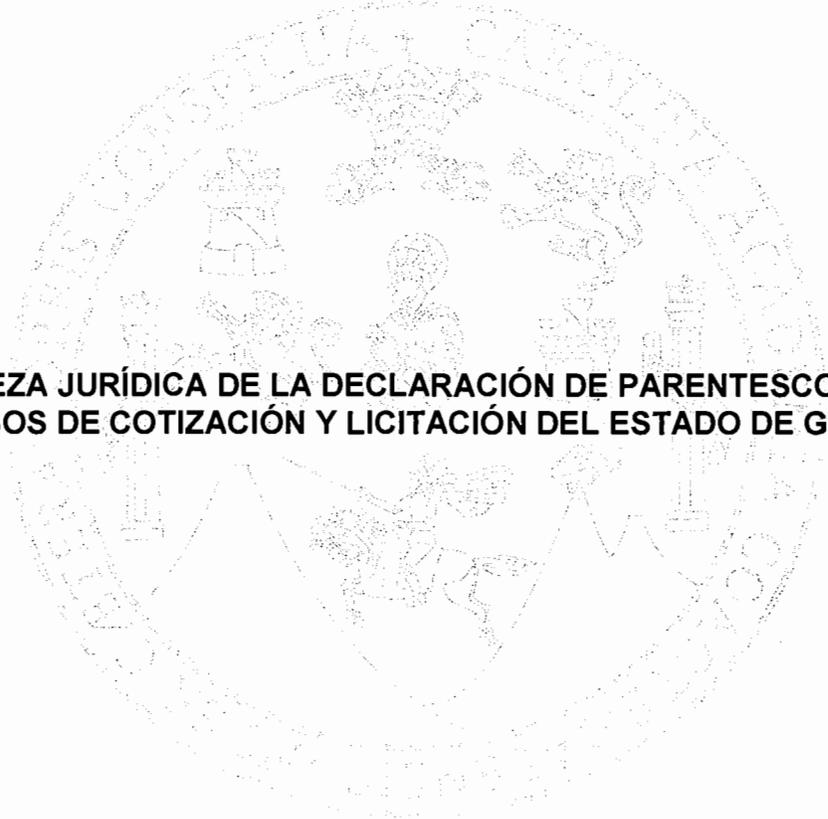


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



**CERTEZA JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN DE PARENTESCO EN LOS
PROCESOS DE COTIZACIÓN Y LICITACIÓN DEL ESTADO DE GUATEMALA**

OSCAR RENE ZUÑIGA RODAS

GUATEMALA, AGOSTO DE 2012

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

**CERTEZA JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN DE PARENTESCO EN LOS
PROCESOS DE COTIZACIÓN Y LICITACIÓN DEL ESTADO DE GUATEMALA.**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

OSCAR RENE ZUÑIGA RODAS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, agosto de 2012

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

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Diéguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase

Presidente: Licda. Floridalma Carrillo Cabrera
Vocal: Lic. José Luis De León Melgar
Secretario: Lic. Carlos Urbina Mejía

Segunda Fase

Presidente: Lic. Menfil Osberto Fuentes Pérez
Vocal: Lic. Jorge Mario Yupe Carcamo
Secretaria: Lic. José Dolores Bor Sequén

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



Guatemala, 22 de febrero de 2012

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable Licenciado Castro Monroy:

Hora: _____
Firma: _____

Atentamente me dirijo a usted, para hacer de su conocimiento, que cumpliendo con la Resolución emitida por esa Unidad y de conformidad con el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de la Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, asesoré el trabajo de tesis de **OSCAR RENÉ ZÚÑIGA RODAS**, la cual se titula "**CERTEZA JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN DE PARENTESCO EN LOS PROCESOS DE COTIZACIÓN Y LICITACIÓN DEL ESTADO DE GUATEMALA**", por lo que me permito indicar:

- A) Considero que la investigación realizada por el señor Zúñiga Rodas, ha sido minuciosa sobre esa importante institución jurídica. El tema de tesis ha sido estudiado de manera ordenada, abordando cada uno de los temas contenidos en el derecho Administrativo y Civil, la cual consta de cinco capítulos, en la que se desarrollan aspectos constitucionales y de leyes ordinarias que sirven de fundamento para el estudio del tema.
- B) El trabajo de Tesis, es significativo, ya que trata de un problema que se ha presentado desde hace mucho tiempo en los procesos de contratación del Estado, el Parentesco como una institución del derecho de familia.
- C) Los métodos y técnicas utilizados para el desarrollo de la investigación jurídica, fueron principalmente el inductivo y deductivo, la síntesis, el análisis y la entrevista, los cuales permitieron al Bachiller, la facilidad y eficacia en cuanto a la recopilación y selección de la información para desarrollar el tema.
- D) El señor Zúñiga Rodas, acato todas y cada una de las instrucciones y recomendaciones hechas, en cuanto a la redacción, utilizando correctamente la aplicación del idioma español y la redacción jurídica respectivamente.
- E) En cuanto a la contribución científica, esta emana en el marco del derecho constitucional, administrativo y civil respectivamente. El aporte principal y novedoso es precisamente la reforma del Acuerdo Gubernativo No. 1056-92 y modificar así, el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Julia Elizabeth Barrios de Menegazzo.
Abogado y Notario.



F) Las conclusiones y recomendaciones coinciden con el plan y el contenido de la investigación, lo que contribuye a la solución del problema, aportando la propuesta de Acuerdo Gubernativo.

G) En cuanto a la fuente bibliográfica analizada, es suficiente y adecuada para el tema desarrollado, ya que contiene la exposición de autores nacionales y extranjeros, además de incluir legislación, que hacen que el contenido del tema sea completo.

H) El trabajo realizado constituye un aporte para los estudiosos del derecho civil y administrativo especialmente en lo relativo a las adquisiciones del Estado y porque resulta importante la regulación del parentesco, para suplir una necesidad jurídica en los procesos de contratación del Estado.

Por lo anteriormente expuesto, considero que el trabajo de investigación del bachiller **OSCAR RENE ZUÑIGA RODAS**, puede servir de base para la sustentación del examen público respectivo y en virtud de ello, emito mi dictamen y opinión favorable para continuar con los trámites respectivos.

En espera de haber cumplido el cometido ante mi casa de estudios, me suscribo deferentemente.

Licenciada Julia Elizabeth Barrios de Menegazzo
Abogada y Notaria, colegiada 1920.
11 calle 10-38, zona 1, ciudad. Tel. 22512638

Julia Barrios de Menegazzo
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, dos de marzo de dos mil doce.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **OSCAR RENÉ ESTRADA
CHEW**, bajo de tesis del (de la) estudiante: **OSCAR RENE ZUÑIGA RODAS**,
CARNÉ NO. **8014077**, intitulado **"CERTeza JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN
DE PARENTESCO EN LOS PROCESOS DE COTIZACIÓN Y LICITACIÓN
DEL ESTADO DE GUATEMALA"**

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

M.A. LUIS EFRAÍN GUZMÁN MORALES
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

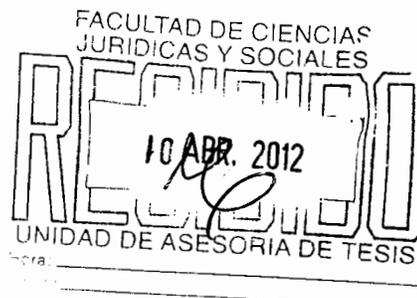
cc.Unidad de Tesis
LEGM/jrvch





Guatemala, 26 de marzo de 2012

Licenciado
Luis Efraín Guzmán Morales
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable Licenciado:

En cumplimiento al artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de la Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público y a la designación que se me hizo como Revisor de Tesis del Bachiller Oscar Rene Zuñiga Rodas, la cual se titula **“CERTeza JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN DE PARENTESCO EN LOS PROCESOS DE COTIZACIÓN Y LICITACIÓN DEL ESTADO DE GUATEMALA**, por este medio le expongo lo siguiente:

- A) El trabajo de tesis contiene una exposición ordenada del contenido de la misma, la cual consta de cinco capítulos, en la que se desarrollan aspectos sociales, constitucionales y de leyes ordinarias que sirven de fundamento para el estudio del tema.
- B) El tema de Tesis, es importante, ya que trata de un problema que se ha presentado desde que fue emitido el Acuerdo Gubernativo número 1056-92 “Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado” de fecha 22 de diciembre de 1992, lo que probablemente ha redundado en detrimento de la Certeza Jurídica de los Procesos de Contratación del Estado.
- C) Los métodos y técnicas empleados en la investigación son apropiados, dentro de un procedimiento lógico destacándose el científico, deductivo, inductivo, la síntesis, el análisis y la entrevista, lo que ha permitido una redacción del trabajo, que en mi opinión es el más adecuado al tema.
- D) El Bachiller Zuñiga Rodas, observó las instrucciones y recomendaciones hechas, en cuanto a la redacción, utilizando correctamente la aplicación del idioma español y la redacción jurídica respectivamente.
- E) Con respecto a la contribución científica, esta se derivó en el marco del derecho constitucional, administrativo y civil respectivamente, para el efecto es indispensable señalar que luego de dicho análisis jurídico, se presentó propuesta de Acuerdo Gubernativo para una mejor aplicación jurídica del



tema principalmente la necesidad de crear un marco normativo que regule la declaración de parentesco en los procesos de licitación y cotización del estado de Guatemala.

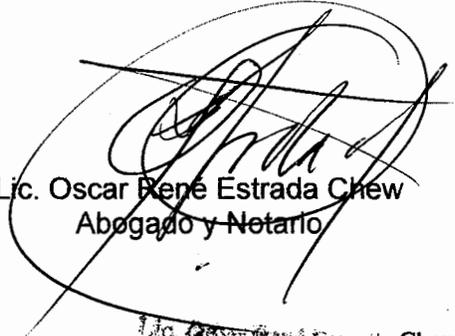
F) Las conclusiones y recomendaciones concuerdan con la investigación, constituyendo un aporte para la solución del problema, elaborado mediante propuesta de Acuerdo Gubernativo.

G) La fuente bibliográfica consultada es suficiente y adecuada para el tema desarrollado, además de incluir legislación, que hacen que el contenido del tema sea completo.

H) El trabajo realizado constituye un aporte para los estudiantes y profesionales del derecho, por el enfoque que se le ha dado, y además porque es una necesidad jurídica para la transparencia de los procesos de contratación del Estado.

Por lo anteriormente expuesto, en mi opinión el trabajo de investigación del bachiller **OSCAR RENE ZUÑIGA RODAS**, llena los requisitos que establece el reglamento de la materia y puede ser aceptado para sustentar el examen correspondiente, previo a su graduación.

Sin otro particular, me suscribo con las muestras de mi estima y consideración, atentamente,



Lic. Oscar René Estrada Chew
Abogado y Notario

cc: Archivo

Lic. Oscar René Estrada Chew
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, dieciocho de junio de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de el estudiante OSCAR RENÉ ZUÑIGA RODAS titulado CERTEZA JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN DE PARENTESCO EN LOS PROCESOS DE COTIZACIÓN Y LICITACIÓN DEL ESTADO DE GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

CEHR/iycr



DEDICATORIA

A DIOS

Por ser la fuente de sabiduría e inteligencia, mi fortaleza, guía y acompañarme en todos los actos de mi vida. A él la gloria de todos mis triunfos.

A MI MADRE

Virgilia de los Dolores Rodas (Q.E.P.D), Dios no permitió que estuvieses disfrutando de este triunfo, desde el cielo siempre estarás conmigo.

A MI ESPOSA

María Dolores Tobar de Zúñiga, gracias amor, por tu apoyo, sin ti no hubiese sido posible este triunfo.

A MI HIJOS

Barbara Ivon, Oscar Aroldo, Henry Faivel y Frederick René, el triunfo más grande de mi existencia, sin ustedes ningún éxito valdría la pena.

A MI NIETO

Pablo Mariano, dulce ingrediente, que llena cada día de amor mi vida.

A MI YERNO

Juan Pablo Linares Gómez, gracias por tu apoyo incondicional.

A LOS PROFESIONALES

Licda. Julia E. Barrios de Manegazo y Lic. Oscar R. Estrada Chew, por su aporte intelectual, Dios les bendiga por la amistad demostrada.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

Especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme dado la oportunidad de cumplir mi sueño.

A USTED

Por ser participe, de este acto tan especial.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. Derecho administrativo.....	1
1.1 Definición y concepto	1
1.2 Fuentes del derecho administrativo.....	3
1.3 Principios que informan al derecho administrativo	5
1.3.1 Generalidades.....	5
1.3.2 Principio de legalidad.....	8
1.3.2.1 Definición.....	10
1.3.2.2 Vinculación positiva y negativa del principio de legalidad	13
1.3.3 Principio de juridicidad	17
1.3.4 Principio del interés público	19
1.3.4.1 El interés público o bien común.....	19
1.3.4.2 Interés público material	25
1.3.4.3 Interés del Estado, gobierno, partido, administración pública.....	25
1.3.4.4 Interés público o bien común en la Constitución Política	26
1.3.5 Principio de responsabilidad del Estado	28
1.3.5.1 Derecho positivo sobre la responsabilidad del Estado	32
1.4 Autonomía y especificidad del derecho administrativo	35

CAPÍTULO II

2. La administración pública.....	37
2.1 Definición.....	37
2.2 El Organismo Ejecutivo dentro de la estructura del Estado de Guatemala ..	39
2.3 Clases de función administrativa.....	42
2.3.1 Administración de planificación.....	42
2.3.1.1 Caracteres de la planificación	43



	Pág.
2.3.2 Administración ejecutiva	44
2.3.3 Administración de control.....	45
2.4 Acto administrativo	45
2.5 Límites de la actividad administrativa.....	49
2.5.1 Actividad reglada y actividad discrecional.....	50
2.5.1.1 Clases de discrecionalidad.....	54
2.5.1.2 Límites de la discrecionalidad	55

CAPÍTULO III

3. El parentesco en la doctrina y en la legislación guatemalteca.	59
3.1 El parentesco como fuente del estado civil	59
3.2 Definición y concepto	60
3.3 Clases de parentesco.....	61
3.3.1 Parentesco por consanguinidad.....	62
3.3.2 Parentesco por afinidad	62
3.3.3 Parentesco civil.....	63
3.4 Sistemas para computarlo.....	63
3.5 Causas determinantes de la relación de parentesco.....	65
3.6 Medición del parentesco.....	66
3.6.1 Línea.....	66
3.6.2 Grado.....	68
3.6.3 Tronco.....	68
3.7 Diagramas para explicar el parentesco.	69
3.8 Leyes varias de derecho guatemalteco y el ejercicio o de cargos públicos..	71

CAPÍTULO IV

4. Ley de Contrataciones del Estado.....	77
4.1 Generalidades	77



	Pág.
4.2 Conceptualización	77
4.3 Normas y procedimientos para contratación	79
4.3.1 Compra directa	79
4.3.2 Cotización	80
4.3.3 Licitación pública.....	80
4.3.3.1 Requisitos de las bases de licitación	81
4.3.4 Contrato abierto	83
4.3.5 Casos de excepción.....	84
4.4 Procedimiento de contratación	85
4.4.1 Etapa previa.....	85
4.4.2 Etapa preparatoria	85
4.4.3 Etapa formal.....	87
4.4.4 Etapa final.....	87
4.5 El rol de la juntas de licitación y cotización	88

CAPÍTULO V

5. Análisis doctrinario y jurídico de la declaración de parentesco .	89
5.1 Generalidades	89
5.2 Los procesos objeto de estudio.....	89
5.3 Importancia del proceso de compra de suministros, obras y servicios.....	91
5.4 Derecho a la justicia	91
5.5 Análisis jurídico de los Artículos 26 y 80 inciso e).....	93
5.6 Relevancia de la formulación de revisión del parentesco.....	96
5.7 Análisis al caso concreto:.....	97
5.7.1 Adjudicación y aprobación de los eventos	97
5.8 Propuesta de solución a la problemática.....	101
5.8.1 El procedimiento administrativo como sustento jurídico	101
5.8.2 Principio de eficacia.....	105
5.8.3 Principio de transparencia	106



	Pág.
5.8.4 Propuesta de Acuerdo Gubernativo.....	108
CONCLUSIONES	111
RECOMENDACIONES	113
BIBLIOGRAFÍA	115

INTRODUCCIÓN

El Estado debe ser un ente capaz de dar un uso racional y eficiente a los recursos públicos, dictando las normas y procedimientos legales que le sirvan de herramienta para alcanzar sus objetivos de acuerdo a las necesidades del país, y que le garanticen la efectividad de cualquier acción que de ella se origine, razón por la cual se hace necesaria la presente investigación, a efecto de establecer un procedimiento legal transparente y controlado de las declaraciones juradas de parentesco en los procesos de contrataciones del Estado.

En este cúmulo de intereses, la hipótesis de esta investigación a comprobar expone lo siguiente: "La ausencia de precisión en la aplicación de la norma, la improvisación y la falta de conocimiento dan lugar a que las acciones administrativas, se encuentren con la problemática de no contar con la legitimación directa de la ley que le permita efectuar un control jurídico eficaz en los casos en que es necesario efectuar una depuración de la negociación con el objeto de brindar certeza jurídica al proceso de contratación".

Mayor responsabilidad ética y moral recae en los estudiantes o profesionales de las Ciencias Jurídicas y Sociales por ser los artífices de la interpretación y aplicación del sistema jurídico. En tal sentido con los objetivos propuestos en la presente tesis se pretende contribuir, desarrollando desde el punto de vista doctrinario y legal, el tema "**Certeza Jurídica de la Declaración de Parentesco en los Procesos de Cotización y Licitación del Estado de Guatemala**", con el cual se procura dotar de una herramienta legal modificando el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado Decreto 1056-92, para que las entidades del Estado, puedan evitar la participación de los funcionarios y empleados del Estado, sus parientes y la personas jurídicas en los procesos de licitación y cotización, en procura de un manejo transparente de los recursos públicos.

La presente investigación consta de cinco capítulos. En el primero, se desarrolla el tema del derecho administrativo, conceptos básicos y elementales que regulan la administración pública, sus principios, instituciones y normas; el capítulo dos expone, lo relativo a la administración pública, la función administrativa y el acto administrativo como procesos sujetos a la ejecución de funciones administrativas; el capítulo tres desarrolla el parentesco como un vínculo que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción; el capítulo cuarto comprende un análisis interpretativo de los institutos principales de la Ley de Contrataciones del Estado Decreto número 57-92; y en el capítulo quinto se examina el caso concreto y plantea los razonamientos jurídicos considerados como necesarios para la correcta sustentación, validez, eficacia y transparencia de la contratación administrativa respecto al diligenciamiento de los procesos de contratación; consecuentemente revestir de seguridad y certeza jurídica a los actos de la administración pública.

Los métodos utilizados fueron el inductivo y deductivo, la síntesis, el análisis y dentro de las principales técnicas se utilizaron, la bibliográfica, para la recopilación de documentos relacionados al tema consistentes en libros de texto de autores nacionales y extranjeros, disposiciones legales vigentes, así como la entrevista para determinar la metodología utilizada por las juntas de calificación y adjudicación para determinar el parentesco dentro de los procesos de adquisiciones del Estado.

Con base en los argumentos arribados se concluye y se proponen recomendaciones y soluciones a una problemática de carácter especial puesto que, el fortalecimiento de estos procesos conlleva la legalidad, juridicidad, agilidad, transparencia y eficacia en la concreción de los procesos de compra de bienes, obras y servicios del Estado.

CAPÍTULO I

1. Derecho Administrativo

1.1 Definición y concepto

Según Jorge Mario Castillo González, el Derecho Administrativo “es el conjunto de normas y de principios jurídicos que regulan la administración estatal incluido en este conjunto el derecho indígena.”¹

El Derecho Administrativo es la rama del Derecho público que tiene por objeto la Administración Pública, entendida como la actividad a través de la cual el Estado y los sujetos auxiliares de éste tienden a la satisfacción de los intereses colectivos.

Para Villegas Basavilbaso, citado por Manuel Ossorio, el Derecho Administrativo “es un complejo de normas y de principios de Derecho Público interno que regulan las relaciones entre los entes públicos y los particulares o entre aquéllos entre sí, para la satisfacción concreta, directa o inmediata de las necesidades colectivas, bajo el orden jurídico estatal.”²

Según Héctor Jorge Escolá en su Compendio de Derecho Administrativo, “el Derecho Administrativo es el complejo de principios y de normas de derecho público interno que regula la organización y el comportamiento de la administración pública, directa e indirecta, las relaciones de ésta con los administrados y las de sus distintos órganos y entes entre sí.”³

El conjunto de principios y normas que componen el Derecho Administrativo tienen por objeto el desarrollo de una finalidad, estructurándose como un medio para el

¹ Castillo González, Jorge Mario. **Derecho Administrativo, Derecho Procesal Administrativo.** Pág. 16.

² Ossorio, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.** Pág. 297.

³ Escolá, Hector Jorge. **Compendio de Derecho Administrativo, V. I.** Pag.. 157.

desarrollo de la Administración Pública. El interés público es el objetivo principal de la administración pública, esta noción es concatenada y reconocida por el ordenamiento jurídico guatemalteco, de tal manera que la Constitución Política de la República en su preámbulo designa al Estado como garante responsable de la promoción del bien común, reconoce y dirige la actividad del Estado hacia el logro de los fines supremos enunciados. Lo anterior se establece en el Artículo 1º al enunciar que el fin supremo del Estado de Guatemala es la realización del bien común.

Es notorio tanto en la ciencia del Derecho Administrativo como en la Constitución Política de la República que el interés público o bien común configura la existencia del mismo Estado, su razón, su marco de acción, y con toda lógica, puesto que el Estado obedece a la realización de la voluntad social, como expresión de la mayoría, para obtener la protección y goce de las libertades y derechos del individuo, la satisfacción de sus necesidades y el sometimiento al Derecho, elementos que conducen a la colectividad al logro de la convivencia pacífica en sociedad y al desarrollo.

Es evidente entonces que el Derecho Administrativo tiene una relación íntima con la administración pública, puesto que ésta es su objeto de estudio, y así lo desarrolla Miguel Marienhoff al enunciar que “para comprender el Derecho Administrativo previamente ha de estudiarse el significado de administración pública, como un plan lógico para comprenderlo; por otra parte, el mismo autor señala que la existencia del Estado obedece a satisfacer en la mejor forma las necesidades del grupo social, por lo que reconoce las funciones del Estado en legislativa, judicial y administración.”⁴ Esta última función es en la que se desenvuelve el Derecho Administrativo mediante el estudio e investigación de los principios que le rigen en orden al cumplimiento de sus objetivos jurídicos mediante la administración pública.

⁴ Marienhoff, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**, T. I. Pag. 38.

Los aspectos vinculantes entre cada definición dada refieren que el Derecho Administrativo es la especialización de éste en el estudio de los principios, instituciones y normas propias de la Administración Pública como medio para la obtención del interés público o bien común.

1.2 Fuentes del Derecho Administrativo

El Artículo 2 de la Ley, del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República establece que la Ley, es la fuente del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia le complementará; la costumbre regirá solo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público.

Fuente es el principio u origen de una cosa, el lugar donde nace o se produce algo. Es el principio, el fundamento, el origen, la causa o la explicación de una cosa. Cuando hablamos del origen de la norma jurídica, nos referimos a los hechos que le dan nacimiento, a las manifestaciones de la voluntad humana o a los usos o prácticas sociales que la generan, nos referimos, desde luego, al origen del propio objetivo.

Las Fuentes Formales del Derecho son los actos o hechos pasados de los que deriva la creación, modificación o extinción de normas jurídicas. A veces, también, se entiende por tales a los órganos de los cuales emanan las leyes que componen el ordenamiento jurídico y a los factores históricos que inciden en la creación del derecho. De lo anterior se desprenden, respectivamente, las nociones de fuentes del derecho en sentido material (fuentes materiales) y fuentes del derecho en sentido formal (fuentes formales).

Según la doctrina comúnmente aceptada, son fuentes del Derecho interno:

- a) **La Constitución:** Es la norma jurídica de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico interno de un Estado y subordina a todas las demás disposiciones normativas, establece el orden institucional, las atribuciones y limitaciones de los Organismo del Estado y promulga las garantías individuales de los habitantes. La Constitución es la primera de las fuentes, es decir, la norma que prevalece sobre todas las demás.
- b) **La ley:** En sentido amplio, que abarca todas las normas de rango legal emanadas tanto del poder legislativo como del poder ejecutivo, su definición sería: normas de carácter general y abstracto que regulan una serie de supuestos o relaciones indefinidas, conteniendo un efecto jurídico concreto para todos y cada uno de los supuestos a los que la propia ley se refiere.
- c) **La costumbre:** La nota distintiva fundamental entre ley y costumbre se encuentra en su origen o procedencia, pues la ley procede del poder legislativo que la propia sociedad estatuye, mientras la costumbre lo hace de la misma sociedad, que mediante la observación continuada de una conducta acaba por imponerla como precepto. Aun así, esta no es una fuente del derecho, pero se toman los fundamentos de ésta. No obstante lo anterior, en algunos ordenamientos puede ser fuente supletoria de la ley.
- d) **Los principios generales del derecho y la jurisprudencia:** Que complementan y sirven para interpretar las normas que han de ser aplicadas, por lo que son fuentes que en la práctica tienen mucha importancia.
- e) **Los reglamentos:** Emanados del poder ejecutivo, que por lo general desarrollan las leyes. Normalmente, tiene una dependencia jerárquica de la ley, sin perjuicio de la existencia de reglamentos derivados de la potestad reglamentaria autónoma.



f) **La doctrina:** En tanto que puede influir en la adopción de normas o criterios de interpretación.

