



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala

REVISTA JURÍDICA

XXVII

Guatemala, 2017

ijj

Instituto de investigación y estudios superiores
en ciencias jurídicas y sociales



VRIP

VICE-RECTORÍA DE
INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN



Universidad
Rafael Landívar

Tradición Jesuita en Guatemala

REVISTA JURÍDICA XXVII

iiij

Instituto de investigación y estudios superiores
en ciencias jurídicas y sociales



VRIP

VICERRECTORÍA DE
INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN

Revista Jurídica XXVII / Instituto de Investigación y Estudios Superiores en
Ciencias Jurídicas y Sociales (IJ). Guatemala: Universidad Rafael
Landívar [2000 -]. Núm. XXVII. 1.ª época (julio – diciembre 2017).
xii; 179 pp.
ISSN: 1409-4762

Universidad Rafael Landívar
Instituto de Investigación y Estudios Superiores en
Ciencias Jurídicas y Sociales (IJ)
Revista Jurídica, núm. XXVII, segundo semestre, año 2017.

D.R. (C) Instituto de Investigación y Estudios Superiores en
Ciencias Jurídicas y Sociales (IJ)
Universidad Rafael Landívar, Campus Central,
Vista Hermosa III, zona 16, Edificio "O", 2.º nivel, oficina O-214
Apartado Postal 39-C, Ciudad de Guatemala, Guatemala, 01016
Teléfono: (502) 2426-2626 Extensión: 2551
Fax: (502) 2426-2595
Correo electrónico: ijj@url.edu.gt
Página electrónica: www.url.edu.gt

Se permite la reproducción total o parcial de esta publicación siempre que su uso no tenga fines comerciales, citando la fuente original, y sus contenidos no sean modificados con base en la versión inicial.

Comité Editorial:

Dr. Otilio Miranda, S. J.
Lcdo. Miguel Alberto Santizo Hernández
Mgr. Luis Andrés Lepe Sosa

Índice

Presentación	v
Introducción	ix
Marco jurídico del derecho administrativo en Guatemala: crisis económica y administrativa <i>Mgtr. Mario Fredy Soto Ramos</i>	1
Organización administrativa del Estado de Guatemala en el marco de la crisis económica <i>Mgtr. Mirian Andrea García Aguilar</i>	13
La organización administrativa en el marco de la crisis económica <i>Mgtr. Ronald Augusto González Revolorio</i>	23
El procedimiento administrativo <i>Mgtr. Gilda María Urrutia Sosa</i>	37
Administración electrónica <i>Mgtr. Sherly Alejandra Calderón Vasquez</i>	55
Análisis de la Ley de Acceso a la Información Pública de Guatemala, Decreto 57-2008 <i>Mgtr. Marta Rossana Cáceres López</i>	63
Acciones tendientes a la transparencia en Guatemala: Gobierno abierto <i>Mgtr. Diana Lucía Yon Véliz</i>	79
Análisis de la resolución dictada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, dentro del expediente 4255-2009, a la luz del derecho a la información pública <i>Mgtr. José Roberto Oviedo Soto</i>	89

Contratación pública verde <i>Mgtr. Augusto Jordán Rodas Andrade</i>	99
Compras verdes: contrataciones responsables <i>Mgtr. Fernando Jaramillo López</i>	109
La contratación pública en Guatemala. El caso Terminal de Contenedores Quetzal <i>Mgtr. Ana Belén Puertas Corro</i>	119
La responsabilidad patrimonial del Estado en el ordenamiento jurídico guatemalteco <i>Mgtr. Luis Andrés Lepe Sosa</i>	139
El proceso contencioso administrativo en Guatemala <i>Mgtr. Jackelline Yessenia Ralón Velásquez</i>	153
Apuntes sobre el procedimiento de fiscalización gubernamental <i>Mgtr. Erick Mauricio Maldonado Ríos</i>	163

Presentación

En el segundo semestre del 2000 el IJ editó el primer número de la *Revista Jurídica*, que se publicó semestralmente hasta el 2006 y, luego de una interrupción entre 2007 y 2010, volvió a editarse desde el primer semestre del 2011 hasta la fecha, sumando en total –junto con el presente– veintisiete números, en los que se han publicado cientos de artículos, ensayos y documentos de interés para las ciencias jurídicas y sociales, a nivel nacional e internacional.

El estado actual de las tecnologías de la información y las preferencias del lector de hoy en día, así como las consideraciones de eficiencia en los costos y la sostenibilidad ambiental, entre otros factores, conducen a que el IJ se decida a partir del 2017 a publicar la *Revista Jurídica* exclusivamente en formato digital.

La principal ventaja de este nuevo formato es que el acceso y consulta a la *Revista Jurídica* se facilita, abarata y amplifica exponencialmente en relación con el antiguo formato en papel. En la era digital que se vive actualmente, limitar una publicación a un formato exclusivamente impreso significa prácticamente condenarla a tener una audiencia limitada y, consecuentemente, una incidencia insuficiente, con lo que difícilmente se logrará cumplir con el objetivo de proyección e incidencia de toda investigación, es decir, servir como instrumento para la solución de los problemas que aquejan a la sociedad. Además, cabe mencionar que el cambio hacia el formato digital no implica de ninguna manera una reducción en los estándares editoriales. Al contrario, los artículos que conforman la *Revista Jurídica* continúan siendo sometidos a un estricto proceso de revisión de forma y fondo, a través de un comité editorial.

Asimismo, el formato de la *Revista Jurídica* se fundamenta en nuevos criterios de diseño, con los que se pretende ofrecer al lector

una experiencia más estética y placentera. Dichos criterios se ajustan a las pautas fijadas en el marco del proceso de unificación de la identidad gráfica de la Vicerrectoría de Investigación y Proyección de esta universidad, que a través de su Manual de Identidad Gráfica y el posterior Manual Editorial de Publicaciones, ha buscado la consolidación de la «imagen VRIP» a lo interno y externo de la Universidad Rafael Landívar.

Habiendo hecho una breve reseña sobre el nuevo formato de la *Revista Jurídica*, se procede a presentar el contenido del número XXVII, que al igual que el anterior, está conformado por investigaciones llevadas a cabo por los doctorandos de la tercera cohorte del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco. Específicamente, las investigaciones se realizaron en el marco del curso titulado *Tendencias actuales del derecho administrativo*, bajo la dirección del doctor Martín María Razquin Lizarraga, catedrático de derecho administrativo en la Universidad Pública de Navarra.

Los temas centrales sobre los cuales versan las investigaciones contenidas en la *Revista Jurídica XXVII* cubren los siguientes temas:

- a) La organización administrativa en el marco de la crisis económica.
- b) Transparencia y buen gobierno.
- c) La contratación pública y la contratación pública verde.
- d) Procedimiento administrativo, administración electrónica y procedimiento sancionador.
- e) Responsabilidad de la administración pública y el control de la administración: recursos administrativos y jurisdicción.

La importancia de la *Revista Jurídica XXVII* consiste en evaluar la legislación guatemalteca en relación con las tendencias actuales en la materia a nivel europeo, con especial énfasis en el territorio español, con la finalidad de proponer un sistema legal administrativo actualizado, acorde con las ideas y necesidades de los últimos tiempos. Varias de las disposiciones normativas nacionales sobre estos temas adolecen de graves deficiencias y su actualización conforme a los estándares internacionales es imperativa y de gran utilidad para la sociedad

PRESENTACIÓN

guatemalteca, con el fin de contar con una legislación moderna y apta para el desarrollo de una administración pública eficaz, eficiente y respetuosa de los derechos fundamentales de los particulares.

Luis Andrés Lepe Sosa

Investigador

Instituto de Investigación y Estudios Superiores en
Ciencias Jurídicas y Sociales (IIJ)

Ciudad de Guatemala, octubre de 2017.

Introducción

En febrero de 2017 se tuvo el honor de impartir el curso «Tendencias actuales del Derecho Administrativo», en la Universidad Rafael Landívar de Guatemala, dentro del programa de Doctorado en Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar y de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

En los cursos de Doctorado el profesor busca la interacción con los alumnos y sobre todo que estos desarrollen sus conocimientos, en especial, como ocurre en la Universidad Rafael Landívar cuando los alumnos de Doctorado son personas que se caracterizan por desarrollar en su mayor parte una labor profesional como abogados, jueces, funcionarios o profesores, lo que les permite contar con un bagaje de conocimientos que permite enfatizar dicha interacción docente, académica e investigadora.

El curso del 2017 se ha centrado en apuntar las tendencias más destacadas del Derecho Administrativo mundial, europeo y español en particular, ofreciendo a los alumnos la posibilidad de profundizar en la realidad guatemalteca en los diferentes temas que fueron abordados en el curso.

Como se ha indicado, el curso no solo sigue una metodología puramente docente, sino también y especialmente investigadora, fruto de la cual los alumnos del mismo deben desarrollar e investigar uno de los temas del curso. Ello ofrece un enorme interés investigador puesto que los alumnos están obligados a reflexionar desde el ámbito que ofrece la Universidad, en muchas tareas que realizan todos los días pero que el ámbito universitario permite observar desde una perspectiva más asentada, tranquila y reflexiva.

También este año, los trabajos presentados en el curso «Tendencias actuales del Derecho Administrativo» reunieron un gran nivel e interés. Ello provocó que el director del Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, el profesor Dr. Larry Andrade-Abularach, propusiera ascender a una segunda fase, con la presentación de trabajos más elaborados por los alumnos, en orden a conformar un número de la Revista Jurídica del Instituto citado.

Ahora, con suma alegría, compruebo que los alumnos del Doctorado han reelaborado la versión inicial de sus trabajos –aunque siguiendo el consejo de mantener su brevedad– y que, por tanto, estos pueden servir para componer un número de la Revista Jurídica del Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales dedicado al Derecho Administrativo.

Mi tarea ha consistido en la ordenación de los trabajos y en intentar ofrecer al lector una numeración de estudios que le permita acceder al conocimiento del Derecho Administrativo guatemalteco. Para esta ordenación he seguido el esquema clásico de los tratados de Derecho Administrativo, comenzando por el examen general de qué es el Derecho Administrativo, siguiendo por la organización, luego el procedimiento administrativo, en el que cobra especial sentido la Administración electrónica y la transparencia y el derecho de acceso a la información pública; más adelante, la contratación pública, y finalmente las garantías, bien con el instituto de la responsabilidad administrativa, el proceso contencioso administrativo y el control de la actividad de las instituciones públicas.

Es, por tanto, para mí un placer presentar este número de la Revista Jurídica, y mostrar públicamente mi enorme satisfacción por el trabajo universitario bien hecho, una de cuyas muestras aquí hoy se ofrece. Es cierto que serán los lectores y usuarios de la Revista los que en definitiva la juzguen, pero creo expresar el sentir unánime de todos los participantes en advertir que su pretensión ha sido la de ofrecer un trabajo de investigación, con el ánimo añadido de que sirva para que el Derecho Administrativo

de Guatemala vaya, también con estas aportaciones, cobrando toda la importancia que se merece.

Pamplona, junio de 2017.

*Dr. Martín María Razquin Lizarraga**

* Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pública de Navarra (Pamplona). Profesor del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, en Guatemala.

Marco jurídico del derecho administrativo en Guatemala: crisis económica y administrativa*

*Mgtr. Mario Fredy Soto Ramos***

Sumario. I. Introducción; II. Constitución Política de la República de Guatemala; III. Ley de lo Contencioso Administrativo; IV. Principios del derecho administrativo; V. Ley de Compras y Contrataciones del Estado; VI. Ley Orgánica del Presupuesto Nacional; VII. Código Municipal; VIII. Ley General de Descentralización; IX. Conclusiones; X. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Las tendencias actuales del derecho administrativo han variado ostensiblemente, derivado de la crisis de los países emergentes, tanto económica como administrativamente.

* Investigación presentada en abril de 2017 en la línea de investigación «Tendencias actuales del Derecho Administrativo», dirigida por el doctor Martín María Razquin Lizarraga, dentro de la tercera cohorte del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1985. Abogado y Notario; Posgrado en Derecho Mercantil Contemporáneo por la Universidad de San Carlos de Guatemala, Colegio de Abogados e Instituto de Derecho Mercantil Guatemalteco; Maestría en Derecho Corporativo por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad Pontificia Comillas, Madrid; Miembro de la tercera cohorte del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. 32 años de ejercicio profesional, Bufete Corporativo Soto Ramos. Publicaciones: *La Representación Legal de las Sociedades Mercantiles*, 1985; *La Empresa Mercantil Guatemalteca*, 2011; *Análisis Jurídico Económico del Mercado Informal en Guatemala*, 2015. Colegiado 3,152.

La tendencia económica afecta las medidas administrativas públicas, sobre todo porque existe un debate si la administración pública para el buen manejo del gasto público o de la imposición de multas, tiene derecho de acceder al patrimonio del afectado.

Existen dificultades económicas que afectan las medidas administrativas y como tal es menester realizar un análisis de la normativa jurídica, para el entendimiento del marco jurídico en el campo administrativo.

El análisis jurídico que se realiza es acerca del Estado y todas las reformas administrativas. La incorporación de nueva normativa jurídica, que conlleva las reformas de la administración pública, sobre todo para determinar qué relevancia tienen o de qué manera inciden en el contexto de la crisis global.

Por ello se analiza normativa constitucional y ordinaria para determinar en qué aspecto ha afectado la crisis económica y administrativa al Estado de Guatemala y la crisis global que en la actualidad se vive por las dependencias públicas y en su caso por el contribuyente o ciudadano.

El presente trabajo conlleva la finalidad de abordar con propiedad esa crisis, tanto en el Estado como a nivel particular. Al ir avanzando en la lectura de la presentación, se determina cuán grande es la crisis actual en Guatemala, derivada de los acontecimientos políticos del 2015 a nivel interno.

Diferente es en cuanto a la Unión Europea, que es otra clase de crisis económica y administrativa, pero no por ello deja de ser crisis. Hasta en la crisis hay globalización.

II. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

Es el marco normativo fundamental del país, y como tal regula la Administración Pública. Debe operar el principio de legalidad administrativa para consolidar el Estado de derecho.

Adolfo Merkl, al referirse al derecho administrativo, indica: «Toda actividad administrativa del Estado debe basarse en la ley, el

único medio para establecer y consolidar el Estado de Derecho». ¹ Para los autores y estudiosos del derecho administrativo guatemalteco, esta es una tesis de aceptación universal.

Por tanto, el principio de legalidad administrativa debe operar a cabalidad para dar certeza jurídica a los habitantes de la república, sobre la base de que las decisiones administrativas –esto es, de las autoridades legalmente establecidas– se respeten y sean dictadas dentro del marco de la ley.

Guatemala tiene una historia de dictaduras gubernamentales, sin embargo es en la época de estas en donde se crea e impone el principio de juridicidad administrativa, que establece que toda decisión administrativa debe estar sujeta a la ley.

De acuerdo con la ley fundamental, operan varios principios constitucionales administrativos que revisten de certeza jurídica los actos administrativos. El principio de publicidad de los actos administrativos, contenido en el artículo 30 de la Constitución Política de la República, establece que «Todos los actos de la administración son públicos».

El artículo 153 de la Constitución Política de la República se refiere al imperio de la ley, el cual se extiende a todas las personas que se encuentran en el territorio de la república.

El artículo 154 de dicha normativa se refiere a la sujeción a la ley del funcionario público; establece, «Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella».

En cuanto al régimen administrativo, la Constitución Política de la República establece en el artículo 224 que la «administración será descentralizada».

En cuanto al régimen municipal, la Constitución Política de la República le otorga autonomía municipal a las municipalidades. El artículo 253 del citado cuerpo legal fundamental establece: «Los municipios de la República de Guatemala, son instituciones autóno-

1 Castillo González, Jorge Mario, *Derecho administrativo*, Guatemala, 2002, treceava edición actualizada, tomo I, parte general.

mas [...]. Para los efectos correspondientes emitirán las ordenanzas y reglamentos respectivos».

No obstante que la Constitución contiene las normas de convivencia, es un texto único y no se considera un conjunto de leyes.

En materia administrativa es ley fundamental, de observancia general y de cumplimiento estricto.

Daynelis Jerez Tamayo en su obra *La organización administrativa de los órganos locales del poder popular en los municipios: visión desde la Constitución de la República*, al referirse al derecho constitucional y su relación con el derecho administrativo, sostiene:

«En cuanto a su relación con el Derecho Constitucional, se dice que esta relación es muy íntima ya que el Derecho Constitucional estudia la ciencia del sistema del Derecho Administrativo, en él se encuentran las denominaciones de los capítulos del Derecho Administrativo; uno es el prefacio obligado del otro porque el Derecho Constitucional estudia los órganos del Estado y el Derecho Administrativo la acción de éstos. Por la estrecha relación que existe entre ellos se puede decir que el Derecho Constitucional orienta al Derecho Administrativo».²

El derecho constitucional es base fundamental del derecho administrativo, se ejerce con propiedad por parte de los diversos órganos del Estado y como tal informa al derecho administrativo, los prolegómenos constitucionales informan y orientan a las normas administrativas.

En los Estados modernos el derecho administrativo es más ágil, ya el autor Gabino Fraga, al referirse a la actividad administrativa del Estado, indica: «La actividad del Estado es el conjunto de actos materiales y jurídicos, operaciones y tareas que realiza en virtud de las atribuciones que la legislación positiva le otorga».³ Por lo tanto el derecho constitucional tiene estrecha relación con el derecho administrativo.

2 Jerez Tamayo, Daynelis, *La organización administrativa de los órganos locales del poder popular en los municipios: visión desde la Constitución de la República*, El Salvador, 2010, trabajo de diploma, carrera de derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Vladimir Ilich Lenin, http://biblioteca.utec.edu.sv/siab/virtual/elibros_internet/55670.pdf.

3 Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1989.

Las normas constitucionales analizadas anteriormente sustentan los principios en que se fundamenta el derecho administrativo, respetando la división de poderes, la función administrativa y el acto administrativo.

El autor anteriormente mencionado divide la función administrativa desde los puntos de vista formal y material, agregando que «en los regímenes constitucionales modernos no hay coincidencia entre la división de Poderes y la división de funciones».⁴

En Guatemala la división de poderes está determinada, pero la función administrativa y los actos administrativos tienen una división marcada, que en ciertas oportunidades cada poder ejerce actos administrativos que no le corresponden o no coinciden con las funciones de cada poder, por ello existe crisis administrativa.

III. LEY DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Existe una serie de leyes ordinarias que son el ámbito de vigencia del derecho administrativo guatemalteco. Jorge Mario Castillo González, autor guatemalteco en cuanto a leyes ordinarias administrativas, relaciona a ley formal o ley ordinaria y sostiene: «Es la decisión formal exclusiva del Estado que cuenta con alguna organización legislativa».⁵

El derecho administrativo, incluyendo el procesal, tiene características de sencillez, rapidez, informalidad e impulso de oficio. Pero opera como principio de rigidez administrativa la Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto 119-96 del Congreso de la República.

Esta ley tiene como objeto regular y controlar los actos de la administración pública, sobre todo porque el derecho administrativo cambia constantemente en la república y durante muchos años o épocas se ha visto opacado por un fenómeno extrajurídico consistente en la corrupción a todo nivel.

La materia de esta ley es garantizar los derechos de los administrados y el control de juridicidad no debe estar subordinado a intereses de particulares.

4 *Ibidem*, p. 53.

5 Castillo González, Jorge Mario, *Derecho procesal administrativo*, Guatemala, 2002, treceava edición actualizada, tomo II, parte especial.

Los principios están contenidos en el artículo 2 de dicha ley. El recurso de revocatoria está contenido en el artículo 7 de la ley y subsiguientes. Considerando que la Corte de Constitucionalidad ha declarado que el acceso a la legítima defensa y al debido proceso, lo constituye tener acceso directo a la recta aplicación de la justicia, que implique hacer uso de todos los recursos establecidos en materia administrativa, implica que toda resolución que tenga superior jerárquico es viable de ser revisada de una manera objetiva e independientemente de la autoridad que la dictó.

La doctrina ha sostenido que el derecho a hacer uso de los recursos administrativos es un derecho inherente a la persona humana. La legislación fundamental y la ordinaria lo regulan, con el objeto de que se limite la autoridad de quien dicta ciertas resoluciones administrativas, porque al igual que en la jurisdicción ordinaria, en la administrativa hay excesos o vulneraciones.

Se destaca que el ámbito de defensa en la administración, frente a las decisiones de las autoridades administrativas, se concreta a la vigencia de los recursos administrativos de revocatoria y reposición, siendo estos los únicos medios de impugnación en toda la administración pública.

En cuanto al proceso contencioso administrativo, tomando en cuenta la sencillez del derecho administrativo, este es de única instancia y carece de efectos suspensivos. Al respecto la Corte de Constitucionalidad se ha manifestado en el sentido de que

«Esta Corte en otras oportunidades se ha pronunciado en el sentido de precisar que el proceso contencioso administrativo [...] carece de efectos suspensivos salvo la excepción contenida en esa misma norma, pero *entiéndase que esta aseveración se formula respecto a este proceso, no así con relación a los recursos administrativos, los cuales por su naturaleza sí producen este efecto*».

Es decir que los recursos de la Administración Pública en general sí producen efectos suspensivos, por lo tanto la autoridad impugnada no podrá ejecutar lo resuelto, mientras se encuentren impugnadas las resoluciones respectivas.

IV. PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

A. Principio de legalidad

Este principio se basa en la ley, especialmente a lo contenido en la Constitución Política de la República, artículos 152 –relativo al poder público–, 153 –imperio de la ley–, 154 –función pública, sujeción a la ley–. Este principio establece que todos los actos administrativos de funcionario público deben estar sujetos a la ley.

Opera con peligrosidad la discrecionalidad del acto, porque el funcionario público no tiene límite o no encuentra el límite entre la veracidad o la certeza y su propio criterio, su leal saber y entender.

B. Principio de sencillez

El derecho administrativo es sencillo, no requiere de formalidad alguna, puede ejercerse sin requisitos esenciales, las peticiones o planteamientos pueden plantearse sin mayores fundamentos, solo es necesario ser concreto en la petición.

C. Principio de rapidez

Este principio se refiere a que el derecho administrativo ante la autoridad pública debe resolverse de inmediato. Las resoluciones administrativas deben dictarse de forma inmediata; no se basa en términos o plazos. Más bien dicho, no hay plazos, porque la función administrativa y los actos administrativos deben dictarse de inmediato.

D. Principio de informalidad e impulso de oficio

El derecho administrativo es informal, porque carece de formalidad para los planteamientos administrativos; el mismo debe ser impulsado por la propia autoridad, sin necesidad de petición de parte, es oficioso.

E. Principio de competencia reglada

Si el principio de seguridad jurídica determina que los funcionarios solo pueden hacer lo que la Constitución y las leyes le permiten, el principio de competencia reglada se refiere a que la ley prevé que ante ciertas cuestiones de hecho, los funcionarios públicos deben sujetarse a las facultades que la ley les otorga, y no actuar de acuerdo con su libre albedrío.

V. LEY DE COMPRAS Y CONTRATACIONES DEL ESTADO

Las contrataciones administrativas se encontraban contenidas en diferentes cuerpos normativos, lo que no le permitía a la autoridad llevar un procedimiento ágil para la contratación de bienes y servicios del Estado.

Ello llevó a la emisión del Decreto 57-92 del Congreso de la República, cuyas modificaciones recientes se han incorporado a una administración ágil y con mejor proyección. Su objeto es regular toda la contratación del Estado, ya sea en bienes, suministros, obras y servicios. En materia de tratados internacionales, la ley de compras se aplicará en forma complementaria, siempre que no contradiga los mismos.

Se establece en esta normativa lo referente a los recursos administrativos, contempla los recursos de revocatoria y de reposición, como agotamiento del principio de definitividad para plantear el contencioso administrativo.

En los países de Centroamérica la legislación al respecto es similar, contiene las mismas figuras jurídicas de los actos administrativos en materia de compras.

VI. LEY ORGÁNICA DEL PRESUPUESTO NACIONAL

Ley Orgánica del Presupuesto, Decreto 101-97, contempla el objeto de la ley, destacando el sistema de presupuesto para ejecutar los planes de Estado. Contiene normas relativas a la ejecución presupuestaria de las entidades descentralizadas y autónomas, como las direcciones generales, con excepción de las municipalidades, la Universidad de San Carlos de Guatemala como universidad estatal y la Escuela de Agricultura, porque dichas entidades se rigen por su propia ley o por leyes específicas, pero sí deben adecuarse a la normativa de esta ley en cuanto a la ejecución presupuestaria.

Esta ley es complementada con la Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el ejercicio fiscal 2017, Decreto 50-2016 del Congreso de la República, que contiene el presupuesto nacional del año 2017.

VII. CÓDIGO MUNICIPAL

De acuerdo con las doctrinas modernas, los gobiernos municipales se gobiernan por sí mismos. Según Jorge Machicado en sus apuntes jurídicos indica que:

«Por Autonomía Municipal se entiende la capacidad efectiva de entidades a regular y administrar, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de su población, una parte importante de los servicios públicos».⁶

En la actualidad y derivado de la crisis política que ha vivido Guatemala, se establece que la autonomía municipal es un medio para afectar al municipio, no obstante que su objeto es la modernización y descentralización del Estado guatemalteco.

El Código Municipal, Decreto 12-2002, tiene por objeto desarrollar los principios constitucionales referentes a la organización, gobierno, administración y funcionamiento de los municipios; la autonomía es determinante en el desarrollo de los municipios, porque le da facultades a la emisión de sus ordenanzas y reglamentos.

Reconoce las alcaldías indígenas, inclusive sus propias formas de funcionamiento administrativo (artículo 55 del Código Municipal).

Los procedimientos administrativos municipales son públicos, y en lo relativo a las resoluciones de plazos, apremios y notificaciones se aplicará lo que disponen las leyes administrativas y procesales (artículo 141 del Código Municipal).

Contiene un régimen sancionatorio y en cuanto a los medios de impugnación, contempla los recursos de revocatoria, de reposición y contencioso administrativo (arts. 155-159 del Código Municipal).

Las autoridades municipales muchas veces no operan con base en sus funciones regladas, un ejemplo es la improcedencia de la licencia municipal para la instalación de una valla publicitaria, porque los Tribunales de lo Contencioso Administrativo del Departamento de Guatemala han reiterado en repetidas sentencias que de conformidad con el artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial y a lo

6 Machicado, Jorge, «apuntes jurídicos», <https://jorgemachicado.blogspot.com/>

definido por el propio reglamento de construcción de edificaciones en áreas residenciales y urbanas del municipio de Guatemala, las vallas publicitarias no constituyen edificaciones de las contempladas en dichos cuerpos normativos, por lo que cualquier resolución del Juzgado Municipal y del Concejo Municipal no está sujeto a derecho y carece de legalidad, por no existir normativa jurídica que contemple la obligación legal, de que previamente a erigir una valla publicitaria, se tenga que obtener *una licencia municipal*. (Sentencia Contencioso No. 39-2008 Of. 3°. Sala Quinta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Guatemala, siete de septiembre de dos mil nueve. Sentencia Contencioso No. 1145-2008-30 Of. 1°. Sala Quinta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Guatemala, veinte de abril de dos mil nueve. Sentencia Contencioso No. 1145-2009-046 Of. 1°. Sala Quinta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Guatemala, veintiséis de agosto de dos mil nueve).

VIII. LEY GENERAL DE DESCENTRALIZACIÓN

Esta ley, contenida en el Decreto 14-2002 del Congreso de la República, tiene por objeto según el artículo 1:

«Desarrollar el deber constitucional del Estado de promover en forma sistemática la descentralización económica administrativa, para lograr un adecuado desarrollo del país en forma progresiva y regulada, para trasladar las competencias administrativas, económicas, políticas y sociales del Organismo Ejecutivo al municipio y demás instituciones del Estado».

Dicha normativa tiene como principio fundamental generar la descentralización del Organismo Ejecutivo; sin embargo, derivado de sus falencias, es poco o nada funcional en la Administración Pública, todo lo relacionado a la descentralización deviene de las leyes específicas de las instituciones.

Se crearon los sistemas de Desarrollo Urbano y Rural –COCODE–, Decreto 11-2002 del Congreso de la República, que tiene por objeto organizar y coordinar la Administración Pública mediante la formulación de políticas de desarrollo, planes y programas presupuestarios, y el impulso de la coordinación institucional, pública y privada (artículo 3 de la Ley).

Estos grupos se han constituido como grupos de presión administrativos, que sin mayores conocimientos ejercen poder en la administración del poder local.

Los COCODE por creación de la ley, deben actuar con base en el derecho administrativo, respetando los principios del derecho administrativo, especialmente en cuanto al principio de legalidad, porque deben estar sujetos a la ley y al principio de función reglada, porque no puede actuar con base en su libre albedrío, sino de acuerdo con las funciones de la ley que los creó y demás leyes administrativas.

IX. CONCLUSIONES

1. El marco jurídico del derecho administrativo en Guatemala se fundamenta en la consolidación de las funciones administrativas, se refleja en la falta de cultura de los funcionarios públicos a realizar cambios estructurales, mediante la implementación de planes y programas de acuerdo con su período de funcionamiento. Existe división de poderes, pero sus funciones no coinciden con sus facultades como poderes del Estado.
2. Existen pocos criterios de administración y se basan fundamentalmente en la experiencia de los funcionarios, dejando a un lado las doctrinas y teorías del derecho administrativo, lo cual se observa con mayor regularidad entre los funcionarios municipales, que dejando a un lado la doctrina y la norma, actúan de acuerdo con su criterio práctico o empírico, quebrantando el principio de función reglada.
3. Se emiten por los funcionarios administrativos acuerdos, resoluciones y actos, sin tomar en cuenta las fuentes del derecho administrativo, mucho menos el rango constitucional, porque actúan políticamente, sin tomar en cuenta las leyes específicas.
4. En la actualidad se ha implementado una ley que libera el secreto bancario, ante lo cual se avizora una crisis tanto económica como administrativa, habrá fuga de capitales, determinación de mejor base imponible, y cuál será la respuesta sobre el gasto público. Esta normativa implementada tiene carácter administrativo hacia particulares, pero debe estar basada en ley y en funciones otorgadas a los funcionarios, no a discrecionalidad.

X. REFERENCIAS

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución Política de la República de Guatemala.

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario, *Derecho administrativo*, Guatemala, 2002, treceava edición actualizada, tomo I, parte general.

_____, *Derecho procesal administrativo*, Guatemala, 2002, treceava edición actualizada, tomo II, parte especial.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Decreto 57-92, Ley de Compras y Contrataciones del Estado.

_____, Decreto 119-96, Ley de lo Contencioso Administrativo.

_____, Decreto 101-97, Ley Orgánica del Presupuesto Nacional.

_____, Decreto 12-2002, Código Municipal.

_____, Decreto 14-2002, Ley General de Descentralización.

FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1989.

JEREZ TAMAYO, Daynelis, *La organización administrativa de los órganos locales del poder popular en los municipios: visión desde la Constitución de la República*, El Salvador, 2010, trabajo de diploma, carrera de derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Vladimir Ilich Lenin, http://biblioteca.utec.edu.sv/siab/virtual/elibros_internet/55670.pdf.

MACHICADO, Jorge, «apuntes jurídicos», <https://jorgemachicado.blogspot.com/>.

Organización administrativa del Estado de Guatemala en el marco de la crisis económica *

Mgtr. Mirian Andrea García Aguilar**

Sumario: I. Introducción. II. Principio de estabilidad presupuestaria: A. El caso español. B. El caso guatemalteco. III. Ejecución del presupuesto en el contexto guatemalteco. IV. La ejecución presupuestaria en la organización administrativa del Estado de Guatemala. V. Conclusiones. VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

En el 2008 la economía mundial sufre un impacto que se origina en Estados Unidos de América y cuyas causas se generan a través de fallos en la regulación económica, delitos cometidos por bancos, sobrevalorización de bienes y servicios, crisis alimentaria, y crisis crediticia e hipotecaria. Sobre estas causas la organización administrativa no puede ser ajena, pues esa crisis, más tarde, va a tener injerencia en la prestación de bienes y servicios públicos.

* Investigación presentada en abril de 2017 en la línea de investigación «Tendencias actuales del Derecho Administrativo», dirigida por el doctor Martín María Razquin Lizarraga, dentro de la tercera cohorte del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

** Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Rafael Landívar. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria por la Universidad Rafael Landívar. Jueza de Paz. Catedrática auxiliar del curso Deontología Jurídica en la Universidad Rafael Landívar. Autora de *La aplicación del control de convencionalidad en la administración de justicia* (CCJ, 2016) y *La igualdad de las mujeres: Un derecho fundamental en un Estado democrático* (CC, 2012).

El presente trabajo académico presenta un análisis del presupuesto general de ingresos y egresos de la administración pública del Estado de Guatemala, a partir del cual se desarrolla el manejo presupuestario del gobierno central, pues a través de este se evidencia que si se ejecutan de manera eficiente los servicios públicos satisfacen el bienestar común. Por ello previo a entrar a contextualizar en Guatemala la ejecución del presupuesto nacional se hace un análisis en derecho comparado sobre lo que se ha denominado *principio de estabilidad presupuestaria*, que ha sido desarrollado hasta ahora en España y que implica que a través del ámbito constitucional se deben fijar los gastos y egresos del Estado para evitar la corrupción y, por ende, la crisis económica. Seguidamente se hace relación de las normas constitucionales guatemaltecas que regulan el presupuesto general de ingresos y egresos del Estado, así como el cumplimiento de emitir una ley orgánica que regule este aspecto. Por último, se desarrolla la ejecución que el gobierno central ha efectuado sobre el presupuesto nacional, el cual se realiza respecto del 2016.

No está de más mencionar que Guatemala *per se* no está en crisis económica; empero, ha recibido un impacto negativo de la crisis mundial de Estados Unidos de América, Europa y otros países desarrollados.

II. PRINCIPIO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

Cuando nos referimos al tema de la crisis económica en la organización administrativa debe hacerse primordial referencia al presupuesto general de ingresos y egresos del Estado a efecto de determinar el caudal público con que el gobierno central afrontará anualmente los créditos y débitos en el cumplimiento de la función pública, la que se realiza a través de la actividad administrativa en la prestación de los servicios públicos y cuya finalidad es el bien común, que implica el desarrollo sostenible de la ciudadanía.

A. El caso español

El principio de estabilidad presupuestaria nace a partir de la reforma de la Constitución Española del 27 de septiembre de 2011; a partir de esta se evidencia de cierta manera que el presupuesto estatal va a ser el punto de partida para el buen manejo de la hacienda pública. La autora Miriam Cueto Pérez desarrolla que tal principio

debe emanar de la Constitución Nacional para dar estabilidad al presupuesto de todas las administraciones públicas, incidiendo en el tamaño y la dimensión del Estado y en el peso de lo público, así como las prestaciones de carácter social que perciban los ciudadanos.¹ Sobre ello Ruiz Almendral explica que

«la estabilidad presupuestaria se expresa a través de: “[...] un conjunto complejo de reglas, orientadas a la coordinación de políticas económicas de los Estados miembros de la UE a través de diversos procedimientos, cuya finalidad al mismo tiempo es garantizar el adecuado funcionamiento de la política monetaria común y, en particular, la garantía de la competitividad de la moneda común en el mercado internacional”».

Este principio ha sido incorporado en la Constitución Española como referente europeo en el Plan de Estabilidad y Crecimiento de la Unión Europea de 1997,² a través del cual se pretende que el endeudamiento ya no será libre para las Administraciones, es decir, el Estado y las Comunidades Autónomas ya no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea, para sus Estados Miembros, el cual se fijará a través de una ley orgánica. Este déficit estructural se fijará tanto para el Estado como para las Comunidades Autónomas en relación con su producto interno bruto, y tanto el Estado como las Comunidades Autónomas deberán estar autorizados por medio de la ley para emitir deuda pública o contraer crédito.³

B. El caso guatemalteco

De acuerdo con lo manifestado por los autores anteriormente citados, quienes apuntan por la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria, al analizar la Constitución Política de la República de Guatemala se establece que en su artículo 237 se regula lo correspondiente al presupuesto general de ingresos y egresos del Estado. Al efecto se indica:

1 Cueto Pérez, Miriam, «Crisis económica y administración pública», *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 99-100, 2014, pp. 1053-1091.

2 Carrillo, Marc, «Constitución y control de las finanzas públicas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101, mayo-agosto 2014, pp. 13-42.

3 Cueto Pérez, Miriam, *op. cit.*, nota 1, p. 1063.

«El Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado, aprobado para cada ejercicio fiscal, de conformidad con lo establecido en esta Constitución, incluirá la estimación de todos los ingresos a obtener y los gastos por realizar. La unidad del presupuesto es obligatoria y su estructura programática. Todos los ingresos del Estado constituyen un fondo común indivisible destinado exclusivamente a cubrir sus egresos. Los organismos, las entidades descentralizadas y las autónomas podrán tener presupuestos y fondos privativos cuando la ley así lo establezca. Sus presupuestos se enviarán obligatoria y anualmente al Organismo Ejecutivo y al Congreso de la República, para su conocimiento e integración al Presupuesto General; y además, estarán sujetos a los controles y fiscalización de los organismos correspondientes del Estado. La ley podrá establecer otros casos de dependencias del Ejecutivo cuyos fondos deben administrarse en forma privativa para asegurar su eficiencia. El incumplimiento de la presente disposición es punible y son responsables personalmente los funcionarios bajo cuya dirección funcionen las dependencias. No podrán incluirse en el Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado gastos confidenciales o gasto alguno que no deba ser comprobado o que no esté sujeto a fiscalización. Esta disposición es aplicable a los presupuestos de cualquier organismo, institución, empresa o entidades descentralizada o autónoma. El Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado y su ejecución analítica son documentos públicos, accesibles a cualquier ciudadano que quiera consultarlos, para cuyo efecto el Ministerio de Finanzas Públicas dispondrá que copias de los mismos obren en la Biblioteca Nacional, en el Archivo General de Centro América y en las Bibliotecas de las Universidades del país. En igual forma deberán proceder los otros organismos del Estado y las entidades descentralizadas y autónomas que manejen presupuesto propio. Incurrirá en responsabilidad penal el funcionario público que de cualquier manera impida o dificulte la consulta. Los Organismos o entidades estatales que dispongan de fondos privativos están obligados a publicar anualmente con detalle el origen y aplicación de los mismos, debidamente auditado por la Contraloría General de Cuentas. Dicha publicación deberá hacerse en el Diario Oficial dentro de los seis meses siguientes a la finalización de cada ejercicio fiscal».

Derivado de tal disposición normativa, se regula también en el artículo 237 de la norma fundamental lo relacionado con la Ley Orgánica del Presupuesto, e indica que regulará:

«a. La formulación, ejecución y liquidación del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado y las normas a las que conforme esta Constitución se somete su discusión y aprobación; b. Los casos en que puedan transferirse fondos dentro del total asignado para cada organismo, dependencia, entidad descentralizada o autónoma. Las transferencias de partidas deberán ser notificadas de inmediato al Congreso de la República y a la Contraloría de Cuentas; c. El uso de economías y la inversión de cualquier superávit e ingresos eventuales; d. Las normas y regulaciones a que está sujeto todo lo relativo a la deuda pública interna y externa, su amortización y pago; e. Las medidas de control y fiscalización a las entidades que tengan fondos privativos, en lo que respecta a la aprobación y ejecución de su presupuesto; f. La forma y cuantía de la remuneración de todos los funcionarios y empleados públicos, incluyendo los de las entidades descentralizadas. Regulará específicamente los casos en los que algunos funcionarios, excepcionalmente y por ser necesario para el servicio público, percibirán gastos de representación. Quedan prohibidas cualesquiera otras formas de remuneración y será personalmente responsable quien las autorice; g. La forma de comprobar los gastos públicos. h. Las formas de recaudación de los ingresos públicos. Cuando se contrate obra o servicio que abarque dos o más años fiscales, deben provisionarse adecuadamente los fondos necesarios para su terminación en los presupuestos correspondientes».

