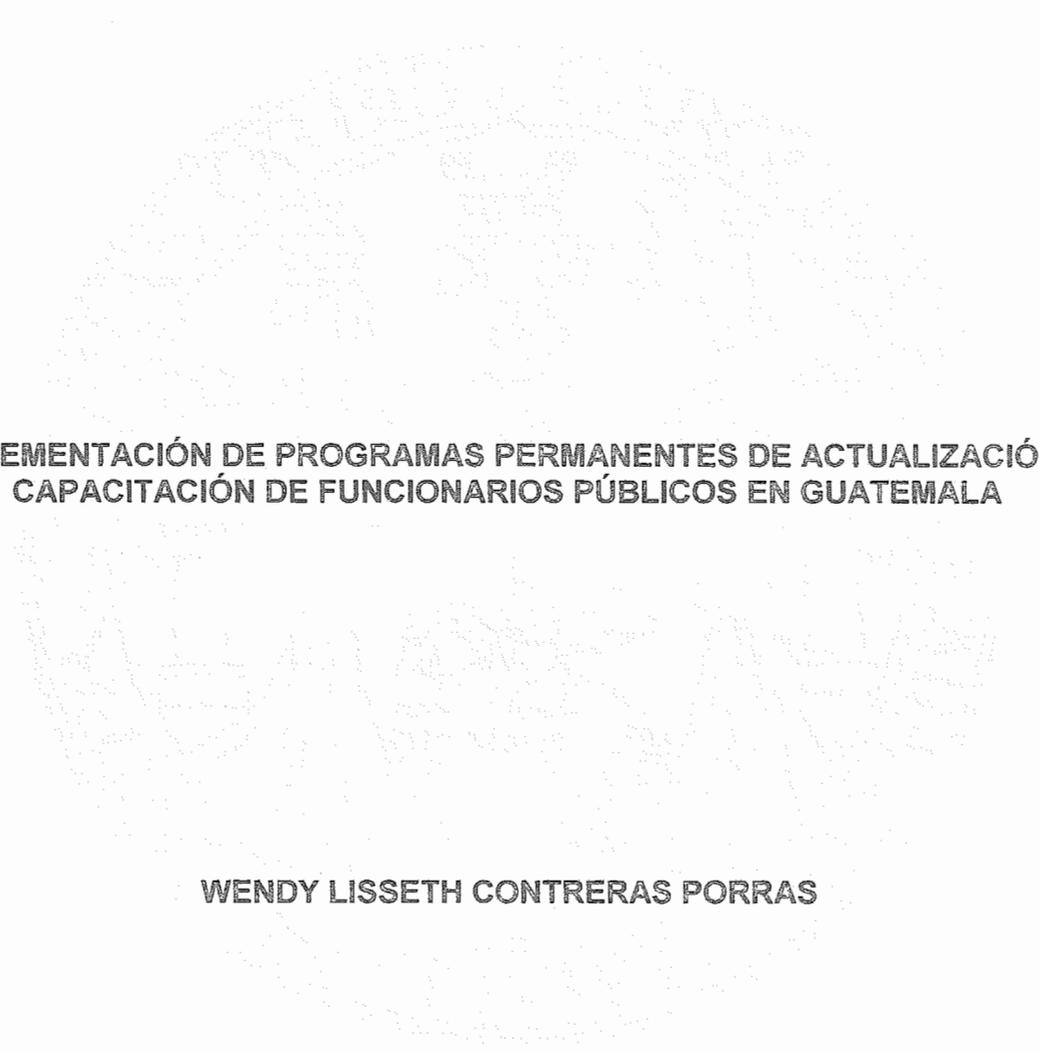


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**IMPLEMENTACIÓN DE PROGRAMAS PERMANENTES DE ACTUALIZACIÓN Y
CAPACITACIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN GUATEMALA**

WENDY LISSETH CONTRERAS PORRAS

GUATEMALA, AGOSTO DE 2014

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

**IMPLEMENTACIÓN DE PROGRAMAS PERMANENTES DE ACTUALIZACIÓN Y
CAPACITACIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN 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

WENDY LISSETH CONTRERAS PORRAS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto de 2014

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

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Alvarez
VOCAL V: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO: Lic. Luis Fernando López Díaz

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Rodolfo Giovani Celis López
Vocal: Lic. Héctor David España Pinetta
Secretario: Lic. David Sentés Luna

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Otto René Vicente Revolorio
Vocal: Licda. Mirza Eugenia Irungaray López
Secretario: Lic. Carlos Enrique Aguirre Ramos

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

✓

Lic. Carlos Dionisio Alvarado García
Abogado y Notario

Guatemala 04 de abril del año 2014

Doctor
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Su Despacho.



