ELECTORAL DURANTE EL PROCESO DE ELECCIONES GENERALES**

ALLAN MANUEL SALINAS AGUIRRE

GUATEMALA, JULIO DE, 2011

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LAS CONTRATACIONES DEL TRIBUNAL
SUPREMO ELECTORAL DURANTE EL PROCESO DE ELECCIONES GENERALES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ALLAN MANUEL SALINAS AGUIRRE

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, julio de 2011

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. Cesar Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Diaz
VOCAL IV: Lic. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Luis Alfredo Gonzalez Ramila
Vocal: Lic. Oscar Mauricio Villalta Gonzalez
Secretario: Lic. Berta Aracely Ortiz Robles

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Juan Ramiro Toledo Alvarez
Vocal: Lic. Dora Reneé Cruz Navas
Secretario: Lic. David Fuentes Luna

NOTA: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público)



BUFETE ASOCIADO

LIC. WALTER GIOVANNI SAMAYOA MONROY
7 Ave 7-78 zona 4, Edificio Centroamericano, Oficina 11-02, Nivel 11 (PH)
Teis. (502) 23319434 - 23315279 - 23325317 - 23607754
Fax. (502) 23607750
e-mail: wsamayoa@juridicagt.com



Ciudad de Guatemala 28 de octubre de 2010

LICENCIADO MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



RESPECTABLE LICENCIADO CASTILLO LUTÍN:

En forma respetuosa y atenta me dirijo a usted, para informarle que en cumplimiento de la función que me fuera encomendada mediante resolución emitida por esa jefatura, con fecha dieciséis de abril de dos mil diez, me permití asesorar y orientar el trabajo de tesis intitulado: **"ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LAS CONTRATACIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL DURANTE EL PROCESO DE ELECCIONES GENERALES"**, que para el efecto ha elaborado el Bachiller **ALLAN MANUEL SALINAS AGUIRRE**, con carnet número 199921463

a) En relación al contenido científico del trabajo asesorado, es viable indicar que se ha desarrollado la investigación de un aspecto del ámbito electoral y del derecho administrativo en el que compete profundizar, y en su caso regular de manera adecuada por parte del órgano encargado. El trabajo fue desarrollado de una forma científica y técnicamente con un lenguaje adecuado, lo que constituye un aporte sustancial al señalar las deficiencias y carencias de la legislación de contrataciones en materia de prevención de actos de corrupción, así como el desarrollo de los conceptos relativos a los conflictos de interés.

En cuanto al aporte técnico del trabajo, es importante subrayar que se propone un tema novedoso y que puede ser de utilidad. La creación de un registro de proveedores pre-calificados para el desarrollo del proceso de elecciones generales, que de ser aplicado constituirá una herramienta de prevención y detección de actos de corrupción.

b) En el desarrollo del trabajo, el investigador efectuó una actividad inicial de recopilación de datos y obtención de fundamento doctrinario, aplicando los métodos deductivo e inductivo, unido a las técnicas de investigación bibliográfica y documental, con lo cual logró elaborar un trabajo que evidencia la correcta aplicación de las distintas técnicas utilizadas, ya que sólo a través de estas podría obtenerse la calidad de tesis que presenta el ponente.

c) El trabajo que me ha correspondido asesorar ha sido redactado de manera adecuada al nivel del grado que corresponde, denota conocimiento, capacidad académica y utiliza de una forma clara los conocimientos y resultados obtenidos.

d) Con el trabajo elaborado, su autor contribuye científicamente a la bibliografía relativa al tema de la contratación administrativa, y su incidencia en el ámbito electoral, por lo que la tesis del señor **ALLAN**


Walter Giovanni Samayoa Monroy
Abogado y Notario



BUFETE ASOCIADO

LIC. WALTER GIOVANNI SAMAYOA MONROY
7 Ave. 7-78 zona 4, Edificio Centroamericano, Oficina 11-02, Nivel 11 (PH)
Tels. (502) 23319434 - 23315279 - 23325317 - 23607754
Fax (502) 23607750
e-mail: wsamayoa@juridicagt.com



MANUEL SALINAS AGUIRRE, es merecedora de ser considerada y atendida como es debido, además de constituir un aporte interesante en la materia.

- e) Las conclusiones y recomendaciones del trabajo de investigación son acordes y congruentes con su contenido.
- f) La bibliografía consultada y finalmente utilizada en la elaboración de la investigación es pertinente, la redacción del trabajo, es clara y precisa, acorde a la seriedad del tema investigado, durante el proceso de asesoría se le plantearon al señor ALLAN MANUEL SALINAS AGUIRRE, algunas modificaciones que fueron discutidas y posteriormente tomadas en cuenta, se le sugirió el cambio de enfoque de la investigación lo cual se ve reflejado en el cambio del título **“NECESIDAD DE REGULAR ADECUADAMENTE EN EL TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL, LA ADQUISICIÓN DE BIENES Y CONTRATACIÓN DE SERVICIOS EN ÉPOCA ELECTORAL”**, quedando como título final, **“ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LAS CONTRATACIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL DURANTE EL PROCESO DE ELECCIONES GENERALES”**. Lo cual representa un cambio sustancial en comparación con el plan elaborado.

Por todo lo anterior expuesto me permito

OPINAR:

- I. Que el trabajo asesorado cumple con los requisitos legales exigidos, en especial en el artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.
- II. Que al haber cumplido el estudiante los requisitos técnico-profesionales exigidos por esa Unidad Académica, emito dictamen favorable de dicho trabajo de investigación, para que pueda continuar con las diligencias de nombramiento de revisor y demás correspondientes para su definitiva finalización.

Atentamente,

LIC. WALTER GIOVANNI SAMAYOA MONROY
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO: 5295

Walter Giovanni Samayoa Monroy
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

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



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, cuatro de noviembre de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) GUIDO LOMBARDO TORRES CARRILLO, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ALLAN MANUEL SALINAS AGUIRRE, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LAS CONTRATACIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL DURANTE EL PROCESO DE ELECCIONES GENERALES".

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



LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS
Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Abogado y Notario

cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh.



LIC. GUIDO LOMBARDO TORRES CARRILLO
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 2,703
6ª. Avenida 0-60 zona 4, Torre Profesional II, Of. 303
Teléfono 23351991.

Guatemala, 26 de noviembre de 2010

Licenciado Marco Tulio Castillo Lutin
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente



Respetable Licenciado Castillo Lutin:

De manera atenta me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que con fecha cuatro de noviembre de 2010 fue emitida por la unidad a su cargo, la resolución que me designa como Revisor del trabajo de tesis del bachiller ALLAN MANUEL SALINAS AGUIRRE, intitulado **“ANALISIS JURIDICO DOCTRINARIO DE LAS CONTRATACIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL DURANTE EL PROCESO DE ELECCIONES GENERALES”**, y al respecto manifiesto lo siguiente:

- a) En cuanto al contenido científico y técnico del trabajo de investigación del Bachiller **ALLAN MANUEL SALINAS AGUIRRE**, es un tema que provee conocimientos congruentes sobre procedimientos administrativos que realiza el Tribunal Supremo Electoral durante los procesos de contratación en época de elecciones generales. Todo esto acorde con la ley de la materia que establece que todo lo relativo al ejercicio del sufragio, los derechos políticos, organizaciones políticas, autoridades y órganos electorales y proceso electoral, será regulado por ésta, misma que establece que el Tribunal Supremo Electoral, con apoyo en su independencia, emitirá su propio Reglamento de Compras y Contrataciones de bienes, obras y servicios, para facilitar y agilizar la adquisición de los mismos, además, que la ley de la materia regula que no será obligatoria la licitación, pero se sujetarán a cotización, los contratos que celebre el Tribunal para la realización de eventos electorales, emitiendo para el efecto el procedimiento normativo correspondiente.
- b) En relación a la metodología y técnicas de investigación aplicadas se sugirió al sustentante la utilización de los lineamientos del método analítico, porque este sirvió para conocer lo relativo a las incidencias de la contratación administrativa dentro del ámbito electoral, además del uso del método sintético, con base en éste se especificaron los fundamentos necesarios para arribar a las conclusiones del

trabajo. Se utilizaron adecuadamente las técnicas bibliográfica y documental, con las que fue posible establecer de mejor manera la realidad objetiva investigada, obteniendo una clara perspectiva del problema que representa la falta de mecanismos de control en la contratación administrativa y las consecuencias que conllevan para una institución como el Tribunal Supremo Electoral que basa su gestión en la percepción de independencia y transparencia.

- c) La redacción del trabajo de tesis está apegada al orden lógico que implica una investigación de tal naturaleza, y hace interesantes aportes al tema de una forma sencilla y precisa.
- d) La propuesta presentada constituye un enfoque interesante acerca de la contratación administrativa y su incidencia en la transparencia de la Administración Pública, es en este ámbito donde se presentan el tráfico de influencias, los conflictos de interés como el nepotismo o el compadrazgo, tal y como lo expone la investigación constituyen la antesala a los actos de corrupción, se encuentran vertidas en el documento algunas directrices y mecanismos para su efectiva prevención, control y erradicación.

Durante el desarrollo de mi labor he orientado al sustentante para que pudiera desarrollar una investigación de carácter científico, aplicando las técnicas apropiadas para plantear soluciones a la problemática planteada. El trabajo de tesis presentado, reúne los requisitos legales prescritos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; por lo cual emito Dictamen Favorable en cuanto a la fase de revisión, a efecto de que pueda continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Evaluador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular,

Atentamente,



Guido Lombardo Torres Carrillo

Guido Lombardo Torres Carrillo
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, dieciséis de mayo del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ALLAN MANUEL SALINAS AGUIRRE, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LAS CONTRATACIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL DURANTE EL PROCESO DE ELECCIONES GENERALES. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh

DEDICATORIA

- A DIOS: El único y suficiente, creador de todo lo que existe, quien me dio la fuerza y la capacidad para lograr esta meta.
- A MIS PADRES: Lic. Rafael Salinas Gallardo, Licda. Mirza Lily Aguirre Colindres, gracias a su esfuerzo y educación, por ser mi inspiración, con amor y respeto.
- A MIS HERMANOS: Susan Melissa, Heber Ludim, Piljak Oswaldo Salinas Aguirre, por estar a mi lado y ser parte de mis alegrías y tristezas.
- A LAS PERSONAS CERCANAS: Delmy Cano, por estar a mi lado en los momentos más importantes y finales de este camino. A Junior Zapata, Ronny Cofer, Miltón de León, Ricardo Marroquín, Edgar Marroquín, Francisco Pérez, Nestor Arévalo y sus familias, por creer en mi y su apoyo incondicional.
- AL MAGISTRADO: Licenciado Marco Tulio Melini Minera, con la más alta muestra de mi respeto y admiración, por ser mi mentor y guía en el camino del derecho.
- A LOS PROFESIONALES: Licenciados, Walter Giovanni Samayoa y Elvia Aldana, por su apoyo y colaboración, siempre incondicional.
- A MIS AMIGOS: Jorge, Luis, Cristian, Francisco, Alex, David, Cesar, José, Elmer, William, Suelen, Elly, Mishelle, Fran y Dennys, por compartir conmigo momentos difíciles y mostrarme el sentido de la amistad.
- A LAS FAMILIAS: Salinas, Cano, Arévalo, Pérez, Rueda, Marroquín, por permitirme entrar en sus hogares y ser parte de su vida.
- A : La Universidad de San Carlos de Guatemala y en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por abrirme sus puertas y permitir mi realización profesional.



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. El derecho y el Estado como base del sistema jurídico guatemalteco.....	1
1.1 Concepto de derecho.	1
1.2 Etimología de la palabra derecho.	3
1.3 Definición de derecho.	4
1.4 Análisis del Estado, concepto, evolución y principales formas de gobierno y Estado.....	5
1.4.1 Origen del Estado.....	6
1.4.2 Concepto de Estado.	8
1.4.3 Diferencia entre gobierno y Estado.....	9
1.5 Principales formas de gobierno.	10
1.5.1 La monarquía.....	11
1.5.2 La república.	12
1.5.3 La democracia.	13
1.6 Sistema democrático guatemalteco.....	16
1.6.1 Características del sistema democrático de Guatemala.....	17
1.6.2 El sufragio, parte esencial de la democracia.	19



CAPÍTULO II

2. Evolución del sistema democrático de Guatemala y Tribunal Supremo Electoral	21
2.1 Antecedentes de la democracia en Guatemala.....	21
2.1.1 Período colonial.....	22
2.1.2 La Constitución de Cádiz.....	23
2.1.3 Período Federal (Constitución de la República Federal de Centroamérica).....	23
2.1.4 Constitución Política del Estado de Guatemala de 1825.....	24
2.1.5 Declaración de los derechos del Estado y sus habitantes.....	24
2.1.6 Acta constitutiva de la república de Guatemala. (régimen conservador).....	25
2.1.7 Ley constitutiva de la república de Guatemala. (período liberal).....	25
2.1.8 Diversas reformas constitucionales.....	26
2.1.9 Período revolucionario, (Constitución de 1945).....	27
2.1.10 Período liberacionista, (Constitución de 1956).....	28
2.1.11 Régimen militar, (Constitución de 1965).....	28
2.2 Un nuevo proceso constituyente, (Constitución de 1985).....	30
2.3 El Decreto Ley No. 30-83.....	31
2.4 El Decreto Ley No. 31-83.....	31
2.5 El Decreto Ley No. 32-83.....	32
2.6 Fundamentos filosóficos, constitucionales y legales del sistema democrático de Guatemala.....	34
2.7 Análisis jurídico del Tribunal Supremo Electoral.....	37

2.7.1 Definición y naturaleza jurídica del Tribunal Supremo Electoral.....	37
2.7.2 El pleno de magistrados del Tribunal Supremo Electoral.	39
2.7.3 Estructura organizacional del Tribunal Supremo Electoral.....	42
2.7.3.1 Integración del registro de ciudadanos.	43
2.8 Órganos electorales.....	43
2.8.1 El registro de ciudadanos.	44
2.8.2 Órganos electorales temporales.	44
2.8.2.1 Juntas electorales departamentales y municipales.....	45
2.8.2.2 Juntas Receptoras de Votos.....	46
2.9 El proceso electoral.	47
2.9.1 Etapas del proceso electoral.	49

CAPÍTULO III

3. Las compras y contrataciones en la administración pública y su relación con el el proceso electoral.....	55
3.1 La contratación administrativa.	55
3.2 Contrato administrativo.....	57
3.3 Naturaleza jurídica de los contratos administrativos.....	59
3.4 Características de los contratos administrativos.....	61
3.5 Elementos de los contratos administrativos.....	63
3.6 Formación de la voluntad administrativa y la selección del contratista.....	66
3.7 Procedimientos para la selección del contratante.....	67

3.7.1 La licitación pública.....	67
3.7.1.1 Características de la licitación pública.....	68
3.7.1.2 Naturaleza jurídica de la licitación pública.....	69
3.7.1.3 Principios fundamentales de la licitación pública.....	69
3.7.1.4 Fundamento legal y etapas de la licitación.....	70
3.7.2 Régimen de cotización pública.....	77
3.7.3 La compra directa.....	81
3.7.4 El contrato abierto.....	83
3.8 Transparencia en el uso de los recursos públicos durante el proceso.....	83
3.9 Sistema de información electrónico Guatecompras.....	86

CAPÍTULO IV

4. Propuesta de mecanismos de control y fiscalización de las compras y contrataciones del Tribunal Supremo Electoral durante el proceso de elecciones generales.....	91
4.1 Análisis del Acuerdo 225-2007 Reglamento de Compras y Contrataciones del Proceso Electoral 2007.....	91
4.2 Los conflictos de interés en el sector público, en materia de contrataciones.....	94
4.3 Principales tipos de conflictos de interés en el ámbito de las contrataciones nepotismo y compadrazgo.....	98
4.4 Consecuencias de los conflictos de interés en las contrataciones del Tribunal Supremo Electoral en época electoral.....	99
4.5 Propuesta para el manejo y prevención de los conflictos de interés en las contrataciones del Tribunal Supremo Electoral.....	100

4.6 Propuesta de elementos a incluirse dentro del Reglamento de Compras y Contrataciones del Tribunal Supremo Electoral, para los procesos electorales	104
4.6.1 Calidades, éticas, técnicas y personales que deben cumplir los integrantes de las Juntas de Cotización Electoral.....	107
4.7 Propuesta para la creación del Registro de Proveedores del Tribunal Supremo Electoral para el desarrollo del proceso electoral.....	108
4.7.1 Descripción del Registro de Proveedores Tribunal Supremo Electoral.....	110
4.7.2 Personal del registro.....	111
4.7.3 La invitación a proveedores a integrar el registro.	111
4.7.4 Procedimiento de habilitación.	112
4.7.5 Rechazo de solicitudes.....	115
4.7.6 Criterios de evaluación de los proveedores.	116
4.7.7 Modificaciones o cambios de los proveedores.	116
4.7.8 Eliminación de proveedores.	116
4.7.9 Principios fundamentales del registro de proveedores.	117
CONCLUSIONES	119
RECOMENDACIONES	121
BIBLIOGRAFÍA	123



INTRODUCCIÓN

La presente investigación, denominada, “Análisis jurídico doctrinario de las contrataciones del Tribunal Supremo Electoral, durante el proceso de Elecciones Generales” constituye una propuesta para administrar de mejor manera el presupuesto electoral, plantea una solución a la necesidad de regular adecuadamente la adquisición de bienes y servicios.

De la forma en que se encuentra la norma actualmente, no es posible una ejecución presupuestaria, sin que existan fallas de control y fiscalización, lo que repercute en el resultado final, que es realizar elecciones transparentes, no solo en el ámbito del sufragio sino en el de la administración de los recursos confiados al tribunal para este fin.

El problema estudiado, radica en la falta de controles administrativos y legales que permitan realizar una fiscalización adecuada y oportuna, que además evite la excesiva discrecionalidad por parte de los funcionarios públicos involucrados o el surgimiento de conflictos de interés. La hipótesis de la investigación se basó en establecer la necesidad de regular por medio de una ley las adquisiciones y contrataciones del Tribunal Supremo Electoral, durante los procesos electorales.

El objetivo principal de la investigación es establecer la necesidad que existe de regular adecuadamente las adquisiciones y contrataciones del Tribunal Supremo Electoral durante el proceso de elecciones generales y determinar que la falta de una adecuada legislación permite la toma de decisiones con débil fiscalización, la hipótesis planteada se basó en establecer la necesidad o no de regular por medio de una ley las adquisiciones y contrataciones del Tribunal Supremo Electoral durante el proceso de elecciones generales, por medio de la cual se pueda crear el registro público de proveedores, para que contribuya a realizar procesos transparentes, con eficacia y calidad en el gasto público.



El trabajo se estructura en cuatro capítulos, el capítulo uno, define los conceptos básicos que rigen el sistema democrático; el capítulo dos, desarrolla una reseña histórica del derecho constitucional, del período colonial hasta la vigencia de la actual Constitución y se detalla el proceso electoral con todas sus etapas principales; el capítulo tres, desglosa, las compras y contrataciones en la administración pública y su relación con el proceso electoral, por último en el capítulo cuatro, se realiza la propuesta de mejoramiento, control y fiscalización de las contrataciones en época electoral y la creación del registro de proveedores del Tribunal Supremo Electoral para los procesos electorales.

Para el desarrollo de la investigación se acudió a las teorías teológica y del pacto social de Adolfo Posada, además se estudió la teoría histórica de Francisco Porrúa Pérez, quienes explican el origen del Estado, además se utilizaron las teorías sobre la naturaleza del contrato administrativo, como la teoría unitaria, positivas, italiana y alemana, las cuales permiten determinar si el contrato administrativo se encuentra dentro de la esfera del derecho público o del derecho privado.

Se utilizó el método deductivo, para la recopilación de información la técnica bibliográfica y la técnica documental para relacionar el problema planteado con los conocimientos teóricos existentes en el campo de la contratación administrativa y la transparencia.

La presente investigación pretende determinar una solución jurídica adecuada al problema planteado. En la administración pública, para asegurar el éxito de la gestión, deben incrementarse controles sobre las decisiones de los funcionarios públicos, garantizar la publicidad de sus actos administrativos y registrar de manera cronológica y sistemática, todo lo conerniente a las contrataciones administrativas.

CAPÍTULO I

1. El derecho y el Estado como base del sistema jurídico guatemalteco

El derecho y el Estado, se encuentran íntimamente ligados, no fuera posible concebir al Estado, si no existiera el derecho, sin embargo, aún no existiendo Estado, el derecho subsistiría, de tal manera que para que surja una estructura social, que permita a los individuos que habitan un territorio, gozar de privilegios, libertades y garantías, es indispensable que exista un sistema jurídico en el cual se sostengan estas prerrogativas.

El derecho es la sustancia que da vida a la estructura del Estado, sin un sistema de normas que definan, el actuar de los ciudadanos y sus gobernantes y que establece límites para los individuos que cohabitan en un mismo territorio, lo que existiría sería el caos y la anarquía que le precede.

1.1 Concepto de derecho.

De este concepto existen múltiples definiciones, una de ellas afirma que el derecho es la ciencia que estudia las normas o las leyes, por su parte el autor Eduardo García Maynez lo expresa así: "Derecho es un orden concreto, instituido por el hombre para la realización de valores colectivos, cuyas normas integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercibles son

sancionadas y en caso necesario, aplicadas o impuestas, por la organización que determina las condiciones y los límites de su fuerza obligatoria”¹.

El orden descrito descansa sobre el conjunto de normas que permiten que la sociedad conviva en armonía, evitando la anarquía y el caos total. Tratar de reducir el concepto de derecho a una definición simple no es recomendable, no se trata de enfatizar en uno solo de sus elementos porque es posible minimizar el resto de características del derecho. Asimismo, existen diversas definiciones como autores que abordan el tema, para efectos de su fácil comprensión el derecho constituye un sistema de normas, un conjunto de principios, doctrinas y teorías que buscan obtener el bien común en la sociedad.

No significa que el derecho es únicamente un conjunto de normas, se debe diferenciar a qué tipo de normas se refiere para comprender la naturaleza que ostentan aquellas que constituyen el derecho.

La interacción de los seres humanos en sociedad se basa en una serie de acciones y decisiones cotidianas que muchas veces no advierten la presencia del derecho, como el abordar un autobús, el adquirir un periódico, el consumir una bebida en algún comercio, sin embargo todos estos actos implican una trascendencia jurídica; es por esto que se debe aprender a diferenciar las normas morales, éticas y familiares de aquellas de carácter jurídico que son por definición de observancia general y obligatoria, cuyo imperio abarca a todo individuo que habita o transita dentro del territorio del Estado que ha emitido la ley. Así lo afirma el autor Ángel Latorre en la página quince de su libro -Introducción al Derecho-: “No basta, por tanto, con decir que el derecho se caracteriza por estar compuesto de reglas de conducta, sino que es preciso distinguir esas reglas (las reglas jurídicas) de otras muy abundantes y variadas que desde diversos aspectos y con distinta intensidad

¹ García Maynez, Eduardo. **Filosofía del derecho**. Pág. 135.

rigen nuestra manera de obrar” Sí el derecho comprende un conjunto de normas jurídicas que constituyen la base del Estado, es por esta razón que antes de definir y analizar al Estado como objeto de estudio, se debe comprender claramente qué es el derecho. La diversidad de definiciones obedece no sólo a los autores que las promulgan, sino además a las épocas en las que el derecho ha regido la vida de los seres humanos organizados en sociedad, depende del sistema de creencias adoptadas y de la realidad en la que se vive, el derecho varía de tiempo en tiempo y de cultura en cultura.