1.3 Principios que informan al Derecho Administrativo

1.3.1 Generalidades

El Diccionario de la Real Academia Española define principio como: Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia; causa, origen de algo; cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes, norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales. Esta última acepción que nos brinda la Academia Española adoptamos como especial para el efecto de esta investigación y enuncia la particularidad en relación a que un principio o máxima es el razonamiento que informa sobre la aplicación de determinada ciencia, particularmente en relación al Derecho Administrativo, confiere forma a dicha disciplina jurídica.

El autor Ermo Quisbert Huarca en su libro apuntes de Derecho Administrativo, señala que “los Principios fundamentales del Derecho Administrativo son Legalidad, Seguridad Jurídica y Competencia Reglada,”⁵ sin embargo en el ordenamiento jurídico administrativo guatemalteco existe un principio relevante, el de Juridicidad.

Para Betancourt Jaramillo, citado por Castillo González, los principios propios del Derecho Administrativos son:

a) **Igualdad ante la ley:** La igualdad jurídica corresponde a la aplicación de la ley de manera idéntica entre las personas, sin distinciones más que las naturales al objeto de aplicación y su relación inter partes. La Corte de Constitucionalidad

⁵ Huarca Quisbert, Ermo. **Derecho Administrativo**. Pág. 102.

guatemalteca, en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo, expediente 1361-2006, sentencia del 25 de enero de 2007 manifiesta: El principio de igualdad, plasmado en el artículo 4º. de la Constitución Política de la República impone que situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma; pero para que el mismo rebase un significado puramente formal y sea realmente efectivo, se impone también que situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforme sus diferencias. Esta Corte ha expresado en anteriores casos que este principio de igualdad hace una referencia a la universalidad de la ley, pero no prohíbe ni se opone a dicho principio, el hecho que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de clasificar y diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, siempre que tal diferencia tenga una justificación razonable de acuerdo al sistema de valores que la Constitución acoge. (Gaceta No. 24, sentencia de fecha dieciséis de junio de mil novecientos noventa y dos del expediente ciento cuarenta y uno - noventa y dos); en igual sentido, dijo: “La cláusula precitada reconoce la igualdad humana como principio fundamental, que ha sido estimado en varias resoluciones de esta Corte. Al respecto debe tenerse en cuenta que la igualdad no puede fundarse en hechos empíricos, sino se explica en el plano de la ética, porque el ser humano no posee igualdad por condiciones físicas, ya que de hecho son evidentes sus desigualdades materiales, sino que su paridad deriva de la estimación jurídica. Desde esta perspectiva, la igualdad se expresa por dos aspectos: Uno, porque tiene expresión constitucional; y otro, porque es un principio general del Derecho. Frecuentemente ha expresado la Corte de Constitucionalidad que el reconocimiento de condiciones diferentes a situaciones también diferentes no puede implicar vulneración del principio de igualdad, siempre que tales diferencias tengan una base de razonabilidad” (Opinión consultiva emitida el cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, por solicitud del Presidente de la República, en el expediente número cuatrocientos ochenta y dos guión noventa y ocho).

- b) Imparcialidad de la administración:** La administración pública debe cumplir sus cometidos observando dicho principio, ni a favor o en contra de ninguna de las partes que permita su actuación o proceder con rectitud.
- c) Derecho de defensa (audi alteram partem):** Según este principio, la decisión que entraña un perjuicio grave para el administrado o para el funcionario, no debe tomarse sin que el interesado o afectado haya sido previamente oído o invitado a presentar sus puntos de vista. Dicho principio se adopta como general del Derecho y la Constitución Política de la República lo desarrolla como una garantía al enunciar en su Artículo 12 que “La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido.” La declaración es genérica y se aplica a toda clase de procedimientos, procesos, situaciones y actos relacionados con la persona, se define como Debido Proceso, que es el procedimiento o proceso sujeto a la ley, en el sentido de que lo establece la ley sin que pueda ser modificado por funcionarios administrativos o judiciales, excepto que la ley autorice la modificación, comprende un mínimo de actos: derecho de petición, garantía de defensa, término probatorio e igualdad de oportunidades. La Corte de Constitucionalidad guatemalteca se ha manifestado en el mismo sentido, creando jurisprudencia sobre el debido proceso en la Gaceta 44, p. 45, expedientes acumulados 986-96 y 987-96, sentencia del uno de abril de 1997; Gaceta 32, p. 41, expediente 284-93, sentencia del cinco de abril de 1994; Gaceta 32, p. 46, expediente 369-93, sentencia del cinco de abril de 1994, entre muchas otras.
- d) No retroactividad de las decisiones administrativas:** La Constitución Política de la República establece en el Artículo 15 que salvo en materia penal la ley no tiene efecto retroactivo.
- e) Paralelismo de las formas:** Según este principio una decisión no puede ser decretada, reformada, derogada y revocada sino por otra decisión dictada por la

misma autoridad que dictó la primera, en la misma forma y bajo el mismo procedimiento; Si la ley fue aprobada con el carácter de ley orgánica tiene que ser modificada por otra ley de la misma naturaleza, si es ley ordinaria por otra ley de igual categoría y así sucesivamente. Este principio domina la construcción del ordenamiento jurídico.

- f) **Motivación de las decisiones de la administración:** El Tratadista Miguel Marienhoff plantea la diferencia entre motivo y motivación del acto administrativo, enunciando que “el primero refiere a la causa o circunstancia, hecho o ley que justifica la emisión del acto, y el segundo reside en la expresión o constancia de que el motivo existe o concurre en el caso concreto, expone los motivos que inducen a la emisión del acto administrativo, “la motivación equivale a los considerandos del acto”.⁶

- g) **Trabajo remunerado:** Las personas que trabajan en la Administración Pública recibirán un pago a cambio de sus servicios a efecto de obtener su fidelidad y diligencia.

- h) **Toda decisión administrativa debe emitirse haciendo valer el interés general o público:** El interés público como fundamento del derecho administrativo

1.3.2 Principio de legalidad

Uno de los más importantes resultados de la existencia del Estado de Derecho fue, sin duda alguna, por sus grandes consecuencias directas e indirectas, la formulación del principio de legalidad, aplicado a toda la actividad de la administración pública.

Todo el proceso de surgimiento de las normas del Derecho Administrativo estuvo antecedido por un amplio movimiento de oposición al absolutismo que comenzó en el

⁶ Marienhoff, Miguel.S. **Ob. Cit.** Pág.126.

plano de las ideas. Entre sus principales exponentes, aparecen los ideales de Montesquieu con su tesis sobre la tripartición de poderes y Rousseau con la formulación del principio de legalidad, que nos ocupa, a partir de entender que la soberanía reside en el pueblo y se manifiesta por las leyes, emanación de la voluntad general. Las leyes se distinguen por su generalidad de las otras manifestaciones de poder público, existiendo una diferencia entre éstas y los otros actos de poder: el grado de su fuerza jurídica, teniendo como explicación que la ley es un acto de soberanía inicial e incondicionado, mientras que los otros actos nacen de un poder que la ley creó y que la misma ley condicionó al respeto de los mandatos y prohibiciones contenidos en las propias leyes. En pocas palabras sería que todo quede sometido a la Ley.

Sin embargo, durante los años que siguieron al fin de la segunda guerra mundial de 1939- 1945, el principio de legalidad fue sometido a revisión, por variadas causas, entre ellas el temor a la vuelta a los regímenes totalitarios y por otra parte la pérdida de confianza en los Parlamentos, dando lugar a una nueva corriente que estimaba la necesidad de limitar el poder del legislador, al cual debe imponerse la obligación de respetar los valores fundamentales de los pueblos y se insertan así los Jueces y Tribunales Constitucionales.

En los países en los que todas las leyes sin distinción tienen valor jurídico máximo y soberano, puesto que no quedan subordinadas a ningún otro acto jurídico, y a ellas se subordinan todas las demás actuaciones jurídicas, se mantiene vigente el principio de legalidad en toda su amplitud.

El doctor Julio Fernández Bulté definía la legalidad como "una forma de existencia de la sociedad políticamente organizada, como un método de dirección estatal, en realidad el único posible, mediante el cual se abandonan la arbitrariedad, el voluntarismo y el autoritarismo, y la sociedad es conducida por la ley que representa los grandes intereses y proyectos de la mayoría".⁷

⁷ Fernández Bulte, Julio. **Discrecionalidad y Legalidad**. Pág. 201

Como lo conceptualiza Julio M. Ojea Quintana en su obra Estado de Derecho y Poder Revolucionario, “La construcción del Estado de Derecho Constitucional exige la concurrencia de determinados e insustituibles principios con los que alcanza su auténtica figura: en primer término el principio de identidad entre el pueblo y la organización estatal, que postula que, en la creación y desempeño de ésta, participe de una u otra manera el mayor número posible de miembros de la comunidad para llegar a la máxima aproximación entre las voluntades individuales y la voluntad del Estado; la de libertad personal como base de los otros postulados; y sobre estos dos cimientos el tercer factor, el principio de legalidad, consistente en que toda la actividad jurídica desplegada en la órbita de la comunidad que provenga del Estado o de los particulares, solamente adquiere validez de tal, en cuanto de modo directo o indirecto, se encuentra habilitada por la Constitución, que lógicamente, ha de ser fruto del querer mayoritario expresado y dirigido a la garantía y auspicio de los derechos humanos. Constituyen la base triangular del Estado de Derecho y se encuentran de tal manera implicados que basta el desconocimiento o la debilitación de uno de ellos para que la institución se desmorone o deforme”⁸

1.3.2.1 Definición

En general, la expresión “Estado de Derecho se ha empleado en el sentido de que el Estado está sometido a la ley y en particular, en el de que toda la actuación administrativa debe ser autorizada por una ley, ello implica, que en virtud de la ley es creado un deber jurídico que ciertamente es de observancia para quienes tienen a cargo el ejercicio del poder”.⁹

La expresión legalidad, designa la cualidad de aquello que es conforme a la ley – entendida esta en su sentido amplio o material, equivalente a derecho-, el principio de legalidad, como tal, significa el sometimiento o subordinación de la administración

⁸ Ojea Quintana, Julio M. **Estado de Derecho y Poder Revolucionario**. Pág. 14.

⁹ **Ibid.** Pág. 29

pública al bloque jurídico, comprendiendo la condición de que la administración debe actuar siempre con arreglo al Derecho, incluido aquel que ella misma elabora. Ello reconoce no solamente la sujeción a la ley formal, como emisión del Organismo Legislativo, sino a las normas que el mismo Poder Ejecutivo emita en ejercicio de su potestad reglamentaria. Se señala, a veces, que el principio de legalidad impone, además, la exigencia de que la administración debe orientar su accionar, como objetivo general y siempre presente, al logro o satisfacción del interés público, principalmente porque el orden normativo aplicable a la administración pública y a las relaciones que su actividad origina, está impregnado de esta finalidad superior.

La legalidad, como es obvio, nunca debe ser confundida con la oportunidad de las acciones administrativas, ya que la legalidad apunta al valor jurídico de un acto o decisión, en virtud de su conformidad con el Derecho. La aplicación del principio de legalidad, que es general e insoslayable, tiene lugar, como no podía ser menos, respecto del ejercicio de las potestades administrativas, ya que, si éstas son expresión de manifestaciones naturales del poder público, nunca son absolutas ni ilimitadas, sino que deben moverse dentro del ordenamiento normativo establecido, que establece sus límites y contenido.

La administración pública, no obstante la necesidad y obligatoriedad, incluso positiva, del principio de legalidad, puede, no obstante, trasgredirlo, y esa violación dará lugar a la nulidad o anulabilidad de los actos y decisiones así dictados, y a la responsabilidad de la administración, ya sea por vía de culpa, ya sea objetiva, generando las compensaciones e indemnizaciones que el orden jurídico tenga previstas o haga procedentes.

Existe una tendencia que acepta que el principio de legalidad puede ser dejado de lado, en situaciones que impliquen un estado de necesidad o de legítima defensa, aun cuando no haya una justificación normativa para ello; pero, como fácilmente se advierte, la admisión de los actos excepcionales, diferentes de los actos políticos, de gobierno o institucionales, aparece como una posición peligrosa.



La legalidad cumple con tres finalidades: Dar seguridad jurídica a los habitantes del Estado, que consiste en la garantía de las actuaciones de la administración; dar firmeza a las decisiones administrativas y hacer de la ley un instrumento de poder y de competencia, limitado por la propia ley. Establece así mismo que, como consecuencia los funcionarios y empleados públicos tomarán decisiones basadas en la ley y a su vez establecerá los límites en las actividades y decisiones de éstos.

El principio de legalidad o Primacía de la ley es un principio fundamental del Derecho público conforme al cual todo ejercicio del poder público debería estar sometido a la voluntad de la ley de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas. Por esta razón se dice que el principio de legalidad establece la seguridad jurídica.

Se podría decir que el principio de legalidad es la regla de oro del Derecho público y en tal carácter actúa como parámetro para enunciar que un Estado es un Estado de Derecho, pues en él, el poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas.

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 154 establece el Principio de Legalidad, al enunciar que “los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella”.

La Corte Constitucional guatemalteca ha interpretado que el Principio de Legalidad implica que la actividad de cada uno de los órganos del Estado debe mantenerse dentro del conjunto de atribuciones expresas que le son asignadas por la Constitución y las leyes.

Planteando este principio en perspectiva de la administración pública, se sostiene que toda actividad administrativa del Estado debe basarse en la ley como único medio para establecer y consolidar el Estado de Derecho. El precepto constitucional contenido en el Artículo 154 hace referencia a la actividad administrativa al

mencionar al funcionario público y apuntala lo desarrollado en la Teoría organicista del Derecho Administrativo al personalizar el ejercicio de la función pública por la ocupación del órgano, deja la idea clara de separación entre la función pública y su ejercicio al intitular al funcionario público como depositario, por lo que este puede actuar únicamente conforme la competencia y atribuciones que la ley le confiere al órgano que ocupa y vivifica.

Su preponderancia reside en que la Carta Magna, como precepto normativo fundamental y supremo que subordina al ordenamiento jurídico, plantea la solución al suceso histórico de la arbitrariedad, que dio como origen a la estructura del aparato estatal como órgano jurídico limitado a la voluntad de la sociedad manifiesta por la ley.

1.3.2.2 Vinculación positiva y negativa del principio de legalidad

Para el autor Jorge Mario Castillo González, esta distinción se refiere al formalismo en la aplicación de la ley, al indicar que, “Positiva es la legalidad cuando los funcionarios y empleados públicos aplican la ley observando las normas con exactitud, como esté redactada o concebida, sin tomar en cuenta valores como la justicia o bien común, o situaciones económicas y sociales. La ley se aplica sin tomar en cuenta sus consecuencias. Negativa es la legalidad cuando los funcionarios y empleados públicos aplican la ley omitiendo algún presupuesto o requisito, con la finalidad de realizar valores como la justicia y el bien común, o con el propósito de que la ley no constituya obstáculo para realizar proyectos y programas sociales o económicos. La legalidad y la justicia siempre se encontrarán en conflicto. Algunos tratadistas afirman que la legalidad es negativa a causa de sacrificar la justicia. Este aspecto negativo de la legalidad obliga a los funcionarios y empleados públicos tomar un determinado criterio: o aplican la ley sacrificando la justicia o hacen valer la justicia a costa de la ley. El criterio que se adopte no excluye la ética

del funcionario y del empleado público. La legalidad negativa se justifica afirmando: “ocasionalmente es necesario salirse de la ley para encontrarse con la justicia”.¹⁰

Al parecer del autor Kamel Kazol Aliste, “la vinculación negativa como límite o frontera socialmente impuesto a la actividad de la administración, su única vinculación consiste en no contradecirla; por ende, en este caso, el principio de la legalidad se configura como principio de no contrariedad. Es decir, en ausencia de ley no puede haber ilegalidad. La cual supone un esquema dual de la legitimidad que opera en su soporte. Vg. el sistema semipresidencial francés o los presidencialismos latinoamericanos.

Este sistema de vinculación negativa permite y casi exige la identificación de la ley como límite impuesto al poder por la representación social en sectores fundamentales para esa sociedad misma y, por tanto, como ley material identificada con dichos contenidos. Supone la existencia, por consiguiente, al lado de esos contenidos propios de la ley, de espacios exentos de ley, ocupables con toda legitimidad y autonomía por los demás poderes. Como resultado de ello, posibilita la aparición de figuras difícilmente justificables en otro contexto: como, por ejemplo, el reconocimiento de “actos políticos” naturalmente discrecionales para el poder, es decir, no sometibles a juicio de legalidad entre los jueces; o como la aceptación de la existencia de reglamentos independientes o autónomos no apoyados en ley previa y, sin embargo, con eficacia ad extra en normar las conductas de los ciudadanos.”¹¹

Dichos autores divergen en la concepción de la legalidad, puesto que Castillo González enfoca la vinculación negativa como un aparente despojo de algún presupuesto o requisito establecido en la ley, bajo el argumento de la consecución del bien común; esta concepción a prima facie propone desvirtuar el poder de la ley al pretender que el funcionario público sea exonerado del carácter obligatorio que reviste a la ley, so pretexto de la realización del bien común, por lo que es dable

¹⁰ Castillo González, Jorge Mario. **Ob. Cit.** Pág. 27.

¹¹ Kazol Aliste, Kamel. **Principio de Legalidad y Criterios de Vinculación Positiva y Negativa en la Constitución.** Pág. 74.

concluir que la vinculación negativa del principio de legalidad que expone el autor, no es de legalidad, sino de ilegalidad puesto que omite, ignora o depone un presupuesto que la misma norma contempla y ordena que se realizará. La ley es revestida de varios caracteres: la generalidad, obligatoriedad y permanencia. La obligatoriedad de la ley implica que sus preceptos y disposiciones deben ser necesariamente observados y cumplidos por todas las personas y es aplicable independientemente de su aceptación o aquiescencia, pudiendo de ese modo llegar a ser ejecutada coactivamente. En dicha noción, no contempla el elemento de la responsabilidad que el Estado y el funcionario público incurre al apartarse de la ley para conseguir el fin supremo del interés público, al sustraer el interés personal al individuo para dar paso al bien común o interés público o bien al vulnerar la garantía de su actuación frente al administrado, como lo reza la doctrina administrativista de la responsabilidad. Otra razón existente es la que gravita sobre la limitación de los actos de la administración pública, existiendo actos reglados y actos discrecionales.

La idea del autor contraviene frontalmente al principio de legalidad, no lo complementa ni interpreta sino lo degrada. Es necesario aclarar que el bien común o interés público es eminentemente jurídico y no antijurídico, como se configura al confrontar la norma. Por otra parte, la teoría del interés público como fundamento del Derecho Administrativo no debe confundirse con la contravención de las normas sino como la exégesis en la creación, tanto de las normas, como de toda la actividad administrativa.

Anteriormente dicho que el Estado encuentra su razón primordial e históricamente en la limitación del poder, justo como Ojeda lo indica, existen tres pilares determinantes en la creación del Estado, y entre ellos se encuentra la Legalidad.

Por otra parte, comprende a la ley como un obstáculo, percepción que fuera de cualquier acepción ideológica, sino pura, es improcedente, puesto que la ley es regulatoria, habilita y limita el campo de aplicación del funcionario público previendo la posible arbitrariedad y no debe concebirse como una traba sino como una directriz.

De tal suerte, el problema de la insuficiencia de la técnica legislativa o labor legislativa en relación a la legitimación de la discrecionalidad u otorgamiento del criterio de voluntad al administrador -siempre jurídico-, no debe constituir un altercado al ordenamiento jurídico como base primordial de la construcción del Estado de Derecho.

La ilustración de Kazol Aliste deriva de una apreciación eminentemente interpretativa desde las entrañas de la norma, de forma tal que la redacción de la misma no sólo tiene un sentido sino varios, ya que traza la diferenciación de lo que el legislador pretende regular en su construcción jurídica y en sentido amplio lo que a su vez no prohíbe expresa ni tácitamente, formulando no un ceñimiento de la disposición jurídica al pie de la letra o interpretativa gramatical filológica, sino la amplitud de las fronteras demarcadas por dicha redacción, en el entendido que la ley obligatoriamente debe ser eminentemente expresa en cuanto a su voluntad.

Según lo expresa Kazol no hay ilegalidad si no hay ley, y claro está que no puede existir una desvaloración normativa o negación al precepto legal si no existe de manera frontal contra la misma. Según la Real Academia Española, la voz latina “In” implica una valoración negativa o privativa, por lo que la expresión “ilegal” refiérese a aquello que niega o priva lo preceptuado por la ley. Manuel Ossorio y Guillermo Cabanellas coinciden en expresar que “ilegal” es lo contrario a la ley, lo prohibido por ella; e “ilegalidad” es todo lo contrario a la ley. Ya si la coercibilidad de la ley entra en acción en virtud de la contravención o bien generada por el cumplimiento obligatorio de sus preceptos, no habría ilegalidad, sino podría existir ilegitimidad. Así configura el principio de no contrariedad a la ley, que a su vez no constituye ilegalidad, por lo que a prima facie tampoco sería antijurídico, sin embargo es de examinar su procedencia en relación al resto de los principios del Derecho.

Se conjetura que la legalidad de vinculación negativa es una interpretación realizada a partir del mismo principio de legalidad, desentrañando la norma dividiéndola en positiva y negativa en relación a sus alcances y su relación con la actividad

administrativa. Como fue anteriormente indicado, los métodos interpretativos permiten penetrar el sentido de la norma. No obstante, el Derecho Administrativo, la administración pública debe informarse bajo la observancia del Principio de Juridicidad, que en seguida será expuesto.

1.3.3 Principio de juridicidad

Jorge Mario Castillo González señala, que “la juridicidad consiste en la aplicación de la ley, de los principios jurídicos y de la doctrina jurídica, tanto general como especializada, en todas las actividades y decisiones provenientes de funcionarios y empleados públicos.”¹². En su obra Derecho Administrativo indica que Juridicidad “es la tendencia y el criterio favorable al predominio de las soluciones de estricto derecho en los asuntos sociales, políticos, económicos, culturales y de cualquier otra naturaleza. Equivale a la aplicación del derecho por medio de principios jurídicos incluyendo la doctrina jurídica administrativa.”¹³

Sobre la base del Principio de Juridicidad se estructura el Estado de Derecho, que regula nuestra convivencia y se garantiza el pleno respeto de los derechos fundamentales asegurados en la Constitución. Este principio ha sido definido por la doctrina como la sujeción integral a derecho de los órganos del Estado, tanto en su ser como en su obrar, lo que garantiza una efectiva limitación del ejercicio del poder público y la existencia de un Estado de Derecho.

Continuando con la elaboración del autor citado, enuncia que la juridicidad en las actuaciones de la administración pública es necesario porque elimina el empleo de la discrecionalidad y de la fuerza puesto que plantea la utilización del Derecho como método e instrumento de las actividades y decisiones administrativas y advierte que en tanto no existió la juridicidad como principio, el vacío y la ausencia de la ley se aprovechó para actuar y decidir en forma arbitraria.

¹² Castillo González, Jorge Mario. **Constitución Política de la República de Guatemala**. Pág. 383.

¹³ **Ibid.** Pág. 29.

Eduardo Soto Kloss subraya que la Juridicidad evoca Derecho en una superación al término legalidad, puesto que hace referencia al término Derecho en su máxima amplitud, plantea que el concepto arguye una percepción más aguda del Estado de Derecho, en la cual respecto al término Derecho la primacía radica en la Constitución, construyendo la figura del Estado Constitucional de Derecho. Para el autor citado la Juridicidad es: “la sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado tanto en su ser como en su actuar”.¹⁴

Según Hugo Calderón, “la obligación que la administración pública resuelva en base a la Juridicidad deviene de la misma Constitución Política de la República en su Artículo 221 al crear la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que ha de conocer el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. La Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 221 no hace referencia a que la administración deba proceder en ejercicio de sus facultades regladas. Por el contrario la Constitución actual amplía el margen de conocimiento del Tribunal y lo regula como un contralor de la juridicidad y establece que procede el contencioso contra actos y resoluciones, sin hacer mención que deba tratarse de un acto o resolución reglada. El hecho que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo sea el contralor de la juridicidad de la administración pública, implica que la administración debe basar su actuación a este principio que es más amplio, resolver en base al principio de legalidad, significa que con el primero, el administrador tiene un marco, mas amplio para actuar, pues resolver en base a la juridicidad implica la aplicación del derecho, y el derecho como ciencia no sólo son normas, sino también son principios, instituciones doctrinarias, significa que la administración tiene la obligación de resolver en base a éste”¹⁵.