Muy atentamente le informo que de acuerdo al nombramiento de fecha once de junio del año dos mil doce, he procedido a la asesoría de tesis de la bachiller Wendy Lisseth Contreras Porras, la cual es referente al tema nombrado: **"IMPLEMENTACIÓN DE PROGRAMAS PERMANENTES DE ACTUALIZACIÓN Y CAPACITACIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN GUATEMALA"**, y después de llevar a cabo las modificaciones correspondientes doy a conocer:

1. Durante la investigación del trabajo de tesis, la bachiller Contreras Porras estudia dogmática, jurídica y doctrinariamente los conocimientos y aptitudes de los funcionarios públicos, demostrando dedicación y esmerándose en presenta un informe final fundamentado en la normativa vigente, para lo cual utilizó los métodos y técnicas investigativas acordes..
2. Me encargué de asesorar la tesis y estuve pendiente del desarrollo de la misma, así como de la redacción de sus conclusiones y recomendaciones y de la bibliografía utilizada.
3. Los objetivos se alcanzaron y dieron a conocer soluciones certeras a la problemática actual deriva de la falta de programas de capacitación de funcionarios públicos. La hipótesis comprobó la importancia jurídico-legal de analizar su actualización.
4. Durante el desarrollo de la misma se utiliza una ortografía correcta, la letra y márgenes adecuados, siendo las conclusiones y recomendaciones congruentes con los capítulos que se desarrollaron.
5. La tesis es un aporte bastante significativo y el trabajo abarca los aspectos más importantes del tema, desarrollando técnicamente la bibliografía consultada.

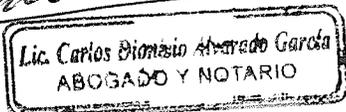
&

Lic. Carlos Dionisio Alvarado García
Abogado y Notario

6. Se utilizaron los métodos de investigación y las técnicas necesarias para garantizar una investigación adecuada, en lo relacionado a lo fundamental de analizar la formación y capacitación de los funcionarios públicos.

Me permito opinar que el trabajo de tesis satisface correctamente y reúne los requisitos necesarios para su aprobación, tal y como lo establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por ende emito **DICTAMEN FAVORABLE** el cual a mi juicio llena los requisitos exigidos previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente.



Lic. Carlos Dionisio Alvarado García
Abogado y Notario
Asesor de Tesis
Col. 9824



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 27 de mayo de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante WENDY LISSETH CONTRERAS PORRAS, titulado IMPLEMENTACIÓN DE PROGRAMAS PERMANENTES DE ACTUALIZACIÓN Y CAPACITACIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



BAMO/srrs.





DEDICATORIA

A DIOS: Jehová, la honra y el honor siempre tuyo, exaltaré por siempre tu majestad.

A LA IGLESIA DE DIOS: Por su hermandad.

A MIS PADRES: Tulio Axel Contreras Aguilera, por sus sabios consejos y por instruirme para ser una mujer de bien, Juanita Porras de Contreras, por su amor y apoyo incondicional, por ser alguien especial en mi vida.

A MI ESPOSO: Lic. Abdi Ariel Guerra Guzmán, por su amor y apoyo, por ser parte importante de mi vida, porque tus triunfos son míos y los míos son tuyos.

A MIS HIJOS: Otto Ariel y Axel Ariel Guerra Contreras, con todo el amor del mundo, lucharé para que sean hombres de bien y temerosos de Dios.

A MIS SUEGROS: Lic. Otto Amilcar Guerra Oliva y Blanca Zoila Guzmán de Guerra, por su cariño y apoyo.



A MIS CUÑADOS:

Otto, Uzziel, Samira y Marvin Guerra Guzmán, por su apoyo y afecto.

A MIS ABUELOS:

Aurelio Contreras y Gertrudis de Contreras y José Vidal Porras y Gregoria de Porras, con amor.