Por lo expuesto, para comprender el derecho y definirlo, es necesario estudiar su origen, su evolución y diversas manifestaciones, aunque para ciertos autores no es posible definir el derecho de manera perfecta y sin variación en el tiempo.

La licenciada Irma Virginia Mont Arriaga, en la página 102 de su tesis -El Problema de la Definición del Derecho-: “Es falso, que el derecho no pueda definirse. El derecho sí puede definirse, pero como todo fenómeno social tal definición presenta los problemas derivados de su relatividad histórica, la complicación. Entonces radica en que el derecho se desarrolla en el tiempo y en el espacio, siendo estos factores cambiantes, el fenómeno social del derecho podrá ser definido atendiendo siempre a estas circunstancias.” Tal y como lo afirma la autora, el derecho es y será un fenómeno que cambia con el tiempo.

1.2 Etimología de la palabra derecho.

“Derecho deriva de la voz latina *directum*, de *dirigere*, dirigir, encausar y que significa lo que está conforme a la regla o a la norma”², el derecho en ocasiones

² Ob. Cit. Pág. 18.

produce un conflicto de tipo ético, porque lo que es legal no siempre es justo, sin embargo la ley constituye la fuente directa del derecho.

1.3 Definición de derecho.

Para definir el derecho, se acudió a definiciones sencillas formuladas por autores consultados que abordan el tema desde una óptica práctica, Rafael Rojina Villegas afirma que derecho es: “Un conjunto de normas y decisiones destinadas a regir la conducta humana en orden al bien común”³

Según Julien Bonnecase citado por Marco Gerardo, Monroy Cabra afirma que “...el Derecho es el conjunto de reglas de conducta exterior que, consagradas o no expresamente por la ley en el sentido genérico del término, aseguran efectivamente en un medio y época dados, la realización de la armonía social, fundado por una parte, en las aspiraciones colectivas o individuales y por otra, en una concepción aunque sea poco precisa de la noción del derecho”.⁴

Si el derecho es entonces un sistema de normas jurídicas de observancia general y de aplicación forzosa, este sistema de normas para ser aplicadas, deben ser revestidas de formalidades concretas, obedeciendo a los valores culturales de la comunidad. Edgar Bodenheimer citado por Augusto Trujillo Muñoz quien lo explica de esta forma: “Si se limita sólo el poder de los particulares habrá necesariamente un gobierno omnipotente, es decir, algo parecido al despotismo. Si no se limita más que el poder del gobierno, habrá necesariamente individuos o grupos privados

³ Rojina Villegas, Rafael **Introducción al estudio del derecho**, Pág. 4

⁴ Monroy Cabra, Marco Gerardo, **Introducción al derecho** Pág. 19.

omnipotentes, es decir, algo parecido a la anarquía. Ambas situaciones son hostiles al imperio del Derecho.”⁵

No puede entonces supeditarse el derecho a la ley porque éste es anterior a la ley, en su obra *Introducción al Derecho* el autor Marco Monroy Cabra afirma lo siguiente. “El derecho no se puede supeditar a la ley porque él es anterior a ésta. Además de la ley existen como se ha visto el derecho natural y la justicia. La ley requiere ser interpretada para adecuarla al contexto social en que va a ser aplicada buscando precisamente la justicia”⁶

Según Guillermo Cabanellas el derecho está ligado a lo justo, además utiliza la frase: “(Just est ars boni et aequi) que significa el derecho es el arte de lo bueno y de lo justo.”⁷ Del análisis de las obras citadas se estableció que el derecho es algo más que las normas jurídicas, porque el derecho debe siempre estar asociado a la idea de la equidad, es en esta concepción que descansa, aunque una acción determinada se encuentre apegada a la norma, no siempre será justa.

1.4 Análisis del Estado, concepto, evolución y principales formas de gobierno y Estado.

El Estado, como concepto político, constituye una forma de organización de la sociedad, con elementos coercitivos y soberanos, estructura formada por una serie de instituciones que regulan la vida de los habitantes de un territorio determinado.

Es posible definir al Estado como un conjunto de instituciones, con autoridad y potestad para el establecimiento de leyes y normas de conducta obligatoria para los individuos

⁵ Trujillo Muñoz, Augusto **El Estado y el derecho**. Pág. 3.

⁶ Monroy Cabra, Marco Gerardo, **Introducción al derecho**, Pág. 18.

⁷ Cabanellas Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual, Tomo III** Pág. 100

que forman parte de éste. Además es factible referirse al Estado como una persona, una unidad de tipo institucional, que en un territorio monopoliza el uso de la fuerza legal

1.4.1 Origen del Estado.

Determinar el origen del Estado es una labor que puede ser realizada desde dos perspectivas, una racional y otra histórica, para estudiar el inicio del Estado desde el punto de vista de la historia es necesario plantearse la pregunta, ¿cuándo surgió el Estado? ¿Cuándo surgió una organización o una sociedad humana con las características atribuidas al Estado?.

Existen diversas teorías para explicar el origen del Estado, estas según Adolfo Posada, citado por Francisco Porrúa Pérez en su libro -Teoría del Estado-, afirma: "...se pueden agrupar en tres categorías las doctrinas que tratan de explicar el origen del Estado: La teológica, la del pacto social y la histórica. La doctrina teológica considera que el Estado es creado por Dios. El origen del estado es, entonces sobre natural y divino.

Las doctrinas del pacto social afirman que el Estado es una creación humana, es obra de la voluntad del hombre y su origen se encuentra en el pacto social. Una tercera corriente de doctrina afirma que el Estado es un fenómeno natural; que tiene un origen histórico, derivado de la vida misma de los hombres a consecuencia de un proceso real y positivo.

Si se considera como punto de partida la teoría histórica, también denominada por Porrúa Pérez, como sociológica, el Estado constituye un fenómeno natural, que tiene su origen en el libre juego de las leyes naturales, por lo que se debe

establecer, cuáles fueron los fenómenos naturales y sociales que dieron vida a la estructura del estado. La necesidad de los hombres y su constante búsqueda de satisfacerla constituyen uno de los pilares en los cuales se afirma el Estado, es un proceso social e histórico, el Estado no ha existido siempre, éste surgió de una necesidad, la búsqueda de un bien mayor al individual, el bien común. Para realizar un bien mayor que el individual, era necesario reunir todos los esfuerzos y todos los recursos para conseguir bienestar para todos y si no se lograra para cada uno, al menos para la mayoría.

Este proceso histórico de formación del Estado, es lento y en muchas ocasiones el surgimiento de un grupo dominante.

La formación de los Estados inicia con la voluntad de los hombres, según Porrúa Pérez “esto no se debe a un pacto o contrato social sino a la naturaleza social del hombre”.⁸

El bien común es el fundamento de la organización social y para poder obtenerlo es necesario agruparse en una estructura que sea capaz de lograrlo, esta estructura es el Estado. Surge entonces el Estado como producto de un proceso social e histórico, que inicia con la voluntad humana, en busca de la superación personal y colectiva.

A manera de conciliación de las diversas teorías Porrúa Pérez propone: “El Estado es, en efecto, un hecho histórico. Ocurrió su nacimiento en el transcurso del tiempo. Su motivación ha sido sociológica y voluntaria, en su formación ha intervenido la voluntad humana, pero en atención a una necesidad de la naturaleza

⁸ Porrúa Pérez, Francisco, **Teoría general del Estado**. Pág. 419.

del hombre.”⁹ El surgimiento del Estado, como tal, representa un avance para la humanidad.

1.4.2 Concepto de Estado.

El Estado como persona jurídica, sujeto de derechos y obligaciones, una estructura ordenada y fundamentada en el derecho.

Esta investigación define el concepto de derecho, porque el Estado no puede subsistir sin él. Es necesario comprender de manera sencilla qué es el Estado, por ello se recurrió a consultar autores que definen de manera sencilla el Estado, tal es el caso de Francisco Porrúa Pérez, para quien el Estado es: “...sujeto de derechos y deberes, es persona jurídica y en este sentido es también una corporación ordenada jurídicamente” Cita además el mismo autor y en la misma obra a Jellinek Georg, quien define al Estado así: “...la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio; o, en forma más resumida, la corporación territorial dotada de un poder de mando originario”¹⁰.

Para que exista el Estado es necesario una serie de elementos: Como la presencia de la humanidad organizada en sociedad, un territorio donde ésta se desarrolle y donde los seres humanos habiten.

El poder soberano, que en los estados democráticos radica en el pueblo. Un orden jurídico que constituye el conjunto de normas que le dan forma a la estructura del

⁹ **Ibid.** 421

¹⁰ **Ob. Cit.** 424

Estado que rigen la vida de sus habitantes además el elemento del bien común, pero además de estos elementos el Estado es soberano, es decir capaz de auto regularse sin intervención alguna, contar con una personalidad jurídica para relacionarse con sus habitantes con otro, la soberanía de los pueblos constituye la base sobre la cual se fundamenta el respeto entre naciones.

1.4.3 Diferencia entre gobierno y Estado.

Todo Estado tiene características que pueden observarse desde el punto de vista sociológico, jurídico y geográfico. Cada Estado se organiza socialmente de manera distinta y sustenta su actuar en un ordenamiento jurídico establecido, geográficamente ocupa un lugar en el planeta. Son estas características las que definen la personalidad del Estado y lo diferencian de cualquier otra organización social. Además de estos elementos, es necesario distinguir el Estado del gobierno, ya que son conceptos diferentes. El Estado es la organización política en su conjunto conformada por todos los elementos ya mencionados, mientras que el gobierno constituye el conjunto de poderes públicos, de los órganos a quienes se les atribuye el ejercicio del poder soberano.

El Estado es el todo, el gobierno es sólo una parte de él, algunos autores se refieren al gobierno como un grupo de individuos que ostentan el poder y tienen designada la responsabilidad de administrarlo, pero esta forma de expresarlo resulta incompleta, ya que el gobierno no son solamente los individuos sino los órganos a quienes estos representan.

El Estado está conformado por gobierno y gobernados, comprendido el concepto de Estado y sus diferencias con el gobierno, en este estudio, se pretende

desarrollar el tema de las formas de Estado, para determinar en qué forma de gobierno se desarrolla un órgano como el Tribunal Supremo Electoral, ya que su actuar durante un proceso electoral o de consulta popular y específicamente el ámbito de las adquisiciones y contrataciones constituye el objeto principal de la investigación.

1.5 Principales formas de gobierno.

Una de las maneras de clasificar las formas de gobierno, fue realizada por Aristóteles, quien desarrolló su estudio partiendo de las diversas formas en que se organizaban los gobiernos. Tomando en cuenta el número de individuos que ejercían el poder, así llegó a la conclusión siguiente:

-Monarquía (en esta forma de gobierno el poder lo ostenta un solo individuo).

-Aristocracia (el poder lo ostenta un grupo de individuos).

-Democracia (el poder lo ostenta el pueblo).

En diversos momentos de la historia los Estados han adoptado una de estas tres formas de gobierno, las cuales varían en algunos casos donde existen monarquías coexistentes con Estados democráticos. Ninguna de estas formas puede ser un tipo absoluto que pueda implementarse en todos los Estados, éstas deben responder a diversos factores: Históricos, políticos, incluso económicos. Nicolás Maquiavelo, por su parte, clasificó las formas de Estado en dos, afirmando en su obra -El Príncipe-, que los Estados o son repúblicas o son principados, esto basado únicamente en la estructura jurídica de los órganos superiores que son al final de

cuentas los que ostentan el poder. Porrúa Pérez afirma que “Maquiavelo ha tenido una gran influencia en las corrientes doctrinarias modernas tanto en autores como Georg Jellinek, quien estudió al Estado desde el enfoque jurídico y el enfoque sociológico. Para Jellinek las formas de gobierno son dos, monarquía y república.

El autor Hans Kelsen, jurista, filósofo y político austriaco de origen judío afirma que existen dos formas de gobierno, la autocracia y la democracia. Su enfoque se basa en el número de sujetos que intervienen en la producción de las normas jurídicas”.¹¹

1.5.1 La monarquía

La monarquía es el gobierno de un solo individuo, el cual ostenta el poder y lo ejerce sin estar limitado por órgano alguno, esta persona es denominada monarca o Rey.

El poder se obtiene de forma hereditaria, aunque existen casos como el Estado Vaticano, donde se ejerce una monarquía electiva, ya que el Papa ejerce el gobierno, pero existe un colegio elector del Papa y éste no puede heredar su autoridad. La característica esencial de esta forma de gobierno se centra en la calidad de monarca, la misma se hereda y no se elige.

Existen dos clases de monarquías: la absoluta y la constitucional, para diferenciarlas se debe estudiar la posición en la que se encuentra el monarca en relación a la Constitución del Estado, en la monarquía absoluta, éste es superior a

¹¹ Porrúa Pérez, Francisco, **Teoría general del Estado**. Pág. 42

ella; mientras que en la monarquía constitucional el rey se encuentra sujeto a la norma constitucional y comparte el poder con otros órganos que ejercen soberanía. La monarquía constitucional puede ser de dos clases, una denominada pura y la otra parlamentaria, se diferencia una de la otra en el ejercicio de la soberanía y la administración pública, en la pura el rey ejerce de manera directa la soberanía.

En la monarquía parlamentaria, existe un grupo de ministros de Estado designados por el parlamento quienes son responsables de compartir la función de gobierno, es por esto que pueden ser interpelados por el órgano que los nombra, constituyen pues los ministros de Estado servidores públicos, por lo que deben rendir cuentas de sus actos y decisiones.

1.5.2 La república.

Es una forma de gobierno, donde impera la ley la cual es superior a todos los individuos quienes se rigen en igualdad ante ella, surge la ley como forma de detener los abusos y medidas déspotas por parte de aquellos que ostentan el poder, se busca proteger por medio de un ordenamiento jurídico los derechos fundamentales de los individuos.

La república se puede manifestar en dos formas, de manera directa cuando la población participa en las tareas del Estado de manera personal, se reúnen en asambleas para emitir leyes y para nombrar autoridades.

La república en forma indirecta se rige por el estatuto de que el pueblo es soberano, pero se afirma que el ejercicio del poder es delegado en los gobernantes

que la población elige. El pueblo elige a sus autoridades quienes se encargarán de las tareas estatales.

1.5.3 La democracia.

La democracia supone el gobierno del pueblo, quien designa para el ejercicio del poder a determinados individuos, estos al gobernar deben hacerlo sujetando su actuar a la ley. Este grupo proviene de la misma comunidad, quienes deberán buscar el bien para todos.

En síntesis, “la democracia es el gobierno del pueblo, la palabra democracia tiene su origen en el griego demos que significa pueblo y kratos que significa gobierno, la formas de gobierno se han definido de la misma manera que las definió la cultura antigua, así encontramos que la autocracia es el gobierno de uno, la Plutocracia el gobierno del dinero o la Teocracia el gobierno de Dios”.¹² Si la democracia se basa en el pueblo, es necesario definir lo que históricamente se consideraba como pueblo.

Antiguamente se utilizaba el término para referirse únicamente a un grupo de personas, ciudadanos, pertenecientes a una comunidad, considerados iguales entre sí, que tenían capacidad para elegir, misma de la que carecían ciertos individuos como; los extranjeros, los minusválidos, las mujeres, quienes habitaban el territorio con los primeros, pero no tenían incidencia en el proceso de elegir a los gobernantes. Las razones por la cuales se les excluía eran diversas, los extranjeros por el simple hecho de no haber nacido en esa república, no se consideraban parte de ella, no se creía que tuvieran un interés genuino en los asuntos del Estado.

¹² Borea, Alberto, **Diccionario electoral**, tema democracia Pág. 1.

No todos los habitantes podían participar de las decisiones políticas, solo aquellos hombres libres, que eran considerados naturales de la comunidad y que tenían determinada edad y con un nivel de ingresos superior a la mayoría, lo que hacía que sus intereses en juego fueran mayores, por lo que la decisión que tomaran, afectaría directamente todo lo que habían ganado o recibido en la vida.

Posterior al factor edad y riqueza se abrió la posibilidad de participación a la comunidad que no poseía riqueza, por lo que se tomó en cuenta el factor de preparación, se debía entonces poseer cierta cultura o educación, esto para ser considerado como responsable en la toma de sus decisiones.

El siguiente paso fue darle participación a la comunidad, sin importar su riqueza o preparación, sino únicamente el factor de la edad, además de un compromiso con el futuro de la comunidad, así como de los nacionales, se permitió la participación de los extranjeros que demostraran su interés por medio de la nacionalización.

Actualmente el sistema democrático ha evolucionado, así lo afirma Alberto Bórea “...hoy en día podemos decir que el sistema democrático es el sistema de gobierno donde las decisiones sobre la marcha de la comunidad las toma el pueblo entendido como todos los habitantes con edad suficiente que forman parte de la sociedad.”¹³

Luego de definir la democracia y el sistema democrático, es necesario abordar los conceptos de democracia directa y democracia participativa. Se denomina como democracia directa, aquella donde los miembros de la comunidad en conjunto,

¹³ **Ob. Cit.** Pág.2.

personalmente participan en las decisiones políticas, aunque no participaban todos los habitantes, todos podían participar.

Este sistema actualmente es imposible aplicar en la estructura de los Estados, factores como el número de habitantes resulta determinante para esta conclusión, además de que las personas tienen numerosas actividades lo que no permite que tengan el tiempo suficiente para utilizarlo en el gobierno de la comunidad. Lo anterior plantea la siguiente interrogante, ¿cómo toma las decisiones la comunidad?

Por medio de un sistema de representación, se deja entonces las decisiones más trascendentales al pueblo en general y se designa a un grupo de personas a través de asamblea general o por medio de elección general, para que nombre de la comunidad tome las decisiones relativas al gobierno.

Los representantes del pueblo realizan por encargo de este diversas funciones, que se determinan de la siguiente manera, funciones de gobierno, funciones de discusión o debate de las decisiones fundamentales y funciones de justicia, aunque estas últimas son encargadas a individuos con características y calidades singulares y que son elegidos por procedimientos especiales en los cuales no participa toda la población.

Es necesario establecer cuál es el sistema de gobierno de Guatemala y cuál es la función del Tribunal Supremo Electoral como parte del Estado y quien tiene la responsabilidad de organizar comicios libres, donde se elige a los representantes del pueblo, quienes se encargarán según sea el caso de las labores del gobierno o legislativas.

1.6 Sistema democrático guatemalteco.

Establecidos los conceptos fundamentales de derecho, Estado, así como la diferencia entre gobierno y Estado y las principales formas de gobierno. Es posible analizar cuál es el sistema que Guatemala utiliza. La Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, en el Artículo 140 establece que, “Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo.” Para comprender mejor lo referido en el artículo citado se debe analizar cada una de sus partes y así determinar el verdadero sentido que da el constituyente a la norma.

Un Estado libre como el guatemalteco se basa en la idea de la libertad, la que permite que sus habitantes gocen de derechos y garantías que no son impuestas por otros Estados o gobiernos, además otorga la capacidad de crear una estructura de gobierno interna que esté al servicio de los intereses de la población.

Estado libre, se refiere a la capacidad del Estado guatemalteco de actuar en el ámbito interno e internacional sin estar sublevado a ningún otro Estado, también se refiere a que no se encuentra anexado ni asociado con otro.

Esta libertad del Estado guatemalteco le permite ejercer y actuar conforme al segundo atributo referido en este artículo, la independencia, lo que al final resulta en la soberanía. Todo lo anterior se relaciona con la autodeterminación de los pueblos, que es el derecho que tiene el pueblo de decidir sus propias reglas y formas de gobierno, de obtener desarrollo económico en las formas que considere adecuadas, así como lograr desarrollo social, cultural y conlleva básicamente la

libertad de estructurar su sociedad sin injerencias internacionales o nacionales de ningún tipo.

La carta de las Naciones Unidas, tratado internacional fundador del organismo, señala en el Artículo primero e inciso segundo dentro del apartado de explicación de los propósitos y fines del organismo lo siguiente: “Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal.”

1.6.1 Características del sistema democrático de Guatemala.

El Estado de Guatemala, es un Estado libre, soberano e independiente, se puede comprender que en el ejercicio soberano se estructura a sí mismo y crea por tanto una base que rige el actuar de los habitantes y de las instituciones que lo conforman. El origen de la presidencia de la república se remonta a la fecha en que se emite la primera Constitución Política del Estado de Guatemala, el 11 de octubre de 1825, es cuando se instituye por primera vez el cargo de presidente.

La actividad jurídica del Estado no incluye únicamente la función de legislar o de juzgar, es necesario que exista un ente que administre y dirija la estructura estatal, es por esta razón que se crea el Organismo Ejecutivo, al frente de este se encuentra el Presidente de la República. El cual posee por la investidura de su cargo las funciones de gobernar y administrar, realizar actos de gobierno, actos relativos a la legislación cuando sanciona o veta una ley y actos administrativos de toda índole, como nombrar a funcionarios para el ejercicio de determinados cargos.

El presidencialismo es el sistema de gobierno en el cual una república constitucional divide el ejercicio del poder en tres órganos, el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. Es en el Organismo Ejecutivo que encuentra cabida la función del presidente como jefe de gobierno, quien ostenta una doble función de ser representante del Estado y como máxima autoridad de la administración pública. El presidente es elegido por la ciudadanía para ejercer el cargo durante un período de cuatro años, sin posibilidad de reelección.

El sistema presidencialista surge en Estados Unidos de Norteamérica, como contraposición al parlamentario inglés. En este existe una doble función que debe cumplir el gobierno, se concentra en una sola persona, (el presidente de la república), la función política y la función administrativa. Los secretarios de Estado no son órganos con competencia, sino que actúan como asesores, son nombrados por el presidente y responde ante él, no existe en el sistema presidencialista puro la figura de la interpelación.

El sistema de gobierno de Guatemala, es republicano y una copia del presidencialismo de Estados Unidos de Norteamérica, con la diferencia que se aplican algunas características del régimen parlamentario.

El Artículo 182 de la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 establece lo siguiente: “El Presidente de la República es el jefe del Estado de Guatemala, y ejerce las funciones del Organismo Ejecutivo por mandato del pueblo. El Presidente de la República, actuará siempre con los Ministros, en consejo o separadamente con uno o más de ellos; es el Comandante General del Ejército, representa la unidad nacional y deberá velar por los intereses de toda la población de la República. El Presidente, juntamente con los ministros, viceministros y demás funcionarios dependientes integran el Organismo Ejecutivo y tiene vedado favorecer a partido político alguno.”

Guatemala tiene un sistema democrático representativo, el poder radica en el pueblo y éste lo delega para su ejercicio en tres organismos, el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, siendo los dos primeros presididos por individuos que son electos por medio del sufragio universal y secreto.

El Artículo 184 de la Constitución establece lo siguiente: “El Presidente y Vicepresidente de la República serán electos por el pueblo para un período improrrogable de cuatro años, mediante sufragio universal y secreto. Si ninguno de los candidatos obtiene la mayoría absoluta se procederá a segunda elección dentro de un plazo no mayor de sesenta ni menor de cuarenta y cinco días, contados a partir de la primera y en día domingo entre los candidatos que hayan obtenido las dos más altas mayorías relativas.”

El presidente y vicepresidente son cargos de elección popular, también lo son Alcaldes y los miembros de las corporaciones municipales, los diputados al Congreso de la República y al Parlamento Centroamericano.

El proceso para designar a las personas a ocupar estos puestos se encuentra estipulado en la Ley Electoral y de Partidos Políticos, en el Artículo 199 que establece la clase de comicios que pueden llevarse a cabo en Guatemala, inclusive establece dentro de los comicios a la consulta popular.