Respecto a lo imprescindible de la aplicación del Derecho como ciencia a los actos de la administración pública, García Oviedo y Martínez Useros advierten que el criterio legalista del Derecho administrativo resulta evidentemente inconveniente,

¹⁴ Soto Kloss, Eduardo. **Derecho Administrativo**. Pág. 39.

¹⁵ Calderón Morales, Hugo Haroldo. **El Contencioso Administrativo en Guatemala**. Pág. 22.



puesto que extraer los principios jurídicos de un ordenamiento positivo no puede realizarse a través de una mera exposición y comentario de las leyes, y mucho menos si del Derecho Administrativo se trata, por cuanto en él numerosas e importantes relaciones no se hallan reguladas en una ley fundamental.

Respecto a la actividad del Organismo Ejecutivo, es necesario hacer notar que éste ejerce la discrecionalidad en determinados presupuestos establecidos mediante la ley, los denominados actos de gobierno o actos políticos, mismos que bajo la observancia del Principio de Juridicidad definen que la libertad para tomar una decisión no puede ser emancipada del sano razonamiento jurídico, de una total libertad bajo apreciación de la administración, sino restringida y condicionada a la aplicación de la ciencia del Derecho.

1.3.4 Principio del Interés Público

1.3.4.1 El Interés público o bien común

Según el Diccionario de la Real Academia Española, interés se define como el valor o la importancia que tienen una cosa para una persona o para un grupo de personas, lo que enuncia una estimación valorativa y un provecho, resultado o utilidad que esas mismas cosas o bienes tienen, una conveniencia o necesidad, tanto moral como material. La voz público, está referida a aquello que es o pertenece al pueblo, a los vecinos, a la comunidad.

Manuel Osorio, en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales entiende que "Interés público es la utilidad, conveniencia o bien de los más ante los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los súbditos. Debe constituir el alma de las leyes y el criterio del gobierno, aunque se falsee con tanta

frecuencia al servicio del partidismo, por la ofuscación personal y hasta por deliberado lucro propio.”¹⁶

Eduardo Couture, en su Vocabulario Jurídico, citado por Escolá en su obra El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo, entiende que interés es tanto como la aspiración legítima de orden moral o patrimonial, que representa para una persona la existencia de una situación jurídica o la realización de una determinada conducta.¹⁷

Es factible que el interés supone la existencia de algo que es importante para una persona, porque le significa un valor, provecho o utilidad, en el orden moral o material, que esa persona aprecia como tal y que desea adquirir, conservar o acrecentar, para su propia esfera de valores.

Este interés pasa a ser público cuando no es exclusivo de una o pocas personas, sino cuando participan o coinciden en el mismo un número tal de personas, componentes de una comunidad determinada, que puede llegar a identificárselo como de todo el grupo, inclusive respecto de aquellos que individualmente, puedan o no compartirlo.

Es la presencia de esos intereses individuales coincidentes y compartidos por un grupo cuantitativamente preponderante de individuos, lo que da lugar a un interés público, que surge como un interés de toda la comunidad.

Teóricamente, sería posible la existencia de un querer comunitario que involucre la totalidad de los componentes del grupo comunitario, sin excepciones, y tal vez en algunos casos se ha llegado a dar esta coyuntura; pero la conciencia social se forma, en realidad, con la existencia de querer individuales coincidentes ostensiblemente mayoritarios, no sólo porque de otro modo dejaría de ser social, público, sino porque

¹⁶ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 509.

¹⁷ Escolá Héctor Jorge. **Ob. Cit.** Pag.. 237.

tal condición justifica y hace aceptable la imposición de ese querer valorativo a quienes, en forma individual no participan de él.

Concluye Escolá que “el interés público es el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos”.¹⁸

El tema del Interés público es de vital trascendencia en la moderna percepción del Derecho Administrativo y de la administración pública bajo la concepción teleológica, puesto que las nuevas corrientes científicas y filosóficas le determinan como el cum laude de la existencia del Estado.

Magistralmente el autor Héctor Jorge Escolá desarrolla la obra El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo, de la cual se extraen primordiales ideas sobre el tema.

La idea conceptual de la administración pública aparece influida de manera decisiva por la idea del interés público, al punto de que si ésta se concibe como una de las funciones del Estado, que se lleva a cabo bajo ciertas características y condiciones, no es menos cierto que esa actividad tiene como fin inexcusable que se alcancen y satisfagan necesidades y exigencias de interés público, cuyo logro pretendido es el que justifica el actuar administrativo, lo hace procedente y lo legitima, según el derecho reglado.

¹⁸ Escolá Héctor Jorge. **Ob. Cit.** Pág. 249.

De modo que, el interés público, es la verdadera razón de ser y la verdadera explicación del derecho administrativo, su real fundamento, lo que permite superar la afirmación de que el derecho administrativo es el derecho de la administración pública, para reemplazarla por la más exacta y general, de que el derecho administrativo es el derecho del interés público, pretendido a través de la actividad administrativa.

Los diversos intereses públicos que pueden constatarse no son sino una pretensión mayoritaria, que admite la posibilidad de que una cierta parte de la comunidad no reconozca en ellos su propio interés individual, o incluso pueda hallarse en colisión con esos intereses públicos.

Los individuos que no reconocen en un interés público su propio interés individual, quedan constreñidos sin embargo, a aceptarlo y a contribuir incluso a su obtención, en virtud de que, formando parte de la comunidad, aquel querer valorativo mayoritario les es impuesto obligatoriamente, sobre la base de una igualdad de posibilidades y obligaciones, ya que otros intereses públicos en los que tales individuos reconocen su propio interés individual, les son impuestos a otros individuos que no participan de ellos, y así sucesivamente.

Ese principio de igual distribución y participación en los efectos, exigencias y resultados del querer social, como querer mayoritario de los componentes de la comunidad, es el que da lugar a su imposición respecto de aquellos individuos que no participan del mismo, exteriorizándose a través de un claro sentimiento de solidaridad e integración social.

¿El interés público es superior o privilegiado respecto de cualquier interés particular?
¿Éste último debe ser sacrificado en aras del primero, en qué medida y con qué fundamentos?

La única diferencia entre ambos radica en que mientras que el interés público es el resultado de la sumatoria de un mayor número de intereses individuales coincidentes, el interés individual pertenece a la persona o al grupo de personas que lo detenta cada una de ellas en forma separada, sin llegar nunca a constituir una mayoría mancomunada.

Entre el interés público y el interés individual no se advierte, por ende, una diferenciación cualitativa sino cuantitativa; el primero pertenece a una cantidad preponderante de individuos, que se consideran unidos a través de una valoración y una decisión que entienden en común; y el segundo, pertenece a un individuo, que lo ostenta como tal, o a un grupo minoritario de personas, individualmente consideradas, que pueden llegar a sentirse amalgamadas en su consecución, pero cada una como individuo, sin considerarse actuando en la gestión de un interés comunitario de todos y cada uno de sus integrantes.

Si a eso se añade que en todo interés público cada individuo de la comunidad, o al menos la mayoría de ellos, puede diferenciar o escindir su propio interés individual, identificándolo, no puede hablarse con propiedad de una “superioridad” el interés público respecto del interés individual, ni tampoco de una minusvalía del segundo respecto del primero.

Existiría, tan sólo, una prevalencia del interés público sobre el interés individual, fundada en que el interés público es mayoritario y aparece referido o consustanciado con toda la comunidad, como si fuera un interés propio de ésta, y es natural y comprensible que el interés mayoritario o de la comunidad, que es al mismo tiempo el interés particular de cada uno de sus componentes, predomine sobre el interés individual aislado o minoritario.

El interés público no es de entidad superior al interés privado, ni existe contraposición entre ambos: el interés público sólo es prevaleciente, con respecto al

interés privado, tiene prioridad o predominancia, por ser un interés mayoritario, que se confunde y asimila con el querer valorativo asignado a la comunidad.

Esta prevalencia se funda en el hecho de que el interés público, concebido de esta forma redundante en mayores derechos y beneficios para todos y cada uno de los individuos de la comunidad, que por eso, justamente, aceptan voluntariamente aquella prevalencia, que les es ventajosa.

Esa prioridad y esa aceptación voluntaria no se producen cuando en un supuesto interés público, que no es tal, no es posible reconocer y escindir una mayoría de intereses individuales, como ocurre cuando se presenta solamente como un interés del Estado, de la administración, del partido gobernante, del jerarca, etc.

Si el interés público y el interés privado tienen la misma entidad sustancial, si son cualitativamente semejantes, distinguiéndose solo cuantitativamente, va de suyo que el interés privado no puede ser sacrificado al interés público, aun cuando pueda ser desplazado o sustituido por este.

El particular, cuyo interés privado se ve desplazado o sustituido por la natural prioridad del interés público, tiene por esa causa el derecho a ser adecuadamente compensado por la pérdida o la merma de sus derechos y de su interés, de manera que su interés privado, de esa forma, quede salvaguardado, al ser equitativamente reemplazado por otro valor que tenga su misma envergadura.

El interés público desplaza, pero no aniquila el interés privado.

Debe aceptarse que todo interés público que exige la destrucción y el sacrificio irreparable de un solo interés individual, no es más que un falso interés público, pues contraviene la base jurídica sobre la que la comunidad entera reposa.

1.3.4.2 Interés público material

El interés público no es un concepto carente de contenido concreto, por el contrario, tal contenido debe ser reconocible y determinable, consistiendo en una cosa o un bien que es perceptible para cualquier componente de la sociedad.

Si el interés público carece de contenido concreto deja de ser tal, transformándose en una mera apariencia, con la que muchas veces se busca justificar un exceso o una desviación en el ejercicio del poder. La simple invocación del interés público, como algo vago es una simple apariencia, cuando en verdad debe ser una realidad.

En el contenido concreto de todo interés público, los individuos que componen la comunidad y cuyos intereses coincidentes y mayoritarios hacen surgir aquel contenido, deben reconocer o poder reconocer un interés que sea personal y directo. Se entiende que el interés es personal cuando se trata de un interés particular, propio del sujeto individual que lo invoca o que se beneficia con él.

1.3.4.3 Interés del Estado, gobierno, partido o administración pública frente al interés público

En regimenes políticos totalitarios, se suele hablar del interés público "del pueblo", como una totalidad ideal, o de un interés público que es definido y precisado por el gobierno, por la administración pública, por el Estado, o por el partido gobernante, monarca o jefe de gobierno.

Tales casos no se comprenden de un interés público verdadero, podrá darse la presencia de un interés, en cuanto se trata y consiste en una cosa o un bien a los que se considera valiosos, y que son queridos y pretendidos por quien los propone y define. Pero nunca podrá sostenerse, con propiedad, que ese interés sea un interés

público, pues faltará esa coincidencia mayoritaria de intereses individuales, que es la que otorga aquel carácter.

Podrá hablarse de un interés del Estado, del partido, del gobierno, de la administración pública, etc. Pero no de un interés público, condición que no adquiriría ni aun cuando ese interés, al que no se ha trepidado en llamar a veces superior, pudiera ser impuesto coactivamente a toda la comunidad: es que el interés público es sólo el resultado de querer voluntaria y libremente formulados, y nunca impuestos forzosamente a los componentes de la comunidad.

Sólo cuando se identifica el interés público con el interés propio del Estado, de la administración, del partido, del soberano, etc., podría pretenderse que ese supuesto interés público, que no es tal, llega no sólo a desplazar, sino a sacrificar y extinguir cualquier interés privado que se le opusiera, incluso sin ningún tipo de reparación, pues ambos tendrían una entidad sustancial diferente, siendo la del primero superior y derogante del segundo. Esta sería, en concreto, la causa de la tan mentada “razón de Estado”, con la cual se quiere amparar todo avance y toda lesión de los intereses privados, que quedan así ligados a tal sujeción, en relación con el interés público.

1.3.4.4 Interés público o bien común en la Constitución Política de la República de Guatemala

Como lo señala Luis Ernesto Cáceres Rodríguez en su obra Derecho Procesal Constitucional, el preámbulo de la Constitución es pauta de interpretación constitucional, porque en él se formula el proyecto político y se proponen los valores que al Estado fundamentan.

El contenido de los posibles intereses públicos, para ser verdaderamente tal, debe poder subsumirse en las grandes finalidades establecidas por el preámbulo de la Constitución, cerrando la vía a que se constituyan como intereses públicos meros



intereses sectoriales o de grupo, de partido o de ideologías que no se conjugan con los de nuestra organización político-social.

En la Constitución Política de la Republica, el fin supremo del Estado, es el que justifica todo su accionar, es el bien común o interés público, siendo la libertad el instrumento apto para alcanzarlo, con la existencia de derechos e intereses individuales que son respetados y garantizados, a través de un orden jurídico que los legitima.

Así también en su preámbulo, al referirse al Estado, como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz. Esta frase encierra los grandes objetivos que se plantea el Estado de Guatemala, siendo ellos conceptualizados como de interés público, puesto que la legalidad, la seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz, son valores que su concreción es de interés individual mayoritario, y de consecuencia acarrea el respeto al régimen normativo, la certidumbre, la equidad, la igualdad, libertad y armonía en convivencia social.

De la misma manera, el Artículo 1º de la Constitución ratifica: El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común.

El bienestar general, que consiste y radica en el bienestar de cada uno de los componentes de nuestra sociedad, se origina en la obtención de los otros objetivos enunciados en el preámbulo y aquellos que son su consecuencia, que han sido garantizados por las leyes dictadas con arreglo a los principios y enunciados constitucionales.

La disposición constitucional se reitera y desarrolla específicamente para el ejercicio de la Administración Pública en la Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto 114-97 del Congreso de la República, al enunciar en su Artículo 4, que El fin supremo del

Estado es el bien común y las funciones del Organismo Ejecutivo han de ejercitarse en orden a su consecución.

1.3.5 Principio de responsabilidad del Estado, de los funcionarios y empleados públicos

El Diccionario de la Real Academia Española define responsabilidad como deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal. Cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado. Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.

Guillermo Cabanellas señala la Responsabilidad del Estado: “como persona de Derecho Público, solo es posible hablar de responsabilidad civil; y ello corresponde a un concepto relativamente moderno, ya que en tiempos antiguos el Estado, como soberano, o el soberano, como Estado, eran irresponsables.”¹⁹

Manuel Ossorio manifiesta sobre la responsabilidad en forma genérica: “Civilmente, se considera que es contractual si está originada en el incumplimiento de un contrato válido, o como sanción establecida en una cláusula penal dentro del propio contrato, precisamente para el caso de incumplimiento o demora en el cumplimiento, y se considera extracontractual cuando se deriva del hecho de haberse producido un daño ajeno a toda vinculación convencional, por culpa o dolo que no configuren una infracción penalmente sancionable. Conviene, sin embargo, advertir que la responsabilidad extracontractual de una persona puede estar ocasionada, no en hechos u omisiones propios, sino en hechos ajenos, entre los que cabe señalar la que corresponde al padre o, en su defecto, a la madre por los perjuicios que causen sus hijos menores que vivan en su compañía; la de los tutores o curadores por los

¹⁹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Jurídico Elemental**. Pág. 396.

menores o incapacitados sometidos a su custodia; la de los dueños o directores de un establecimiento o empresa por sus dependientes en el ejercicio de sus funciones; la de los maestros o directores de artes u oficios respecto a sus alumnos o aprendices mientras permanezcan bajo su custodia, y la del Estado, en ciertos casos, respecto a los actos de sus agentes.”²⁰

García Oviedo y Martínez Useros, indican que bajo la teoría de los deberes de los funcionarios públicos, lleva emparejada la de su responsabilidad, derivada del quebrantamiento de los mismos. Señala que la Responsabilidad puede ser frente a terceros o acerca del Estado. Puede ser política o jurídica, y ésta civil, penal o disciplinaria. Acerca del tercero no puede ser la responsabilidad del funcionario, más que civil; la penal afecta a las relaciones entre el funcionario y el orden social representado por el Estado, y la disciplinaria atañe al orden interno de la administración. Divide así que la responsabilidad política deriva de una actuación en el cargo disconforme con la dirección u orientación impresas por las autoridades superiores, precisamente a los funcionarios constituidos en autoridad en relación con el superior.

Para Miguel Marienhoff la responsabilidad del Estado puede ser contractual y extracontractual, en la medida del sometimiento de éste a obligaciones convenidas. Para el presente estudio únicamente se remitirá a la responsabilidad extracontractual por ser consecuencia de la situación jurídica que mas adelante será desarrollada.

La responsabilidad del Estado concretiza los principios jurídicos de certeza y seguridad jurídica; los administrados no solamente pretenden del Derecho la protección frente a otros individuos, sino frente al mismo Estado, que en el desarrollo de sus actividades ocasionalmente puede causar un daño o perjuicio en contra de los administrados. Marienhoff sostiene que un sistema de Derecho Administrativo es incompleto sino cuando el ciudadano tiene el medio de obtener una reparación por los perjuicios que le ocasione el Estado.

²⁰ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 850.

El Estado de Derecho presupone una autolimitación de sus propios poderes por parte del Estado que permite, frente a él, un ensanchamiento de la esfera jurídica del administrado, ensanchamiento que incluye la responsabilidad estatal por actos o hechos que le sean jurídicamente imputables.

Fue el advenimiento y la afirmación del Estado de Derecho lo que originó y dio cabida a la necesidad ineludible de reconocer la responsabilidad del Estado, desde que su poder y posibilidades, con ser muy amplios, deben estar ceñidos al orden jurídico para ser tenidos válidos, respetando los derechos de todos los individuos componentes de la comunidad.

La responsabilidad del Estado consiste en determinar si éste debe o puede ser responsabilizado por los daños y perjuicios causados a los administrados, cuando les perjudique o dañe, afectando su patrimonio o lesionando sus derechos; radica pues en establecer la justa y razonable indemnización o compensación de los mismos.

Son muchas y variadas las posiciones que se han adoptado en la doctrina para explicar el fundamento de la responsabilidad del Estado, las que van del simplismo de la teoría de la representación, basada en principios y normas del Derecho Civil a otras más complejas, como la de la igualdad de proporcionalidad de las cargas públicas, el enriquecimiento sin causa, o el seguro contra riesgos sociales, pero todas ellas han suscitado críticas y discrepancias y no han servido enteramente para explicar aquel fundamento.

No es jurídico que la consecución de los intereses públicos, como actividad primordial de la administración, se logren a través de un actuar administrativo ilegítimo, que desconozca y viole el derecho aplicable, pues todos sabemos que esa posibilidad, por más justificativos que se le busquen, acabará por lesionar, incluso gravemente, nuestra libertad, nuestros derechos y nuestros intereses.

Como Jhering lo sostuviera, toda disposición arbitraria e injusta, emanada del poder público, es un atentado contra el sentimiento legal de la Nación, por otro lado, la exigencia de una administración activa y eficaz, que mantenemos y defendemos, de ningún modo obliga a la existencia de una administración pública que genera un actuar incontrolado y antijurídico. Por el contrario, toda la actividad administrativa, incluso en los casos de mayor urgencia y gravedad, puede desenvolverse dentro del derecho, sin perder su precisión, rapidez y fuerza de decisión y ejecución, ya que el derecho brinda numerosos medios de acción y otorga incluso poderes y atribuciones de tipo discrecional, adaptables a cada caso y circunstancia.

La vigencia del estado de Derecho no puede ser concebida de manera tal, que a su amparo se acepte que quienes no respetan sus principios y basamentos, quienes quieren trasgredirlos, destruirlos y suplantarlos por otros diametralmente opuestos, puedan invocar aquellos mismos principios y bases para continuar en su acción disolvente.

Marienhoff, al referirse a las diversas manifestaciones que pretenden fundamentar la teoría de la Responsabilidad del Estado, sostiene que “no es suficiente efectuar un razonamiento lógico, por más atinado que sea, sino demostrar la afirmación que se efectúe, Tal fundamento no es otro que el Estado de Derecho y sus postulados, cuya finalidad es proteger el derecho. Es de esos principios, o postulados, que forman un complejo y que tienden, todos, a lograr la seguridad jurídica y el respeto del derecho de los administrados, de donde surge el fundamento de la responsabilidad estatal en el campo del derecho público.”²¹ Procede así el autor a enunciar las diversas garantías humanas que la Constitución de la Argentina establece, como restricciones a la extralimitación de las actuaciones del Estado; expondremos, a guisa de ejemplo, algunas que establece la Constitución Política de la República Guatemala:

Artículo 3º. El Estado Garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona. Este es el Derecho Humano

²¹ Marienhoff, Miguel S. **Ob. Cit.** Pág. 274.

principal, el primero que la Constitución recoge en su primer Capítulo de Derechos Individuales. El Derecho a la vida, la integridad y la seguridad necesariamente apareja la responsabilidad del Estado cuando a su causa o las personas que en su nombre ejercen alguna función, empleo o cualquier actividad, violenten dichos derechos que la Constitución garantiza al individuo.

Artículo 39. Se garantiza la propiedad privada como un derecho, inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley. El Estado garantiza el ejercicio de este derecho y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos.

Artículo 52. La maternidad tiene la protección del Estado, el que velará en forma especial por el estricto cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ella se deriven.

Concluye Marienhoff sobre el particular que: “La responsabilidad estatal en el campo del derecho público, por sus actos o hechos dañosos es, pues, una consecuencia lógica del complejo de principios propios del Estado de Derecho. No es concebible un Estado de Derecho irresponsable. Lo contrario implicaría un contrasentido. Estado de Derecho y responsabilidad son, en este orden de ideas, conceptos correlativos. Tal responsabilidad existe cualquiera sea el órgano estatal, Legislativo, Ejecutivo o Judicial, causante del agravio, pues cualquiera de esos órganos, al actuar, lo hace en nombre del Estado, a cuya estructura pertenece.”²²

1.3.5.1 Derecho positivo sobre responsabilidad del Estado de Guatemala

Desde la esfera del Derecho Civil guatemalteco, se encuentra que el Código Civil en el Artículo 1665 que el Estado y las municipalidades son responsables de los daños o perjuicios causados por sus funcionarios o empleados en el ejercicio de sus

²² Marienhoff, Miguel S. **Ob. Cit.** Pág. 275



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.

El Derecho Civil guatemalteco concibe la responsabilidad del Estado como accesoria, puesto que la ley determina que el obligado principal es el funcionario o empleado público, despojando de esa manera que éste la asuma de manera institucional. A ese respecto Marienhoff ha establecido que la responsabilidad efectivamente concierne al Estado, como en general a todo ente jurídico. Así mismo lo establece el Código Civil particularmente al Derecho Privado, pero genérica a la teoría de la personalidad jurídica, al señalar en su Artículo 24 que: Las personas jurídicas son civilmente responsables de los actos de sus representantes que en ejercicio de sus funciones perjudiquen a tercero, o cuando violen la ley o no la cumplan, quedando a salvo la acción que proceda contra los autores del daño.

Para Marienhoff el carácter de persona jurídica del Estado es conquista del constitucionalismo, pero por regla general, dicha personalidad no surge de una norma específica y concreta de las constituciones, surge o se deduce del contenido de éstas y de sus diversas expresiones.

La personalidad del Estado, deriva directamente del orden jurídico mismo sobre el cual se asienta el Estado, además indica que la doctrina predominante reconoce y acepta la personalidad jurídica del Estado, basándose en que tal personalidad corresponde a un hecho real: la unidad de los individuos que lo integran y su continuidad en el tiempo, a pesar de los cambios constantes de los individuos que lo componen. La personalidad del Estado no implica, pues, una ficción, corresponde a una realidad. Trátase de una realidad jurídica.

El Código Civil guatemalteco, contempla que si existiere daño o perjuicio cometido en el ejercicio de la función pública primordialmente recaerá la reparación sobre quien ejerce la función pública y en defecto del cumplimiento por concepto de daños y

perjuicios, será el Estado y las municipalidades quienes deberán asumir la obligación, con el derecho de repetir contra los materialmente responsables. Dicha disposición crea una mixtura entre las teorías de la Responsabilidad subjetiva y objetiva. No se puede hablar entonces de una responsabilidad extracontractual del Estado, pero seguramente admite la responsabilidad contractual del Estado, en la cual actúa como persona jurídica.

Podría ser esta una razón por la que es todavía el Estado de Guatemala un Estado irresponsable, puesto que no asume las consecuencias de los actos dañosos que en ejercicio del poder causa a los administrados, y en resulta, el absolutismo y arbitrariedad en el ejercicio del poder, la falta de certeza y seguridad jurídica. En cuanto al Derecho Administrativo, este acontecimiento dilucida el atraso respecto de la evolución del mismo, que en sus doctrinas modernas en efecto admiten la responsabilidad directa del Estado, puesto que no autolimita su propio poder.

Por otra parte, dentro de la esfera del Derecho Público se encuentra una norma relativamente reciente, la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, Decreto número 89-2002 del Congreso de la República, que pretende la responsabilidad mediante la tutela del patrimonio y derechos del Estado en relación a sus mismos operadores, con el objetivo de transparentar la gestión pública y el uso de los recursos públicos.

Dicha norma amplía la visión de responsabilidad, sin embargo podemos encontrar que la obligación de reparar y satisfacer en consecuencia de un daño causado a que nos referimos, es eminentemente frente a los administrados como toral de la consecución del Estado de Derecho. Esta normativa encierra una intencionalidad de control administrativo y constituye un sistema de normas y procedimientos de gestión para tutelar el patrimonio público.