A partir de estas disposiciones constitucionales, el Congreso de la República de Guatemala emite la Ley Orgánica de Presupuesto a través del Decreto 101-97, mediante el cual se regulan los procesos de formulación, ejecución y liquidación del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado, así como lo relativo a la deuda pública, las formas de comprobar los gastos y de recaudación de los ingresos públicos. Asimismo, tiene por finalidad normar los sistemas presupuestarios de contabilidad integrada gubernamental, de tesorería y de crédito público.

Con base en estas disposiciones normativas citadas y las demás desarrolladas en la Ley Orgánica del Presupuesto y la Ley de Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado, anualmente el Congreso de la República de Guatemala aprueba el presupuesto general de ingresos y egresos del Estado⁴ de conformidad con el proyecto presupuestario enviado por el Organismo Ejecutivo. Este proyecto debe contener en

4 Ver: Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 171.

detalle los ingresos y egresos que el Estado ejecutará durante el año de su aprobación, debiendo ceñirse solamente en la aprobación que oportunamente realice el Congreso de la República a través de la asignación que se le haga a los ministerios, secretarías, entidades autónomas y descentralizadas, y demás instituciones y dependencias públicas.

III. EJECUCIÓN DEL PRESUPUESTO EN EL CONTEXTO GUATEMALTECO

A continuación se contextualiza la ejecución del presupuesto general de ingresos y egresos del Estado; ello con el objeto de más adelante establecer el impacto que genera tal ejecución en la organización administrativa del Estado.

De acuerdo con el informe presentado por el Grupo de Apoyo Mutuo de Guatemala, se analizó la ejecución del Presupuesto General de Guatemala en el primer semestre del 2016, durante la administración del presidente Jimmy Morales Cabrera. A través de este informe se concluyó:⁵

- «1. La ejecución presupuestaria de los ministerios de Estado y las secretarías de la presidencia se mantiene deficiente.
2. El presupuesto destinado a la seguridad y defensa ha sido tomado como botín, habiendo sido objeto de corrupción a lo largo de los diversos gobiernos.
3. El presupuesto social presenta la menor ejecución, siendo el del Ministerio de desarrollo social el más bajo con 19%.
4. No existe mayor cambio en la ejecución presupuestaria en relación con otros años, lo cual se presta para que a fin de año todos traten de ejecutar todo lo que no se pudo gastar en los meses que correspondía».

Algunas de las conclusiones sobre la ejecución presupuestaria emitidas por la Alianza Técnica de Apoyo al Legislativo, en la *Opinión sobre el Proyecto de Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado: ejercicio fiscal 2016*,⁶ fueron las siguientes:

5 Grupo de Apoyo Mutuo (GAM), *Ejecución del Presupuesto General de Guatemala, primer semestre 2016 administración Jimmy Morales*, Guatemala, 2016, p. 8.

6 Alianza Técnica de Apoyo al Legislativo (ATAL), *Opinión sobre el Proyecto de Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado: ejercicio fiscal 2016*, Guatemala, ATAL, 2016, pp. 30-33.

«Se requiere un esfuerzo concreto para fortalecer los ingresos tributarios del Estado en 2016, incluyendo cambios en la estructura de gobernanza de la SAT, así como mejoras en la gestión de la institución, especialmente en aspectos de capacidad informática, recursos humanos, y gestión de riesgos. Adicionalmente, fortalecer los controles administrativos en las aduanas, y agilizar el despacho, reducir la discrecionalidad del personal y promover la transparencia. [...]

El déficit fiscal debe reducirse, pues su nivel previsto en el proyecto de presupuesto 2016 volvería a ser similar (1.9% del PIB) al de los dos años previos, lo que significa que de nuevo se pospondría su proceso de corrección, lo cual impedirá el retorno a los déficit menores al 1.6% del PIB que fueron la norma en Guatemala antes de la recesión mundial de 2008-09. [...]

Debido a las asignaciones fijas de la Constitución y otras leyes, el presupuesto se ha vuelto bastante rígido: existe apenas una flexibilidad de un 15% para realizar nuevos programas. Sin embargo, puede notarse que en los últimos años la prioridad en el gasto público ha sido el rubro de funcionamiento, que ha aumentado de 7.8% como porcentaje del PIB en 2008 a 9.6% en 2015. En gran parte ha sido a costa de la inversión que ha bajado de 4.5% a 3% en los mismos años y del aumento en el servicio de la deuda de 2.1% a 2.4%».

A través de estos informes se establece el análisis que se hace en la ejecución del presupuesto general durante el 2016, debiéndose comprender que aun cuando la ejecución presupuestaria de un ministerio, secretaría o cualquier institución estatal sea menos del porcentaje asignado, evidencia que no se están llevando a cabo los programas establecidos para la satisfacción del servicio público, pues el presupuesto es asignado con base en un proyecto presentado por el Organismo Ejecutivo a través de una estimación realizada por el Ministerio de Finanzas, y seguidamente aprobado por el Congreso. De esa cuenta que, según lo indicado en los informes relacionados, el tener una baja ejecución presupuestaria evidencia la falta de cumplimiento en los programas de gobierno, aspecto que también genera la no prestación eficiente de los servicios públicos.

IV. LA EJECUCIÓN PRESUPUESTARIA EN LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO DE GUATEMALA

La ejecución del presupuesto general de ingresos y egresos del Estado tiene injerencia directa en la organización administrativa a través de las instituciones del sector público, las cuales tienen por objeto prestar servicios públicos para cumplir con su fin que es el bien común. La Constitución Política de la República de Guatemala regula en el artículo 1º: «El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común». De esa cuenta es que el Estado debe satisfacer las necesidades de los ciudadanos y prestar con las garantías suficientes los servicios públicos para brindar una calidad de vida y proteger los derechos humanos inherentes a todas las personas.

Dicho ello, se examina que la ejecución presupuestaria debe estar encaminada a la efectividad de los servicios públicos, ya que cuando tal ejecución no se ajusta a lo previsto se desarrollan limitaciones que atentan contra la ciudadanía y provocan la posibilidad de una crisis económica, debiéndose entender esta crisis económica –dentro del contexto que se analiza en el presente trabajo académico– desde la perspectiva de la afectación que conlleva el uso inadecuado del presupuesto en la satisfacción de los servicios públicos. De tal manera que la inadecuada ejecución presupuestaria no solamente tiene que ver con déficit –el que genera deuda pública– sino que también con que no se ejecute un presupuesto asignado.

Ahora bien, la crisis económica desde la ejecución presupuestaria implica que el mal uso del presupuesto afecte los servicios públicos, pues desde el momento en que el caudal público no es adecuadamente ejecutado, la organización administrativa brinda un servicio ineficiente y genera que alguno de estos se privaticen, que no es solamente de cambiar de dueño sino que también se modifica la regulación jurídica al pasar a formar parte del sector privado.

En el caso de Guatemala, hasta el 2016, algunos servicios públicos se han privatizado, ejemplo de ello encontramos la Empresa Guatemalteca de Telecomunicaciones (GUATEL), la línea aérea guatemalteca (AVIATECA), el Banco Nacional de la Vivienda (Banvi),

la Empresa de Ferrocarriles de Guatemala (FEGUA), la concesión de redes de carreteras (autopista de Palín-Escuintla).

Estas privatizaciones de servicios han sido ampliamente discutidas en el Estado guatemalteco porque se han concedido a personas que tienen una relación directa con quienes dirigen el gobierno de turno, premiándolos al concesionarles este permiso, careciendo de transparencia en la venta de tales permisos o cumpliendo favores políticos. Ello también ocasiona que los servicios públicos incrementen el acceso económico o que se deleguen a personas extranjeras y las ganancias económicas percibidas para el Estado son menores que las que realmente se generan.

En estos casos la administración pública también se ve afectada en el sentido que las privatizaciones pueden generar corrupción estatal, pues los procedimientos de concesiones de los servicios públicos en algunas ocasiones atienden a intereses personales y no al interés de la población. De tal manera que ello conlleva a la posibilidad de la crisis económica de la administración estatal.

V. CONCLUSIONES

1. La importancia de que la Constitución Política de la República de Guatemala establezca el presupuesto de ingresos y egresos del Estado permite que una Ley Orgánica del Presupuesto General regule de forma anual el presupuesto de Guatemala.
2. La ejecución presupuestaria del gobierno central y de las instituciones estatales debe ser conforme a su aprobación, pues la falta de la misma genera incumplimiento en la prestación de bienes y servicios públicos y tiene como efecto directo la falta de satisfacción del bienestar común de la ciudadanía.
3. En Guatemala no puede hablarse de crisis económica; sin embargo, ha tenido impacto ante la crisis generada en los Estados Unidos de América, Europa y otros países desarrollados. Aunado a ello, se determina que el uso adecuado del caudal público se hace sumamente necesario para evitar corromper los bienes y servicios públicos y evitar la posibilidad de la crisis económica ante la falta de la prestación de los mismos.

VI. REFERENCIAS

- ALIANZA TÉCNICA DE APOYO AL LEGISLATIVO (ATAL), *Opinión sobre el Proyecto de Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado: ejercicio fiscal 2016*, Guatemala, 2016.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Constitución Política de la República de Guatemala*.
- CARRILLO, Marc, «Constitución y control de las finanzas públicas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 101, mayo-agosto 2014.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Decreto 101-97, *Ley Orgánica del Presupuesto*.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Decreto 14-2015, *Ley de Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado*.
- CUETO PÉREZ, Miriam, «Crisis económica y administración pública», *Revista Vasca de Administración Pública, Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 99-100, 2014.
- GRUPO DE APOYO MUTUO (GAM), *Ejecución del Presupuesto General de Guatemala, primer semestre 2016 administración Jimmy Morales*, Guatemala, 2016.

La organización administrativa en el marco de la crisis económica*

*Mgtr. Ronald Augusto González Revolorio***

Sumario: I. Introducción. II. Contextualización, migración, violencia social, pobreza y remesas. III. La crisis económica mundial y la incidencia a nivel regional: A. La crisis económica. IV. Implicaciones del derecho administrativo ante las crisis económicas. V. El Salvador y sus finanzas: A. Combate a la corrupción y transparencia. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda de una manera ilustrativa cómo las crisis económicas afectan de una forma directa las organizaciones administrativas de los Estados; se relacionan aspectos que no refieren a las crisis económicas de una manera absoluta, sino que se encuentran incidentalmente afectadas por las particularidades sociales, económicas, políticas y jurídicas de cada país o región. Lo anterior implica al referirse al área centroamericana, a factores tales como la migración, la violencia social, la pobreza y las remesas; en ese contexto, el derecho administrativo se convierte en una garantía del ciudadano frente al actuar de los Estados.

* Investigación presentada en abril de 2017 en la línea de investigación «Tendencias actuales del Derecho Administrativo», dirigida por el doctor Martín María Razquin Lizarraga, dentro de la tercera cohorte del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

** Abogado, catedrático universitario, capacitador judicial, juez de paz en funciones, Magíster en Derechos Humanos, Diplomado en Educación en y para los Derechos Humanos, materias de Metodología de Investigación Jurídica, Derechos Humanos, Derechos Humanos de Niñez y Adolescencia, Justicia Penal Juvenil, Crímenes de Odio. Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco.

También se hace alguna referencia a la situación económica específica de El Salvador, el mal manejo estatal y problemas de corrupción; además, se realizan algunas conclusiones de cómo existe una relación evidente entre crisis económicas, la organización administrativa, la afectación en aspectos sociales y cómo afectan a sectores que evidencian vulnerabilidad como lo es, en el caso concreto, la población de niñez y adolescencia.

II. CONTEXTUALIZACIÓN, MIGRACIÓN, VIOLENCIA SOCIAL, POBREZA Y REMESAS

La historia económica de Centroamérica ha revestido particularidades y coincidencias en los últimos tiempos. La inestabilidad política de la región en períodos posteriores a la firma de acuerdos de paz que pusieron fin a conflictos armados de carácter interno se ha concretado en el establecimiento de democracias débiles, problemas serios de corrupción en la mayoría de países de la región y niveles altos de violencia social y delincuencia común, sobre todo en países denominados como el «Triángulo Norte» –Guatemala, Honduras y El Salvador–, evidenciando caracterizaciones como la exclusión social, violencia social, delincuencia común y pobreza, que han traído como consecuencia un flujo migratorio que se han convertido en una especie de salvaguarda para el sostenimiento de las economías de la región, con un rostro únicamente dibujado en aspectos de carácter económico.¹

1 «LA POBREZA CRÓNICA SIGUE SIENDO UN MOTIVO PARA CRUZAR EL DESIERTO Pese al cambiante contexto y a los nuevos factores, la pobreza y la exclusión social siguen siendo importantes factores de expulsión para la migración. Aunque en los últimos decenios los índices de pobreza han mejorado en algunos países latinoamericanos, los cambios en Centroamérica han sido menos visibles que en algunos países de América del Sur, y el número de personas del Triángulo Norte que viven con menos de lo que necesitan para subsistir es preocupantemente alto [...]. 2.1 VIVIR EN UNA VIOLENCIA OMNIPRESENTE Tras una notable reducción de la violencia en el periodo posterior a la conclusión de los conflictos armados en Centroamérica en la década de 1990, en el último decenio las bandas (conocidas como “maras”) y la delincuencia organizada han convertido el Triángulo Norte en una de las subregiones más peligrosas del mundo. La actividad de las maras se incrementó junto con la llegada de miembros de estas bandas expulsados desde Estados Unidos y con la influencia de los cárteles de la droga en la región [...]. La incapacidad de estos países de detener el rápido crecimiento de las maras y el control que éstas ejercen sobre el territorio, unida a la complicidad y los abusos de fuerzas de seguridad y funcionarios encargados de hacer cumplir la ley frecuentemente corruptos, ha dejado a la población desprotegida y en peligro de ser víctima de violencia.

Estos aspectos, como se han relacionado, son condicionantes del área; en cada país, con algunas caracterizaciones particulares y con muchos aspectos en común, se hace especial hincapié en migración, violencia y pobreza.

«El Caso de El Salvador: Si bien es evidente que cada país centroamericano tiene sus propias dinámicas migratorias según su contexto, vemos interesante compartir el caso de El Salvador para su análisis. En el 2009, debido a la crisis mundial, la economía de este país sufre una deceleración económica que ha presentado una recuperación lenta en los últimos años; contrapesado por un aumento del crimen y la violencia que afecta negativamente la calidad de vida de los salvadoreños al mismo tiempo que desestimula el desarrollo socio-económico del país (Banco Mundial, 2014) [...]».

En el ámbito social, estudios demuestran que la mitad de los salvadoreños conoce a alguien que ha migrado mayoritariamente sin la documentación migratoria requerida por el país de origen. Uno de cada cuatro salvadoreños –principalmente hombres jóvenes– son los más interesados en migrar a otro país por culpa de la violencia e inseguridad. Según encuestas realizadas en el último año, los salvadoreños perciben la falta de oportunidades económicas como el impulsor más importante e inmediato de la migración de sus conciudadanos, representando el 47% de las respuestas. Le sigue la violencia –medida en cantidad de homicidios intencionales– con un 28% del total. Ambas razones significan en conjunto el 75% del causal

No son sólo su vida y su seguridad las que se ven amenazadas, sino también su capacidad de disfrutar de otros derechos humanos, entre ellos su derecho a la libertad de circulación y a la educación. La lucha entre las maras por el territorio ha creado unas líneas divisorias invisibles a lo largo de los países que la gente no puede cruzar, aunque su familia, su empleo o su escuela queden al otro lado de esas líneas. Esto afecta especialmente a las comunidades más pobres y marginadas. Los y las jóvenes, los niños y las niñas se enfrentan a la perspectiva del reclutamiento forzoso y la explotación sexual. Amplias franjas de la sociedad sufren habitualmente extorsión a punta de pistola, una práctica de la que son víctimas especialmente los propietarios de pequeños negocios y los trabajadores del transporte. La ausencia de investigaciones adecuadas significa que la impunidad es la norma para la mayoría de los delitos, y la desconfianza en las autoridades es generalizada. La vida cotidiana es una batalla constante y, sin perspectivas de protección y justicia en su país, quienes viven en los márgenes de la sociedad sienten a menudo que su única esperanza de supervivencia es la huida. Esto ha creado una de las crisis de refugiados más invisibles del mundo». Amnistía Internacional, *¿Hogar, dulce hogar? El papel de Honduras, Guatemala y El Salvador en la creciente crisis de refugiados*, 2016, <https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR0148652016SPANISH.PDF>.

de las migraciones. El restante 25% lo compone la aparición de una oportunidad de trabajo en los Estados Unidos, la reunificación familiar u otras causas (Inter-American Dialogue; 2014) [...].

A nivel económico, los modelos de desarrollo implementados han hecho al país “vulnerable y/o excluyente” (Inter-American Dialogue; 2014. Pág. 9) para sus ciudadanos, lo que provoca que un 40% de la población viva bajo la línea de pobreza. Aunado a esto, están los niveles de violencia experimentados en dicho país que también son de los más altos en la región a causa del crimen organizado. Según datos del programa de las Naciones Unidas de Lucha contra el Crimen y las Drogas (UNODC) en el periodo 2012-2013 El Salvador alcanzó la cifra de 40.2 homicidios por cada 100.000 habitantes, colocándolo en el tercer lugar centroamericano después de Honduras y Belice. Este –al parecer– no es un hecho casual; datos del Departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos (DHS siglas en inglés) revelan una coincidencia temporal entre las deportaciones de salvadoreños con antecedentes criminales y la proliferación de organizaciones delictivas en dicho país».²

Estas coincidencias sociales, políticas y jurídicas en aspectos incidentales, como la firma de acuerdos comerciales en bloque y el peso social y económico de la población migrante que reside fuera del territorio centroamericano, sobre todo en los Estados Unidos de América y que significa el ingreso anual de una cantidad considerable de remesas provenientes en su mayoría de población que se encuentra en dicho país,³ se convierten, como se mencionó, en soportes significativos que conducen el transitar económico de los Estados.

2 Fundación Avina, «Migración Centroamericana: donde la violencia y el delito no conocen fronteras», <http://www.avina.net/avina/incontext-56/>.

3 «El Salvador: Cifra récord de remesas en 2016 En el caso de El Salvador: El total de remesas recibidas durante el año llegó a \$4.576 millones, 7% más que las remesas registradas en [...] Los ingresos por remesas familiares totalizaron US\$4,576 millones durante 2016, superando en US\$306 millones al monto total de remesas percibido el año anterior, con una tasa de crecimiento de 7.2% interanual, informó el Banco Central de Reserva. El acumulado entre enero y diciembre de 2016 constituye el monto más alto en la historia de recepción de remesas en El Salvador y el mayor crecimiento de los últimos diez años, añadió la fuente». CentralAmericaData.com, «El Salvador: Cifra récord de remesas en 2016», 24 de enero de 2017, http://www.centralamericadata.com/es/article/home/El_Salvador_Cifra_rcord_de_remesas_en_2016.

«La expectativa creciente en cuanto a que en la redefinición de las políticas estadounidenses prevalezcan la institucionalidad, la moderación y la sensatez, y que Latinoamérica –y en particular Centroamérica–, no parecieran figurar entre las principales prioridades del nuevo gobierno estadounidense, son elementos de confianza para la región [...] ante esta incertidumbre, el Icefi estudió los posibles impactos que sobre los países centroamericanos, en especial sobre sus economías y sistemas fiscales, podrían registrarse en caso el nuevo presidente estadounidense cumpla sus propuestas más radicales y preocupantes en cuanto a migración, comercio e inversión [...].

También debe reconocerse que una disminución del crecimiento económico y un consecuente debilitamiento de los ingresos públicos en la región podrían tener consecuencias negativas para la mayoría de niñas, niños y adolescentes sobre todo del triángulo norte, pues la baja inversión pública en su bienestar podría reducirse como parte de ajustes en el gasto social. En Guatemala, Honduras y El Salvador se estima que en la actualidad un 6.2 millones de niños no tienen acceso a la educación y solo entre octubre 2015 y septiembre 2016, fueron capturados por la patrulla fronteriza de Estados Unidos un total de 46,893 niños y adolescentes que han migrado solos a ese país».⁴

III. LA CRISIS ECONÓMICA MUNDIAL Y LA INCIDENCIA A NIVEL REGIONAL

Es necesario establecer en primer lugar la comprensión de crisis económica; para efectos de la misma, vamos a establecer un ámbito temporal a partir del 2007 y años siguientes, partir de la crisis financiera en Estados Unidos, con el mercado inmobiliario, así como también la crisis de bancos y la automovilística, que se extiende no solamente en los Estados Unidos, sino que además se expande por Europa y con repercusiones a nivel mundial.

En el caso de Latinoamérica dicha incidencia económica no pasa desapercibida, sobre todo en el área de Centroamérica, en razón que es una zona que por aspectos geopolíticos, tiene una vinculación muy cercana con los Estados Unidos, como se dejó constancia anteriormente, así en el caso de El Salvador y Guatemala, el ingreso por remesas

4 Instituto Centroamericano de Estudios Fiscales (ICEFI), *Icefi recomienda cambio de modelo económico y fiscal en Centroamérica ante posible adopción de políticas radicales de EEUU*, 21 de enero de 2017, <http://icefi.org/comunicados/icefi-recomienda-cambio-de-modelo-economico-y-fiscal-en-centroamerica-ante-posible>.

familiares representa uno de los grandes soportes de las economías de dichos países, así como también Estados Unidos es el principal socio comercial y sobre todo el soporte que dicho país refiere a la zona por cuestiones de desarrollo y seguridad.

Lo anterior sin duda alguna además implica relacionar el descalabro financiero que ha implicado en la región esa crisis económica, aspecto que no se puede analizar de una forma aislada, sino que debe advertirse dentro del desarrollo que ha tenido América Latina a partir de los años 90, con los enfoques neoliberales, concretamente con el denominado «Consenso de Washington», donde la mayoría de los Estados evidenciaron una oleada de privatizaciones económicas de empresas que anteriormente se encontraban en manos del Estado y bajo esos postulados (es decir, modelos neoliberales), pasaron a formar parte del sector privado.

Este aspecto implicó o tuvo dos repercusiones: la primera es que efectivamente los Estados, a través de sus gobiernos, no tuvieron una desvinculación absoluta de dichos procesos privatizadores; al contrario, se convirtieron en soportes y contralores de estos procesos con una variante muy particular, el Estado asumió ese acompañamiento únicamente en lo referido a asumir los estados de deudas o pérdidas que dichas empresas presentaron.

La segunda repercusión que logra advertirse es la relativa a ese desprendimiento patrimonial de los Estados, que además condujo a la incapacidad de estos de responder a las necesidades sociales que como principal garante le corresponden en relación con las demandas de sus ciudadanos.

A. La crisis económica

Ahora regresando a las repercusiones económicas, en el contexto antes descrito retomamos lo dicho por Miriam Cueto en su artículo «Crisis Económica y Administración Pública»,⁵ donde esta advierte la implicación de dicha crisis en varios aspectos: a) la organización administrativa; b) los servicios públicos y c) el empleo público.

5 Cueto Pérez, Miriam, «Crisis económica y administración pública», *Revista Vasca de Administración Pública, Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 99-100, 2014, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4945661&orden=1&info=link>.

Estos son aspectos que según la autora son los principalmente afectados por la crisis económica, a saber:

En cuanto a la organización administrativa, aquí se refiere a esas implicaciones, sobre todo en el aparato estatal, cómo los Estados a través de sus gobiernos y sus estructuras se fueron sobredimensionando, de una manera tal que ante una situación de crisis entraron en un colapso de no poder hacer frente a sus obligaciones.

Esta sobredimensión estatal se debió en la mayoría de los casos a la irresponsabilidad de los gobiernos de turno que en un afán estrictamente político, fueron sin motivo o razón alguna más que la partidaria creando entes e instituciones que no respondían a una necesidad real y que en este momento de crisis entran en una situación de insolvencia.

En relación con lo anterior es necesario mencionar el caso de las municipalidades, que en la mayoría de los casos tienen una libertad presupuestaria que ha sido mal utilizada y ha implicado el endeudamiento indebido de las mismas y el mal uso de los bienes estatales, específicamente en cuanto a pago de salarios y remuneraciones para los funcionarios que las dirigen.

Se evidencia que esta insolvencia en cuanto a enfrentar las repercusiones de las crisis económicas, no solamente se produce por circunstancias ajenas a este, sino también por el mal manejo de las finanzas públicas y problemas de corrupción, como más adelante se abordará.

En lo que se refiere a los servicios públicos, sin duda alguna el efecto de las crisis económicas resulta muy evidente, es la parte más vulnerable y más perceptible en cuanto a que se ven directamente afectados, porque una de las opciones por parte de los Estados y la más utilizada es la reducción o focalización de programas asistencialistas que atienden a sectores de la población más vulnerable. Este aspecto resulta muy cuestionable en razón de que el mal manejo de fondo y la corrupción repercute en los sectores más desfavorecidos y en áreas tales como sanidad, educación, bienestar social, servicios municipales, actividades de fomento y subvenciones (innovación empresarial, investigación científica, educación pública, etc.), entre otras.

Lo relativo al empleo público guarda estrecha relación de una manera muy específica con la sobredimensión de los aparatajes estatales, salarios exorbitantes y la situación de mal manejo de las finanzas públicas, que ven sacrificados siempre los sectores más desfavorecidos y de menor ingreso.

IV. IMPLICACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ANTE LAS CRISIS ECONÓMICAS

Siguiendo la línea de Cueto Pérez,⁶ el derecho administrativo dentro de sus expresiones y ámbitos podría comprenderse en su aspecto jurisdiccional, como garante del ciudadano ante la administración y dentro del ámbito de la organización administrativa. En este último aspecto es necesario referirse al rol específico del derecho administrativo:

- a) Como garante y limitador en los siguientes aspectos:
 - Garantía asistencialista al ciudadano.
 - Provisión de prestaciones económicas complejas.
 - Incremento en el gasto público.
 - Los Estados asumen un rol de garantes.

- b) Además, las problemáticas identificadas han implicado un desgaste en cuanto a las construcciones de Estados de derecho y democracias, evidenciándose en los siguientes aspectos:
 - Pérdida de calidad democrática.
 - Estados complejos y algunos casos excesivamente costosos.
 - Sobredimensión del aparataje estatal.

- c) Las alternativas a esa crisis económica incluyen:
 - Limitación al endeudamiento público.
 - Presupuestos delimitados.
 - Constitucionalización presupuestaria.
 - Revisión del tamaño y dimensión del Estado.
 - Descentralización funcional.
 - Racionalización de recursos.
 - Disminución de municipalidades.

6 *Idem.*

Aspectos que cada uno y en su conjunto refieren a cómo el derecho administrativo se convierte en una garantía del actuar de los Estados frente a los ciudadanos en varias vías, como establecer los mecanismos formales y fácticos pertinentes para evitar el actuar de los Estados, sobre todo en el manejo de las finanzas públicas, la exigibilidad de la rendición de cuentas, el establecimiento de políticas públicas de transparencia, una recaudación tributaria responsable y justa, por mencionar algunas.

Se exige así un actuar responsable en cuanto al manejo de las finanzas públicas, dimensionando de una manera holística los fenómenos de las crisis económicas, lo que evidencia una dependencia de países –en el caso específico, de Estados Unidos– e implica que el transitar económico de dichos países con sus bonanzas y dificultades influya directamente en nuestros países. De igual manera lo relativo al ingreso de las remesas, que en la mayoría de casos son mal focalizadas, utilizándose únicamente en consumo y obedeciendo a las reglas del sistema económico; asimismo, no se valora el costo humano que la migración irregular implica. En los Estados se habla de austeridad pero únicamente en lo que afecta a programas asistencialistas necesarios, como lo son los subsidios al agua, energía eléctrica y transporte, donde los directamente afectados son los sectores más desfavorecidos.

V. EL SALVADOR Y SUS FINANZAS

El Ministerio de Hacienda en su *Boletín Presupuestario* de enero-marzo de 2011,⁷ hace referencia a una propuesta de cómo enfrentar la crisis económica, de la que se resaltan los siguientes puntos:

Se evidencian las repercusiones en cuanto a la crisis económica global:

«La crisis mundial tuvo importantes repercusiones en el crecimiento del Producto Interno Bruto del país, a partir del año 2006 se observa una menor tasa de crecimiento del PIB a precios corrientes; sin embargo es hasta en el año 2009 donde los efectos de la crisis impactaron más al país y como consecuencia se alcanza una tasa de crecimiento negativa;

7 Ministerio de Hacienda, Dirección General del Presupuesto, «El Salvador “Efectos de la crisis y medidas para enfrentarla”», *Boletín Presupuestario*, núm. 1, enero-marzo 2011, año XV, pp. 2-10, http://www.mh.gob.sv/portal/page/portal/PCC/Boletin2011/Boletin_Presupuestario_Enero-Marzo_2011.pdf.

resultado de menores niveles de producción en especial en los sectores de Construcción y de Agricultura, Caza, Silvicultura y Pesca».

Se puntualiza en cuanto a la disminución de ingresos por parte del Estado, en dicho informe:

«Sector Fiscal Los Ingresos públicos se vieron fuertemente afectados con la crisis, su decremento fue notable y resultado de la disminución en la actividad productiva del país y de los altos niveles de desempleo a los que el país se enfrentó durante la crisis. Por otra parte, el gobierno ha ejecutado varios proyectos dentro del marco del Plan Global Anticrisis para amortiguar el efecto de la crisis económica sobre la población salvadoreña en especial sobre la más vulnerable, por lo que los niveles de gasto aumentaron, y como resultado el déficit fiscal aumento, debido a que los ingresos disminuyeron producto de una disminución en la Demanda Interna; sin embargo, el Gobierno tuvo que incrementar sus gastos para mitigar los efectos adversos de la misma, viéndose en la necesidad de buscar fuentes de financiamiento alternas lo cual se ve reflejado en un importante incremento de la deuda pública».

Como aspectos tales como la disminución de las remesas han tenido una fuerte repercusión en la situación financiera del Estado:

«Las remesas familiares también disminuyeron para el año 2009 en un 9.4%, como consecuencia de los altos niveles de desempleo que se reportaron en EE.UU producto del decrecimiento económico durante la crisis, lo que afecto las condiciones de vida de los salvadoreños residentes en el exterior. Para el año 2010».

En lo que respecta al desempleo:

«Para el año 2009 el nivel de desempleo incremento, muchas empresas nacionales dejaron de contratar nuevo personal o recortaron el que tenían con el fin de reducir costos y poder continuar compitiendo en el mercado, asimismo el decrecimiento en la actividad económica repercutió en los niveles de empleo en el país. Los programas contemplados en el Plan Anticrisis han contribuido a disminuir el efecto de la crisis sobre los niveles de pobreza en el país».

Esta disminución de ingresos ha tenido un fuerte impacto en las finanzas públicas y se propone enfrentarlas así:

«El impacto de la crisis económica en los Ingresos del Estado afecto en gran medida la ejecución de muchos proyecto enmarcados dentro del plan

de gobierno, dentro de los ingresos lo más afectados fueron los tributarios debido a que dependen directamente de los niveles de consumo interno, importaciones, rentas gravadas de las personas naturales y jurídicas, entre otros; como se puede observar en los gráficos que se presentan adelante, en donde se concluye que el año en que se profundizó la crisis económica fue el 2009 en donde los ingresos tributarios cayeron en 8.2%; sin embargo estos mostraban una caída desde el último trimestre del 2008 en donde los tres primeros trimestres del año mostraban un promedio de crecimiento del 8.3% y en el último trimestre apenas alcanzó el 1%, dicha caída se profundizó en el 2009 en donde el trimestre más afectado fue el segundo con un 11.0% de decrecimiento».

Dentro del plan global anticrisis se propone «Proteger a la población vulnerable de los impactos negativos de la crisis, especialmente a la población pobre y excluida» y se concreta en

«Programa de fortalecimiento y transparencia en el manejo de las finanzas públicas. • Austeridad en el gasto público (Política de Ahorro y Austeridad del Sector Público). • Combate a la elusión, la evasión, el contrabando y la corrupción (medidas, planes y acciones para fortalecer la administración tributaria y mejorar la recaudación de ingresos). • Racionalización de los subsidios (focalización y eliminación de algunos) • Reestructuración del aparato del Estado. • Reformas a la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (para agilizar y transparentar los procesos de licitación y contratación de bienes y servicios). • Promoción de la Ley de acceso a la información pública (proporcionar a la ciudadanía la información oportuna, efectiva y suficiente)».

En este caso en concreto de El Salvador:

- Hay un reconocimiento por parte del Estado, ante esa crisis económica y la identificación de factores que la han provocado.
- Dentro de esos factores que han generado la crisis se menciona el poco ingreso generado del Estado, con especial incidencia en el caso de las remesas.
- Además, hay un reconocimiento al mal manejo de los fondos públicos por parte del Estado; se habla de una propuesta de buen manejo de finanzas, donde entra en juego la transparencia en cuanto al uso y manejo de recursos.

- De una forma muy contradictoria se habla de velar por las necesidades de los más desfavorecidos cuando se advierte que en la situación de crisis, uno de los sectores más sacrificados precisamente es este sector.

A. Combate a la corrupción y transparencia

Se ha mencionado con antelación que precisamente esta crisis deviene de factores o circunstancias que escapan de la responsabilidad estatal en cierta medida, pero que también existen circunstancias que exclusivamente son atribuibles a los gobiernos, entre esas:

- Problemas de corrupción y mal manejo de las finanzas públicas. (En el caso de El Salvador, actualmente se encuentran procesado a tres administraciones presidenciales del señor Francisco Flores, Antonio Saca y Mauricio Funes).⁸
- Crecimiento desordenado del aparataje estatal que responde más a necesidades políticas y no reales.
- Poca voluntad de acceder a gobiernos caracterizados por transparencia.

8 Se evidencia la crisis financiera actual de El Salvador, donde al 21 de abril de 2017, no existe voluntad política de asumir con responsabilidad la crisis fiscal que afecta al país, donde existen muchas consecuencias, entre estas, la imposibilidad del pago de pensiones. «Para el analista económico Luis Membreño, la situación de impago de los intereses de los Certificados de Inversión Previsional (CIP) a la que llegó el Gobierno el pasado 6 de abril, fue una situación ya programada, porque asegura que existía la solución financiera para enfrentar esta situación. Para el experto, la salida de financiamiento era emitir las letras del tesoro por un valor de 57 millones de dólares y cancelar las pensiones. De no tener esta suma de dinero asignado dentro del presupuesto, Membreño asegura que el Gobierno a través del Ministerio de Hacienda, pudo transferir el dinero de otra partida presupuestaria, una vez aprobada por la Asamblea Legislativa, y pagar esos intereses para no caer en el impago. Dijo que esta salida, según el economista, ya se ha hecho en otras ocasiones». Miranda, Regina, «Analista Luis Membreño asegura que impago “lleva premeditación y alevosía”», *La Página*, 21 de abril de 2017, <http://www.lapagina.com.sv/nacionales/127478/2017/04/21/Analista-Luis-Membreño-asegura-que-impago-lleva-premeditacion-y-alevosia->.

VI. CONCLUSIONES

Los contextos globalizadores, para algunos, en sus expectativas y realidades evidencian beneficios, sin duda alguna de carácter económico. Se recalca, como se ha dejado claro en otras intervenciones, que el fenómeno globalizador, aún con su orientación económica, no es descalificable por sí mismo.

Lo que sí es cuestionable y conduce a la descalificación es precisamente esa disimetría existente en cuanto al desarrollo de los Estados; acá entran aspectos no solamente de carácter económico, sino que además sociales, políticos, culturales y jurídicos. Este rango diferenciador conduce a que zonas geográficas, como en el caso específico de Centroamérica, concretamente países como El Salvador, Guatemala y Honduras, con una clara dependencia política y económica de los Estados Unidos, sufren en mayor medida cualquier crisis financiera y económica de los Estados hegemónicos, así esa dependencia en países como los nuestros tiene graves consecuencias, sobre todo en el área socioeconómica, con un grave detrimento en la calidad de vida de las personas.

Ahora bien, esta crisis a la que nos hemos referido, no únicamente se produce por agentes externos a nuestros países (nos referimos a la zona de Centroamérica), sino también por acciones particulares de las administraciones públicas coincidentes en el área: la situación de corrupción, el mal manejo de las finanzas públicas, la incidencia de grupos que detentan el poder, y el crecimiento del aparato estatal con una visión política partidaria. Estos aspectos han minado y debilitado aún más las frágiles democracias y el Estado de derecho.

Lo anterior son condicionantes atribuidas de una manera directa al ente estatal, pero existen otros aspectos que también incluyen de una manera directa y precisamente es en cuanto a la recaudación fiscal de los Estados, que viene supeditada a la renuencia y resistencia de determinados sectores en cuanto al pago de impuestos.

Estas condiciones apuntan y orientan a la función del derecho administrativo como una garantía entre los ciudadanos y la administración pública, de una manera muy eficaz con el establecimiento de mecanismos formales y fácticos para evitar decisiones arbitrarias, la exigibilidad de la rendición de cuentas, el establecimiento de portales

de transparencia, una recaudación tributaria justa y responsable, lo que sin duda alguna se convierte en resguardo para los sectores más desprotegidos de la población.

VII. REFERENCIAS

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *¿Hogar, dulce hogar? El papel de Honduras, Guatemala y El Salvador en la creciente crisis de refugiados*, 2016, <https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR0148652016SPANISH.PDF>.

CENTRALAMERICADATA.COM, «El Salvador: Cifra récord de remesas en 2016», 24 de enero de 2017, http://www.centralamericadata.com/es/article/home/El_Salvador_Cifra_record_de_remasas_en_2016.

CUETO PÉREZ, Miriam, «Crisis económica y administración pública», *Revista Vasca de Administración Pública, Herri-Ardulararitzako Euskal Aldizkaria*, núm. 99-100, 2014, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4945661&orden=1&info=link>.

FUNDACIÓN AVINA, «Migración centroamericana: donde la violencia y el delito no conocen fronteras», <http://www.avina.net/avina/incontext-56/>.

INSTITUTO CENTROAMERICANO DE ESTUDIOS FISCALES (ICEFI), *Icefi recomienda cambio de modelo económico y fiscal en Centroamérica ante posible adopción de políticas radicales de EEUU*, 21 de enero de 2017, <http://icefi.org/comunicados/icefi-recomienda-cambio-de-modelo-economico-y-fiscal-en-centroamerica-ante-posible>.

MINISTERIO DE HACIENDA, Dirección General del Presupuesto, «El Salvador “Efectos de la crisis y medidas para enfrentarla”», *Boletín Presupuestario*, núm. 1, enero-marzo 2011, año XV, San Salvador, pp. 2-10, http://www.mh.gob.sv/portal/page/portal/PCC/Boletin2011/Boletin_Presupuestario_Enero-Marzo_2011.pdf.

MIRANDA, Regina, «Analista Luis Membreno asegura que impago “lleva premeditación y alevosía”», *La Página*, 21 de abril de 2017, <http://www.lapagina.com.sv/nacionales/127478/2017/04/21/Analista-Luis-Membreno-asegura-que-impago-lleva-premeditacion-y-alevosia->.