1.6.2 El sufragio, parte esencial de la democracia.

“El sufragio tiene su origen en el término latín “sufragiun”, que significa: Acto de carácter expreso, porque una persona emite un voto en el seno de una colectividad

de la cual es miembro, a fin de decidir en una cuestión de interés público generalmente de carácter político. El voto es secreto por razones de privacidad y de seguridad, garantiza la libre expresión de la voluntad del elector sin temor a ninguna represalia y permite la discrecionalidad en la emisión del mismo, lo cual da mayores garantías al elector.”¹⁴

Es necesario establecer la diferencia entre voto y sufragio, el sufragio es la facultad que tienen los ciudadanos para elegir a sus gobernantes y el voto es la manifestación expresa de la voluntad del elector.

Es el voto la forma en que se materializa el sufragio. Por medio del ejercicio de sus derechos ciudadanos, los habitantes de un país deciden de que manera y por quien serán gobernados, de tal forma que todos tengan la misma oportunidad de decidir. El sistema guatemalteco basado en una democracia representativa, realiza por medio de la elección popular la designación de funcionarios públicos, estos tienen el deber de cumplir con el mandato otorgado por el pueblo basados en la Constitución Política de la República.

Aunque el presidente y vicepresidente, alcaldes, diputados al Congreso de la República y al Parlamento Centroamericano son electos por el pueblo, no se utiliza el mismo sistema electoral para todos. Para elegir al presidente y vicepresidente se utiliza el sistema mayoritario, para elegir a los diputados al Congreso de la República acorde al Artículo 157 de la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, serán electos por el sistema de distritos electorales y lista nacional, para un período de cuatro años, pudiendo ser reelectos. Se utiliza el sistema de representación proporcional para la elección de diputados al Congreso de la República y del Parlamento Centroamericano y concejales de las corporaciones municipales.

¹⁴ Mendoza Beatriz, **Constitución explicada artículo por artículo**, Pág. 242

CAPÍTULO II

2. Evolución del sistema democrático de Guatemala y Tribunal Supremo Electoral

El sistema democrático de Guatemala, ha sufrido cambios sustanciales a través de la historia, como sociedad y como Estado, hemos evolucionado desde las ideas primarias, hasta poder gozar de la democracia.

Se debe remarcar, que nuestro proceso democrático se encuentra estancado, con un multipartidismo que no representa el sentir de la población, con ofertas electorales, que no convencen a la ciudadanía, con deficiencias legales que no permiten las sanciones drásticas que algunas acciones políticas merecen. Nuestra democracia es un tesoro que ha valido sangre de muchos inocentes, por lo que es importante fortalecer y desarrollar la misma.

2.1 Antecedentes de la democracia en Guatemala.

La democracia, como un sueño lejano, un ideal por alcanzar, constituye para el Estado de Guatemala, desde sus inicios en un reto grande, el período posterior a la declaración de independencia supone un inicio en la era democrática, a partir de la primera Constitución Política de la República, se alcanzan logros importantes, que sitúan al individuo como eje central y su satisfacción y bienestar como propósito principal de la existencia del Estado. Para lograr la comprensión del sistema democrático guatemalteco de una manera plena, es necesario comprender su origen, evolución y analizar una serie de transformaciones sufridas en el pasado.

2.1.1 Período colonial

El estatuto de Bayona o Constitución de Bayona es antecedente de las constituciones de Guatemala, debido a que organizaba a España e incluía a su vez los territorios americanos pertenecientes a la corona española.

La referida constitución se dio luego de una serie de eventos que ordenados cronológicamente sucedieron así: Carlos IV renuncia sus derechos a la corona de España en favor de Napoleón Fernando VII abdica en favor de su padre Carlos IV, sin saber que previamente había renunciado sus derechos.

El hermano de Carlos IV y sus hijos Fernando y Carlos renuncian a sus derechos a la corona de España en favor de Napoleón quien ordena al Duque de Berg, lugarteniente del Reino, que convoque una asamblea en Bayona. El 6 de junio de 1808 Napoleón designa a su hermano José como rey de España. Entre el 15 y el 30 de junio de 1808 se elabora una "constitución".

El 8 de julio de 1808 se promulga. Se considera una carta otorgada, puesto que no fue elaborada por los representantes de la Nación.

Según el licenciado Alejandro Maldonado Aguirre en su libro -Las Constituciones de Guatemala- hace referencia a que dicha constitución no cobró vigencia, pero sus disposiciones marcaron el inicio de conceptos que inspiraron en alguna medida las regulaciones de América. Como punto de partida la referida Constitución establecía que el poder no surgía únicamente de la voluntad divina, sino de un contrato social, así

lo expresa Maldonado Aguirre, "...se fundamentaba dicha Constitución en que el poder no solamente descansaba en el derecho divino sino también en el contrato social".

2.1.2 La Constitución de Cádiz.

Promulgada el 19 de marzo 1812 en Cádiz, por las Cortes Generales de España, denominada comúnmente "La Pepa" por haber sido promulgada el día de San José.

Es la primera constitución promulgada en España. Tuvo vigencia dos años hasta el 24 de marzo de 1814, además estuvo vigente durante otros dos períodos de 1820 a 1823 y de 1836 a 1837.

Lo más relevante a resaltar de la Constitución de Cádiz es que establecía el sufragio universal, la soberanía nacional, la monarquía constitucional, la separación de poderes, la libertad de imprenta, el reparto de tierras y la libertad de industria.

2.1.3 Período Federal (Constitución de la República Federal de Centroamérica.)

Este período inicia en 1821, con la declaración de independencia, se convocó para el uno de marzo de 1822 la reunión de un Congreso, la cual no pudo concretarse, el Congreso reunido decretó el uno de julio de 1823, la independencia absoluta y el 2 de julio del mismo año adoptó la denominación de Asamblea Constituyente, el 22 de noviembre de 1824 promulgó la Constitución de la República Federal de Centro América. Es importante resaltar de esta constitución "el reconocimiento de la soberanía, la cual corresponde al pueblo, define el ámbito territorial y deja abierta la

posibilidad de que Chiapas libremente se una a la federación. Se adopta el sistema federal.”¹⁵

El sistema federal no duró mucho tiempo, constituyó un fracaso para la incipiente democracia de la región.

2.1.4 Constitución Política del Estado de Guatemala de 1825.

Promulgada el 11 de octubre de 1825, basada en el Pacto de la Confederación Centroamericana.

“ Se declara que el Estado es soberano, pero que limita sus derechos”¹⁶ La estructura del Estado de Guatemala se dividió de la siguiente manera: “Un poder legislativo, un poder ejecutivo, un poder judicial, un consejo representativo”.¹⁷

2.1.5 Declaración de los derechos del Estado y sus habitantes.

Emitida por la Asamblea Constituyente del Estado de Guatemala, el 5 de diciembre de 1839, denominada Decreto 76, conocida como “Ley de Garantías”. Ley de redacción bien lograda, hay que resaltar que estableció la primacía de la religión católica, aquellos que profesaban otra religión no podían ser molestados por esto.

¹⁵ Maldonado, Aguirre, Alejandro, **Las Constituciones de Guatemala**. Pág. 15.

¹⁶ **Ob. Cit.** Pág. 19.

¹⁷ **Ob. Cit.** Pág. 21.

2.1.6 Acta constitutiva de la república de Guatemala. (régimen conservador)

Emitida por el General Rafael Carrera, el 21 de marzo de 1847, estableciendo a Guatemala como república. Se convoca a una nueva Asamblea Nacional Constituyente, la cual se reuniría desde el 16 de agosto al 19 de octubre de 1851, para emitir el acta constitutiva, la cual tuvo vigencia durante veinte años, fue reformada el 4 de abril de 1855, “esta reforma estableció la presidencia vitalicia de Rafael Carrera. Dividió a Guatemala en cuatro cuerpos, la Presidencia, el Consejo de Estado, la Cámara de Representantes, el Orden Judicial. Esta constitución otorga poderes a la iglesia católica un factor fundamental en la vida del gobierno, otorga al Arzobispo metropolitano el derecho de voto en el cuerpo que nombraría el Presidente de la República”.¹⁸

Es de resaltar que esta época es considerada una de las más difíciles para los habitantes comunes, los derechos individuales eran poco respetados, las instituciones de gobierno ejercían el poder con dureza y eran incuestionables, la situación jurídica permitía que los privilegiados fueran pocos en detrimento de la gran mayoría.

2.1.7 Ley constitutiva de la república de Guatemala. (período liberal)

El 11 de diciembre de 1844 el Consejo Constituyente de Guatemala nombró al general Rafael Carrera como Presidente de la República. En el Acta de Patzún del 3 de junio de 1851, facultó al general Miguel García Gradados, para reunir una Asamblea Nacional Constituyente, con el propósito de dictar una carta fundamental para regir la nación. En enero de 1852 se celebran las elecciones para diputados a la Asamblea

¹⁸ Ob. Cit. Pág. 28.

Nacional Constituyente, la cual se reunió hasta el 11 de septiembre de ese año y fue disuelta el 23 de octubre de 1877, debido a que le fue dado un voto de confianza al General Justo Rufino Barrios para que gobernara sin un orden constitucional. Barrios convocó a una segunda Asamblea Nacional Constituyente, el 15 de marzo de 1879. Dicho texto duró más de sesenta años, no sin sufrir reformas, en el año de 1885, donde se reduce el período presidencial a cuatro años, en 1990 entra en vigor la prohibición de la reelección.

El texto constitucional fue reformado de diversas ocasiones, es de resaltar los aspectos más importantes de cada reforma.

2.1.8 Diversas reformas constitucionales.

Se produce una reforma en 1887. Con ello se prolongó nuevamente el período presidencial a 6 años, esto para favorecer los intereses del presidente Barillas.

En 1897 una nueva reforma prorroga nuevamente el período presidencial ahora favoreciendo al general José María Reyna Barrios. Para 1903 se realiza una breve reforma de gran trascendencia, suprime la prohibición para reelegirse como presidente. Lo que permite que Manuel Estrada Cabrera permanezca en el poder. Por otra reforma en 1921 se reduce el período presidencial nuevamente a 4 años. Se prohíbe la reelección sin intervalo de dos períodos constitucionales. En esta Constitución se hace referencia por primera vez al Ministerio Público y a la Contraloría de Cuentas. En 1927 se establece el proceso de reforma de la Constitución. Retorna el período presidencial

a seis años. Con la reforma de 1935 se suspende la prohibición de reelección inmediata, se justifica por medio de esta que el General Jorge Ubico Castañeda ejerza el poder por otro mandato de seis años.

En 1941, en un nuevo intento de perpetuarse en el poder el General Ubico logra que se modifique la Constitución estableciendo que su período presidencial terminaría el 15 de marzo de 1949.

2.1.9 Período revolucionario, (Constitución de 1945)

En 1944, la junta revolucionaria de gobierno derogó totalmente la Constitución vigente, el decreto de derogatoria fue el Decreto número 18. Dicho decreto fue aprobado el 9 de diciembre y con el mismo se convocó a los ciudadanos a elegir diputados a la Asamblea Constituyente, la que debía quedar instalada dentro de los 30 días siguientes. “En 1945, el 11 de marzo se promulga la Constitución y representó un avance en materia de garantías individuales, cerraba toda posibilidad de reelección, se reconoció el derecho de rebelión en los casos en los que se quisiera violar el principio de alternabilidad en el ejercicio del poder”.¹⁹

Es importante resaltar que esta Constitución se establece la autonomía universitaria, se creó una forma cuasi parlamentaria, instituyéndose la figura de la interpelación. El español se confirma como el idioma oficial, lo cual constituye un avance para ciertos grupos de poder, sin embargo, al instituirse este idioma como único reconocido, se resta importancia a los diversos dialectos, lenguas de los pueblos ancestrales de Guatemala.

¹⁹ Maldonado, Aguirre, Alejandro, **Las constituciones de Guatemala**, Pág. 41.

2.1.10 Período liberacionista, (Constitución de 1956)

El 10 de agosto de 1954, se emite por medio del Decreto-Ley el estatuto político de la República de Guatemala, que deroga la constitución vigente, de 1945. Se convocan nuevamente a elecciones para diputados a una nueva Asamblea Nacional Constituyente y se celebraron el 10 de octubre de ese mismo año, la Asamblea quedó instalada el 19 de octubre. Esta Constitución fue promulgada el 2 de febrero de 1956, inició su vigencia el 1 de marzo. En ella se desarrolla en forma más amplia el concepto de partidos políticos, se institucionalizan y se les declara de interés público.

Se establecen la reelección de diputados, esto con la idea de que se formara una carrera parlamentaria, el voto secreto para analfabetos y además que las elecciones debían efectuarse en un solo día, una asignación de fondos privativos para la Universidad de San Carlos. Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los de la Corte de Constitucionalidad que cumplieran dos períodos, conservaban el cargo hasta cumplir 70 años de edad.

2.1.11 Régimen militar, (Constitución de 1965)

El 31 de marzo de 1963, se instala un gobierno militar por medio del derrocamiento del Presidente Miguel Idígoras Fuentes el cual deja sin efecto la vigencia de la Constitución, por medio del Decreto-Ley 157 se dictan las medidas para la futura convocatoria a una nueva Asamblea Nacional Constituyente. Se convoca por medio del Decreto-Ley 191, en fecha 26 de marzo de 1964. El 24 de mayo de ese año se realizan las elecciones. Se instala la Asamblea el 6 de julio y se promulgó la Constitución el 15 de septiembre de 1965, con la cual se derogó la Constitución de

1956. Por convenir al régimen militar se suspendió su vigencia por medio de un artículo transitorio, por lo que inició a regir el 5 de mayo de 1966.

En este período se da un retroceso en el ámbito electoral, se restringen la formación de partidos políticos, los cuales debían disponer además de un mínimo de cincuenta mil afiliados, con la intención de instalar en Guatemala el bipartidismo similar al de los Estados Unidos de América.

Esta nueva Constitución si marca un punto importante en materia electoral, porque crea el Consejo Electoral.

El referido Consejo se formó con el Director del Registro Electoral, un miembro propietario y un miembro suplente designado por cada uno de los partidos legalmente inscritos y vigentes a la fecha de convocatoria a elecciones, partidos que hubieren obtenido al menos el 15 % del total de votos validos emitidos en la última elección, un miembro propietario y un suplente designado por el Congreso de la República, por sorteo entre sus miembros, exceptuando a los miembros de la junta directiva, un miembro propietario y un suplente designado por el Consejo de Estado, exceptuando al presidente y al vicepresidente de la república.

Otro aspecto importante a resaltar es que esta Constitución crea la Corte de Constitucionalidad.

Se emiten además la Ley de Orden Público, la Ley de Amparo, Habeas Corpus y Constitucionalidad y la Ley de Emisión del Pensamiento. La legislación que surge a raíz

de la Constitución referida, representa un gran avance en el reconocimiento de los derechos individuales del hombre, se instaura un orden que garantiza privilegios mínimos para los habitantes, se regula por medio de ley uno de los derechos fundamentales de toda democracia, la expresión del pensamiento.

2.2 Un nuevo proceso constituyente, (Constitución de 1985)

El 23 de marzo de 1982 es derrocado el General Romero Lucas García, las condiciones políticas y sociales de la época eran difíciles, el rompimiento institucional surge después de diversos abusos electorales y prácticas fraudulentas, además de una enraizada corrupción en la administración pública.

El general Efraín Ríos Montt toma el control y centra su discurso político en una posición extremista y religiosa, así lo comenta el Lic. Jorge Mario García Laguardia “en un primer reacomodo de la dirigencia, el general Efraín Ríos Montt se hizo del control de la situación e inició una gestión muy conflictiva apoyada en oficiales de menor jerarquía, que puso el acento en una campaña moralizadora muy caracterizada por su propia religión (protestante) que lo enfrentó a muchos adversarios de distinto signo.”²⁰

Sin embargo, es necesario resaltar que el general Ríos Montt dictó tres leyes claves que se convirtieron en el punto de partida para retornar al orden constitucional, estas leyes fueron emitidas por medio de decretos leyes, el No. 30-83, Ley Orgánica del Tribunal Supremo Electoral, el No. 31-83 Ley del Registro de Ciudadanos y el No. 32-83 Ley de organizaciones políticas.

²⁰ García Laguardia, Jorge Mario, **Política y Constitución en Guatemala**, Pág. 45

2.3 El Decreto Ley No. 30-83

Se creó el Tribunal Supremo Electoral, con carácter de tribunal permanente, por medio del Decreto ley No. 30-83 con vigencia a partir del 23 de marzo de 1983 y que fuera derogado por medio de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, a través del Artículo 264.

El Tribunal Supremo Electoral es autónomo en sus funciones, con jurisdicción en toda la república y no supeditado a ninguna otra autoridad u organismo del Estado. Además, este decreto ley determinó la forma de organizar y el funcionamiento del mismo, estableciendo además las atribuciones y competencias, la forma de integrarlo, lo relativo a la comisión de postulación, las funciones del Presidente, Secretario, Inspector General, del Departamento de contabilidad, de las juntas electorales, de las juntas receptoras de votos y del recurso. El inspector electoral, el auditor electoral, el director general del registro de ciudadanos y el jefe de la sección de organizaciones políticas. Por otra parte permitía la aplicación supletoria de la Ley del Organismo judicial. Este decreto ley tuvo vigencia a partir del 23 de marzo de 1983, pero fue derogado por medio de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, a través del artículo 264.

2.4 El Decreto Ley No. 31-83

Creó el registro de ciudadanos como una dependencia técnica del Tribunal Supremo Electoral, estableció además sus funciones, determinó su estructura administrativa, definió las atribuciones de la dirección general, el secretario, además de regular un departamento de supervisión de cédulas y elaboración de padrones, el departamento de organizaciones políticas, las delegaciones del registro y lo concerniente al padrón electoral. La figura del director general es fundamental en esta ley, ya que éste debía conocer cualesquiera reclamaciones, peticiones u objeciones que se plantearan en

relación a la inscripción de ciudadanos y el padrón electoral. Este decreto entró en vigencia el 23 de marzo de 1983. El Artículo 264 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos derogó este decreto ley.

2.5 El Decreto Ley No. 32-83.

Estableció el marco legal sobre la participación democrática, libre y pacífica de los ciudadanos en la actividad política, autorizaba la constitución de partidos políticos y de otras organizaciones, regulaba la formación y el funcionamiento de las organizaciones políticas en general y promueve en éstas el ejercicio de la democracia interna. Además reguló lo concerniente a los partidos políticos, de los requisitos para los partidos, de los derechos y obligaciones de los partidos, de los órganos de los partidos políticos, de los comités para la constitución de un partido político, de la fusión de los partidos políticos, de las coaliciones, de las sanciones, de los comités cívicos electorales, de los derechos y obligaciones de los comités, de la constitución e inscripción de los comités cívicos y de las asociaciones con fines políticos.

Este decreto ley tuvo vigencia a partir del 23 de marzo de 1983, pero fue derogado por medio de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, a través del artículo 264.

“El 8 de agosto de 1983 es depuesto el general Ríos Montt, el alto mando del ejército asume el poder con la consigna de restaurar la disciplina y jerarquía de la institución armada, nombra al general Oscar Mejía Vítores, quien demostró voluntad de continuar con el proceso democrático no obstaculiza las acciones encaminadas al restablecimiento del orden constitucional”.²¹

²¹ García Laguardia, Jorge Mario, **Política y Constitución en Guatemala**, Pág. 46

El empadronamiento de ciudadanos continúa, el 19 de de enero de 1984 es emitido el Decreto Ley No. 3-84, la ley electoral, para elección de una Asamblea Nacional Constituyente, la cual se encargaría de redactar una nueva Constitución. Además de la constitución la asamblea debía elaborar dos leyes constitucionales, estas fueron la Ley Electoral y de Partidos Políticos y la Ley de Garantías Constitucionales o Ley de Amparo de Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

Fueron electos 88 diputados, 23 de estos por medio de lista nacional y el resto por listados distritales, en aplicación del modelo alemán de doble voto. El 31 de mayo de 1985, la Asamblea Nacional Constituyente, promulgó la nueva Constitución que entró en vigencia el 14 de enero de 1986. Quedó en esta misma fecha instalado el Congreso de la República. Debido al contexto histórico en que es promulgada, la Constitución de 1985 regula ampliamente lo relativo a los derechos humanos, se trata del principal tema.

Hay que resaltar que esta Constitución crea tres instituciones nuevas, de gran relevancia, indispensables para nuestro sistema, estas son, el Tribunal Supremo Electoral, órgano objeto de este estudio, el Tribunal Constitucional o Corte de Constitucionalidad y el Ombudsman o Procurador del los Derechos Humanos. El surgimiento del Tribunal Supremo Electoral es considerado un adelanto en materia democrática para Guatemala, el órgano encargado de planificar y llevar a cabo las elecciones debe gozar de independencia absoluta, es necesario que sus atribuciones y competencias se realicen de una manera eficiente.

El Lic. García Laguardia lo expresa así “el estudio de la estructura de los órganos encargados de planificar y llevar a cabo los proceso electorales, es de una gran importancia, porque su integración y atribución de competencias permite descubrir el

grado de independencia en dichos procesos, y si los mismos están realmente controlados por los ciudadanos sin intervención del Estado.

Según lo afirma García Laguardia, hasta finales de la década de los años cuarenta, los procesos electorales eran organizados y llevados a cabo por medio del Organismo Ejecutivo y el Organismo Legislativo era quien los calificaba, lo que daba lugar a corrupción y fraudes. En 1949 se crea en Costa Rica, un tribunal especial al cual se le encomienda la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, un órgano independiente, sobre este modelo la Ley Electoral creó el Tribunal Supremo Electoral, con las características de ser un ente colegiado, permanente, independiente, de carácter privativo, autónomo financiera y administrativamente.

2.6 Fundamentos filosóficos, constitucionales y legales del sistema democrático de Guatemala

Los fundamentos son esenciales para el desarrollo de una estructura, la Constitución es la estructura que soporta el sistema jurídico, político y electoral de Guatemala, es necesario analizar lo que el autor Pablo Lucas Verdú llama “La fórmula política, que es la expresión ideológica, jurídicamente organizada, en una estructura social.”²² según el Lic. Jorge Marío García Laguardia, la fórmula política constituye la filosofía del texto constitucional, la ideología que inspira el ordenamiento político constitucional.

El primer fundamento de tipo filosófico de un sistema democrático lo constituye el bien común, este ideal hace necesario organizar, regular la conducta y castigar aquella

²² García, Laguardia, Jorge Mario, **Política y Constitución en Guatemala**, Pág. 48.

inapropiada para este fin, hace imperativo el proteger a los débiles de los ataques injustos de los fuertes, creando un régimen donde la fuerza de la ley sea la que impere.

El segundo fundamento de tipo filosófico lo constituye el bien individual, de nada serviría afirmar que el estado persigue el bien común cuando limita los intereses de un ciudadano de manera desmedida.

Para alcanzar estos objetivos planteados, se necesita contar con fundamentos de tipo legal que permitan a los seres humanos desarrollarse con reglas claras. La libertad que la constitución política de la república consagra de diferentes maneras. Para efectos del presente trabajo es necesario referirse a cada una de las libertades garantizadas por la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985. La libertad la que permite a los ciudadanos llevar a cabo sus logros dentro del contexto personal y social, de manera que quienes ejercen el poder tengan un límite. Tales libertades se encuentran reguladas en los Artículos 4, 5, 26, 34, 35, 36, 43, 71, 73, 130 y 223, de la Constitución Política de la República. Para la investigación se desarrolló únicamente lo relativo a la libertad e igualdad de los individuos, la libertad de acción, libertad de asociación y la libertad de formación política.