No se puede establecer que la responsabilidad del Estado se encuentre expresamente desarrollada en la normativa ordinaria, no así en la de orden

constitucional, pues como Marienhoff lo asegura, es imposible establecer un régimen de derecho sin pensar en la igualdad que derroque el autoritarismo del Estado al no reconocer su responsabilidad y la reparación de los daños causados a los administrados en el ejercicio de la función pública que de éste dimana y que por los funcionarios y empleados públicos es representado.

1.4 Autonomía y especificidad del Derecho Administrativo

La existencia de la administración pública, organizada como tal, y el hecho de que desarrolle una actividad que está encaminada al logro y satisfacción de fines de interés general, unido a la circunstancia de que tal administración pública, dentro de nuestra concepción, se configura y desarrolla como componente de un Estado que se manifiesta como un Estado de Derecho, ha dado lugar a la aparición y consolidación de un conjunto de principios y de normas jurídicas que estando referidas a la administración, constituyen un derecho específico y diferenciado de las demás ramas y disciplinas jurídicas, que es, precisamente, el Derecho Administrativo.

Como base fundamental para la comprensión del marco en el que se desarrolla la investigación, es necesario adentrarnos en el saber científico de esta rama del Derecho, puesto que el estudio del Derecho ha dado lugar a su separación en diferentes ramas o disciplinas jurídicas, división en especializaciones que ha ido proliferando constantemente, como resultado de la complejidad de las relaciones jurídicas, sin que nunca se dejara de reconocer, la unidad sustancial y conceptual del Derecho.

Dicha separación en ramas o disciplinas jurídicas, necesariamente variable y contingente, se ha fundado sobre la base de que cada una de esas ramas de la ciencia del Derecho aparece con la pretensión establecida de gozar de una plena autonomía, respecto de todas las demás, con las cuales puede, a pesar de esa autonomía, guardar más o menos estrechas relaciones. Dentro de este concepto, se

suele entender que una disciplina jurídica goza de autonomía si sus elementos, por configurar una construcción jurídica sistemática, cerrada y completa, fundada en principios originales y específicos, hace innecesaria la recurrencia a otras ramas o disciplinas diferentes, las que no son indispensables para darle suficiente sustento.

Con referencia al Derecho, el problema de la autonomía puede ser enfocado desde cuatro puntos de vista diferentes, los cuales constituyen y agotan las posibilidades de toda doctrina autonómica.

Esos cuatro puntos de vista se refieren, concretamente, a la determinación de si una rama del Derecho goza de autonomía científica, autonomía jurídica y autonomía didáctica, a lo que debe añadirse, como nota complementaria pero no decisoria, la factibilidad de su codificación.

La autonomía del Derecho Administrativo, que en especial nos interesa, está admitida por la totalidad de la doctrina, no obstante que su codificación resulta aun incipiente, por su propia naturaleza y por su constante movilidad, que conspiran contra una codificación total, desde que todo código se origina y resulta de una estabilidad que es manifestación de la cristalización de la normatividad a la que se refiere y pretende comprender.

Como anteriormente fue expuesto, en palabras de Héctor Escolá en su obra *El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo* “podemos dilucidar que la especificidad de las disciplinas del derecho es desentrañada por la filosofía y la ciencia, logrando su evolución y propiedad autonómica, pero convergente en la unidad y bajo el marco del derecho.”²³

²³ Escolá, Héctor Jorge. **Ob. Cit.** Pág. 5

CAPÍTULO II

2. La Administración Pública

Para Escolá, “la administración pública moderna surge con la revolución francesa de 1789, que no sólo otorga a los individuos el reconocimiento de derechos jurídicamente declarados y garantizados, inclusive frente al Estado, sino que también postula y hace prevalecer un verdadero concepto de lo que debe entenderse por interés público ante el que deben ceder y plegarse los derechos individuales, pero siempre dentro de un régimen de compensaciones, indemnizaciones y seguridades, sustitutivas del derecho afectado.”²⁴

2.1 Definición

Según el Diccionario de la Real Academia Española, etimológicamente la palabra administración proviene del latín “administratio y onis”, y significa: actividad o acción de administrar, también se descompone en “ad y ministrare”, que significa actividad o acción de servir. La administración es el gobierno, manejo o dirección de un interés, encaminado a un objeto o fin determinado, consistente en un hacer compuesto de actos sucesivos y continuados, cuyo conjunto constituye la actividad en que la administración consiste; es una actividad estructurada para alcanzar fines humanos.

Es el conjunto de órganos administrativos que desarrollan una actividad para el logro de un fin, a través de los servicios públicos, regulada en su estructura y funcionamiento, normalmente por el Derecho Administrativo.

Para Manuel Ossorio, administración pública “es la actividad administrativa de los órganos del Estado en todas sus escalas o jerarquías. La entidad que administra.

²⁴ Escolá Hector Jorge. **El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo**. Pág. 34

Constituye función típica del Poder Ejecutivo, nacional o provincial, y de los municipios. Sus actividades son las que regula el Derecho Administrativo.”²⁵

El licenciado Castillo González explica la administración pública como el “proceso, sujeto a ejecutar las funciones administrativas, que consiste en llevar a cabo el trabajo en forma efectiva, con personas y por medio de personas. En la administración el trabajo debe ejecutarse con eficiencia, eficacia y efectividad. La eficiencia se refiere a los esfuerzos, medios, recursos e insumos, utilizados por funcionarios y empleados públicos. En toda administración se trabaja con escasez de recursos e insumos, hace falta personal, dinero y equipos. La eficiencia se logra al obtener más y mejores resultados, administrando bien la escasez. La eficacia equivale a resultados. La eficiencia produce resultados pero la eficacia exige que esos resultados sean los previstos y más. La efectividad equivale a realizar las tareas o trabajos, puntualmente. Equivale a ejecutar las actividades tomando en cuenta horarios, obstáculos, adversidades y problemas de toda clase, aplicando la voluntad para lograr el resultado más allá de lo previsto.”²⁶

El profesor Gabino Fraga, citado por el autor Hugo Haroldo Calderón Morales indica que “la satisfacción de los intereses colectivos por medio de la función administrativa la realiza el Estado y para ello se organiza en una forma especial. La organización especial de que habla constituye la Administración Pública. La Administración Pública, debe entenderse desde el punto de vista FORMAL como el organismo público que ha recibido del poder político la competencia y los medios necesarios para la satisfacción de los intereses generales y que desde el punto de vista MATERIAL es la actividad de este organismo considerado en sus problemas de gestión y de existencia propia tanto en sus relaciones con otros organismos semejantes como con los particulares para asegurar la ejecución de su misión.”²⁷

²⁵ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pag. 47.

²⁶ Castillo González, Jorge Mario. **Ob. Cit.** Pág. 21.

²⁷ Calderón Morales, Hugo Haroldo. **Ob. Cit.** Pág. 6.



Administración pública es “aquella función del Estado que consiste en una actividad concreta y continuada, práctica y espontánea, de carácter subordinado, que tiene por objeto satisfacer en forma directa e inmediata las necesidades colectivas y el logro de los fines del Estado, dentro del orden jurídico establecido y con arreglo a éste.”²⁸

El interés público es la verdadera razón de ser y la verdadera explicación del derecho administrativo, su real fundamento, lo que permite superar la afirmación de que el Derecho Administrativo es el derecho de la administración pública, para reemplazarla por la más exacta y general, de que el Derecho Administrativo es el derecho del interés público, pretendido a través de la actividad administrativa.

Con base a los elementos anteriormente señalados, podemos definir la administración pública como la actividad permanente y regulada del Estado, por medio de la cual los órganos administrativos persiguen la concreción del bien común o interés público y de ellas podemos extraer que sus características esenciales son la función pública; la actividad continuada; la satisfacción de intereses colectivos; la sujeción a un sistema normativo.

2.2 El Organismo Ejecutivo dentro de la estructura del Estado de Guatemala

En la ciencia política y el Derecho Constitucional, el Ejecutivo es la rama de gobierno responsable de la gestión diaria del Estado. En muchos países, se utiliza la palabra gobierno para referirse al Poder Ejecutivo, pero este uso puede resultar confuso en un contexto internacional.

Según la doctrina de la separación de poderes, redactar las leyes es tarea del Poder Legislativo, interpretarlas es tarea del Poder Judicial, y hacerlas cumplir es tarea del Poder Ejecutivo. En la práctica, sin embargo, esta separación no suele ser absoluta. El jefe de gobierno es la figura visible y de mayor peso del Poder Ejecutivo.

²⁸ Escolá, Héctor Jorge. **Ob. Cit.** Pág. 33.

Los organismos que integran el Estado de Guatemala, se fundamentan en la Constitución Política de la República, como la ley suprema que establece la estructura del Estado, así como en las leyes del Organismo Legislativo, Judicial y Ejecutivo.²⁹

El Organismo Ejecutivo se encuentra creado y normado en el Artículo 141 de la Constitución Política de la República, de Guatemala, y en los Artículos del 182 al 202 de la Ley del Organismo Ejecutivo, donde desarrolla los preceptos constitucionales sobre organización, atribuciones y funcionamiento de dicho organismo.

El Artículo 2 de la Ley, del Organismo Ejecutivo, establece: Dentro del marco de las funciones y atribuciones constitucionales y legales de los órganos que lo integran, compete al Organismo Ejecutivo el ejercicio de la función administrativa y la formulación y ejecución de las políticas de gobierno con las cuales deben coordinarse las entidades que forman parte de la administración centralizada.

Así mismo el Artículo 5 indica, que El Organismo Ejecutivo se integra de los órganos que dispone la Constitución Política, la presente y demás leyes. Según su función, los mismos podrán ser deliberativos, consultivos, de contralor y ejecutivos, al igual que podrán confluir en un órgano administrativo más de uno de dichos atributos." Señala también como se integra el Organismo Ejecutivo, a saber:

- a) Los Ministerios
- b) Secretarías de la Presidencia
- c) Las dependencias
- d) Gobernaciones departamentales
- e) Órganos que administrativa o jerárquicamente dependen de la Presidencia de la República
- f) Comisiones Temporales

²⁹ Enciclopedia Ciencias Políticas Poder Ejecutivo. Pág. 38

- g) Comités temporales de la Presidencia, y
- h) Gabinetes específicos.

Como fue indicado, el Organismo Ejecutivo es integrado por los Ministerios de Estado, los cuales, de conformidad con el Artículo 193 de la Constitución Política de la República, están creados para el despacho de los negocios de dicho organismo, con las atribuciones y competencias que la ley señale. Dichas competencias también se encuentran plasmadas, en la Ley del Organismo Ejecutivo y los respectivos Reglamentos Orgánicos Internos de cada Ministerio.

Jorge Mario Castillo comenta en su publicación, Constitución Política de la República de Guatemala, que Ministerio es la organización pública jerárquica de ordenación sistemática de funcionarios y empleados públicos que, con sus actividades y decisiones, cumplen tareas, metas, objetivos, programas, y obtienen resultados. Señala. Así mismo, que Ministro es la persona individual al servicio de la organización denominada Ministerio de Estado. El Ministro representa al Gobierno en la solución de problemas y en la ejecución de los negocios políticos y administrativos del Organismo Ejecutivo. Los ministros encabezan las organizaciones más importantes del Organismo Ejecutivo, y se consideran indispensables para gobernar. El Ministro es el principal gerente o el ejecutivo de mayor importancia del Gobierno.

En el Artículo 19 de la Ley del Organismo Ejecutivo, se mencionan los 13 ministerios que para el despacho de los negocios del Organismo Ejecutivo, la ley señala entre ellos, el Ministerio de Finanzas Públicas, que en el Artículo 35 de este cuerpo legal establece que "le corresponde cumplir y hacer cumplir todo lo relativo al régimen jurídico hacendario del estado, incluyendo la recaudación y administración de los ingresos fiscales, la gestión de financiamiento interno y externo, la ejecución presupuestaria y el registro y control de los bienes que constituyen el patrimonio del Estado; para ello, tiene a su cargo las siguientes funciones: t) Coordinar el sistema

de contrataciones y adquisiciones del Gobierno Central y sus entidades descentralizadas y autónomas.

Cabe señalar la importancia administrativa de los ministerios pues preparan y ejecutan las decisiones políticas y administrativas del Ejecutivo.

2.3 Clases de función administrativa

El autor Hugo Calderón dice, que “dentro de la administración pública existen cuatro clases de administración o formas de administrar, “la planificación, la administración ejecutiva, la administración de control y la asesoría.”³⁰

El autor español, Antonio Rodríguez, indica que la función administrativa como un conjunto de actividades afines, dirigidas a proporcionar a las unidades de una organización los recursos y servicios necesarios para hacer factible la operación institucional, la actividad preponderante que desarrolla la Administración Pública, en el ejercicio de sus atribuciones. También como el Conjunto de actos administrativos realizados en cumplimiento de normas o leyes llevadas a cabo por un órgano responsable del sector público.

2.3.1 Administración de planificación

Así mismo Calderón indica, “La planificación implica ver hacia el futuro, hacer estudio con todos los métodos y técnicas de las necesidades y las soluciones a esas necesidades. Es en general la planificación, establecer las necesidades y las soluciones para cubrir las necesidades.”³¹

Para García Oviedo y Martínez Useros, “Planificar es elaborar un plan de acción. Un plan consiste en el señalamiento de las medidas que se consideran precisas para

³⁰ Calderón Morales, Hugo Haroldo. **Ob. Cit.** Pág. 26.

³¹ **Ibíd.** Pág. 27.

encauzar racionalmente una actividad. La planificación no es un fin, sino un medio para el mejor uso de los elementos que se hallan a nuestra disposición. Es la formulación sistemática, unitaria y futurizante de un conjunto de acciones según unos propósitos, y de los medios propuestos para lograrlos.”³²

El autor guatemalteco Jorge Mario Castillo señala que la planificación es un proceso para determinar objetivos y definir la mejor forma de alcanzarlos. La mejor forma se refiere a los medios, es decir, cómo se debe hacer, pero también se refiere a los fines, es decir, qué es lo que tiene que hacerse para alcanzar los objetivos.

La Actividad de planificación respecto al Organismo Ejecutivo se encuentra diseñada en el presupuesto público, vertido en el Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado de cada Ejercicio Fiscal, instrumento de relevancia puesto que, plasma la perspectiva del gobierno sobre la implementación de políticas y la dirección que éste indica para el país, estableciendo una estrategia y los medios para el manejo de los recursos del Estado, sus objetivos, metas e indicadores que permitan evaluar y dar seguimiento a los programas y proyectos.

2.3.1.1 Caracteres de la planificación

- a) Previsión.** Expresa un intento de adaptación de medios a necesidades futuras, la previsión es la causa que origina los procesos de planificación, puesto que su ausencia se ha demostrado en sus efectos desastrosos.

- b) Concreción y posibilidad.** La planificación está directamente encausada a la consecución de objetivos, por lo que se constituye por la determinación de las realizaciones que se pretenden. Por tanto debe ser viable.

³² García Oviedo, Carlos; Martínez Useros, Enrique. **Derecho Administrativo, T.I.** Pág. 271

- c) **Objetividad.** Su punto de partida debe ser un acto de exacta observación y calificación, por ello la realidad sobre la que se pretende actuar ha de ser con plenitud conocida científicamente.
- d) **Generalidad.** Debe abarcar todas las fases de la actividad sobre la que se desarrolla.
- e) **Temporalidad.** Si el concepto de planificar encierra la necesaria idea de prevenir, es obvio que ésta a su vez se liga con la de un determinado lapso.

Un claro ejemplo de la administración de planificación se encuentra recogida en el Artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado que señala: Para la eficaz aplicación de la presente ley, las entidades públicas, antes del inicio del ejercicio fiscal, deberán programar las compras, suministros y contrataciones que tengan que hacerse durante el mismo. Dicha norma obliga que la organización del Ejecutivo debe proyectar con antelación sus objetivos y la manera de concretarlos para cubrir las necesidades que las políticas de gobierno plantean, cuando sea necesario la obtención de bienes, suministros o servicios, por lo que, en virtud que la planificación debe ser objetiva y directamente relacional con los objetivos, lo previsto con antelación debe ser conseguido a efecto de la concreción de sus proyecciones y aparejar el eficaz ejercicio de su función.

2.3.2 Administración ejecutiva

“Es aquella Administración que decide y ejecuta. La Administración ejecutiva es la que realmente tiene y ejerce la Competencia Administrativa. Es la que tiene la facultad legal para poder actuar, a través de las decisiones, actos o resoluciones administrativas. Sólo la administración ejecutiva decide y ejecuta, dentro de la Administración públicas, existiendo otros órganos que no deciden ni ejecutan, por ejemplo los órganos de control, los órganos asesores, etc.”³³

³³ García Oviedo, Carlos; Martines Useros, Enrique. **Ob. Cit.** Pág. 27.

2.3.3 Administración de control

Es aquella encargada, que las tareas administrativas se realicen de conformidad con las normas establecidas, se trata de órganos con independencia de funciones dentro de estos órganos encontramos la Contraloría General de Cuentas, que se encarga de vigilar que los funcionarios y empleados públicos manejen los fondos con probidad y de conformidad con las normas establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado.

2.4 Acto administrativo

Para Marienhoff, la importancia del acto administrativo radica en la vinculación que en virtud de éste se crea entre la administración pública y el administrado en la relación jurídica administrativa, así como consiste en la expresión de voluntad de la administración en forma general o individual -reglamentos o acto administrativo individual-. Por otra parte desarrolla que el acto administrativo no exclusivamente puede ser externo en su afectación relacional hacia los administrados, puesto que también emite actos de carácter interno que no disponen sobre relación con terceros. Generaliza la connotación de los actos administrativos al vincularlos así mismo con los efectuados por los Organismos Legislativo y Judicial en cuanto a lo que no comprenda a sus funciones estrictamente normativas generales y de jurisdicción, sino a los actos administrativos internos mencionados y en relación jurídica administrativa individual.

Señala la connotación de acto administrativo separado de la administración pública, puesto que en el recorrido de la historia siempre han existido éstas, sin embargo la noción del acto administrativo aparece a través de la formación del constitucionalismo al someter la administración pública al Derecho, por lo que podemos dilucidar que en esencia el acto administrativo sostiene una relación eminentemente jurídica en relación a la limitación del poder y contra la arbitrariedad.

Para Héctor Escolá, el Derecho Administrativo moderno se estructura y desarrolla sobre la base de un instituto fundamental, de especial y general importancia como lo es el acto administrativo. Dicha aseveración coincide analíticamente con lo que sostiene Marienhoff, puesto que la sugerencia del término “moderno” incumbe la tendencia del sometimiento de la administración a la Juridicidad de los actos y a la sujeción de ésta al sistema de normas jurídicas vigentes, y señala que:

No es posible olvidar que la consideración del acto administrativo se vincula no sólo a la actividad de la administración pública y a la de los otros órganos del Estado que ejercen la función administrativa en cuanto que al cumplir esa actividad emiten actos de ese carácter, sino que también se relaciona con la más amplia garantía de los derechos de los administrados, en virtud de la vigencia del principio de legalidad impuesto a tales actos. Coincide con la postura de Marienhoff esta enunciación, claramente plantea la sujeción que los actos de la administración pública deben concordar con las disposiciones normativas vigentes, enunciando que los actos de aquella deben ser eminentemente jurídicos. Supone pues, que cada decisión e incluso cada acto efectuado, en su noción mas amplia, debe contener un sustento normativo que habilite su realización y la consecuencia debe perseguir un resultado jurídico o más bien legítimo, esencialmente de bien común o interés público, independientemente del órgano.

Según propone Sayagués Laso, citado por Héctor Escolá, el acto administrativo es toda declaración unilateral de voluntad de la administración, que produce efectos subjetivos.

Así mismo Cassagne indica, que toda declaración de un órgano del Estado en ejercicio de la función administrativa, caracterizada por un régimen jurídico exorbitante del derecho privado, que genera efectos jurídicos individuales directos con relación a terceros.

Gordillo, referido por Héctor Escolá, señala que el acto administrativo es una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata.

Por último, Héctor Escolá, en base a las definiciones de Cassagne, Gordillo y Sayagués Laso, concluye, que el Acto Administrativo “es una declaración unilateral de voluntad de la administración, que produce efectos jurídicos subjetivos, con lo cual quedan excluidos de esa noción los reglamentos y los contratos administrativos, que no deben ser considerados actos administrativos.”³⁴

Marienhoff discrepa de ciertos elementos que Escolá esboza, por ejemplo que los efectos jurídicos del acto administrativo no solo pueden ser subjetivos o individuales, sino pueden ser abstractos o generales, al enunciar que los reglamentos son una especie de acto administrativo, además sostiene que el acto administrativo no solamente puede ser de orden unilateral, sino bilateral –en virtud de la declaración de voluntad-, puesto que la posición de la unilateralidad del acto no contempla en análisis la voluntad del administrado como requisito sine qua non para producir una consecuencia jurídica de ámbito administrativo, la causa, la solicitud y la voluntad como consentimiento hacen ciertos actos ser bilaterales, por lo que no podrían existir únicamente actos unilaterales de administración, que se difieren de los actos ejercidos en potestad imperativa de la administración pública como multas, sanciones u otras declaraciones de voluntad. Por último sostiene el autor que si el acto no es posible emitirlo sin el pedido del administrado, dicho acto en lo atinente a su formación es eminentemente bilateral, puesto que existe una fusión de voluntades y, por el contrario, si el acto puede ser emitido sin el pedido o consentimiento de voluntad del administrado, el acto es unilateral.

No obstante las definiciones coincidentes de los especialistas anteriores, en relación a la connotación del término, no así de sus alcances, el licenciado Castillo González plantea la obsolescencia del calificativo de “acto administrativo” por el de “decisión

³⁴ Escolá, Hector Jorge. *Ob Cit.* Pág. 431.

administrativa³⁵, bajo el argumento que en todo acto, como tal, aparece o mas bien refleja la voluntad de la administración pública que se materializa a través de este instrumento jurídico.

El Diccionario de la Real Academia Española define la voz “decidir” del latín decidere, cortar, resolver, cortar la dificultad, formar juicio definitivo sobre algo dudoso o contestable. Formar juicio implica la posibilidad de tomar una disposición apreciativa sobre determinada situación, entonces lo que define el licenciado Castillo González se encuentra ligado únicamente a la facultad que la misma norma le confiere a la administración de poder decidir, misma que configura la discrecionalidad del acto, no obstante dentro de la normativa jurídica de nuestro país existen “actos” que le son obligatorios a la administración, por lo que se hace jurídicamente inviable plasmar una apreciación o voluntad de elegir –decisión- sobre lo imperativo de la norma generalizando al universo de la gestión jurídica de la Autoridad. Es por ello que el término “decisión administrativa” no recoge la totalidad de situaciones de la gestión pública, lo anterior es comprobable mediante la existencia de los actos reglados y los actos discrecionales. Por otra parte, considerado como la contraposición a la obligatoriedad reglada del acto, prevalece el interés público sobre el interés particular toda vez éste sea indefectiblemente jurídico, siendo la ley provista de una dualidad funcional: como el parangón obligatorio de la actividad administrativa y como garantía de los derechos del administrado.

Se puede dilucidar que el acto administrativo es el mecanismo por el cual se ejerce la administración pública por parte de quienes son competentes y que son atribuidos de función pública; lo que es compartido por todos los autores es que el acto administrativo debe ser eminentemente jurídico y perseguir, de forma medial, los objetivos de la administración pública, que se circunscriben a la realización del bien común o interés público.

³⁵ Castillo González, Jorge Mario. **Ob. Cit.** Pág. 327.

2.5 Límites de la actividad administrativa

De la misma manera, que el Estado regula normas de conducta a los habitantes que permitan el desarrollo de las libertades individuales mediante el respeto y garantía de los derechos subjetivos, el Estado avala la conducta de la administración pública frente al individuo asegurando el correcto ejercicio de los derechos objetivos, arrogándose la norma una función dual, de proteger los derechos del individuo frente al individuo y frente a la misma arbitrariedad de la administración pública. Dicha protección se materializa en la norma jurídica que establece los senderos en que la administración puede actuar, habilitándole la misma para que realice su función natural de conformidad con el sistema jurídico que a la vez pretende la concreción de sus objetivos mediante la aplicación del Derecho.

Por ello, nace el Estado moderno, de la limitación del poder mediante la instauración de un sistema de conductas para evitar el abuso y extralimitación, consecuencia de ello es el Principio de Legalidad que rige el ejercicio del poder.

La actividad administrativa debe desarrollarse, siempre dentro de los límites que le son fijados por el ordenamiento normativo, el cual en ciertos casos llega a delimitar las finalidades a alcanzar, los medios a emplear y los procedimientos o formalidades que se deben seguir en ese sentido.

La existencia de esas limitaciones, en última instancia, da lugar a que se conforme dos zonas o esferas de acción que se procura diferenciar claramente: por un lado, la que es propia de la administración y dentro de la cual ésta puede hacer prevalecer sus atribuciones, derechos y potestades respecto de los administrados a fin de satisfacer las exigencias del interés público; y por el otro, la que es propia de los administrados frente a la administración, en razón de la cual aquellos pueden pretender y exigir de ésta determinadas formas de conducta y prestaciones a fin de satisfacer sus derechos e intereses individuales, normativamente asegurados.