A TODA MI FAMILIA:

Con afecto, en especial a mis tías Dra. Consuelo Porras Argueta y Olga Porras Argueta, por su apoyo y cariño.

A:

La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Derecho administrativo.....	1
1.1. Definición.....	2
1.2. Reseña histórica.....	4
1.3. Importancia.....	5
1.4. Campo de aplicación.....	6
1.5. Fuentes.....	7
1.6. Actividad estatal.....	15
1.7. Poder soberano.....	20
CAPÍTULO II	
2. Actividad estatal.....	25
2.1. Funciones del Estado.....	29
2.2. Función legislativa.....	32
2.3. Función jurisdiccional.....	36
2.4. Función administrativa.....	43
2.5. Criterios diferenciadores.....	47



CAPÍTULO III

	Pág.
3. La administración pública.....	49
3.1. Categorías de la administración pública.....	52
3.2. División.....	55
3.3. Titulares de los órganos administrativos.....	56
3.4. Formas de organización administrativa.....	59
3.5. Poderes.....	61

CAPÍTULO IV

4. La implementación de programas permanentes de actualización y capacitación de funcionarios públicos en la sociedad guatemalteca.....	67
4.1. Importancia.....	68
4.2. Función pública.....	68
4.3. Importancia.....	69
4.4. Análisis de la implementación de programas permanentes de actualización y capacitación de funcionarios públicos.....	69

CONCLUSIONES	87
---------------------------	-----------

RECOMENDACIONES	89
------------------------------	-----------

BIBLIOGRAFÍA	91
---------------------------	-----------



INTRODUCCIÓN

El tema de la tesis fue elegido debido a la importancia de analizar que a través de la existencia de programas que capaciten a los funcionarios públicos guatemaltecos, se reconocen y fortalece la capacidad de gestión de las entidades estatales y se lleva a cabo un mejoramiento en los servicios estatales a nivel nacional.

Los programas de formación y capacitación establecen parámetros para que cada entidad desarrolle tanto competencias laborales definidas previamente en el proceso de identificación y en el diseño de funciones y requisitos, así como para que se desarrollen aquellas competencias necesarias para resolver problemas o contingencias organizacionales de la realidad laboral en el cumplimiento de la misión, metas, planes o estrategias institucionales.

Los objetivos de la tesis dieron a conocer que la implementación de los programas permanentes de actualización y capacitación de los funcionarios públicos permite mejorar la calidad de la prestación de los servicios a cargo del Estado, para el bienestar general y la consecución de los fines que le son propios y con ello se garantiza la instalación de competencias y capacidades específicas en las respectivas entidades. La hipótesis formulada fue comprobada y mediante la misma se fijaron los lineamientos para que los programas de formación y capacitación de los funcionarios públicos respondan a las características y necesidades de las entidades territoriales y nacionales, contribuyendo a la profesionalización de los mismos con modelos integrados de gestión de recursos humanos para el logro del cumplimiento de sus



funciones bajo parámetros de eficacia, eficiencia, compromiso, honestidad y transparencia.

La tesis se dividió en cuatro capítulos: el primer capítulo, estudia el derecho administrativo, definición, reseña histórica, importancia, campo de aplicación, fuentes, actividad estatal y poder soberano; el segundo capítulo, establece la actividad estatal y las funciones estatales; el tercer capítulo, indica la administración pública y el cuarto capítulo, analiza la implementación de programas permanentes de actualización y capacitación de funcionarios públicos en la sociedad guatemalteca. Los métodos utilizados fueron el inductivo y el deductivo y la técnica empleada fue la documental.

Con el tema de la tesis se señala la importancia legal de fijar los lineamientos para que los programas de formación y capacitación de los empleados públicos respondan a las características y necesidades de las entidades territoriales y nacionales, contribuyendo con ello a la profesionalización de los empleados públicos mediante la implementación de programas permanentes de actualización y capacitación.



CAPÍTULO I

1. Derecho administrativo

Es referente al complejo de principios y normas de derecho público interno, encargadas de regular el comportamiento y la organización de la administración pública, de forma directa o indirecta, así como las relaciones de la administración pública con los administrados y las relaciones de los distintos órganos entre sí de la administración pública, con la finalidad de satisfacer y lograr los objetivos del interés público.