Una de las libertades fundamentales es la libertad política, que permite a los individuos participar de la soberanía, así lo afirma el Licenciado Mario Roberto Guerra Roldan "...la libertad política comprende los derechos políticos que permiten participar en el ejercicio de la soberanía nacional, que son el derecho del sufragio, de optar a cargos de elección popular y la consulta popular, aunque podemos afirmar que estos derechos participan tanto de la libertad política como de la libertad individual, es por ello que su ejercicio es limitado a una parte de la población, en razón a la edad, y se ha llegado a

darle al sufragio el carácter de universal, gracias a la libertad individual que le sirve de sustento original”²³

La democracia representativa tiene su fundamento en las elecciones, por medio de estas el ciudadano acude a expresar su voluntad, sin restricciones, (únicamente aquellas que estipula la ley), en las urnas donde elige a sus gobernantes. La representatividad se manifiesta en el hecho de que el gobernante electo ejerce el poder en nombre de toda la población y no solo la de determinado territorio.

La democracia también se fundamenta en la competencia, es decir que aquellos que se postulan para obtener un cargo de elección popular deberán disputar entre sí, siendo ideas diferentes, partidos diferentes y candidatos diferentes, esto siempre en el marco de una sociedad con diversos intereses y grupos que persiguen los propios.

Otro elemento esencial de la democracia es el voto, este como expresión y materialización del sufragio, acto de carácter expreso, por el cual una persona vota en el seno de una colectividad de la cual es miembro, a fin de decidir en una cuestión de interés público generalmente de carácter político.

El voto secreto es una garantía en contra de alguna represalia o coerción. En síntesis el principal fundamento de una democracia lo constituyen las elecciones, por medio de un voto libre y secreto. El artículo 137 de la Constitución establece que parte esencial de los derechos ciudadanos es el derecho de elegir y ser electo, además de optar a cargos públicos, y de participar en actividades políticas. Es así como se reconocen los derechos políticos. El Artículo 223 de la Constitución Política de la República de

²³ Guerra Roldan, Mario Roberto, **El sistema electoral guatemalteco**. Pag. 11

Guatemala de 1985, nos remite al fundamento legal del sistema democrático electoral, la ley constitucional de la materia el Decreto No. 1-85 Ley Electoral y de Partidos políticos.

Pero antes de la existencia de esta estructura Constitucional, Guatemala pasó por diversas etapas, algunas consideradas como oscuras, donde los derechos individuales no eran respetados y donde la democracia era simplemente un sueño distante, tras largas y sangrientas luchas, se llegó a instaurar el régimen democrático.

2.7 Análisis jurídico del Tribunal Supremo Electoral.

Sintetizar a un órgano administrativo tan complejo como el Tribunal Supremo Electoral, es una tarea difícil, de tal manera que resulta más efectivo, desglosar sus elementos principales, analizar su creación para establecer la naturaleza jurídica que ostenta, con la finalidad de comprender su relevancia y función. Dentro de la organización estatal, el órgano electoral supone una especie de control político, que regula la forma de acceder al poder público, limita el actuar de aquellos que organizados en partidos políticos o comités cívicos electorales, establece reglas y vela por el pleno cumplimiento de la ley de la materia.

2.7.1 Definición y naturaleza jurídica del Tribunal Supremo Electoral.

Con la base planteada en la primera parte del capítulo, es posible definir al órgano objeto de estudio, se determinó por medio de la información bibliográfica consultada cuando surge el Tribunal Supremo Electoral, es con el inicio de vigencia de la Ley

Electoral y de Partidos Políticos que se da una nueva definición la cual está contemplada en el artículo 121 “El Tribunal Supremo Electoral es la máxima autoridad en materia electoral. Es independiente y de consiguiente, no supeditado a organismo alguno del Estado. Su organización, funcionamiento y atribuciones están determinados en esta ley”. “El 1 de agosto de 1983 tomaron posesión los primeros magistrados del Tribunal Supremo Electoral, es a partir de esta fecha que queda prohibida la participación de los partidos políticos en la integración del tribunal”.²⁴

La definición de la ley es completa, sin embargo presenta un problema para su estudio, no establece que tipo de órgano es el Tribunal Supremo Electoral, hay que resaltar que es un órgano dentro de la estructura del Estado, pero al mismo tiempo constituye un órgano de control.

El Lic. Julio Roberto Aparicio Flores citando a José Gascón, quien afirma “El objeto de los órganos contralores es impedir la existencia de los actos irregulares o ilegítimos y sus efectos, asimismo, se encarga de imponer responsabilidades a quienes producen dichos actos.”

Según el Lic. Hugo Haroldo Calderón, “ las entidades autónomas deben reunir requisitos indispensables para que se les tenga como tal, como en lo jurídico, lo económico, en lo técnico y científico y fundamentalmente en la capacidad de auto administrarse, esto implica, que este tipo de instituciones tienen sus propias normas, sus propios recursos, sin tener necesidad de recurrir al presupuesto del Estado para su

²⁴ Aparicio Flores, Julio Roberto, **Autónoma o autártica cual es la naturaleza jurídica del Tribunal Supremo Electoral**, Pág. 7

subsistencia, inexistencia de un control, ni político, ni financiero, y una independencia absoluta en lo técnico y científico.”²⁵

El Lic. Julio Roberto Aparicio Flores en las conclusiones de su tesis sobre la naturaleza jurídica del Tribunal Supremo Electoral afirma que “ El Tribunal Supremo Electoral es un ente autárquico que sí reúne las características para serlo, ya que se auto-administra, es descentralizado y tiene independencia de funciones, pero siempre está sujeto a intervención estatal en el sentido de que sus normas e ingresos son creados por el Estado.” ²⁶ El Tribunal Supremo Electoral tiene funciones autónomas, pero esto no significa que goce de autonomía.

2.7.2 El pleno de magistrados del Tribunal Supremo Electoral.

Es un órgano administrativo, como tal pertenece a la administración pública y es un medio o conducto por el cual se manifiesta la personalidad y la voluntad del Estado. La acepción órgano debe entenderse como “instrumento”.

El pleno de magistrados del Tribunal Supremo Electoral se integra con cinco magistrados titulares y cinco magistrados suplentes, estos son electos por el Congreso de la República, con el voto favorable de las dos terceras partes del total de sus miembros, el Congreso para esto cuenta con una nomina de cuarenta candidatos, esta nomina es elaborada por una comisión de postulación, los Magistrados duran en sus funciones seis años.

²⁵ Calderón M., Hugo Haroldo, **Derecho administrativo guatemalteco**, Pág. 332.

²⁶ **Ob. Cit.** Pág. 75.

Las calidades para ser magistrado deben ser las mismas que corresponden a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, gozan de las mismas inmunidades y prerrogativas y están sujetos a iguales responsabilidades, pueden ser reelectos.

Del análisis de la legislación pertinente es posible determinar lo siguiente: La primera calidad que debe reunir un Magistrado del Tribunal Supremo Electoral es ser guatemalteco de origen, esto se refiere a que ningún extranjero puede optar al cargo de Magistrado del Tribunal Supremo Electoral, el Decreto 1613 del Congreso de la República, en el Artículo 1 establece: “La nacionalidad guatemalteca es el vínculo jurídico político existente entre quienes la Constitución de la República determina y el Estado de Guatemala. Tiene por fundamentos un nexo de carácter social y una comunidad de existencia, intereses y sentimientos, e implica derechos y deberes recíprocos.”

El término “de origen” acorde a la ley de nacionalidad hace referencia a aquel guatemalteco que ha nacido en territorio nacional o bien en territorio extranjero pero de padres guatemaltecos. Para la ley de nacionalidad los términos “natural”, “de origen” y “por nacimiento” cuando se refieren a la nacionalidad, son sinónimos.

Los sistemas para determinar la nacionalidad guatemalteca, primero el “Jus sanguinis”, y el segundo es el “Jus soli”.

En lo relativo a los nacionales de nacimiento. Se debe entender el ius sanguinis denominado también “derecho de sangre” como el criterio jurídico que utiliza el Estado

de Guatemala para conceder la nacionalidad a una persona, nacida de padres guatemaltecos, quien adquiere este vínculo jurídico político por el simple hecho de su filiación, aunque el lugar de nacimiento sea en territorio distinto al guatemalteco.

El ius soli, denominado también “derecho del suelo”, se entiende como derecho del lugar, es también un criterio jurídico que utiliza el Estado de Guatemala para determinar la nacionalidad de una persona, cuando esta ha nacido en territorio guatemalteco, se considera territorio guatemalteco para estos casos las naves y aeronaves guatemaltecas.

La segunda calidad, es: estar en el goce de sus derechos ciudadanos, los cuales se encuentran enumerados en el Artículo 3 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos. Además ser de reconocida honorabilidad.

Según el diccionario de la Real Academia Española, honorabilidad “es la cualidad que da la persona honorable” y honorable es “aquel que es digno de ser honrado o acatado, es el tratamiento que en algunos lugares se da a los titulares de determinados cargos.”

Ser mayor de 40 años y haber desempeñado un período completo como magistrado de la corte de apelaciones, o de los tribunales colegiados que tengan la misma calidad, o haber ejercido la profesión de abogado por más de 10 años.

Las atribuciones y obligaciones de los Magistrados del Tribunal Supremo Electoral se encuentran descritas en el Artículo 125 de la ley y otros pertinentes, el presidente del Tribunal Supremo Electoral deberá ser electo en la primera sesión que celebre, así

mismo deberá establecer el orden de las vocalías correspondientes a cada Magistrado, las cuales seguirán un orden correlativo.

2.7.3 Estructura organizacional del Tribunal Supremo Electoral.

En la cúspide está el pleno de magistrados del Tribunal Supremo Electoral, seguido de la presidencia, cuyas atribuciones están descritas en el Artículo 142 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos principalmente.

En el grado jerárquico inmediato inferior esta la Secretaría General, sus atribuciones principales están reguladas por el Artículo 143 que establece las calidades que debe poseer el Secretario o Secretaria General y el Artículo 144 y 145 de la misma ley, los cuales regulan las atribuciones y la forma en que se deberá sustituir al secretario general en su ausencia temporal.

En el siguiente grado de jerarquía administrativa se ubican en el mismo nivel, el director general del registro de ciudadanos, el auditor electoral, el inspector general, la Dirección de Planificación y la Coordinación de Asuntos Jurídicos.

El nivel inmediato inferior lo conforman las direcciones la Dirección Electoral, la Dirección de la Unidad de Capacitación y Divulgación Electoral, la Dirección de Recursos Humanos, la Dirección de Finanzas, la Dirección de Informática.

2.7.3.1 Integración del Registro de Ciudadanos.

Bajo la autoridad administrativa del director del Registro de Ciudadanos están, el Departamento de Organizaciones Políticas, el Departamento de Inscripción de Ciudadanos y Elaboración de Padrones, la Unidad Coordinadora de Delegaciones y Subdelegaciones del Registro de Ciudadanos, las delegaciones departamentales, las subdelegaciones municipales. Es de resaltar la importancia que tiene el Registro de ciudadanos, como responsable del padrón electoral y de la inscripción de los partidos políticos.

2.8 Órganos electorales.

Dentro de la teoría de la administración pública, el concepto de órgano administrativo constituye una de las bases esenciales para la comprensión del que hacer público.

Se debe comprender al órgano administrativo, como una unidad funcional abstracta, que pertenece al ordenamiento administrativo, con capacidad de llevar a cabo funciones que tienen efectos jurídicos, cuya actuación debe estar limitada y basada en ley.

Los órganos electorales, pueden separarse en dos clases, el primero el Registro de Ciudadanos, como de carácter permanente, luego, las Juntas Electorales departamentales, municipales y las Juntas Receptoras de Votos, que son de tipo temporal, debido a que sus atribuciones, funciones y competencia, tienen vigencia

durante el período electoral, aunque las responsabilidades civiles, penales y administrativas continúan después de finalizado los comicios para los cuales fueron nombrados sus miembros. Dentro de sus atribuciones, los órganos electorales, organizan, deciden y realizan las actividades principales del proceso electoral, sus integrantes tienen la calidad de funcionarios públicos.

2.8.1 El registro de ciudadanos.

Acorde a la ley de la materia, el Registro de Ciudadanos es un órgano técnico del Tribunal Supremo Electoral, se encarga de lo relacionado con la inscripción de los ciudadanos, la elaboración del padrón electoral, de inscribir y fiscalizar el funcionamiento de las organizaciones políticas, inscribir a los ciudadanos para optar a cargos de elección popular, conocer y resolver acerca de las inscripción, suspensión, cancelación y sanción de las organizaciones políticas. Bajo la autoridad administrativa del director del Registro de Ciudadanos están, el Departamento de Organizaciones Políticas, el departamento de Inscripción de ciudadanos y elaboración de padrones, la Unidad Coordinadora de Delegaciones y Subdelegaciones del Registro de Ciudadanos, las delegaciones departamentales, las subdelegaciones departamentales.

2.8.2 Órganos electorales temporales.

Son órganos de carácter temporal, encargados de un proceso electoral en su respectiva jurisdicción. Tiene su sede en la cabecera departamental o municipal respectiva. Dentro de sus funciones y atribuciones, toman decisiones de tipo administrativo, por lo tanto, todas sus actuaciones están revestidas de un carácter legal, de esta cuenta, son actos de tipo administrativo, que como tales, tienen

consecuencias jurídicas, además de la responsabilidad civil y penal de los miembros que integran.

2.8.2.1 Juntas electorales departamentales y municipales.

La Ley Electoral y de Partidos Políticos establece que son órganos de carácter temporal, tiene competencia únicamente durante el tiempo que dura el proceso electoral, su responsabilidad principal es el desarrollo del proceso electoral en su respectiva jurisdicción, tienen su sede en la cabecera departamental o en la cabecera municipal.

Las juntas electorales se dividen en dos clases, según el territorio donde ejercen su competencia, pueden ser departamentales o municipales, se integran con tres miembros propietarios y dos suplentes, nombrados por el Tribunal Supremo Electoral que asumen los cargos de presidente, secretario y vocal, en caso ausencia de algún propietario se llamará a uno de los suplentes. Las calidades para ser miembro de una junta electoral departamental o municipal son:

1) hallarse en el ejercicio de sus derechos de ciudadano;

2) radicar en el municipio correspondiente;

3) ser alfabeto;

4) no desempeñar cargo directivo alguno en organizaciones políticas.

Las atribuciones principales y formas de funcionamiento están descritas en la Ley Electoral y de Partidos Políticos en los Artículos, 175, 176,177, 178, 179.

2.8.2.2 Juntas Receptoras de Votos.

Son órganos de carácter temporal, tienen a su cargo y son responsables de la recepción, escrutinio y cómputo de los votos que les corresponda recibir en el proceso electoral.

Se integran con tres miembros titulares, los cuales son nombrados por la Junta Electoral Municipal correspondiente, estos desempeñaran los cargos de Presidente, Secretario y Vocal, se integran a más tardar quince días antes de la fecha de la elección correspondiente.

La junta electoral municipal designará a más tardar quince días antes a los miembros suplentes, quienes sustituirán a los ausentes el día de la elección. Para ser miembro de

las juntas receptoras de votos, se requieren las mismas calidades que para ser miembro de las juntas

1) hallarse en el ejercicio de sus derechos de ciudadano;

2) radicar en el municipio correspondiente;

3) ser alfabeto;

4) no desempeñar cargo directivo alguno en organizaciones políticas.

Las Juntas Receptoras de Votos quedaran disueltas, al firmar sus integrantes el acta de votación y entregar a la Junta Electoral Municipal, la documentación y materiales que recibieron para el ejercicio de sus funciones. Las funciones de la junta receptora y sus obligaciones se encuentran reguladas en la Ley Electoral y de Partidos Políticos, en el Artículo 186.

2.9 El proceso electoral.

La palabra proceso es utilizada en diferentes ámbitos, científicos y sociales, se utiliza la para describir una serie de pasos que aluden a progreso o avance, estos actos son colocados en una secuencia temporal, en el campo jurídico se manifiesta en el campo

civil, penal, administrativo, laboral, es por eso que es correcto utilizar el termino proceso para describir la serie de etapas que conlleva la preparación, desarrollo y declaración de una elección.

Es entonces el proceso electoral un medio para asegurar y garantizar el libre ejercicio de la función electoral y la certeza y autenticidad de sus resultados. Esta secuencia de actos, debe estar regulada por la ley, es entonces necesario establecer por medio de ésta, tanto el concepto, como objeto y etapas del proceso electoral guatemalteco.

La Ley Electoral y de Partidos Políticos, en su libro cuarto y titulo único, se refiere al proceso electoral y su desarrollo, en el apartado de disposiciones generales, establece el momento en que inicia el proceso, no proporciona la ley un concepto de proceso electoral.

Para efectos de la investigación se utilizará el concepto de proceso de Walter Antillón, el cual afirma que es una secuencia de actos regulada por la ley, que tiene como objetivo la preparación, ejecución, control y valoración de la función electoral, así como la declaración y publicación de sus resultados.

Esta secuencia de actos inicia con la convocatoria a elecciones, tal y como lo establece la ley “El proceso electoral se inicia con la convocatoria a elecciones y termina al ser declarada su conclusión por el Tribunal Supremo Electoral. El objeto de un proceso electoral es el desarrollo de la elección de autoridades, quienes gobernarán el país en el territorio y forma establecida en la ley y durante un período determinado.

2.9.1 Etapas del proceso electoral.

La convocatoria a elecciones es el punto de partida del proceso y corresponde al Tribunal Supremo Electoral realizarla por medio de un decreto, denominado por la ley como Decreto de Convocatoria a Elecciones Generales y Diputados al Parlamento Centroamericano.

La fecha para dictar dicho decreto se encuentra expresada en la ley y es el 2 de mayo de del año en que deban realizarse las elecciones, además es necesario resaltar que durante el proceso electoral y en lo relativo a la materia todos los días y horas son hábiles.

Los requisitos que debe llenar el decreto de convocatoria como mínimo, los establecidos en la ley,

A) Objeto de la elección;

B) Fecha de elección y en caso de elección presidencial fecha de segunda elección;

C) Distrito electoral o circunscripciones electorales en que deben realizarse;

D) Cargos a elegir.

Seguido de la convocatoria la Ley Electoral y de Partidos Políticos, establece una serie de actos y plazos que deben cumplirse con exactitud, los cuales son enumerados a continuación en un orden cronológico junto con su respectivo fundamento legal.

A. Entrega de presupuesto. un mes antes de la convocatoria a elecciones. (Artículo 122)

B. Convocatoria a elecciones. Se realiza 2 de mayo del año en que deben realizarse las elecciones. (Artículo 196)

C. Designación de fiscales nacionales. Dentro de los ocho días siguientes a la fecha de la elección los partidos políticos deberán designar a sus respectivos fiscales nacionales y acreditarlos oportunamente ante el Tribunal Supremo Electoral. (Artículo 20)

D. Plazo para realizar propaganda electoral. Se inicia con la convocatoria a elecciones y finaliza 36 horas antes de la hora señalada para el inicio de la votación. (Artículos 219, 220)

E. Inscripción de candidatos a cargos de elección popular. Inicia un día después de la convocatoria a elecciones generales y termina 60 días antes de la fecha de la elección. (Artículo 215)

F. Inscripción de comités cívicos. Inicia con la convocatoria a elecciones y finaliza 60 días antes de la fecha señalada para la elección. (Artículo 108)

G. Cierre de inscripción de ciudadanos. Para ejercer en determinada elección o consulta los derechos políticos a que se refiere la ley electoral, se requiere estar inscrito como ciudadano con anticipación no menor de tres meses al respectivo evento. (Artículo 9)

H. Integración de las Juntas Electorales Departamentales, por parte del Tribunal Supremo Electoral. Deberá el tribunal, integrar las Juntas Electorales Departamentales, con por lo menos 3 meses de anticipación a la fecha que ha de realizarse la elección. (Artículo 179)

I. Integración de las Juntas Electorales Municipales, por parte del Tribunal Supremo Electoral.

Deberá el Tribunal, integrar las Juntas Electorales Municipales, con por lo menos 2 meses de anticipación a la fecha que ha de realizarse la elección. (Artículo 179) parte esencial del proceso electoral, lo constituyen los órganos temporales como son las referidas Juntas Electorales Municipales, que tendrán a su cargo la realización del

proceso electoral en su municipio, las calidades que la ley establece para quienes las integran, constituyen una garantía de honorabilidad.

J. Impresión de papeletas. Se deberá contar con el papel e insumos para iniciar con la impresión de papeletas de elecciones generales, a más tardar 2 meses antes de la fecha señalada para la elección. (Artículo 87)

K. Impresión del padrón electoral debidamente depurado. El padrón electoral debe ser depurado e impreso por el Registro de Ciudadanos, a más tardar 30 días antes de la fecha señalada para la elección. (Artículo 225)

L. Integración de las Juntas Receptoras de Votos. Las juntas electorales municipales deberán nombrar a más tardar 15 días antes de la fecha señalada para la elección, las juntas receptoras de votos. (Artículo 181)

M. Elecciones generales. Primero o segundo domingo de septiembre. (Artículo 196)

N. Inicio de la elección. A las 7:00 horas del día señalado. (Artículo 236)

O. Cierre de la elección. La elección cierra a las 18:00 horas del día señalado. (Artículo 236)

P. Escrutinio. Inicia con el cierre de la votación, se realiza por medio de la Junta Receptora de Votos. (Artículo 237), es el momento crucial del recuento de votos en una elección, dicha función busca evitar el fraude electoral, es importante señalar que es en este momento en el que se da garantía a los resultados por mesa electoral.

Q. Audiencia de revisión. A más tardar dentro de los cinco días hábiles siguientes a la votación. (Artículo 238)

R. Divulgación de resultados. El Tribunal Supremo Electoral, está obligado a divulgar los resultados electorales principales y definitivos, por todos los medios de comunicación, dentro del plazo de 8 días siguientes a la terminación del proceso electoral. (Artículo 245)

S. Segunda elección. Si ninguno de los candidatos obtiene la mayoría absoluta se procederá a segunda elección, dentro de un plazo no mayor de sesenta ni menor de cuarenta y cinco días, contado a partir de la primera y en día domingo, entre los candidatos que hayan obtenido las dos más altas mayorías relativas. (Artículo 184, Constitución Política de la República de Guatemala, y 201, Ley Electoral y de Partidos Políticos.)

El proceso electoral, no es una simple secuencia de actuaciones administrativas, es además la base fundamental del sistema democrático guatemalteco, su máxima expresión, es la posibilidad que tiene cada ciudadano de manifestar su voluntad, eligiendo a quien considera como la persona idónea para desempeñar una función esencial para la convivencia, la paz social y el bien común.

Por la relevancia del proceso electoral, es importante que se realice de manera transparente, lo cual implica una rendición de cuentas temprana, adecuada y publicada por los medios masivos disponibles, con la finalidad de fortalecer la percepción de credibilidad, honorabilidad e independencia que debe gozar el Tribunal Supremo Electoral.

El presupuesto confiado al Tribunal Supremo Electoral, para la realización de los comicios, constituye, una muestra de confianza, pues es el órgano electoral quien define cual es la monto necesario para la realización del proceso electoral.

La credibilidad de la población guatemalteca y la confianza de los organismos internacionales, se debe a que a pesar de contar con una democracia en desarrollo, el Tribunal Supremo Electoral ha sabido superar todas los obstáculos, sociales, económicos y políticos y ha realizado elecciones libres y transparentes.