Respecto de la administración, el derecho no sólo prescribe lo que no debe o puede hacer, sino que establece qué es lo que la administración pública tiene que hacer, cuándo y cómo debe hacerlo, de manera que si tales normas configuran una situación caracterizada por derechos y potestades administrativos, ellos aparecen como obligaciones que la administración debe asumir, aun cuando esas formas de acción no fueran exigidas por ningún administrado.

El ordenamiento normativo, sin embargo, no puede condicionar totalmente la actividad de la administración, ya que existen situaciones de contenido muy variable o aun imprevisible que las normas jurídicas no pueden resolver en todos sus detalles, razón por la cual éstos deben quedar librados a la apreciación administrativa, la cual, para llevarla a cabo, debe ceñirse también a principios, preceptos y normas no jurídicas y que son, por lo general, de naturaleza política, científica o técnica.

La administración, no obstante, puede sobrepasar indebidamente los límites fijados por el derecho a su accionar. En esos casos, al producir una lesión de los derechos e intereses reconocidos a los administrados, surgirá para ella la obligación de indemnizar los perjuicios que haya ocasionado, a fin de restaurar, por ese medio sustitutivo, la situación jurídica de los particulares afectados.

2.5.1 Actividad reglada y actividad discrecional

Desde el punto de vista de su vinculación con el orden normativo y a los elementos del acto, el Derecho Administrativo permite diferenciar dos clases de actividad: la actividad reglada y la actividad discrecional.

La administración pública, en el cumplimiento de sus funciones ejerce siempre, en mayor o menor grado un poder de apreciación y cumple sus actos en mira a un interés superior: el interés público. Se ha sostenido que diferenciar entre el acto reglado y el acto discrecional es de orden teleológico, es decir, que reside en el

ejercicio de ese poder de apreciación, condicionado por el fin de la actividad administrativa.

Marienhoff al referirse a la administración reglada y administración discrecional enuncia, que en forma distinta, ambos tipos de administración ejecutan la ley.

Para Escolá el acto reglado es aquel que supone e implica la existencia previa de normas jurídicas que determinan conjuntamente el momento, el contenido y la forma, propios del tal acto, normas de carácter inmediato a las cuales el acto debe someterse, y que, en consecuencia, restringen a márgenes muy limitados el poder de apreciación de la administración.

El acto debe conformarse a esas condiciones, referentes a su sentido y alcance, tal poder de apreciación sólo se ejercerá respecto de aquellos aspectos no regulados por la norma jurídica o no detallados o precisados por ella, pero también con una restricción: ese poder de apreciación, aun en esos supuestos, debe conformarse con la finalidad y el sentido resultantes de la norma preexistente aplicable.

El acto discrecional no reconoce la existencia de una norma jurídica previa inmediata y por ello el poder de apreciación de la administración pública se ejerce en forma amplia, brindando la posibilidad de aquilatar libremente la oportunidad, el mérito o la conveniencia de la actividad administrativa y dentro de ciertos límites el contenido del acto a dictar y más aun su destinatario.

Habría que aclarar el supuesto de inexistencia de norma jurídica, esta condicional no se refiere a la arbitrariedad o al actuar fuera de la legitimidad o habilitación normativa, sino a la ausencia de contenido de la norma, por razones de conveniencia, oportunidad o mérito conferidos en ella para disponer de un margen de libertad que responda a las situaciones fácticas enunciadas. Se trata de una discrecionalidad *Infra legem* y obedece a la finalidad de la ley.

Para el profesor Castillo González, “la actividad discrecional se basa en la existencia de la norma jurídica, pero una norma que no precisa el momento, el contenido o la forma, alguno o todos los elementos enumerados. Al faltar el momento, o el contenido o la forma o todos los elementos, de hecho no existe límite alguno, salvo que el bien común se tenga como límite natural. ... De hecho, en las leyes existe imprecisión del momento, del contenido o de la forma de la actividad administrativa. Algunas leyes regulan el momento y el contenido, omitiendo la forma. No abundan las leyes que contienen normas que reúnan los tres elementos. ... No existen actos discrecionales. Quienes justifican la libertad de los funcionarios y de los empleados públicos en la toma de decisiones y quienes tienen como propósito respaldar a las dictaduras guatemaltecas sostienen la existencia de los denominados actos discrecionales. El acto discrecional no debe confundirse con la actividad discrecional.”³⁶

La diferencia de términos arriba señalado lo podemos dilucidar de conformidad con la Real Academia Española que en su diccionario define “acto” como acción; y “actividad” como facultad de obrar. Podemos comprender lo dicho por el licenciado Castillo González en los términos de la legitimidad para obrar, puesto que el acto no contempla una habilitación sino la simple posibilidad de hacerlo, y por el contrario el término actividad despliega una permisión, que en el presente caso sería normativa jurídica.

En la actualidad no es posible concebir el poder discrecional como un poder ilimitado o supra legal, sino como un poder dentro del orden legal general y condicionado por el cumplimiento de una finalidad válida y reconocible.

Es por ello que el poder discrecional, no puede ser entendido como un poder arbitrario, ya que discrecionalidad y arbitrariedad son entidades muy diferentes, pues en el acto arbitrario la preeminencia del orden constitucional y legal es reemplazada

³⁶ Castillo Gonzáles, Jorge Mario. **Ob. Cit.** Pág. 23.

por la preeminencia de la voluntad personal del funcionario, desligada casi siempre de toda finalidad administrativa.

A los actos reglados y a los actos discrecionales, no obstante, no se los puede suponer como radicalmente opuestos y claramente separados entre sí existiendo, al contrario, una amplia zona de contacto entre ambos, en la que se oscila y se pasa de la máxima discrecionalidad a la máxima vinculación y subordinación normativa.

Para Escolá, la discrecionalidad aparece por lo común, ante la carencia de normas jurídicas que regulen acabadamente una materia determinada y la inexistencia de prohibiciones impuestas al obrar administrativo en ese aspecto. Puede resultar de situaciones en que el orden normativo concede a la administración, en determinadas cuestiones, posibilidades disyuntivas entre las cuales aquélla debe elegir, aplicando su propia apreciación o deja librada la decisión enteramente al poder administrador.

Se puede enunciar entonces a guisa de ejemplo el Artículo 183 de la Constitución Política de la República, como una Actividad discrecional, independientemente de los actos que conlleve, que a su vez serían discrecionales en virtud de dicha actividad: Son funciones del Presidente de la República: m) Coordinar, en Consejo de Ministros, la política de desarrollo de la Nación.

El extracto transcrito configura la actividad discrecional que ostenta el Presidente de la República de diseñar, de conformidad con las oportunidades, conveniencias o méritos, la política de desarrollo de la nación, toda vez obedezca a los fines supremos del Estado. Inclusive la discrecionalidad que otorga dicho precepto legal abarca una pluralidad de acciones que el Ejecutivo puede encauzar, conformando así una legalidad de vinculación negativa. Lo anterior no obsta de las clases de discrecionalidad.

Por otra parte, como actividad reglada se puede enunciar lo establecido en el Artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado, que regula en cuanto al proceso de

Contratación lo siguiente: Dentro del plazo de dos días siguientes a que quede firme lo resuelto por la Junta, esta cursará el expediente a la autoridad superior, la que aprobará o improbará lo actuado y en este último caso, con exposición razonada, ordenará su revisión con base en las observaciones que formule. Si se ordenare la revisión, dentro del plazo de dos días el expediente volverá a la Junta, la que revisará la evaluación y hará la adjudicación dentro del plazo de cinco días de recibido el expediente. La Junta podrá confirmar o modificar su decisión, en forma razonada. Devuelto el expediente a la autoridad superior, ésta aprobará lo actuado por la Junta, quedando a salvo el derecho de prescindir. Tanto la aprobación como la improbación, la hará la autoridad superior dentro del plazo de cinco días de recibido el expediente.

En el caso anterior podemos observar que existe una definición exacta de las acciones a tomar por parte de la administración pública en ese respecto, por otra parte define un procedimiento con supuestos diversos para proveer de orden en los casos que la misma ley regula. De conformidad con lo que señala el licenciado Castillo González, la norma transcrita configura precisamente una actividad reglada puesto que determina el momento, contenido y forma.

2.5.1.1 Clases de discrecionalidad

Héctor Jorge Escolá, en su Compendio de Derecho Administrativo, desarrolla una distinción sumamente importante entre clases de discrecionalidad, podríamos enunciar que deviene de la amplitud o inexactitud de la norma y por la delegación de la misma:

La discrecionalidad puede ser entendida en sentido formal o material; es formal en aquellos casos en que preexistiendo una norma legal que señala la dirección y el propósito del acto administrativo, se limita a fijar las distintas circunstancias particulares contempladas por dicha norma en forma general, de modo que interpreta

o actualiza al voluntad legislativa. Esta manera del poder discrecional puede también ser denominada impropia, pues es la modalidad más limitada de esa potestad.

Es material, en cambio, cuando se dirige a fijar el fondo y la sustancia del acto administrativo, sin que deba ceñirse para ello a una determinación preexistente, reconociendo sólo dos limitaciones: 1) la competencia legal; y 2) la realización del interés público. Esta forma del poder discrecional puede ser denominada propia, pues es la manifestación amplia y plena de esa potestad.

Cabe distinguir la existencia de una discrecionalidad administrativa, que aparece cuando en la determinación del accionar de la administración sólo se aplican criterios administrativos, de la de una discrecionalidad técnica, que es la que se refiere a la aplicación de criterios científicos o técnicos, que pueden estar ligados o no al criterio administrativo, o integrarse en mayor o menor medida con éste. La discrecionalidad administrativa implica un juicio de valoración, mientras que la discrecionalidad técnica se funda en un concepto de comprobación.

2.5.1.2 Límites de la discrecionalidad

En primer lugar, la actividad debe estar encuadrada y orientada por el fin que es propio a toda la actividad administrativa, que no es otro que el interés público cuya gestión le es confiada, de manera que toda la actividad discrecional debe estar dirigida al logro de esa finalidad. Además, la actividad discrecional está siempre subordinada a la observancia de un principio de razonabilidad, por lo que hace que los actos discrecionales no sólo deben procurar alcanzar aquel fin de interés público, sino que además deben constituir decisiones que razonablemente estén orientadas en ese sentido, apareciendo como una expresión normalmente justificada de ese accionar.

Esa razonabilidad debe resultar de fundamentos de hecho y de derecho que deben ser suficientes para sustentarla, a lo que se agrega la necesidad de que la relación

existente entre los fines propuestos por el orden normativo y los medios puestos en acción por la decisión administrativa debe ser la adecuada y debida.

El concepto anterior se engarza con el principio de Motivación de las actuaciones de la administración pública, pues como fundamento de todo acto o actividad de la administración debe contener como requisito sine qua non la enunciación fáctica y jurídica de las circunstancias que le empujan a tomar cierta determinación con razonabilidad fijada. La motivación es de suma importancia porque define y comprueba que la finalidad del acto se legitima jurídicamente.

Respecto de la Motivación, García Oviedo y Martínez Useros en su obra Derecho Administrativo, señalan que “los actos administrativos deben expresar las causas que los determinan, lo que hace que la administración sea recta, clara y despejada en su actuación, ofreciendo garantías de su imparcialidad y de la procedencia del acto. Aparta la Justificación de la Motivación, señalando que la primera enuncia el estado de hecho de la cuestión y el criterio técnico adoptado para proveer en consecuencia, y la segunda tiende a demostrar que el criterio seguido era el mejor de los que se podían adoptar, no constituye solamente un deber ético, sino su cumplimiento debe obedecer al fundamento jurídico en relación a la buena administración de los intereses públicos y privados.”³⁷

La actuación de la administración, aun cuando sea llevada a cabo en ejercicio del poder discrecional, en ningún caso puede ser ilegal, es decir, contraria al orden jurídico normativamente preceptuado. La administración, al contrario, debe aparecer como custodio de ese orden normativo que a ella también le es impuesto.

En cuanto a esto Escolá dice: “Los límites del poder discrecional, en consecuencia, pueden provenir: a) de la necesidad de la observancia y logro de las finalidades administrativas, resultantes de las normas jurídicas vigentes La trasgresión de esos límites, así entendidos, constituirá una desviación; b) de la razonabilidad de los

³⁷ García Oviedo y Martínez Useros. **Ob. Cit.** Pág. 83.

actos y decisiones comprendidos en la actividad discrecional; c) de la aplicación de un principio de buena fe, siempre exigible a la administración pública; y d) como condición general o especial, que no debe ser violado, ni aun por los actos discrecionales, como resultado de la vigencia del principio de legalidad administrativa.”³⁸

Aunado a lo anterior, Arias Gayoso y Borges Frías sostienen que la potestad discrecional otorga un margen de apreciación de la autoridad, que realizando una valoración un tanto subjetiva ejerce sus potestades en casos concretos, sin embargo el margen de apreciación que ostenta la autoridad en ejercicio de su discrecionalidad no es extra legal, sino por el contrario remitidos por la ley; reforzando cita al tratadista García de Entierra al mencionar que no hay discrecionalidad al margen de la ley, sino justamente solo en virtud de la ley y en la medida en que la ley haya dispuesto. La potestad discrecional lo es tan solo cuando la norma lo determina de esa manera.

Es importante distinguir la discrecionalidad de la arbitrariedad puesto que constituyen conceptos jurídicos totalmente diferentes y opuestos, la discrecionalidad es el ejercicio de potestades previstas en la ley, pero con cierta libertad de acción, escogiendo la opción que convenga más a la administración. Por el contrario, la arbitrariedad se caracteriza por patentizar el capricho de quien ostenta el poder. El elemento que permite diferenciar la potestad discrecional de la arbitrariedad constituye la motivación, ya que en cualquier acto discrecional, la administración está obligada a expresar los motivos de su decisión, cosa que no ocurre con la arbitrariedad, pues resulta absurdo exigir una motivación a quien actúa al margen de la ley.

Se concluye entonces, que la discrecionalidad es una atribución jurídica por la cual el legislador otorga cierto margen de libertad a la administración para que actúe en cuanto a aspectos en que es necesario, por coyuntural, la libre determinación y aplicación de criterios variables.

³⁸ Escolá, Héctor Jorge. **Ob. Cit.** Pág. 162.



CAPÍTULO III

3. El Parentesco en la doctrina y en la legislación guatemalteca.

3.1 El Parentesco como fuente del Estado Civil

Al desarrollar una de las instituciones más importantes del Derecho Civil, el **Parentesco**, conviene aunque brevemente tocar a la más importante de las instituciones como base de la sociedad e instituciones del derecho civil “La Familia” y en este campo del derecho exponer dos ideas distintas que se complementan mutuamente: la familia y el Derecho de Familia. El primer concepto como competencia de la sociología jurista, auxiliándose de los medios de conocimiento que la historia le presta, correspondiendo exclusivamente a la ciencia del Derecho desarrollar el segundo concepto.

Y a pesar de los cambios y transformaciones operados en la constitución y régimen de la familia, esta es la institución jurídico-social que más conserva su tipo en cada pueblo y se ha resistido a todo cambio que provenga del poder.

El tratadista español Espín Canovas, señala que “la familia al estar regulada por el derecho, es una institución jurídica, pero ante todo es una institución social, basada fundamentalmente en la diversidad de sexos, que da lugar al matrimonio, y de edades, que da lugar a la patria potestad de los hijos. Como institución social, la familia tiene una gran importancia para el Estado, como organización política, hasta el punto de haberse considerado muchas veces que la familia era el fundamento mismo del Estado.”³⁹

En relación al parentesco, el tratadista mexicano Rafael Rojina Villegas expone que, “el parentesco es, desde luego la fuente más importante del estado civil, por cuanto

³⁹ Espín Canovas, Diego. **Derecho Civil Español**. Págs. 4 y 5.

que, necesariamente crea en todo sujeto, relaciones con sus progenitores y ascendientes. Además se extiende a la línea recta descendiente y a la colateral. No necesariamente un sujeto debe tener parientes en las dos últimas líneas citadas, pues es posible, que carezca de descendientes y de colaterales, en general.”⁴⁰

Sigue exponiendo dicho autor, que el parentesco implica en realidad un estado jurídico, por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho. La situación estable que se crea entre diversos sujetos relacionados, permite la aplicabilidad constante de todo el estatuto familiar, relativo a esta materia, para que no solo se produzcan consecuencias momentáneas o aisladas, sino para que se mantengan las mismas en forma más o menos indefinidas.

3.2 Definición y Concepto

En el derecho de familia, el parentesco constituye el elemento fundamental. Tradicionalmente el parentesco se ha definido como, el vínculo consanguíneo que une a varias personas que descienden unas de otras o de un tronco común. El parentesco en sentido estricto hace referencia a la comunidad de sangre, es decir, a la consanguinidad o parentesco por consanguinidad que liga a las personas que descienden unas de otras o bien de un antepasado común. Pero en sentido más amplio también se llama parentesco al vínculo del matrimonio, que existe entre cada cónyuge y los parientes del otro, parentesco que se denomina de afinidad. También por ficción de ley, existe el parentesco por virtud de la adopción entre adoptante y adoptado, denominándose parentesco civil.

En el Derecho Canónico se conoce el parentesco espiritual, procedente de los sacramentos del bautismo y confirmación, y se hacen parientes por el ministro del sacramento y la persona que lo recibe, los padres y los padrinos. Esta clase de

⁴⁰ Rojina Villegas Rafael. **Derecho Civil Mexicano**. Págs. 457

parentesco no está reconocido en la legislación guatemalteca, aunque se reconoce en las relaciones sociales como una unión espiritual, no tan acentuada respecto al mismo religioso y quien recibe los expresados sacramentos, como entre éste y padrinos y padres.

Para el Jurista Rafael Rojina Villegas, el parentesco "es una situación permanente que se establece entre dos o más personas, por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, de la cual se derivan constantemente un conjunto de relaciones jurídicas."⁴¹

Así también para el Licenciado Jorge Angarita Gómez, por este se entiende "el vínculo o conexión que existe entre personas que forman una familia, que para la ley puede ser de consanguinidad, si están unidos por la sangre, de afinidad, o sea, el vínculo que existe entre una de las personas que se han conocido, carnalmente y los consanguíneos de la otra persona y el civil que resulta de la adopción."⁴²

3.3 Clases de parentesco

El Artículo 21 de la Ley del Organismo Judicial, lo define como reglas del parentesco, no conceptualizando al mismo e indica, que la Ley, reconoce el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado, el de afinidad dentro del segundo grado, y el civil, que surge de la adopción conforme a la Ley. Los cónyuges son parientes, pero no forman grado.

El Código Civil Guatemalteco Decreto Ley 106, no conceptualiza el parentesco, sin embargo, en el artículo 190, regula lo relacionado a las clases de parentesco así: **Clases de Parentesco.** La ley reconoce el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado, el de afinidad dentro del segundo grado, y el civil, que nace de la

⁴¹ Rojina Villegas Rafael. **Ob. Cit.** Págs. 458.

⁴² Angarita Gómez Jorge. **Derecho Civil.** Pág. 51.

adopción y solo existe entre el adoptante y el adoptado. Los conyugues son parientes, pero no forman grado

3.3.1 Parentesco por Consanguinidad

En su libro Derecho de las Personas y de la Familia Guatemalteco, él jurista Daniel Matta Consuegra define, que el parentesco por consanguinidad, “es el que existe entre dos personas unidas por el vínculo de sangre; ejemplo: dos hermanos, los tíos, llamándose a este también parentesco natural, propio o inmediato, es decir que proceden de un mismo tronco genealógico, mediante la generación natural y existe por tener los parientes la misma sangre.”⁴³

Para los abogados Wilfrido Porras Escobar, Edgar Alberto de León Estrada y Victalino de Jesús Espino Pinto, el parentesco por consanguinidad, “es aquel que existe entre personas unidas por vínculos de sangre o sea entre las personas que descienden una de otra o que sin descender uno de otro, son los ascendientes o descendientes de un mismo tronco.”⁴⁴

La legislación civil guatemalteca, Artículo 191, indica: Parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

3.3.2 Parentesco por Afinidad

El mismo cuerpo civil, Artículo 192 define, que parentesco de afinidad, es el vínculo que une a un conyugue con otro y sus respectivos parientes consanguíneos. Sin embargo para el Licenciado Jorge Angarita Gómez, “es el vínculo que existe entre personas que se han conocido carnalmente y los consanguíneos de la otra

⁴³ Matta Consuegra Daniel. **Derecho de las Personas y de la Familia Guatemalteco**. Pág. 126.

⁴⁴ Porras Escobar, Wilfredo; De León Estrada Edgar A.; Espino Pinto Victalino de J. **Apuntes de Derecho Civil**. Pág. 142

persona.”⁴⁵. Así también el Licenciado Daniel Matta Consuegra lo define como “el que une a un cónyuge con la familia del otro cónyuge; por ejemplo, el suegro (1o. Grado), los cuñados (2o. grado).”⁴⁶

3.3.3 Parentesco Civil

Para el autor Espín Canovas, la adopción es “un acto sometido a la aprobación de la justicia, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima, se trata por lo tanto de un vínculo creado a imitación del producido por la generación.”⁴⁷. Ahora bien, para Valverde y Valverde, se entiende, “por la adopción se establecen entre el adoptante y el adoptado relaciones civiles de paternidad y filiación, por eso puede decirse que es el acto jurídico que crea entre dos personas una relación análoga a la que resulta de la paternidad y filiación legítima.”⁴⁸. En el Código Civil guatemalteco Artículo 190, se indica, que es el que nace de la adopción y solo existe entre el adoptante y el adoptado.

3.4 Sistemas para computarlo

Para tomar en cuenta este aspecto y observando la importancia del mismo, y la regulación referida a las personas a quienes se debe prestar alimentos, los llamados a suceder en una herencia, así también aquellos derivados del parentesco que pudieran ser impedimentos para la celebración de contratos, es necesario que sea real y debidamente establecido por nuestra legislación, es por ello que el parentesco debe determinarse a través de su computo, es decir en términos del grado de parentesco que une a dos personas, para poder establecer con cierta base los derechos, impedimentos y obligaciones derivados de los mismos.

⁴⁵ Angarita Gómez. **Ob. Cit.** Pág. 51.

⁴⁶ Matta Consuegra Daniel. **Ob. Cit.** Pág. 126.

⁴⁷ Espín Canovas, Diego. **Ob. Cit.** Pág. 334.

⁴⁸ Valverde y Valverde Calixto. **Tratado de Derecho Civil Español.** Págs. 472 y 473.

Se conocen dos sistemas para la computar el Parentesco, a saber:

Sistema Romano: El que hace distinción entre línea y grado y el cómputo de las generaciones.

Sistema Germánico: Es aquel en el cual no cuenta en la línea colateral, más que las generaciones de la rama más larga o una sola si ambas son iguales.

En la doctrina se dice que la proximidad del parentesco se determina por el número de generaciones, y que cada generación es la que forma un grado. La sucesión o serie de grados forma lo que se denomina línea, la cual puede ser directa o colateral. La línea recta es aquella formada por una serie de grados entre personas que descienden una de otra; y la línea colateral, la formada por una serie de grados entre personas que no descienden una de otras, pero que proceden de un tronco común; la línea recta se divide en descendiente y ascendiente, la primera es aquella que une al cabeza de familia con los que descienden de él; la segunda une a la persona con aquellos de quienes desciende.

En el cómputo de línea se cuenta tanto los grados como las generaciones o personas, descontando o quitando la del progenitor. En cambio en la línea recta se sube únicamente hasta el tronco, a manera de guisa un hijo con relación al padre cuenta un grado, dos del abuelo y tres del bisabuelo. Y en la línea colateral se cuenta el tronco común para abajo hasta la persona a quien se computa.

De los sistemas observados con anterioridad, el Código Civil vigente adopta el romano, y el mismo reconoce expresamente tres clases de parentesco, el de consanguinidad dentro del cuarto grado, el de afinidad dentro del segundo y el civil que nace de la adopción. La graduación se hace por el número de generaciones y cada una constituye un grado, la línea recta es cuando las personas descienden unas de otras y el colateral o transversal cuando las personas provienen de un ascendiente común pero no descienden unas de otras. El parentesco se encuentra

contemplado en la legislación Código Civil en vigencia, del artículo 190 al 198, que contiene las clases de parentesco, consanguinidad, afinidad, grado y línea.

3.5 Causas determinantes de la relación de parentesco

¿Cuál es la relación, que origina que una persona sea pariente de otra?

Claro la más importante e inmediata relación de parentesco, se produce por el fenómeno de la procreación, que tiene lugar dentro del matrimonio, la cual dará lugar a la filiación matrimonial, y si es fuera de él, a la filiación extramatrimonial, surgiendo la primera causa o motivo de las relaciones de parentesco, siendo además la de mayor intensidad, ya que aquella situación extiende su influencia de un modo absoluto y natural hacia arriba y hacia abajo; de manera que, en la filiación matrimonial, los ascendientes del procreado resultan parientes de este, y los descendientes del mismo devienen parientes del mismo y devienen parientes de aquellos. El pariente corre ininterrumpidamente toda la línea directa, sirviendo de entrecruce perfecto de las generaciones.