El derecho administrativo tiene una formación bastante reciente a pesar de su constante evolución, siendo sus funciones la regulación de la relación entre administrados y la administración, la estructuración de la organización interna de la administración y la reglamentación de las relaciones con otras disciplinas jurídicas.

El mismo, se aplica a toda la vida del ser humano y sin la administración el Estado no podría tener existencia. Además, es de interés público como el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos que se asignan a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, la cual aparece con un contenido concreto, actual, determinable, eventual o potencial, personal y directo de ellos, que pueden reconocer en él su



mismo querer y su propia voluntad, prevaleciendo para ello sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten.

De forma tradicional, se ha entendido que la administración consiste en una subfunción del gobierno que se encuentra encargada del buen funcionamiento de los servicios públicos que buscan el mantenimiento del orden público y de la seguridad jurídica, así como de entregar a la población diversas labores de variada índole.

El derecho administrativo se aplica a todos los órganos e instituciones, a través de las cuales actúa la administración pública. Esos órganos cuentan con poderes superiores de los cuales disponen los particulares.

Además, se encarga de actuar sobre los órganos administrativos cuando actúan haciendo uso de sus potestades públicas, o sea, mediante la facultad de imperium que rompe la igualdad entre las partes.

1.1. Definición

"El derecho administrativo es la rama del derecho público que regula la organización de la empresa de la administración pública y de las diversas personas administrativas, de los poderes y los derechos que poseen estas personas para manejar los servicios públicos y el ejercicio de estos poderes y



derechos por la prerrogativa especial, por el procedimiento de acción de oficio y las consecuencias contenciosas que se siguen”.¹

En la definición anotada, además de definirse el derecho administrativo como regulador de la organización y acción de las autoridades administrativas en su consideración formal, se tiene que agregar un elemento relativo a reputar a esas autoridades como personas, y a las facultades que les están atribuidas como derechos.

La escuela realista le niega personalidad a la administración, debido a que en ella únicamente encuentra individuos iguales a los particulares manejando para el efecto los servicios públicos, y niega a su vez la existencia de los derechos subjetivos por ser el concepto de éstos de carácter metafísico, sin ninguna realidad, explicando para el ello el carácter obligatorio de las decisiones unilaterales de los individuos que concentran en sus manos la fuerza pública por efecto de las normas que impone la interdependencia social. La misma, define el derecho administrativo como el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos.

La definición señalada anteriormente no tiene aceptación alguna, debido a que si bien cabe la posibilidad que el derecho administrativo regule los servicios públicos, también lo es que se realizan por el Estado de conformidad con las normas que son de derecho administrativo.

¹ Arriaga Escobedo, Raúl Miguel. **Manual de derecho administrativo**. Pág. 21.



1.2. Reseña histórica

Tiene su origen con las revoluciones liberales de los siglos XVIII y XIX. Con el paso del Antiguo Régimen al Estado liberal ocurrió un tránsito relativo de un sistema de normas que se encontraban a disposición del monarca a un sistema caracterizado por la existencia de normas jurídicas, aprobadas mediante asambleas representativas, con carácter general, abstracta y permanente.

Las mismas regulan la forma en la cual tiene que relacionarse el Estado con la ciudadanía, la presencia de los derechos individuales y la existencia de un entramado institucional de control.

Después de ese proceso y sobre todo con las revoluciones liberales, aparece lo que en la actualidad se conoce como Estado liberal.

Antes de esas revoluciones no se reconocía la igualdad de todos los hombres como principio jurídico, debido a que a partir de ellas, estos dejarán de ser súbditos para pasar a ser ciudadanos con derechos y obligaciones iguales.

Posteriormente a la instalación del régimen administrativo, surgió la interrogante de quién debe encargarse de juzgar a la administración. Se cuestiona por un lado, si tienen que ser los jueces ordinarios que pertenecen al poder judicial quienes se encargarán de juzgar a la administración, o bien, si por otro lado, tiene que ser la misma administración la encargada del ejercicio de esa función.



1.3. Importancia

"El derecho administrativo se encarga de la regulación de la administración pública. Se trata, por ende del ordenamiento respecto a su organización y sus relaciones con los ciudadanos".²

De esa forma, cualquier persona puede ocupar una plaza como administrativo o bien como auxiliar administrativo dentro de una institución o entidad pública.