El procedimiento administrativo *

*Mgtr. Gilda María Urrutia Sosa***

Sumario: I. Introducción. II. El procedimiento administrativo. III. Proceso y procedimiento administrativo. IV. Características del procedimiento administrativo. V. Principios doctrinarios que rigen el procedimiento administrativo: A. Principio de legalidad; B. Principio de seguimiento de oficio; C. Principio de informalidad; D. Principio del derecho de defensa; E. Principio de imparcialidad; F. Principio de procedimiento escrito; G. Principio de procedimiento gratuito; H. Principio de sencillez, celeridad y eficacia; I. Principio de irretroactividad; J. Principio de revocabilidad. VI. Forma del procedimiento administrativo. VII. Resoluciones. VIII. Archivo de expedientes. IX. Del derecho de petición establecido constitucionalmente y el silencio administrativo. X. El silencio administrativo: A. Silencio administrativo en sentido negativo; B. Silencio administrativo en sentido favorable; C. Silencio administrativo en general. XI. Extracto de las sentencias de la Corte de Constitucionalidad en relación con lo establecido en el artículo 28 de la Constitución Política. XII. Conclusiones. XIII. Referencias.

* Investigación presentada en abril de 2017 en la línea de investigación «Tendencias actuales del Derecho Administrativo», dirigida por el doctor Martín María Razquin Lizarraga, dentro de la tercera cohorte del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

** Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Máster en Derecho de los Negocios por la Universidad Francisco de Vitoria y el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, España, año 2007. Estudios de Maestría en Derecho Tributario por la Universidad de San Carlos de Guatemala, año 2008 (pendiente de examen de Tesis). Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria, por la Universidad Rafael Landívar, 2006. Actualmente es socia fundadora del Bufete Urrutia y Asociados y es socia del Bufete Corpolaw. Tiene más de once años de experiencia profesional en el ejercicio liberal de la profesión como Abogada y Notaria, asesorando entidades nacionales y extranjeras. Ha sido catedrática en pregrado y disertado como conferencista en Guatemala.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo presenta un análisis legal, doctrinario y jurisprudencial acerca del procedimiento administrativo en Guatemala. Para el efecto, se inicia por conceptualizar y diferenciar el procedimiento administrativo del proceso administrativo, estableciendo la distinción entre ambos términos y actos.

Posteriormente, se hace una descripción de las características principales que informan el procedimiento administrativo de conformidad con la ley, y los principios doctrinarios que informan este tipo de acto administrativo.

Adicionalmente, se ha analizado la forma del procedimiento administrativo y los entes encargados de dictar el mismo y de lo cual, el procedimiento administrativo concierne a todas aquellas solicitudes que se efectúan a la Administración pública, para ejecución de los fines del Estado, y principalmente a todas las dependencias administrativas, entes autónomos, descentralizados, entre otros, que forman la Administración pública del país.

Después se analizan los tipos de resoluciones y forma de finalización del procedimiento, entrando a analizar el silencio administrativo que se puede dar, en caso de que no se obtenga ninguna respuesta dentro del plazo establecido de acuerdo con la Constitución, para resolver las solicitudes de los particulares, y análisis de las sentencias de la Corte de Constitucionalidad por las cuales se establece lo que procede en caso de no obtener respuesta a una solicitud efectuada a cualquiera de las dependencias del Estado.

Ha sido un trabajo interesante hacer las distinciones correspondientes, en cuanto a lo que se considera doctrinaria y legalmente, en cuanto a los recursos administrativos y el proceso administrativo en sí mismo, y su importancia, ya que es allí donde inicia todo proceso administrativo, y que es considerado como un acto administrativo, que es el que inicia todo proceso, pero que no necesariamente llega siempre a convertirse en este, por lo que es necesaria su delimitación.

II. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En Guatemala, uno de los aspectos fundamentales del Estado es su sistema de Administración pública, que se encuentra establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, la cual es la carta magna y que es reconocida como la ley suprema que establece las normas de mayor jerarquía en nuestro país. Así también, a nivel de normativo ordinario, se encuentra regulado el procedimiento administrativo en la Ley de lo Contencioso Administrativo, que sienta las bases de los procedimientos administrativos en general, y que se encuentra regulado en los artículos del 1 al 6 del referido cuerpo legal.

Para iniciar con el desarrollo de este tema, podemos establecer en primer término la diferencia entre proceso y procedimiento administrativo, de lo cual se indica a continuación:

III. PROCESO Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Es necesario hacer la distinción entre el proceso y el procedimiento administrativo.

De acuerdo con Gordillo,¹ proceso es la «serie o sucesión de actos coordinados, que fijan los datos según los cuales ha de ejercerse la función pública, con derecho del sujeto o sujetos pasivos de la misma a participar, con el sujeto activo, en su formación».

Es importante destacar que el procedimiento administrativo es el que se realiza dentro de una función pública.

Es necesario distinguir procedimiento de proceso, para lo cual citamos a Gordillo, que cita a González Pérez, Jesús,² quien indica que «proceso es un concepto teleológico, procedimiento un concepto formal». Así también, continúa indicando Gordillo que al hablar de procedimiento, se señala tan solo ese aspecto externo, de que existe una serie de actos que se desenvuelven progresivamente, no es un fin, como en el proceso, que es un fin jurisdiccional.

1 Gordillo, Agustín, «Concepto y naturaleza del procedimiento administrativo», capítulo I de *Procedimiento y recursos administrativos*, Argentina, Macchi, 1971, http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/03/03-capitulo1.pdf.

2 Citado por Gordillo, Agustín, en *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1955, tomo I, pp. 45 y ss.

Así, indica Gordillo³ que

«Por ello el proceso y el procedimiento tienen de común que ambos son una serie o sucesión de actos coordinados; pero mientras que la mera serie o sucesión de actos coordinados basta para constituir un procedimiento, no alcanza para caracterizar un proceso».

Todo proceso, como indica Gordillo, «por ser su primer elemento una serie o sucesión de actos coordinados, implica el procedimiento; todo proceso comporta un procedimiento»; así también, se diferencia, ya que el procedimiento no constituye un proceso en sí mismo.

Podemos concluir, entonces, que el procedimiento administrativo es una serie de pasos, etapas, actos o actuaciones que integran un expediente de tipo administrativo, que se verifican ante las autoridades, funcionarios o empleados públicos de cualquiera de las dependencias del Estado y que tienen como fin la búsqueda de una decisión administrativa que se documenta por medio de una resolución administrativa.

IV. CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

De acuerdo con lo que indica Jorge Mario Castillo González,⁴ el procedimiento administrativo tiene las características siguientes:

- a) **Sencillez.** Esta característica exige un procedimiento sin mayores complicaciones, desprovisto de exageradas y ostentosas diligencias.
- b) **Rapidez.** Obliga a que el procedimiento se conduzca con claridad y prontitud, es decir, que debe concluir lo antes posible.
- c) **Informalidad.** Permite que ciertos errores, omisiones y deficiencias en que incurre el particular, dentro de un procedimiento

3 Gordillo, Agustín, *op. cit.*, nota 1.

4 Citado por Recinos Tiu, Ricardo Estuardo, *Análisis jurídico de la procedencia del recurso de revocatoria regulado en la Ley de lo Contencioso Administrativo en las resoluciones de fondo, conforme a la jurisprudencia emanada de la Corte de Constitucionalidad*, Guatemala, 2008, tesis de licenciatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_7700.pdf, p. 3.

administrativo, puedan ser corregidas, por lo cual el funcionario público debe permitir la subsanación de las mismas.

- d) **Iniciación de oficio.** Consiste en que la Administración pública tiene la facultad de iniciar por sí misma el procedimiento administrativo, pues es su obligación actuar en defensa de los intereses públicos.

De igual manera, debe atenderse que el hecho de que un expediente se pueda iniciar de oficio, no descarta la facultad del particular a dar impulso al procedimiento administrativo, actuando por iniciativa propia, en ejercicio del derecho de petición, reconocido por el artículo 28 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

- e) **Prueba legal.** Obliga a que todo documento aportado por el interesado y cualquier diligencia que se lleve a cabo constituya un medio probatorio, a favor o en contra de la petición o solicitud, de manera que el funcionario o empleado debe resolver basándose en lo probado en el expediente.
- f) **Escrito, sin descartar la oralidad.** Las etapas del procedimiento administrativo, desde su inicio hasta finalizar, son casi en su totalidad escritas; sin embargo, como afirma el autor Jorge Mario Castillo González, el procedimiento exclusivamente escrito atenta contra la sencillez, la rapidez y la informalidad, y el eminentemente oral va contra la seguridad del interesado, por cuanto no deja constancia del trámite; y por ello, lo escrito y lo oral deben combinarse convenientemente.
- g) **El procedimiento culmina con una resolución definitiva.** Exige que el procedimiento finalice al dictarse una decisión definitiva, la cual contiene y representa la voluntad de la organización pública y se hace efectiva a partir del momento en que se comunica al interesado por medio de la notificación o la publicación, si fuere el caso.
- h) **La resolución está sujeta a impugnación.** Esta última característica obliga a dar trámite a la impugnación planteada por el particular en contra de la decisión de la Administración, impugnación que tiene lugar mediante la interposición de los recursos administrativos.

V. PRINCIPIOS DOCTRINARIOS QUE RIGEN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A. Principio de legalidad

El principal objetivo del procedimiento administrativo es que sea una garantía para el administrado o el particular, quien hace una solicitud que conlleva una decisión administrativa y la cual si no está conforme, puede impugnar.

El principio de legalidad rige al derecho administrativo y también al procedimiento administrativo, y en virtud de este, la autoridad pública está obligada a resolver en estricta aplicación de la ley, de lo que esta establece y regula. Sin embargo, al emitirse una resolución debe considerarse que se ha de procurar mantener y cumplir la justicia, la seguridad, así como la armonía, la paz y el bien común de los habitantes, ya que estos son los fines para los cuales se ha creado el Estado.

Para que el procedimiento administrativo cumpla debe mantenerse una fiscalización sobre el actuar de la administración pública, a fin de evitar o reducir la arbitrariedad, con lo cual puede alcanzarse la seguridad jurídica de los administrados en las resoluciones o actos que se emiten.

B. Principio de seguimiento de oficio

El funcionario público debe dirigir el procedimiento administrativo y ordenar la práctica de cuanta diligencia se considere conveniente para emitir la resolución definitiva, por lo cual la administración no debe ser rogada dentro de sus procedimientos, sino por el contrario, debe agilizar, desarrollar, dinamizar y vigilar los expedientes iniciados.

La Administración pública y sus órganos tienen la obligación y responsabilidad de dirigir el procedimiento administrativo en cada una de sus etapas y hasta que se emita la resolución final, independientemente que el expediente se inicie de oficio o a petición de persona interesada. Este principio se encuentra regulado en el artículo 2 de la Ley de lo Contencioso Administrativo.

C. Principio de informalidad

El procedimiento administrativo debe estar libre de formalidades, salvo algún requisito establecido de conformidad con las leyes o reglamentos y que sea esencial para el procedimiento que se realiza.

En este sentido, debe permitirse al particular que en caso de que exista alguna información faltante, omisiones o errores involuntarios que se hayan presentado al iniciar el procedimiento administrativo de que se trate, se le informen para que proceda a cumplir con lo que haga falta, así como a modificar los errores o aportar la documentación que sea necesaria.

Así también, el funcionario público debe admitir para trámite las solicitudes sin necesidad de que el particular invoque las leyes en que se basa la solicitud, facultando así a que el funcionario público busque la intención de los interesados.

D. Principio del derecho de defensa

Este principio es una de las bases del Estado de derecho que rige Guatemala, y es una garantía en todo procedimiento y proceso de cualquier tipo, y máxime cuando conlleva la toma de una decisión, resolución o acto administrativo.

Se debe velar por que se le dé la oportunidad al particular para que se defienda, y máxime en casos en que exista una sanción por violación a las normas y reglamentos administrativos.

Conlleva la obligación de informar al particular de la existencia de un procedimiento iniciado en su contra y otorgarle la posibilidad de enterarse del contenido y los motivos del mismo, para que pueda presentar las pruebas que considere necesarias, a efecto de desvirtuar lo que la Administración dice, y en su momento oportuno, utilizar los medios de impugnación regulados en el ordenamiento jurídico en contra de lo resuelto por la Administración pública.

E. Principio de imparcialidad

Este principio garantiza que en las decisiones administrativas que causen perjuicio al interesado, no deben intervenir autoridades

que tengan intereses contrapuestos a los del particular. Obliga al funcionario o empleado público a basar sus decisiones en la igualdad de oportunidades.

F. Principio de procedimiento escrito

El procedimiento administrativo es eminentemente escrito y todas sus actuaciones, pruebas, inspecciones y diligencias deben quedar plasmadas en forma documental dentro del mismo, aunque en casos excepcionales, algunas actuaciones pueden practicarse en forma oral. Este principio está también establecido en el artículo 2 de la Ley de lo Contencioso Administrativo.

G. Principio de procedimiento gratuito

Este principio garantiza que en un procedimiento administrativo al dictar la resolución final, no se haga incurrir en los gastos por el trámite y diligenciamiento del procedimiento administrativo al particular, ya que el mismo debe ser gratuito.

H. Principio de sencillez, celeridad y eficacia

Tiene como propósito que la Administración no burocratice los expedientes, por lo que en el caso en que se hayan cumplido los requisitos y verificado las distintas fases en un procedimiento administrativo, debe resolverse conforme a la ley. Busca recoger el ideal de la Administración moderna y tecnificada.

La sencillez implica la simpleza en un trámite, el fácil acceso y no complicación del mismo.

Por su parte, la rapidez, expresa la celeridad en los trámites, que pueden llevarse a cabo sin esperar el vencimiento de los términos.

Por lo anterior, el procedimiento administrativo debe culminar con un resultado beneficioso para la organización pública y también para los particulares.

I. Principio de irretroactividad

El acto administrativo o resolución del procedimiento administrativo debe surtir efectos a partir de la notificación o publicación a la persona que va dirigida y no antes. La Constitución establece que

la ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal y cuando favorezca al reo (ver artículo 15 constitucional).

J. Principio de revocabilidad

Revocar significa dejar sin validez un acto administrativo; puede revocarse de dos formas:

1. *De oficio*: significa que el superior jerárquico revoca la decisión tomada por un subordinado cuando existe un error de cálculo o de hecho, pero esta notificación aún no ha sido notificada al interesado. También se da cuando el ente que emitió resolución por sí mismo revoca una resolución ya consentida por el administrado.
2. *La revocación a petición de parte*: se da cuando el acto administrativo ya ha sido notificado y el particular hace uso de los recursos para oponerse a las resoluciones o actos administrativos.

VI. FORMA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

De acuerdo con lo que establece el artículo 3 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, las resoluciones administrativas serán emitidas de acuerdo con los requisitos que se establecen a continuación:

- a) Por autoridad competente.
- b) Cita de las normas legales o reglamentarias en que se fundamenta.
- c) Prohíbe expresamente que un dictamen técnico o legal sea tomado como resolución.
- d) Notificación a los interesados personalmente citándolos para el efecto; o por correo que certifique la recepción de la cédula de notificación.

Para continuar el trámite deberá constar, fehacientemente, que el o los interesados fueron debidamente notificados con referencia expresa de lugar, forma, día y hora.

VII. RESOLUCIONES

El artículo 4 de la Ley de lo Contencioso Administrativo se refiere a las resoluciones que se pueden dar en el procedimiento administrativo y las divide en dos tipos:

Las resoluciones serán:

1. **Providencias de trámite:** que establece únicamente una diligencia dentro del procedimiento administrativo.
2. **Resoluciones de fondo:** las que deciden el resultado de un procedimiento administrativo, y estas son las conocidas doctrinariamente como el acto administrativo, y se refiere al fondo del asunto. Deben establecerse las motivaciones para resolver de determinado asunto en un sentido específico con motivación y deben ser claras y precisas.

VIII. ARCHIVO DE EXPEDIENTES

En el artículo 5 de la misma ley, se establece que al efectuarse un trámite, si no se prosigue o si se finaliza, pero transcurren más de seis meses, sin que se haga ninguna diligencia al respecto, se podrán archivar. Sin embargo, debe garantizarse que se haya agotado la actividad y se haya notificado correctamente al particular.

IX. DEL DERECHO DE PETICIÓN ESTABLECIDO CONSTITUCIONALMENTE Y EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

De conformidad con el artículo 28 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se establece:

«Los habitantes de la República de Guatemala tienen derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad, la que está obligada a tramitarlas y deberá resolverlas conforme a la ley.

En materia administrativa el término para resolver las peticiones y notificar las resoluciones no podrá exceder de treinta días.

En materia fiscal, para impugnar resoluciones administrativas en los expedientes que se originen en reparos o ajustes por cualquier tributo, no se exigirá al contribuyente el pago previo del impuesto o garantía alguna».

X. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Es el resultado que se da cuando transcurridos 30 días desde que las actuaciones de un procedimiento administrativo se encuentran en estado de resolver, el ente administrativo no emite ninguna resolución ni positiva ni negativa en cuanto al procedimiento administrativo que se esté llevando a cabo.

Existen varias posturas en cuanto a si el efecto es negativo, positivo o neutro.

A. Silencio administrativo en sentido negativo

En este sentido, la falta de resolución del ente administrativo, se entiende resuelto de forma negativa para el particular, y opera únicamente en el caso en que la ley lo establezca de forma específica para el caso de los recursos administrativos.

Esto también se establece en el caso de los recursos administrativos en general en el artículo 16 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, lo cual es aplicable en cuanto a recursos administrativos, que es propio de un proceso administrativo, y no del procedimiento administrativo en sí, que es el que interesa para el presente análisis, pero se menciona con fines aclaratorios y con el objeto de establecer la diferencia específica que existe entre lo regulado por la referida ley en cuanto al proceso administrativo. Además, cabe aclarar que esta regulación permite que, en virtud de tenerse por contestado en sentido negativo, permitirá que la persona que se encuentre agraviada con dicha resolución pueda optar a plantear el proceso contencioso administrativo que corresponda.

A este respecto, podemos citar también lo establecido en el Código Tributario de Guatemala, Decreto 6-91 del Congreso de la República y sus reformas, que en el artículo 157, cuya aplicación concierne al proceso administrativo en materia tributaria en específico, y el cual indica:

«Transcurrido el plazo de treinta días hábiles contados a partir de la fecha en que las actuaciones se encuentren en estado de resolver, sin que se dicte la resolución que corresponde, se tendrá por agotada la instancia administrativa y por resuelto desfavorablemente el recurso de revocatoria o de reposición, en su caso, para el solo efecto de que el interesado pueda interponer el recurso de lo Contencioso Administrativo».

El artículo 16 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, en relación con los recursos administrativos de revocatoria y reposición, establece:

«Transcurrido treinta días a partir de la fecha en que el expediente se encuentre en estado de resolver, sin que el ministerio o la autoridad correspondiente haya proferido resolución, se tendrá, para el efecto de usar la vía contencioso administrativa, por agotada la vía gubernativa y por confirmado el acto o resolución que motivó el recurso.

El administrado, si conviene a su derecho, podrá accionar para obtener la resolución del órgano que incurrió en el silencio».

B. Silencio administrativo en sentido favorable

Así también, se distingue el silencio administrativo que se tiene por resuelto de forma favorable a favor del particular, cuando la ley de forma específica establece que se tenga resuelto en este sentido, también únicamente cuando la ley en específico así lo establezca.

En este, podemos citar el caso que se establece en la Ley de Parcelamientos Urbanos, Decreto 1427, del Congreso de la República y sus reformas, que establece en el artículo 23:

«La partición o desmembración de un inmueble urbano deberá ser revisada y autorizada por la municipalidad a cuya jurisdicción pertenezca el inmueble. *Para este efecto, la municipalidad deberá resolver dentro del término de treinta días quedando entendido que si así no lo hiciere, la autorización se entenderá tácitamente otorgada.* En el testimonio de la escritura respectiva que se presente al registro, el notario deberá transcribir la autorización municipal o en su caso, dar fe que tal autorización fue solicitada y que transcurrido el término indicado en este artículo, la autoridad municipal no emitió pronunciamiento expreso, aprobando o denegando la autorización». [Las cursivas son propias].

C. Silencio administrativo en general

Salvo algunos casos específicos en que la ley de forma expresa establece un sentido a la falta de resolución del ente administrativo, es necesario forzar a la entidad administrativa que haga el procedimiento administrativo que corresponda. La Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto 1-89 de la Asamblea

Nacional Constituyente y sus reformas, se refiere al respecto en el artículo 10, en el inciso f).

Este artículo establece los casos específicos en que se da la procedencia del amparo, y al respecto establece

«La procedencia del amparo se extiende a toda situación que sea susceptible de un riesgo, una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes de la República de Guatemala reconocen, ya sea que dicha situación provenga de personas y entidades de derecho público o entidades de derecho privado. Toda persona tiene derecho a pedir amparo, entre otros casos: [...] f) Cuando las peticiones y trámites ante autoridades administrativas no sean resueltos en el término que la ley establece, o de no haber tal término, en el de treinta días, una vez agotado el procedimiento correspondiente; así como cuando las peticiones no sean admitidas para su trámite».

XI. EXTRACTO DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD EN RELACIÓN CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Dentro de lo que ha resuelto la Corte de Constitucionalidad en la cual se ha manifestado que en caso de que la autoridad omita el cumplimiento de la obligación de resolver y notificar lo resuelto dentro de los 30 días posteriores a que las actuaciones se encuentran en estado de resolver, habilita a la persona a que acuda al amparo, a fin de que se le fije un «plazo razonable» a efecto de que cese en la demora de resolver y notificar al particular que tenga interés en el asunto.

A este respecto cito la parte conducente de la sentencia en que se establece:

«De conformidad con lo que establece el artículo 28 de la Constitución, los habitantes de la República tienen el derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad, la que está obligada a tramitarlas y resolverlas conforme a la ley. Este precepto, en concordancia con el artículo 10 inciso f) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, establece que en materia administrativa el término máximo para resolver y notificar las resoluciones es el que señala la ley específica aplicable al caso concreto o, en su defecto, el de treinta días. En caso de que la autoridad omita el

cumplimiento de la obligación referida en dicho término el interesado puede acudir al amparo para que se fije un plazo razonable a efecto de que cese la demora en resolver y notificar».⁵

A este mismo respecto y en este mismo sentido se ha pronunciado en los fallos siguientes:

- Gaceta 40, expediente 958-95, página 56, sentencia del 11-06-96.
- Gaceta 35, expediente 256-94, página 145, sentencia del 31-01-95.

Así también, la Corte de Constitucionalidad se ha referido a que en virtud del derecho de petición preceptuado en la disposición normativa citada (artículo 28), deviene la obligación del órgano de «resolver, acogiendo o denegando la pretensión, dentro del plazo».

A este respecto, citamos la parte conducente del fallo de la alta Corte, que indica lo siguiente:

«La potestad de los administrados de dirigir peticiones a la autoridad, individual o colectivamente, se encuentra garantizada como un derecho subjetivo público en el artículo 28 constitucional. De ello deviene la obligación del órgano ante el cual se formule la solicitud de resolver, acogiendo o denegando la pretensión, dentro del plazo que la ley rectora del acto establece».⁶

Otras sentencias que se pronuncian en el mismo sentido incluyen las siguientes:

- Gaceta 59, expediente 782-00, página 284, sentencia del 04-01-01.
- Gaceta 56, expediente 235-00, página 510, sentencia del 24-05-00.
- Gaceta 50, expediente 1028-97, página 403, sentencia del 26-11-98.
- Gaceta 26, expediente 254-92, página 59, sentencia del 07-10-92.

Asimismo, se menciona en:

5 Corte de Constitucionalidad, sentencia de fecha 27 de octubre de 1999, expediente 661-99, gaceta 54.

6 Corte de Constitucionalidad, sentencia de fecha 18 de julio del 2001, expediente 1161-00, gaceta 61.

- Gaceta 63, expediente 1270-01, sentencia del 12-02-02.
- Gaceta 59, expedientes 729-00 y 744-00, página 515, sentencia del 27-02-01.
- Gaceta 57, expediente 982-99, página 13, sentencia del 05-07-00.
- Gaceta 56, expediente 95-00, página 624, sentencia del 21-06-00.
- Gaceta 1, expediente 12-86, página 10, sentencia del 17-09-86.

XII. CONCLUSIONES

El procedimiento administrativo es el acto o serie de actos que integran un expediente de tipo administrativo, que se verifican ante las dependencias del Estado, y que tienen como fin una resolución administrativa. Constituyen actos por sí mismos y se diferencian del proceso administrativo en que este es el paso inicial para el proceso administrativo, en caso de que exista inconformidad con la decisión y que el proceso administrativo involucre resoluciones jurisdiccionales.

El procedimiento administrativo se encuentra regulado en los artículos del 1 al 6 de la Ley de lo Contencioso Administrativo en Guatemala, y su finalización también se encuentra establecida en la Constitución Política de la República, en el artículo 28 de la misma y que establece que ya estando las actuaciones para resolver, no podrá transcurrir más de 30 días para que pueda ser resuelta la solicitud.

El silencio administrativo en el procedimiento administrativo opera en todos aquellos casos en que la administración no otorgue una respuesta para poder resolver el asunto sometido a procedimiento administrativo, y en caso de que no se haya obtenido respuesta, habilita para el uso del amparo, siempre y cuando las actuaciones se encuentren en estado de resolver.

Existe diferencia de lo regulado para el procedimiento administrativo y el proceso administrativo, al silencio administrativo, toda vez que en el caso de que exista una resolución del procedimiento administrativo que sea denegatoria y siempre que se planteen recursos para recurrir la misma, de no existir respuesta del órgano que deba resolver las actuaciones, en este caso opera el silencio adminis-

trativo, que habilita para poder proceder con el proceso contencioso administrativo.

Sin embargo, en el caso del procedimiento administrativo, si no existe la primera resolución que resuelva una solicitud efectuada por cualquier particular, y siempre que se hayan cumplido todos los requisitos solicitados y que se encuentre en estado de resolver, la persona podrá esperar hasta que se resuelva o bien proceder a solicitar un amparo para que se conmine a la autoridad para que resuelva lo solicitado, estableciendo un plazo, a veces multa en caso de incumplimiento y otras veces, incluso puede apercibir que podrán deducirse las responsabilidades civiles y penales en caso de que no se proceda conforme a lo ordenado por el órgano jurisdiccional constituido en tribunal de amparo.

XIII. REFERENCIAS

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Decreto 1-89 y sus reformas, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Decreto 1427 y sus reformas, Ley de Parcelamientos Urbanos.

_____, Decreto 6-91 y sus reformas, Código Tributario de Guatemala.

_____, Decreto 119-96 y sus reformas, Ley de lo Contencioso Administrativo.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Constitución Política de la República de Guatemala, comentada con fallos de la Corte de Constitucionalidad, <http://www.ine.gob.gt/archivos/informacionpublica/ConstitucionPolitica dela Republica de Guatemala.pdf>.

_____, sentencia de fecha 27 de octubre de 1999, expediente 661-99, gaceta 54.

_____, sentencia de fecha 18 de julio del 2001, expediente 1161-00, gaceta 61.

GORDILLO, Agustín, «Concepto y naturaleza del procedimiento administrativo», capítulo I de *Procedimiento y recursos admi-*

nistrativos, Argentina, Macchi, 1971, http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/03/03-capitulo1.pdf.

_____, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1955, tomo I.

RECINOS TIU, Ricardo Estuardo, *Análisis jurídico de la procedencia del recurso de revocatoria regulado en la Ley de lo Contencioso Administrativo en las resoluciones de fondo, conforme a la jurisprudencia emanada de la Corte de Constitucionalidad*, Guatemala, 2008, tesis de licenciatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_7700.pdf.

Administración electrónica*

*Mgtr. Sherly Alejandra Calderón Vasquez***

Sumario: I. Definición. II. Características. III. Ventajas y desventajas. IV. Administración electrónica en Guatemala. V. Referencias.

I. DEFINICIÓN

Para dar inicio al trabajo es necesario definir qué es Administración Electrónica. Mendoza lo define así:

«Es la incorporación de las innovaciones tecnológicas al aparato estatal, lo que constituye un esquema de gestión pública basado en la utilización de tecnología de la información y de las comunicaciones,

* Investigación presentada en abril de 2017 en la línea de investigación «Tendencias actuales del derecho administrativo», dirigida por el doctor Martín María Razquin Lizarraga, dentro de la tercera cohorte del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria, graduada de la Universidad Rafael Landívar. Maestría en Derecho Tributario-Financiero en la Universidad Mariano Gálvez. Especialización en Negocios y Comercio Internacional, Universidad Europea del Atlántico (UNEATLANTICO). Actualmente estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Otros estudios realizados: Cultura de Paz, Sociología del Crimen Organizado y del Lavado de Dinero, Liderazgo y Gestión Pública Responsable, Fundamentos de Alta Dirección Política del Estado y Gestión de Riesgo a Desastres, teniendo experiencia laboral como secretaria municipal de la Municipalidad de San Miguel Petapa, Guatemala, juez de asuntos municipales y de tránsito, Municipalidad de San Miguel Petapa, Guatemala, asesora técnica-legal del Fondo de Desarrollo Social (FODES), adscrito al Ministerio de Desarrollo Social, actualmente miembro de la Red Nacional Contra el Maltrato Infantil (CONACMI) y miembro de la Asamblea General de Plataforma de Desarrollo e Integración Social (PLADIS).

donde se tiene como objetivos mediatos optimizar la gestión pública y desarrollar un enfoque de gobierno centrado en el ciudadano».¹

Así mismo, Red.es define la administración electrónica de la siguiente manera:

«La administración electrónica o e-administración va más allá de la mera automatización de los procesos administrativos y el desarrollo de productos y servicios electrónicos. Supone una nueva concepción de la relación con los ciudadanos, empresas e instituciones, y una reingeniería de los procesos».²

Derivado de lo anterior, se puede decir que la administración electrónica es una nueva modalidad adaptada a la realidad cambiante, que día con día se ve inmersa en la realidad virtual que avanza a grandes pasos, es por esto que la administración pública se ve en la necesidad de adaptarse a estos cambios significativos de modernización, para facilitar al usuario al momento de realizar una gestión dentro de la administración pública.

II. CARACTERÍSTICAS

Dentro de las características de la administración electrónica se encuentran:

MEJORA LA CALIDAD DEL SERVICIO	Aumenta la rapidez y la comodidad del usuario Multiplicación de las vías de resolución de procedimientos
INCREMENTO DE LA PRODUCTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN	Acceso rápido a los datos El ciudadano puede realizar trámites sin supervisión de un funcionario
TENDENCIA A LA ELIMINACIÓN DE BARRERAS	Mayor posibilidad de acceso de las personas con necesidades especiales a la realización de trámites

Continúa...

- 1 Mendoza, Eunice, "Gobiernos electrónicos", 22 de septiembre de 2010, <http://eunicemendoza2010.blogspot.com/2010/09/gobiernos-electronicos.html>.
- 2 Gobierno de España, Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, Página de internet red.es, <http://www.red.es/redes/es>.

DISMINUCIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL	Eliminación de desplazamientos innecesarios Reducción del uso de papel
REORIENTACIÓN DE PREOCUPACIONES	El ciudadano dedica menos tiempo al trámite La Administración disminuye su preocupación por la gestión espacios en edificios públicos

Fuente: <http://e-administracion.cea.es/caracteristicas>

Derivado de lo anterior, la Administración Pública se ve en la necesidad de implementar métodos electrónicos que le permitan agilizar los procedimientos ante el usuario.

La administración electrónica es un modelo de administración pública basado en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), los cuales tienen como objetivo mejorar el funcionamiento interno de las instituciones públicas, las relaciones interadministrativas y las relaciones de la Administración con los ciudadanos, las empresas y las organizaciones, todo esto a través de hacer más accesible la administración y su forma de aplicación.

Dentro de la administración pública electrónica se debe tener en cuenta la seguridad y certeza de la documentación o asuntos que se traten a través de la misma, es por esto que el disponer de niveles adecuados de seguridad que garanticen a los ciudadanos la privacidad en el acceso a la información y de las transacciones realizadas por ellos, es de suma importancia.

III. VENTAJAS Y DESVENTAJAS

Dentro de las ventajas que se encuentran en la utilización de la administración electrónica se encuentran:

- Disminución del tiempo en las diferentes operaciones que realizan los ciudadanos.
- Eficiencia y eficacia.
- Reducción de costos de operación por parte de las dependencias de la Administración Pública.
- Transparencia en la gestión pública y adaptabilidad de la gestión pública.

- Acceso y flujo continuo de información entre ciudadanos y la Administración.
- Acercamiento de la Administración Pública con el ciudadano, con base a la tecnología al servicio de la gente.
- Afianza la gobernabilidad, fortalece la democracia participativa y representa y contribuye a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.

Desventajas de la administración electrónica:

- Deficiencia en la infraestructura tecnológica y física para la instauración de un gobierno en línea.
- Capacitación del recurso humano.
- Inestabilidad política y recesión económica
- Existencia de una mayoría de ciudadanos analfabetas tecnológicos.
- Desconfianza generalizada ante la prestación de servicios por procedimientos telemáticos o a distancia.
- Falta de coordinación y comunicación entre los diferentes organismos gubernamentales.
- Abuso de poder por parte de la administración pública.
- Uso por debajo del potencial real de la tecnología.³

Dentro de los beneficios de utilizar un gobierno electrónico se encuentran la transparencia y rendición de cuentas. Gracias a la creación de portales públicos es posible publicar los gastos de los funcionarios públicos y saber en qué se invierten los recursos, la posibilidad de gestionar muchos trámites gubernamentales a través de sitios electrónicos, los cuales abaratan los costos y los tiempos de los ciudadanos, pues están siempre disponibles, sin filas, así como la posibilidad de realizar muchas consultas al público sobre su parecer en temas de interés general. También se pueden elaborar buzones de quejas y sugerencias para mejorar los servicios.

Guatemala actualmente se encuentra con la problemática de alto congestionamiento en la Administración Pública, día con día crecen los procedimientos dentro de la misma, es por eso que es

3 Mendoza, Eunice, *op. cit.*, nota 1.

de suma importancia la implementación de nuevas tecnologías las cuales representan un gran reto para la administración pública. Por ello, cada vez que las instituciones ofrezcan nuevas tecnologías a los usuarios o empleados, tendrán que hacerlo como parte componente de un todo, en el que está presente una respuesta humana; si no lo hacen, la gente tratará de crear una propia o de rechazar la nueva tecnología y esto se observa como resistencia al cambio frente a la automatización.

Actualmente Guatemala no se encuentra preparada para incorporar a sus sistemas una administración electrónica, dado que por lo que representa este cambio se debe educar a la población en cuanto al uso de nuevos métodos, así como concientizar a la población sobre el beneficio del uso de la tecnología, dado que esto conceptualiza un uso menor de papel, la reducción de gastos innecesarios de transporte y del congestionamiento en instituciones públicas que ocasiona ineficiencia por el exceso de trámites burocráticos y procedimientos tediosos que enredan la prestación de servicios públicos.

IV. ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA EN GUATEMALA

Guatemala cuenta actualmente con la firma electrónica o Firma-e, que es el primer prestador de servicios de certificación digital de Guatemala, autorizado mediante resolución PSC-01-2012 del Ministerio de Economía, a través del Registro de Prestadores de Servicios de Certificación, logro alcanzado gracias al apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) a través del Fondo Multilateral de Inversiones FOMIN dentro de la ejecución del proyecto ATN/ME 9031-GU «Apoyo al Comercio Electrónico». Ahora Guatemala cuenta con una poderosa herramienta para facilitar la vida de todos sus ciudadanos.

El Certificado Digital de Firma Electrónica Avanzada son algoritmos electrónicos que emite la Cámara de Comercio de Guatemala y que permiten identificar de manera inequívoca a una persona en medios digitales. Adicionalmente califica tanto su actividad profesional, como el rol que desempeña en el momento.⁴

4 Cámara de Comercio de Guatemala, Página de internet Firma-e, <http://www.firma-e.com.gt/>.

La certificación de firma digital permite garantizar:

- Identidad y capacidad de las partes que tratan entre sí sin conocerse (emisor y receptor del mensaje).
- Integridad de la transacción (verificar que la información no fue manipulada).
- Irrefutabilidad de los compromisos adquiridos (no repudio).
- Confidencialidad de los contenidos de los mensajes (solamente conocidos por quienes estén autorizados).

Guatemala actualmente se encuentra trabajando en la incorporación de un sistema electrónico en la Administración Pública dentro de los cuales se encuentran diversos campos ya integrados a esta modalidad:

- Portal del Gobierno de Guatemala: www.guatemala.gob.gt.
- Cada ministerio cuenta con página web, en las cuales se pueden realizar diversas gestiones concernientes a cada ministerio.
- Contraloría General de Cuentas: <http://www.contraloria.gob.gt/>.
- Registro Nacional de las Personas: <https://www.renap.gob.gt/>.
- Algunas municipalidades cuentan con portales web.
- Superintendencia de Administración Tributaria (SAT): <http://portal.sat.gob.gt/sitio/>. A partir del 25 de enero, la SAT pretende que todos los guatemaltecos puedan hacer el traspaso de su vehículo de forma electrónica y con ello ahorrarse tiempo y espera en las agencias a lo largo del territorio nacional.
- GUATECOMPRAS es el nombre asignado al Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. GUATECOMPRAS es un mercado electrónico, operado a través de internet. Inicialmente GUATECOMPRAS se enfocó en brindar mayor transparencia a las compras públicas y por ello su lema fue «Todo a la vista de todos». Ahora GUATECOMPRAS incrementa aún más la transparencia mientras se enfoca en que las compras sean más rápidas y eficientes. Por ello el nuevo lema es «La vía rápida para las compras públicas». <http://guatecompras.gob.gt/info/queEsGuatecompras.aspx>.

Los anteriores son algunos ejemplos de cómo el Estado de Guatemala ha iniciado un proceso de administración electrónica. Algunas instituciones han implementado este sistema como medida de mitigación a la alta afluencia de usuarios en las diferentes instituciones. Esta medida electrónica permite que el usuario reduzca tiempo y recursos económicos; además, es un medio amigable con el ambiente, dado que reduce la cantidad de papel que se utiliza normalmente en trámites burocráticos en los cuales los interesados se tenían que acercar a realizarlos en persona.

Guatemala poco a poco ha implementado la tecnología dentro de la Administración Pública, lo que hace que el sistema administrativo se vea favorecido grandemente; asimismo, el uso de tecnologías debe ir de la mano en cuanto a la educación de la población que por el desconocimiento de los temas tecnológicos, sigue utilizando las vías tradicionales. Sin embargo, actualmente existen varios cuerpos normativos que reconocen los medios electrónicos, los cuales son:

- Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas, Decreto Número 47-2008.
- Ley Reguladora de las Notificaciones por Medios Electrónicos en el Organismo Judicial, Decreto Número 15-2011.
- Acuerdo Gubernativo Número 135-2009, Reglamento de la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas.
- Acuerdo Gubernativo Número 262-2009, reformas al Reglamento de la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas.
- Reforma al Acuerdo Gubernativo Número 109-2010, Arancel del Registro de Prestadores de Servicios de Certificación.
- Acuerdo Gubernativo Número 460-2011, Arancel del Registro de Prestadores de Servicios de Certificación.