La línea madre se va formalmente desintegrando y surgiendo de ella otras ramas con vida independiente, pero esto mantiene la sangre del tronco común y de esa descendencia conjunta, por ese correr de la misma sangre, surge otra relación parental, el llamada parentesco de consanguinidad en la línea colateral.

A la par de esta descendencia directa, el derecho crea una semejante situación parecida, de modo formal, que da lugar al parentesco por adopción. Finalmente de la unión de dos seres, que perpetúan la especie, nace el parentesco por afinidad, que según la concepción cristiana cada uno de ellos resulta pariente de los parientes del otro. De lo que resulta:

- a) La descendencia consanguínea directa.
- b) La descendencia común.
- c) La descendencia formal, y

d) El parentesco sobre el matrimonio.

La primera da lugar al parentesco de consanguinidad en línea recta, el segundo en la consanguinidad en la línea colateral, el tercero al civil o de adopción y el cuarto al de la afinidad. El Código Civil actual lo regula en su artículo 190, reconociendo la existencia de estas clases de parentesco.

3.6 Medición del parentesco

El vínculo que une a dos parientes se mide por líneas y grados. Hemos dicho que la proximidad del parentesco se determina por el número de generaciones, y que cada generación es la que forma un grado. La sucesión o serie de grados forma lo que se denomina línea, la cual puede ser directa o colateral.

3.6.1 Línea

Para Nicolás Coviello, llama línea “a la serie no interrumpida de grados, o bien, el conjunto de las personas que descienden una de otra.”⁴⁹ El Código Civil en el artículo 194 expresa más o menos igual, que en la primera de las formas mencionadas al decir: la serie de generaciones o grados procedentes de un ascendiente común forma línea.

El parentesco de consanguinidad comprende dos líneas: recta y transversal o colateral.

1) Línea recta: Se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras. El actual Código Civil, Artículo 195, indica de igual manera la línea es recta, cuando las personas descienden unas de otras.

⁴⁹ Coviello, Nicolás. **Doctrina General del Derecho Civil**. Págs. 184 y 185

Sigue el autor Coviello indicando, que la línea recta suele distinguirse en descendente y ascendente; distinción que se funda en el modo de considerar la línea de arriba hacia abajo o de abajo hacia arriba, según se trate de ver cuales son las personas, que descienden del mismo tronco, o de determinar en cambio cuales son los ascendientes de una persona.

1.1) Línea recta descendente: La línea recta descendente es la que liga al progenitor con los que de él proceden, o bien la serie de grados o generaciones que unen el tronco común con sus hijos, nietos y demás descendentes.

1.2 Línea recta ascendente: Es la que liga a una persona con su progenitor o tronco de que procede o bien como lo refiere José Arias, al indica que es, "la serie de grados o generaciones que ligan al tronco con su padre, abuelo y otros ascendentes."⁵⁰

El Código Civil, Artículo 196, aunque no indica qué personas están comprendidas en la línea recta ascendente o descendente, refiere más o menos lo mismo al preceptuar, que en línea recta ascendente o descendente hay tantos grados como generaciones, o sea tantos como personas, sin incluirse la del ascendiente común.

2) Línea Transversal o colateral: Así, también el jurista Arias, se refiere a la línea transversal o colateral, indicando que es el conjunto de personas que no descienden una de otras, pero que tienen el mismo tronco común.

El código Civil. Artículo 196, se orienta en la misma forma que el anterior precepto doctrinario, al decir, que línea colateral o transversal, es cuando las personas provienen de una ascendiente común, pero no descienden unas de otras.

⁵⁰ Arias José. **Derecho de Familia.** Pág. 41.



3.6.2 Grado

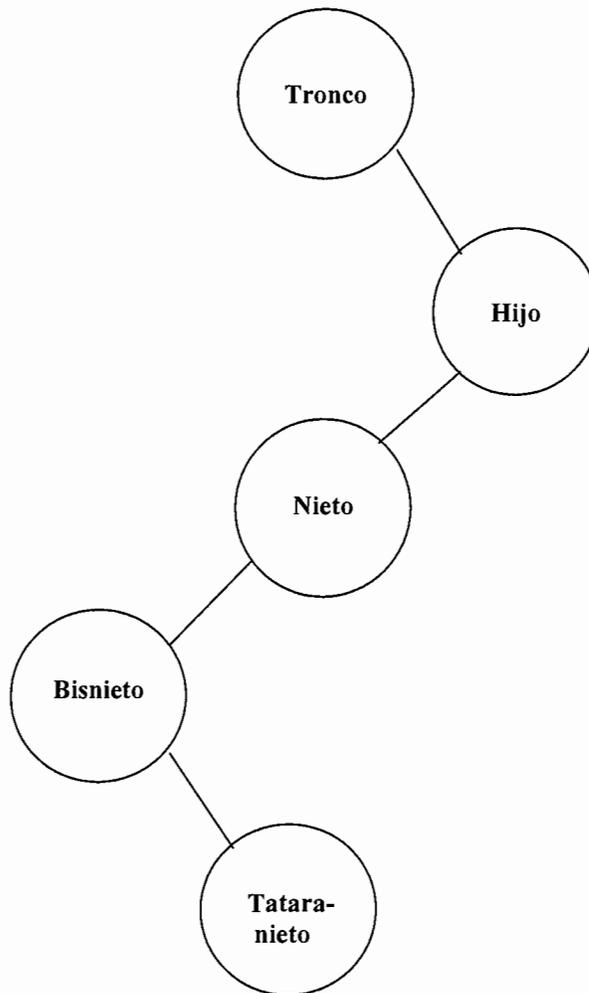
La jurista mencionada le llama grado, al vínculo entre dos individuos, formado por la generación. El código civil vigente Artículo 193, aunque no define lo que es grado, establece que el parentesco se gradúa por el número de generaciones; cada generación constituye un grado.

3.6.3 Tronco

Se le llama tronco el grado de donde parten dos o más líneas, las cuales por relación a su origen se llaman ramas. El código civil referido no contempla este precepto doctrinario.

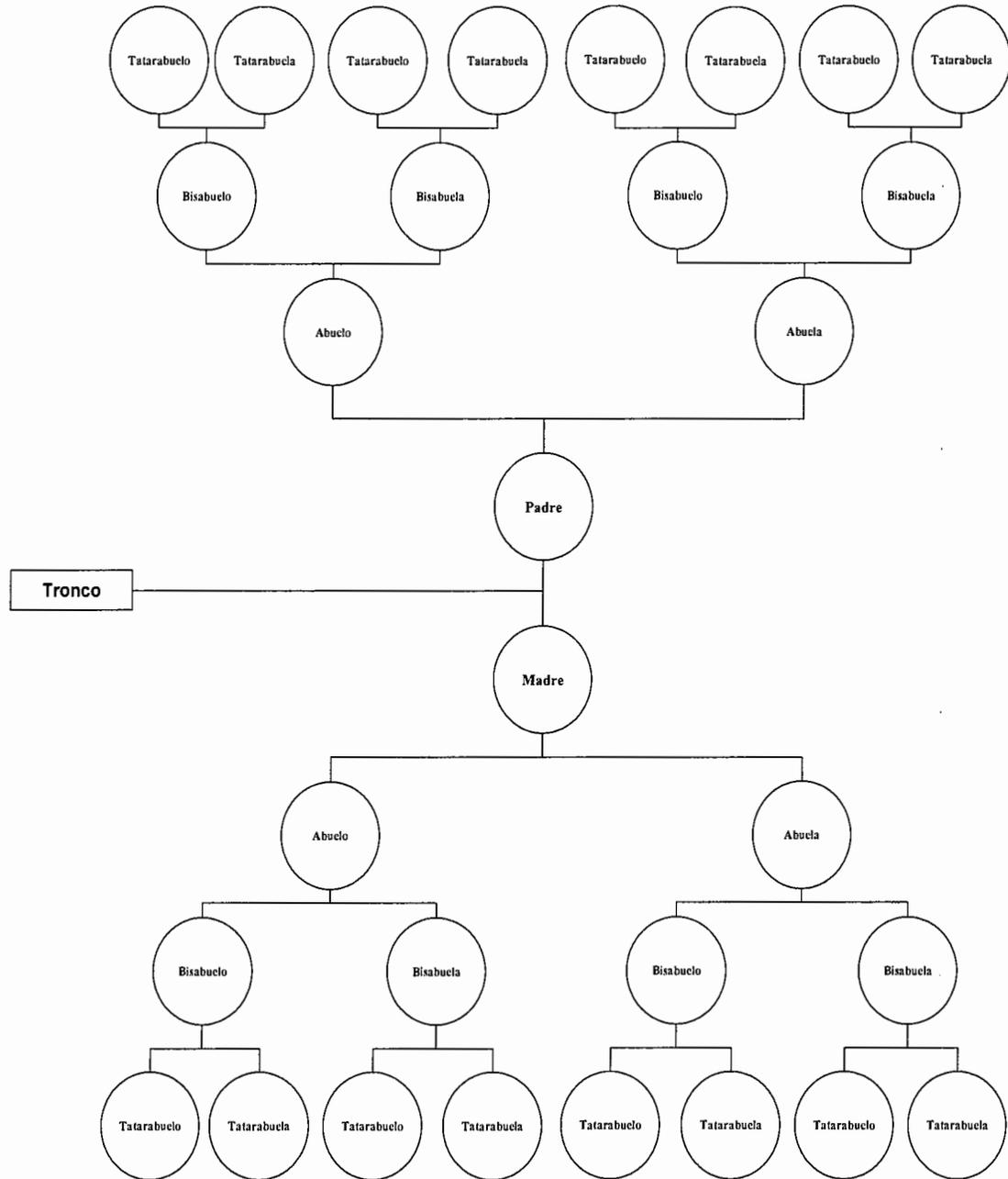
3.7 Diagramas para explicar el parentesco.⁵¹

FIGURA No. 1



⁵¹ José Arias. Ob. Cit. Pág. 40.

FIGURA No 2⁵²



⁵² José Arias. Ob. Cit. Pág. 41.

3.8 Leyes varias de derecho guatemalteco que impiden el ejercicio de algunos actos y desempeño de cargos públicos.

Constitución Política de la República de Guatemala: La Carta Magna prohíbe el desempeño de determinados cargos públicos por razones de parentesco, así:

Artículo 164. Prohibiciones y compatibilidades. No pueden ser diputados:

c) Los parientes del presidente y los del vicepresidente de la república, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Artículo 186. Prohibiciones para optar a los cargos de Presidente o Vicepresidente de la República:

c) Los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad del Presidente o Vicepresidente de la República, cuando este último se encuentre ejerciendo la Presidencia, y los de las personas a que se refiere el inciso primero de este artículo.

Artículo 197. Prohibiciones para ser Ministro de Estado: No pueden ser ministros de Estado:

a) Los parientes del Presidente o del Vicepresidente de la República, así como los de otro ministro de Estado, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Código Civil Decreto Ley 106:

Artículo 88.- Casos de Insubsistencia. Tienen impedimento absoluto para contraer matrimonio: 1º.- Los parientes consanguíneos en línea recta y en la colateral, los hermanos y medio hermanos; 2º.- Los ascendientes y descendientes que hayan estado legados por afinidad.

Artículo 1234.- El registrador sustituido hará las veces del propietario accidentalmente, cuando éste, su cónyuge o sus parientes intervengan en un documento inscribible o sean parte en el juicio de que proceda el mandamiento u orden para una inscripción o anotación.

Artículo 1736.- Los cónyuges no pueden celebrar entre sí contrato de sociedad que implique la formación de una persona jurídica, salvo que figuren como socios o terceras personas. Se exceptúa también el caso de sustitución legal.

Artículo 1792.- El marido no puede comprar de su mujer ni ésta de aquel, aunque haya separación de bienes. No quedan incluidas en las prohibiciones las adjudicaciones en pago entre cónyuges por razón de liquidación de la sociedad conyugal.

Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107:

Artículo 144 (Testigos inhábiles). No podrán ser presentados como testigos los parientes consanguíneos o afines, de las partes, ni el cónyuge aunque esté separado legalmente.

Código Procesal Penal Decreto 51-92, del Congreso de la República:

Artículo 212. Excepciones de la obligación de declarar. No están obligados a prestar declaración:

1. Los parientes cuando sus declaraciones puedan perjudicar a sus familiares, dentro de los grados de ley: los adoptantes y adoptados, los tutores y pupilos recíprocamente, en los mismos casos.

Código de Notariado Decreto 314, del Congreso de la República.

Artículo 53. No podrán ser testigos:

4. Los parientes del Notario;

5. Los Parientes de los otorgantes, salvo el caso que firmen a su ruego, cuando no sepan hacerlo y no se trate de testamento o de donaciones por causa de muerte.

Artículo 77. Al Notario le es prohibido:

1. Autorizar actos o contratos a favor suyo o de sus parientes.

Código Municipal Decreto 12-2002, del Congreso de la República:

Artículo 45 Prohibiciones. No pueden ejercer las funciones de alcalde, síndico o concejal:

d. Cuando exista parentesco dentro de los grados de ley entre los electos. Si el parentesco fuere entre el alcalde y uno de los síndicos o concejales, se tendrá por electo al alcalde. Si fuere entre otros miembros del Consejo Municipal, se tendrá por electo al síndico o concejal que tenga a su favor la adjudicación preferente, llenándose ipso facto la vacante que se produzca por este motivo.

Ley de Probidad decreto 89-2002 del Congreso de la República:

Artículo 17 Casos que generan responsabilidad administrativa. Si perjuicio de los casos regulados en leyes específicas, también son casos que generan responsabilidad administrativa:

d. La contratación de la esposa o hijos como subalternos en relación de dependencia.

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

Artículo 122. Impedimentos. Son impedimentos para que un juez conozca un asunto determinado.

b) Haber sido el juez o alguno de sus parientes asesor, abogado o perito en el asunto.



- c) Tener el juez o alguno de sus parientes, interés directo o indirecto en el asunto.
- d) Tener el juez parentesco con alguna de las partes.
- e) Ser el juez superior, pariente del inferior, cuyas providencias prendan ante aquel.
- f) Haber aceptado el juez o alguno de sus parientes herencia, legado o donación de alguna de las partes.

Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92, del Congreso de la República:

Artículo 12 impedimentos. No podrán ser miembros de las juntas de Licitación quienes tengan los impedimentos siguientes:

- c) Tener él o alguno de sus parientes, dentro de los grados de ley interés directo en el asunto.
- d) Tener parentesco dentro de los grados de ley, con alguna de las partes.
- e) Ser pariente dentro de los grados de ley, de la autoridad superior de la institución.

Artículo 13. Excusas. No podrán ser miembros de las Juntas de Licitación, y deberán excusarse, en los casos siguientes:

- e) Cuando el integrante o sus parientes dentro de los grados de ley hayan sido tutotes, protutores, guardadores, mandantes o mandatarios de laguna de las partes o de sus descendientes, cónyuges o hermanos.
- f) Cuando la esposa o los parientes consanguíneos del integrante hayan aceptado herencia, legado o donación de alguna de las partes.
- h) Cuando el integrante, su esposa, descendientes, ascendientes o hermanos y laguna de las partes hayan otorgado un contrato escrito del que resulte una relación jurídica que aproveche o dañe al integrante o a cualquiera de sus parientes mencionados.
- i) Cuando el integrante, su esposa o parientes consanguíneos tengan juicio pendiente con alguna de las partes o lo haya tenido un año antes.
- k). Cuando el asunto pueda resultar daño o provecho para los intereses del integrante, su esposa o alguna de sus parientes consanguíneos.



l) Cuando el integrante, su esposa, o alguno de sus parientes consanguíneos tengan enemistad grave con alguna de las partes.

Artículo 80. Prohibiciones. No podrán cotizar, licitar ni celebrar contratos con el Estado, derivado de la aplicación de la presente ley, las personas en quienes concurren cualesquiera de las circunstancias siguientes:

e) Ser servidor o trabajador público del Estado o de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta ley, así como sus parientes dentro de los grados de ley, cuando los contratos deban celebrarse con las dependencias en que el servidor o trabajador del Estado preste sus servicios o se encuentre bajo su autoridad. Igual prohibición rige para las personas jurídicas cuando dicho servidor público sea socio o representante de las mismas.



CAPÍTULO IV

4. Ley de Contrataciones del Estado

4.1 Generalidades

El fin supremo del Estado, su actividad administrativa se encausa a la consecución del bien común o interés público y la Administración Pública, como medio, debe concertar los esfuerzos necesarios para operativizar y materializar dicho objetivo. Es necesario que la administración, y en general el Estado cuente con los elementos que le permitan desarrollar sus alcances y para ello debe participar en la esfera económica que le permita proveerse de lo necesario, de una manera transparente y eficaz, con el provecho de la obtención de los mejores productos a los precios que le beneficien o convengan al Estado.

4.2 Conceptualización

Teniendo claro, que la Ley abarca todas las normas de rango legal emanadas tanto del poder legislativo como del poder ejecutivo, que el término contratación de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española deviene de “pactar, convenir, comerciar y hacer contrato”,⁵³ y que para el Licenciado Alberto Pereira Orozco, el Estado en sentido formal, “es la organización jurídica de la sociedad, que se expresa como un conjunto coherente de instituciones dentro de un ordenamiento político y administrativo, y con un sistema jerárquico de normas jurídicas y de órganos,”⁵⁴ se puede conceptualizar, que la Ley de Contrataciones del Estado Decreto 57-92 del Congreso de la República, es: El conjunto de normas jurídicas de orden administrativo, que regulan todas las negociaciones y contratos relativos a la compra, venta de bienes, suministros, obras y servicios que requieran los

⁵³ Diccionario de la Lengua Española **Real Academia Española**. Pág. 129

⁵⁴ Pereira Orozco Alberto, **Introducción al Estudio del Derecho**. Pág. 25

organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales.

Su objeto se encuentra regulado en el Artículo 1. el cual se encausa a la compra, venta y contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requieran los organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales, las que quedan sujetas a esta ley y su reglamento.

Con la finalidad de implementar una política de transparencia y apertura, la Ley de Contrataciones del Estado cuenta con el sistema electrónico de información de contrataciones y adquisiciones del Estado, denominado **GUATECOMPRAS**. Éste es un mercado electrónico en el cual las entidades del Estado deben publicar todo proceso de venta, compra y contratación de bienes, suministros, obras y servicios, lo que permite visualizar desde una dirección de Internet, qué institución pública, a través de qué procedimiento, en qué momento y lugar se está realizando un proceso de adquisición, así como el precio y el proveedor con quien se está contratando.

El Artículo 4 Bis del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece, que "El sistema de información de contrataciones y adquisiciones del Estado, adscrito al Ministerio de Finanzas Públicas, deberá ser utilizado para la publicación de todo proceso de compra, venta y contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requieran las entidades reguladas en el Artículo 1 de la Ley, desde la convocatoria, resolución de impugnaciones si las hubiere, hasta la adjudicación, incluyendo las compras por excepción y todos los procedimientos establecidos en la ley y en el presente reglamento.

4.3 Normas y Procedimientos para la compra y/o contratación de obras, bienes y suministros

La Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República establece distintos regímenes para la contratación administrativa, su diversificación obedece prácticamente a criterios de transparencia en la utilización de los recursos públicos en relación al monto y por cantidades estimadas de consumo de los bienes, obras, suministros y servicios. Las modalidades o regímenes de contratación que regula la Ley de Contrataciones del Estado son: Compra Directa, Cotización, Licitación, Contrato Abierto, no quedando fuera los casos que exoneran la aplicación del procedimiento de licitación y cotización, mismos que se encuentran recogidos en los casos de excepción.

4.3.1 Compra Directa

El Artículo 43 de la Ley de Contrataciones del Estado establece, que la contratación que se efectúe en un solo acto, con una misma persona y por un precio de hasta noventa mil quetzales (Q.90,000.00), se realizará bajo la responsabilidad y autorización previa de la autoridad administrativa superior de la entidad interesada, tomando en cuenta el precio, calidad, el plazo de entrega y demás condiciones que favorezcan los intereses del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, siguiendo el procedimiento que establece dicha autoridad.

Por otra parte, el segundo párrafo de este artículo indica que, todas las entidades sujetas a los procedimientos establecidos en la ley, que realicen compra directa, deben publicar en **GUATECOMPRAS**, sin embargo cuando la compra directa sea menor de diez mil, no quedan obligados a cumplir con dicha publicación.

4.3.2 Cotización

El Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas define el término cotización indicando, que “se refiere al precio que en mercados públicos se fija para la venta o compra de mercancías.”⁵⁵

La cotización se encuentra contemplada en el Artículo del 38 de la Ley de Contrataciones del Estado indicando, que si los precios de los bienes, de las obras, suministros o remuneración de los servicios son mayores de noventa mil quetzales (Q90,000.00) y no exceda de novecientos mil quetzales (Q 900,000,00) la compra o contratación podrá hacerse por el sistema de cotización.

En este sistema, la presentación de las bases, designación de la Junta y la aprobación de la adjudicación, compete a las autoridades administrativas que en jerarquía le siguen a las nominadas en el Artículo 9 de la ley, no procediendo la aplicación de este sistema si la compra se hiciere por contrato abierto.

Así también, de conformidad con el Artículo 42 de la ley citada, las disposiciones en materia de licitación, regirán supletoriamente en el régimen de cotización, en lo que fueren aplicables.

4.3.3 Licitación Pública

El Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales del licenciado Manuel Osorio define la Licitación como: “la acción y efecto de licitar, ofrecer precio por una cosa en subasta o almoneda”⁵⁶. En Derecho Administrativo tiene mayor importancia ya que los contratos con particulares sobre suministros, ejecución de obras o prestación de servicios públicos tienen que hacerse por este procedimiento para su adjudicación de acuerdo con un pliego de condiciones.

⁵⁵ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de Derecho Usual** Pág. 107.

⁵⁶ Osorio Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales.**

El Artículo 17 del mismo cuerpo legal referido norma, que cuando el monto total de los bienes, suministros y obras exceda de novecientos mil quetzales (Q900,000.00) la compra o contratación deberá hacerse por Licitación Pública, salvo los casos de excepción que indica la ley en el capítulo III del Título III. También indica que si no excediera de dichos montos, se sujetará a los requisitos de cotización o a los de compra directa conforme se establece en la ley y su reglamento.

Para llevar a cabo la Licitación Pública el Artículo 18 determina que se deberán elaborar según el caso los documentos siguientes:

1. Bases de licitación
2. Especificaciones generales
3. Especificaciones técnicas
4. Planos de construcción, cuando se trate de obras

4.3.3.1 Requisitos de las bases de licitación

En las bases de cotización se deberán especificar los requisitos que sean aplicables a los cuales se sujetarán los oferentes en función a lo que determina el Artículo 19 de la Ley de Contrataciones del Estado, los que se deberán indicar claramente. Los requisitos mínimos que deben contener las bases de licitación son los siguientes:

1. Condiciones que deben reunir los oferentes.
2. Características generales y específicas, cuando se trate de bienes y servicios.
3. Lugar y forma en donde será ejecutada la obra, entregados los bienes o prestados los servicios.
4. Listado de documentos que debe contener la plica, en original y copias requeridas, una de las cuales será puesta a disposición de los oferentes.

5. Indicación de que el oferente deberá constituir, según el caso, las garantías a que se refiere el Título V, Capítulo Único de la ley.
6. En casos especiales y cuando la autoridad superior lo considere oportuno, las garantías, que deberá constituir el contratista, con indicación de los riesgos a cubrir, su vigencia y montos.
7. Forma de pago de la obra, de los bienes y servicios.
Porcentaje de anticipos y procedimientos para otorgarlo, cuando este se conceda.
8. Lugar, dirección exacta, fecha y hora en que se efectuará la diligencia de presentación, recepción y apertura de plicas.
9. Declaración Jurada de que el oferente no es deudor moroso del Estado ni de las entidades a las que se refiere el artículo 1. de la ley, o en su efecto, compromiso formal de que, en caso de adjudicársele la negociación, previo a la suscripción de contrato acreditará haber efectuado el pago correspondiente.
10. Indicación de la forma de integración de precios unitarios por renglón.
11. Criterios que deberán seguir la Junta de Licitación para calificar las ofertas recibidas.
12. Indicación de requisitos que se consideren fundamentales; y
13. Modelo de oferta y proyecto de contrato.

Adicionalmente el Artículo 26 de esta norma indica, que los oferentes que participen en las licitaciones, cotizaciones y quienes estuvieran comprendidos en los casos de excepción, presentaran junto con la oferta, Declaración Jurada de no estar comprendidos en ninguno de los casos a que se refiere el artículo 80 de la ley, sigue regulando este Artículo indicando, que si se descubriere falsedad en la declaración, la autoridad a que corresponda la adjudicación descalificará a aquel oferente, sin perjuicio de poner en conocimiento a los tribunales de justicia.