Lo anotado, le llevará a formarse en materia de actos administrativos y de sus diferentes tipos, analizando a la vez la jerarquía normativa, los reglamentos y sus clases, así como los principios de organización administrativa, el principio de competencia normativa, el principio de inderogabilidad de los reglamentos y de los órganos periféricos de la administración.

Se enmarca dentro del derecho público interno y se caracteriza por ser común, o sea, aplicable a las actividades municipales y tributarias.

Además, es autónomo debido a que tiene sus propios principios generales; es local, por su vinculación a la organización política y excede el ámbito del derecho privado y no considera un plano de igualdad entre las partes, debido a que el Estado tiene más poder que la sociedad civil.

² Meza Duarte, Leonardo Antonio. **Introducción al derecho administrativo**. Pág. 65.



1.4. Campo de aplicación

En relación a las normas de organización, el derecho administrativo se encarga del establecimiento de los órganos y de las instituciones mediante los que actúa la administración pública, que van desde los servicios centrales, los órganos desconcentrados, descentralizados y los organismos autónomos que son dependientes de otras instituciones y, en su caso, de los Consejos de Ministros, los Ministerios, Secretarías Generales, Direcciones generales, Subsecretarías, órganos representativos de las entidades que componen la administración local y las empresas públicas entre otros que no sean los mismos.

La mayor parte de estos órganos tienen como característica común la competencia para llevar a cabo sus actuaciones con prerrogativas o poderes de tipo superior pertenecientes a los particulares.

En relación a las normas de funcionamiento, es necesario señalar que el derecho administrativo únicamente se encarga de los asuntos de la administración pública en los cuales los órganos administrativos están investidos de potestades públicas, o sea, se encuentran revestidos de imperium.

En relación a la vida privada los derechos y las obligaciones se configuran casi siempre mediante la vía contractual, y la administración debe en beneficio e interés del servicio público, encargarse de la imposición unilateral sin la necesidad de un aviso previo de pronunciamiento judicial, de las obligaciones a los

particulares y de su decisión, la cual deberá ser tomada en consideración como jurídicamente valedera en tanto que el interesado no promueva su anulación por el juez.

Normalmente se acostumbra llevar a cabo la distinción entre administración territorial y administración institucional, la cual, en diversos grados en función del ordenamiento jurídico del cual se haga referencia, no lleva a cabo el ejercicio de la potestad administrativa.

La administración pública actúa como un particular y le son aplicables las normas relativas al derecho común.

Además, siempre existirá en su actuación un núcleo estrictamente administrativo, aunque únicamente con efectos del procedimiento para la efectiva formación de la voluntad del órgano administrativo unipersonal o colegiado en cuanto a las normas de atribución de las competencias del órgano implicado.

1.5. Fuentes

Las fuentes del derecho administrativo son las siguientes:

- a) Ley: cuando se define la función administrativa, se tiene que indicar que constituye una función del Estado que se lleva a cabo bajo un orden jurídico, siendo este último el elemento que establece que esa función se

lleva a cabo sometida al llamado principio de legalidad que justamente consiste en que ningún órgano del Estado puede tomar una decisión individual que no sea de acuerdo a una disposición general anteriormente dictada. O sea, la legalidad quiere decir conformidad con el derecho y es sinónimo de la regularidad jurídica.

"El principio de la legalidad se puede comprender desde un punto de vista material, en cuyo caso su alcance es el de que la norma en la que se fundamente cualquier decisión individual, tiene que ser una norma de carácter abstracto e impersonal".³

También, puede ser una norma de carácter abstracto e impersonal y ser tomado en consideración desde el punto de vista material, en donde la norma bajo la cual se lleve a cabo el acto individual tiene que contar con los caracteres de una ley desde el punto de vista formal, o sea, que debe ser una disposición que se encuentre expedida por el poder que conforme al régimen constitucional, tiene normalmente que ser el encargado de la formación de las leyes.

El hecho de que ningún órgano del Estado puede llevar a cabo actos individuales que no se encuentren previstos o autorizados por disposición legal anterior, tiene en todos los Estados modernos un carácter casi

³ Santamaría Pastor, Juan Alfonso. **Fundamentos de derecho administrativo**. Pág. 80.

absoluto, debido a que en el caso de facultad discrecional, en ningún otro y por ningún motivo existe la posibilidad de hacer excepciones a ello.