Por lo tanto, Guatemala presenta un reto que consiste en educar a la población en cuanto al uso de tecnología dentro de la Administración Pública.

V. REFERENCIAS

CÁMARA DE COMERCIO DE GUATEMALA, página de internet Firma-e, <http://www.firma-e.com.gt/>.

GOBIERNO DE ESPAÑA, MINISTERIO DE ENERGÍA, TURISMO Y AGENDA DIGITAL, Página de internet red.es, <http://www.red.es/redes/es>.

GOBIERNO DE GUATEMALA, Sistema de Adquisición y Contrataciones del Estado de Guatemala, Guatecompras, «¿Qué es Guatecompras?», <http://guatecompras.gob.gt/info/queEsGuatecompras.aspx>.

MENDOZA, Eunice, «Gobiernos electrónicos», 22 de septiembre de 2010, <http://eunicemendoza2010.blogspot.com/2010/09/gobiernos-electronicos.html>.

Análisis de la Ley de Acceso a la Información Pública de Guatemala, Decreto 57-2008*

*Mgtr. Marta Rossana Cáceres López***

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes. III. El derecho de acceso a la información como un derecho humano fundamental y su reconocimiento constitucional en Guatemala. IV. *Habeas data*. V. Ley de Acceso a la Información Pública de Guatemala. VI. Principios en los que se basa la Ley. VII. Sujetos del derecho de acceso a la información pública. VIII. Unidades de información pública. IX. Procedimiento del acceso a la información pública. X. Autoridad reguladora para el cumplimiento de la Ley. XI. Cultura de Transparencia. XII. Recurso de revisión. XIII. Sanciones. XIV. Conclusiones. XV. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro del tema transparencia y buen gobierno, como parte del programa de estudio del curso Tendencias del Derecho Administrativo, se procedió a analizar la Ley de Acceso a la Información Pública, Decreto número 57-2008 del Congreso de la República de Guatemala.

* Investigación presentada en abril de 2017 en la línea de investigación «Tendencias actuales del Derecho Administrativo», dirigida por el doctor Martín María Razquin Lizarraga, dentro de la tercera cohorte del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea; *Magister Artium* en Derecho Constitucional por la Universidad Rafael Landívar, 2015; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria, por la Universidad Rafael Landívar, 2000. Se ha desempeñado como docente universitaria de los cursos de Investigación Jurídica e Instituciones de Derecho Romano; asesora de tesis de licenciatura en la Universidad Rafael Landívar y docente de Derecho Constitucional en el Programa de Maestría del Instituto de Administración Pública (INAP) de Guatemala.

El derecho de acceso a la información pública es un derecho humano reconocido a nivel internacional y se constituye como uno de los pilares del Estado democrático de derecho. A través del mismo, se proporciona a la población la posibilidad de involucrarse y fiscalizar las actuaciones de los gobernantes.

En el presente análisis de la Ley de Acceso a la Información Pública de Guatemala, se pretende establecer si por medio de esta legislación se está fortaleciendo el Estado de Derecho, si por su medio se contribuye a esa cultura de información y transparencia que es tan necesaria para la coexistencia armónica entre los ciudadanos y las autoridades del Estado.

La Constitución Política de la República de Guatemala, que data de 1985, contempla que para la consolidación de una verdadera democracia participativa es necesario regular el derecho de todo ciudadano a la información considerada como pública, así como el acceso a la información personal del ciudadano en poder de órganos gubernamentales. Por lo tanto, se pretende comprobar si se hacen esfuerzos por parte del Estado para el fortalecimiento del Estado de derecho como base fundamental de la democracia.

II. ANTECEDENTES

Dentro de los antecedentes más recientes del derecho al acceso a la información pública se puede indicar que en el 2000 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos, aprobó la Declaración Interamericana de Principios sobre la Libertad de Expresión, en la cual se afirma el deber de los Estados de proveer informaciones que excepcionalmente podrían ser negadas, teniendo como única limitante las establecidas previamente por la ley (Principio 4).¹

Otro antecedente reciente se verifica en 2004 cuando se aprueba por los jefes de Estado de los gobiernos de las Américas, en el marco de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración de Nuevo León, en que los Estados se comprometen, entre otros temas, al respeto,

1 Organización de los Estados Americanos, Declaración de principios sobre libertad de expresión, <http://www.oas.org/ES/CIDH/EXPRESION/showarticle.asp?artID=26&IID=2>.

apoyo y garantía al acceso a la información en poder del Estado, la cual depende del respeto por las normas constitucionales y legales.²

Dentro de los primeros antecedentes con relación a este derecho humano, reconocido por la Asamblea Nacional de Naciones Unidas en 1946, se encuentra la Resolución 59, en la cual se considera que la libertad de información es un derecho humano fundamental y piedra de toque de todas las libertades a las cuales están consagradas las Naciones Unidas. Asimismo, se consideró que la libertad de información implica el derecho de recopilar, transmitir y publicar en cualquier parte y sin restricción alguna y, como tal, es un factor esencial en cualquier esfuerzo serio para fomentar la paz y el progreso del mundo. La libertad de información requiere, como elemento indispensable, la voluntad y la capacidad de usar y no abusar de sus privilegios. La comprensión y la cooperación entre las naciones son imposibles sin una opinión mundial sana y alerta, la cual, a su vez, depende absolutamente de la libertad de información.³ En este sentido, la Asamblea General de Naciones Unidas en la resolución precitada buscó promover y convocar a las naciones para reconocer la importancia del acceso a la información. En el marco de esta resolución, se comenzó a instar, tanto a las naciones como a los funcionarios, a promover acciones para el cumplimiento de este derecho.

Otro precedente importante del derecho humano de acceso a la información se encuentra contenido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en 1948, que en el artículo 19 también evidencia el respeto a la libertad de opinión y de expresión, de poder recibir información y opiniones y de difundirlas por cualquier medio.⁴

En ese orden de ideas, es importante indicar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del caso *Claude Reyes y otros versus Chile*, con base en el artículo 13 de la Convención, reconoce la existencia de un derecho de acceso a la información oficial

2 Organización de los Estados Americanos, Cumbre de Nuevo León, México, 2004, http://www.oas.org/36AG/espanol/doc_referencia/CumbreAmericasMexico_DeclaracionLeon.pdf.

3 Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, resoluciones aprobadas, 1946, <http://www.un.org/es/documents/ag/res/1/ares1.htm>.

4 Organización de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (edición ilustrada), 2015, http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf.

(solicitar y obtener información), resolución de fecha 24 de noviembre de 2008;⁵ lo que en cuanto a jurisprudencia también constituye un antecedente reciente importante de mencionar, pues la Corte hace un análisis y consideraciones muy interesantes con relación al derecho que se estudia.

III. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN COMO UN DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL Y SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL EN GUATEMALA

En Guatemala, se aprobó por el Congreso de la República la Ley de Acceso a la Información Pública por medio del Decreto 57-2008, a partir de los principios constitucionales contenidos en los artículos 30 y 31 de la Constitución. El primero de estos principios se refiere a la *publicidad de los actos administrativos*,

«todos los actos de la administración son públicos. Los interesados tienen derecho a obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, reproducciones y certificaciones que soliciten y la exhibición de los expedientes que necesiten consultar, salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional, o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia».⁶

Es importante acotar entonces que el artículo 30 constitucional anteriormente indicado es una garantía hacia los ciudadanos guatemaltecos para que puedan acceder a cualquier tipo de información pública relacionada con el actuar de las instituciones del Estado. Dicha información puede emplear diversos espacios, instrumentos y tecnología para la transmisión de hechos, informes e ideas que sean de interés para los particulares.

El segundo principio constitucional indica:

«Acceso a archivos y registros estatales. Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica esta información, así

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Claude Reyes y otros vrs. Chile, http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=332&lang=es.

6 Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, Guatemala, 1985, art. 30.

como a la corrección, rectificación y actualización. Quedan prohibidos los registros de y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos».⁷

IV. HABEAS DATA

Se considera un aporte novedoso a la legislación de Guatemala la inclusión de lo relativo a la figura del *habeas data*, también conocido como el derecho de protección de datos personales. Es un instrumento legal para proteger el derecho a la vida privada, una forma de derecho de acceso a la información pública con algunos matices significativos que lo distinguen al mismo tiempo.

En la Ley de Acceso a la Información Pública de Guatemala se encuentra contemplado precisamente como un avance en la garantía y protección de los datos personales de los ciudadanos.

La ley lo define como la

«Garantía que tiene toda persona de ejercer el derecho para conocer lo que de ella conste en archivos, fichas, registros o cualquier otra forma de registros públicos, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a su protección, corrección, rectificación o actualización. Los datos impersonales no identificables, como aquellos de carácter demográfico recolectados para mantener estadísticas, no se sujetan al régimen de *habeas data* o protección de datos personales que indica la ley».

Este concepto se encuentra en el inciso 4 el artículo 9 de definiciones y a toda la temática de este derecho se le dedica un capítulo completo dentro de la Ley (Capítulo VI, artículo 30), en el que se desarrolla.

En una definición más amplia, el *habeas data* es la prerrogativa que tiene toda persona de: *a)* conocer de su inclusión en bancos de datos o registros; *b)* acceder a toda información que de ella conste en los bancos de datos o registros; *c)* actualizar o corregir en su caso dicha información; *d)* conocer el propósito o los fines para los que se va a utilizar la información que conste sobre ella en los bancos de datos, o que se garantice la confidencialidad de determinada información obtenida legalmente para evitar su conocimiento por terceros; y

7 *Ibidem*, art. 31.

e) que se garantice la supresión de información sobre la persona con datos sobre su filiación política o gremial, creencias religiosas, vida íntima y toda aquella que pudiera de algún modo u otro producir discriminación.⁸

Como se indicó anteriormente, el derecho de *habeas data* puede considerarse como una modalidad del derecho de acceso a la información pública pudiendo identificarse entre ambos algunas diferencias:

- a) En el derecho de acceso a la información pública, el sujeto con legitimación activa puede ser cualquier persona. En el derecho de *habeas data*, la legitimación activa pertenece a la persona sobre la que exista la información en el registro o banco de datos consultado, pues son sus datos, su intimidad, su vida privada.
- b) Mientras que en el derecho de acceso a la información pública es posible consultar todo tipo de información contenida en registros públicos, en el derecho de *habeas data* solo se puede consultar la información concerniente a la persona que realiza la consulta. El derecho de acceso a la información pública parte de la premisa de que la información pública pertenece a la sociedad. Por el contrario, los registros e información que comprende el derecho de *habeas data*, son uno de los límites al derecho de acceso a la información, considerándose dentro del rubro de información confidencial.
- c) En el derecho de acceso a la información se faculta a la mera consulta y reproducción de la información pública. En el derecho de *habeas data* se otorga la prerrogativa a la persona interesada para solicitar la actualización, corrección o supresión, según sea el caso, de la información consultada.
- d) En el derecho de acceso a la información pública, se puede consultar información que obre exclusivamente en registros públicos. En el derecho de *habeas data*, se permite la consulta en registros públicos o privados.⁹

8 Villanueva, Ernesto, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014, p. 25.

9 *Ibidem*, p. 26.

Apreciar las diferencias anteriores entre el derecho de acceso a la información y el derecho de *habeas data* es importante para el reconocimiento de ambas figuras jurídicas. Sin embargo, lo más relevante lo constituye el hecho del reconocimiento de ambos derechos en la legislación de Guatemala, los cuales garantizan a los ciudadanos del país el respeto y cumplimiento de este derecho fundamental de estar informado y de conocer la propia información.

V. LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DE GUATEMALA

A partir de los principios constitucionales antes indicados y para responder a las necesidades actuales de transparencia y participación, así como de fiscalización por medio de los ciudadanos, se aprueba y se crea por el Congreso de la República de Guatemala la Ley de Acceso a la Información Pública, que entra en vigencia el 20 de abril del 2009 y consta de 72 artículos.

Es una ley de orden público, de interés nacional y utilidad social, que establece las normas y los procedimientos para garantizar a toda persona, natural o jurídica, el acceso a la información o actos de la administración pública que se encuentre en los archivos, fichas, registros, base, banco o cualquier otra forma de almacenamiento de datos que se encuentren en los organismos del Estado, municipalidades, instituciones autónomas y descentralizadas y las entidades privadas que perciban, inviertan o administren fondos públicos, incluyendo fideicomisos constituidos con fondos públicos, obras o servicios públicos sujetos a concesión o administración (artículo 2).¹⁰

VI. PRINCIPIOS EN LOS QUE SE BASA LA LEY

Los principios en que se funda una ley son guías interpretativas o mandatos de optimización, a la luz de los cuales deben interpretarse las disposiciones contenidas en la misma. Con base en estos, se puede interpretar cualquier punto que no quedara claro en una de sus normas, en cuanto a su sentido y alcance.¹¹ La Ley de Acceso

10 Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 57-2008, Ley de Acceso a la Información Pública, Guatemala, 2012.

11 Gobierno de Guatemala, Secretaría de control y transparencia, *Ley de Acceso a la Información Pública comentada. Decreto 57-2008*. Guatemala, pp. 13-14.

a la Información Pública de Guatemala, se basa en los principios siguientes (artículo 3):

- *Máxima publicidad*, la ley indica en el artículo 9 la definición de este principio:
«toda información en posesión de cualquier sujeto obligado, es pública. No podrá ser reservada ni limitada sino por disposición constitucional o legal».
- *Transparencia en el manejo y ejecución de los recursos públicos y actos de la administración pública*, se deduce del anterior.
- *Gratuidad en el acceso a la información pública*, que busca no hacer oneroso el ejercicio de este derecho para los ciudadanos, cuya obligación principal radica en el Estado.
- *Sencillez y celeridad de procedimiento*, que pretende expeditar el trámite de solicitud y otorgamiento de la información al solicitante, así como que se cumplan los plazos que para el efecto prescribe la ley.

VII. SUJETOS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Por sujeto se entiende a la persona legitimada por el orden jurídico para ejercer un derecho o cumplir con un deber. En el derecho de acceso a la información pública concurren dos sujetos: el sujeto activo y el sujeto pasivo, que en el caso de la ley de Guatemala se denomina sujeto obligado. El sujeto activo es el titular del derecho de acceso a la información pública y el sujeto pasivo (obligado) es quien tiene a su cargo el deber de proporcionar la información solicitada.¹²

La Ley de Guatemala, en relación con los sujetos de la misma, los contempla en el artículo 5 y define como sujeto activo a «toda persona individual o jurídica, pública o privada, que tiene derecho a solicitar, tener acceso y obtener la información pública que hubiere solicitado». Como sujeto obligado (pasivo) en el artículo 6 a

12 Villanueva, Ernesto, *op. cit.*, nota 8, p. 26.

«toda persona individual o jurídica, pública o privada, nacional o internacional de cualquier naturaleza, institución o entidad del Estado, organismo, órgano, entidad, dependencia, institución y cualquier otro que maneje, administre o ejecute recursos públicos, bienes del Estado, o actos de la administración pública en general, que está obligado a proporcionar la información pública que se le solicite, dentro de los que se incluye el siguiente listado que es enunciativo y no limitativo:».

La ley indica y enumera a los sujetos obligados en la segunda parte del *artículo 6*, los cuales son un total de 35 entidades e instituciones que forman parte del Estado o se relacionan con este en el tema de manejo de fondos provenientes del mismo. Llama la atención que la misma norma indica que el listado es enunciativo y no limitativo, lo cual deja abierto a que puedan existir más sujetos obligados de cumplir la obligación de proporcionar información.

La ley además indica a los sujetos obligados que deberán mantener actualizada y disponible, en todo momento, de acuerdo con sus funciones y a disposición de cualquier interesado, principalmente la siguiente información, la que podrá ser consultada preferentemente o de manera directa a través de los portales electrónicos de cada sujeto obligado (*artículo 10*):

- Estructura orgánica y funciones de cada una de las dependencias, incluyendo su marco normativo.
- Dirección y teléfonos de la entidad.
- Directorio de empleados y servidores públicos, incluyendo números de teléfono y direcciones de correo electrónico oficiales y no privados.
- Nómina de los empleados, asesores, incluyendo los salarios, honorarios y dietas y viáticos que corresponden a cada cargo.
- La misión y objetivos de cada institución, plan operativo anual y resultados obtenidos en el cumplimiento de los mismos.
- Manuales de procedimientos, tanto administrativos como operativos.

- La información sobre el presupuesto de ingresos y egresos asignado para cada ejercicio fiscal, los programas cuya elaboración y/o ejecución se encuentren a su cargo y todas las modificaciones que se realicen al mismo.
- Informes mensuales de ejecución presupuestaria.

Asimismo, la ley específicamente señala a los tres poderes del Estado de Guatemala (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), que además de la información indicada en el párrafo anterior, la que deben hacer pública como mínimo, les indica además, la información propia de cada uno que deben contener en sus portales electrónicos. El *artículo 11*, por ejemplo, contiene la información específica que debe adicionar el Organismo Ejecutivo:

- El ejercicio de su presupuesto asignado por ministerio, viceministerio, direcciones generales e instituciones descentralizadas.
- Listado de asesores, con sus remuneraciones de cada una de las instituciones mencionadas en el numeral anterior.
- El informe de los gastos y viáticos de las delegaciones de cada institución al exterior del país, así como el destino, objetivos y logros alcanzados.

VIII. UNIDADES DE INFORMACIÓN PÚBLICA

La Ley de Acceso a la Información Pública contempla además la creación de unidades de información pública por medio de las cuales se canalice y se reciban las solicitudes escritas de información. Empleado u órgano que fungirá como unidad de información, con enlaces a nivel nacional (artículo 19).

Dichas unidades tendrán a su cargo principalmente: (artículo 20)

- Recibir y tramitar solicitudes de acceso a la información pública.
- Orientar en la formulación de las mismas.
- Proporcionar la información consultada o notificar la negativa razonada.

IX. PROCEDIMIENTO DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA (ARTÍCULO 38)

El procedimiento de acceso a la información se realiza por medio de una solicitud verbal, escrita o vía electrónica que se formula por el interesado a través de la Unidad de Información, que deberá contener (artículo 41):

- Identificación el sujeto obligado a quien se dirija;
- Identificación del solicitante; e
- Identificación clara y precisa de la información que se solicita.
- No está sujeta a ninguna formalidad.

El tiempo de respuesta estipulado en la Ley es de 10 días (artículo 42) y se puede ampliar el plazo hasta por 10 días máximo, cuando el volumen y extensión de la respuesta así lo justifique (artículo 43).

X. AUTORIDAD REGULADORA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY (ARTÍCULO 46)

El acceso a la información pública como derecho humano fundamental previsto en la Constitución Política de la República de Guatemala y los tratados o convenios ratificados por el Estado de Guatemala en esta materia estará protegido por el Procurador de los Derechos Humanos.

El Procurador de los Derechos Humanos, de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala, es un comisionado del Congreso de la República para la defensa de los Derechos Humanos que la Constitución garantiza. Para que esta autoridad reguladora cumpla con su función de verificación de cumplimiento por parte de los sujetos obligados, y de conformidad con la Ley de Acceso a la Información Pública, los sujetos obligados deben presentar un informe al Procurador de los Derechos Humanos por escrito correspondiente al año anterior, en el que se incluya (artículo 48):

- Número de solicitudes recibidas.
- Resultado de cada una de las solicitudes.
- Tiempos de respuesta.

- La cantidad de solicitudes pendientes.
- La cantidad de solicitudes con ampliación de plazos.
- El número de solicitudes desechada.
- Cantidad de solicitudes no satisfechas por ser información reservada o confidencial.
- Número de impugnaciones.

Por su parte el Procurador de los Derechos Humanos, como autoridad reguladora, dentro de su informe anual al Congreso de la República, puede informar sobre los resultados que le fueron informados por los sujetos obligados, indicando además un diagnóstico y recomendaciones, así como de su programa de capacitación, implementación y resultado para los sujetos obligados (artículo 49).

En el último informe del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala al que se tuvo acceso, con respecto a la garantía del derecho humano de acceso a la información en la administración pública y la transparencia, indica entre otras conclusiones que:

- En el 2015, se registra un avance en la implementación de la Ley de Acceso a la Información Pública en la medida que se han incrementado el número de unidades de acceso a la información, portales electrónicos, informes de sujetos obligados y número de solicitudes cursadas por la población.
- Persiste un número preocupante de sujetos obligados, particularmente en el ámbito local, que no cuentan con portales electrónicos para la publicación actualizada de lo que la ley denomina «obligaciones de transparencia» y que se refiere a la información de oficio que facilita a la población el conocimiento del quehacer institucional; lo que perjudica y obstaculiza el derecho a saber, la participación ciudadana y la auditoría social.¹³

13 Procurador de los Derechos Humanos, *Informe anual de situación del Derecho Humano de acceso a la información 2015*, Guatemala, 2016, p. 47.

XI. CULTURA DE TRANSPARENCIA

Aspecto importante que incluye la ley y cabe resaltar, es que dedica un capítulo a lo que denomina «cultura de la transparencia» en los artículos que lo contempla se destaca principalmente que:

- Deberá ser implementada como tema de estudio a nivel primario, medio y superior.
- Capacitar a los servidores públicos y establecer programas de actualización en la materia del derecho a la información pública.
- Igual obligación corresponde a los sujetos obligados que no formen parte de la administración pública ni de la organización del Estado. (Artículos 50 y 51).

La cultura de transparencia cumple con la importante función de reivindicar la participación de los integrantes de la sociedad en las decisiones de la política, lo cual es vital para el fortalecimiento del Estado de derecho. Por ello es relevante destacar la importancia del cumplimiento de las anteriores normas jurídicas, pues en la medida en que se eduque a las nuevas generaciones en la transparencia y fiscalización, especialmente en involucrarse en el quehacer de sus autoridades, tendremos futuras generaciones de ciudadanos comprometidos con el país.

En ese orden de ideas, la autoorganización y participación ciudadanas en la elaboración y deliberación de las políticas públicas desempeña una función política positiva porque: 1) afirma y desarrolla el pluralismo social y político; 2) promueve el control de los ciudadanos sobre las instituciones públicas; 3) exige la rendición de cuentas, lo que ayuda a promover el funcionamiento eficiente de las instituciones estatales; 4) exige el carácter público y legal de las negociaciones y compromisos políticos; 5) construye redes mediadoras entre los individuos y las instituciones públicas; 6) promueve la defensa de los derechos humanos civiles y políticos y por ende la tolerancia y el pluralismo.¹⁴

14 Attili Cardamone, Antonella, «Ciudadanía, sociedad civil y la redefinición de espacios públicos», *Revista de estudios políticos*, núm. 16, Madrid, octubre-diciembre 2004, pp. 133-134.

XII. RECURSO DE REVISIÓN

Regulado en la Ley como medio de defensa jurídica, tiene por objeto garantizar que en los actos y resoluciones de los sujetos obligados se respeten las garantías de legalidad y seguridad jurídica. Se interpone ante la máxima autoridad de cada sujeto obligado, dentro de los 15 días siguientes a la fecha de notificación de la resolución, teniendo para resolver la autoridad impugnada el plazo de 5 días.

Una vez agotado este recurso de revisión, si el interesado considera violentado su derecho constitucional puede interponer el amparo respectivo, sin perjuicio de las acciones legales de otra índole.

XIII. SANCIONES

Dentro de las responsabilidades y sanciones que indica la Ley de Acceso a la Información Pública por su incumplimiento, se encuentran las que contemple cada sujeto obligado cuando se trate de alguna falta. Sin embargo, la ley contempla la responsabilidad penal, penas de prisión y multa, según sea el caso y la gravedad del mismo.

«La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política, solo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan las instituciones se puede hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una Sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos» [preámbulo de la Ley de Transparencia Española].

XIV. CONCLUSIONES

1. El derecho de acceso a la información es un derecho humano fundamental de todo ciudadano de Guatemala, derecho que se garantiza por el Estado en todo momento a partir de la creación y sanción de la Ley de Acceso a la Información Pública, Decreto 57-2008.
2. La información de la cual es objeto el derecho de acceso a la información, es propiedad de los ciudadanos de Guatemala. El Estado es responsable de administrar esa información, res-

- guardarla y proporcionarla a los particulares cuando esta le sea solicitada, en la forma establecida en la Ley.
3. La Ley de Acceso a la Información Pública de Guatemala obtiene su base legal de los artículos 30 y 31 de la Constitución Política de la República y permite que los particulares tengan acceso a las políticas que implementa el Estado para mejoras en salud, educación, seguridad y los motivos que sustentan esas decisiones.
 4. La Ley de Acceso a la Información Pública permite, adecuar y ejercitar medios de control eficaces que ayuden a los gobernados a saber, entre otras cosas, en qué, para qué, por quién y cómo son utilizados los recursos públicos y cuál es la justificación del actuar gubernamental, en aras de motivar la participación ciudadana y fortalecer el estado de derecho.
 5. Un beneficio importante que proporciona el acceso a la información son las relaciones que se establecen entre los actores de la sociedad y el Estado; en donde se evidencia por su medio, el funcionamiento del Estado, conforme a las normas establecidas, otorgando a los gobernados la seguridad de cómo mejora su entorno, su desarrollo y, en consecuencia, su calidad de vida.

XV. REFERENCIAS

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución Política de la República de Guatemala, Guatemala.

ATTILI CARDAMONE, Antonella, «Ciudadanía, sociedad civil y la redefinición de espacios públicos» *Revista de estudios políticos*, núm. 16, Madrid, octubre-diciembre 2004.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Decreto 57-2008, Ley de Acceso a la Información Pública y sus reformas.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia Claude Reyes y otros versus Chile, http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=332&lang=es.

GOBIERNO DE GUATEMALA, SECRETARÍA DE CONTROL Y TRANSPARENCIA, *Ley de Acceso a la Información Pública comentada. Decreto 57-2008*, Guatemala.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Asamblea General, resoluciones aprobadas, 1946, <http://www.un.org/es/documents/ag/res/1/ares1.htm>.

_____, Declaración Universal de los Derechos Humanos (edición ilustrada), 2015, http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Cumbre de Nuevo León, México, 2004, http://www.oas.org/36AG/espanol/doc_referencia/CumbreAmericasMexico_DeclaracionLeon.pdf.

_____, Declaración de principios sobre libertad de expresión, <http://www.oas.org/ES/CIDH/EXPRESION/showarticle.asp?artID=26&lID=2>.

PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Informe anual de situación del Derecho Humano de acceso a la información 2015*, Guatemala, 2016.

VILLANUEVA, Ernesto, *Derecho de Acceso a la Información Pública en Latinoamérica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014.

Acciones tendientes a la transparencia en Guatemala: Gobierno abierto*

*Mgtr. Diana Lucía Yon Véliz***

Sumario: I. Gobierno abierto. II. Planes de Acción de Gobierno Abierto en Guatemala. III. Presupuesto abierto 2017. IV. Encuesta de Presupuesto Abierto. V. Referencias.

I. GOBIERNO ABIERTO

El Gobierno abierto es una filosofía-cultura de transformación de la gestión pública que promueve la transparencia, la participación ciudadana y la colaboración.

Se caracteriza por proveer acceso a la información y empoderar a su población con herramientas que promueven la participación en la toma de decisiones de política pública y, a su vez, suscitan una fiscalización constante.

Partiendo de lo anterior se crea la Alianza para el Gobierno Abierto (AGA), *Open Government Partnership*, la cual constituye una iniciativa multilateral dirigida a propiciar compromisos concretos por

* Investigación presentada en abril de 2017 en la línea de investigación «Tendencias actuales del Derecho Administrativo», dirigida por el doctor Martín María Razquin Lizarraga, dentro de la tercera cohorte del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

** Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Obtuvo los grados académicos de Magíster en Derecho Constitucional (2015) y de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, y los títulos profesionales de Abogada y Notaria (2012) por la Universidad Rafael Landívar. Actual Coordinadora del Área Académica de Derechos Humanos de la Facultad.

parte de los gobiernos para promover la transparencia, aumentar la participación ciudadana en los asuntos públicos, combatir la corrupción y aprovechar las nuevas tecnologías para robustecer la gobernanza.¹

La AGA fue lanzada formalmente en septiembre de 2011, cuando los gobiernos de los ocho países fundadores² adoptaron la Declaración de Gobierno Abierto y anunciaron su Plan de Acción. Guatemala solicitó su incorporación a la AGA el 27 de julio del 2011, la cual fue ratificada en enero de 2012. La referida Alianza se encuentra conformada por 70 países en la actualidad.

Los supuestos implícitos en que se asienta esta novedosa fórmula de vinculación entre Estado y sociedad, podrían formularse en los siguientes términos: 1) en la actualidad, la tecnología disponible hace posible una comunicación fluida y una interacción de doble vía entre gobierno y ciudadanía; 2) en la medida en que el gobierno abra esos canales de diálogo e interacción con los ciudadanos, podrá aprovechar su potencial contribución al proceso de gestión estatal; y 3) si la ciudadanía aprovecha la apertura de esos nuevos canales participativos, podrá colaborar activamente con la gestión de gobierno, promoviendo de este modo los componentes deliberativos y participativos de la democracia.³

Es con esta nueva «fórmula» que actualmente los gobiernos buscan manejar su gestión, a fin de lograr una mayor vinculación con la sociedad y que la misma ejerza un control social que asegure la mejor gestión por parte de los gobernantes.

Con la participación de los gobiernos en la AGA, se comprometen a elaborar planes de acción que incluyan compromisos específicos que deben alcanzarse por períodos de dos años; los referidos planes deben incluir compromisos para cambiar las prácticas existentes.

1 Página de internet de la Alianza para el Gobierno Abierto (AGA), <http://gobiernomx.org/alianza-internacional/>.

2 Brasil, Indonesia, México, Noruega, Filipinas, Sudáfrica, el Reino Unido y Estados Unidos de América.

3 Oszlak, Oscar, *Gobierno abierto: hacia un nuevo paradigma de gestión pública*, Red de Gobierno Electrónico de América Latina y El Caribe, 2013, <http://portal.oas.org/LinkClick.aspx?fileticket=eofrl9FtNT0%3D&tabid=811>, p. 6.

Guatemala ha implementado a la fecha tres Planes de Acción Nacional de Gobierno Abierto; los cuales han abarcado períodos bianuales (2012-2013, 2014-2015 y el tercero corresponde de 2016 a 2018).

A continuación se desarrollará el contenido de los referidos planes, así como las acciones y principales logros alcanzados en esta temática.

II. PLANES DE ACCIÓN DE GOBIERNO ABIERTO EN GUATEMALA

El 9 de abril de 2012 el Gobierno de la República presentó su primer *Plan de Acción de Gobierno Abierto*,⁴ basado en dos ejes divididos en ocho acciones, con ámbito de acción únicamente para el Organismo Ejecutivo.

- Eje 1: Aumentar la integridad pública: *a)* agilización de los procesos administrativos; *b)* erradicación progresiva del secretismo en las adjudicaciones de bienes, servicios y obras públicas; *c)* divulgación de la importancia de la gestión por resultados.
- Eje 2: Aumentar la efectividad del manejo de los recursos públicos: *a)* regulación para optimizar los desperdicios; *b)* regulación en contrataciones de personal permanente, asesores y consultores; *c)* regulación de un plan de acción efectivo y oportuno; *d)* regulación de los gastos superfluos; *e)* utilización efectiva de fondos de préstamos y donaciones.

El Organismo Ejecutivo, a través de la institución que tenía a cargo el tema, la Comisión Presidencial de Transparencia y Gobierno Electrónico (COPRET), reportó como cumplimiento las siguientes acciones:⁵

- Acción 1: Creación de la Secretaria de Control y Transparencia. Creada por medio de Acuerdo Gubernativo 37-2012, con cuatro líneas de trabajo: combate a la corrupción, fomento de la transparencia, información pública, gobierno electrónico.

4 Gobierno de Guatemala, *Sociedad de Gobierno Abierto. Plan de Acción de Guatemala*, 2012, <https://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/Guatemala%20Plan%20de%20Accion.pdf>.

5 Ávila Pinto. Renata et al., *Mecanismo de Revisión Independiente: Guatemala: Informe de Avance 2012-2013*, Open Government Partnership, [Congresotransparente.org, https://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/Guatemala_final_2012.pdf](https://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/Guatemala_final_2012.pdf).

- Acción 2: Presentación de las iniciativas de la Ley de Transparencia. La Presidencia envió al Congreso de la República dos iniciativas de ley: a) Iniciativa 4461, «Ley de fortalecimiento de la Institucionalidad para la Transparencia y Calidad del Gasto Público»; y, b) Iniciativa 4462 «Ley de fortalecimiento de la Transparencia y Gasto Público».
- Acción 3: Implementación y concientización de la gestión por resultados.
- Acción 4: Desarrollo y mejoras del gobierno electrónico e información pública.

En el proceso de creación del Primer Plan de Acción Nacional de Gobierno Abierto no se cumplieron algunas fases del proceso de cocreación, como el de invitar a organizaciones de sociedad civil y otros actores a participar en el proceso de consulta e implementación; y tampoco fue creado un foro o mecanismo de consulta multiactor durante la implementación del Plan.

En junio de 2014 se presentó el *Segundo Plan de Acción de Gobierno Abierto*,⁶ creado entre el Organismo Ejecutivo, a través de la COPRET, y organizaciones de sociedad civil.

El proceso de creación del Segundo Plan de Acción Nacional de Gobierno Abierto 2014-2016 se fundamentó en cinco ejes, con un total de 48 compromisos: aumentar los recursos públicos; transparencia y participación ciudadana; aumentar la integridad pública y rendición de cuentas; mejora de los servicios públicos; y, gobernanza de los recursos naturales. Los compromisos del segundo plan se agruparon en 22 que fueron propuestos por el gobierno y 26 compromisos propuestos por organizaciones de la sociedad civil, para el total de 48 compromisos.

Durante el proceso de implementación se logró la creación de la Mesa Técnica de Gobierno Abierto, en donde participaban los representantes de las entidades responsables de los compromisos, las tres organizaciones de la sociedad civil que participaron en el

6 Gobierno de Guatemala, *Segundo Plan de Acción Nacional de Gobierno Abierto*, Guatemala, 2014-2016, <http://mingob.gob.gt/wp-content/uploads/2016/11/Segundo-Plan-de-Gobierno-Abierto-2016-2018.pdf>.

proceso (ICEFI, Congreso Transparente y Guatecívica), así como el Mecanismo de Revisión Independiente (MRI).

En el informe de avance,⁷ la institución a cargo señaló que los 48 compromisos habían tenido un grado de avance de cumplimiento total de 28 compromisos, 14 en avance sustancial, y 6 en limitado.

El 2015 estuvo marcado por una serie de actos de corrupción que fueron denunciados por los entes respectivos, así como por la masiva participación ciudadana puesta de manifiesto por los diversos sectores de la población guatemalteca mediante protestas pacíficas que llevaron a la renuncia de los entonces vicepresidenta y presidente de la República de Guatemala, quienes actualmente están siendo procesados penalmente.

En ese sentido, la iniciativa de Gobierno Abierto se convierte en un mecanismo para la prevención de la corrupción y transformación de la gestión pública, mediante un espacio de discusión y diálogo de representantes de instituciones públicas y organizaciones de sociedad civil en la construcción de los 22 compromisos que forman parte del *Tercer Plan de Acción Nacional de Gobierno Abierto 2016-2018*.⁸

La Mesa Técnica de Gobierno Abierto es el espacio de diálogo permanente entre las entidades públicas y sociedad civil que participan de la iniciativa; además se transforma en un mecanismo de rendición de cuentas, verificación y monitoreo del cumplimiento de los compromisos de los Planes de Acción.

Se inicia con las convocatorias a una mesa de trabajo con las organizaciones de sociedad civil que ya habían participado en Gobierno Abierto; y, posteriormente, se invitó a las diferentes instituciones del Organismo Ejecutivo que ya habían participado, así como a otras entidades públicas y organizaciones de sociedad civil, quienes deseaban participar de forma voluntaria y participativa en esta nueva etapa de Gobierno Abierto en Guatemala.

7 Asociación Desarrollo, Organización, Servicios y Estudios Socioculturales (DOSES), Mecanismo de Revisión Independiente (MRI): Guatemala: Informe de Avance 2014-2015, Open Government Partnership y DOSES, https://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/Guatemala14-15_IRM_Spanish_Final.pdf.

8 Gobierno de Guatemala, *Plan de Acción Nacional de Gobierno Abierto. Guatemala 2016-2018*, https://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/PAN%20_2016-2018_GUA.pdf.

El Tercer Plan de Acción Nacional, además incluye algunas metas del Segundo Plan Nacional de Gobierno Abierto 2014-2016, con el objetivo de dar continuidad a las mismas; el ejercicio de revisión de los compromisos adquiridos y el reporte del MRI permitieron establecer los compromisos relevantes para su continuidad.

Dentro de las distintas acciones y compromisos asumidos como parte de los Planes de Gobierno Abierto, se encuentra la temática presupuestaria, misma que ha sido de gran complejidad en el país debido a los altos índices de corrupción existentes. En ese sentido a continuación la investigación se centrará en señalar lo relativo a la iniciativa Presupuesto Abierto que se ha implementado en el país y que forma parte de las distintas acciones del gobierno de Guatemala dirigidas a mejorar la gobernabilidad y eficientar la misma.

III. PRESUPUESTO ABIERTO 2017

Para la conformación del presupuesto anual del Estado, generalmente se ha realizado un ejercicio de integración del presupuesto en el que las entidades solicitan de conformidad con sus necesidades, los técnicos de finanzas evalúan y proponen, y finalmente ello pasa al Congreso de la República, específicamente en la Comisión de Finanzas y Moneda, la cual ajusta como considere conveniente.

En el 2016 se llevó a cabo el primer ejercicio denominado «Presupuesto Abierto 2017», en el cual el gobierno intentó un diálogo un poco más abierto sobre las necesidades de las instituciones del Estado, para ir conociendo de forma más directa y discutida el porqué de tales solicitudes.

«Presupuesto abierto 2017» es un paso en la dirección correcta y permitirá al MINFIN avanzar en cuatro aspectos:

1. Reducir la discrecionalidad en el uso de los recursos públicos.
2. Incrementar la participación ciudadana en la toma de decisiones clave en el Estado.
3. Tener una mejor idea del tamaño de la brecha fiscal.
4. Identificar elementos que debe incluir una reingeniería del proceso de presupuesto, para que así deje de ser un

botín y se convierta en un verdadero instrumento para el bienestar ciudadano.

IV. ENCUESTA DE PRESUPUESTO ABIERTO

Es un cuestionario con preguntas que reflejan buenas prácticas relacionadas con el presupuesto y el acceso público a la información presupuestaria del gobierno. Mide hechos observables usando 140 indicadores. De un subconjunto de indicadores se construye el Índice de Presupuesto Abierto, el cual califica la transparencia presupuestaria de los países usando una escala entre 0 y 100.

El acceso a información se mide respecto de ocho documentos presupuestarios, claves para un manejo transparente:

1. Documento Preliminar
2. Propuesta de Presupuesto del Ejecutivo
3. Presupuesto Promulgado
4. Presupuesto Ciudadano
5. Informes Entregados durante el año
6. Revisión de Mitad de Año
7. Informe de Fin de Año
8. Informe de Auditoría.

Las categorías que se miden son:

- Escasa o ninguna información (0-20 puntos): 32 países
- Información mínima (21-40 puntos): 35 países
- Información limitada (41-60 puntos): 18 países (Guatemala 46 puntos)
- Información substancial (61-80 puntos): 13 países
- Información extensa (81-100): 4 países.