CAPÍTULO III

3. Las compras y contrataciones en la administración pública y su relación con el proceso electoral.

La administración pública, encuentra su origen y razón de ser en la satisfacción de las necesidades de aquellos, que inspirados por los ideales de la democracia, han confiado ciertas decisiones trascendentales, en un grupo de personas, quien ostenta el cargo de gobernantes, legisladores y jueces, es imperativo para la administración pública, satisfacer las necesidades primarias de sus administrados, por ello, las contrataciones constituyen la herramienta de la cual se valen los órganos administrativos, para lograr cumplir con la tarea encomendada.

3.1 La contratación administrativa.

Para cumplir con sus fines el Estado debe coordinar esfuerzos y definir políticas de acción congruentes con una visión, que le permita satisfacer las necesidades de la población prestando servicios públicos.

Al desarrollar esta y otras funciones necesitan de insumos, mobiliarios, instalaciones, vehículos, contratar los servicios de funcionarios y empleados, pero no puede imponer su voluntad soberana en todos los casos, sino que obtiene la colaboración de particulares, creando vínculos jurídicos contractuales, en donde actúa en ocasiones ejerciendo su soberanía o simplemente como un sujeto de derecho privado.

Con el propósito de definir la contratación administrativa y diferenciarla de las relaciones contractuales de orden civil o mercantil que establecen los particulares entre sí, se recurrió a consultar diversos autores que definen y estudian el tema de la

administración pública, en virtud de que es por medio de esta que el Estado presta servicios en la búsqueda de cumplir con sus fines. En términos generales y sencillos, la administración pública debe ser analizada desde dos puntos de vista, el primero un conjunto de órganos e instituciones el segundo como una función del Estado.

Este conjunto de órganos e instituciones existe dentro de un marco legal, establece una competencia y dota de recursos humanos y financieros para el logro de sus objetivos, por otra parte analizado como una función, la administración pública es una actividad concreta, definida, que no debe ser interrumpida sino por causas de fuerza mayor, su objeto es satisfacer las necesidades de la población a través de los servicios públicos que constituyen uno de los medios que el Estado posee para el logro de sus fines.

La administración pública no puede recurrir en todos los casos a satisfacer las necesidades de la población por medio de decisiones unilaterales, es decir que no impone su voluntad, sino que recurre a la colaboración de los particulares, estableciendo para esto relaciones jurídico contractuales, fundamentadas en legislación de naturaleza pública y en algunas ocasiones también relaciones de tipo privado, donde el Estado actúa como otro sujeto más y no como soberano.

La contratación administrativa surge entonces como una herramienta o una forma de desarrollar la función administrativa, en busca de establecer vínculos jurídicos que permitan la colaboración de particulares en las labores del Estado, a cambio de una remuneración, el pago de honorarios o dividendos, según sea el caso.

Los casos en que se hace necesario establecer un contrato administrativo son diversos, cuando el Estado necesita comprar equipos para ofrecer a la población determinados servicios, la construcción de una escuela o un edificio que albergue las oficinas administrativas de un ministerio, todo esto se ejecuta por medio de relaciones contractuales, esto conlleva la interrogante sobre si el Estado puede establecer

vínculos de esta naturaleza, la respuesta a esta interrogante es afirmativa, los autores consultados coinciden en que sí es posible para el Estado intervenir en contratos tanto de naturaleza pública como privada.

La contratación administrativa es uno de los medios jurídicos de los cuales el Estado hace uso para el desarrollo de sus funciones, para el autor, Manuel Fraga Iribarne, citado en el libro -Manual de Derecho Administrativo- por Josep Ramón Fuentes i Gasó y por el licenciado Daniel Matta Consuegra el Estado "...no está obligado a intervenir en todos los casos -imponiendo su voluntad a los particulares-.

En algunas ocasiones puede obtener la colaboración voluntaria de éstos y lograr de ellos, por medio de un arreglo consensual, la prestación de bienes o servicios personales. Ello hace innecesario, en esos casos, el empleo de la coacción propia del poder público y permite llegar a un acuerdo de voluntades que es, en concreto, el contrato administrativo".²⁷ Las relaciones contractuales administrativas se encuentran basadas en un régimen jurídico de derecho público, estas normas establecen la forma, solemnidades, plazo de cumplimiento y procedimientos posteriores, tal es el caso de la licitación pública, la cotización pública, la compra directa, la subasta pública entre otros.

3.2 Contrato administrativo.

Para definir el contrato administrativo, se recurrió a separar el concepto por las partes que lo conforman, primero determinar que es un contrato y luego definir que es el contrato administrativo. En términos sencillos el contrato es un acuerdo de voluntades, que crea, modifica o extingue una obligación. Para el autor Nestor De Buen Lozano, el contrato es "... Un acuerdo espontáneo de voluntades, que persiguen fines distintos,

²⁷ Fuentes i Gasó, Josep Ramón y Matta Consuegra, Daniel, **Manual de derecho administrativo**, Pág. 435.

adecuado a la ley y a las buenas costumbres, generalmente consensual y excepcionalmente formal, para la creación y transmisión inmediata, diferida o condicionada, temporal o permanente, de derechos y obligaciones de contenido patrimonial”.²⁸

Si el contrato es un acuerdo de voluntades, es posible ahora comprender que para la existencia de un contrato administrativo es indispensable que una de esas voluntades sea la del Estado.

El contrato administrativo es el negocio jurídico, que realiza el Estado con un particular de manera bilateral, es decir que de este negocio surgen obligaciones recíprocas.

Para Andrés Serra Rojas, quien es citado por Josep Ramon Fuentes i Gasó, el contrato administrativo se define así: “El negocio bilateral que el Estado realiza con una o varias personas, privadas o públicas, con propósitos de utilidad pública, para constituir, modificar o extinguir un vínculo patrimonial o económico, regulado por leyes de interés público”.

Es necesario diferenciar el contrato civil del contrato administrativo, para algunos autores, esta diferencia se encuentra en el objeto del contrato, esto porque el interés general es lo primordial en un contrato de tipo administrativo, el Decreto 38-92 Ley de Contrataciones del Estado, hace referencia del término “intereses del Estado” de manera que el objeto del contrato administrativo siempre está supeditado a los intereses del Estado. Para el autor Antonio Royo Villanova citado en el libro -Manual de Derecho Administrativo- por Daniel Matta Consuegra la especialidad del contrato es su objeto y lo afirma y justifica de la siguiente forma: “...la especialidad de los contratos administrativos consiste precisamente en el objeto, en las obras y servicios públicos, en el interés general que implican y que obligan a someterlos a normas jurídicas

²⁸ De Buen Lozano, Nestor. **La decadencia del contrato**. Pág. 205.

especiales”²⁹ atendiendo a lo planteado por este autor podemos determinar que los contratos administrativos deben estar regulados por leyes de carácter especial y de naturaleza pública.

El interés público es la suma de una mayoría de intereses individuales que coinciden, no se refiere al interés de la población considerada en masa, tampoco se refiere a una concepción de felicidad y realización o bienestar para todos y cada uno de los habitantes, pero que si favorece a la mayoría y que además esta apegado a lo justo.

3.3 Naturaleza jurídica de los contratos administrativos.

Para establecer la naturaleza jurídica de los contratos administrativos, es necesario referirse las doctrinas que se relacionan con la unidad o a la dualidad del derecho, para los defensores del concepto unitario de derecho, no es posible separar el derecho en público y privado, por lo tanto no existe forma de diferenciar los contratos administrativos de los contratos civiles. Quienes apoyan esta posición afirman lo siguiente:

- A) En la relación que existe en un contrato donde el Estado es parte, éste actúa en Posición de supremacía, no existe igualdad entre las partes, y este elemento es Indispensable para la existencia o vigencia de un vínculo contractual.

- B) Todo contrato exige el libre ejercicio autónomo de la voluntad, tal cosa no es posible en los contratos administrativos, ya que los particulares únicamente pueden aceptar o rechazar en su totalidad las condiciones o términos fijados por

²⁹ Ob. Cit. Pág. 436.

la administración pública, los cuales se encuentran establecidos en el ordenamiento jurídico vigente.

Existen otras teorías utilizadas para determinar la naturaleza jurídica del contrato administrativo, en éstas corrientes de pensamiento no existen los contratos administrativos o bien no existe un fundamento convincente que los diferencie de los contratos civiles, estas han sido denominadas acorde al país en donde fueron elaboradas, como:

- A) Doctrina alemana. Para esta corriente de doctrina, los contratos administrativos no constituyen un tipo especial de contratos, sino que son actos unilaterales del Estado y que los particulares realizan únicamente actos de sumisión y aunque se denominen contratos de derecho público, solo se hace como una forma de diferenciarlos de los contratos civiles.

- B) Doctrina italiana. Corriente de pensamiento que afirma que no es posible formalizar un contrato entre un ente público y uno privado, la diferente naturaleza jurídica de las manifestaciones de voluntad no lo permite. Entonces solo existe una declaración de voluntad por parte del Estado, la voluntad del particular no interviene en la existencia de este acto, sino únicamente condiciona su eficacia.

Aunque a través de los años, se ha discutido sobre la existencia o no de los contratos administrativos, se determinó con la bibliografía y autores consultados que los contratos administrativos tienen una naturaleza jurídica especial, en los que interviene el Estado y un particular, deben estar regidos por leyes de carácter público y donde la administración pública determina los términos y la otra parte los acepta o rechaza.

Existen otras teorías denominadas positivas, las cuales apoyan la existencia de los contratos administrativos, según éstas, para que existan los contratos deben reunirse los siguientes elementos:

- A) Existencia de un acuerdo de voluntad entre la administración y un particular.

- B) Que el objeto sea la creación de una obligación jurídica de prestación de cosas materiales o de servicios personales a cambio de una remuneración.

- C) Que la prestación que suministra el particular esté destinada a asegurar el buen funcionamiento de un servicio público.

- D) Las partes por medio de una cláusula expresa, por la misma forma dada del contrato, por el género de cooperación solicitada o por cualquier otro medio de manifestación de voluntad, hayan acordado someterse al régimen especial de derecho público.

3.4 Características de los contratos administrativos.

La relación legal existente entre aquellos que intervienen en un contrato, puede ser analizada desde diversos aspectos, la relación puede ser de subordinación, de coordinación. En el caso de la coordinación se encuentra implícito el elemento de igualdad, ya que las partes contratantes tienen la misma calidad y actúan con los mismos derechos. En la subordinación existe una clara desigualdad, puesto que una de las partes en este caso la -administración pública- actúa con superioridad sobre la otra

-el particular-, esto se aprecia en los contratos administrativos, en los cuales el Estado establece las condiciones y los particulares contratantes, solo tiene la opción de aceptar los términos y participar en los procesos de selección o bien, abstenerse de ofertar, no pueden discutir los términos, variarlos o negociarlos.

El autor, Josep Ramon Fuentes i Gaso, cita a Miguel Ángel Bercaitz, quien afirma lo siguiente: “ ...esto es lo que constituye el elemento característico fundamental del contrato administrativo; el establecimiento de una relación jurídica de subordinación con respecto a la Administración pública, mediante un acto de propia voluntad de quien se obliga con ella, subordinación que no es personal, sino de contenido patrimonial”.³⁰

Las principales características de los contratos administrativos, que además de reunir los requisitos, como la capacidad de las partes para obligarse, consentimiento que no adolezca de vicio y que el objeto sea lícito, deben ser:

A)..Los contratos administrativos están sujetos a una jurisdicción especial;

B)..Los contratos administrativos contienen cláusulas excesivas que buscan asegurar su cumplimiento.

Se sustenta la afirmación de que los contratos administrativos están sujetos a una jurisdicción especial, el Decreto 57-92 Ley de Contrataciones del Estado, en el Artículo 102 establece: “Salvo lo dispuesto en el Artículo 3 de esta ley, toda controversia relativa al incumplimiento, interpretación, aplicación y efecto de los actos o resoluciones de las entidades a que se refiere el Artículo 1 de la presente ley, así como en los casos

³⁰ Fuentes i Gasó, Josep Ramon y Matta Consuegra, Daniel, **Manual de derecho administrativo**, Pág. 440.

de controversias derivadas de contratos administrativos, después de agotada la vía administrativa y conciliatoria, se someterán a la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.”

Sin embargo hay que resaltar que en la misma ley en el Artículo 103, se establece que las partes podrán someter sus diferencias a la jurisdicción arbitral mediante cláusula de compromiso o convenio arbitral. Además no se puede iniciar acción penal, sin la previa conclusión de la vía administrativa o del arbitraje. Todo esto con la excepción de que si el derecho vulnerado en la contratación es de carácter civil, se dilucidará en la jurisdicción ordinaria, se resolverá por esta misma vía cuando el Estado hubiere actuado como un sujeto de derecho privado y no como ente soberano, todo esto acorde al artículo 103 Bis, de la Ley de Contrataciones del Estado.

3.5 Elementos de los contratos administrativos.

Las relaciones contractuales de tipo administrativo, están formadas por diversos elementos, al individualizarlos, con la finalidad de determinar cuáles resultan indispensables para su existencia. Autores como julio Isidro Altamira Gigena, citado en el libro Manual de Derecho Administrativo, por Josep Ramon Fuentes i Gaso define como elementos esenciales de los contratos administrativos los siguientes: “a) Sujeto, b) Competencia y Capacidad; Consentimiento; d) Forma; e) Objeto; f) Régimen jurídico especial”.³¹

- **-Sujeto:** para que se forme el consentimiento debe existir un acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos, por lo tanto en todo contrato administrativo es siempre factible determinar la concurrencia de uno o más sujetos de derecho

³¹ Ob. Cit. Pág. 441

público y uno o más sujetos de derecho privado. El hecho de que un funcionario público participe en el negocio jurídico no hace necesariamente al contrato de índole administrativa, sino que debe éste actuar dentro del ámbito de su competencia y en el ejercicio de sus funciones al otorgar el consentimiento en nombre de la administración pública.

- **-Competencia y capacidad:** Estos elementos están íntimamente relacionados con la naturaleza jurídica que ostentan los sujetos que intervienen en el contrato administrativo, el sujeto de derecho privado o particular interviene en el asunto en el ejercicio de su voluntad, elemento indispensable de todo contrato, la capacidad para obligarse.
-
-
- El sujeto de derecho público además de la capacidad individual con la que debe contar como individuo, necesariamente interviene en el ejercicio de su cargo y en el ámbito de su competencia, la cual que debe estar regulada por el derecho público, sumado a todo lo expuesto se deben considerar que los contratantes no estén dentro de alguna prohibición expresa de la ley que no exista un conflicto de intereses que haga del contrato una negociación oscura o con vicios de consentimiento.
- **-Consentimiento:** Es esencial en todo contrato, este se forma con la reunión de las voluntades de los que intervienen, para formar el consentimiento ocurren dos etapas principales: La primera es la del ofrecimiento, que consiste en exponer a la otra parte las condiciones y especificaciones del contrato. La segunda etapa es la de la aceptación, el que recibe las condiciones está de acuerdo a cumplir con los requisitos expresados con el objeto de obtener a cambio el beneficio contenido en la oferta. En los contratos de índole privada, previo a la aceptación de la oferta puede ocurrir que la contra parte negocie o solicite cambiar

sustancialmente los términos del contrato. A diferencia de lo expuesto, en los contratos administrativos el contratante particular no tiene más opción que aceptar o rechazar los términos establecidos por la administración pública.

- **-Forma:** Este elemento en los contratos administrativos resulta ineludible, ya que la manifestación de la voluntad de la administración pública es siempre formal, ya que debe hacerse en una forma clara y precisa, es la ley o los reglamentos los que determinan la forma que ha de adoptarse para el otorgamiento del contrato administrativo, y la inobservancia de este elemento hace invalido el acto administrativo.

- **-Objeto:** No debe confundirse con el fin que persigue, sino que se debe comprender como la prestación resultante del otorgamiento del contrato administrativo.

- **-Régimen jurídico especial:** Los contratos administrativos, se rigen por los principios del derecho público, por lo que además de aplicarse las normas esenciales de todo contrato, deben aplicarse aquellas referentes al órgano de la administración pública y la normativa relativa a la contratación estatal.

En síntesis, la contratación administrativa se desarrolla en el ámbito de la legislación administrativa y se sustenta en principios de derecho público, los cuales establecen formas y solemnidades especiales. Por medio de la ley se crean, modifican o se eliminan los procedimientos para la adquisición de bienes, la contratación de servicios, entre las cuales se encuentran, la licitación pública, la cotización pública, la compra directa, la subasta pública entre otras, constituye entonces un marco ineludible para la realización de los contratos.

3.6 Formación de la voluntad administrativa y la selección del contratista.

Los contratos administrativos, como todo contrato, incluye la reunión de dos voluntades, una de estas es la del Estado, pero que forma utiliza éste para establecer cuando, como y con quien contratar.

Para esto se realizan procedimientos previos al otorgamiento del contrato, estos deben estar establecidos en la ley.

Las características peculiares de los contratos administrativos, hacen que sean notoriamente distintos del contrato de derecho común.

Otra de las situaciones peculiares de los contratos administrativos es la presencia obligatoria de la administración pública como una de las partes del contrato, además de estos aspectos, es posible separar la contratación administrativa en dos etapas de formación.

La primera es una fase que ocurre a lo interno de la administración pública, allí se forma la voluntad del órgano administrativo, en el momento que se toma la decisión de contratar y cuando se establecen las condiciones y forma del contrato.

Esta etapa está contenida en diversos procedimientos que utiliza el Estado para seleccionar al contratante y se utiliza cierto procedimiento dependiendo del monto del contrato.

La segunda fase es la que se centra en la elaboración o formación del contrato como tal, instrumento jurídico al cual habrá que darle forma basada en ley. Al reunir estas dos

etapas se estará en presencia de la contratación administrativa. Completo el proceso, inicia la etapa de la fiscalización, tanto interna como externa, incluyendo aquella que realiza la sociedad.

3.7 Procedimientos para la selección del contratante.

Previo al otorgamiento del contrato, el Estado debe realizar procedimientos establecidos en la ley para seleccionar al particular con el que ha de contratar, sea éste una persona individual o una persona jurídica.

El régimen legal aplicable a toda contratación del Estado se basa en las disposiciones administrativas y reglamentarias de cada órgano o entidad administrativa contratante en armonía con el Decreto 57-92, Ley de Contrataciones del Estado, es necesario además complementar la ley con las disposiciones reglamentarias.

3.7.1 La licitación pública.

La ley de la materia no proporciona una definición de lo que debe entenderse por licitación, sin embargo para efectos de la investigación, licitación es el procedimiento administrativo mediante el cual la administración pública define, como, cuando, donde y principalmente con quien debe contratar.

Este procedimiento se basa en una previa justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, ya que su objeto es establecer que persona o entidad es la que ofrece el precio más conveniente para la administración pública. Se busca la opción que represente un mejor aprovechamiento de los recursos del Estado y sus intereses.

3.7.1.1 Características de la licitación pública.

Es posible determinar las principales características de la licitación pública, tales como:

- A) es un procedimiento, este procedimiento se forma de una serie de actos administrativos regulados por las normas administrativas y que las mismas establecen la secuencia y desarrollo de dichos actos.

- B) Su finalidad es la determinación de la persona individual o jurídica con la que la administración pública debe contratar.

- C) Busca obtener para la administración pública la formalización de un contrato con la persona que haya ofrecido las condiciones técnicas y económicas más favorables y acorde a los intereses del Estado.

Estas características están presentes en todo procedimiento de licitación, por lo que es de resaltar que dentro de ellas existe la necesidad de cumplir con el fin del procedimiento.

La decisión del otorgamiento de un contrato administrativo debe ser antecedida por el correcto control y estudio de las ofertas presentadas.

El cumplimiento y aplicación de los principios legales y doctrinarios, en los procesos administrativos de contratación permite al órgano administrativo, llevar a cabo una gestión eficiente, que además produzca confianza en los usuarios y beneficiarios, el realizar una licitación pública resulta completo, pero necesario.

3.7.1.2 Naturaleza jurídica de la licitación pública.

De la bibliografía consultada se pudo determinar que una parte de la doctrina coincide en que la licitación consiste en un acto-condición, mismo que subordina el ejercicio de la competencia del órgano administrativo, la administración pública podrá contratar únicamente con la persona que represente la mejor oferta y que resulte seleccionado en el proceso de licitación.

Entonces la licitación pública es un acto administrativo, cuya finalidad es la selección del contratante que cumpla los requisitos, morales, técnicos y financieros que favorezca a los intereses del Estado, de tal manera que como ya fue señalado, resulta complejo pero necesario.

3.7.1.3 Principios fundamentales de la licitación pública.

La licitación, como sistema de selección se basa en principios que deben seguirse con rigor, estos principios pueden verse reflejados en las disposiciones legales y son tres los principales:

- 1) Oposición o concurrencia entre todos los oferentes que actúan en la licitación.
- 2) Igualdad entre los oferentes, de modo que todos participen en el proceso de la misma forma, en similares condiciones y con idénticas posibilidades.
- 3) Publicidad del proceso de licitación.

Con el correcto cumplimiento de estos principios se obtienen beneficios para toda la población, debido a que a mayor concurrencia de oferentes, se podrán obtener mejores

precios, al existir igualdad en las condiciones para participar se estimula la competencia, lo cual se traduce en mejor calidad en los productos. Por último los procesos públicos permiten su correcta y efectiva fiscalización, como toda actividad administrativa, debe llevar un proceso de control o fiscalización, lo que a su vez se manifiesta en el crecimiento de la confianza de los ciudadanos, hacia la administración pública.

Los procesos de contratación administrativa, constituyen la base de una buena administración, pero pueden ser también el inicio de la corrupción.

3.7.1.4 Fundamento legal y etapas de la licitación.

El proceso de licitación se encuentra regulado en la Ley de Contrataciones del Estado y el reglamento de la misma ley y Acuerdos Ministeriales 386-2003, 01-2006, del Ministerio de Finanzas Públicas, además se debe integrar las resoluciones del director de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado números 30-2009, 11-2010 que regulan lo relativo al sistema de información electrónico Guatecompras.

Los Artículos 17 al 37 de la Ley de Contrataciones del Estado y del 5 al 13 del reglamento respectivo, es en este apartado legal que se establecen el monto que rige a la licitación pública, los documentos que deben contener las bases de licitación, los requisitos de las bases de licitación, la forma y autoridad que debe aprobar los documentos de la licitación.

Además de lo anterior anotado, lo relativo a las publicaciones, tanto en Guatecompras como en el diario oficial, la forma en que se lleva a cabo la presentación de ofertas, los

criterios de calificación de las mismas, la adjudicación del contrato, tanto parcial como total, por último la aprobación de la adjudicación.

Para efectos de la investigación se describirá cada una de las etapas o actos anotados.

Monto: Para que se lleve a cabo la selección del contratante por medio del procedimiento de licitación pública, es necesario que el monto de la compra, contratación o suministro exceda de Q.900,000.00. De lo contrario se estará a lo dispuesto para la cotización pública o a la compra directa según fuere el caso.

Para esto se debe integrar los Artículos 17 y 38 de la Ley de Contrataciones del Estado. Es necesario para la investigación señalar en este momento que dentro de las excepciones a la aplicación del procedimiento de licitación pública contenidas en el título III, capítulo III, Artículo 44 inciso 2.5 se regula que los contratos que celebre el Tribunal Supremo Electoral para la realización de eventos electorales.

Documentos:

1) Bases de Licitación.

2) Especificaciones generales.

3) Especificaciones técnicas.

4) Disposiciones especiales.

5) Planos de construcción, cuando se trate de obras.