La actitud del Estado al resolver casos individuales sin sujeción a las normas generales constituye la definición clásica del despotismo.

Como esa noción es contraria a todos los sistemas constitucionales modernos, se ha tomado en consideración que el principio de legalidad desde el punto de vista material no tiene que sufrir excepción alguna.

No existe violación al principio de legalidad, cuando la ley se fundamente en los principios generales de derecho.

Si la función administrativa consiste en la ejecución de los actos que determinan situaciones para casos individuales, el principio de legalidad impone como fuentes de derecho administrativo las normas jurídicas de carácter general.

Entre las mismas, se cuenta con un lugar preponderante de la ley, cuyos caracteres, tanto desde el punto de vista formal como desde el punto de vista material, se tienen que examinar detenidamente en cuanto a la función legislativa.

Es natural que cuando en una disposición concurren los caracteres tanto material como formal de la ley, la misma tiene que ser tomada en consideración como la fuente de mayor importancia del derecho administrativo.

Existe el poder discrecional para la administración cuando la ley o el reglamento, determinando para ello a la administración cierta competencia en ocasión de una relación de derecho con un particular, dejando a la administración un poder libre de apreciación para decidir si tiene que obrar o abstenerse, en qué momento tiene que obrar, la forma en la cual tiene que hacerlo y el contenido que se le otorgará a sus actuaciones.

El poder anotado, es relativo a la libre apreciación dejada a la administración para decidir lo que sea oportuno en cuanto a hacer o no hacer.

Esa facultad tiene que ser distinguida del poder arbitrario, debido a que mientras éste representa la voluntad personal del titular de un órgano administrativo que obra bajo impulso, ello constituye la esfera libre de actuación de una autoridad, y tiene un origen legítimo, como lo es la autorización legislativa y un límite que en el caso extremo no se encuentra señalado en la misma ley o bien implícito en el sistema que éste adopta, existiendo siempre en el interés general que constituye la única finalidad que pueden perseguir las autoridades administrativas.

Es por ello, que una orden arbitraria carece de fundamento legal, mientras que la orden dictada en uso de la facultad discrecional, puede satisfacer los requisitos de fundar y motivar la causa legal del procedimiento.

- b) Costumbre: se ha discutido mucho si la costumbre puede ser tomada en consideración como fuente de derecho administrativo, principiando esa discusión sobre si existe en él un campo como en el derecho privado para que la costumbre pueda operar.

"Efectivamente, los sujetos extraños a la administración no pueden crear una costumbre obligatoria, ni tampoco ella puede imponer a los particulares una costumbre, debido a que la ley se encarga de la regulación con disposiciones precisas y con competencia de los órganos administrativos".⁴

Dentro de un régimen como el guatemalteco, en donde los poderes públicos únicamente obran en caso de encontrarse autorizados de forma expresa por virtud de una ley, la costumbre no puede tener aplicación alguna en lo referente a la competencia de los funcionarios.

De igual manera, el dominio de la costumbre queda excluido aun en los caso en que las leyes otorgan a las autoridades las facultades discrecionales, debido a que la discreción significa precisamente una

⁴ *Ibid.* Pág. 65.

apreciación de la oportunidad de las medidas, y si la costumbre se impone como una regla, deja de existir la elasticidad necesaria mediante la cual se autoriza la discreción.

La costumbre tampoco puede ser fuente de derecho en el dominio de las relaciones entre la administración y el particular, cuando a cargo del mismo se crean obligaciones, debido a que las mismas únicamente pueden imponerse fundadas también en un texto expreso de la ley.

El valor que se le puede reconocer a la costumbre dentro del régimen administrativo es el de constituir un elemento de utilidad para la interpretación de las leyes administrativas, pero de ninguna forma se le puede reconocer el valor de crear un derecho que supla las normas legales positivas.

- c) **Jurisprudencia:** la misma no tiene que considerarse como una fuente, debido a que la función judicial de donde proviene no tiene por objetivo la creación del derecho, sino que busca aplicarlo a los casos en los que haya contención, de forma que, por regla general, la jurisprudencia al igual que la costumbre constituye un medio de importancia para la determinación de la interpretación de las leyes.