En caso de que la falsedad de la declaración fuere descubierta estando en ejecución o terminando el servicio o la obra respectiva, los adjudicatarios responderán por los



daños o perjuicios que se produzcan por tal causa, aplicándoles las sanciones previstas en la ley y trasladando lo conducente a los tribunales de justicia

El Artículo 80 del cuerpo legal precipitado indica: **Prohibiciones.** No podrán cotizar, licitar ni celebrar contratos con el Estado, derivado de la aplicación de la ley, las personas en quienes concurran cualesquiera de las circunstancias siguientes:

1. No estar inscrita en el registro de precalificados correspondientes.
2. Aparecer inhabilitada en **Guatecompras**.
3. No estar al día en el pago de sus obligaciones tributarias y de seguridad.
4. Estar privada, por sentencia firme, del ejercicio de sus derechos civiles.
5. Ser servidor o trabajador público del Estado o de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, así como sus parientes dentro de los grados de ley, cuando los contratos deban celebrarse con las dependencias en que tal servidor o trabajador del Estado preste sus servicios o se encuentre bajo su autoridad. Igual prohibición rige para las personas jurídicas cuando dicho servidor público sea socio o representante de las mismas.
6. Haber intervenido directa o indirectamente en las fases previas a la compra o contratación. Esta prohibición se hace extensiva a los parientes dentro de los grados de ley, así como a las personas jurídicas de las cuales sean socios o representantes.

4.3.4 Contrato Abierto

Sobre este sistema, la Ley de Contrataciones del Estado en su Artículo 46 define, que contrato abierto es un sistema de compra y contratación coordinado por el Ministerio de Finanzas Públicas a través de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, con el objeto de seleccionar proveedores de bienes, suministros y servicios de uso general y constante, o de considerable demanda, previa calificación y adjudicación de los distintos rubros que se hubieren convocado a concurso público a solicitud de dos o más instituciones de las



contempladas en el Artículo 1. de esta ley, para el cumplimiento de sus programas de trabajo.

Por otro lado indica, que queda exonerada de los requisitos de licitación y cotización, la compra y contratación de bienes, suministros y servicios que lleven a cabo las entidades a las que se refiere el artículo 1. de esta ley, quienes lo podrán hacer directamente con los proveedores seleccionados por medio de contrato abierto por el Ministerio de Finanzas Públicas.

4.3.5 Casos de excepción

Los casos de excepción son regulados en el Artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, como su nombre refiere, se aparta de los regimenes de licitación y cotización por razones expresamente calificadas en la norma, entre otros:

1. En casos de seguridad de la nación para salvaguarda de fronteras, puentes, recursos naturales o la integridad del territorio nacional; los suministros, obras y servicios indispensables para solucionar situaciones derivadas de los estados de excepción.
2. Los necesarios para resolver situaciones de interés nacional o beneficio social.
3. Compra de bienes muebles e inmuebles y acondicionamiento de sujetos del Derecho Público Internacional en representación diplomática de estados amigos en relación con el Estado de Guatemala y viceversa.
4. Compra de armamento y insumos bélicos.
5. Compra de metales necesarios para la acuñación de moneda.
6. Contratación de servicios profesionales individuales.
7. Compra con proveedores únicos.

4.4 Procedimiento de contratación

Con exclusión de la contratación directa y los casos de excepción, de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, el procedimiento de contratación se puede desglosar en varias etapas:

4.4.1 Etapa previa

Se desarrollarán en las unidades administrativas de la dependencia del Estado interesadas, tal y como lo regulan los Artículos 3 y 4 y 15 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, a saber:

1. Requerimiento de compra
1. Disponibilidad presupuestaria
2. Programación de la negociación

4.4.2 Etapa preparatoria

Idealmente esta etapa la desarrollan el departamento de compras y la Autoridad Superior de la entidad con base en los artículos 10, 11, 18, 19, 19 bis, 20, 21, 22 Y 23 de la Ley de Contrataciones del Estado, así:

1. Elaboración de documentos
2. Aprobación de documentos
2. Publicación de convocatoria
3. Integración de la Junta de Calificación

En cuando a la elaboración de documentos, la llevan a cabo las entidades requirentes, a través del departamento de compras, contenidos en las Bases de Licitación y Cotización que incluyen las especificaciones generales y técnicas de lo que se desea adquirir, por lo que las personas que las elaboren deben tener

conocimiento sobre los bienes y servicios requeridos a efecto de poder determinar las características de los bienes que sean apropiados para cubrir la necesidad que motiva la compra. Estos deben ser autorizados por la Autoridad Superior de la dependencia, previo los dictámenes técnicos respectivos y publicados por **GUATECOMPRAS**.

Dicha documentación debe contener como mínimo:

1. Las condiciones que deben reunir los oferentes
2. Características generales y específicas
3. Lugar y forma en donde será ejecutada la obra o entregados o prestados los servicios
4. Listado de documentos que debe contener la plica
5. Indicación de garantías
6. Forma de pago
7. Porcentaje de anticipo y procedimiento para otorgarlo
8. Lugar, dirección exacta, fecha y hora en que se efectuará la diligencia de presentación, recepción y apertura de plicas.
9. Precios unitarios por renglón
10. Declaración jurada
11. Criterios para calificación
12. Requisitos que se consideren fundamentales
13. Modelo de oferta y proyecto de contrato

En cuanto a las Juntas de Licitación y Cotización tendrán a su cargo:

1. Recepción y apertura de ofertas
2. Calificación de ofertas
3. Adjudicación del negocio
4. Notificación
5. Traslado de expediente

La etapa de desarrollo corresponde a un órgano colegiado específicamente destinado para ello, regulado en el Artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual establece que, la Junta de Licitación y/o Junta de Cotización, es el único órgano competente, para recibir, calificar ofertas y adjudicar el negocio.

4.4.3 Etapa formal

El desarrollo de las fases de la etapa formal estarán a cargo de la Autoridad Superior de la entidad, quien aprobará o improbara lo actuado por la junta, lo que se notificará electrónicamente a través de **GUATECOMPRAS** y de los mismos proveedores quienes a resulta de la aprobación o improbación de la adjudicación podrán recurrir a los recursos regulados en la Ley y su reglamento o a la suscripción del contrato respectivo. Todo lo anterior al tenor de lo dispuesto en los Artículos 36, 47, 48, 99, 100, 101 de la Ley de Contrataciones del Estado. Los procedimientos de la etapa formal son los siguientes:

1. Aprobación de la adjudicación
2. Notificación
3. Oportunidad de recurrir
4. Elaboración y suscripción del contrato
5. Aprobación del contrato

4.4.4 Etapa final

Corresponde el impulso de la etapa final en función a lo que determinan los artículos 55, 56 y 57 de la Ley de Contrataciones del Estado, la cual corresponde a la Comisión Receptora y liquidadora y la Autoridad Superior de la entidad. Las fases de la etapa final por consiguiente son:

1. Inspección y recepción final
2. Liquidación
3. Aprobación de la liquidación

4.5 El rol de las Juntas de Licitación y Cotización y de la Autoridad Superior

La Junta de Licitación y/o Junta de Cotización, constituyen el único órgano competente respectivamente para recibir, calificar, y adjudicar el negocio de cuya calificación deviene en la toma de decisiones de sus miembros, estos como un cuerpo colegiado decidirán por mayoría, no pudiendo abstenerse de votar y por consiguiente deben dejar constancia en acta. De suyo constituye las facultades, atribuciones, responsabilidades y obligaciones que se derivan de estos institutos para los funcionarios públicos que integran estas juntas, pues la ley les impone y los sujeta a los requisitos que deben cumplir los oferentes, sin los cuales resultaría ilegal su actuar. Así también la determinación de la Autoridad Superior de aprobar o de improbar lo actuado por las juntas y de su facultad de devolver los procesos para su revisión o para prescindir de la negociación, cuando estos no llenan los requisitos legales formulados tanto en las Bases de Licitación y/o Cotización como en la ley misma.

Sin embargo, la Autoridad Superior de la entidad podrá prescindir de la negociación en cualquier fase en que se encuentre, siempre que lo hagan antes de la suscripción del contrato, bajo su responsabilidad y en caso fortuito o de fuerza mayor debidamente comprobado que diere lugar a la imposibilidad de continuar con la negociación.

CAPÍTULO V

5. Análisis doctrinario y jurídico de la Declaración de Parentesco en la aprobación de los procesos de Cotización y Licitación.

5.1 Generalidades

El propósito de este capítulo es aplicar las teorías expuestas en la investigación al caso particular y se aportan elementos teóricos que, por la naturaleza de lo concreto, se hace necesario.

Es inevitable reflexionar sobre la estructura de la norma, su intencionalidad; el caso concreto en análisis, congruente no solo en aplicación de un precepto normativo sino en el contexto del derecho específico aplicable; la comparación entre la norma y los hechos que pretenden sustento jurídico en ella y las aristas que presenta la Declaración de Parentesco como caso concreto, con el único objetivo de encontrar los argumentos y razonamientos jurídicamente sostenibles para determinar la correcta interpretación en base a apreciaciones dogmático jurídicas.

5.2 Los procesos objeto de estudio

La institución objeto de análisis es el Organismo Judicial, como órgano del Estado, especialmente en la aprobación de los procesos de licitación y cotización, que atañe la aplicación de los Artículos 26 y 80 inciso e) de la Ley de Contrataciones del Estado y 9 numeral 3 del su Reglamento, para el suministro de servicios, bienes y obras que requieran tanto el área administrativa como jurisdiccional, a saber:



A) Año Fiscal 2009

1. Declaración Jurada de Oferente, proceso de Licitación No. 2-OJ-2009, servicio de Guardería Infantil.
2. Declaración Jurada de Oferente, proceso de Licitación No. 8-OJ-2009, compra de toner, film impresora Panasonic y Packard.
3. Declaración Jurada de Oferente, proceso de Licitación No. 10-OJ-2009, construcción juzgado de paz San Cristóbal Cucho y Sibinal, San Marcos.
4. Declaración Jurada de Oferente, proceso de Cotización número 16-2009, compra de un autobús.
5. Declaración Jurada de Oferente, proceso de Cotización número 27-2009, compra de detectores de humo.

B) Año Fiscal 2010

1. Declaración Jurada de Oferente, proceso de Licitación No 1-0J-2010, Construcción Juzgado de Paz de San Francisco, Peten.
2. Declaración Jurada de Oferente, Proceso de Licitación 6-OJ-2010, para la adquisición de una Solución de Almacenamiento San Fibra Canal.
3. Declaración Jurada de Oferente, Proceso de Licitación No.11-OJ-2010, compra de papel Bond de 75 gramos de 26"X34".
4. Declaración Jurada de Oferente del proceso de Cotización número 12-2010, para el suministro de cuarenta mil (40,000) decenas de CD'S, gravables con estuche no plástico.

5. Declaración Jurada de Oferente del proceso de Cotización número 24-2010, servicio de mantenimiento y corrección del sistema eléctrico del Edificio Torre de Tribunales.

5.3 Importancia del proceso de compra de suministros, obras y servicios.

La importancia de los eventos de compra de suministros, obras y servicios es de trascendencia puesto que estas acciones materializan el derecho a la justicia pronta y cumplida, consagrada en el Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, a su vez contenido en la especie del interés público o bien común.

5.4 Derecho a la justicia

Es de tal importancia el derecho a la justicia que la misma Constitución Política de la República, reconoce y declara en su Artículo 4o., que en Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos de lo que deviene, que el goce de la justicia es un derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna.

El Artículo 3o. Constitucional instituye, que el Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y seguridad de la persona, lo que difunde a través de sus acciones e instituciones de derecho, tal es el caso del Organismo Judicial, a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social.

Como interpretación Constitucional, la efectividad del derecho a la justicia depende de la concertación de las acciones para conseguirlo, estos mecanismos de acción son diversos, debiendo contemplarse en la organización del Estado como estructura y la dinámica de la prestación del servicio; desde la promulgación del orden jurídico hasta la prescripción y provisión de justicia para la prevención, promoción y estímulo al cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente

A su vez, la importancia de la justicia es generalizada a los individuos, pues todo ser humano desea sentirse con la tranquilidad que le permite una predisposición física y mental para desarrollarse en las actividades que le son de interés. Puede decirse también que la Certeza Jurídica radica en la justicia, predisponiendo al individuo en su desarrollo y por ende al desarrollo común de los habitantes de un país

En este sentido el Estado se organiza para proteger a la persona. Este concepto es tan amplio, que de él deriva todo el campo de acción de la justicia, y corresponde al Organismo Judicial a través de los tribunales de justicia la aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico con el fin de prestar una justicia pronta y cumplida.

Puede decirse que, a la incumbencia del Estado, la justicia es un interés público, y así lo confirma el Artículo 2o. Constitucional al indicar, que es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona. Nos encontramos entonces ante un tema de gran sensibilidad social y jurídica de insoslayable cumplimiento, ya que la justicia, como valor axiológico que se manifiesta en forma individual, también se reproduce en el interés de la totalidad de integrantes del grupo social, por lo que se puede confirmar que por la generalidad en cada componente de esta sociedad, cumpliendo con su requisito cuantitativo y jurídicamente legítimo, la justicia configura un interés público.

Es imprescindible la observancia del Artículo 1o. de la Constitución, que establece que toda actuación de la administración pública tiene por fin supremo la realización del bien común o interés público, por lo que debe encontrar los mecanismos que garanticen la celeridad, transparencia y efectividad en la consecución de los derechos y objetivos que la Constitución establece, en lo que por supuesto son

incluyentes, los elementos logísticos materiales que se concretizan en la adquisición de bienes y suministros y obras para la persecución de tal fin.

5.5 Análisis jurídico de los Artículos 26 y 80 inciso e) de la Ley, de Contrataciones del Estado y 9 numeral 3 de su Reglamento.

El proceso de compra o adquisición de bienes, suministros, obras o servicios por parte de la administración pública, tiene por objeto la satisfacción directa o indirecta de las necesidades colectivas, es decir que el Estado para lograr sus objetivos debe realizar el gasto o inversión para cumplir con las funciones que la Constitución Política de la República y las demás leyes del país imponen, dichas actividades tienen sustento en la actividad de planificación de la administración pública y se materializan por virtud de la ejecución.

Como norma aplicable para la adquisición de bienes, servicios o suministros se encuentra la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, que regulan el objeto, competencias, contratos, registros y lo relativo al proceso de compra, modalidades o regimenes de contratación, entre otros.

El precepto en análisis, contenido en los Artículos 26 y 80 inciso e) de la Ley de Contrataciones del Estado y 9 numeral 3 de su Reglamento, en cuanto a que los oferentes que participen en las licitaciones y cotizaciones y quienes estuvieran comprendidos en los casos de excepción, deberán presentar junto con la oferta, Declaración Jurada de no estar comprendidos en ninguno de los casos a que se refieren los artículos precipitados de lo que se puede establecer, que dichas normas presentan una mixtura de actividad reglada y discrecional por la variedad de supuestos que consideran. Es reglada puesto que la norma obliga, tanto a la Junta como a la Autoridad Superior a realizar una conducta totalmente restringida y presupuesta por la norma. Es discrecional formal, dado que existen distintas circunstancias previstas por la ley que liberan el criterio tanto a la a Autoridad

Superior como a la junta para tomar una decisión, toda vez obre la debida motivación y razonabilidad, como elementos esenciales de todo acto administrativo.

En cuanto al procedimiento administrativo, esta norma regula la etapa de aprobación de adjudicación de la Junta, requisito secuencial sine qua non o habilitante para la prosecución del proceso de contratación. Crea además un mecanismo de control al obligar a la Junta a someter a examen el contenido de su actividad administrativa, no obstante el ejercicio de su particular y exclusiva competencia, pues tiene lugar la intervención de un órgano que no interactúa en el proceso de recepción, calificación y adjudicación del negocio, pero con injerencia por ser el rector en materia de contrataciones del Estado.

Como se advierte en el Artículo 26 de la Ley de Contrataciones del Estado, la falsedad de la declaración, conlleva a que los adjudicatarios respondan por los daños y perjuicios que se produzcan y quedan sujetos a las sanciones previstas en la ley aun en la ejecución o terminando el servicio o la obra. Si la falsedad se descubriera durante el proceso de calificación y/o adjudicación, la Junta de conformidad con la ley esta investida de la facultad de descalificar a aquel oferente, sin perjuicio de poner el hecho en conocimiento de los tribunales de justicia.

Sin embargo, la Autoridad Superior de conformidad con el Artículo 36 de esta norma, aprobará o improbará lo actuado por la Junta; dicha autoridad deberá emitir un acto aprobatorio que convalide la adjudicación, por lo que la participación de los órganos en el proceso es coordinada y mixta, razones que justifican la intervención, en cuanto los juicios o razonamientos en relación a la procedencia, licitud o valor de la adjudicación efectuada por la Junta, es decir la Autoridad Superior no obstante la adjudicación de la Junta puede improbar si descubriere falsedad en la Declaración Jurada presentada por el oferente.

El Artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado faculta a la Autoridad Superior a manifestar una posición jurídica ante la actuación de la junta, en virtud que, por ser

el titular del órgano contratante y responsable de las actuaciones que autorice, le atribuye la evaluación de la actividad de la Junta para que en su caso, apruebe o impruebe la adjudicación de aquella, siendo la improbación el argumento contrario que expresa sobre la adjudicación el rechazo por considerarla equívoca, inexacta, ilícita, dubitativa. En dicha virtud, la norma faculta a la Autoridad Superior para ordenar a la junta de calificación que practique un nuevo análisis de sus actuaciones, cuando por argumentos y demostraciones fundamentadas sea formulada la revisión.

El Artículo 80 inciso e), obliga expresamente que la Junta de Calificación y Adjudicación, así como la Autoridad Superior establezcan y delimiten la prohibición de cotizar y licitar y la celebración de contratos con el Estado a las personas u oferentes que sean trabajadores públicos del Estado o de las entidades a que se refiere el artículo 1., así como sus parientes dentro de los grados de ley, facultad que se ve limitada, en virtud de los pocos elementos jurídicos requeridos en las bases de cotización, como lo es la manifestación por parte de los oferentes de no estar comprendidos en ninguno de los casos a que se refiere el Artículo 80 de la ley, formulada en una simple Declaración Jurada, extremo que no permite que la Junta o la Autoridad Superior practique revisión de manera confrontada a los argumentos formulados a efecto de aclarar, desvirtuar o someter al análisis dicha prohibición, estableciendo legalmente que las personas u oferentes no son parientes dentro del cuarto grado de Consanguinidad, segundo de Afinidad o Parentesco Civil.

Por otra parte, esta eliminación desvirtúa el carácter confrontativo que ha de tener la revisión y debilita **la seguridad y Certeza Jurídica** de las Declaraciones de Parentesco en los procesos de Licitación y Cotización, puesto que su objetivo principal reside en la obligatoriedad expresa de las Juntas o de la Autoridad Superior de manifestarse jurídicamente sobre la adjudicación o contratación

5.6 Relevancia de la formulación de revisión del parentesco en los procesos de Licitación y Cotización.

La revisión deben ser, en sus argumentos, de carácter confrontativo, para que la Junta justifique, sin responsabilidad de su parte, las ofertas que no se ajusten a los requisitos fundamentales y no fundamentales definidos como tales en las bases, pero cuando los documentos no son suficientes para determinar o dilucidar los aspectos de derecho, esta debiera de contar con los procedimientos legales para recurrir a otras instancias de derecho que le permitiesen determinar irregularidades en el proceso de adjudicación, tal es el caso de determinar si las personas u oferentes que concurren a estos eventos, son parientes dentro de los grados de ley de los trabajadores o servidores del estado de las dependencias donde se presenten las Licitaciones o Cotizaciones.

Qué sentido tendría su formulación, sino prevenir a la Junta sobre la procedencia o apego a derecho de su adjudicación y consecuentemente del resultado de la negociación, puesto que haciendo hincapié en el ejercicio de las facultades intrínsecas a la función y competencia pública que establecen los Artículos 153, 154, 155 y 156 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la Junta está en la obligación de aprobar o improbar el proceso.

Como lo establece la parte considerativa de la Ley de Contrataciones del Estado, su espíritu es eliminar los obstáculos para la pronta ejecución de obras y adquisición de bienes, suministros y servicios; desarrollar la eficiencia de la Administración Pública y promover el desarrollo económico de la Nación en beneficio de sus habitantes para la realización del bien común. El Artículo 1 de la misma Ley establece que el objeto principal de ella es la compra, venta y contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requiera el Estado y sus entidades, por lo que los Artículos 26 y 80 inciso e) y 9 numeral 3 de su Reglamento, contemplan una etapa de depuración jurídica que pretende asegurar la efectiva y legítima contratación.

5.7 Análisis al caso concreto

Los eventos de compra, venta de bienes, suministros, obras y servicios que requieran las dependencias del Organismo Judicial, son bastante peculiares, puesto que son negociaciones de bienes, servicios y obras que son requeridos por las diferentes unidades tanto administrativas como jurisdiccionales. Es razón que en estos eventos de contratación puede existir cantidad significativa de información no comprobable, como la que nos ocupa, en virtud que del estudio realizado a los expedientes mencionados no se encontró evidencia documental que efectivamente pueda probar que las personas u oferentes que concurrieron a estos eventos, no fuesen parientes dentro de los grados de ley de los servidores o trabajadores del Organismo Judicial y por ende del Estado

5.7.1 Adjudicación y aprobación de los eventos sin formulación de observaciones y orden de revisión

Como lo indican los Artículos 33 y 36 de la Ley de Contrataciones del Estado, las Juntas y la Autoridad Superior, en su caso Presidencia y/o la Corte Suprema de Justicia del Organismo Judicial, aprobaron las adjudicaciones efectuadas por las Juntas de Calificación eventos de licitación números 2-OJ-2009, 8-OJ-2009, 10-OJ-2009, 1-OJ-2010, 6-OJ-2010 y 11-OJ-2010, así como los eventos de cotización números 16-2009, 27-2009, 12-2010 y 24-2010, emitiendo los acuerdo y/o resoluciones, no formulando observaciones jurídicamente apreciables, puesto que no basta que los razonamientos sean precisamente bien elaborados sino que deben de ser comprobables a efecto de sustentarlos no en la simple lógica sino en la realidad; y dicha realidad debe ser en el marco jurídico. Inferimos del mismo contenido de la resolución que no hubo exposición razonada, fue expresado el motivo pero no la motivación, por lo que no se justifica ni sustenta jurídicamente el motivo.

Además, si fueren valederas las razones enunciadas, las Juntas o la Autoridad Superior o a quien le correspondiere, en ningún momento las demostró puesto que éstas fueron señaladas de manera genérica y no de forma específica en las declaraciones juradas presentadas de conformidad con los Artículos 26 y 80 inciso e) de la Ley de Contrataciones del Estado y 9 numeral 3 de su Reglamento, como lo requiere la naturaleza de la negociación, evidenciando la falta de Certeza Jurídica en las declaraciones de parentesco presentadas en dichos procesos. Las Juntas o la Autoridad Superior debieron emitir una observación razonada para señalar que las declaraciones de parentesco, no son suficientes para determinar o dilucidar los aspectos de derecho, tanto Administrativo como Civil, que los pudiera llevar a concluir que efectivamente no existe ningún vínculo de parentesco entre las personas u oferentes con los trabajadores del Organismo Judicial o del Estado en General. Por lo que se mantiene el criterio que la revisión, debe ser de manera confrontada para permitir un cotejo de la actuación de la junta con las apreciaciones jurídicas de la Autoridad Superior.

Es natural que los oferentes tengan la plena intención de defender sus intereses de modo tal que tomarán una interpretación o perspectiva para obtener la adjudicación; sin duda alguna no se pretende rebatir este cuestionamiento pues resulta estar en derecho, ya que este argumento no resulta confrontativo para los intereses del Estado.

El Artículo 26 de la Ley de Contrataciones del Estado, taxativamente limita a que las personas u oferentes que participan en las licitaciones o cotizaciones a presentarán junto con la oferta Declaración Jurada de no estar comprendidos en ninguno de los casos a que se refiere el artículo 80 de esta ley, de lo que deviene en derecho que su única participación es la de presentar esta declaración, de lo que deviene, que la Administración Pública por derecho le corresponde determinar la falsedad de tal declaración, de lo que sobreviene la responsabilidad de los funcionarios o empleados públicos de comprobar la veracidad de tales declaraciones.

Sin embargo, ni Artículo 26, el 80 de la ley o el Artículo 9 de su reglamento, aclaran, cuales son los procedimientos o mecanismos que las entidades del Estado debieren seguir para determinar la falsedad de las declaraciones de parentesco, o aun más que entidades del sector publico o de las mismas instituciones podrían participar en la determinación de los vínculos familiares de los servidores públicos o de sus parientes de las personas u oferentes que pretendan tener negociaciones con el Estado o sus entidades. No obstante en el segundo párrafo del artículo 26 indica, que en caso fuere descubierta falsedad de la declaración, los responsables responderán por los daños o perjuicios que produzcan por tal causa, de lo que deviene en derecho la obligatoriedad del Estado de determinar irregularidades en tales declaraciones, lo que resulta contraproducente con tales normas.