En caso de discrepancia en los documentos de licitación, prevalecerá el siguiente orden según el Artículo 5 del reglamento, primero las disposiciones especiales, luego las especificaciones técnicas, especificaciones generales, planos y por último las bases de licitación.

Es responsabilidad de la autoridad administrativa superior de la entidad interesada velar porque el contenido de los documentos sea lo más completo posible.

Requisitos de las bases de licitación: es importante señalar que esta parte inicial del proceso de licitación es fundamental para la correcta selección del contratante, basado en condiciones de calidad moral, capacidad técnica y estabilidad financiera.

Dentro de los requisitos están las condiciones que deben reunir los oferentes, es aquí donde todo proceso de licitación puede verse truncado o viciado, debido a que si las condiciones establecidas en las bases son cumplidas únicamente por unos cuantos proveedores.

En un escenario no deseado, en que las condiciones se establezcan de manera casuística y con evidente dedicatoria para un proveedor específico, de nada o poco servirá que existan controles posteriores, pues al momento de presentar ofertas llevará siempre ventaja el proveedor beneficiado.

Esto debe integrarse con el Artículo 20 de la misma ley en el segundo párrafo, que establece que "...la entidad licitante o contratante no deberá fijar especificaciones técnicas o disposiciones especiales que requieran o hagan referencia a determinadas marcas, nombres comerciales, patentes, diseños, tipos, orígenes específicos, productores o proveedores, salvo que no exista otra manera suficientemente precisa y comprensible para describir los requisitos de la licitación o contratación, y siempre que en tales casos, se incluyan en las especificaciones, requisitos y documentos de licitación o contratación, expresiones como: o equivalente, o semejante, o similar, o análogo".

Lugar y forma en donde será ejecutada la obra, entregados los bienes o prestados los servicios, lo cual es importante para su correcta fiscalización, sobre todo en la realización de obras.

Se incluyen también el listado de documentos que debe contener la plie, en original y copias requeridas, una de las cuales será puesta a disposición de los oferentes. Se debe indicar además que el oferente debe constituir según el caso la garantía. la forma de pago de la obra, o de los bienes o servicios.

El porcentaje de anticipo y procedimiento para otorgarlo, cuando este se conceda. Declaración jurada de que el oferente no es deudor moroso del Estado, ni de las entidades sujetas a la ley de Contrataciones descritas en el Artículo 1, si se diera el caso de que el proveedor fuere moroso, deberá asumir un compromiso formal de que, en caso de adjudicársele la negociación, previo a la suscripción de contrato, acreditará haber efectuado el pago correspondiente. Uno de los requisitos son los criterios que deben seguir la junta de licitación para calificar las ofertas recibidas. Aquí es donde la autoridad podrá establecer los lineamientos que regirán el actuar de la junta de licitación, la forma en que se deben analizar tanto a los oferentes como a sus ofertas,

todo esto con el fin de que el oferente que resultare seleccionado sea aquel que represente la mejor opción en beneficio de los intereses del Estado.

Los plazos están especialmente ligados a las publicaciones de la convocatoria a participar en el proceso de licitación, la ley ordena que se debe publicar en el sistema de información de contrataciones y adquisiciones del Estado, Guatecompras, además en el diario oficial, por una vez, entre ambas publicaciones debe mediar un plazo no mayor de 5 días calendario.

Entre la publicación en Guatecompras y la presentación de ofertas se debe dejar un plazo, el cual debe ser mínimo de 40 días calendario, todo esto conlleva la interrogante siguiente: ¿Que se debe publicar? la ley estipula que como mínimo se debe publicar las bases de cotización o licitación, especificaciones técnicas, criterios de evaluación, preguntas, respuestas, listado de oferentes, actas de adjudicación y los contratos de las contrataciones y adquisiciones, presentación de ofertas y apertura de plicas, cuando los oferentes llenan los requisitos y manifiestan su interés en participar en el proceso de selección, deben presentar sus ofertas en plica, las entregan directamente a la junta de licitación, en el lugar, dirección, fecha y hora y en la forma que las bases señalan.

El día en que se presentan las ofertas deben estar presentes todos los oferentes. Transcurridos 30 minutos de la hora señalada para la presentación y recepción de ofertas, no se aceptará alguna más y se procederá al acto público de apertura de plicas.

Todo lo actuado, por orden de la ley deberá consignarse en acta, la que se debe elaborar en forma simultánea. Junto con la presentación de ofertas los oferentes que

participan en las licitaciones presentan declaración jurada de no estar comprendidos en ninguno de los casos de prohibición, establecidos en el Artículo 80 de la ley, si se descubriere falsedad en la declaración, la autoridad a que corresponda la adjudicación descalificará al oferente, sin perjuicio de poner el hecho en conocimiento de los tribunales de justicia.

Previo a la adjudicación y otorgamiento del contrato, la junta calificadora deberá evaluar y estudiar las ofertas presentadas, para lo cual acorde al Artículo 28 de la ley, se buscará determinar cuál es la oferta más conveniente y favorable para los intereses del Estado, se utilizarán los criterios siguientes: calidad, precio, tiempo, características y demás condiciones que se fijan en las bases en los cuales también se determinará el porcentaje en que se estimará cada uno de los referidos elementos, salvo que en estas se solicite únicamente el precio, en cuyo caso, la decisión se tomara en relación al precio más bajo.

Cuando se trata de obras, la junta tomará en cuenta el costo total oficial estimado.

En relación a obra, el precio oficial se integra de la forma que establece el artículo 29 de la ley, la junta de licitación rechazará sin responsabilidad de su parte, las ofertas que no se ajusten a los requisitos fundamentales definidos como tales en las bases de licitación o cotización, o cuando el precio, calidad o bien otras condiciones ofrecidas sean inconvenientes para los intereses del Estado.

Si al concurso se presenta solamente una oferta, a esta se le adjudicará, siempre que a juicio de la junta de licitación la oferta satisfaga los requisitos exigidos en las bases y que la proposición se conveniente para los intereses del Estado, así lo establece el Artículo 31 de la ley, si por el contrario no se presentaren ofertas, la junta de licitación

elaborará el acta respectiva y deberá de ponerlo de conocimiento de la autoridad administrativa superior, esto con la finalidad de prorrogar el plazo para recibir ofertas, si durante esta prórroga no concurriere algún oferente, la autoridad encargada quedará facultada a realizar la compra directa.

La adjudicación se realiza dentro del plazo señalado en las bases, esta se hará al oferente que haya hecho la proposición más conveniente para los intereses del Estado.

Además la junta podrá clasificar sucesivamente las ofertas en un orden de preferencia, esto será útil en los casos de que por alguna razón el oferente seleccionado no suscriba el contrato respectivo, se podrá negociar con el que le siga en la clasificación, así lo establece el Artículo 33 de la ley de la materia.

Se podrá adjudicar parcialmente, cuando así se estableció en las bases de licitación, o si conviene a los intereses del Estado o atendiendo a la naturaleza de los bienes, suministros, obras o servicios, la última razón para adjudicar parcialmente es que el bien no forme parte de una obra unitaria, (Artículo 34 de la ley).

Fase final: Publicada en Guatecompras la adjudicación y contestadas las inconformidades reguladas en el Artículo 35, cumplidos dichos plazos y resueltas las inconformidades, la junta remite el expediente a la autoridad superior, dentro de dos días hábiles siguientes a la adjudicación, la autoridad superior aprobará o improbará lo actuado por la junta, dentro de los 5 días de recibido el expediente, todo conforme al Artículo 36 de la ley. En caso de que la autoridad superior improbara el proceso, deberá devolver el expediente para su revisión dentro del plazo de dos días hábiles posteriores de adoptada la decisión. La junta con base en las observaciones formuladas por la autoridad superior, podrá confirmar o modificar su decisión original en

forma razonada, dentro del plazo de 5 días hábiles de recibido el expediente, la junta revisará lo actuado y hará la adjudicación que conforme a la ley y las bases corresponda. Dentro de los dos días hábiles posteriores de adoptada la decisión, la junta devolverá el expediente a la autoridad superior, quien dentro de los cinco días hábiles siguientes podrá aprobar la decisión de la junta o prescindir de la negociación, para notificar la decisión se cuenta con dos días plazo, se hará la misma de manera electrónica por medio de Guatecompras.

El derecho de la autoridad superior de prescindir de la negociación se encuentra regulado por el Artículo 37 de la ley, sin embargo hay que resaltar que se hace bajo la responsabilidad de la autoridad que corresponda y solo puede adoptarse dicha decisión, si ocurriere un caso fortuito o de fuerza mayor debidamente comprobado, que diere lugar a la imposibilidad de continuar con la negociación. La ley establece además la forma en que se debe compensar al oferente que ocupen los tres primeros lugares de los gastos en que incurra en la elaboración de la oferta.

Por último la ley establece que en lo dispuesto en convenios y tratados internacionales de los cuales Guatemala sea parte, las disposiciones contenidas en los mismos se aplicaran en forma complementaria, siempre y cuando no contradigan el contenido del Artículo 37.

3.7.2 Régimen de cotización pública.

Dentro de los procedimientos administrativos empleados por el Estado para la selección del contratante se encuentra regulada la cotización pública, para comprender en qué consiste este procedimiento, se debe determinar el monto de la contratación, autoridad responsable, actos administrativos que conlleva y la forma de adjudicación

final. El fundamento legal de este procedimiento se encuentra en los Artículos 38 al 42 de la Ley de Contrataciones del Estado, y 14 al 17 de su respectivo reglamento.

Monto: Cuando el precio de los bienes, de las obras, suministros o remuneración de los servicios exceda de Q. 90,000.00 y no sobrepase los 900,000.00.

Autoridad: 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 situadas en el nivel inmediato inferior de la autoridades que regula el Artículo 9 de la ley.de la materia.

El procedimiento de cotización básicamente es solicitar, por medio de un concurso público a través del sistema de información electrónica 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.

Es necesario comprender primero que un concurso público, tal y como fue anotado, acorde al Artículo 9 de la resolución 11-2010, en su parte conducente "...todo concurso en el cual puede participar cualquier proveedor que cumpla con los requisitos exigidos en las bases o términos de referencia definidos por la Unidad Ejecutora Compradora. los procedimientos sujetos a concurso público son los siguientes: a) Los regímenes de licitación y cotización establecidos en la ley de contrataciones del Estado."

La cotización no procede, si los bienes y suministros o remuneración de los servicios se adquieren a través del contrato abierto, si se realiza la misma, será responsable el funcionario que la autorizó. Conforme al Artículo 15 del reglamento de la ley de contrataciones del Estado, "...previo a la solicitud de cotizaciones deberá contarse con el pedido suscrito por el Jefe de la oficina que corresponda, que justifique la necesidad de la compra o contratación de los bienes, suministros, obras o servicios, debiendo

contarse con la descripción y especificaciones de los que se requiere, bases de contratación cuando proceda y en el caso de obras, también con estudios, diseños, planos y referencias sobre el costo probable de las mismas, todo aprobado por la autoridad administrativa superior de la dependencia interesada”.

Posterior a la solicitud publicada en Guatecompras, los interesados deben adquirir las bases en papel o en medio electrónico, descargando el archivo que las contiene, directamente del referido sitio en internet.

Cuando los documentos o planos no electrónicos o cualquier otro documento que por su naturaleza no pueda ser descargado de manera electrónica, el interesado deberá pagar el costo de su reproducción. Según el reglamento en su Artículo 16 Bis, estos documentos son gratuitos y los oferentes pueden presentar sus ofertas por medio de los documentos electrónicos o los recibidos en papel.

Con las bases, los oferentes tienen los insumos necesarios para elaborar su oferta, en estas se encuentran descritas, entre otras cosas, las condiciones que deben reunir como oferentes, las características generales y específicas de los bienes o servicios requeridos y el lugar y forma en donde será ejecutada la obra, entregados los bienes o prestado los servicios, hay que resaltar que las bases pueden contener muchos más requisitos y como mínimo los descritos en el Artículo 19 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Aunque en el apartado de la cotización no individualice lo mínimo en relación a las bases, el Artículo 42 afirma que “...las disposiciones en materia de licitación, regirán supletoriamente en el régimen de cotizaciones en lo que fueren aplicables”.

Además debe integrarse el Artículo 39 de la ley y 16 del reglamento, este especifica que se deberá obtener como mínimo 3 ofertas firmes, pero si por falta de oferentes no se pudiera llenar dicho requisito, serán suficientes las que fuere posible obtener, circunstancia que deberá ser calificada, bajo la responsabilidad de la autoridad administrativa superior de la dependencia interesada, lo que se debe hacer constar en acta. Se entiende por ofertas firmes, las cotizaciones que realmente señalen el precio o valor de lo que se ofrece.

Entre la publicación de la convocatoria y bases en Guatecompras y el día fijado para la presentación y recepción de ofertas debe haber como mínimo un plazo de 8 días, es dentro de este plazo cuando si se diera el caso, la entidad contratante puede modificar las bases de la cotización, para lo cual publica nuevamente en Guatecompras las modificaciones, corregidas las bases correrá nuevamente un plazo no menor a 8 días hábiles.

Es de resaltar lo importante que resulta para el oferente la verificación constante del sitio de internet, específicamente para el monitoreo de cambios que puedan producirse en las bases de cotización, de lo contrario su oferta podría ser rechazada por no cumplir con los requisitos, además de que el lugar, fecha y hora de presentación de ofertas cambiaría junto con las bases.

Los interesados presentan sus ofertas por escrito, cumplidos los requisitos establecidos en el Artículo 41, este debe ser integrado con los artículos 16 Bis y 17 del reglamento, mismo que establece lo siguiente: "...las disposiciones que rigen para la licitación se aplicarán supletoriamente para el régimen de cotización, casos de excepción en lo que fueren procedentes. Se exceptúa de la aplicación supletoria el plazo de publicación de los proceso de cotización y casos de excepción para los cuales, entre la publicación en Guatecompras y el día fijado para la presentación y recepción de ofertas, deberá

mediar un plazo mínimo de ocho días hábiles, en congruencia con lo regulado en el Artículo 39 Bis de la ley”.

Se regirá la presentación de cotizaciones a lo que estipulan los artículos relativos a la presentación de ofertas en el procedimiento de licitación pública, reguladas en los Artículos 24, 25, 26, 27, 28, 29, al 37 de la Ley electoral y de Partidos Políticos.

3.7.3 La compra directa.

La ley establece una serie de excepciones a la utilización de los sistemas de licitación o de cotización pública, se debe cumplir con ciertos requisitos. En el Artículo 43 de la ley de la materia, se regula la compra directa, del estudio de la norma es posible determinar cuáles son las circunstancias en las que puede utilizarse este procedimiento. La contratación debe efectuarse en un solo acto, con una misma persona, y por un precio máximo de Q. 90,000.00, se debe contar con la autorización de la autoridad superior, quien debe observar que la negociación favorezca a los intereses del Estado, atendiendo a características de precio, calidad, plazo de entrega.

No obstante que puede contratarse en esta forma sin acudir a los procedimientos referidos, sí es obligatoria la publicación de los datos esenciales de la negociación. Esta publicación se realiza en el sistema de información Guatecompras, y se debe incluir como mínimo:

A) Detalle del bien o servicio contratado;

B) Nombre o razón social del proveedor adjudicado y

C) Monto adjudicado.

Cuando la compra no exceda de Q.10,000 no será necesaria la publicación en el portal de Guatecompras.

Existen otros casos de excepción regulados en el Artículo 44 de la ley, con lo que se establece que no será obligatoria la licitación ni la cotización en las dependencias públicas obligadas por la Ley de Contrataciones del Estado, cuando casos de emergencia lo amerite, cuando se trata de contratar obras, servicios y suministros que sirvan para guardar fronteras, puentes, recursos naturales, cuando el Estado decreta estados de excepción, tal y como lo regula la ley de orden público.

Además regula como excepción la compra y contratación de bienes y suministros, obras y servicios que sean necesarios y urgentes para resolver situaciones de interés nacional o beneficio social, entre otros casos.

El más relevante para la investigación es el caso establecido en el inciso 2.5 del mismo artículo, el cual establece que los contratos que celebre el Tribunal Supremo Electoral para la realización de eventos electorales, no será obligatorio realizar licitación ni cotización conforme al reglamento de la ley.

Además se debe integrar esta norma con el Artículo 24 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece que “Para la ampliación de los incisos 2.4 y

2.5 del Artículo 44 de la ley, el organismo y sus dependencias, la entidad interesada en la negociación o el Tribunal Supremo Electoral, en su caso, emitirán el procedimiento normativo correspondiente.

3.7.4 El contrato abierto.

El contrato abierto es un sistema de compra de suministros y bienes, administrado y coordinado por el Ministerio de Finanzas Públicas a través de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, este procedimiento tiene el objeto de seleccionar proveedores de bienes, suministros y servicios, previa calificación y adjudicación de los distintos rubros que se hubieren convocado a concurso público.

La base legal del procedimiento se encuentra en el Artículo 46, de la ley de contrataciones del Estado y además el reglamento de la ley regula lo relativo al contrato abierto en los Artículos 25 al 35. El efecto principal de este procedimiento es que no es necesario realizar un proceso de cotización o licitación pública, cuando la compra y contratación de bienes, suministros y servicios se llevan a cabo con los proveedores seleccionados por el Ministerio de Finanzas Públicas.

3.8 Transparencia en el uso de los recursos públicos durante el proceso electoral.

La transparencia en la administración pública, obedece a la voluntad política y la exigencia legal de facilitar el acceso de la información, además constituye un elemento esencial para prevenir, detectar y erradicar las prácticas corruptas dentro del Estado.

En el segundo informe sobre desarrollo humano en Centroamérica y Panamá se plasma un concepto de transparencia según el Fondo Monetario Internacional “...es el entorno en el cual se pone de conocimiento del público, en forma comprensible, accesible y oportuna: (i) los objetivos de política; (ii) el marco jurídico, institucional, económico y de política; (iii) las decisiones de política, (iv) su fundamento, la información, y los datos relacionados con las políticas económicas, y las condiciones de rendición de cuentas de los organismos. Es indispensable la apertura al público en lo que se refiere a la estructura y funciones del gobierno, las intenciones de la política fiscal, las cuentas del sector público y las proyecciones fiscales.”³²

Para el correcto desarrollo de la labor del Tribunal Supremo Electoral es indispensable que exista una percepción de transparencia, tanto en el manejo de los fondos como en la toma de decisiones administrativas.

Sumado a este concepto de transparencia del Fondo Monetario Internacional citamos el concepto dado por el organismo Transparencia Internacional que afirma que la transparencia es “...un gobierno cumpliendo con sus obligaciones que debe rendir cuenta de sus actos en todos sus niveles jerárquicos; así mismo debe permitir el acceso público a toda la información posible.

Dentro de este criterio, los gobiernos deben asegurar que las cuentas públicas estén abiertas al escrutinio público”³³

Las fuentes citadas coinciden en que para que exista administración pública con transparencia se debe brindar acceso libre a toda la información relacionada con acciones políticas y administrativas, pasadas presentes y a futuro. En la investigación

³² PNUD, **segundo informe sobre desarrollo humano en Centroamérica y Panamá**, Pág. 8

³³ **Ob. Cit.** Pág. 8

se aborda este subtema debido a la importante relación que tiene el concepto de transparencia con el tema de las contrataciones, es pues durante el proceso de adquisición de bienes o de contratación de servicios donde se presentan en diversas ocasiones decisiones oscuras y acciones corruptas, en las que el funcionario público se ve beneficiado a costa del perjuicio de la población.

Es importante referirse a la transparencia en el uso de los recursos públicos durante el proceso electoral.

Es en el ámbito de las contrataciones donde se maneja gran parte del presupuesto del Tribunal Supremo Electoral, acorde al Artículo 122 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, en el año en que se celebren procesos electorales o procedimientos consultivos, la asignación presupuestaria se incrementa en la cantidad que sea necesaria para satisfacer los egresos inherentes al proceso de elecciones, conforme lo estime, apruebe y justifique el órgano rector en materia electoral.

Por lo expuesto se debe formular la siguiente interrogante ¿Qué relación tiene la transparencia en el uso de los recursos públicos en las contrataciones en el proceso electoral?

Para dar respuesta a esta interrogante es indispensable comprender la relevancia del proceso electoral, como columna vertebral de la democracia y la institucionalidad del país. El proceso electoral transparente y con credibilidad dará certeza y seguridad jurídica a la población, proporciona confianza en que las autoridades que resultan electas ascienden al poder sin ningún tipo de manipulación de resultados, ni anomalías. Esta confianza se ve mermada cuando una institución como el Tribunal Supremo Electoral es señalada seriamente de cometer actos de corrupción en el manejo de los

recursos públicos, ya que no es posible confiar en la certeza y legitimidad que da una institución que no goza de credibilidad.

Por esta razón es que la transparencia en el proceso electoral abarca más allá de la celebración de una elección sin disturbios y sin complicaciones, conlleva además de la certeza en los resultados, la rendición de cuentas claras y exactas.

Por el contrario, el manejo transparente de los fondos públicos y el libre y sencillo acceso a la información relativa a las decisiones administrativas y en materia de contrataciones, específicamente permitirá incrementar sustancialmente la confianza de la población en la institución.

Es necesario entonces que el Tribunal Supremo Electoral apoyado en su independencia y en la facultad que la ley le otorga para emitir su propio reglamento de contrataciones para el proceso electoral, emita dentro del mismo, disposiciones encaminadas a facilitar la transparencia y la calidad en el gasto público.

3.9 Sistema de información electrónico Guatecompras.

Acorde a la Ley de Contrataciones del Estado, en su Artículo 22, la entidad requirente debe publicar las bases de los eventos en Guatecompras, de donde las personas interesadas las podrán obtener de forma gratuita. Para utilidad de la investigación es necesario responder a una serie de interrogantes básicas, tales como: ¿Qué es Guatecompras? ¿Para qué sirve Guatecompras? ¿Qué resultados se obtienen con Guatecompras? ¿Cuál es la base legal y como funciona Guatecompras?. En respuesta de las interrogantes planteadas y con el propósito de referirnos únicamente a los

términos y elementos útiles para la investigación, iniciamos describiendo brevemente que es Guatecompras, se denomina así al sistema de información de contrataciones y adquisiciones del Estado.

En palabras sencillas, es un mercado electrónico operado a través de internet, dicho mercado se encuentra hospedado en la red, su dirección de dominio es: www.guatecompras.gt esto según el Artículo 1 de la resolución Director de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, identificada con el número 11-2010.

El uso de ese portal electrónico es obligatorio para todo proceso de licitación, el Artículo 23 de la ley de la materia establece: "...las convocatorias a licitar se deben publicar en el Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, denominado Guatecompras, y una vez en el diario oficial." (Diario de Centroamérica). Guatecompras, sirve para adquirir bienes y contratar servicios.

Otro de los elementos característicos de este sistema de información es que es gratuito, según el Artículo 2 de la relacionada normativa.

Salvo los documentos que no puedan ser incluidos en Guatecompras, tales como planos elaborados por medios electrónicos o cualquier otro que por su naturaleza no pueda ser cargado al sistema.

En las bases de contratación que se publiquen en el portal se debe indicar el lugar donde se pondrán a disposición los documentos, los cuales podrán cobrarse al costo de su reproducción.

Los usuarios de Guatecompras son de diferente tipo, clasificados así:

A) Comprador.

B) Proveedor.

C) Público.

D) Contralor.

Administrador, que es la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, adscrita al Ministerio de Finanzas Públicas. La descripción de cada usuario se encuentra regulada en el Artículo 3 de la referida resolución.