Pero, es posible reconocer a la jurisprudencia el carácter de una fuente indirecta del derecho administrativo, cuando emana de los tribunales.

No es fácil negar la conveniencia de la codificación, si la misma puede lograrse de la forma en que se ha alcanzado la codificación de otras disciplinas jurídicas.

- d) Reglamentos: otra de las fuentes de gran importancia para el derecho administrativo son los reglamentos, los cuales forman parte del orden jurídico, bajo los cuales se desarrolla la actividad administrativa que se encuentra integrada por los reglamentos.

El reglamento es un conjunto de normas jurídicas de carácter abstracto e impersonal que expide el poder ejecutivo en uso de una facultad propia y que tiene por finalidad facilitar la exacta observancia de las leyes expedidas por el poder Legislativo.

La atribución de la facultad reglamentaria al poder ejecutivo se justifica desde el punto de vista práctico, por la necesidad de que se lleve a cabo rápidamente la tarea del poder legislativo relevándolo a la necesidad de desarrollar y completar detalladamente las leyes para el facilitamiento de su mejor ejecución, tomando en cuenta el desarrollo que está en contacto íntimo con el medio en el cual va a ser aplicada la ley.

Además, existiendo mayores facilidades para la modificación de los reglamentos, el uso de la facultad reglamentaria permite que la legislación se pueda ir adaptando de forma adecuada a las circunstancias cambiantes



en que tiene que ser aplicada, la cual es una adaptación que no sería posible si dependiera del poder legislativo, debido a que el mismo tiene procedimientos mayormente complicados y períodos bien reducidos de funcionamiento.

El acto reglamentario es constitutivo de un acto de carácter administrativo, no únicamente debido a que emana de la autoridad administrativa, sino fundamentalmente porque es en sí un acto de ejecución de las leyes, o sea, un acto de función administrativa.

El reglamento es en sí un acto de ejecución de la ley, que se deja pendiente de resolución en relación a que se tiene que resolver el problema de cuál es la naturaleza jurídica de las consecuencias que produce el acto reglamentario.

El carácter auténtico de la ley, no reside en su generalidad ni en la impersonalidad de las órdenes que otorga, y consiste en el hecho de que es considerada como la expresión de la voluntad nacional.

El acto reglamentario es un acto administrativo, pero desde el punto de vista material identifica al reglamento con la ley, debido a que en ella se encuentran los mismos caracteres que en aquél. De esa forma, el reglamento constituye, desde el punto de vista de su naturaleza intrínseca

un acto legislativo, que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas generales.

Es indudable que la ley pueda existir y tenga completa validez sin que exista un reglamento de las mismas, en tanto que el reglamento salvo casos excepcionales, supone la preexistencia de una ley cuyos preceptos desarrolla y a los cuales se encuentra subordinado.

1.6. Actividad estatal

Como el derecho administrativo es una rama del derecho público reguladora de la actividad del Estado que se lleva a cabo en forma de función administrativa, es necesario tener conocimiento en primer lugar en qué radica la actividad estatal; y en segundo lugar, determinar las diversas maneras que el Estado emplea para llevar a cabo esa actividad e indicar la caracterización entre ellas en las cuales se constituye la función administrativa; y en tercer lugar, como establecer cuál es el régimen al cual se encuentra sujeta dicha actividad.

"La actividad estatal consiste en el conjunto de actos materiales y jurídicos, operaciones y labores que se llevan a cabo en cuanto a las diversas atribuciones que la legislación positiva otorga".⁵

⁵ Villegas Basavilbaso, Benjamín. **Derecho administrativo**. Pág. 50.

El otorgamiento de esas atribuciones obedece a la necesidad de crear jurídicamente los medios que sean necesarios, para el alcance de los fines estatales.

Para la denominación de lo que en la actualidad se denomina atribuciones del Estado se ha hecho utilización de otras expresiones como la de derechos, facultades, prerrogativas, cometidos y competencias estatales.

Siendo las atribuciones los medios necesarios para alcanzar determinados objetivos, es natural que la extensión, el número y extensión de aquéllas varíen. Los criterios para determinar unas y otras no son relativos a asuntos jurídicos, sino que son relativos al campo de las ciencias políticas.