En este índice, el país mejoró su puntaje respecto de la última evaluación, situación que le permitió escalar dos posiciones en el ranking. No obstante, todavía se ubica dentro de la categoría de países que se caracterizan por poner a disposición del público información

limitada sobre el presupuesto, lo cual es un indicador negativo en cuanto a la promoción de transparencia.⁹

Índice de Presupuesto Abierto					
	2006	2008	2010	2012	2015
Ranking Guatemala	29	37	41	39	46

Fuente: Fundación para el Desarrollo de Guatemala (FUNDESA), <http://www.fundesa.org.gt/indices-internacionales/presupuesto-abierto>.

Al 30 de abril de 2016, el gobierno de Guatemala había cumplido con cinco de los ocho documentos que deben ponerse a disposición del público a efecto de cumplir con los estándares internacionales. De igual forma se dio para el 2015. Para mejorar el índice de transparencia, Guatemala debe publicar en el tiempo establecido para el efecto la documentación necesaria.

V. REFERENCIAS

ALIANZA PARA EL GOBIERNO ABIERTO (AGA), <http://gobabiertomx.org/alianza-internacional/>.

ASOCIACIÓN DESARROLLO, ORGANIZACIÓN, SERVICIOS Y ESTUDIOS SOCIOCULTURALES (DOSES), *Mecanismo de Revisión Independiente (MRI): Guatemala: Informe de Avance 2014-2015*, Open Government Partnership y DOSES, https://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/Guatemala14-15_IRM_Spanish_Final.pdf.

ÁVILA PINTO, Renata *et al.*, *Mecanismo de Revisión Independiente: Guatemala: Informe de Avance 2012-2013*, Open Government Partnership, [Congresotransparente.org](http://congresotransparente.org), https://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/Guatemala_final_2012.pdf.

FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO DE GUATEMALA (FUNDESA), <http://www.fundesa.org.gt/indices-internacionales/presupuesto-abierto>.

GOBIERNO DE GUATEMALA, *Plan de Acción Nacional de Gobierno Abierto. Guatemala 2016-2018*, https://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/PAN%20_2016-2018_GUA.pdf.

⁹ Página de internet de la Fundación para el Desarrollo de Guatemala (FUNDESA), <http://www.fundesa.org.gt/indices-internacionales/presupuesto-abierto>.

_____, *Segundo Plan de Acción Nacional de Gobierno Abierto*, Guatemala, 2014-2016, <http://mingob.gob.gt/wp-content/uploads/2016/11/Segundo-Plan-de-Gobierno-Abierto-2016-2018.pdf>.

_____, *Sociedad de Gobierno Abierto. Plan de Acción de Guatemala*, 2012, <https://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/Guatemala%20Plan%20de%20Accion.pdf>.

OSZLAK, Oscar, *Gobierno abierto: hacia un nuevo paradigma de gestión pública*, Red de Gobierno Electrónico de América Latina y El Caribe, 2013, <http://portal.oas.org/LinkClick.aspx?fileticket=eofr19FtNT0%3D&tabid=811>.

Análisis de la resolución dictada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, dentro del expediente 4255-2009, a la luz del derecho a la información pública *

*Mgtr. José Roberto Oviedo Soto***

Sumario: I. Acercamiento al fundamento convencional, constitucional y legal del derecho a la información en Guatemala. II. Caso «Mi Familia Progres» y la resolución del caso 4255-2009 de la Corte de Constitucionalidad. III. Crítica. IV. Conclusiones. V. Referencias.

I. ACERCAMIENTO AL FUNDAMENTO CONVENCIONAL, CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN GUATEMALA

El derecho a la información pretende, en esencia, garantizar la certeza y veracidad de los datos de la ciudadanía que obran en poder de los registros estatales; y a su vez, que los datos manejados

* Investigación presentada en abril de 2017 en la línea de investigación «Tendencias actuales del Derecho Administrativo», dirigida por el doctor Martín María Razquin Lizarraga, dentro de la tercera cohorte del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario, por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Rafael Landívar. Doctorando en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Letrado de carrera de la Corte de Constitucionalidad. Socio adherente del Instituto de Justicia Constitucional, adscrito a la Corte de Constitucionalidad, del cual fue electo como vocal para el periodo 2016-2017. Ha ejercido la docencia en la Universidad de San Carlos de Guatemala, en los cursos de Constitucionalismo económico y social y Derecho administrativo.

por la autoridad pública no sean manipulados, para cumplir con la transparencia en el uso, entre otros, del manejo de los fondos públicos. Uno de los mecanismos para garantizar el ejercicio del derecho en mención es el denominado hábeas data, que en palabras de Marcelo Richter alude a «la respuesta jurídica para proteger la información personal tomando conocimiento de datos propios en poder de otros. Toda persona tiene derecho a la información, a acceder a cualquier registro de datos, sea público o privado».¹ Por su parte, Ignacio Burgoa estima que el derecho a la información «tiene como titular colectivo a la comunidad y como titular particularizado al sujeto individual que la recibe, siendo a cargo del órgano que la proporciona la obligación correlativa».² Por lo anterior, puede advertirse que en general el derecho a la información puede ejercerse en dos vertientes, a seguir: 1) para establecer qué datos personales de la ciudadanía se encuentran en poder de los registros públicos; y 2) para que el conglomerado social establezca que los datos publicados por el Estado (específicamente en materia de gastos de fondos públicos) sean reales y transparentes.

El fundamento constitucional guatemalteco del derecho en mención se encuentra garantizado en los artículos 30, 31 y 35, quinto párrafo, de la Constitución Política de la República de Guatemala (CPRG, en adelante), que establecen:

Artículo 30 de la CPRG:

«Publicidad de los actos administrativos. Todos los actos de la administración son públicos. Los interesados tienen derecho a obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, reproducciones y certificaciones que soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional, o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia».

Artículo 31 de la CPRG:

«Acceso a archivos y registros estatales. Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier

1 Richter, Marcelo, «El Hábeas Data en Guatemala», en *Opus Magna Constitucional*, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional, adscrito a la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2011, tomo III, p. 410.

2 Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 2009, 41ª edición, p. 679.

otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización. Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos».

Artículo 35, quinto párrafo, de la CPRG: «Es libre el acceso a las fuentes de información y ninguna autoridad podrá limitar ese derecho».

Por otra parte, y ante la obligatoriedad a la que el Estado de Guatemala se ha hecho acreedora en la ratificación de determinados instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, es importante traer a colación determinados textos convencionales que garantizan a la ciudadanía el ejercicio al derecho a la información.

En ese sentido, el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que

«Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y *recibir informaciones* y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión» [las cursivas son propias].

El artículo 19, numeral 2), del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos regula que

«Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, *recibir* y difundir *informaciones* e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección» [las cursivas son propias].

En el mismo sentido garantiza tal derecho el artículo 13, numeral 1), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la legislación nacional guatemalteca, el Decreto 57-2008, Ley de Acceso a la Información Pública, ha sido el reciente cuerpo normativo que ha intentado establecer mecanismos normativos y procesales a efecto de garantizarle a la ciudadanía el derecho a la información. De conformidad con sus propios postulantes, ese texto normativo

«establece las normas y los procedimientos para garantizar a toda persona, natural o jurídica, el acceso a la información o actos de la administración pública que se encuentre en los archivos, fichas, registros, base, banco o cualquier otra forma de almacenamiento de datos que se encuentren en los organismos del Estado, municipalidades, instituciones autónomas y descentralizadas y las entidades privadas que perciban, inviertan o administren fondos públicos, incluyendo fideicomisos constituidos con fondos públicos, obras o servicios públicos sujetos a concesión o administración».³

En palabras de Marcelo Richter,

«La entrada en vigencia del Decreto mencionado, constituyó un gran avance para fomentar y fortalecer la búsqueda de transparencia en la función pública, el combate a la cultura de opacidad, la necesidad de participación ciudadana en la vida y en los asuntos públicos, la responsabilidad de la administración pública y, en términos generales, una importante herramienta con miras a la consolidación de la vida democrática y republicana del país».⁴

II. CASO «MI FAMILIA PROGRESA» Y LA RESOLUCIÓN DEL CASO 4255-2009 DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD

El caso analizado bajo la dirección del profesor Martín María Razquin Lizarraga en el marco de la línea investigativa «Tendencias actuales del Derecho Administrativo» fue el denominado «Mi Familia Progresas», en relación con la resolución dictada por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente identificado en ese tribunal con el número 4255-2009.

Para un mejor entendimiento del caso, vale traer a cuenta que el programa «Mi Familia Progresas» era parte de la política de transferencias condicionadas que propugnó la administración del presidente Álvaro Colom Caballeros, para «reducir la pobreza extrema y elevar los niveles de bienestar de los más vulnerables»,⁵ el cual fue

3 Congreso de la República de Guatemala, Decreto 57-2008, Ley de Acceso a la Información Pública, artículo 2.

4 Richter, Marcelo, *op. cit.*, nota 1, pp. 428-429.

5 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Mi Familia Progresas (MIFAPRO). Ejercicio de apreciación sustantiva*, Guatemala, PNUD, 2011, <http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/42534.pdf>, p. 6.

«creado mediante el Acuerdo Gubernativo 117-2008, de fecha 16 de abril de 2008. Es un programa de Transferencias Monetarias Condicionadas, que se constituye como una herramienta de protección social para abordar la articulación de las políticas sociales de salud, educación y nutrición, desde el efectivo ejercicio de la ciudadanía social. Como fin estratégico tiene establecido contribuir ha [sic] generar capital humano en familias de extrema pobreza con niños hasta de 15 años y madres gestantes, promoviendo la educación en educación, salud y nutrición».⁶

- A. Nineth Montenegro, en su calidad de Diputada al Congreso de la República de Guatemala, promovió amparo contra el ministro de Educación (autoridad encargada de la ejecución del programa), señalando como acto agravante de derechos constitucionales (derecho a la información), la resolución que declaró sin lugar el recurso de revisión que promovió contra la negativa de entrega de información completa que solicitara en el ejercicio de la prerrogativa que le confiere el artículo 55, literal a) de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, que dispone:

«Sin perjuicio de otros derechos establecidos en esta ley, son derechos de los diputados: a) Recabar de la administración pública los datos, informes o documentos, o copia de los mismos que obren en su poder, debiendo facilitar esta información solicitada, por escrito, en un plazo preteritorio, no mayor de treinta días».

- B. Oportunamente, la Corte de Constitucionalidad otorgó amparo provisional a la diputada; como efecto positivo de tal decisión ordenó al ministro de Educación que entregara a la diputada la documentación (información) que requirió, consistente en: i) un listado de beneficiarios del programa social denominado «MI FAMILIA PROGRESA», el cual debería incluir como información mínima: nombres y apellidos completos, dirección de residencia y número de cédula de cada beneficiario de aquel programa, así como el monto dinerario proporcionado individualmente a cada uno de los beneficiarios; ii) un detalle de los lugares que atiende el programa antes mencionado, el cual debería ser desglosado por departamento, por municipio, por aldea, por caserío, por comunidad o centro poblado; y iii) una copia certificada de la boleta que utiliza el Instituto Nacional de

6 *Ibidem*, p. 19.

Estadística para realizar los censos de los beneficiarios. Para el efecto, la Corte de Constitucionalidad fijó al ministro el plazo de tres días.

- C. Posteriormente, la Corte de Constitucional, en el ejercicio del control de la efectiva ejecución de sus órdenes, advirtió que el ministro cuestionado en amparo omitió dar cumplimiento a la orden oportunamente girada, basándose en los siguientes argumentos:

«se indicó que no era posible proporcionar la información de números de cédulas de los beneficiarios del programa social “MI FAMILIA PROGRESA”, sin excusar imposibilidad de poder proporcionar lo anterior, porque aún [sic] cuando sí se cuenta con dicha información: i) la misma constituye un secreto bancario; ii) fue clasificada como información reservada por el Ministerio de Educación; y iii) la información fue proporcionada por los interesados bajo garantía de confidencia».⁷

- D. Los anteriores argumentos no fueron avalados por la Corte de Constitucionalidad como suficientes para que el ministro objetado pudiera eludir su responsabilidad de publicitar la información pública que se le requirió; para el efecto, consideró:

«i) no puede esgrimirse concurrencia de secreto bancario en la información solicitada, pues no es una institución bancaria, ni a los personeros de éstas a quienes se les está requiriendo dicha información detallada; ii) si bien la información relacionada con los números de cédulas de los beneficiarios del programa social antes aludido en este auto, fue clasificada como información reservada por el Ministerio de Educación, la decisión de declarar aquella reserva es posterior a la emisión y notificación de la resolución que contiene la orden de entrega de información, como consecuencia de otorgamiento de amparo provisional, es decir, es posterior a la emisión y notificación a la autoridad impugnada del auto de diez de noviembre de dos mil nueve. Si se atendiera a ese argumento, prácticamente se avalaría un fraude de lo establecido en el artículo 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad [que dispone la vinculación de las decisiones de la Corte], lo que no puede permitirse y, por ello, la determinación de reserva de información a que alude la resolución treinta y seis-dos mil diez (36-2010), emitida por el Ministerio de Educación, el veintiséis de enero de dos mil diez, no puede eludir la aplicación del artículo 185 ibidem; y iii) aún y cuando se esgrima que

7 Corte de Constitucionalidad, expediente 4255-2009, auto de 25 de febrero de 2010.

la información solicitada fue proporcionada por los interesados bajo garantía de confidencia, tal confidencialidad no puede oponerse para el caso de que sea información por un funcionario de Estado, que de acuerdo con una ley, ostenta prerrogativa para solicitar información, siempre que la solicitud de aquella se haga [*sic*] en el marco del ejercicio de una función fiscalizadora de la actividad estatal, de la forma cómo se invierten fondos pertenecientes al erario público y cómo se ejecuta el Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado». ⁸

- E. Por las razones indicadas precedentemente, la Corte de Constitucionalidad advirtió desobediencia por parte del ministro de Educación respecto de transparentar y hacer pública la información que se le requirió y, como consecuencia de tal omisión, dicho tribunal dispuso la destitución *ipso facto* del ministro de Educación objetado, así como la certificación de lo conducente al Ministerio Público contra la persona destituida, a efecto de que se establezca su posible responsabilidad penal; además, ordenó que la persona que sustituyera al ministro destituido proporcionara a la diputada Montenegro la información que oportunamente solicitó.

III. CRÍTICA

La resolución a la que se aludió con anterioridad deja entrever que Guatemala cuenta con los mecanismos necesarios suficientes para lograr transparentar la información pública; ello, puesto que de conformidad con las disposiciones convencionales, constitucionales y legales apuntadas al principio del ensayo, puede advertirse que el derecho a la información puede hacerse valer por vía de los procesos administrativos y judiciales al alcance de la ciudadanía. No obstante lo anterior, llama la atención de quien presenta el ensayo que la Corte de Constitucionalidad, al emitir la resolución de veinticinco de febrero de dos mil diez, dentro del expediente 4255-2010 (cuyas partes conducentes quedaron transcritas) fue enfática en considerar que la información otorgada bajo condición de confidencia no puede superar la labor de quienes ejercen la función pública contralora (Diputada, en el caso de mérito); en palabras de la Corte, la consideración fue

«aún y cuando se esgrima que la información solicitada fue proporcionada por los interesados bajo garantía de confidencia, tal confidencialidad no

8 *Idem.*

puede oponerse para el caso de que sea información por un funcionario de Estado, que de acuerdo con una ley, ostenta prerrogativa para solicitar información, siempre que la solicitud de aquella se haga [*sic*] en el marco del ejercicio de una función fiscalizadora de la actividad estatal».

Sin embargo, a juicio de quien escribe, tal afirmación puede encontrar peligro por el mensaje que pueda llegar a ser interpretado, en el sentido de que las autoridades públicas, para ocultar la información que debiera ser pública, podrían sencillamente solicitar información con garantía de confidencia y eso sería suficiente para ocultar los datos y la información que obra en los registros públicos; en ese sentido, la ciudadanía común no podría, a decir de la resolución de la Corte de Constitucionalidad, llegar a tener acceso a la información brindada (y blindada) bajo confidencialidad y se tendría que esperar (con esperanza) a que un funcionario público con funciones contraloras tenga la iniciativa de transparentar la información que, debiendo ser pública, no pueda ser publicitada. Tal consideración realizada por parte del tribunal constitucional de Guatemala, puede que sea opuesta a los parámetros constitucionales y convencionales apuntados al principio (que garantizan el derecho a la información a la ciudadanía en general y no únicamente a quienes ejercen la función pública contralora); sin embargo, del caso de estudio se rescata que la transparencia y publicidad fue la que venció al ocultamiento de la verdad.

IV. CONCLUSIONES

1. El derecho a la información se encuentra garantizado en el texto constitucional guatemalteco y cuerpos normativos internacionales en materia de derechos humanos, por lo que su garantía debiera ser observada por el Estado de Guatemala.
2. El derecho a la información pública debe garantizarse a la totalidad de la ciudadanía, sin que sea un derecho reservado para los funcionarios con ejercicio de control.
3. La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en el caso de objeto de análisis, garantizó el derecho a la información pública; para el efecto cumplió con la normativa nacional sustantiva y procesal, que le permitió tomar las medidas correspondientes a efecto de que se transparentara la utilización de fondos del erario público.

V. REFERENCIAS

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución Política de la República de Guatemala.

BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 2009, 41ª edición.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Decreto 57-2008, Ley de Acceso a la Información Pública.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, expediente 4255-2009.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), *Mi Familia Progresá (MIFAPRO). Ejercicio de apreciación sustantiva*, Guatemala, PNUD, 2011, <http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/42534.pdf>.

RICHTER, Marcelo, «El Hábeas Data en Guatemala», en *Opus Magna Constitucional*, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional, adscrito a la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2011, tomo III.

Contratación pública verde*

*Mgtr. Augusto Jordán Rodas Andrade***

Sumario: I. Antecedentes. II. ¿Qué es la contratación pública verde? III. Ventajas de la contratación pública verde. IV. Desventajas de la contratación pública verde. V. Caso Guatemala. VI. Conclusiones y recomendaciones. VII. Referencias.

I. ANTECEDENTES

Históricamente se tiene referencia de que el primer acto de contratación pública sucede en España con el Real Decreto¹ de 27 de Febrero de 1852 en Madrid, España, publicado por Bravo Murillo, que indica en su apertura:

«Señora [refiriéndose a la Reina Isabel II]: Autorizado competentemente por V.M., previo acuerdo del Consejo de Ministros, presentó el de Hacienda a las Cortes en 29 de diciembre de 1850 un proyecto de ley de contratos sobre servicios públicos, con el fin de establecer ciertas trabas saludables, evitando los abusos fáciles de cometer en una materia

* Investigación presentada en abril de 2017 en la línea de investigación «Tendencias actuales del Derecho Administrativo», dirigida por el doctor Martín María Razquin Lizarraga, dentro de la tercera cohorte del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario por la Universidad de San Carlos de Guatemala, Centro Universitario de Occidente. Magíster en Dirección y Gestión Pública Local, Universidad Carlos III de España. Docente universitario, asesor jurídico, consultor, conferencista y facilitador. Concejal municipal noveno de la Corporación Municipal, Municipalidad de Quetzaltenango (2004-2008). Vicepresidente del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala (2015-2017). Actualmente ocupa el cargo de Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala.

1 Documento por el cual se aprueban reglas para la celebración de toda clase de contratos sobre servicios y obras públicas. En: *Gaceta de Madrid*, 1852-02-29, n. 6460.

de peligrosos estímulos, y de garantizar la Administración contra los tiros de la maledicencia».

Este hecho da pie a un cambio sobre el tema de adquisición de bienes y servicios a favor de los ayuntamientos o municipalidades que históricamente no atendían los requerimientos de compra y que en algún momento se prestaba a procesos fraudulentos o de poca importancia social, política y ambiental.

Al transcurrir los años se percibe esa necesidad de ser amigable con el medio ambiente y es en España en los finales de los años noventa, que se promueve la ley 11-1997 de fecha 24 de abril, de Envases y Residuos de envases, previendo que la Administración pública prevenga la producción de valorización de residuos de envase, con la finalidad de evitar o reducir su eliminación haciéndolos retornables o reusables, promoviendo el uso en la contratación de obras públicas y suministros.

De fecha 28 de julio con la ley 22-2011, España vuelve a emitir una ley sobre residuos y suelos contaminados, mencionando la importancia de definir los programas de prevención de residuos que debían aprobar las autoridades ambientales.

América Latina presenta en materia de compras públicas verdes un terrible rezago en comparación con Europa y otras regiones.

«Durante muchos años los poderes públicos en América Latina han soslayado el valor medioambiental de los productos, servicios y obras que contratan sin embargo, esto cambió con el surgimiento del concepto de desarrollo sostenible, sea el que atiende las necesidades actuales sin sacrificar la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas» [Informe Brundlantd «Nuestro Futuro Común» de 1987 y Declaración de Río de Janeiro de 1992, producto de la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas sobre el Ambiente y Desarrollo].

En América Latina surge la preocupación por la contratación pública verde o ambiental como consecuencia de una recomendación adoptada por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) el 23 de enero 2002 Núm. C / (2002) 3 «para mejorar el comportamiento medioambiental de la Contratación pública». Por su parte en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en diciembre de 2002 en Johannesburgo, se instó

a las autoridades nacionales competentes, de todos los niveles, a «fomentar políticas de contratación pública que favorezcan el desarrollo y la difusión de mercancías y servicios favorables al medio ambiente». Como consecuencia de lo anterior, se creó en Marrakech un Grupo de Estudio sobre la contratación sostenible para difundir y fomentar el uso de prácticas ecológicas en la contratación pública («Marrakech Task Force»);²

II. ¿QUÉ ES LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VERDE?

«Es un proceso por el cual las autoridades públicas tratan de adquirir productos, servicios y obras con un impacto ambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de otros productos, servicios y obras con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar».³

El gasto del sector público europeo es de aproximadamente dos mil millones de euros, equivalente a un 19% del producto interno bruto de la Unión Europea. Aplicando criterios de compra y contratación pública verde e innovadora, las administraciones públicas pueden usar su poder de compra de forma estratégica. La Unión Europea ha reconocido este papel y ha integrado compromisos en la materia en muchas de sus estrategias ambientales y de desarrollo sostenible, convirtiendo la compra y contratación pública en un instrumento clave para transformar la economía europea en una más competitiva y ambientalmente responsable⁴.

Anualmente los poderes públicos en América Latina gastan un significativo porcentaje del producto interno bruto en la adquisición de bienes y servicios, creando con tal poder de compra un vasto y complejo mercado de la contratación pública que determina las tendencias sostenibles y responsables de producción y consumo. Entonces los poderes públicos tienen un liderazgo natural en fomentar un desarrollo sustentable. Por su parte el ámbito del planeta está sometido a serias amenazas como el cambio climático, los gases de efecto invernadero, la lluvia ácida, contaminación, degradación de

2 www.unep.fr/scp/Marrakech/taskforces/pdf/Procurement2.pdf.

3 Comisión de las Comunidades Europeas, V.COM (2008) Bruselas 16-7-2008, «Contratación pública para un medio ambiente mejor», Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones.

4 Comisión Europea, *Estrategia Europa 2020*, https://ec.europa.eu/info/strategy/european-semester/framework/europe-2020-strategy_es

los bosques, pérdida de la biodiversidad, desertificación de las tierras agrícolas, sobreexplotación de los recursos hídricos y marinos, así como de los mantos acuíferos.

Para algunos otros autores, como Purificación Toledo,⁵ es un instrumento que suscita mayor interés en materia de contratos públicos, configurándose como un medio eficaz para reducir el impacto ambiental y orientar el mercado hacia actividades innovadoras y respetuosas del medio ambiente. La creciente preocupación sobre el medio ambiente ha provocado un cambio de actitud de las instituciones públicas, aumentando las iniciativas a favor de la contratación pública verde para implementar diversas políticas públicas y estrategias ambientales.

Las autoridades públicas, como importantes consumidores, pueden fomentar el desarrollo sostenible utilizando su poder adquisitivo para optar por bienes y servicios que respeten el medio ambiente. Contratar con criterios ambientales permite ahorrar dinero y proteger el medio ambiente por cuanto que representa un potente estímulo para ahorrar materiales y energía, reducir residuos, contaminación y estipular pautas de comportamiento sostenible.

La contratación pública ecológica/verde, entonces, debe incentivar el desarrollo de tecnologías ambientales por parte de los proveedores de tales bienes y servicios⁶ en un contrato administrativo del producto, desde la extracción de materiales, materia prima, utilización en la producción o procesamiento, distribución, uso, reutilización, eliminación, disposición final o reciclaje, es decir, «de la cuna a la tumba»). Para no solo dejarse llevar por el precio de compra (bienes o equipo que ahorran energía o agua o procuran su uso eficiente),⁷ es preferible adquirir un bien que tenga una vida útil prolongada, que sea fácilmente reparable, «recargable» o reutilizable y reciclable, que sea energéticamente eficiente, que utilice energías renovables, etc., a un mayor costo, que otro producto que cuesta menos pero que tiene una vida útil más corta, no es susceptible de ser reparado, reutilizado o re-

5 López Toledo, Purificación, *La contratación pública verde en el derecho español*, España, Universidad de Castilla-La Mancha, Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, Documento de trabajo, Seminario Permanente de Ciencias Sociales.

6 Comisión de las Comunidades Europeas, *op. cit.*, nota 3.

7 Unión Europea, *Manual sobre contratación pública ecológica*, 2011, 2ª edición.

ciclado.⁸ En conclusión, podemos decir que las contrataciones públicas deben velar por un producto ecológico que tenga un menor impacto en el medio ambiente durante todo su ciclo de vida, que cumple la misma o mejor función que un producto no ecológico y que alcanza las mismas o mejores cuotas de calidad y de satisfacción para el usuario.⁹

III. VENTAJAS DE LA CONTRATACION PÚBLICA VERDE

1. Mejora la calidad de vida de la población.
2. Aumenta y mejora la transparencia y eficiencia de la administración pública.
3. Permite alcanzar metas planeadas y reducir el impacto ambiental.
4. Considerando los costes del ciclo de vida fomenta el ahorro económico.
5. Entorno laboral saludable.
6. Proveedores privados con anclaje a la cadena del suministro público que reactiva o activa el movimiento de dinero.
7. Mejora la imagen de la administración pública.
8. Refleja la ejemplaridad hacia los consumidores privados.
9. Ofrece incentivos a la industria para ser competitiva e innovadora. Eco-tecnologías.
10. Refuerza la economía local.
11. Fomenta la creación de productos, bienes y servicios amigables al ambiente. Economías ecológicas emergentes.
12. Colabora en establecer estándares ambientales para productos y servicios.
13. Reducción al precio de los productos y tecnologías ambientales.
14. Establece una relación entre empleo y emprendimiento.

8 Jefatura de Gabinete de Ministros, Presidencia de la Nación, Guía de compras públicas sustentables *argentinacompra*, 2011.

9 Gobierno de Aragón, Departamento de Medio Ambiente, *Compras verdes: catálogo de productos y proveedores de Aragón*, Zaragoza, 2007.

15. Aumenta la concientización ambiental. Ecologizar.
16. Reduce el impacto ambiental.

IV. DESVENTAJAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VERDE

- a) Limitación de los criterios medioambientales establecidos para productos, obras y servicios; cuando existen, los mecanismos legales para darlos a conocer, como base de datos, suelen ser insuficientes, lo que precisa de garantizar su acceso efectivo y libre y un grado de interoperatividad considerable.
- b) Insuficiente información sistematizada sobre el coste de los productos durante su ciclo de vida y de los costes relativos de los productos y servicios respetuosos con el medio ambiente.
- c) Escasa sensibilización acerca de los beneficios de los productos y servicios respetuosos con el medio ambiente.
- d) Incertidumbre jurídica acerca de posibilidad de incluir criterios o especificaciones medioambientales en el pliego de condiciones o cartel, selección, exclusión y adjudicación de las ofertas en las especificaciones técnicas mínimas de la oferta y en el clausulado de ejecución del contrato administrativo.
- e) Falta de liderazgo y apoyo político y de recursos para promover la contratación pública verde, así como la ausencia en el diseño de políticas públicas claras sobre el tema.
- f) Inexistencia de un intercambio coordinado y fluido de las mejores prácticas y de la información de actividades exitosas en el país.
- g) La gestión ambiental no tiene relación o vínculo con la proveeduría.
- h) Los productos ambientales son de costos elevados o de muy baja calidad.
- i) Falta información en general y se requiere procesos de capacitación.

V. CASO GUATEMALA

En el entorno iberoamericano tiene un especial significado el estudio, la divulgación, regulación e implementación efectiva de la contratación pública verde, que procuran un desarrollo sostenible, precisamente por las acusadas necesidades en este continente de protección del medio ambiente, ante una explotación histórica irracional del mismo y de los grupos sociales vulnerables o en desventaja, ante una pobreza, expoliación e inequidad también crónicas.

El Estado de Guatemala como deber tendría que promover el desarrollo económico de la nación en beneficio de todos sus pobladores, para lo cual debe ejecutar obras, adquirir bienes y suministros; esto se realiza a través de la contratación administrativa, que se encuentra regulada por el Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, denominada Ley de Contrataciones del Estado.

Dicho cuerpo establece varias modalidades de compra entre las cuales se encuentran la compra directa, la licitación y la cotización, que conllevan la observancia de requisitos y plazos, además de limitar las compras por determinados montos, por lo que se confrontan ciertos obstáculos para la adquisición de suministros y bienes; así como las características necesarias para conservar y preservar el medio ambiente.

La administración pública en Guatemala debe observar el principio de legalidad, el cual se refiere a que los actos de la misma deben estar basados en ley. Es necesario entonces que los funcionarios o empleados públicos conozcan y apliquen en sus funciones el ordenamiento jurídico, para no caer en ilegalidades que perjudiquen a la población. Este principio se encuentra plasmado en varios artículos de la Constitución Política de la República. El principio de juridicidad se refiere a que la actuación administrativa debe estar apegada a derecho, es decir, basada en norma jurídica y que en ausencia de esta se debe aplicar en primera instancia los principios generales en derecho y las instituciones doctrinarias del derecho administrativo.

Es necesario mencionar, entre los últimos hechos ocurridos con respecto a la administración pública en Guatemala, el caso denominado «La Línea», donde existía un aparato delictivo probablemente liderado por el entonces presidente del país, su vicepresidenta y un

nutrido grupo de funcionarios que por medio de las contrataciones fraudulentas hacían negocio con familiares y amigos. Asimismo, el recordado caso del lago de Amatitlán, donde a cambio de una suma multimillonaria una empresa internacional aplicaría sal y agua oxigenada para «recuperar» dicho lago; esto, gestionado por la anterior vicepresidenta del país en conjunto con su hermano y otros amigos cercanos, los cuales guardan prisión hasta que el caso sea resuelto.

La centralización o concentración administrativa que Guatemala tiene como efecto que se tomen decisiones de gobierno únicas que atropellan las diferentes culturas, usos y costumbres ancestrales que tienen por prioridad el conocimiento hacia el medio ambiente como un factor primordial dentro de la cosmovisión maya.

Asimismo, se tiene una estructura administrativa que responde a las elites sociales guatemaltecas¹⁰ que ven los recursos naturales como un medio de enriquecimiento y una administración pública jerárquica heredada de generación en generación por los hijos y nietos de los mismos políticos, convirtiendo al país en una «finca grande» donde existe una «casa patronal», que en este caso serían los poderes ejecutivo y legislativo.

Es importante mencionar que en los últimos periodos de gobierno por medio de internet se apertura un espacio que contiene un sistema informático de contrataciones y adquisiciones del Estado, denominado Guatecompras. Este es un mercado electrónico que funciona desde octubre 2003 en el cual las entidades del Estado deben publicar todo proceso de compra, venta y contratación de bienes, suministros, obras y servicios, lo que permite visualizar desde internet qué instituciones públicas necesitan servicios, cuáles son los procedimientos (en muy pocos aparece el tema de contratación pública verde, ya que solo se menciona en algunos impacto ambiental), así como el precio y el proveedor a quien se estará contratando.

La cooperación internacional e instituciones sociales con sede en el país intentan desde sus proyectos promover en proyectos tripartitos los procesos de contratación pública verde en licitación hacia las actividades, programas y proyectos que financiarán. Sin embargo, queda una brecha importante para la consecución de los objetivos.

10 Casaús Arzú, Marta Elena, *Guatemala: linaje y racismo*, Guatemala, F&G, 2010.

Debido a la autonomía municipal en Guatemala muy pocos ayuntamientos son aquellos que dentro de los procedimientos para contratación pública verde promocionan este aspecto, son casos aislados como los de la municipalidad de San Pedro La Laguna (Sololá), Santiago Atitlán (Sololá) y los proyectos de los 48 cantones en Totonicapán.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. A pesar de los esfuerzos por legislar y velar por los temas medioambientales en el país falta aún mejorar el proceso de contratación pública verde.
2. Es importante brindar asesoría jurídica y operacional oportuna a los poderes adjudicadores o administraciones contratantes.
3. También se recomienda fomentar, orientar y capacitar a los funcionarios públicos sobre su responsabilidad y participación directa en la implementación de los contratos públicos verdes.
4. Promover en las empresas privadas información confiable y fidedigna sobre el costo de los productos durante su ciclo de vida que facilite el análisis eficiente para la compra.
5. Proponer una política nacional que tenga por objetivo aumentar el número de contratos ecológicos y verificar por medio de resultados cuantitativos y cualitativos sobre el ahorro público en los contratos verdes.
6. Evaluar los sectores prioritarios a la implementación de las contrataciones públicas verdes en relación con sectores sociales organizados, como la alcaldía auxiliar de 48 cantones en Totonicapán.
7. Asimismo, se recomienda la construcción y remodelación sostenible por parte de las autoridades con edificios de bajo consumo energético y autosuficientes energéticamente hablando.
8. Proporcionar por medio del Ministerio de Educación refacciones saludables para los estudiantes por medio del suministro de comidas elaboradas con productos ecológicos, como una de las instancias de Estado que deben promover la contratación pública verde.
9. Utilización de muebles de madera en espacios públicos que contribuyan a la economía de los pequeños empresarios y al sostenimiento de bosques comunales.

10. Reciclaje, recolección y tratamiento de los desechos sólidos generados desde los edificios y ámbitos de la Administración Pública para generar más recursos.
11. Promover en las entidades financieras que brindan préstamos públicos la obligación del uso de normas y contrataciones públicas verdes.
12. Evidenciar las experiencias exitosas aisladas que se han tenido en el país.

VII. REFERENCIAS

CASAÚS ARZÚ, Marta Elena, *Guatemala: linaje y racismo*, Guatemala, F&G, 2010.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, V.COM (2008) Bruselas 16-7-2008, «Contratación pública para un medio ambiente mejor». Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones.

COMISIÓN EUROPEA, *Estrategia Europa 2020*, https://ec.europa.eu/info/strategy/european-semester/framework/europe-2020-strategy_es

Gaceta de Madrid, 1852-02-29, n. 6460.

GOBIERNO DE ARAGÓN, DEPARTAMENTO DE MEDIO AMBIENTE, *Compras verdes: catálogo de productos y proveedores de Aragón*, Zaragoza, 2007.

JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, *Guía de compras públicas sustentables argentinacompra*, 2011.

LÓPEZ TOLEDO, Purificación, *La contratación pública verde en el derecho español*, España, Universidad de Castilla-La Mancha, Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, Documento de trabajo, Seminario Permanente de Ciencias Sociales.

UNIÓN EUROPEA, *Manual sobre contratación pública ecológica*, 2011, 2ª edición.

www.unep.fr/scp/Marrakech/taskforces/pdf/Procurement2.pdf.

Compras verdes: contrataciones responsables*

*Mgtr. Fernando Jaramillo López***

Sumario: *I.* Introducción. *II.* Contexto. *III.* La regulación guatemalteca y el escenario que permite la aplicación del criterio contractual: A. Desarrollo legal en Guatemala. *IV.* Las condiciones particulares de Guatemala frente a los escenarios de la contratación verde y responsable. *V.* ¿Hacia dónde debemos avanzar? *VI.* Experiencias en Latinoamérica. *VII.* Conclusiones. *VIII.* Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos 20 años, la gestión ambiental empresarial se ha centrado en el concepto de producción sostenible, ya sea a través del cumplimiento de la normatividad ambiental vigente o mediante la incorporación de valores agregados, como buenas prácticas ambientales, producción más limpia o sistemas de gestión ambiental.

Sin embargo, el principal motor de gestión para una organización son los mecanismos de mercado, en los cuales desarrolla sus actividades. Es decir que la sola producción sostenible, sin un marco de consumo responsable, no funciona de manera adecuada.

* Investigación presentada en abril de 2017 en la línea de investigación «Tendencias actuales del Derecho Administrativo», dirigida por el doctor Martín María Razquin Lizarraga, dentro de la tercera cohorte del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

** Abogado por la Universidad de Manizales. Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad de Caldas. Especialista en Contratación Estatal por la Universidad de Manizales. Magíster en Sistemas Integrados de Gestión por la Universidad de La Rioja, España. Asesor jurídico, consultor, docente universitario. Director de Auditoría de Crecimiento y Suministros, EPM Guatemala.

Es importante tener en cuenta que las empresas producen lo que sus clientes piden, por lo tanto es necesario abordar de manera decisiva un cambio de cultura en el consumidor, ya sea una empresa o una persona.

Las compras verdes son una parte del modelo de consumo sostenible que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha venido promoviendo desde la cumbre de Río de 1992, y cuyo eje central es la Declaración de Marrakech,¹ la cual dio un decidido impulso a las compras públicas sostenibles.

II. CONTEXTO

La compra y contratación pública verde es un proceso mediante el que autoridades públicas y privadas deciden adquirir productos, servicios, obras y contratos en los sectores especiales con un impacto ambiental reducido durante su ciclo de vida en comparación con los productos, servicios, obras y contratos en los sectores especiales con la misma utilidad básica que si se hubieran adquirido de otro modo. Igualmente puede definirse como proceso por el cual las organizaciones públicas y privadas consideran en sus compras los siguientes aspectos a lo largo del ciclo de vida de los productos, obras y servicios:

Un marco de actuación económica centrado en adecuados comportamientos éticos, sociales y ambientales.

El contexto ético de las compras deberá comprender como mínimo los siguientes aspectos:

- Salarios mínimos
- Derechos de los trabajadores
- Lucha contra el trabajo infantil.

Desde el punto de vista social:

- Calidad del empleo

1 A partir de la Cumbre Mundial para el Desarrollo Sustentable (2002) comienza un proceso internacional para promover la modificación de los patrones de producción y consumo, uno de los objetivos centrales de dicha Cumbre. Conocido como el "Proceso de Marrakech".

- Contratación de personas con discapacidad y en condiciones de exclusión social
- Igualdad de género
- Contratación de empresas de economía social y MIPYMES.

Desde el manejo responsable del ambiente:

- Eficiencia energética
- Uso de productos reciclables y reciclados
- Energías alternativas
- Alimentos orgánicos
- Minimización de emisiones
- Minimización de impactos a los ecosistemas.

III. LA REGULACIÓN GUATEMALTECA Y EL ESCENARIO QUE PERMITE LA APLICACIÓN DEL CRITERIO CONTRACTUAL

Más que una definición explícita del concepto de compras verdes y/o el imperativo legal de su aplicación, como sucede en otros países de Latinoamérica, diremos que existe todo un desarrollo normativo que permite, en la medida que las condiciones del país lo permitan, generar una cultura de civilidad en torno a la responsabilidad de nuestra actuación con el medio ambiente, la sociedad y las conductas éticas esperadas de todo el conglomerado guatemalteco. Los escenarios de desigualdad, discriminación e inequidad que vivimos hoy son un llamado de atención para que asumamos un rol especial en el manejo del tema por encima de los intereses particulares y en la búsqueda del bien común y la garantía para las generaciones futuras de un mundo más armónico y equilibrado.