Las entidades obligadas al uso de Guatecompras, se encuentran reguladas en el Artículo 7 de la resolución respectiva, el cual en su parte conducente establece "... deben utilizar el sistema de Guatecompras, todas las entidades públicas, privadas o mixtas que publiquen y gestionen las licitaciones, cotizaciones, contrato abierto y otros tipos de concursos, cuyos procedimientos se encuentren regulados en la ley de contrataciones del Estado o en la legislación que en cada caso, les sea aplicable con el objeto de proveer bienes, servicios, obras o suministros al Estado y cumplan con una o más de las siguientes condiciones:

A) Que reciba, administre o ejecute fondos públicos.

B) Que reciba, administre o ejecute fondos externos.

C) Que se encuentre sujeta al control de la Contraloría General de Cuentas.”

Tal y como lo expresan los artículos citados el sistema de información, representa un avance en materia de transparencia en el uso de los recursos públicos. Además permite que las etapas del proceso de adquisición, este a la vista de todos. De esta forma los oferentes conocen las oportunidades de negocios vigentes, además los organismos públicos, compradores pueden conocer todas las ofertas disponibles, sumado a esto la ciudadanía puede vigilar los procesos de adquisición y conocer los precios que el Estado ha pagado en cada adquisición, con todo esto se fomenta la transparencia, además se reduce la corrupción y se promueve la competencia.

Según el Artículo 4 de la resolución 11-2010 del Director de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, salvo los usuarios con perfil público, el resto de usuarios deben estar previamente registrados en el sistema Guatecompras para utilizarlo.

El Artículo 8 de de la resolución referida establece lo relativo a la transparencia en la identidad de los proveedores del Estado, según esta norma, todo proveedor de las entidades públicas del Estado o aquellas que ejecutan fondos de éste reguladas en los Artículos 1 y 54 de la Ley de Contrataciones del Estado deberán obtener su habilitación en el Registro de Proveedores. Las normas para el uso del sistema de información de contrataciones y adquisiciones del Estado, incluyen una serie de definiciones como:

Concurso: Se refiere a todo procedimiento administrativo de tipo competitivo, por medio del cual la unidad ejecutora compradora convoca a proveedores para que formulen ofertas, entre las cuales seleccionará una, siempre se procura seleccionar aquella que favorezca de mejor manera los intereses del Estado.

Concurso público: se refiere a todo concurso en el cual puede participar cualquier proveedor que cumpla con los requisitos exigidos en las bases o términos de referencia definidos por la unidad ejecutora compradora. Los procedimientos sujetos a concurso público se encuentran descritos en el Artículo 9 de las Normas para el uso del Sistema de Información y Adquisiciones del Estado.

Concurso restringido: Es aquel en el cual solamente pueden participar las personas invitadas por la entidad contratante. Por último, los procedimientos o publicaciones sin concurso: Se refiere a todo procedimiento administrativo regulado en la ley de contrataciones del Estado o su reglamento que no requiere concurso. En estos casos, a más tardar, una vez recibido el bien, servicio o suministro, se deberá publicar la documentación de respaldo que conforma el expediente administrativo que ampara la negociación realizada, por constituir información pública de oficio. Con las normas citadas se determinó que el sistema de información denominado Guatecompras, es una herramienta útil y obligatoria, que facilita la transparencia en el uso de los fondos públicos, además hace más eficiente el gasto público, constituye además un instrumento esencial para la modernización del Estado y ayuda a la buena gestión política, al fortalecimiento de las instituciones y la construcción de la democracia. Es de resaltar por último que una administración pública transparente, que cumple con sus obligaciones deberá rendir cuenta de sus actos en todos sus niveles, así como facilitar y permitir el acceso público a toda la información posible.

CAPÍTULO IV

4. Propuesta de mecanismos de control y fiscalización de las compras y contrataciones del Tribunal Supremo Electoral durante el proceso de elecciones generales.

El control y la fiscalización en la administración pública, constituyen elementos indispensables de una buena gestión, con la ejecución presupuestaria, surgen obligaciones para los funcionarios que intervienen dentro de tal actividad, la contratación administrativa debe realizarse con máxima publicidad, transparencia y efectividad.

Además del control y la fiscalización, en la administración pública, en el ámbito de la contratación, es recomendable, efectuar un adecuado registro, cronológico, individualizado y detallado, de todas las actuaciones administrativas, todas las decisiones de los funcionarios intervinientes.

4.1 Análisis del Acuerdo 225-2007 Reglamento de Compras y Contrataciones del Proceso Electoral 2007.

La Constitución Política de la República en su Artículo 223, establece que todo lo relativo al ejercicio del sufragio, los derechos políticos, organizaciones políticas, autoridades y órganos electorales y proceso electoral, será regulado por la ley constitucional de la materia. Por su parte el Reglamento de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, Acuerdo número 018-2007, en el Artículo 143, establece que el Tribunal Supremo Electoral, con apoyo en su independencia emitirá su propio

reglamento de compras y contrataciones de bienes, obras, servicios, para facilitar y agilizar la adquisición de los mismos.

Hay que aclarar que las disposiciones contenidas en el reglamento objeto de estudio, se encuentran sin vigencia, debido a que únicamente regulaban las contrataciones para el evento electoral 2007, al concluirse éste, pierde su vigencia la norma reglamentaria.

El fin primordial de que un reglamento de contrataciones para uso durante el proceso electoral, es de no entorpecer el desarrollo del mismo. Debido al corto tiempo con que se cuenta entre la convocatoria a elecciones y el día de la primera elección o en su caso de la segunda elección y a causa de que el proceso electoral es una serie de actos y pasos administrativos dinámicos que no pueden interrumpirse.

El acuerdo que regula las contrataciones para el proceso 2007, acorde al Artículo 2 se basa en una serie de principios como: a) Celeridad, b) Economía, c) Eficiencia, d) Eficacia, e) Legalidad, f) Transparencia, g) Probidad h) Calidad del gasto, todo esto con la finalidad de garantizar la realización y pureza del evento electoral.

En el Artículo 3 del Reglamento de Contrataciones del Proceso Electoral 2007, se establecía que las compras que se realizaran para el proceso electoral, estaban exentas del sistema de cotización, debido al corto tiempo de que se dispone para organizar el evento electoral.

Si bien es cierto que se cuenta con poco tiempo para el desarrollo del proceso electoral, existen diversas medidas y actos administrativos que pueden realizarse previo a la convocatoria de elecciones, con la finalidad de fortalecer los controles y

fiscalización interna y externa del uso de los recursos que le son confiados al Tribunal Supremo Electoral para desarrollar el proceso electoral. Los montos utilizados para determinar la autoridad administrativa responsable de autorizar.

Otro aspecto relevante del reglamento, son los montos estipulados, para determinar la autoridad responsable de autorizar la contratación, cuando la adjudicación de la cotización no excedía de Q.900,000.00 correspondía al Presidente del Tribunal Supremo Electoral, con un monto mayor a este, la competencia era para el pleno de magistrados y cuando el monto no excedía de Q.30,000.00 al Secretario General.

Se establecen en el Artículo 5 las juntas de cotización, denominadas como Juntas de Cotización Electoral, órgano administrativo encargado de recibir, calificar ofertas y adjudicar el negocio, se integra con un número de tres miembros, los cuales debían ser empleados del Tribunal Supremo, sus decisiones debían tomarse por mayoría del total de sus miembros, quienes además no podían abstenerse de votar, se autoriza además que cuando el servicio lo requiera, podrán funcionar varias juntas de cotización electoral.

Hay que señalar que el referido artículo no determina las calidades que deben reunir los miembros de la Junta de Cotización Electoral, lo cual deja un vacío que permite que la autoridad de turno pueda nombrar a cualquier empleado del Tribunal, sin que exista una exigencia legal que requiera cierta calidad técnica o profesional.

Es recomendable que los miembros de una Junta de Cotización Electoral reúnan una serie de calidades, éticas, morales y técnicas que garanticen que su actuar al momento de calificar las ofertas presentadas y posterior selección del contratante sea el esperado.

Prohibiciones, reguladas en el Artículo 6, "...no podrán ser miembros de la Junta de Cotización Electoral 2007, quienes tengan interés o sean partes del asunto, tengan relación de cualquier índole, parentesco dentro de los grados de ley, sean socios o participes con alguna de las partes o con alguno de sus parientes entre sí."

Se estableció la prohibición, sin embargo no se regulan medidas, ni directrices administrativas que permitan detectar estas circunstancias previo a la adjudicación de un contrato. Si se diera el caso de que un miembro de Junta de Cotización Electoral se encuentra en un conflicto de interés y desee dejar de participar en el proceso de adjudicación, no está regulado procedimiento que permita al miembro de la Junta de Cotización Electoral inhibirse si fuera el caso.

Si se presentarán conflictos de interés, tampoco está regulado procedimiento donde los oferentes puedan oponerse a la integración de los miembros de la junta de cotización electoral, recurso que por jerarquía debería ser conocido por el pleno de Magistrados del Tribunal Supremo Electoral.

Dentro de las medidas de control que debe contener la norma relativa a contrataciones, están aquellas que buscan, prevenir, detectar y erradicar los conflictos de interés, por lo que se hace imperativo para la investigación comprender el tema, estableciendo que son los conflictos, como se presentan, por que constituyen la antesala a los actos de corrupción y sobre todo como puede la administración pública resolverlos.

4.2 Los conflictos de interés en el sector público, en materia de contrataciones.

Al mencionar en esta investigación como en muchas otras el tema de la corrupción es sencillo pensar que se trata inmediatamente de sobornos que se pagan o se piden a

cambio de otorgar un contrato para bienes o servicios, para implementación de programas, o bien para la adquisición de un bien inmueble. Sin embargo, las actividades administrativas que presentan mayor oportunidad para la corrupción son las adquisiciones del Estado. No importa el nivel jerárquico del funcionario, ni del tipo de organización, puesto que todas las entidades públicas adquieren bienes o contratan servicios. Es imperativo que todas las instituciones públicas cuenten con mecanismos de prevención, control y erradicación de toda fuente de corrupción. Los procesos de contratación a menudo son manipulados, por lo que se debe tomar medidas especiales ya que al final de cuentas los funcionarios públicos deciden sobre dinero que no les pertenece.

Los conflictos de interés, al igual que la corrupción, traen consigo consecuencias que atentan contra la estabilidad de cualquier Estado, ya que en esencia son conductas que benefician el interés personal frente al interés público. Generan desconfianza en las instituciones y crece la desigualdad y la injusticia. El conflicto de interés es un problema social que lastima la democracia e impide el pleno desarrollo del Estado de derecho.

Un conflicto de interés involucra una contienda entre la función pública y los intereses privados del funcionario público, en el que el funcionario público tiene intereses de índole privada que podría influir de manera inadecuada en la ejecución de sus funciones, decisiones y responsabilidades oficiales.

En algunos países existe la posibilidad de un conflicto de interés únicamente al momento en que se produce un hecho delictivo. Adicionalmente, se presentan situaciones que involucran la posibilidad de un conflicto de interés, este aspecto puede encontrarse comprendido dentro de la definición de “incompatibilidades”. La definición de los conflictos de intereses es una cuestión de concertación o de conveniencia, es decir, depende del alcance que se le quiera dar a este término.

Estas situaciones surgen cuando una persona, como funcionario público, es influenciado por consideraciones personales al realizar su trabajo. Así, las decisiones son tomadas en base a razones equivocadas, estos conflictos se perciben incluso cuando se toman decisiones correctas, pero poco transparentes, lo que resulta dañino para la credibilidad de la institución.

Un funcionario o empleado público no debe actuar aún en el ámbito de su competencia en algún asunto en el cual tenga interés financiero, personal, directo o indirecto y que posiblemente pueda afectar su criterio o juicio independiente.

Por otra parte, el sistema democrático exige que los funcionarios públicos justifiquen públicamente las razones que sostienen sus decisiones, eso está vinculado con la idea de la equidad en el ejercicio de la función pública. La decisión pública como meta final del procedimiento administrativo de contratación debe estar basada en la imparcialidad y la equidad, anteponiendo los intereses del Estado por encima de los personales.

La Coalición por la Transparencia, integrada por las organizaciones: Acción Ciudadana, Cámara de Comercio de Guatemala y el Centro de Investigaciones Económicas Nacionales CIEN, en su publicación, “Los conflictos de interés en el sector público” citan el siguiente ejemplo, como una situación clara de un conflicto de interés: “El Ministro de Comunicaciones es responsable de regular el mercado de las comunicaciones. Al mismo tiempo, es titular de acciones de una empresa propietaria de una radio y un canal de televisión.

Las acciones cotizan en el mercado de valores. La empresa se presenta a una licitación para adquirir una nueva frecuencia de radio, junto con otras empresas nacionales y extranjeras, durante el proceso el Ministro no se excusa de intervenir en la

licitación, además, ofrece a los directivos de la empresa donde posee acciones acceso a información que les permite mejorar su oferta. Esta información no es ofrecida al resto de los oferentes, o es ofrecida de manera incompleta. Finalmente, adjudica la frecuencia a la empresa en la que tiene participación como accionista. Al adquirir esta nueva frecuencia, la empresa ha incrementado el valor de su patrimonio y el valor de sus acciones en la bolsa se ha incrementado significativamente.”

Lo anterior plantea la interrogante siguiente: ¿Es posible detectar un conflicto de interés antes de que se cometa un acto de corrupción? Todos los funcionarios públicos tienen intereses personales, y además personas cercanas, esto hace que en algún momento de su función pública se presente la oportunidad de beneficiarse o de beneficiar a sus cercanos.

En el ámbito de las contrataciones puede darse con los miembros de la junta de cotización o de licitación pública, así como en la autoridad superior que aprueba todo el proceso de contratación, en el caso que nos ocupa, los miembros de las juntas de cotización electoral posiblemente se enfrenten a presiones internas o externas que los motive a favorecer a determinado oferente, o bien a obviar parte de las bases de cotización con el fin de beneficiarse personalmente, de manera económica, laboral o política.

Existe la posibilidad de hacer este planteamiento, ¿Qué pasaría si se invirtieran las posiciones, si se fuera uno de tantos proveedores que se ven afectados por la decisión tomada por algún funcionario público que incumple con los procedimientos establecidos con el fin de beneficiar a un familiar?. Teniendo claro el concepto de los conflictos de interés, se estudiará cuales son los tipos más comunes de prácticas administrativas donde los conflictos de interés son evidentes, tales como el compadrazgo y el nepotismo.

Para concluir con este apartado se hace referencia a las consecuencias de este tipo de prácticas y se elabora una propuesta para el manejo de los conflictos de interés en el Tribunal Supremo Electoral, en el ámbito de las contrataciones del proceso electoral.

4.3 Principales tipos de conflictos de interés en el ámbito de las contrataciones, nepotismo y compadrazgo.

Las formas principales en las que se ve reflejado el conflicto de interés, es el nepotismo, el compadrazgo, el primer término se refiere a la forma particular de conflicto de intereses. Aunque la expresión se utiliza en una forma muy amplia, se aplica estrictamente a la situación en la cual un funcionario público utiliza su poder con el fin de obtener un favor, con frecuencia un trabajo para un miembro de su familia. No se trata de prohibir que los familiares trabajen juntos, sin embargo se debe promover la prohibición de que los funcionarios públicos abusen de su posición dentro de la administración pública. El nepotismo involucra al menos alguno de los siguientes elementos:

- A) Participar en el nombramiento o decidir sobre el nombramiento de un familiar en un cargo.

- B) Sugerir o bien ordenar a subalterno la decisión de adjudicar a determinado oferente en el proceso de contratación, con el propósito de favorecer a un familiar.

- C) Utilizar la posición y cargo para facilitar el acceso a información privilegiada o reservada de un proceso de adjudicación, a determinado oferente, que resulta ser familiar.

En relación al compadrazgo, es un término más amplio que el nepotismo y abarca situaciones en las cuales se dan preferencias a amigos o colegas. Este tipo de situaciones suelen ser más difíciles de detectar.

El interés del Estado requiere que sean seleccionados los mejores proveedores y no únicamente los mejor calificados, ya que la calificación en muchos casos puede contener anomalías, en la actualidad son diversos los casos de licitaciones públicas que culminan en procesos penales debido a la inobservancia de las bases. Es importante para la organización de un evento electoral contar con políticas, procedimientos y códigos de conducta para enfrentar los conflictos de interés reales, potenciales o percibidos.

4.4 Consecuencias de los conflictos de interés en las contrataciones del Tribunal Supremo Electoral en época electoral.

La falta de control y de medios administrativos para detectar el momento y la situación que plantea un conflicto de interés, permite que los procesos de adjudicación contractual tengan una apariencia de lícitos, esto porque las dádivas o beneficios personales se dan en la esfera externa de la institución, en ocasiones es posible detectar que un proceso estuvo viciado por la existencia de un vínculo legal, económico o de parentesco, de alguno de los funcionarios que califican los que autorizan, pero debido a la celeridad del proceso electoral y su corta duración, estas situaciones se detectan una vez cumplidos los contratos, en el mejor de los casos.

El control administrativo del ente rector de la materia electoral debe contar con altos estándares de transparencia, esto con la finalidad de aumentar la confianza en la población, puesto que el daño causado a la institución y al proceso electoral en relación

a este tema, causaría daños irreparables al sistema democrático guatemalteco, ya que no es posible confiar en los resultados de la elección, cuando el garante es una institución que no goza de credibilidad.

En el plano político, la falta de reglas de imparcialidad y de manejo de conflictos de interés tienen un efecto negativo, que genera desprestigio, y desconfianza de la población. Si se cuenta con instituciones confiables, se incrementa la participación ciudadana, que en el ámbito electoral, sería un logro de grandes magnitudes.

Por el contrario la falta de legitimidad en las decisiones públicas provoca una merma considerable en la percepción de probidad administrativa, lo cual es un elemento negativo para la confianza que requieren las personas entre sí y hacia el Estado.

4.5 Propuesta para el manejo y prevención de los conflictos de interés en las contrataciones del Tribunal Supremo Electoral durante el proceso electoral.

Como evitar que los conflictos de interés se traduzcan en actos de corrupción, es importante señalar que un conflicto de interés en sí mismo no constituye corrupción, son simplemente la antesala a posibles actos que riñan con la ley, por lo que es imperativo para el Tribunal Supremo Electoral, detectar a tiempo este tipo de situaciones, puesto que una vez iniciado el proceso electoral los plazos para la realización de adquisiciones se acortan, por lo mismo dificultan su fiscalización.

Para el manejo de los conflictos de interés se debe actuar en base a una serie de principios entre los cuales se debe resaltar.

Principio de Imparcialidad, en todos los procesos de contratación y selección es esencial que los empleados del Tribunal Supremo Electoral, que sean miembros de Juntas de Cotización o que simplemente intervengan en el proceso administrativo de contratación como parte auxiliar, cumplan con su responsabilidad, actuando de manera ética, con base en el interés público.

Para evitar percepciones de inclinación o favoritismos con alguien, o bien para evitar la corrupción, los miembros de las Juntas de Cotización Electoral y los auxiliares que intervienen no deben estar directa o indirectamente involucrados en ninguna fase del proceso de contratación con el oferente.

Es necesario que exista un registro público de los actos administrativos relacionados, que el mismo pueda ser de acceso fácil y sencillo por medios electrónicos o bien documentales por cualquier persona interesada. Además la imparcialidad se debe reflejar con la restricción de la información en el proceso de elaboración de las bases de cotización, para evitar que la fuga de información permita que ciertos oferentes preparen sus propuestas, inclusive que propongan exactamente el precio oficial dentro de ellas.

Principio de competencia leal entre los oferentes, los anuncios o publicaciones deben ser formulados para que reflejen adecuadamente los requerimientos de la compra o contratación.

Para aumentar el número de oferentes, deben publicarse en medios adicionales a los exigidos por la ley, con la finalidad de que más oferentes puedan presentarse a los concursos, con esto se maximiza el espectro potencia de solicitantes. Los criterios de selección también deben ser revisados antes de que se lleve a cabo el acto de

contratación para garantizar que reflejen adecuadamente los requerimientos de la contratación. Todo lo anterior propuesto debe culminar con una razonada decisión de la autoridad superior, del porque la decisión se inclino en favor de determinado proveedor. Todo esto en congruencia con el requerimiento de compra y con las bases de cotización, evitando con esto que las decisiones sean en extremo discrecionales.

Principio de transparencia, o apertura. El riesgo de la corrupción se minimiza cuando existen políticas y procedimientos administrativos que promueven la apertura y la transparencia, con esto es posible detectar los conflictos de interés que puedan presentarse.

Se propone además la creación de espacios electrónicos dentro del portal oficial del Tribunal Supremo Electoral, donde se publique toda la información relacionada a los procesos de contratación, además de la publicación obligatoria en Guatecompras, con lo cual se cumple con facilitar tanto a proveedores, interesados o fiscalizadores la información que necesitan.

Además, la unidad de acceso a la información ordenada por la ley de la materia y que actualmente funciona dentro del Tribunal Supremo Electoral, funcionaría como ente gestor de la pagina de contrataciones del proceso electoral, en estrecha relación con las Juntas de Cotización Electoral.

La población tiene derecho a ser informada y a comprender porque la inversión es realizada, en detrimento de otras obras o servicios. Este principio es muy importante, especialmente si se considera que muchos actos de corrupción se inician con la decisión de un funcionario público de contratar una obra o servicio que no es prioritaria para el proceso electoral, debido a que le significará un beneficio personal, en la forma de una importante "comisión".

Principio de auditoría social: Se debe garantizar durante el proceso electoral el acceso irrestricto a la información y garantía de intervención por parte de los ciudadanos. Todo acto relativo a licitaciones y a ejecución de contratos (convocatoria de licitaciones para pagos de contratos realizados) debe ser público y de acceso irrestricto.

Todo ciudadano debe tener derecho a solicitar y obtener, información sobre licitaciones y contratos. Los actos administrativos pueden ser objeto de impugnaciones administrativas y judiciales por iniciativa de las partes interesadas. Este es un aspecto fundamental para la aplicabilidad de una norma para licitaciones y contratos, pues los intereses eventualmente perjudicados por una decisión administrativa son los mejores defensores de esa norma.

Por otro lado una administración que adopta una política de apertura en todas sus decisiones de contratación y selección evitará enviar un mensaje equivocado al personal acerca de las prácticas preferidas en la contratación y selección. Esto también eliminará la justificación que otros puedan tener para actuar contrariamente a las prácticas y políticas de contratación establecidas sin presentar razones válidas.

La apertura, sin embargo, no significa la falta a la confidencialidad, ya que durante la elaboración de las bases de cotización y demás documentos a presentar por los oferentes debe reservarse la información, la cual debe ser presentada toda vez se encuentren firmes las disposiciones y listas para su divulgación.

No es posible evitar que las circunstancias que producen un conflicto de interés surjan, tal y como se anotó anteriormente, el simple hecho de que exista un vínculo de amistad entre empleados del Tribunal Supremo Electoral con algún proveedor no constituye

corrupción, pero si es causa para que dicho funcionario o empleado se descarte de la Junta de Cotización Electoral.

La propuesta presentada se desarrolla en dos grandes áreas, la primera el área de tipo de legal, la cual comprende las disposiciones legales que debe contener el Reglamento de Compras y Contrataciones del Proceso Electoral, la segunda un área de tipo institucional, que formula la creación del Registro de Proveedores del Tribunal Supremo Electoral, en procesos electorales.

Se hace la diferencia entre los proveedores del proceso electoral y los proveedores de la institución en años no electorales, debido a que la asignación presupuestaria en año electoral es incrementada sustancialmente en relación a los periodos de preparación de los procesos.