Dicho sea de paso, es procedente que estas irregularidades constituyan la base para la improbación de las adjudicaciones o la aprobación, al considerarse que existen vínculos familiares de los oferentes afectados con los empleados o funcionarios de las entidades del Estado, sin perjuicio los mecanismos de defensa que instituyen los Artículos 99 y 100 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Según el licenciado Jorge Mario Castillo González la toma de decisiones o acto administrativo debe contar con motivación, y la define como, “la obligación de expresar las razones, consideraciones o circunstancias que justifican el contenido de la decisión; en los casos en que las leyes y los reglamentos imponen la obligación de motivar la decisión se toma sin cumplir esta obligación, desde el punto de vista jurídico, la decisión carece de validez.”⁵⁷

Precisamente así lo designa la norma al indicar que junta podrá confirmar o modificar su decisión con base en las observaciones formuladas por la Autoridad Superior. Este supuesto plantea que la junta deberá reevaluar en confrontación a los argumentos emitidos por la Autoridad Superior, que la misma se limitará a lo que

⁵⁷ Castillo, Jorge Mario. **Ob. Cit.** Pág. 331.



jurídicamente se le interrogue, evidencie o señale, para posteriormente decidir sobre la modificación o confirmación de sus actuaciones.

Se concluye, que en los casos objeto de estudio no se formularon observaciones Jurídicas, por parte de las Juntas o de la Autoridad Superior, de conformidad con Artículos 26 y 80 inciso e) de la Ley de Contrataciones del Estado y 9 numeral 3 de su Reglamento, ya que no hubo exposición de motivos razonada como requisito sine qua non para ordenar la revisión a efecto de promover la depuración jurídica del procedimiento de contratación, no obstante como ya se explico que podría haber duda razonable sobre la Certeza Jurídica de la declaración de parentesco en dichos eventos, de lo que deviene contrario a los Principios de Bien Común y Legalidad establecidos en los Artículos 1º y 154 de la Constitución Política; de Transparencia, Probidad, Eficacia y Eficiencia que rigen la función administrativa contemplados en el Artículo 4 de la Ley del Organismo Ejecutivo.

Que se pudieron haber identificado argumentos en las resoluciones emitidas por las Juntas o por la Autoridad Superior en cuanto a los posibles vínculos de parentesco en los eventos de licitación números 2-OJ-2009, 8-OJ-2009, 10-OJ-2009, 1-OJ-2010, 6-OJ-2010 y 11-OJ-2010, así como los eventos de cotización números 16-2009, 27-2009, 12-2010 y 24-2010, en la etapa de formulación de observaciones y orden de revisión plasmado en el Artículo 26 de la ley, que en su momento habrían depurado los procesos y consecuentemente habrían logrado la transparencia, eficiencia y eficacia que debe regir en la Administración Pública.

5.8 Propuesta de solución a la problemática

5.8.1 El procedimiento administrativo como sustento jurídico de la resolución administrativa

Según Merkl, sobre la consideración tradicional de lo procedimental como una cuestión exclusivamente judicial, existe un concepto de procedimiento como categoría propia de la teoría general del derecho, de la que el judicial, el legislativo y el administrativo serían simples concreciones. Este último sería el modo de producción de los actos administrativos. Entre el proceso judicial y el procedimiento administrativo existen semejanzas indudables pero también diferencias, atendiendo a sus fines y a la posición de los órganos que intervienen y el carácter con que lo hacen en cada caso. Así, el proceso judicial tiene como fin esencial la averiguación de la verdad y la satisfacción de las pretensiones ejercitadas por las partes, mediante la decisión de una instancia neutral e independiente de aquellas, el juez o tribunal. El procedimiento administrativo, en cambio, constituye una garantía de los derechos de los administrados, pero no agota en ello su función, que es también, y de manera muy importante, la rápida y eficaz satisfacción del interés general, mediante la adopción de las medidas y decisiones necesarias por los órganos de la Administración, que son intérpretes de ese interés y, al mismo tiempo, parte del procedimiento y árbitro del mismo.

Según la concepción de Merkl, que demarca la generalidad del proceso y su concreción según la materia, podemos enunciar que el procedimiento administrativo, por no contar con regulación eminentemente procesal formal le es susceptible aplicar la Teoría del Proceso, toda vez no contravenga los principios propios del procedimiento del Derecho Administrativo, únicamente con la finalidad de establecer la certeza y seguridad jurídica en la garantía de los derechos de los administrados y de la actuación de la administración. Dichos principios, según el ordenamiento jurídico interno son, sin perjuicio de otros:



1. Instituidos en la Constitución Política de la República de Guatemala en sus Artículos 1o., 12, 28, 154, 155 y 221:

- a) Realización del Bien Común
- b) Debido Proceso
- c) Obligatoriedad de Resolver
- d) Legalidad
- e) Responsabilidad
- f) Juridicidad

2. Contenidos en el Artículo 4 de la Ley del Organismo Ejecutivo:

- a) Subsidiariedad.
- b) Transparencia
- c) Probidad
- d) Eficacia
- e) Eficiencia
- f) Sencillez

3. Establecidos en la Ley de lo Contencioso Administrativo, Artículo 2:

- a) Impulso de Oficio
- b) Escrito
- c) Celeridad
- d) Sencillez
- e) Eficacia
- f) Gratuidad

Como lo enuncia Miguel Pérez López, “el procedimiento administrativo es un **iter** por el que transita la actividad de la administración pública, lo cual permite dar seguridad de esa actuación, estar regulado a fin de hacer efectivo el Estado de Derecho. No se trata solamente de fijar requisitos formales, de prever etapas concatenadas y dirigirlas a producir resoluciones, sino se debe de cumplir con finalidades jurídico-

políticas a cargo de la administración pública. El ajuste jurídico de la administración pública a través del procedimiento busca racionalizar su actividad, evitar la arbitrariedad emboscada en la casuística y determinar los cauces precisos por los cuales se buscará satisfacer las necesidades colectivas.”⁵⁸

Según Jaime Orlando Santofimio “La importancia del acercamiento de la administración al proceso es tan grande, que en la práctica la legalidad solo podría garantizarse en la medida del establecimiento de las reglas claras sobre el comportamiento de los órganos y de voceros del Estado. En otras palabras, el proceso aplicado a la administración pública constituye el elemento dinámico y cotidiano que garantiza decisiones conforme al ordenamiento jurídico.”⁵⁹ Dromi, citado por Santofimio señala, que resulta indispensable que el ordenamiento jurídico procesal facilite los medios para el efectivo ejercicio de los derechos constitucionales, y entre ellos el procedimiento administrativo es la herramienta más idónea como reaseguro contra los desbordes del obrar de la administración.

De lo señalado por los tratadistas es posible concluir que el procedimiento administrativo es la concertación de medios jurídicos basados en la Teoría General del Proceso que tiene por objeto la sustentación de una decisión administrativa. La importancia del procedimiento administrativo radica pues en las reglas de conducta que en su virtud permitan a la administración pública formar legalmente sus decisiones. Acentuando lo anterior, enuncia Merkl, que toda administración es procedimiento administrativo, y los actos administrativos se nos presentan como meros productos del procedimiento administrativo.

Naturalmente todo procedimiento administrativo es diseñado para alcanzar un objetivo que concrete el ejercicio de la función pública y el del procedimiento de contratación es la obtención de la materia para satisfacer las necesidades colectivas y prestación del servicio público, genéricamente obtener los fines del Estado, por lo

⁵⁸ Pérez López, Miguel. **Notas sobre el Procedimiento Administrativo**. Pág. 62

⁵⁹ Santofimio G, Jaime Orlando. **Acto Administrativo. Procedimiento, Eficacia y Validez**. Pág. 6

que la fase de depuración establecida en el procedimiento señalado por los Artículos 26 y 80 inciso e) de la Ley de Contrataciones del Estado y 9 numeral 3 de su Reglamento, es esencial para ajustar la legalidad a efecto de establecer fehacientemente que no existe ningún vínculo de parentesco entre las personas u oferentes con los trabajadores del Organismo Judicial o del Estado en General y consecuentemente la decisión administrativa de contratación que garantice la seguridad y certeza jurídica en los procesos de licitación y/o cotización que el Organismo Judicial celebre como órgano del Estado.

La importancia del procedimiento es ineludible porque de él se desprenden las garantías a los administrados sobre la actuación de la administración y establece el parámetro que ésta debe seguir para que sus decisiones se encuentren jurídicamente sustentadas. Es de tal envergadura que la misma Constitución Política de la República de Guatemala consagra su importancia en el Artículo 12 al instituir el Principio del Debido Proceso.

Como se ha mencionado, la Teoría del Proceso aplicada al procedimiento administrativo, tiene por objeto asegurar o garantizar los derechos de los administrados y encausar la conducta de la administración pública hacia lo jurídico y legal, encontramos pues que el procedimiento de contratación bajo análisis, en su etapa de adjudicación y aprobación que la formulación de observaciones resurge como una etapa precluida.

La norma contempla un momento exacto y un procedimiento para la formulación de observaciones con exposición razonada; de acuerdo a la interpretación expuesta para proseguir con la fase de devolución del expediente para aprobación, las actuaciones administrativas deben encontrarse totalmente depuradas para simplemente formalizar el acto aprobatorio mediante resolución, es por ello que la norma así lo dispone, como concreción del proceso, y no como una ordenanza irrefutable y contingentemente arbitraria. No obstante la connotación en el ámbito de la Teoría del Proceso, es naturaleza de cualquier procedimiento la demarcación de

un orden en su trámite con la finalidad de alcanzar determinado objetivo y así lo determina la naturaleza del procedimiento administrativo siendo su finalidad producir jurídicamente una decisión administrativa. Así, el principio procesal de preclusión asegura establecer la continuidad y secuencia de actos, que suponen la clausura del anterior para el inicio del siguiente, de carácter irreversible; estipula las oportunidades procesales para el ejercicio de los actos; en general, reviste y garantiza la seguridad jurídica del orden y fin procesal.

El Artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado, evidentemente señala la sucesión de eventos definiendo su relación uno con otro, por lo que en efecto es posible determinar la no regresión en las distintas fases, puesto que la resolución es el zenit del procedimiento, siendo contrario al Principio de Bien Común, Legalidad, Juridicidad, Debido Proceso, de Transparencia, de Celeridad, de Eficacia cualquier retroceso, puesto que la norma expresamente define un orden y una finalidad, mismos que son inobservados en la resolución mencionada por alterar el orden señalado y por sus efectos.

5.8.2 Principio de Eficacia

Según el tratadista Jaime Orlando Santofimio “El principio de la eficacia determina que, mediante su aplicación, se deberán tener en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, las autoridades removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitando así llegar a decisiones inhibitorias”⁶⁰

El licenciado Jorge Mario Castillo González enuncia, que eficacia significa obtención de resultados. El procedimiento debe culminar con algún resultado beneficioso para la organización pública y para los interesados.

⁶⁰ Santofimio G, Jaime Orlando. **Ob. Cit.** Pág. 12

La resolución de aprobación de adjudicación, emitida por la Autoridad Superior no logra la finalidad de la contratación, puesto que deja fuera la depuración de los vínculos de parentesco al no llevar a cabo un procedimiento tal, que le permita la confrontación de la declaración de parentesco con los medios probatorios y que por ende le lleve a la transparencia de los procesos de contratación y a la consecución del derecho a la justicia.

5.8.3 Principio de Transparencia

Según el Diccionario de la Real Academia Española la voz “transparente” es definida como, a través del cual pueden verse los objetos claramente. La transparencia de la actividad o gestión de la administración pública nos refiere a la claridad con que éstas se desarrollan, a la publicidad y no ocultación de las razones que orillan a tomar una decisión, a la honradez con que son manejados los recursos públicos. La política de transparencia ayuda a contrarrestar el abuso de poder y la corrupción, lo que ayuda a que la actividad administrativa sea eficiente.

Como lo cita Nuria Cunill Grau, “existen muchos otros ejemplos que ilustran la capacidad de la transparencia para actuar como contrapeso a la impunidad del poder. Pero la transparencia puede ir todavía más allá; promover el reequilibrio de las relaciones de poder, o sea producir mas democracia, así como estimular directamente una mayor eficiencia en la gestión pública.”⁶¹

La decisión administrativa vertida en la resolución de aprobación no deja entrever precisamente cuál es la razón de la decisión puesto que no despliega argumentos jurídicamente apreciables que conduzcan a pensar que en efecto existe una justificación para aprobar con excepción, si observamos el procedimiento que la ley define podemos encontrar su intencionalidad, y la resolución en mención dilucida una contravención a dicho procedimiento y obviamente al resultado que éste persigue.

⁶¹ Cunill Grau, Nuria. **Revista Chilena de Administración Pública. La Transparencia en la Gestión Pública.** Pág. 22.



Es por ello que se presume, que no se actúa con transparencia, no hay claridad en la intención de la Autoridad Superior, de establecer realmente la no existencia de vínculos familiares de las personas y oferentes con al menos los funcionarios o empleados de la institución, ya que de haber sido así, en su oportunidad hubiere formulado las observaciones que permitirían depurar el proceso y concluir con la negociación y contratación jurídicamente viable de los productos que materializarán el derecho a la justicia.



5.8.4 Propuesta de Acuerdo Gubernativo para modificar el Reglamento de la Ley de Contrataciones Acuerdo Gubernativo No. 1056-92.

ACUERDO GUBERNATIVO NÚMERO _____

Palacio Nacional: Guatemala ___ de _____ de 2012

El Presidente de la República:

CONSIDERANDO

Que de conformidad con la ley de Contrataciones del Estado, Decreto número 57-92, se emitió el Reglamento que desarrolla las normas contenidas en dicha ley y su aplicación, contenido en el Acuerdo Gubernativo número 1056-92 de fecha 22 de diciembre de 1992.

CONSIDERANDO

Que para transparentar el gasto público y viabilizar la Auditoría Social, es conveniente que los procedimientos de las compras efectuadas por las modalidades contempladas en el decreto 57-92 del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado, se desarrollen con claridad, para la toma de decisiones en la gestión pública.

CONSIDERANDO

Que el Artículo 26 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92, obliga a los oferentes que participen en las Licitaciones y Cotizaciones a presentar Declaración Jurada de no estar comprendidos en ninguno de los casos a que se refiere el artículo 80 de esta ley, y que este preceptúa prohibición de Cotizar,



Licitar y celebrar contratos con el Estado con los servidores públicos o trabajadores del estado y sus parientes dentro de los grados de ley.

POR TANTO

En el ejercicio de las funciones que le confiere el Artículo 183, literales e) y q) de la Constitución Política de la República de Guatemala; con fundamento el Artículo 27 literal j), del decreto número 114-97 del Congreso de la República, Ley del Organismo Ejecutivo, y Artículos 26 y 80 literal e) del Decreto número 57-92 del Congreso de la República Ley de Contrataciones del Estado.

EN CONSEJO DE MINISTROS,

ACUERDA:

Las siguientes reformas al Acuerdo Gubernativo número 1056-92 del 22 de diciembre de 1992, Reglamento de la Ley de la Contrataciones del Estado.

Artículo 1. Se adiciona el artículo 16 TER, el cual queda así:

Artículo 16 TER. Verificación de relación de Servidor o trabajador público del Estado y vínculos de parentesco en los procesos de Cotización y Licitación Pública. Los Organismos del Estado y las entidades a que se refiere el artículo 1. de la ley, están obligados a verificar que las personas naturales o personas jurídicas u oferentes que participen en los procesos de licitación y cotización, no sean servidores o trabajadores públicos del Estado o que tengan vínculos de parentesco en los grados de ley.



Artículo 2. Se adiciona el artículo 16 **QUÁTER**, el cual queda así:

Artículo 16 QUÁTER. Para efectos de verificación de relación de servidor o trabajador público del Estado y vínculos de parentesco en los procesos de Cotización y Licitación Pública, los Organismos del Estado y las entidades a que se refiere el Artículo 1. de la ley, deberán solicitar a las dependencias de sus instituciones o las dependencias del Estado, responsables de los Recursos Humanos o del registro de las entidades de derecho, información sobre el personal a su servicio a efecto de establecer tal circunstancia.

Las dependencias responsables de Recursos Humanos de las instituciones del Estado o del registro de las entidades de derecho, deberán de remitir la información solicitada, en un plazo no mayor de tres días hábiles.

Artículo 3. El presente Acuerdo Gubernativo empieza a regir a partir del día siguiente de su publicación en el Diario de Centro América.

COMUNIQUESE

CONCLUSIONES

1. En materia de políticas, normas y procedimientos el Ministerio de Finanzas Públicas, no cuenta con disposiciones interpretativas, que le permita a los funcionarios y empleados públicos, una adecuada aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, como requisito imprescindible de toda decisión administrativa.
2. La discrecionalidad es una atribución jurídica por la cual el legislador otorga cierto margen de libertad a la administración para que actúe en cuanto a aspectos en que es necesario y en este sentido la aplicación de los Artículos 33 y 36 de la Ley de Contrataciones del Estado, resultó ineficaz, al no establecer, algún parentesco que pudiere haber entre los servidores públicos y los oferentes.
3. Derivado de la deficiencia mencionada en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, los órganos del Estado han incumplido lo regulado en los Artículos 33 y 36, y los órganos fiscalizadores no han ejercido las facultades de control y fiscalización que por ley les corresponde, contraviniendo el principio de certeza jurídica que debe prevalecer en todos los actos administrativos.
4. La Administración Pública, en casi todos los actos administrativos que ejecuta, no tiene certeza jurídica para la toma de decisiones, y los procesos de compras y contrataciones no son la excepción, con lo que se provoca que estos carezcan de legitimación y razonamiento.
5. El Ministerio de Finanzas Públicas, como ente rector de la cosa pública, no implementa una constante capacitación en las ramas del derecho administrativo a todos los empleados y funcionarios públicos que ejecutan actos administrativos, a



efecto de consolidar sus conocimientos y experiencias en la administración pública.

RECOMENDACIONES

1. La Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del Ministerio de Finanzas Públicas, debe emitir las políticas y procedimientos para la adecuada aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.
2. Es conveniente que las autoridades superiores del Ministerio de Finanzas Públicas, establezcan mecanismos jurídicos que incluyan procedimientos de solución, para los casos en que existan discrepancias de interpretación jurídica, como resultado de la revisión de las juntas de cotización y licitación, por orden de la autoridad superior, para evitar una resolución que impruebe la contratación.
3. El parentesco está tratado sistemáticamente en las distintas normativas legales guatemaltecas, haciendo clara su interpretación y aplicación a los distintos casos de contratación estatal, por lo que las autoridades superiores del Ministerio de Finanzas Públicas, debe instituir que en los procesos de contrataciones del Estado, se aplique la normativa relacionada.
4. El acto administrativo es el principal componente de la administración pública, dado que en él descansa toda decisión, por lo que es imprescindible que se encuentre revestido de la debida motivación, por lo que los funcionarios y empleados públicos deben ser garantes, que cada acto sea legitimado y razonado en derecho, evitando con esto el abuso en el ejercicio del poder.
5. El Ministerio de Finanzas Públicas, debe instituir programas permanentes de capacitación y profesionalización en todas las ramas del derecho a efecto, que los funcionarios y empleados públicos puedan ejercer la función pública, lo que se puede lograr a través de fortalecer el Instituto Nacional de Administración Pública.





BIBLIOGRAFÍA

- ANGARITA GÓMEZ, Jorge. **Derecho Civil**, tomo I, parte general, Segunda ed. 1978.
- ARIAS GAYOSO, Grethel; BORGES FRÍAS, Jorge Luis. **Discrecionalidad y Legalidad**. <http://www.monografias.com/trabajos19/discrecionalidad/.shtml> Consulta noviembre 2011.
- ARIAS, José. **Derecho de Familia**. Ed. Guillermo Craft Ltda. Buenos Aires, Argentina 1943.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario Jurídico Elemental**. Ed. Electrónica, 2003.
- CÁCERES RODRÍGUEZ, Luis Ernesto. **Derecho Procesal Constitucional**. 2ª Ed. Editorial Estudiantil Fénix, 2009.
- CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. **Derecho Administrativo I**. Guatemala, Ed. Estudiantil Fénix, 2001.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho Administrativo, Derecho Procesal Administrativo**. 12ª ed., (s.e.), 2001.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Constitución Política de la República de Guatemala**. 5ª ed. Ed. Impresiones Gráficas, 2003.
- CUNILL GRAU, Nuria. **La Transparencia en la Gestión Pública**. Estado Gobierno Gestión Pública. Revista Chilena de Administración Pública http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo_codigo=2315250. Consulta enero 2012.



DANIEL MATTA Consuegra. **Derecho de las Personas y de la Familia Guatemalteco**. Guatemala, C. A. 1990.

ESCOLA, Héctor Jorge. **Compendio de Derecho Administrativo**. Vol. 2 1ª ed., Buenos Aires, Argentina, Ed. Depalma, 1990.

ESCOLA, Héctor Jorge. **El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo**. 2ª Ed., Buenos Aires, Argentina, Ed. Desalma. 1989.

FREUND, Max A. **Lógica Jurídica**.

http://books.google.com.gt/books?id=fqvZatQnkP8C&printsec=frontcover&dq=lógica+jurídica&hl=es&ei=_yy2TOWdNoO88gb_rjWAQ&sa=X&oi=book_result&ct=book_thumbnail&resnum=2&ved=0CDIQ6wEwAQ#v=onepage&q&f=alse. Consulta noviembre 2011.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. **Interpretación e Integración de la ley**. 1ª Ed., Colección Lecturas Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, número 38, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México Distrito Federal, 2006.

GARCÍA OVIEDO, Carlos; MARTÍNEZ USEROS, Enrique. **Derecho Administrativo**. 2 vol. 9ª Ed. Madrid, España, Ed. Artes Gráficas Iberoamericanas, S.A., 1968.

GARCÍA BARZELATTO, Ana María. **Derecho Constitucional I**.

https://www.ucursos.cl/inap/2010/1/DEA200/1/material_alumnos/.../3190,
Consulta enero 2012.

GARCÍA MURILLO, José Guillermo. **Las Antinomias en el Derecho**.

<http://www.letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/articulos5/Garcia%20Murillo.pdf>. Consulta diciembre 2011.



GARCÍA MAYNEZ, Eduardo **Lógica Jurídica**. <http://www.descargarlibrosgratis.com.ar>. Consulta octubre 2011.

GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael. **Los Contratos Administrativos**. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Social de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala. 1994.

GRAJEDA MONZON, José Ernesto. **El Parentesco en la Doctrina y en la Legislación Civil Guatemalteca**. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 1975.

HUARCA QUISBERT, Ermo. **Derecho Administrativo**. <http://ermoquisbert.tripod.com/dctcpg.pdf>. Consulta octubre 2011.

KANT, Immanuel. **Lógica**. <http://www.descargarlibrosgratis.com.ar>. Consulta enero 2012

KAZOL ALISTE, Kamel. **Principio de Legalidad y criterios de vinculación positiva y negativa en la Constitución**. [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid= S071809501997000200005&script = sciar ttext](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S071809501997000200005&script=sciar_ttext). Consulta noviembre 2011.

Lógica Jurídica. www.tuobra.unam.mx/publicadas/050707190037.html. Consulta diciembre 2011

MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. 5 t., <http://www.descargarlibrosgratis.com.ar>. Consulta enero 2012.

Microsoft Corporation, Microsoft. **Student. Encarta**, 2011



Nociones de Lógica Jurídica. <http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/050707190037.html>. Consulta octubre 2011.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.** Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2005

PÉREZ LÓPEZ, Miguel. **Notas sobre el Procedimiento Administrativo.** <http://www.uaz.edu.mx/vinculo/webvbj/rev19-5.htm>. Consulta enero 2012.

PORRAS ESCOBAR, Wilfrido; DE LEON ESTRADA, Edgar Alberto; ESPINO PINTO. **Apuntes de Derecho Civil**, tomo I, 1979.

QUISBERT, Ermo. **Interpretación e Integración.** <http://jorgemachicadoblogspot.com/2010/03/inin.html>. Consulta diciembre 2011

Real Academia Española. **Diccionario de la Lengua Española.** Vigésim segunda edición, Editorial Espasa Calpe. Madrid España, 2001.

SANTOFIMIO G, Jaime Orlando. **Acto Administrativo, Procedimiento, Eficacia y Validez.**, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=979>. Consulta enero 2012.

SOTO KLOSS, Eduardo. **Derecho Administrativo.** http://books.google.com.gt/books?id=OyHrwEfMyw4C&printsec=frontcover&eduardo+soto+kloss+derecho+administrati&source=bl&ots=FKs1K4XSf5&sig=0LbtXb5K8NAuFM7vS0zPd7IMg&hl=es&ei=3igmTfKjMI2WsgOx2vz9AQ&sa=X&oi=book_reesult&ct=result&resnumm=1&ved=0CBEQ6AEwAA#v=onepage&q&f=true. Consulta noviembre 2011.

TORRES MOSS, José Clodoveo. **Introducción al Estudio del Derecho**, 2000.



ULLOA CUELLAR, Ana Lilia. **Naturaleza y Didáctica de la Lógica Jurídica.**

<http://www.monografias.com/trabajos45/logica-uridica/logica-juridica.shtml>.

Consulta octubre 2011.

WILKIPEDIA <http://es.wikipedia.org>. Consulta diciembre 2011.

Legislación:

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

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

Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto No. 119-96 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley de Probidad y Responsabilidades de funcionarios y empleados públicos, Decreto No. 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto No. 114-97 del Congreso de la República de Guatemala.

Código Civil, Decreto Ley 106. 1963, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la Republica de Guatemala.

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Acuerdo Gubernativo No. 1056-92.

Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas, Acuerdo Gubernativo No. 394-2008.