A. Desarrollo legal en Guatemala

Este es el conjunto de normas que, asociadas y conjugadas, crean un espacio suficientemente amplio para el concepto de compras verdes y responsables en nuestro país, que desarrolladas adecuadamente pueden convertirse en un hecho transformador en su entorno económico, que es principalmente de tendencias de origen verde.

Normativa	Temas relevantes asociados a las compras verdes
Constitución Política, art. 96	<i>Control de Calidad de Productos.</i> «velará por el establecimiento y programación de la atención primaria de la salud, y por el mejoramiento de las condiciones de saneamiento ambiental básico de las comunidades protegidas».
Constitución Política, art. 97 y Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente, Decreto número 68-86, art.1	<i>Medio Ambiente y Equilibrio Ecológico.</i> «El Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio nacional están obligados a propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico que prevenga la contaminación del ambiente y mantenga el equilibrio ecológico. Se dictarán todas las normas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna, de la flora, de la tierra y del agua, se realicen racionalmente, evitando su depredación».
Ley de Contrataciones del Estado, Decreto número 57-92, art 19 numeral 2	Señala que en las bases de licitación según el caso deberá requerirse entre sus atributos como mínimo «características generales y específicas, cuando se trata de bienes y/o servicios». Es aquí donde las compras verdes pueden incorporarse a la contratación pública estatal como un factor, bien sea de ponderación para privilegiar este tipo de compra y/o desarrollando normas de exención tributaria que así lo estimulen, o como parte de la normas de estímulo a la productividad que se vienen debatiendo en el Congreso.
Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente, Decreto número 68-86, art. 8, reformado por el Decreto número 01-93	«Para todo proyecto, obra, industria o cualquiera otra actividad que por sus características pueda producir deterioro a los recursos naturales renovables o no, al ambiente o introducir modificaciones nocivas o notorias al paisaje y a los recursos culturales del patrimonio nacional, será necesario previamente a su desarrollo un estudio de evaluación del impacto ambiental, realizado por técnicos en la materia y aprobado por la Comisión del Medio Ambiente». Debemos empezar por recuperar la gobernabilidad sobre el asunto de manera integral como principio fundamental del desarrollo del Estado; las normas están, pero el desorden impera. El principio de que el que contamina paga debe ser adicionado por la extensión del control «paga pero repara integralmente», es el compromiso que la Empresa debe acatar y acotar sus procesos para garantizar la sostenibilidad como principio del desarrollo ético, social y económico de nuestro país.

IV. LAS CONDICIONES PARTICULARES DE GUATEMALA FRENTE A LOS ESCENARIOS DE LA CONTRATACIÓN VERDE Y RESPONSABLE

- Pobreza y desigualdad

Las desigualdades sociales se expresan en, y son causa del deterioro ambiental de la región.

- Pérdida de biodiversidad

La gran diversidad ecosistémica se está extinguiendo de la mano de la deforestación y la destrucción de hábitats que albergan una gran cantidad de especies en diferentes niveles de riesgo. Las prácticas agrícolas industrializadas centradas en el uso de una baja diversidad genética y en el uso de organismos genéticamente modificados, son una nueva amenaza a la diversificación genética, la cual representa un reservorio de germoplasma de las especies más importantes para la alimentación y la subsistencia humanas.

- Desertificación y usos del suelo

El cambio de uso de suelo es muy intenso y generalmente se da con poca o nula planeación. La fragmentación, alteración y destrucción total de ecosistemas en aras de la agricultura, la ganadería y los asentamientos humanos limitan ya a los servicios ambientales fundamentales. Este proceso es constante y muchas veces dramático, pues tiene costos sociales elevados que son particularmente altos para los sectores más marginados y desprotegidos de las sociedades, cuyo acceso a recursos básicos, como por ejemplo el agua, se ve cada vez más limitado.

- Urbanización sin planificar

El desarrollo urbano creciente y sin planificación genera cada vez mayor presión sobre los ecosistemas naturales causando fuertes impactos ambientales y dificultades en la provisión de servicios básicos como el agua, energía, alimentos, transporte, saneamiento y gestión de residuos.

- Deforestación

Las tasas de deforestación de la región de los últimos 50 años están entre las más altas del mundo. La transformación de suelos

forestales en ganaderos y agrícolas y, más recientemente, en zonas destinadas a la producción de biocombustibles, así como, en menor medida, la expansión urbana, han comprometido la integridad ecológica de los ecosistemas forestales, han limitado su capacidad de proveer servicios ambientales, los han fragmentado drásticamente y en muchas ocasiones los han llevado a desaparecer por completo.

- Mares y costas

Los mares y las costas están severamente afectadas por la sobreexplotación pesquera (muchas poblaciones han desaparecido), desarrollos turísticos invasivos (destrucción de grandes extensiones de ecosistemas costeros, como manglares y dunas y lagunas costeras, vertimiento de aguas negras y residuos directamente al mar) y finalmente por las actividades petroleras, que son profundamente disruptivas y muy contaminantes.

V. ¿HACIA DÓNDE DEBEMOS AVANZAR?

Definitivamente debemos avanzar sin temor a dilaciones en el tiempo, a estructurar modelos que permitan de manera armónica, desde el orden y la recuperación de la institucionalidad, con las banderas de la educación y la cultura ciudadana en todos los escenarios contractuales del Estado; hacia la construcción de proyectos que permitan recuperar la enorme pérdida que viene sufriendo el país en esta materia, en términos por ejemplo, de esta importante propuesta formulada para Latinoamérica:² por la Red Interamericana de Compras Sustentables como los aspectos clave a abordar para obtener un adecuado desarrollo en la materia.

2 Red Interamericana de Compras Sustentables en América Latina. Estado de avance y elementos clave para su desarrollo.

Prioridades regionales en CPS

Área	Ejes de acción prioritarios
Desarrollo de políticas y programas nacionales de CPS	<p>Integrar y articular el tema de CPS en las políticas, programas y estrategias de desarrollo</p> <p>Fortalecer los procesos de información, educación y capacitación a la población en materia de CPS</p> <p>Cuantificar costos y beneficios asociados con la implementación de CPS en las iniciativas nacionales y sub-regionales</p> <p>Fomentar la responsabilidad social corporativa, e incorporar conceptos de responsabilidad extendida del productor y análisis de ciclo de vida en las empresas productoras de bienes de consumo masivo que generan mayores impactos ambientales y sociales.</p>
Mejoramiento del sector productivo con prioridad en las Pequeñas y Medianas Empresas	<p>Priorizar sectores a nivel subregional vinculados a los servicios ambientales o ecosistémicos. Crear o fortalecer los mecanismos e instrumentos económicos que apoyen la sostenibilidad de los sectores productivos, y mejoren su productividad y competitividad.</p> <p>Definir indicadores específicos de CPS dentro del marco de la Iniciativa Latinoamericana y Caribeña para el Desarrollo Sostenible (ILAC)</p>
Compras Públicas Sustentables (SPP)	<p>Promover un liderazgo político de alto nivel del organismo rector de las compras públicas nacionales.</p> <p>Adoptar una estrategia de aplicación gradual</p> <p>Asegurar la inclusión y la sostenibilidad de las PYMES en los programas SPP</p> <p>Establecer un mecanismo multisectorial que facilite la participación, evolución y seguimiento de las compras públicas sustentables</p>
Estilos de vida sustentables	<p>Adecuar y aplicar políticas que fomenten la oferta de bienes y servicios sustentables a precios accesibles para toda la sociedad.</p> <p>Propiciar la firme inclusión de la educación para el consumo sustentable en la estructura curricular educativas.</p> <p>Realizar estudios y aplicar mecanismos sistemáticos de medición para identificar y comprender los motivadores del consumo en la región</p>

Fuente: Red Interamericana de Compras Sostenibles, www.ricg.org

VI. EXPERIENCIAS EN LATINOAMÉRICA

Los siguientes extractos del estudio del desarrollo de la contratación verde y/o responsable en Latinoamérica nos permiten concluir diversas manifestaciones desde el imperio de la ley contractual en Chile, la asociación a las especificaciones contractuales en la contratación pública en Brasil como un aporte significativo al desarrollo de los imperativos del cambio climático, el desarrollo de la promoción a la contratación con MYPIMES en El Salvador como fundamento a la contratación responsable.

Recientemente en Chile la contratación tiene en los modelos de sus términos de referencia y/o pliegos de condiciones la ponderación de los contratos que así lo permitan, la inclusión de la cláusula de eficiencia energética.

En Colombia a partir de los acontecimientos asociados al fenómeno de corrupción, los diferentes municipios y capitales incluyeron un acápite de compras sostenibles y verdes en sus planes de desarrollo como parte de su compromiso de las microempresas y el fomento al empleo.

Guatemala viene participando en las mesas de desarrollo de contratación responsable para Centroamérica, pero es poco lo que se ve en esta materia en el sector público. Por el contrario, el sector privado desde los procesos de adhesión al pacto global y el desarrollo de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), viene incursionando en modelos productivos importantes en materia de reciclaje y de generación de energía como por ejemplo la biomasa, además de un importante escenario de crecimiento en materia de eficiencia energética con la generación eólica y la incorporación de los primeros prototipos de carros eléctricos con la construcción de una planta en el país y la incursión de modelos de precios accesibles, parques fotovoltaicos, electrodomésticos de bajo consumo de energía e iluminación de bajo costo.

VII. CONCLUSIONES

Más allá de los instrumentos o mecanismos específicos para la contratación verde y responsable, los países cuentan con una variedad de políticas que se relacionan de algún modo con las compras públicas y pueden contribuir a apalancar la inclusión de criterios de

sustentabilidad, producción limpia, sellos y certificación ambiental, eficiencia energética, cumplimiento de legislación laboral y ambiental.

La utilización de estas políticas como instrumentos de apoyo a las iniciativas de compras sustentables representa una valiosa oportunidad para avanzar más integralmente dentro del sistema público, por lo que la coordinación de esfuerzos y recursos con los organismos responsables de estas políticas resulta un paso clave para los organismos nacionales de compra.

¿Qué falta?, voluntad política y respeto por el Estado, su Constitución y su marco económico, que las contrataciones sean responsables bajo sanos criterios éticos, sociales y ambientales, como parte de nuestro aporte al desarrollo del estímulo de la recuperación de lo perdido en materia de sostenibilidad, si lo pudiéramos llamar así o por el contrario construir las bases para la construcción de una sociedad futura más inclusiva y con un verdadero sentido de la responsabilidad social ambiental integral en sus diversas manifestaciones.

VIII. REFERENCIAS

COMISIÓN EUROPEA, *Buying Green! A Handbook on Green Public Procurement*, Bélgica, Unión Europea, 2011, segunda edición, http://ec.europa.eu/environment/gpp/buying_handbook_en.htm

_____, *Criterios Europeos para la compra de 19 grupos de productos y servicios* http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm

ICLEI – LOCAL GOVERNMENTS FOR SUSTAINABILITY, EUROPEAN SECRETARIAT, *The Procura+ Manual: A Guide to Cost-Effective Sustainable Public Procurement*, Alemania, ICLEI, 2007, <http://www.procuraplus.org/en/about-procura/procura-manual/>

RED INTERAMERICANA DE COMPRAS SUSTENTABLES EN AMÉRICA LATINA, Estado de avance y elementos claves para su desarrollo. www.ricg.org.

La contratación pública en Guatemala. El caso Terminal de Contenedores Quetzal*

Mgtr. Ana Belén Puertas Corro**

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes del caso. III. El usufructo y la concesión: A. Usufructo sobre bienes públicos; B. La concesión; C. ¿La Terminal de Contenedores Quetzal presta un servicio público?; IV. Los intereses del Estado frente al caso TCQ: A. Alternativas de solución que han sido planteadas. V. Conclusiones. VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

En las siguientes páginas se presenta un análisis de uno de los casos más emblemáticos de corrupción ocurridos recientemente en Guatemala; el caso de la contratación pública por medio de la cual una empresa portuaria nacional otorgó en usufructo oneroso un bien inmueble público a una compañía desarrolladora de puertos. Lo anterior pareciera no tener mucho de anormal, a no ser que el caso forma parte de la serie de señalamientos que desde el Ministerio Público y la Comisión Internacional

* Investigación presentada en abril de 2017 en la línea de investigación «Tendencias actuales del Derecho Administrativo», dirigida por el doctor Martín María Razquin Lizarraga, dentro de la tercera cohorte del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

** Participante en el programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar –URL– (Guatemala) y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (España). Abogada, Notaria, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales y *Magister Artium* en Derechos Humanos por la URL. *Master Executive* en Dirección Estratégica de Empresas (Programa GADEX) y Diplomado en Sistemas Integrados de Gestión por el Programa GADEX (Universidad de Cádiz, España). Consultora y asesora en materias de derechos humanos y empresa. Actualmente se desempeña como docente y directora académica del Área Privada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la URL.

contra la Impunidad en Guatemala¹ se formularon a partir de abril de 2015 contra las más altas autoridades gubernamentales de la época y que al día de hoy han representado la declaratoria con lugar de sendos antejuicios contra el ex presidente y la ex vicepresidenta de la República, así como su posterior renuncia y prisión preventiva.

Como adelante se expone, el caso se refiere a una presunta colusión entre funcionarios públicos y la compañía internacional desarrolladora de puertos en la que, a cambio de importantes cantidades de dinero, se valieron de aparentes lagunas o ambigüedades legales para interpretar que era posible la disposición de un bien público en forma discrecional, sin seguir ningún procedimiento de los establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado.

Para la realización del análisis que se presenta, primero se hace una relación del caso, con información obtenida de los medios de comunicación social. Luego se desarrollan las figuras jurídicas del usufructo, la concesión y los servicios portuarios, para conocer los supuestos, elementos y naturaleza de cada una de las mismas, así como si tales servicios encuadran en la categoría de servicios públicos, pues de ello depende la modalidad contractual idónea y legalmente válida.

Una vez establecidos esos aspectos y determinada la juridicidad de la modalidad de contratación realizada, se procede a comentar brevemente cada una de las alternativas de solución que han sido presentadas por las autoridades, para finalizar con las conclusiones a que el análisis permite arribar.

II. ANTECEDENTES DEL CASO

De acuerdo con las noticias de los medios de comunicación de la época,² el 14 de junio de 2012 la Terminal de Contenedores Quetzal

1 Creada en virtud de la solicitud formulada por el Estado de Guatemala a la Organización de Naciones Unidas, mediante acuerdo suscrito con dicha organización, aprobado por el Congreso de la República, previa opinión favorable de la Corte de Constitucionalidad. CICIG está legitimada para actuar como querellante en los casos de alto impacto que promueve el Ministerio Público.

2 Los antecedentes del caso son tomados de información publicada por medios de comunicación social, disponible en: Chumil, Katerin, «Magistrado Vladimir Aguilar presenta su renuncia y perderá su inmunidad», *La Hora*; Guatemala, 13 de mayo de 2016, https://issuu.com/lahoragt/docs/la_hora_13-05-2016.

(TCQ)³ solicitó a la Empresa Portuaria Quetzal (EPQ) que le otorgara, en calidad de usufructo oneroso, para la construcción y operación de una terminal especializada de contenedores, una fracción de terreno de la finca portuaria equivalente a 348 mil 171.81 metros cuadrados, ubicada al oeste del muelle comercial de Puerto Quetzal.

Un mes después, se firmó el contrato de usufructo oneroso de la fracción de terreno y el espacio marítimo adyacente. El expresidente Otto Pérez Molina a finales de marzo de 2013 confirmó el usufructo para TCQ por un plazo de 25 años, prorrogables por otros 25 más. Posteriormente, se modificó la escritura de constitución del usufructo, y por separado, entre las mismas partes se celebró un contrato de operación de la terminal de contenedores.

La fase 1 de la ejecución de la construcción de la Terminal comprendía a 300 metros de muelle, explanadas para almacenamiento de contenedores, edificio para oficinas administrativas, circulación perimetral total del aérea otorgada en usufructo, asfalto de carriles de entrada y salida; y, garitas y puertas de acceso. Para lograr la primera fase TCQ se comprometió a realizar una inversión inicial aproximada de US \$103 000 000.00.

Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), «Nuevo caso en Portuaria Quetzal vincula a exgobernantes», Guatemala, 15 de abril de 2016, comunicado de prensa 025, <http://www.cicig.org/index.php?mact=News,cntnt01,detail,0&cntnt01articleid=701&cntnt01returnid=1611>.

Palma, Claudia, «Otto Pérez y Roxana Baldetti recibieron sobornos de TCQ», Prensa Libre, Guatemala, 15 de abril de 2016, <http://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/perez-y-baldetti-recibieron-sobornos-de-tcq>.

Reportaje De, «El usufructo de Empresa Portuaria Quetzal a TCQ, un contrato sospechoso de corrupción», *Reportaje De*, Guatemala, 15 de abril de 2016, http://reportajede.news/?p=5020_.

Sánchez, Glenda, «Ligados a proceso 12 por caso TCQ; audiencia duró 10 días» *Prensa Libre*, Guatemala, 06 de mayo de 2016, <http://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/juez-resuelve-si-procesa-a-acusados-de-corrupcion-en-caso-tcq>.

Soy 502; «Caso TCQ: El otro negocio fraudulento de Otto Pérez y Roxana Baldetti», *Soy 502*, Guatemala, 15 de abril de 2016, <http://www.soy502.com/articulo/asi-operaba-otto-perez-roxana-baldetti-caso-puerto-quetzal>.

- 3 La compañía actualmente es propiedad en un 85% de la empresa holandesa APM Terminals y en un 15% de la Corporación Financiera Internacional (IFC), entidad del Grupo Banco Mundial. Para la fecha de la solicitud y constitución el contrato de usufructo, ese 85% de sus acciones eran propiedad de Grup Maritim TCB, S.L. (Barcelona), mismas que con posterioridad vendió a APM Terminals.

TCQ acreditó la suscripción del contrato oneroso a través del respaldo financiero de la entidad española Grup Marítim TCB, S.L.,⁴ y del soporte técnico, operacional y tecnológico de la misma compañía. Grup Marítim TCB, S.L., llevaría a cabo el diseño, construcción, operación y explotación de la Terminal de Contenedores.

En el 2012 los diputados de bancadas opositoras del Congreso de la República denunciaron que en el proceso para adjudicar el contrato de la terminal de contenedores se había incumplido con la Ley de Contrataciones del Estado, pues, entre otras cosas, era necesaria la licitación pública previa a la adjudicación del contrato.

El Procurador General de la Nación de la época avaló la constitución onerosa del usufructo.⁵

En mayo de 2016 Otto Pérez Molina, expresidente, y Roxana Baldetti, ex vicepresidenta, fueron ligados a proceso por el caso del usufructo oneroso otorgado a TCQ, y acusados de los delitos de cohecho pasivo, lavado de dinero y fraude.

La raíz del problema suscitado radica en el hecho de que mediante un contrato de usufructo oneroso (figura no prevista en la Ley de Contrataciones del Estado sino en el Código Civil) se concedió el uso y autorización a TCQ para la operación de una terminal portuaria. Al haber utilizado el usufructo y no la concesión, dicha contratación fue eximida de cumplir con el procedimiento de licitación pública que requiere la Ley de Contrataciones del Estado, ya que, como se presenta adelante, la regulación en materia de usufructo de bienes nacionales es muy escasa y poco clara.

4 Entidad española y primer operador marítimo español de terminales portuarias, marítimo-ferroviarias y servicios de ingeniería y consultoría marítima para carga. Fue constituida en Madrid, España, el trece de diciembre de 1999 con el nombre de Terminales Marítimas Layetanas, S.L. y domiciliada en Barcelona, España. El 6 de junio de 2001 modificó su razón social y adoptó la de Grup Marítim TCB, S.L.

5 Conforme el artículo 252 de la Constitución Política de la República de Guatemala «El Procurador General de la Nación ejerce la representación del Estado y es el Jefe de la Procuraduría General de la Nación».

III. EL USUFRUCTO Y LA CONCESIÓN

A través de la contratación pública, el sector público elige a una persona física o jurídica del sector privado o público para ejecutar una obra, prestar un servicio o suministrar un bien que dé utilidad a la población. Este tipo de contrataciones deben respetar principios básicos como el de legalidad, libre acceso a las licitaciones, transparencia de los procesos y no discriminación entre los candidatos.⁶

De acuerdo con lo relacionado en las páginas que anteceden, el Estado de Guatemala otorgó un usufructo oneroso por 25 años a la empresa TCQ, transgrediendo principios de transparencia en la contratación pública, pues al utilizar la figura del usufructo y no la concesión, no se realizó ningún procedimiento público y competitivo para la adjudicación.

A. Usufructo sobre bienes públicos

De acuerdo con Clemente Meoro, «El usufructo es el derecho real que recae sobre cosa ajena y que supone las más amplias facultades de disfrute de la misma sin alterar su sustancia».⁷

El usufructo es una figura que nace dentro del derecho civil. El Código Civil guatemalteco regula el usufructo en cuanto a su constitución, sujetos, tiempo, formas, entre particulares y es en la última parte del artículo 706, donde regula el tiempo máximo que puede durar el usufructo sobre bienes nacionales (50 años), con lo que implícitamente se viabiliza la posibilidad de otorgar en usufructo bienes nacionales. No tendría sentido incluir un plazo específico para este tipo de usufructo si no fuera legalmente permitido.

En el mismo sentido, en el Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas,⁸ que tiene como parte de su estructura a la Dirección de Bienes del Estado, se contemplan como funciones de

6 Plataforma de Contratación de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, *Guía sobre contratación pública*, <http://www.plataformadecontractacio.caib.es/docs/GuiaContratacion-es.pdf>.

7 Citado por Aguilar Guerra, Vladimir, *Derechos Reales*, Guatemala, Colección de Monografías Hispalense, 2007, p. 373.

8 Presidente de la República de Guatemala, Acuerdo Gubernativo número 26-2014, Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas, artículo 70.

la misma investigar los bienes del Estado en posesión de particulares, en uso o *usufructo*, para establecer que se haya cumplido con la ley o, en su caso, promover su recuperación o regularización.

La Ley Reguladora de las Áreas de Reservas Territoriales del Estado de Guatemala, Decreto número 126-97 del Congreso de la República, también contempla la posibilidad de otorgar bienes propiedad del Estado en usufructo.

La pregunta que surge es establecer si existe alguna limitación a qué tipo de bienes nacionales y para qué objeto o destino pueden ser otorgados en usufructo, puesto que de ello depende la juridicidad del contrato suscrito entre la Empresa Portuaria Quetzal y TCQ; es decir, si era legal y válido otorgar en usufructo un bien de la EPQ (bien nacional) para la instalación de la terminal portuaria.

Al respecto, el artículo 121 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que son bienes del Estado, los de dominio público y los que constituyen el patrimonio del Estado, incluyendo los del municipio y de las entidades descentralizadas o autónomas (como lo es EPQ).

Por su parte, el Código Civil⁹ regula que los bienes del dominio del poder público (Estado o municipios) se dividen en: de uso público común y de uso especial. Los de uso público común comprenden los puertos, muelles o embarcaderos construidos o adquiridos por el Estado o las municipalidades y los de uso no común comprenden todos los que constituyen parte del patrimonio del Estado, las municipalidades y las entidades descentralizadas. Los bienes de uso común pueden ser objeto de aprovechamiento especial mediante concesión otorgada legalmente y los bienes que constituyen patrimonio del Estado y sus entidades (de uso no común), están sujetos a leyes especiales.

El bien inmueble propiedad de EPQ dado en usufructo a TCQ para el funcionamiento de la terminal portuaria no es un bien de uso común, puesto que no fue construido o adquirido por el Estado, o EPQ en este caso. De esa cuenta, forma parte de su patrimonio, por

9 Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, Decreto ley número 106, Código Civil, artículos 457-459, 461 y 462.

lo que cae en la categoría de bien público de uso especial, regido por las leyes especiales y las normas propias de EPQ.

Dentro de esa normativa especial y propia de EPQ, a la fecha en que se realizó la contratación en cuestión, se encontraba vigente el Normativo para el Usufructo y Arrendamiento de Áreas y Locales de la Empresa Portuaria Quetzal, en el cual se contemplaba la posibilidad de otorgar en usufructo o en arrendamiento bienes o terrenos propiedad de dicha empresa estatal. El aspecto que vale la pena resaltar de dicho normativo es el hecho de que el mismo fue concebido para poder otorgar las autorizaciones del caso para la instalación de bodegas o almacenadoras de las empresas navieras o importadores de productos a granel y no necesariamente se había contemplado la posibilidad de otorgarlos para el desarrollo de un puerto bajo administración privada.

B. La concesión

De acuerdo con la Ley de Contrataciones del Estado

«Concesión es la facultad que el Estado otorga a particulares, para que por su cuenta y riesgo construyan, produzcan, monten, instalen, mejoren, adicionen, conserven, instauren, y administren una obra, bien o servicio público, bajo el control de la entidad pública concedente, con o sin ocupación de bienes públicos a cambio de una remuneración que el particular cobre a los usuarios de la obra, bien o servicio».¹⁰

Para Jorge Mario Castillo González, *la concesión o el servicio público concedido* nace de la voluntad unipersonal del Estado que decide desprenderse de la obligación de cumplir directamente su cometido, trasladando su obligación a un particular que acepta someterse a un procedimiento previsto por la ley administrativa. La prestación realizada por la persona particular sigue siendo un servicio público. La explotación del servicio se encuentra a cargo de un particular, pero el Estado continúa siendo el responsable de vigilar que el servicio concedido sea ejecutado adecuadamente, y en caso no lo sea el contrato puede ser revocado.¹¹

10 Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 57-92, Ley de Contrataciones del Estado, art. 95.

11 Castillo González, Jorge Mario, *Derecho Administrativo*, Guatemala, sin editorial, 2017, 26ª edición, pp. 336-342.

El marco normativo para el análisis de la contratación realizada está determinado por la Constitución Política de la República de Guatemala¹², la Ley de Contrataciones del Estado,¹³ sus modificaciones y reglamento, y el Código Civil en lo relativo al usufructo.

La concesión de obra y servicios públicos es un mecanismo jurídico para permitirle al sector privado hacer inversiones importantes en infraestructura que le produzcan tasas de retorno competitivas.¹⁴

De acuerdo con la Ley de Contrataciones del Estado, previo a adjudicar la concesión debe realizarse una licitación pública.¹⁵ El contrato será celebrado ante el titular del Ministerio o la autoridad máxima de la entidad que corresponda y el concesionario; deberá regular el plazo de duración de la concesión; el reglamento para la utilización de la obra, bien o prestación del servicio forma parte del contrato, así como las obligaciones de concesionario, la conservación de los bienes, la distribución de los bienes y elementos parte de la concesión al momento de terminar esta; asimismo, el pago de los salarios y prestaciones de los trabajadores, práctica de auditorías, entre otros.¹⁶ Para perfeccionar el contrato debe ser aprobado por el Congreso de la República.

Carreau, citado por Diego José Vera, afirma que «en la concesión administrativa se ha encontrado una razonable fórmula que equilibra, sin menoscabo alguno de una lógica y obligada planificación, la actividad individual competitiva y con suficiente margen de creatividad y las necesidades comunitarias»; eso conlleva que varios de los servicios públicos son prestados de forma directa o indirecta por el sector privado a través de concesiones.¹⁷ Una vez otorgada la

12 Artículo 124, enajenación de bienes nacionales, 183, inciso k contempla dentro de las funciones del presidente de la República someter a la consideración del Congreso para su aprobación, y antes de su ratificación: «los contratos y concesiones sobre servicios públicos».

13 Los artículos 95 al 98 se refieren a los procedimientos para la concesión de servicios públicos.

14 Umaña, Mario, *Marco legal para las concesiones en Guatemala*, INCAE, 1998, <https://www.incae.edu/ES/clacds/publicaciones/pdf/cen211.pdf>.

15 Regulada en los artículos 17 al 33 de la Ley de Contrataciones del Estado.

16 *Ibidem*, art. 97.

17 Vera Jurado, Diego José, «El régimen jurídico del patrimonio de destino en la concesión administrativa de servicio público», *Revista de Administración Pública*, núm. 109, 1986, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?docID=10915017&ppg=3>.

concesión del servicio público, el concesionario está obligado a organizarse adecuadamente para prestar el servicio, por ello es necesario que previo a formalizar la contratación, el Estado se asegure de que la entidad adjudicada reúne los requisitos necesarios para realizar la prestación de forma efectiva y eficaz.

De lo anterior, puede establecerse que cuando se trata de la autorización que el Estado o sus entidades dan a una empresa o compañía privada para que esta pueda prestar un servicio público, la figura legalmente procedente es la concesión, por lo que existiendo una figura de contratación pública idónea no es jurídicamente viable la utilización de otra modalidad de contratación, máxime si esa otra modalidad no cumple con principios de competitividad y transparencia.

C. ¿La Terminal de Contenedores Quetzal presta un servicio público?

Como fue indicado anteriormente, el análisis a realizar encuentra su punto más relevante en la determinación de la juridicidad del contrato de usufructo suscrito entre la Empresa Portuaria Quetzal y TCQ. Para el efecto, resulta fundamental establecer si las operaciones llamadas a realizar por TCQ constituyen o no un servicio público, puesto que de arribarse a tal conclusión, se puede colegir que en efecto, como las sindicaciones del caso han afirmado, se incurrió en un fraude de ley al pretender la utilización de una figura de derecho privado (el usufructo), aceptada para ciertos casos respecto de bienes del Estado, para encubrir la figura que conforme la naturaleza de la contratación a realizar correspondía (la concesión) y, por ende, el procedimiento legalmente establecido para su adjudicación.

Para Maurice Hauriou un servicio público «Es un servicio técnico prestado al público de manera regular y continua para la satisfacción pública por parte de una organización pública».¹⁸ De acuerdo con el autor guatemalteco Jorge Mario Castillo González, el servicio público consiste en la actividad pública, privada o pública/privada, destinada a satisfacer necesidades de los habitantes procu-

18 Sin autor, «El servicio público», *Derecho Administrativo*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1920/9.pdf>, pp. 98-99.

rando el bien común o interés público.¹⁹ De las definiciones planteadas previamente puede afirmarse que el fin del servicio público es la suma de los intereses de la población que deben ser en beneficio de la misma, siendo el Estado el responsable de prestarlos, y en caso el Estado no pudiera lograrlo, podrá encomendar la satisfacción de un servicio público a la empresa privada, constituyéndose de esa manera la concesión. Esto último configura el principio de subsidiariedad administrativa, regulado en el artículo 118 de la Constitución Política de la República de Guatemala.²⁰

Los servicios portuarios son servicios públicos, que estimulan el crecimiento económico del país y que pueden ser dados por el Gobierno en concesión; por ello, están sujetos a los procedimientos que la legislación establece; deben seguirse procesos públicos y transparentes para su adjudicación y de esa forma asegurar el cumplimiento de los fines económicos nacionales hacia la población.

Por lo anterior, debe arribarse a la conclusión de que los servicios portuarios son servicios públicos y por consiguiente, el contrato de usufructo suscrito entre EQP y TCQ responde a un fraude de ley en que se buscaba «burlar» el procedimiento de licitación pública para hacer la adjudicación directa y discrecional.

IV. LOS INTERESES DEL ESTADO FRENTE AL CASO TCQ

Como ha quedado indicado, la empresa TCQ y el Estado de Guatemala firmaron un contrato de usufructo oneroso sobre un bien inmueble propiedad de la EPQ y del espacio marítimo adyacente. Poco tiempo después se modificó la escritura de constitución del usufructo y entre las mismas partes se celebró un contrato de operación para la terminal de contenedores. De esa forma, se encomendó a una empresa privada la prestación de un servicio público por medio de un contrato de usufructo oneroso e incumpliendo la Ley de Con-

19 Castillo González, Jorge Mario; *op. cit.*, nota 11, p. 322.

20 Artículo 118: «Principios del Régimen Económico y Social. El régimen económico y social de la República de Guatemala se funda en principios de justicia social. Es obligación del Estado orientar la economía nacional para lograr la utilización de los recursos naturales y el potencial humano, para incrementar la riqueza y tratar de lograr el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional. Cuando fuere necesario, el Estado actuará complementando la iniciativa y la actividad privada, para el logro de los fines expresados».

trataciones del Estado, que obliga a la suscripción de una concesión, cumpliendo con todos los requisitos preestablecidos en la norma y explicados previamente.

Es claro, como ya se indicó, que la razón por la cual se efectúa un usufructo (que constituye una figura del derecho civil), en lugar de una concesión (contrato administrativo), es para evitar los controles establecidos por la ley, constituyendo de esa forma un fraude de ley.

Esta situación ha generado la deducción de responsabilidades de los sujetos que tomaron parte en el proceso. Actualmente se encuentran ligados al proceso penal doce personas, entre ellas el expresidente y la exvicepresidenta de la República, acusados de los delitos de cohecho, lavado de dinero y fraude.²¹ No obstante las acciones penales y civiles, se hace necesario que el Estado de Guatemala encuentre la solución a la falta de cumplimiento del servicio público para el que fue contratada TCQ; y por otro lado no se puede olvidar que existen antecedentes en el país que no necesariamente evidencian soluciones que han sido acordes con los intereses del Estado.

Sobre esto, es necesario recordar que no es la primera vez que el Estado de Guatemala se ve involucrado en situaciones de este tipo, motivadas por actos de corrupción de sus funcionarios. El problema principal que esto presenta es que las soluciones judiciales, muchas de ellas internacionales, repercuten negativamente en el erario público.

Por ejemplo, en 1981 la planta de Celulosas de Guatemala (Celgusa), con el apoyo de su principal accionista, la Corporación Financiera Nacional (Corfina),²² gestionó un préstamo para financiar la construcción de la planta con la Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, del Banco Exterior de España, por \$188.7

21 Prensa Libre; Sánchez, Glenda, «Ligados a proceso 12 por caso TCQ; audiencia duró 10 días», *Prensa Libre*, Guatemala, 6 de mayo de 2016, <http://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/juez-resuelve-si-procesa-a-acusados-de-corrupcion-en-caso-tcq>.

22 «A través del Decreto No. 46-72 del Congreso de la República de fecha 20 de julio de 1972, se crea la Corporación Financiera Nacional –CORFINA–, con carácter de entidad descentralizada, autónoma, con personalidad jurídica, patrimonio propio, capacidad plena para adquirir derechos y contraer obligaciones, de acuerdo a su Ley Orgánica y sus reformas contenidas en el Decreto No.23-81 del Congreso de la República». Fuente: Corporación Financiera Nacional –CORFINA–, *Política presupuestaria de la institución*, Guatemala, 2004, http://www.minfin.gob.gt/images/downloads/presupuesto_aprobados/2001/sexta_parte/doc106.pdf

millones. El pago debía iniciarse en 1985; sin embargo, la planta no operó más que unos meses, lo que no permitió cumplir con las obligaciones contractuales contraídas con el Banco. La falta de operación obedeció, según reportaron medios de comunicación social, a que buena parte de los recursos disponibles habían sido ilegalmente sustraídos por los funcionarios de turno, sin que se hubiere emprendido acción legal alguna.

En un principio, el Gobierno de Guatemala no se hizo responsable de la deuda porque el Congreso de la República en su momento no había aprobado el préstamo entre Celgusa y el Banco Exterior de España.²³ Para el 2004 se trataba de negociar la deuda con el Banco Exterior de España, recuperar y recaudar la cartera crediticia, así como la promoción y venta de los activos extraordinarios. En el 2006 se firmó un «Acuerdo de Condonación y Pago de Deuda entre España y Guatemala», mediante el cual el gobierno guatemalteco se comprometió a pagar 10.5 millones de dólares al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) y el gobierno español condonó US\$ 538 millones a Guatemala.²⁴

Aunque se haya logrado una importante condonación de la deuda, debe resaltarse que igualmente el Estado de Guatemala tuvo que erogar parte de sus recursos públicos (que bien podrían haber sido utilizados para la atención de temas sociales tan importantes como la salud, educación o la desnutrición crónica) y además perdió, por inutilización y deterioro, una importante inversión en infraestructura y equipo.

Otro caso igualmente impactante y motivado por fuertes señalamientos de corrupción es la concesión que en su momento se había otorgado a una empresa japonesa del deshabilitado, no funcional y deteriorado sistema ferroviario, en el que ante denuncias presentadas por dicha contratación, la compañía internacional para ese entonces propietaria de las acciones demandó en arbitraje internacional a Guatemala. Si bien el resultado de dicho arbitraje tampoco fue tan

23 Gudiel, Vernick, Prensa Libre, «Celgusa vuelve a ser tema», Prensa Libre, Guatemala, 26 de agosto de 2002, http://www.prensalibre.com/economia/Celgusa-vuelve-tema_0_57594664.

24 Embajada de Guatemala en España, *Chapines en Guatemala*, España, marzo de 2006, año 2, núm. 5, http://embajadaguatemala.es/boletines/BOLETIN_5.pdf.

oneroso para el país (no se perdió del todo), el Gobierno tuvo que incurrir en importantes gastos y costos, y sobre todo, aunque parezca inconcebible, el país no cuenta con un sistema ferroviario, lo que se agrava con los grandes problemas del sector transporte en el país y la deteriorada red vial existente.²⁵

A. Alternativas de solución que han sido planteadas

Ante el conocimiento de los hechos antes relacionados, en la opinión pública guatemalteca han surgido diferentes planteamientos de lo que deben hacer las autoridades de turno para solucionar el caso. A continuación se presentan y brevemente se comenta cada una de ellas:

- Todas tienen en común que es un requisito indispensable que se continúe con la deducción de responsabilidades civiles y penales a los funcionarios públicos y personeros de TCB que intervinieron en dicho caso de corrupción.

La prosecución penal y civil contra los responsables del caso es necesaria. Sin embargo, se considera que independientemente de la misma, en forma complementaria el Estado de Guatemala debe presentar demanda internacional contra la compañía TCB, a efecto de hacerla responsable de los daños y perjuicios por su actuación. Cada vez más, a nivel global, se ha tomado conciencia de la responsabilidad de las grandes compañías transnacionales en hechos de corrupción y de violación a derechos humanos, por su papel activo en tales fenómenos, por lo que en forma consecuente con esos avances, debe procederse a su deducción de responsabilidad corporativa y no simplemente de sus personeros de turno (que ni siquiera son los accionistas o dueños).

25 Para más información sobre el caso, se recomienda consultar: Editorial Siglo21, «Caso ferrovías debe ser conocido por la opinión pública», <https://gt.transdoc.com/articulos/articulos-en-espanol/Caso-Ferrovias-debe-ser-conocido-por-la-opinion-publica/22721>, Batres, Alexis, «Guatemala pagará US\$14 millones por caso Ferrovías», Soy 502, Guatemala, 30 de octubre de 2013, <http://www.soy502.com/articulo/guatemala-pagara-us14-millones-por-caso-ferrovias> y Bolaños, Rosa María, «Caso de Ferrovías: El CIADI falla contra el Estado de Guatemala», <http://es.justinvestment.org/2012/07/caso-de-ferrovias-el-ciadi-falla-contra-estado-de-guatemala/>.

- En mayo de 2016,²⁶ la Procuraduría General de la Nación presentó demanda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para solicitar se declare la nulidad del contrato de usufructo suscrito.