Actualmente el Tribunal Supremo Electoral goza de un aporte del 0.5 % de presupuesto general de ingresos ordinarios del Estado para cubrir sus gastos de funcionamiento y de los procesos electorales, el cual acorde a las necesidades de la institución resulta insuficiente.

4.6 Propuesta de elementos a incluirse dentro del Reglamento de Compras y contrataciones del Tribunal Supremo Electoral, para los procesos electorales.

Es importante para el Tribunal Supremo Electoral, garantizar un proceso de elecciones transparente en todo sentido, no solo en lo relativo al ejercicio del sufragio, sino que además al manejo de los fondos.

Se pueden resumir algunas de las prácticas anómalas a las que recurren ciertos funcionarios o empleados públicos el proceso de contratación, mismas que habrá que

erradicar. Se propone sean prohibidas explícitamente dentro de la reglamentación de contrataciones para el proceso electoral, para los compradores:

- Manipular las especificaciones para favorecer a determinado proveedor.
- Restringir la información sobre las oportunidades de contratación.
- Usar la urgencia como pretexto para otorgarle el contrato a un solo contratista, sin que exista urgencia justificada.
- Violar la confidencialidad de la ofertas de los proveedores.
- Descalificar a los proveedores potenciales, mediante condiciones indebidas.
- Aceptar sobornos.
- Desviar los bienes recibidos para reventa o uso privado.
- Exigir otro tipo de beneficios privados, como compensación por la adjudicación del contrato.

Por parte a los proveedores, debe prohibirse expresamente lo siguiente:

- Coludirse para fijar precios.
- Ofrecer sobornos.
- Presentar el mismo proveedor tres o más ofertas distintas, amparados en diferentes empresas de su propiedad.

- Dejar de aplicar las normas de calidad, estándares sobre cantidades u otros estipulados en el contrato.

- Simular la entrega de los bienes por medio de falsificación en la documentación de control.

- Falsificar los certificados de calidad o de normas de manufactura.

- Sobre facturar o subfacturar.

- Sobornar a los responsables de supervisar el cumplimiento del contrato.

Para todas estas prácticas, el Tribunal Supremo Electoral deberá incluir dentro del reglamento, las sanciones administrativas aplicables a los empleados o funcionarios que incurrieren en ellas, así como la obligación para todo miembro del Tribunal que tenga conocimiento de un hecho como los descritos de denunciarlo al Inspector General del Tribunal Supremo Electoral.

El Inspector General, como responsable de vigilar y supervisar el buen funcionamiento de las dependencias y oficinas del Tribunal Supremo Electoral, quien posterior a la averiguación de tipo administrativo, si concluyere que podría existir la comisión de un hecho delictivo lo pondrá de conocimiento del Ministerio Público, lo cual hará por medio de denuncia acompañando para el caso copia del expediente de averiguación administrativa y demás documentos que sirvan de elementos probatorios, todo esto sin perjuicio de las sanciones administrativas y laborales que pudiera aplicar el Tribunal Supremo Electoral.

4.6.1 Calidades, éticas, técnicas y personales que deben cumplir los integrantes de las Juntas de Cotización Electoral.

Es importante señalar que la norma reglamentaria no constituye la única solución, pero permite tener un marco de competencia, además de la norma debe descontarse con personal adecuado, por lo que cada miembro de la junta de cotización electoral que participe dentro del proceso de contratación, debe reunir una serie de calidades técnicas, profesionales y morales.

Por tal motivo dentro de la propuesta de implementación de mecanismos de control y administración de las contrataciones se propone: que las juntas de calificación electoral se formen con tres empleados del Tribunal Supremo Electoral, obligatoriamente:

El primero de los miembros deberá ser abogado y notario y cuando la compra fuere de tecnología, el segundo miembro deberá ser técnico especialista o acreditar los conocimientos suficientes para poder evaluar con precisión las ofertas presentadas. El tercer miembro podrá ser cualquier empleado del tribunal. Se sugiere como requisito para los tres miembros no haber sido sujeto de sanciones administrativas por faltas al reglamento de relaciones laborales dentro de los seis meses anteriores a la formación de la junta de cotización electoral.

La junta tomará sus decisiones por mayoría del total de sus miembros, quienes no podrán abstenerse de votar. Además de las calidades señaladas, los miembros de las juntas de cotización electoral no podrán estar comprendidos dentro de las siguientes:

Prohibiciones:

- A) No podrán ser miembros de la Junta de Cotización Electoral, quienes tengan interés en la contratación, por lo que si un miembro de la junta considera que podría entrar en conflicto debido a la relación comercial,

personal o tengan relación de cualquier índole de parentesco dentro de los grados de ley, sean socios o partícipes con alguno de las partes o parientes entre sí.

Por estos motivos podrá excusarse de participar dentro del proceso, debiendo justificar y precisar ante la autoridad superior en qué consiste dicho conflicto.

B) También podrán ser objeto de recusación los casos en los que el miembro de la Junta de Cotización Electoral no se excusara debiendo haberlo hecho, para lo cual se deberá de poner de conocimiento por escrito ante el Tribunal Supremo Electoral, quien conocerá dentro del plazo de tres días el asunto y deberá resolver dentro de los dos días siguientes con lo que podrá relevar del cargo al miembro de la junta y procederá a nombrar a un sustituto, o bien desestimar el señalamiento y confirmarlo en sus funciones.

Si ocurriere la muerte o el despido del trabajador que forma parte de una Junta de Cotización Electoral y el contrato aún no fuere adjudicado, el Tribunal Supremo Electoral procederá a nombrar al sustituto, quien deberá reunir las mismas calidades, morales, técnicas o profesionales si fuere el caso.

4.7 Propuesta para la creación del Registro de Proveedores del Tribunal Supremo Electoral, para el desarrollo del proceso electoral.

De la investigación documental se estableció que para los procesos electorales el Tribunal Supremo Electoral se encuentra exento de la obligación de recurrir al procedimiento de licitación pública, además que tiene la facultad de emitir su propio reglamento de compras y contrataciones, sin embargo, el hecho de que el proceso

electoral sea de un plazo corto y por lo tanto requiera que las decisiones se tomen con el propósito de no entorpecer el desarrollo del mismo y debido a que en plazos cortos se corre el riesgo de que en la calificación de los oferentes y sus respectivas ofertas, se produzcan decisiones sin el adecuado fundamento.

Una forma de suplir la incertidumbre que existe dentro de los procesos de contratación fuera de la aplicación del régimen de licitación pública, el cual entre otras cosas establece plazos razonables para evaluar exhaustivamente las ofertas presentadas y determinar con esto, cuales son las que cumplen con las bases establecidas, es calificando a los oferentes de manera previa al proceso, para lo cual se contaría con el plazo entre el inició del ejercicio fiscal y hasta el día dos de mayo que por mandato de la ley deberá ser emitida la convocatoria a elecciones.

El hecho de calificar a todo oferente de productos, bienes o servicios durante el proceso electoral, incluye una serie de controles internos que entre otras cosas permitiría establecer con tiempo alguna situación que pueda calificarse como conflicto de interés, con la ventaja que da el detectar estas situaciones previo a la adjudicación del contrato.

El tener un control de proveedores que sea de acceso público no es una novedad, sin embargo el aplicar un registro de proveedores pre-calificados permitiría a la institución depurar de la lista de oferentes aquellos que no cumplan con los requisitos mínimos establecidos.

Lo que al final se traduciría en procesos de contratación más eficientes, en donde los plazos aunque continúen siendo cortos pueden ser utilizados de manera optima. Las ventajas de contar con un registro electrónico propio del Tribunal Supremo Electoral,

son de diversa índole, de tipo administrativo, porque permite que las juntas de cotización electoral cuenten con elementos suficientes para evaluar a los oferentes, los cuales deberán ser cumplidos por estos previo al proceso electoral, de tipo económico, puesto que al organizarlo y desarrollarlo de manera electrónica permite que la comunicación y el flujo de información entre proveedores y la entidad compradora sea rápido y directo.

Por último, el beneficio político, el que se obtiene al contar con una serie de controles previos al proceso electoral de tal manera que cada proveedor que sea calificado reúna las calidades, morales, técnicas y financieras suficientes para cumplir con lo requerido, reduciendo el riesgo de anomalías en los procesos de contratación.

Con la finalidad de simplificar los procedimientos y no entorpecer el proceso electoral, se propone que el Registro de Proveedores del Tribunal Supremo Electoral para procesos electorales, se forme durante el plazo del 1 de enero al 2 de mayo del año en que se realicen las elecciones, el cual tendrá vigencia únicamente para proceso electoral para el que fuera formado.

4.7.1 Descripción del Registro de Proveedores del Tribunal Supremo Electoral.

El Registro de Proveedores del Tribunal Supremo Electoral, sería coordinado y administrado por la Secretaría General, el cual tiene por objeto, identificar y clasificar plenamente a los proveedores que participen en las contrataciones del proceso electoral, o consulta popular si fuera el caso, será en cargo de proporcionar por medios electrónicos a todos los proveedores la información básica requerida para los procesos de contratación, además recibirá por el mismo medio los documentos y demás requisitos que deben de cumplir los proveedores para ser parte del Registro.

4.7.2 Personal del registro.

El registro deberá contar con el personal técnico y administrativo que sea necesario, el mismo que podrá ser nombrado por el Tribunal Supremo Electoral de manera temporal con la finalidad de agilizar los procesos de contratación y no entorpecer el desarrollo del proceso electoral. Para la precalificación, el registro deberá efectuar dentro los análisis y estudios de la capacidad técnica, financiera, experiencia y organización de los solicitantes.

4.7.3 La invitación a proveedores a integrar el registro.

Para efectos de su formación el Tribunal Supremo Electoral, hará el anuncio para que manifiesten su interés los proveedores que deseen ser incorporados al registro durante el mes de noviembre del año previo al año electoral, mediante una publicación en el diario oficial, y otro en uno de los periódicos de mayor circulación, con un intervalo de 5 días hábiles.

En dicho anuncio se deberá fijar la fecha hasta la cual deberán presentarse los datos, informes o documentos que se requieran, los interesados estarán obligados a proporcionarlos para que se realice su inscripción para el año electoral, la cual tendrá efecto únicamente durante el proceso electoral.

El objeto de la habilitación de los proveedores que sean incorporados al Registro, poder participar en los diferentes eventos y modalidades compras durante el proceso electoral, concluido este proceso, las contrataciones se efectuarán en la forma prevista en la ley de la materia. La intención principal de realizar las contrataciones del proceso electoral de esta manera se debe a la evaluación y calificación a la cual deben estar sujetos los proveedores, para garantizar que cumplan con requisitos de tipo ético, profesional y financieros, con lo cual el tribunal se ve beneficiado a la hora de contratar.

4.7.4 Procedimiento de habilitación.

Toda persona individual o jurídica con interés de formar parte del registro de proveedores y que posea un número de identificación tributaria emitido por la Superintendencia de Administración Tributaria, estará automáticamente inscrito en el Registro de Guatecompras, pero afecto de estar habilitado en el Registro de Proveedores del Tribunal Supremo Electoral, se entiende por habilitación el procedimiento al procedimiento que inicia el proveedor a efecto de ser calificado en el Registro de Proveedores del Tribunal Supremo Electoral.

La habilitación le otorgará la capacidad y calidad para participar en los diferentes regímenes de compra o contratación, que realice el Tribunal Supremo Electoral para el proceso electoral o consulta popular si fuere el caso. Además deberá cumplir con los requisitos estipulados en el reglamento que para efecto se deberá emitir por medio de Acuerdo del pleno de magistrados, se sugiere que dentro de los requisitos se incluya que los proveedores deberán presentar de manera electrónica ante el Registro de proveedores la siguiente información y documentos:

Para las sociedades mercantiles:

- 1)..Testimonio de la escritura constitutiva que acredite la personalidad jurídica, así como las modificaciones o ampliaciones si las tuviera, con su respectiva razón de inscripción en los registros correspondientes.
- 2) Documento personal de identificación o cédula de vecindad y pasaporte en el caso de extranjeros, del propietario o representante y directivos y accionistas que tengan algún derecho de percibir ganancias o utilidades con la compra o contratación.

- 3) Nombramientos.
- 4) Mandatos.
- 5) Patente de comercio.
- 6) Patente de empresas mercantiles
- 7) Certificación que enumera o identifica a los accionistas o personas que conforman la entidad.
- 8) Cualquier otro documento que respalde la información que se pública.
- 9) Dirección electrónica donde pueda ser notificado.

Asociaciones y ONG sin fines de lucro:

- 1) Testimonio de la escritura constitutiva que acredite la personalidad jurídica así como las ampliaciones y modificaciones si las tuviera, con la respectiva razón de inscripción en los registros públicos correspondientes.
- 2) Documento personal de identificación o cédula de vecindad de los directivos y socios que integran tal organización.

3) Dirección electrónica en la que puede ser notificado.

Persona individual:

1) Documento personal de identificación o cédula de vecindad y pasaporte en el caso de extranjeros del propietario o representante.

2) Patente de comercio de sociedad o cualquier otro documento que respalde la información que se publica.

3) Dirección electrónica en la que puede ser notificado.

Documentos Generales aplicables a todos los sujetos:

1) Declaración jurada del proveedor en donde se debe hacer constar: a) Capacidad económica. b) Giro comercial u objeto de la organización a la que se dedica e historial desde cuando lo ejerce.

2) No encontrarse comprendido dentro de la prohibición a que se refiere la literal b) del Artículo 80 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República. El Registro establecerá el modelo que deberá observar la declaración.

3) Detalle del personal profesional y técnico que labore en la entidad en el momento de presentar la solicitud de registro, tanto permanente como temporal.

4) Solvencia fiscal otorgada por la Superintendencia de Administración Tributaria SAT, vigente para el ejercicio fiscal que corresponda.

- 5) Estados financieros debidamente certificados por contador y auditor público registrado en la Superintendencia de Administración Tributaria.
- 6) Constancia de inscripción en los Registros de Precalificados correspondientes para el caso de los contratistas de obra y de consultores, si fuera el caso.

Anexada la información y documentación requerida de forma electrónica el registro deberá constatar la veracidad de la misma, verificando que se ajuste a lo establecido en los numerales anteriores, y habilitará electrónicamente, mediante un medio visible a este como proveedor del Tribunal Supremo Electoral para el proceso electoral.

Con lo anterior descrito podrá participar en cualquier compra o contratación que se efectúe para la realización del evento electoral.

La habilitación deberá darse dentro de los ocho días hábiles siguientes a partir de que se encuentre la información anexada. Se deberá emitir en forma física y por única vez la constancia de habilitación respectiva al proveedor, en el mismo plazo. Toda la información proporcionada por el proveedor deberá estar disponible y accesible al público, en formato electrónico en la página oficial del Tribunal Supremo Electoral y por medio de la unidad de acceso a la información de manera escrita.

4.7.5 Rechazo de solicitudes.

La Secretaría General del Tribunal Supremo Electoral, podrá rechazar la solicitud de habilitación del proveedor, si al analizar la misma, determina que la misma no está completa o se identifican omisiones de forma tales como la falta de sellos o firmas

correspondientes. Si fuera este el caso se le comunicará por vía electrónica al proveedor.

4.7.6 Criterios de evaluación de los proveedores.

El Tribunal Supremo Electoral, determinará cuales serán los criterios aplicables para la calificación de proveedores por parte del registro, atendiendo a la especialidad o el giro comercial a que se dediquen permanentemente. Se deberá tomar en cuenta, la capacidad financiera. Cada proveedor de conformidad con la documentación presentada podrá estar calificado dentro de más de una especialidad o rubro, dependiendo del giro permanente de la actividad que desarrolle.

4.7.7 Modificaciones o cambios de los proveedores.

El proveedor tendrá la obligación de notificar al registro cualquier modificación que se produzca entre el período de su inscripción y la finalización del proceso electoral. La Secretaría General entregará certificación de actualización de información. El control de proveedores: Cada proveedor al ser habilitado dentro del Registro de Proveedores del Tribunal Supremo Electoral, será identificado con un número de proveedor, dicho número acompañará todas las ofertas que el proveedor presente. El mismo número de identificación servirá para realizar cualquier tipo de consulta ante el registro.

4.7.8 Eliminación de proveedores.

El proveedor que incluya dentro de la documentación certificaciones o documentos inexactos o erróneos será depurado del registro de proveedores, lo mismo aplica para aquel proveedor que no complete toda la información y documentos requeridos.

Además el proveedor que incumpla en alguna medida los términos del contrato adjudicado, será eliminado del registro y no podrá participar en futuras negociaciones mientras dure el proceso electoral.

Lo mismo aplicará a aquellos proveedores que se atrasaren en la entrega del bien adquirido o en la prestación del servicio requerido, siempre que no medie causa de fuerza mayor que haya impedido tal entrega o prestación.

Serán eliminados también los proveedores que en el acto de la entrega se determinara que han variado sustancialmente lo solicitado en cuanto a cantidad y calidad.

4.7.9 Principios fundamentales del registro de proveedores.

Máxima publicidad: El registro de proveedores será público y pondrá a disposición la nomina de aquellos que estén inscritos. La información relativa a la situación económica, financiera y legal de los proveedores inscritos, solo podrá ser conocida por el Tribunal Supremo Electoral.

Los proveedores inscritos autorizarán a la Secretaría General para publicar la información señalada anteriormente y toda aquella que se refiera a sus participaciones en procesos de contratación, total o parcialmente.

Gratuidad de las gestiones del registro. Todas las gestiones que se realicen para la inscripción de proveedores en el Registro de Proveedores del Tribunal Supremo Electoral, así como la información que se obtenga a través del mismo, serán gratuitas. La transparencia en la administración pública, es tan importante como la eficiencia, de

nada sirve que los órganos administrativos realicen sus funciones de manera eficiente, si queda espacio a la especulación.

Cuando no existen reglas de control y fiscalización, se cae en la discrecionalidad excesiva, que permite que los funcionarios públicos decidan sobre aspectos que afectan de manera negativa a la población en general, casi siempre sin que se descubran, la detección temprana de acciones que podrían ser calificadas como deshonestas, produce un efecto disuasivo en el potencial sujeto activo del delito. Sumado a lo expuesto, el control debe ir acompañado del registro cronológico de todas las decisiones administrativas relacionadas con determinada contratación, de manera que sea posible saber en el futuro, quien participó, como actuó, que razones fundamentaron la decisión final, con esto podrá crearse políticas internas para el tratamiento de situaciones similares.

CONCLUSIONES

1. Se determinó que regular las contrataciones durante el proceso de elecciones generales, por medio de reglamento, emitido por el pleno de magistrados, representa una ventaja administrativa, con el corto tiempo con el que se cuenta para la realización de las elecciones no permite cumplir con plazos largos ni con excesivos requisitos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado.
2. La legislación vigente en materia de contrataciones contempla figuras que ayudan a detectar los actos de corrupción, sin embargo carece de alcances preventivos, aunque la ley estipula prohibiciones claras no establece mecanismos de control interno para la verificación del cumplimiento de estas disposiciones previo a la celebración de los contratos finales.
3. El manejo transparente de los recursos confiados al Tribunal Supremo Electoral para la realización del proceso electoral, fortalece la credibilidad institucional, lo cual se traduce en resultados electorales confiables. Además tiene una incidencia en el ámbito internacional que percibe en este caso un avance en materia democrática.
4. Se estableció que es posible obtener mejores resultados con la inclusión de controles y mecanismos específicos para la pre-calificación, calificación y la respectiva contratación con los proveedores interesados, dentro del Reglamento de Contrataciones del Proceso de elecciones generales.

RECOMENDACIONES

1. El Tribunal Supremo Electoral debe publicar de manera electrónica todos los actos administrativos, previos y posteriores al otorgamiento de los contratos administrativos durante el proceso de elecciones generales, para incrementar la responsabilidad de los funcionarios públicos que intervienen en las contrataciones, con el propósito de que cada uno de los actos administrativos puedan ser fiscalizados correctamente.
2. El pleno de magistrados del Tribunal Supremo Electoral debe incluir en el Reglamento de Contrataciones, del proceso electoral, la obligación de registrar y publicar por medio del portal de internet oficial, una síntesis de las decisiones relacionadas con las contrataciones que por su importancia, monto y utilidad que tengan relevancia, para que sea de fácil acceso a los interesados, lo que permite que exista una pronta y correcta auditoria social.
3. El Tribunal Supremo Electoral, por medio de la Dirección de Personal, anterior al proceso electoral, deberá, seleccionar y proponer al pleno de magistrados, los funcionarios públicos de la institución, que posean los perfiles técnicos y profesionales, aptos para integrar las Juntas de Cotización Electoral, para que se apliquen los controles administrativos internos que establezcan las relaciones familiares, personales o comerciales que puedan existir con determinado proveedor, con el propósito de detectar y prevenir cualquier tipo de conflicto de interés, antes de la contratación.
4. El Tribunal Supremo Electoral, debe incluir en la memoria de labores del proceso electoral, el detalle cronológico, de las contrataciones efectuadas y el uso dado a cada uno de los recursos administrados, para rendir cuentas claras a la ciudadanía, con lo cual se cumple el objetivo de realizar elecciones libres y transparentes

BIBLIOGRAFÍA

APARICIO FLORES, Julio Roberto, **Autónoma o autárquica, cuál es la naturaleza jurídica del Tribunal Supremo Electoral**, Guatemala, Guatemala, Tesis (Abogado y Notario), Universidad Francisco Marroquín, 2002.

CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**, 9 ed.; Buenos Aires, Argentina, Ed. Heliasta, 1976

CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo, **Derecho administrativo guatemalteco**, México, México, Ed. Porrúa/UNAM, 2004

DE BUEN LOZANO, Néstor, **La decadencia del contrato**, 2da. ed.; México, México, Ed. Porrúa, 1986

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, **Política y constitución en Guatemala**, Guatemala, Guatemala, Ed. Procuraduría de los Derechos Humanos, 1993

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, **Filosofía del derecho**, era. ed.; México, México, Ed. Porrúa, 1994

GUERRA ROLDÁN, Mario Roberto, **El sistema electoral guatemalteco**, Guatemala, Guatemala, Ed. UNAM, 1996

Instituto Interamericano De Derechos Humanos, **Diccionario electoral**,
San José, Costa Rica: Ed. Capel, 1991

MALDONADO AGUIRRE, Alejandro, **Las constituciones de Guatemala**, Guatemala,
Guatemala, Ed. Piedra Santa, 1984

MONT ARRIAGA, Irma Virginia, **El problema de la definición del derecho**,
Guatemala, Guatemala, Tesis (Abogado y Notario), Universidad de San Carlos
de Guatemala, 1975.

MONROY CABRA, Marco Gerardo, **Introducción al derecho**, 14 ed.; Bogotá,
Colombia, Ed. Temis, 2006.

PORRUA PÉREZ, Francisco, **Teoría del Estado**, México, México, Ed. Porrúa, 1977.

Real Academia Española, **Diccionario de la lengua española**, 21 ed.; Madrid,
España, Ed. Espasa-Calpe, 1992.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, **Introducción al estudio del derecho**, 2da. ed.; México,
México, Ed. Porrúa, 1967.

TRUJILLO MUNOZ, Augusto, **El Estado y el derecho**, Santa Fe de Bogotá, Colombia,
Ed. Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001.

Universidad Autónoma De Barcelona, **Manual de derecho administrativo una perspectiva desde los ordenamientos jurídicos de Guatemala y España**, Barcelona, España, 2002.

Legislación:

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

Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92, Congreso de la República de Guatemala, 1992.

Ley Electoral y de Partidos Políticos, Decreto 1-85, Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Ley de Nacionalidad, Decreto 1613 del Congreso de la república, 1966.