Dicha acción, si bien es pertinente legalmente, omite tomar en consideración que la simple pérdida de vigencia del contrato no permite la restauración de «las cosas» al estado de antes, puesto que a la presente fecha ya existe una obra de infraestructura realizada y préstamos adquiridos por TCQ para el efecto, que deben ser amortizados. Por tal razón, esta medida, correcta, legal y pertinente no puede quedarse en forma aislada, ya que es necesario que junto a la nulidad del contrato suscrito se encuentre la forma legal que permita viabilizar el inicio en operaciones de la terminal portuaria.

Lamentablemente, existen sectores y posturas que en forma irresponsable afirman que no importa las consecuencias y efectos que pueda tener, debe declararse la nulidad del contrato y no buscar otra solución complementaria, ya que ello sentaría un inadecuado precedente conforme el cual funcionarios propensos a corrupción sabrán que a pesar de sus actos, siempre se encontrará una forma para «salvar» los negocios realizados, en aras de no afectar los intereses del Estado.

- En el mes de noviembre de 2016,²⁷ el Organismo Ejecutivo y la EPQ, con el apoyo de la PGN y el interventor judicial de TCQ, presentaron al Congreso de la República una iniciativa de ley que pretendía que dicho organismo aprobase una concesión directa a la compañía holandesa APM (actual poseedora de los derechos y acciones sobre TCQ) y dicha compañía, aunque no se reconoce responsable de la contratación corrupta, reconocería al Estado de Guatemala

26 López, Kimberly, «PGN presentó demanda de nulidad de TCQ», La Hora, Guatemala, 17 de mayo de 2016, <http://lahora.gt/pgn-presento-demanda-de-nulidad-de-tc/>.

27 Hernández, Manuel y Contreras, Geovanni, «Iniciativa para entregar concesión de TCQ llega al Congreso», *Prensa Libre*, Guatemala, 3 de noviembre de 2016, <http://www.prensalibre.com/guatemala/politica/iniciativa-para-entregar-concesion-de-tcq-llega-al-congreso>.

una reparación de US\$ 32.7 millones (más del 15% del valor del proyecto realizado).

La fundamentación de esta propuesta radica en el hecho de que el procedimiento de licitación pública (que normalmente tiene una duración entre 18 y 24 meses) se encuentra contemplado en la Ley de Contrataciones del Estado y dicha ley ordinaria puede ser modificada por el mismo órgano emisor –el Congreso– mediante la aprobación del decreto propuesto.

Una variación de esta propuesta que surgió del propio Congreso de la República fue que APM entregara al Estado un porcentaje de acciones de TCQ a efecto de que la misma se convirtiera en una empresa mixta (público-privada), pero ante la imposibilidad de que dicho aspecto fuera legislado por parte del Congreso de la República –no puede ordenar a una entidad privada entregar acciones al Estado– y la falta de disposición de APM para el efecto, esta propuesta fue descartada.

- Ante las dudas que han surgido sobre la posibilidad de otorgar una concesión en forma directa por parte del Congreso de la República, otra de las alternativas es que se lleve a cabo un proceso de licitación pública y que quien resulte adjudicado asuma el compromiso de reembolsar a APM la inversión realizada.

El problema que presenta esta alternativa es que durante el año y medio o los dos años que dure el procedimiento de licitación, difícilmente la compañía APM estará en disposición de amortizar las cuotas por los préstamos realizados para pagar los costos de la construcción; de igual manera, durante ese tiempo la terminal no operaría y el equipo instalado sufriría daños e incluso implicaría incurrir en costos para darle mantenimiento.

- Como resultado de todas las inquietudes planteadas ante las alternativas presentadas, APM, en coordinación con el interventor judicial y el Gobierno de la República, tomaron la decisión de iniciar las operaciones de TCQ –a cargo del interventor– y que con los ingresos que obtenga se cubran

las amortizaciones a los préstamos vigentes y cualquier otro gasto que sea necesario. Mientras tanto, se llevaría a cabo el proceso de licitación internacional que permita asegurar que la concesión sea otorgada a la empresa y bajo las condiciones que mejor convengan al Estado.

V. CONCLUSIONES

1. Desde el comienzo de las negociaciones entre EPQ y TCQ no se respetaron las normas para la contratación de servicios públicos, tratando de utilizar figuras legales no idóneas y de esa forma evitar los procedimientos públicos destinados a lograr la transparencia de los procesos.
2. La figura del usufructo adolece de una regulación que permita dar certeza a los casos en que la figura es aplicable.
3. No existe un órgano de control para asegurar que no se realice este tipo de fraudes de ley; la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de Cuentas, que son las entidades destinadas a la fiscalización, no son efectivas en ese papel, lo que se agrava por el hecho de que han existido otros casos igualmente gravosos para el Estado.
4. Resulta acertada la solución que se está implementando, en la cual se viabiliza el inicio del funcionamiento de la Central de Contenedores Quetzal (TCQ) a cargo de una intervención, en tanto se lleva a cabo un proceso público transparente y competitivo de licitación y se continúen con las investigaciones, enjuiciamientos y deducción de responsabilidades de quienes intervinieron en el fraude de ley que motivó este caso.

VI. REFERENCIAS

AGUILAR GUERRA, Vladimir, *Derechos Reales*, Guatemala, Colección de Monografías Hispalense, 2007.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Constitución Política de la República de Guatemala*.

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario, *Derecho Administrativo*, Guatemala, sin editorial, 2017, 26ª edición.

CHUMIL, Katerin, «Magistrado Vladimir Aguilar presenta su renuncia y perderá su inmunidad», *La Hora*; Guatemala, 13 de mayo de 2016, https://issuu.com/lahoragt/docs/la_hora_13-05-2016.

COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD EN GUATEMALA (CICIG), «Nuevo caso en Portuaria Quetzal vincula a exgobernantes», Guatemala, 15 de abril de 2016, comunicado de prensa 025, <http://www.cicig.org/index.php?mact=News,cntnt01,detail,0&cntnt01articleid=701&cntnt01returnid=1611>.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Decreto número 57-92, Ley de Contrataciones del Estado.

CORPORACIÓN FINANCIERA NACIONAL –CORFINA–, *Política presupuestaria de la institución*, Guatemala, 2004, http://www.minfin.gob.gt/imagenes/downloads/presupuesto_aprobados/2001/sexta_parte/doc106.pdf.

EDITORIAL SIGLO21, «Caso ferrovías debe ser conocido por la opinión pública», <https://gt.transdoc.com/articulos/articulos-en-espanol/Caso-Ferrovias-debe-ser-conocido-por-la-opinion-publica/22721>, Batres, Alexis, «Guatemala pagará US\$14 millones por caso Ferrovías», Soy 502, Guatemala, 30 de octubre de 2013, <http://www.soy502.com/articulo/guatemala-pagara-us14-millones-por-caso-ferrovias> y Bolaños, Rosa María, «Caso de Ferrovías: El CIADI falla contra el Estado de Guatemala», <http://es.justinvestment.org/2012/07/caso-de-ferrovias-el-ciadi-falla-contra-estado-de-guatemala/>.

EMBAJADA DE GUATEMALA EN ESPAÑA, *Chapines en Guatemala*, España, marzo de 2006, año 2, núm. 5, http://embajadaguatemala.es/boletines/BOLETIN_5.pdf.

GUDIEL, Vernick, Prensa Libre, «Celgusa vuelve a ser tema», Prensa Libre, Guatemala, 26 de agosto de 2002, http://www.prensalibre.com/economia/Celgusa-vuelve-tema_0_57594664.

HERNÁNDEZ, Manuel y CONTRERAS, Geovanni, «Iniciativa para entregar concesión de TCQ llega al Congreso», *Prensa Libre*, Guatemala, 3 de noviembre de 2016, <http://www.prensalibre.com/guatemala/politica/iniciativa-para-entregar-concesion-de-tcq-llega-al-congreso>.

JEFE DEL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Decreto ley número 106, Código Civil.

LÓPEZ, Kimberly, «PGN presentó demanda de nulidad de TCQ», *La Hora*, Guatemala, 17 de mayo de 2016, <http://lahora.gt/pgn-presento-demanda-de-nulidad-de-tcq/>.

PALMA, Claudia, «Otto Pérez y Roxana Baldetti recibieron sobornos de TCQ», *Prensa Libre*, Guatemala, 15 de abril de 2016, <http://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/perez-y-baldetti-recipientes-sobornos-de-tcq/>.

PLATAFORMA DE CONTRATACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ISLAS BALEARES, *Guía sobre contratación pública*, <http://www.plataforma-decontractacio.caib.es/docs/GuiaContratacion-es.pdf>.

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Acuerdo Gubernativo número 26-2014, Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas.

REPORTAJE DE, «El usufructo de Empresa Portuaria Quetzal a TCQ, un contrato sospechoso de corrupción», *Reportaje De*, Guatemala, 15 de abril de 2016, <http://reportajede.news/?p=5020>.

SÁNCHEZ, Glenda, «Ligados a proceso 12 por caso TCQ; audiencia duró 10 días» *Prensa Libre*, Guatemala, 06 de mayo de 2016, <http://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/juez-resuelve-si-procesa-a-acusados-de-corrupcion-en-caso-tcq>.

Sin AUTOR, «El servicio público», *Derecho Administrativo*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1920/9.pdf>.

SOY 502; «Caso TCQ: El otro negocio fraudulento de Otto Pérez y Roxana Baldetti», *Soy 502*, Guatemala, 15 de abril de 2016, <http://www.soy502.com/articulo/asi-operaba-otto-perez-roxana-baldetti-caso-puerto-quetzal>.

UMAÑA, Mario, *Marco legal para las concesiones en Guatemala*, INCAE, 1998, <https://www.incae.edu/ES/clacds/publicaciones/pdf/cen211.pdf>.

VERA JURADO, Diego José, «El régimen jurídico del patrimonio de destino en la concesión administrativa de servicio público», *Revista de Administración Pública*, núm. 109, 1986, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?docID=10915017&ppg=3>.

La responsabilidad patrimonial del Estado en el ordenamiento jurídico guatemalteco*

*Mgtr. Luis Andrés Lepe Sosa***

Sumario: I. Introducción y delimitación del tema. II. Antecedentes históricos: A. Generales; B. Antecedentes históricos en Guatemala. III. Regulación vigente en el ordenamiento jurídico guatemalteco: A. Constitución Política de la República de Guatemala; B. Legislación ordinaria; C. Trámite para reclamar judicialmente daños y perjuicios al Estado de Guatemala. IV. Principales diferencias con el ordenamiento español: A. Responsabilidad subjetiva v. objetiva; B. Responsabilidad indirecta v. directa; C. Regulación civilista v. especializada administrativa. V. Conclusiones. VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DEL TEMA

La presente investigación trata sobre la responsabilidad del Estado en sí. Por esa razón, no se entrará en detalle sobre el tema de la responsabilidad de los empleados y funcionarios públicos. La responsabilidad en que se enfoca esta investigación es de naturaleza patrimonial, por lo que las responsabilidades penales y disciplinarias no serán discutidas. Además, la responsabilidad patrimonial a la que

* Investigación presentada en abril de 2017 en la línea de investigación «Tendencias actuales del Derecho Administrativo», dirigida por el doctor Martín María Razquin Lizarraga, dentro de la tercera cohorte del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario por la Universidad Rafael Landívar. Magíster en Estudios Internacionales (Desarrollo y Cooperación), Korea University. Jefe académico e investigador principal del Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales (IIJ) de la Universidad Rafael Landívar. Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

se refiere esta investigación es la que en Guatemala se conoce como de tipo extracontractual.

También cabe mencionar que no se hará mención de las condenas por daños y perjuicios de parte de tribunales internacionales contra el Estado de Guatemala, ya sea por violaciones a derechos humanos o por otros motivos. Esto se debe a que no se trata de una investigación de derecho internacional, sino de derecho administrativo y por lo tanto está enfocada en el ordenamiento nacional (en este caso, en la comparación entre dos ordenamientos nacionales). Esta es, básicamente, la delimitación de este tema de investigación.

En cuanto a lo que se pretende hacer en la investigación, se plantearon tres preguntas para responder, que son las siguientes:

1. ¿Cómo se ha regulado históricamente la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado de Guatemala?
2. ¿Cómo está regulada actualmente en el ordenamiento jurídico guatemalteco?
3. ¿Cuáles son las principales diferencias entre la regulación guatemalteca y la española en la materia?

Para responder la primera pregunta se acudió a fuentes doctrinarias extranjeras, así como a fuentes primarias guatemaltecas, es decir, disposiciones normativas históricas, en este caso todas de carácter constitucional. Para responder a la segunda pregunta se hizo uso de cuerpos normativos guatemaltecos vigentes de rango constitucional, ordinario y reglamentario, tanto de derecho público como privado, en materia sustantiva y procesal. También se acudió a precedentes jurisprudenciales de la Corte de Constitucionalidad y de la Corte Suprema de Justicia. En cuanto a la tercera pregunta, se utilizaron principalmente fuentes doctrinarias; se optó por no acudir a las fuentes directas españolas (LPAC y LSP), principalmente por limitaciones de tiempo.

La principal conclusión de la investigación es que el ordenamiento jurídico guatemalteco continúa utilizando una regulación de corte civilista en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, lo cual francamente revela cierto grado de obsolescencia y atraso respecto a

las tendencias actuales del derecho administrativo. Una propuesta legislativa basada en el ordenamiento español podría significar un avance considerable en la materia, aunque se debe tener en cuenta que se trataría de un cambio radical e integral, afectando a varios cuerpos legales del país, incluyendo una inevitable reforma constitucional.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. Generales

El concepto de responsabilidad estatal es relativamente reciente en la historia de la humanidad. La responsabilidad civil del funcionario público ha existido desde tiempos remotos, pero respondía con su patrimonio personal siguiendo las reglas del derecho civil. Sin embargo, al Estado como persona jurídica no se le veía como responsable por los actos de sus funcionarios o empleados. Esto se debe a que antiguamente se consideraba que el Estado poseía una soberanía absoluta y generalmente se le relacionaba con cierta autoridad o respaldo divino. En esas circunstancias, era difícil que un particular pudiera reclamarle al Estado alguna indemnización por sus actos.¹

Esta fue la tendencia general en el mundo jurídico occidental durante siglos. El resultado era que los gobernados quedaban vulnerables, puesto que el funcionario a quien se le podía imputar responsabilidad frecuentemente carecía de fondos suficientes para cubrir los daños y perjuicios provocados.

Sin embargo, la filosofía de la Ilustración y los principios de lo que hoy conocemos como el Estado democrático de derecho fueron cambiando esta situación y a partir de la segunda mitad del siglo XIX un nuevo derecho administrativo comenzó a regular a una administración pública obligada a actuar dentro de criterios de legalidad y responsabilidad. Ello abrió las puertas a un Estado susceptible de responsabilidad patrimonial frente a los particulares.²

Las ventajas de esta responsabilidad son claras para los gobernados. Por un lado, su derecho a la propiedad queda mejor protegido

1 Jiménez, William Guillermo, «Origen y evolución de las teorías sobre la responsabilidad estatal», *Diálogos de Saberes*, núm. 38, ene-jun 2013, Bogotá, pp. 64-68.

2 *Ibidem*, p. 68.

contra la actuación del Estado; y por el otro, la actuación del Estado queda condicionada para minimizar lo más posible los daños a los particulares.

La responsabilidad patrimonial del Estado ha tenido distintas etapas de desarrollo alrededor del mundo. Algunos Estados todavía regulan esta figura conforme a normas de derecho privado, mientras que otros han desarrollado legislación administrativa propia de la materia, con principios especiales.

B. Antecedentes históricos en Guatemala

En el caso de Guatemala, originalmente no se contemplaba la responsabilidad patrimonial del Estado.

El primer antecedente normativo de reconocimiento de responsabilidad del Estado de Guatemala se encuentra en el artículo 24 de la Constitución de 1945.³ Esta disposición contempla la responsabilidad patrimonial del Estado, en el sentido de que el Estado responde por las infracciones a los deberes cometidas por sus empleados o funcionarios en ejercicio de su cargo, siendo dicha responsabilidad de carácter subsidiario, es decir, que se limita a aquello que el patrimonio del empleado o funcionario responsable no llegue a cubrir.

La Constitución de 1956 reguló la responsabilidad del Estado en su artículo 45 de una manera casi idéntica. El único cambio –que no afecta la sustancia de la norma– fue que la «infracción de deberes» fue sustituida por el término de «infracción de la ley».⁴

El artículo 148 de la Constitución de 1965 vuelve a reconocer la responsabilidad patrimonial (daños y perjuicios), con carácter subsidiario, del Estado y las municipalidades cuando el funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo infrinja la ley en perjuicio de tercero. Además, establece la exoneración de dicha responsabi-

3 Artículo 24 de la Constitución de 1945, parte conducente: «Si el funcionario o empleado público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes en perjuicio de tercero, el Estado o la corporación a quien sirve serán subsidiariamente responsables de los daños y perjuicios consiguientes».

4 Artículo 45 de la Constitución de 1956, parte conducente: «Si el funcionario o empleado público en el ejercicio de su cargo, infringe la ley en perjuicio de tercero, el Estado o la corporación a quien sirva serán subsidiariamente responsables por los daños y perjuicios que la infracción causare al damnificado».

dad cuando se trate de daños o perjuicios causados por movimientos armados o disturbios civiles.⁵ Esta última exoneración probablemente se deba al conflicto armado interno que comenzó en 1960 y terminaría hasta 36 años después, en diciembre de 1996.

En los antecedentes históricos guatemaltecos puede verse una tendencia. Se reconoce la responsabilidad patrimonial del Estado, pero no directamente y con un carácter subsidiario; se requiere que el funcionario o empleado haya cometido una infracción a la ley en el ejercicio de su cargo y contempla ciertas exoneraciones que encuentran su explicación en la historia convulsa del país.

III. REGULACIÓN VIGENTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO

A. Constitución Política de la República de Guatemala

1. *Responsabilidad solidaria*

El artículo 155 de la actual Constitución Política de la República de Guatemala regula la responsabilidad patrimonial del Estado de una manera relativamente distinta a la de sus antecesoras.⁶ La principal diferencia radica en que las constituciones de 1945, 1956 y 1965 se referían a una responsabilidad de carácter subsidiario, mientras que la actual contempla una responsabilidad de carácter solidario.⁷ Esto significa que «los particulares lesionados pueden accionar contra el

5 Artículo 148 de la Constitución de 1965, parte conducente: «Si el funcionario o empleado público en el ejercicio de su cargo, infringe la ley en perjuicio de tercero, el Estado o la corporación a quien sirva serán subsidiariamente responsables por los daños y perjuicios que la infracción causare al damnificado. No podrán los guatemaltecos ni los extranjeros reclamar al Estado por daños y perjuicios causados por movimientos armados o disturbios civiles».

6 Artículo 155 de la actual Constitución Política de la República de Guatemala, parte conducente: «Cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren. [...] Ni los guatemaltecos ni los extranjeros, podrán reclamar al Estado, indemnización por daños o perjuicios causados por movimientos armados o disturbios civiles».

7 Artículo 1352 del Decreto-Ley número 106, Código Civil, parte conducente: «La obligación mancomunada es solidaria cuando varios deudores están obligados a una misma cosa, de manera que todos o cualquiera de ellos pueden ser constreñidos al cumplimiento total de la obligación, y el pago hecho por uno solo libera a los demás». Ver también artículos 1347-1372 del código citado.

Estado o contra los propios agentes».⁸ Esta es una diferencia considerable ya que el Estado pasa, de responder solamente por la parte que no alcanzaba a cubrir el patrimonio del funcionario o empleado responsable, a podersele exigir el monto total de la indemnización.

2. *Responsabilidad subjetiva*

Un aspecto que no cambia respecto a las constituciones anteriores es la necesidad de que el daño haya sido causado por una «infracción a la ley». En palabras de Judith Gifreu, «la responsabilidad extracontractual del Estado descansa sobre el elemento subjetivo de la culpa, de modo que la ilicitud de la actuación productora de la lesión se erige en el fundamento de la indemnización».⁹ En otras palabras, se requiere que el acto dañoso –es decir, el que haya provocado la lesión– sea ilícito. Si estuviera dentro de lo permitido por la ley, aunque causara un daño al patrimonio de uno o varios particulares no cabría indemnización alguna.

3. *Responsabilidad indirecta*

Otro elemento que se mantiene igual a las constituciones anteriores es la postura de determinar la responsabilidad del Estado conforme a los actos cometidos por sus empleados o funcionarios.¹⁰ Gifreu lo explica de la siguiente manera: «La regulación guatemalteca del instituto resarcitorio se construye además sobre la imputación al Estado por hechos de tercero, ya que éste responde por las consecuencias de las actuaciones de sus agentes».¹¹ En el ordenamiento guatemalteco, el Estado como tal no es el que comete el acto lesivo o dañoso, sino el funcionario o empleado responsable.

8 Gifreu i Font, Judith, «La responsabilidad patrimonial de la administración», en Ballbé, Manuel y Franch, Martha (directores), *Manual de derecho administrativo. Una perspectiva desde los ordenamientos jurídicos de Guatemala y España*, Girona, UAB y AECE, 2002, p. 418.

9 *Ibidem*, p. 417.

10 El artículo 155 constitucional usa los términos de dignatario, funcionario y empleado público. Se entiende que los dignatarios son aquellas personas electas en cargos públicos de la más alta jerarquía. Por su parte, los términos de funcionario y empleado público son definidos en el artículo 1 del Acuerdo Gubernativo número 18-98, Reglamento de la Ley del Servicio Civil. El funcionario público es electo o nombrado y tiene cierta posición de mando, mientras que el empleado público es básicamente quien se encuentra en una relación de trabajo teniendo como patrono al Estado.

11 *Idem*.

Además, el artículo 155 constitucional vuelve a incluir la exoneración expresa al Estado de la responsabilidad por los daños o perjuicios causados por movimientos armados o disturbios civiles. Nuevamente, la lógica detrás de esta disposición está en el conflicto armado interno y los numerosos daños que causó a la persona y propiedad de incontables habitantes.¹²

Puede decirse, entonces, que en Guatemala la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado tiene las siguientes características:

- a) Responde por los actos de sus dignatarios, funcionarios o empleados públicos, en ejercicio de su cargo, que causen una lesión a los particulares.
- b) Dichos actos deben ser ilícitos, es decir, contrarios a la ley.
- c) La responsabilidad del Estado es solidaria con el dignatario, funcionario o empleado responsable.

B. Legislación ordinaria

La doctora Judith Gifreu, anteriormente citada, expresa lo siguiente: «No existe en Guatemala un desarrollo legislativo en sede administrativa de esta responsabilidad del Estado prevista constitucionalmente, limitándose la normativa a aplicar a los entes públicos la regulación privatista de responsabilidad extracontractual».¹³ De tal manera, debido a la carencia de una ley especial que regule la responsabilidad patrimonial del Estado, se aplica lo establecido en la legislación de derecho privado, principalmente el Código Civil.

Cabe mencionar que dentro de este cuerpo legal, el artículo 1665 regula la responsabilidad del Estado con un carácter subsidiario. Esto se debe a que el Código Civil data de 1963, época en que estaba vigente la Constitución de 1956, que contemplaba la responsabilidad

12 Cabe mencionar que a pesar de esta exoneración, se han implementado varios programas para resarcir a diversos sectores de la población afectados por el Conflicto Armado Interno. Principalmente, se creó el Programa Nacional de Resarcimiento, a favor de las «víctimas civiles de violaciones a los derechos humanos y de delitos de lesa humanidad, cometidos durante el conflicto armado interno». Artículo 1 del Acuerdo Gubernativo número 258-2003 y sus reformas.

13 Gifreu i Font, Judith, *op. cit.*, p. 418.

subsidiaria. Sin embargo, con base en los artículos 44, 175 y 204 de la Constitución Política vigente, debe prevalecer lo dispuesto en el artículo 155 de la Constitución, es decir, que la responsabilidad del Estado no es subsidiaria, sino solidaria.¹⁴ Así se han pronunciado ya la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad, considerando esta última que la disposición del Código Civil contiene «vicio de inconstitucionalidad sobrevenida».¹⁵

Puede verse entonces que el ordenamiento jurídico guatemalteco contempla una responsabilidad patrimonial del Estado desde una perspectiva eminentemente civilista, es decir, que se aplican las reglas y principios del derecho privado, participando el Estado como una persona jurídica, «despojándose de su soberanía», como dirían los textos antiguos de introducción al derecho.

C. Trámite para reclamar judicialmente daños y perjuicios al Estado de Guatemala

La responsabilidad civil de los funcionarios públicos se tramita ante los tribunales del ramo civil por la vía del juicio sumario, conforme a los artículos 229, 246-248 del Código Procesal Civil y Mercantil. Por su parte, las acciones de daños y perjuicios dirigidas directamente contra el Estado, en su calidad de responsable solidario por el acto lesivo, se han planteado ante los tribunales del mismo ramo, por la vía ordinaria.¹⁶

Cabe preguntarse si la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado puede reclamarse ante los tribunales de lo contencioso administrativo. La respuesta parece ser en sentido negativo, según lo decidido por la Corte de Constitucionalidad en el expediente 159-97,

14 Artículo 1665 del Decreto-Ley 106, Código Civil: «El Estado y las municipalidades son responsables de los daños y perjuicios causados por sus funcionarios o empleados en el ejercicio de sus cargos. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva cuando el funcionario o empleado directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño o perjuicio causado».

15 Sigüenza Sigüenza, Gustavo Adolfo (compilador), *Código Civil*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar, 2015, 3ª ed., p. 277.

16 Ver: expediente de casación núm. 146-2003 de la Corte Suprema de Justicia, Ramo Civil, sentencia de fecha 16 de enero de 2004, <http://gt.vlex.com/vid/-457298958>.

en que declaró inconstitucional varios artículos del Decreto 119-96, Ley de lo Contencioso Administrativo.¹⁷

El postulante (un abogado de reconocido prestigio en Guatemala, bajo su propio auxilio y el de dos abogados más) planteó la inconstitucionalidad general en contra de varias disposiciones normativas dentro de la Ley de lo Contencioso Administrativo, recién entrada en vigencia en ese entonces.

Entre las impugnaciones incluyó la del artículo 46 de dicha ley, que establecía lo siguiente:

«si el contencioso administrativo se hubiere planteado en cuanto al caso de procedencia a que se refiere el inciso 1) del artículo 19, el Tribunal podrá condenar a los funcionarios responsables al pago de reparaciones pecuniarias por los daños y perjuicios ocasionados, cuando se hubiere actuado con manifiesta mala fe, sin perjuicio de la obligación solidaria estatal».¹⁸

El planteamiento de inconstitucionalidad de este artículo se basaba en que la exigencia de «manifiesta mala fe» establecida en el artículo impugnado contravenía al artículo 155 de la Constitución porque añadía un requisito que la Constitución no contemplaba, desvirtuando así lo establecido en la norma constitucional.

La Corte de Constitucionalidad declaró inconstitucional el artículo impugnado, pero no por las razones dadas por el postulante. Basándose en el principio de *iura novit curia*, la Corte consideró que se estaba violando el artículo 221 de la Constitución, que se refiere al Tribunal de lo Contencioso Administrativo.¹⁹ Al motivar su decisión, la Corte indicó:

«El conocimiento de las acciones de responsabilidad civil invocadas contra dignatarios, funcionarios y trabajadores del Estado compete

17 Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, expediente núm. 159-97, sentencia de fecha 20 de mayo de 1998.

18 Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, *op. cit.*, p. 2.

19 El primer párrafo del artículo 221 de la CPRG establece: «Tribunal de lo Contencioso-Administrativo. Su función es de contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas».

a los tribunales del orden civil. [...] Tal acción, por lo tanto, no es de la incumbencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. [...] Es, pues, notorio que la norma impugnada es inconstitucional por cuanto, in fine, otorga al Tribunal de lo Contencioso Administrativo competencia para reconocer de acciones de responsabilidad contra funcionarios o empleados públicos, lo que desborda la competencia que le señala el artículo 221 *ibid* desnaturalizando la función que esta misma norma le confiere».²⁰

Esta sentencia deja clara la posición del sistema jurídico guatemalteco respecto al carácter civilista que se le da a la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos; sin embargo, no queda totalmente claro si ello se extiende a la responsabilidad del Estado en sí. El análisis doctrinario, normativo y jurisprudencial parece indicar con cierta contundencia que el trámite debe someterse ante los tribunales del fuero común, y no al tribunal especial en materia administrativa.

IV. PRINCIPALES DIFERENCIAS CON EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

De lo anteriormente mencionado, se puede decir que el ordenamiento guatemalteco regula la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado con las siguientes características:

- a) El acto lesivo tiene que ser ilícito.
- b) Se entiende que el Estado como tal no es directamente el que comete el acto lesivo o dañoso, sino que responde por los actos cometidos por el funcionario o empleado responsable en ejercicio de su cargo. Dicha responsabilidad es de carácter solidario junto con el funcionario o empleado responsable.
- c) Aplican las normas y principios de derecho privado, incluyendo la normativa procesal.

Todos estos elementos característicos difieren sustancialmente de lo establecido en el ordenamiento jurídico de España, tal como se explicará a continuación.

20 Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, *op. cit.*, pp. 9-10.

A. Responsabilidad subjetiva v. objetiva

En el ordenamiento guatemalteco, el acto dañoso o lesivo tiene que ser ilícito. Esto significa que se tiene que determinar la culpabilidad del funcionario o empleado público para que pueda reclamarse una indemnización. A esto se le llama en la doctrina «teoría subjetiva de la culpa».²¹

En cambio, en el ordenamiento español es irrelevante si el acto lesivo es lícito o ilícito; lo importante es que haya producido un resultado dañoso. A esto se le llama «teoría de la responsabilidad objetiva».²² En este sentido, la antijuridicidad del acto lesivo no yace en la culpabilidad del funcionario o empleado público, sino en los efectos adversos injustificados para los administrados. En este sistema, lo que tiene que probarse es el «nexo causal» que existe entre el acto y el resultado lesivo, es decir, que efectivamente el acto de la Administración Pública fue el que produjo el daño indemnizable. Este criterio se considera como más favorable para los particulares porque es más fácil probar que determinado hecho produjo un daño injustificado, que tratar de probar la culpabilidad del sujeto que lo produjo.²³

B. Responsabilidad indirecta v. directa

En Guatemala se sigue el criterio de responsabilidad indirecta, según el cual el Estado responde por los actos de terceros (dignatarios, funcionarios y trabajadores públicos).²⁴ Esta responsabilidad fue inicialmente subsidiaria y a partir de 1985, solidaria.

Por el contrario, en el caso español se ha optado por un criterio de responsabilidad directa, es decir, los actos se entienden como propios de la Administración y consecuentemente responde directamente por ellos, pudiendo más adelante repetir contra el funcionario o empleado culpable, si así fuera el caso.²⁵

21 Gifreu i Font, Judith, *op. cit.*, p. 422.

22 Jiménez, William Guillermo, *op. cit.*, p. 74.

23 Gifreu i Font, Judith, *op. cit.*, pp. 422, 427.

24 Jiménez, William Guillermo, *op. cit.*, p. 70.

25 Gifreu i Font, Judith, *op. cit.*, p. 422.

C. Regulación civilista v. especializada administrativa

El ordenamiento jurídico guatemalteco carece de legislación ordinaria específica sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, por lo que se aplican las normas de derecho privado. Esto se extiende hacia el aspecto procesal, por lo que las demandas por daños y perjuicios contra funcionarios y el Estado se plantean ante la jurisdicción ordinaria.

Por su parte, el ordenamiento jurídico español sí contempla un desarrollo legislativo especial sobre la materia, específicamente en las leyes denominadas LPAC y LSP. Esta especificidad se traduce también al ámbito procesal, siendo estos asuntos competencia de la jurisdicción administrativa.²⁶

V. CONCLUSIONES

La conclusión general a la que se llega en esta investigación es que el Estado de Guatemala regula a la responsabilidad patrimonial del Estado de una manera que se encuentra bastante alejada de las nuevas tendencias del derecho administrativo. Da la impresión de estar muy por detrás de las exigencias de un Estado de derecho contemporáneo.

Surge entonces la inquietud sobre una posible propuesta de reforma integral del ordenamiento jurídico para introducir una regulación más actualizada de la responsabilidad del Estado, siguiendo los principios de derecho administrativo manejados por el ordenamiento español, es decir, una responsabilidad objetiva y directa, regida por normas de derecho administrativo.

Si bien una propuesta de esta naturaleza podría significar un avance considerable en la materia (y consecuentemente, una mejor protección de los administrados frente a posibles abusos de la Administración), se debe tener en cuenta que se trataría de una reforma radical e integral que afectaría a varios cuerpos legales, incluyendo a la propia Constitución, cuyo artículo 155 debería reformarse.

26 *Ibidem*, p. 423.

Las complicaciones jurídicas y, sobre todo, políticas de las reformas constitucionales han quedado fehacientemente comprobadas en meses recientes, por lo que una reforma en este sentido podría terminar siendo un reto insuperable. Sin embargo, como ejercicio académico (y potencial referencia para constituciones futuras) podría considerársele como una investigación digna de ser desarrollada con mayor profundidad.

VI. REFERENCIAS

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución de 1945.

_____, Constitución de 1956.

_____, Constitución de 1965.

_____, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, expediente inconstitucionalidad general núm. 159-97, sentencia de fecha 20 de mayo de 1998.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Ramo Civil, expediente de casación núm. 146-2003, sentencia de fecha 16 de enero de 2004, <http://gt.vlex.com/vid/-457298958>.

JEFE DEL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Decreto-Ley número 106, Código Civil.

_____, Decreto-Ley número 107, Código Procesal Civil y Mercantil.

GIFREU I FONT, Judith, «La responsabilidad patrimonial de la administración», en Ballbé, Manuel y Franch, Martha (directores), *Manual de derecho administrativo. Una perspectiva desde los ordenamientos jurídicos de Guatemala y España*, Girona, UAB y AECI, 2002.

JIMÉNEZ, William Guillermo, «Origen y evolución de las teorías sobre la responsabilidad estatal», *Diálogos de Saberes*, núm. 38, ene-jun 2013, Bogotá.

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Acuerdo Gubernativo número 18-98, Reglamento de la Ley del Servicio Civil.

_____, Acuerdo Gubernativo número 258-2003.

SIGÜENZA SIGÜENZA, Gustavo Adolfo (compilador), *Código Civil*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar, 2015, 3^a ed.

El proceso contencioso administrativo en Guatemala*

*Mgtr. Jackelline Yessenia Ralón Velásquez***

Sumario: I. Introducción. II. La jurisdicción y competencia contencioso administrativa. III. Organización del Tribunal Contencioso Administrativo. IV. Materia contencioso administrativa. V. Substanciación del proceso contencioso administrativo. VI. De la casación en materia contencioso administrativa. VII. Esquema del proceso contencioso administrativo en Guatemala. VIII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

El proceso de lo contencioso administrativo es un medio de control privativo que los particulares tienen, una vez agotada la vía administrativa, para oponerse a los actos y resoluciones emitidos por la Administración Pública cuando las resoluciones ya causaron estado, es decir, que se agotó la vía administrativa.¹

* Investigación presentada en abril de 2017 en la línea de investigación «Tendencias actuales del Derecho Administrativo», dirigida por el doctor Martín María Razquin Lizarraga, dentro de la tercera cohorte del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

** Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Magíster en Derecho Internacional por el Instituto Tecnológico de Monterrey. Magíster en Derechos Humanos, Justicia Penal y Derecho Humanitario por el Centro UNESCO, coordinación en España. Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca, España. Abogada y Notaria *Magna Cum Laude* por la Universidad Francisco Marroquín de Guatemala. Fungió como investigadora para el Legado de Seguridad y Estado de Derecho de Instituto Tecnológico de Monterrey.

1 Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, art. 221.

La Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 221, determina la creación de un órgano especializado para conocer el proceso contencioso administrativo; al respecto señala:

«Tribunal de lo Contencioso-Administrativo. Su función es de contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas.

Para ocurrir a este Tribunal, no será necesario ningún pago o caución previa. Sin embargo, la ley podrá establecer determinadas situaciones en las que el recurrente tenga que pagar intereses a la tasa corriente sobre los impuestos que haya discutido o impugnado y cuyo pago al Fisco se demoró en virtud del recurso. Contra las resoluciones y autos que pongan fin al proceso, puede interponerse el recurso de casación».

Del artículo citado se desprende una serie de cuestiones de trascendencia, tales como:

1. Se establece una jurisdicción privativa.
2. Se crea la posibilidad de recurrir sin caución o pago previo, lo cual es una garantía a favor de los ciudadanos, toda vez que no hay impedimento de carácter económico para el acceso a la justicia.
3. Se estipula la posibilidad de que los particulares recurran en contra de la Administración, pero también se abre la puerta a la Administración para conocer controversias sobre contratos y concesiones, entre ellos, la denominada lesividad.
4. Se instituye la posibilidad de que ante la existencia de una instancia única se pueda interponer recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Cámara Civil.

La Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, establece en su artículo 18 que la *naturaleza* que se le otorga es de «proceso», el cual será de única instancia y su planteamiento carecerá de efectos suspensivos, salvo para casos concretos excepcionales en que el tribunal decida lo contrario, en la misma resolución que admita para su trámite la

demanda, siempre que lo considere indispensable y que de no hacerlo se causen daños irreparables a las partes.

II. LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Es importante mencionar que en Guatemala los Tribunales de lo Contencioso Administrativo tienen establecidas sus instalaciones en la ciudad capital, teniendo competencia para conocer de asuntos administrativos en toda la República.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo desde el 13 de noviembre de 1992 dividió su competencia, según Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia del 28 de septiembre de 1992, por razón de la materia, designando que la materia tributaria iba a tener su propio tribunal.

Actualmente, las salas Segunda, Tercera y Cuarta están destinadas a conocer de impugnaciones en contra de actos y resoluciones con carácter definitivo de la Administración en materia tributaria basados en el Código Tributario, Decreto número 2-89 y sus reformas, y supletoriamente en la Ley de lo Contencioso Administrativo. A su vez, las salas Primera, Quinta y Sexta son competentes en todas las demás materias restantes, con base en la ley especial contenida en el Decreto número 119-06 del Congreso de la República, Ley de lo Contencioso Administrativo.

La Sala Sexta de lo Contencioso Administrativo se creó recientemente mediante el Acuerdo número 9-2013 de la Corte Suprema de Justicia, el cual establece que debido al trabajo de las Salas y considerando la importancia del principio de celeridad para la pronta y cumplida administración de justicia, era necesaria su creación.

III. ORGANIZACIÓN DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Según el tratadista Hugo H. Calderón Morales, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es un órgano jurisdiccional, no un órgano administrativo; se trata de un tribunal colegiado y pertenece a la estructura del Organismo Judicial, por lo que no existe jurisper-

dencia administrativa, sino jurisprudencia judicial, por medio de las sentencias dictadas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.²

El tribunal se integra de conformidad con el artículo 87 de la Ley del Organismo Judicial, que establece que cada Sala se compone de tres magistrados propietarios y dos suplentes para los casos en que sea necesario, y será presidida por el magistrado que designe la Corte Suprema de Justicia.

IV. MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Según la Ley de lo Contencioso Administrativo, los casos de procedencia del proceso son los siguientes:³

1. En caso de contienda por actos y resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado.
2. En los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas.

Es importante tomar en cuenta que para poder iniciar el proceso contencioso administrativo se requiere que la resolución que lo origina no haya podido remediarse por medio de los recursos puramente administrativos.

En razón de lo anterior, se necesitan ciertas características de la resolución administrativa para plantear este proceso. La resolución que puso fin al procedimiento administrativo debe reunir los siguientes requisitos:⁴

- a) Que haya causado estado, por lo que deberá entenderse que una resolución causa estado cuando se decide el asunto, cuando no sean susceptibles de impugnarse en la vía administrativa, por haberse resuelto los recursos administrativos.
- b) Que vulnere un derecho del demandante, reconocido por una ley, reglamento o resolución anterior.

2 Calderón M., Hugo H., *Derecho procesal administrativo*, Guatemala, EDI-GITAL, 2002, p. 234.

3 Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 119-2006, Ley de lo Contencioso Administrativo, artículo 19.

4 *Ibidem*, artículo 20.

Así también, establece la ley referida que si el proceso es planteado por la Administración por sus actos o resoluciones, no será necesario que concurren los requisitos indicados, siempre que el acto o resolución haya sido declarado «lesivo» para los intereses del Estado, en Acuerdo Gubernativo emitido por el Presidente de la República en Consejo de Ministros. Esta declaración sólo podrá hacerse dentro de los tres años siguientes a la fecha de la resolución o acto que la origina.⁵

La Ley de lo Contencioso Administrativo también establece en qué casos hay *improcedencia* del proceso contencioso, estableciendo los siguientes supuestos:⁶

1. En los asuntos referentes al orden político, militar o de defensa, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan.
2. En asuntos referentes a disposiciones de carácter general sobre salud e higiene públicas, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan.
3. En los asuntos que sean competencia de otros tribunales.
4. En los asuntos originados por denegatorias de concesiones de toda especie, salvo lo dispuesto en contrario por leyes especiales; y
5. En los asuntos en que una ley excluya la posibilidad de ser planteados en la vía contencioso administrativa.

V. SUBSTANCIACIÓN DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La demanda que inicia el proceso contencioso administrativo puede presentarse directamente a la Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo a la cual vaya dirigido o a un Juzgado de Primera Instancia departamental, quien lo trasladará al tribunal que deba conocer de él. La demanda debe cumplir con los requisitos establecidos en la Ley de lo Contencioso Administrativo, artículo 28, y si hay errores o deficiencias que a juicio del tribunal sean subsanables ordenará que el demandante enmiende.⁷

5 *Idem.*

6 *Ibidem*, artículo 21.

7 *Ibidem*, artículos 30 y 31.

Una vez que la demanda cumpla con los requisitos de forma, el tribunal pedirá los antecedentes del caso directamente al órgano administrativo recurrido, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la presentación de la demanda, con apercibimiento de que en caso incumpla se le procesará por desobediencia, además de que el tribunal entrará a conocer del recurso teniendo como base el dicho del actor.⁸

El órgano administrativo, ante la solicitud del tribunal, debe enviar los antecedentes, con informe circunstanciado, dentro de los diez días hábiles siguientes a la solicitud de remisión. Es relevante mencionar que si la autoridad no envía la documentación al tribunal, el mismo admitirá para su trámite la demanda, sin perjuicio de que la administración pueda presentarse en cualquier etapa procesal y presentar el expediente respectivo.⁹

En el momento en que los antecedentes se encuentren en el tribunal, este examinará la demanda en relación con los mismos y si estuviere conforme a Derecho, la admitirá para su trámite *dictando dentro de los tres días siguientes de haber recibido los antecedentes o cuando haya vencido el plazo para su remisión*.¹⁰

Hay que señalar que el artículo 34 de la ley referida contempla que si el demandante hubiere solicitado providencias precautorias urgentes o indispensables, el tribunal debe discrecionalmente resolver sobre su procedencia en la misma resolución.

En la resolución de admisión del escrito se emplaza al órgano administrativo o institución descentralizada demandada, a la Procuraduría General de la Nación, a las personas que aparezcan con interés en el expediente y cuando se traten temas de control y fiscalización de la hacienda pública, se correrá audiencia también a la Contraloría General de Cuentas, por el plazo de quince días. Los entes administrativos tienen la obligación de pronunciarse sobre el fondo del asunto.¹¹

Las actitudes de los demandados pueden girar en torno a la interposición de excepciones previas, sin embargo si las mismas son declaradas sin lugar el plazo para contestar la demanda será dentro

8 *Ibidem*, artículo 32.

9 *Idem*.

10 *Ibidem*, artículo 33.

11 *Ibidem*, artículo 35.

de los cinco días siguientes a la notificación respectiva. Se declara la rebeldía de los emplazados que no hayan contestado la demanda una vez emplazados y se tendrá por contestada en sentido negativo. Por otro lado, si la demanda es contestada por el ente administrativo, puede hacerlo de forma negativa, positiva o allanándose; en este último caso se procede a dictar sentencia. No obstante lo anterior, la contestación negativa de la demanda deberá ser razonada en cuanto a sus fundamentos de hecho y de derecho.¹²

Así también, pueden interponerse las excepciones perentorias en el escrito de contestación, y se resuelven en sentencia. Si es procedente conforme a las leyes civiles, podrá plantearse la reconvencción en el propio memorial de contestación de la demanda.¹³

Una vez agotados los aspectos señalados, por regla general el proceso se abre a prueba por treinta días y, vencido el período de prueba, se señalará día y hora para la vista. Transcurrida la vista, el tribunal puede dictar auto para mejor fallar por un plazo que no exceda de diez días.

Posteriormente se dictará la sentencia que examina la totalidad de la juridicidad del acto o resolución cuestionada, pudiéndola revocar, confirmar o modificar.¹⁴

La Sala Cuarta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, dentro del expediente 01144-2014-00185, manifestó sobre la competencia contencioso administrativa tributaria que

«las resoluciones puedan ser revisadas a fin de evitar a los gobernados la lesión a sus derechos fundamentales y legales [...]. En efecto, queremos significar con él el fenómeno de la sumisión de todo el accionar del Estado a la previa autorización normativa –constitucional, legal o reglamentaria–. Englobamos así, no sólo la norma expresa o implícita de la Constitución o el legislador como sustento jurídico del acto estatal, como creadores de la “materia jurídica” o del acto como “objeto de derecho”, sino también la “legalidad” como fundamento garantizador de la validez del accionar administrativo. La legalidad aparece como una consecuencia necesaria de la existencia previa de la juridicidad. La legalidad es posterior a la

12 *Ibidem*, artículos 37 y 38.

13 *Ibidem*, artículo 39 y 40.

14 *Ibidem*, artículos 41 al 45.

juridicidad [...] la juridicidad es la creación de la existencia práctica de las funciones estatales, la legalidad aparece como presupuesto necesario normativo para la validez concreta de la actividad administrativa».

VI. DE LA CASACIÓN EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

El artículo 27 de la Ley de lo Contencioso Administrativo establece que salvo el recurso de apelación, en este proceso son admisibles los recursos que contemplen las normas que regulan el proceso civil, incluso el de *casación*, contra las sentencias y autos definitivos que pongan fin al proceso, los cuales se substanciarán conforme tales normas.

VII. ESQUEMA DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN GUATEMALA



VIII. REFERENCIAS

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución Política de la República de Guatemala.

CALDERÓN M., Hugo H., *Derecho procesal administrativo*, Guatemala, EDI-GITAL, 2002.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Decreto número 119-2006, Ley de lo Contencioso Administrativo.

Apuntes sobre el procedimiento de fiscalización gubernamental*

Mgtr. Erick Mauricio Maldonado Ríos**

Sumario: I. Introducción. II. Consideraciones sobre la fiscalización a la administración pública en general y sobre la fiscalización mediante auditoría gubernamental, en particular. III. Clasificación de la auditoría gubernamental. IV. Breves apuntes de derecho comparado. V. Evolución histórica de la fiscalización y sanción administrativa en Guatemala. VI. Legislación constitucional en la

* Investigación presentada en abril de 2017 en la línea de investigación «Tendencias actuales del Derecho Administrativo», dirigida por el doctor Martín María Razquin Lizarraga, dentro de la tercera cohorte del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

** *Erick Mauricio Maldonado Ríos*, es guatemalteco, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario por la Universidad Rafael Landívar. Posee una maestría en Derechos Humanos por la misma casa de estudios, habiendo obtenido reconocimiento *cum laude* de tesis, con recomendación de publicación. Es doctorando en Derecho por la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea y la Universidad Rafael Landívar. Diplomático de carrera, inscrito en el escalafón diplomático de la República de Guatemala con el rango de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario. Fue condecorado con la Orden Antonio José de Irisarri, en el Grado de Gran Cruz, por el Gobierno de la República de Guatemala. En el Ministerio de Relaciones Exteriores se desempeñó como vicescanciller, director general de Asuntos Consulares y Migratorios y director de Tratados Internacionales, entre otros cargos oficiales. En 2008 fue electo por el Pleno del Congreso de la República como secretario ejecutivo del Consejo Nacional de Atención al Migrante de Guatemala (CONAMIGUA), cargo que ejerció hasta 2010. Asimismo ha fungido como miembro del Consejo Nacional de Migración y de la Comisión Nacional para los Refugiados. Desde 2004 se desempeña como catedrático en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, donde ha impartido, entre otros, los cursos de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado. Ha realizado distintas publicaciones en materia de historia política y jurídica guatemalteca, Derecho Internacional Público, Derecho Migratorio y Derecho de Integración Regional. Actualmente es el Director del Área de Derecho Público en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la misma casa de estudios.

República de Guatemala. VII. Otra legislación vinculada en la República de Guatemala al régimen de autoría gubernamental. VIII. Los procesos actuales de auditoría gubernamental. IX. A modo de conclusión. X. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

A través del documento se conceptualiza la figura de la fiscalización a la administración pública, hasta descender a la auditoría gubernamental, importante mecanismo de control que permite optimizar el funcionamiento de las entidades gubernativas, mediante un examen de su actuar, tanto financiero como operativo, como un mecanismo para asegurar que cada entidad pública o las particulares a ella vinculadas, cumplan con sus atribuciones.

Así, se hace una clasificación de los diversos tipos de auditoría, se abordan algunos ejemplos de derecho comparado y se hace un breve recorrido por los antecedentes históricos del control gubernamental en la República de Guatemala hasta la emisión de la actual Constitución Política de la República de Guatemala, para concluir en un enlistado de la legislación aplicable en la materia en nuestro país.

II. CONSIDERACIONES SOBRE LA FISCALIZACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN GENERAL Y SOBRE LA FISCALIZACIÓN MEDIANTE AUDITORÍA GUBERNAMENTAL, EN PARTICULAR

La segunda acepción del *Diccionario de la lengua española* define al verbo fiscalizar como la acción de «Criticar y traer a juicio las acciones u obras de alguien».¹ Para Manuel Ossorio, el término es «Inspeccionar, revisar. / Vigilar, cuidar, estar al tanto; seguir de cerca».² Así, la fiscalización conlleva una sujeción o inspección de un bien o una persona, observando actos para hallar faltas.

Cuando esa fiscalización se realiza a entidades públicas nos referimos a procesos de fiscalización administrativa, mismos que pueden tener distinta naturaleza: carácter político, social, administrativo propiamente dicho o de auditoría gubernamental.

1 «fiscalizar», Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, vigesimotercera edición, <http://dle.rae.es/?id=HzaPKXu>.

2 «fiscalizar», Ossorio, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, trigésima edición, Argentina, Heliasta, 2004.

La fiscalización política puede ser desde lo interno, a través de mecanismos de examen e investigación dotados de tal facultad. En la República de Guatemala, por ejemplo, el Congreso de la República realiza una importante actividad fiscalizadora de la administración pública, de conformidad con los mandatos que le concede la Constitución Política de la República de Guatemala. Asimismo, la propia Constitución y legislación ordinaria dotan de facultades fiscalizadoras a otros órganos (Procuraduría de Derechos Humanos y Conamigua, por citar solo dos ejemplos).

Cuando se hace referencia a la auditoría social, se trata de una fiscalización del quehacer del sector público por agentes externos que evalúan su desempeño y dan soluciones. En los sistemas democráticos, este tipo de control es fundamental para limitar el ejercicio arbitrario del poder, constituyendo un ejemplo particular de fiscalización gubernamental.

La fiscalización administrativa propiamente dicha contiene una serie de mecanismos y recursos que pueden ser ejercitados, tanto por la propia administración pública como por los administrados, para garantizar un eficiente funcionamiento.

«el sistema de recursos se ramifica y escalona en diversos grados, según las materias objeto de reclamación. Cuando se agotan los recursos administrativos legalmente previstos, se dice haber agotado la vía gubernativa o vía administrativa».³

En el caso de la República de Guatemala, este tipo de fiscalización administrativa propiamente dicha la encontramos, fundamentalmente, en la Constitución Política de la República de Guatemala y en la Ley de lo Contencioso Administrativo.

A su vez, existe el proceso de fiscalización interna de la administración pública, desarrollado a través de la auditoría gubernamental, concebida como un mecanismo de control para garantizar el orden jurídico y la sujeción de las autoridades públicas a las normas jurídicas y a los principios, tanto del derecho como de la buena administración.

3 «Fiscalización Administrativa», *Enciclopedia jurídica*, edición 2014, <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/fiscalizaci%C3%B3n-administrativa/fiscalizaci%C3%B3n-administrativa.htm>.

Así,

«la gestión gubernamental es objeto de un doble control: el control interno y el control externo. El control externo, en la medida que es externo al poder de los tres que consagran nuestro orden constitucional, y que mayoritariamente tiene bajo su mando el manejo y la administración de los bienes patrimoniales del Estado y de los recursos públicos, el Ejecutivo».⁴

Para la Contraloría General de Cuentas de la República de Guatemala, la auditoría gubernamental puede definirse como

«un examen profesional, objetivo, independiente, sistemático, constructivo y selectivo de evidencias sobre la gestión de las entidades y personas que recaudan y manejan recursos públicos, con el objeto de determinar la razonabilidad de la información financiera y presupuestal que respalda dicha gestión y si la misma se ha realizado bajo criterios de probidad, eficacia, eficiencia, transparencia, economía y equidad, incluyendo el grado de cumplimiento de objetivos y metas».⁵

El proceso de fiscalización administrativa mediante la auditoría gubernamental tiene como fin la optimización de los servicios públicos que presta la administración y de acuerdo con las concepciones contemporáneas, el término auditoría gubernamental incluye tanto a la auditoría financiera, como a la operativa.

«Los funcionarios públicos y otros a los que se les ha confiado el manejo de recursos públicos (por ejemplo administradores de una organización sin fines de lucro que recibe asistencia pública) son responsables de emplear estos recursos con eficiencia, economía y eficacia a fin de lograr los propósitos para los cuales se les suministraron».⁶

Este proceso, si bien no posee carácter punitivo, sí puede dar lugar a sanciones administrativas, como consecuencia de una con-

4 García Villa, Juan Antonio, en Fundación Rafael Preciado Hernández, *Foro sobre Auditoría y Control de la Gestión Gubernamental. Memoria*, México, s/e, 1996, p. 27.

5 Contraloría General de Cuentas de la República de Guatemala, *Manual de Auditoría Gubernamental*, tomo I: «Parte introductoria y módulo de planificación», Guatemala, 2005, http://www.contraloria.gob.gt/imagenes/i_docs/i_mag.pdf.

6 Oficina de la Contraloría General de los Estados Unidos, *Normas de Auditoría Gubernamental*, Contraloría General del Perú (versión en español), 1994, pp. 16 y 17.

ducta irregular o de mala administración del funcionario o empleado público:

«Los funcionarios públicos y otros a quienes se les han confiado recursos públicos son responsables de cumplir con las leyes y regulaciones aplicables. Esta responsabilidad involucra identificar los requerimientos que la entidad y el funcionario deben cumplir e implementar sistemas diseñados para lograr su cumplimiento».⁷

III. CLASIFICACIÓN DE LA AUDITORÍA GUBERNAMENTAL

La clasificación de los procesos de control y fiscalización a la administración pública es diversa y dependerá del órgano que la realiza, los fines que persigue o los grados de coercibilidad. Generalmente se les clasifica en auditorías organizativas y funcionales, atendiendo a sus fines, o bien preventivas o correctivas, según sus efectos.

La Oficina de Contraloría General de los Estados Unidos clasifica las auditorías en financieras y operativas:

«La auditoría financiera comprende la auditoría de estados financieros y asuntos financieros en particular. (Aquella) tiene por objeto determinar de manera razonable si los estados financieros de la entidad auditada presentan razonablemente su situación financiera, los resultados de sus operaciones y sus flujos de efectivo conforme a los principios de contabilidad».⁸

Por su parte, la auditoría de asuntos financieros en particular puede consistir en información sobre segmentos de los estados financieros, modificaciones presupuestarias y variaciones entre los resultados financieros estimados y los reales, así como controles internos sobre cumplimiento de leyes y reglamentos, ente otros.

A su vez, la auditoría operativa evalúa el desempeño de una entidad, sus programas o función gubernamental, pudiendo abarcar ámbitos de la economía y eficiencia, el logro de resultados de los programas o beneficios previstos, la idoneidad de las políticas adoptadas, protección y conservación de recursos de la entidad y determinar en

7 *Idem.*

8 *Ibidem*, p. 25.

qué medida un programa produce los objetivos deseados, identifica factores que impiden obtener el desempeño deseado.⁹

Según la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas y su Reglamento, las auditorías gubernamentales pueden ser de distinta naturaleza: financiera, auditoría de gestión, auditoría informática, auditoría integral, auditorías especializadas y exámenes especiales.¹⁰

Las auditorías financieras y de gestión indicadas en el párrafo anterior son análogas a las financieras y operativas antes analizadas. La informática responde al funcionamiento de los sistemas electrónicos para la transparencia y el desarrollo del gobierno electrónico, a lo que se hará referencia más adelante, mientras que los exámenes especiales buscan analizar aspectos concretos sobre los que se tenga duda.

En efecto, el artículo 2 del Reglamento a la Contraloría General de Cuentas define los diferentes tipos de auditoría: interna, «concebida para agregar valor y mejorar las operaciones de una institución pública, colaborando con el ente a cumplir sus objetivos»; auditoría financiera, «que evalúa los estados financieros y la liquidación del presupuesto, con el fin de dar una opinión profesional independiente sobre la razonabilidad del contenido de los mismos, incluyendo la revisión de toda la evidencia que sustenta la veracidad de los mismos»; auditoría de gestión, «que evalúa el proceso administrativo y operacional, con el fin de determinar si la organización, funciones, sistemas integrados y procedimientos diseñados para el control de las operaciones, se ajustan a las necesidades institucionales y técnicas»; la auditoría de sistemas informáticos, «que evalúa los sistemas de información, para medir la conveniencia y capacidad de los recursos tecnológicos asignados»; auditoría integral, que busca «soluciones globales para los males que aquejan individualmente a los entes públicos, y a estos dentro del sector al que pertenecen»; y auditoría especializada, aplicable a la evaluación de áreas específicas.

Así, las auditorías como tales forman todo un sistema institucional. Según el artículo 16 del Reglamento de la Contraloría General de Cuentas de la República de Guatemala:

9 *Idem.*

10 Contraloría General de Cuentas de la República de Guatemala, *op. cit.*, nota 5.

«El sistema de auditoría gubernamental está constituido por las políticas, normas, metodologías y procedimientos que emita el Contralor, para orientar la práctica de los diferentes tipos de auditoría, entre otros, los siguientes: auditoría financiera, auditoría de gestión, auditoría informática, auditoría integral, auditorías especializadas y exámenes especiales».

Los entes objeto de fiscalización gubernamental a través de auditoría en la República de Guatemala se encuentran indicados en el artículo 2 de la Ley de la Contraloría General de Cuentas:

«Corresponde a la Contraloría General de Cuentas la función fiscalizadora en forma externa de los activos y pasivos, derechos, ingresos y egresos y, en general, todo interés hacendario de los Organismos del Estado, entidades autónomas y descentralizadas, las municipalidades y sus empresas, y demás instituciones que conforman el sector público no financiero; de toda persona, entidad o institución que reciba fondos del Estado o haga colectas públicas; de empresas no financieras en cuyo capital participe el Estado, bajo cualquier denominación así como las empresas en que éstas tengan participación. También están sujetos a su fiscalización los contratistas de obras públicas y cualquier persona nacional o extranjera que, por delegación del Estado, reciba, invierta o administre fondos públicos, en lo que se refiere al manejo de estos. Se exceptúan las entidades del sector público sujetas por ley a otras instancias fiscalizadoras. La Contraloría General de Cuentas deberá velar también por la probidad, transparencia y honestidad en la administración pública, así como también por la calidad del gasto público».

IV. BREVES APUNTES DE DERECHO COMPARADO

Figuras que presentan elementos comunes las encontramos en las diversas legislaciones nacionales o regionales, siendo que los Estados han definido distintos mecanismos de fiscalización gubernamental y han creado institucionalidad para tal efecto.

En la Unión Europea, por ejemplo, el Tribunal de Cuentas Europeo es el ente encargado de la fiscalización y control de las cuentas de la Unión.

«En su calidad de auditor externo independiente de la UE, el Tribunal de Cuentas Europeo (TCE) vela por los intereses de los contribuyentes europeos. Aunque el TCE no tiene capacidad jurídica, contribuye a

mejorar la gestión del presupuesto de la UE por parte de la *Comisión Europea* e informa sobre las finanzas de la Unión». ¹¹

Entre sus funciones destacan auditar los ingresos y egresos de la Unión Europea, verificando que su recepción, uso, rentabilidad y contabilidad de los fondos sean correctos, así como a cualquier entidad que maneje fondos de la Unión.

La regulación actual del Tribunal la encontramos actualmente en el Tratado Constitutivo de la Unión Europea (Tratado de Maastricht): «El Tratado de Maastricht, partiendo de la estructura desarrollada dentro de las 3 comunidades europeas, recogió y desarrolló la institucionalidad de la Unión Europea, contemplando a los órganos principales», ¹² siendo el Tribunal Europeo uno de los siete órganos principales, localizándose su sede en Luxemburgo.

El caso de la República de China (Taiwán) es particular, ya que el órgano de control es un poder principal y autónomo al nivel de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. El Jiānchá Yùan (Yuan de Control) es una agencia de monitoreo al gobierno, constituyendo una de las cinco ramas del gobierno de la República de China. ¹³ En él encontramos un ejemplo de empoderamiento del órgano fiscalizador, dotándosele de amplias funciones y una jerarquía elevada para el ejercicio de sus funciones.

En los Estados Unidos de América funciona la *Government Accountability Office*. Según la página electrónica oficial de este ente, su misión es apoyar al Congreso de los Estados Unidos de América en el cumplimiento de sus responsabilidades constitucionales para mejorar el rendimiento y asegurar la rendición de cuentas del Gobierno Federal, en beneficio de los estadounidenses. ¹⁴

Documentos teóricos emanados de este órgano han servido como fuente para la realización del presente trabajo de investigación.

11 Unión Europea, «El Tribunal de Cuentas Europeo (TCE)», https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-court-auditors_es.

12 Maldonado Ríos, Erick Mauricio, *Manual de Integración Regional*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, Editorial Cara Parens, 2013, p. 151.

13 Más información se puede obtener en el sitio http://www.taiwanlawresources.com/index.php?option=com_content&task=view&id=10&Itemid=18.

14 Traducción libre del autor. Disponible en <https://www.gao.gov/about/index.html>.

V. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN ADMINISTRATIVA EN GUATEMALA

Por considerarlo de interés particular, se relatan los hechos que a juicio de la Contraloría General de Cuentas constituyen los antecedentes históricos más importantes en los procesos de auditoría gubernamental en la República de Guatemala y que han sido complementados por el autor del presente documento:¹⁵

- En 1609 se establece la obligación de rendición de cuentas de la Capitanía General de Guatemala ante la Contaduría Mayor del Virreinato la Nueva España, siendo este el primer antecedente colonial de un proceso de fiscalización.¹⁶
- En 1769 se da la creación de la Contaduría Provincial por Decreto Real emanado del rey español Carlos IV.
- En 1810 sucede la creación del Tribunal de Contaduría Mayor de Guatemala.¹⁷
- En 1822 ocurre la supresión de la Contaduría Mayor de Guatemala y sometimiento a la de México.
- En 1823 la misma Asamblea Nacional Constituyente que aprobó la Constitución Federal de 1824 creó la Contaduría Mayor de Cuentas, incluida en la Ley Número 1, integrada por un tesorero, un interventor, un oficial mayor y un escribiente. A esta le correspondía calificar y custodiar las escrituras de los negocios de la entonces Hacienda Federal y las Finanzas de los empleados.
- En el año 1881 se estableció la Dirección General de Cuentas, mediante Decreto Gubernativo 261, cuyas funciones principales eran ejercer la inspección de la contabilidad pública, centralizar las cuentas de todos los ramos de la hacienda pública, resumién-

15 Contraloría General de Cuentas, http://www.contraloria.gob.gt/INICIO_CGC.html.

16 Si bien la Capitanía General de Guatemala «*el Reyno de Guatemala*» jerárquicamente no dependía del Virreinato de la Nueva España (actual México), en algunos aspectos concretos sí rendía informes.

17 Esta creación es parte de las reformas borbónicas del régimen colonial del siglo XIX. Habiéndose originado durante la última época del período colonial guatemalteco, encontrándose la Capital del Reyno ya en la Nueva Guatemala de La Asunción.

dolas en una cuenta general, y registrar los nombramientos de empleados en todos los ramos del servicio público.

A su vez, este mismo Decreto crea el Tribunal de Cuentas con el objeto de instruir y fenecer los juicios de cuentas fiscales y municipales.

- En 1945, en virtud del nuevo texto constitucional se instituye el Tribunal y la Contraloría de Cuentas como «una institución autónoma que controla y fiscaliza los ingresos, egresos, y demás intereses hacendarios del Estado, del Municipio, de la Universidad, de las instituciones que reciban fondos directa o indirectamente del Estado y de las demás organizaciones que determine la ley».¹⁸
- Durante el gobierno democrático del presidente Juan José Arévalo, se emite (1948) el Decreto 515 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Orgánica del Tribunal y Contraloría General de Cuentas; por primera vez se utilizó el título de «Contralor».
- En 1955 el régimen dictatorial *de facto* del usurpador Carlos Castillo Armas emitió el Decreto gubernativo 220, que anula la autonomía de la Contraloría de Cuentas, convirtiéndola en dependencia del entonces Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- En 1956 entra en vigor una nueva Constitución, regresiva en diversas materias, incluyendo la autonomía de la Contraloría General de Cuentas. Si bien dicha Constitución reconoce que «La Contraloría de cuentas es una institución técnica con absoluta independencia de funciones, que fiscaliza los ingresos, egresos e intereses hacendarios del Estado, del Municipio, de la Universidad, de las instituciones estatales y descentralizadas y demás entidades o personas que determine la ley»,¹⁹ establece que la elección del contralor está sujeta al Ejecutivo: «El jefe de Contraloría de Cuentas será nombrado por el Presidente de la República; durará en el ejercicio de sus funciones cuatro años».²⁰

18 Constitución de la República de Guatemala de 1945, vigente a partir del 15 de marzo de 1945, artículo 188.

19 Constitución de la República de Guatemala de 1956, vigente a partir del 1 de marzo de 1956, artículo 210.

20 *Ibidem*, artículo 211.

- Durante el mismo período, en 1956, se emite la ley en la materia a la que hace referencia el artículo 210 constitucional transcrito: el Decreto 1126, Ley Orgánica del Tribunal y Contraloría de Cuentas.
- Tras el rompimiento institucional de 1963, en 1964 el jefe de Estado *de facto*, Enrique Peralta Azurdía, emite el Decreto Ley 247, que modifica el Decreto 1126, a efecto que el Jefe de la Contraloría sea nombrado por el Organismo Ejecutivo, sujetándolo nuevamente a la voluntad del Gobierno central.
- La figura de la Contraloría General de Cuentas asume su nombre actual y principales funciones, mediante su nueva regulación, en la Constitución de la República de Guatemala de 1965, en que la Contraloría de Cuentas se define como una «institución técnica, con funciones descentralizadas, que fiscaliza los ingresos, egresos e intereses hacendarios de los organismos del Estado, del municipio, de las entidades estatales descentralizadas, autónomas y semiautónomas, así como de cualquier entidad o persona que reciba fondos del Estado o haga colectas públicas. Su organización, funcionamiento y atribuciones serán determinadas por la ley».²¹ Asimismo, las funciones de elección del contralor vuelven al Congreso: «El jefe de la Contraloría de Cuentas será electo por el Congreso de la República y durará en el ejercicio de sus funciones cuatro años; tendrá facultades para nombrar y remover a los funcionarios y empleados de las distintas dependencias de la Contraloría y para designar interventores en los asuntos de su competencia».²²
- En 1985 se promulga la Constitución Política de la República vigente, que contiene cinco artículos relativos al sistema de fiscalización a los que se hará referencia más adelante
- En 1996, con la suscripción de los Acuerdos de Paz, el Estado de Guatemala asume el compromiso de reformar y modernizar la Contraloría General de Cuentas. De ello derivó la nueva Ley Orgánica de la CGC y su Reglamento, en 2002.
- En 2014 fue emitido el Acuerdo Gubernativo 192-2014 que contiene el Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas.

21 Constitución de la República de Guatemala de 1965, vigente a partir del 5 de febrero de 1966, artículo 226.

22 *Ibidem*, artículo 227.

VI. LEGISLACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

Como se ha indicado, son cinco los artículos de la Constitución Política de la República de Guatemala relativos al régimen de fiscalización. Su contenido principal es el siguiente:

- a) Artículo 232.- Contraloría General de Cuentas:
- Concibe a la Contraloría como una Institución técnica descentralizada.
 - Le otorga funciones fiscalizadoras de ingresos, egresos (todo interés hacendario) de los organismos del Estado, los municipios, entidades descentralizadas y autónomas, así como de cualquier persona que reciba fondos del Estado, contratistas de obras públicas.
- b) Artículo 233.- Elección del Contralor General de Cuentas:
- Indica que su nombramiento es atribución del Congreso de la República, por mayoría absoluta de diputados.
 - Prevé que su nombramiento es por cuatro años.
 - Establece las causas de remoción.
 - Obliga a la presentación de informe de su gestión al Congreso de la República.
 - Prevé las inmunidades propias del contralor.
 - Desarrolla su forma de elección, a través de una comisión de postulación, indicando como se integra la misma.
 - Prevé la no reelección, a cuyo pesar en la República de Guatemala existe el precedente nefasto de la reelección (no en período consecutivo) del actual contralor general, obscuramente avalado por la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala en sentencia dictada dentro del expediente 4806-2014.²³
- c) Artículo 234. Requisitos para ser el Contralor General de Cuentas.

23 El texto íntegro de esta sentencia puede encontrarse en la siguiente página electrónica: <https://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20141021-0000-4806-2014>

- d) Artículo 235.- Facultades del Contralor General de Cuentas y nombramiento y remoción del personal.
- e) Artículo 236.- Recursos administrativos y judiciales contra los actos y las resoluciones de la Contraloría General de Cuentas.

A su vez, en términos generales, la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas (Decreto 31-2002) define naturaleza jurídica de la institución, sus funciones, estructura orgánica, régimen sancionatorio, procedimiento para la imposición de sanciones, cobro y destino de multas impuestas, así como los recursos legales.

VII. OTRA LEGISLACIÓN VINCULADA EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA AL RÉGIMEN DE AUTORÍA GUBERNAMENTAL

- Ley del Tribunal de Cuentas (Decreto Legislativo 1126).
- Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos (Decreto 8-97), que incluye:
 - o La obligación de presentar a la CGC declaración de todos sus bienes y deudas, a los funcionarios y empleados de los organismos del Estado, municipalidades, descentralizadas o de otra naturaleza (artículo 1).
 - o Ampliación de las declaraciones si adquieren bienes inmuebles u otros bienes cuyo precio sea mayor de cincuenta mil quetzales (Q.50,000.00) o deudas mayores a ese monto (artículo 4).
 - o El incumplimiento a esas obligaciones da lugar a una multa equivalente al salario acumulado durante el tiempo que dure dicho incumplimiento (artículo 7).
 - o Prohibiciones a funcionarios y empleados públicos y parientes para ser contratistas o proveedores del Estado, municipio, instituciones autónomas o descentralizadas (artículo 8) y prohibición de desempeñar cargo si, habiendo administrado fondos públicos no tengan constancia de solvencia o finiquito; los inhabilitados por auto de prisión,

condena pendiente de recurso o pena impuesta por sentencia, entre otros (artículo 9).

- Ley de Acceso a la Información Pública.
- Ley de Organizaciones No Gubernamentales.
- Ley de lo Contencioso Administrativo.
- Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural.
- Código Municipal.
- Ley Orgánica del Presupuesto.

VIII. LOS PROCESOS ACTUALES DE AUDITORÍA GUBERNAMENTAL

Como ya se apuntó, antes que poseer un fin represivo y sancionador, los procesos de auditoría gubernamental persiguen apuntalar las acciones de la administración pública para alcanzar su idoneidad, mediante un adecuado manejo de los fondos públicos, que garanticen la transparencia de la ejecución, así como la optimización de los procedimientos institucionales, promoviendo el fortalecimiento institucional. Así, en el caso de la República de Guatemala, la Contraloría General de Cuentas afirma que sus ejes fundamentales son: fortalecimiento de la fiscalización, probidad y transparencia, lo que implica fortalecer la función fiscalizadora bajo criterios de eficiencia, eficacia, economía y oportunidad, fomentando la cultura de probidad y calidad en el gasto público; fortalecimiento institucional, que implica el uso eficaz y eficiente de los recursos, propiciando la modernización institucional; y fomento al desarrollo de la participación ciudad dentro de un proceso democrático mediante las propuestas de control y fiscalización que promueva las auditorías participativas y organizadas.²⁴

Así, se busca desde el control gubernamental realizar auditorías con un enfoque integrado, donde además de los aspectos financieros y presupuestarios se analice el cumplimiento de la gestión institucional,

24 Contraloría General de Cuentas, *Informe de Gestión 2006-2016*, Guatemala, s/e, 2010, p. 5.

a través del cumplimiento de los planes operativos anuales, mejora de la calidad de presentación de los informes de auditoría y la identificación de hallazgos relevantes que coadyuven a orientar la gestión gubernamental para lograr una mejor eficacia, eficiencia, economía y equidad en el uso y manejo de recursos públicos, reconociéndose que el nuevo rol asesor y preventivo de la Contraloría implica la generación de información de alertas tempranas, promoviendo el uso del gobierno electrónico y auditorías concurrentes como un mecanismo ágil y preventivo al permitir establecer en un tiempo inmediato y previo a la ejecución el grado de correspondencia entre la información examinada y el cumplimiento de las leyes y normas aplicables.²⁵

IX. A MODO DE CONCLUSIÓN

Los procesos de fiscalización al sector público constituyen un importante mecanismo de limitación a la administración pública, mediante un examen permanente de su actuar, con miras a garantizar el fin fundamental del Estado contemporáneo: el alcance del bien común de sus habitantes.

Dentro del proceso de fiscalización, la auditoría gubernamental juega un papel importante, ya que generalmente órganos independientes a los tres organismos del Estado ejercen una función vigilante del quehacer de las distintas entidades públicas. En el caso de la República de Guatemala, esa atribución recae en la Contraloría General de Cuentas, entidad con rango constitucional desde la Constitución de la República de Guatemala de 1945, cuya estructura e integración ha ido variando, hasta su configuración actual.

Las funciones de la Contraloría General de Cuentas abarcan tanto aspectos de evaluación operativa y de funcionamiento, como de carácter financiero, informático y de gestión. De acuerdo con la concepción actual de la función fiscalizadora gubernamental, más que una naturaleza represiva y sancionadora, la auditoría gubernamental persigue ser un instrumento facilitador para mejorar el quehacer de la administración pública, el fortalecimiento institucional y el adecuado manejo de los fondos públicos, promoviendo la transparencia. De tal forma, a través de una eficiente auditoría gubernamental, se permite generar las condi-

25 *Ibidem*, pp. 27 y 28.

ciones óptimas para la prestación de servicios públicos por parte de las entidades competentes, con miras a alcanzar el fin del Estado guatemalteco consagrado en el artículo 1° de la vigente Constitución Política de la República de Guatemala: alcanzar el bien común de sus habitantes.

X. REFERENCIAS

ASAMBLEA CONSTITUYENTE, Constitución de la República de Guatemala de 1945, vigente a partir del 15 de marzo de 1945.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución de la República de Guatemala de 1956, vigente a partir del 1 de marzo de 1956.

_____, Constitución de la República de Guatemala de 1965, vigente a partir del 5 de febrero de 1966.

_____, Constitución Política de la República de Guatemala, vigente desde el 14 de enero de 1986.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Decreto 31-2002, Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas.

_____, Decreto 8-97, Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos.

_____, Decreto 1126, Ley del Tribunal de Cuentas.

CONTRALORÍA GENERAL DE CUENTAS, *Informe de Gestión 2006-2016*, Guatemala, sin editorial, 2010.

_____, *Manual de Auditoría Gubernamental*, http://www.contraloria.gob.gt/imagenes/i_docs/i_mag.pdf

ENCICLOPEDIA JURÍDICA, edición 2014, <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/fiscalizaci%C3%B3n-administrativa/fiscalizaci%C3%B3n-administrativa.htm>.

FUNDACIÓN RAFAEL PRECIADO HERNÁNDEZ, *Foro sobre Auditoría y Control de la Gestión Gubernamental. Memoria*, México, sin editorial, 1996.

MALDONADO RÍOS, Erick Mauricio, *Manual de integración regional*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, Editorial Cara Parens, 2013.

OFICINA DE CONTRALORÍA GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA,
<https://www.gao.gov/about/index.html>.

_____, *Normas de Auditoría Gubernamental*, Contraloría General del Perú (versión en español), 1994.

OSSORIO, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, trigésima edición, Argentina, Heliasta, 2004.

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Acuerdo Gubernativo 192-2014, Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23ª edición, 2014, <http://dle.rae.es/>.

TAIWAN LAW RESOURCES, http://www.taiwanlawresources.com/index.php?option=com_content&task=view&id=10&Itemid=18.

UNIÓN EUROPEA, «El Tribunal de Cuentas Europeo (TCE)», https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-court-auditors_es.



Esta publicación fue diagramada y editada en los talleres gráficos de Editorial Serviprensa, S.A. en el mes de noviembre de 2017.

La *Revista Jurídica XXVII* está conformada por investigaciones llevadas a cabo en el marco de la tercera cohorte del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco, dentro del curso de Tendencias actuales del derecho administrativo, bajo la dirección del doctor Martín María Razquin Lizarraga, catedrático de derecho administrativo en la Universidad Pública de Navarra.

Los temas centrales sobre los cuales versan las investigaciones contenidas en la *Revista Jurídica XXVII* cubren los siguientes temas: a) organización administrativa en el marco de la crisis económica; b) transparencia y buen gobierno, c) contratación pública y contratación pública verde; d) procedimiento administrativo, administración electrónica y procedimiento sancionador; e) responsabilidad de la Administración Pública y control de la Administración: recursos administrativos y jurisdicción.

La importancia de la *Revista Jurídica XXVII* consiste en evaluar la legislación guatemalteca en relación con las tendencias actuales del derecho administrativo, con la finalidad de proponer ideas para alcanzar una legislación más apta para el desarrollo de una Administración Pública eficaz, eficiente y respetuosa de los derechos fundamentales de los particulares.