De conformidad con los postulados del individualismo que considera que son abundantes las actividades de los particulares, para la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas dentro de la sociedad, el Estado es relativo a las necesidades individuales y colectivas dentro de la sociedad, y es una primera etapa histórica posterior al mercantilismo de los antiguos regímenes políticos.

Las atribuciones estatales son fundamentales y obligan a la abstención de la intervención dentro de las esferas de la acción de los particulares, las cuales se encuentran más allá del límite necesario para el adecuado mantenimiento del orden, motivo por el cual el Estado en esta etapa se conoce con la designación de Estado gendarme.

El Estado asumía atribuciones compatibles con la libre actividad privada, cuando la misma no era suficiente, o bien no era remunerativa, pero sí exigida para la satisfacción de las necesidades colectivas.

Ese proceso, en la actualidad ha ido avanzando al producirse como consecuencia del sistema liberal un desajuste en la vida social que se ha agudizado por una serie de factores, como son el aumento de la población, los progresos de orden técnico, y la ostensible desigualdad de las distintas clases sociales.

El individuo no ha sido capaz de la satisfacción de las necesidades de la colectividad, y ha ido desarrollando una tendencia intervencionista o estatista en la cual se considera que el Estado respetando en buena parte la actividad privada, va imponiendo a ésta diversas restricciones o limitaciones para la armonización con el interés general, va creando servicios públicos y va encaminando su actuación con el fin de estructurar la sociedad de acuerdo con un ideal de justicia, que no ha logrado el capitalismo del sistema liberal. De esa forma, el Estado gendarme se transformó en Estado social de derecho.

Las atribuciones que a través del tiempo se han venido asignando al Estado y que en los momentos actuales se conservan, se pueden agrupar en atribuciones de mando o de coacción que comprenden todos los actos necesarios para el mantenimiento y protección del Estado y de la seguridad, atribuciones para la creación de servicios públicos y atribuciones para intervenir mediante gestión directa la vida económica, cultural y asistencial del país.

En cuanto a los medios adecuados para el ejercicio de las atribuciones, las doctrinas basadas en el individualismo sostienen que el Estado tiene que usar con absoluta preferencia, reduciendo con ello al mínimo las de carácter imperativo.

Por el contrario, las doctrinas estatistas toman en consideración que la intervención del Estado en la reglamentación de la actividad privada tiene que hacerse mediante leyes imperativas.

Ello, primordialmente en aquellos casos en los cuales la experiencia ha demostrado que el libre juego de las leyes económicas, no es suficiente para el mantenimiento del equilibrio entre las clases sociales.

Las mismas doctrinas también abogan por el desarrollo de la legislación preventiva al lado de la represiva considerando que la misma es ineficaz para brindar protección al derecho, debido a que únicamente actúa cuando se ha consumado su violación.

Mientras que el intervencionismo del Estado aconseja de manera moderada, el socialismo preconiza sin ninguna limitación, debido a que es justamente el medio más correcto para llegar a la finalidad que busca.

"La doctrina individualista sostiene en relación a las atribuciones estatales que en principio deben excluirse las que fomentan la actividad privada, en forma que

coloquen al individuo en situación superior en la lucha económica y que alteren de cualquier manera la libre concurrencia entre los factores de la producción”.⁶

El ejercicio de las mismas crea un estado artificial obstructor de la coordinación de las actividades individuales, sosteniendo que la intervención del Estado tiene que reducirse al mínimo y excluirse el sistema de la previa autorización, por ser constitutivo de limitaciones a la libertad natural.

Las doctrinas estatistas, por el contrario, sostienen que el fomento y la ayuda de la actividad privada constituyen los medios necesarios, para la corrección de las desigualdades creadoras de la lucha económica.

Es inadmisibles dentro de un régimen de legalidad, la facultad que en una ley se concediera a la administración para resolver todos los casos de conformidad con las circunstancias particulares de cada uno de ellos, debido a que en tal ocurrencia esa amplitud de discreción sería incompatible con la idea de una verdadera regulación de la materia por el poder legislativo, siendo equivalente a una delegación de las facultades sin que tuviera las consecuencias de las facultades extraordinarias del ejecutivo, debido a que este poder no actuaría expidiendo reglas generales sino que, dentro de la falta de límites necesarios para su acción.

⁶ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto. **Elementos de derecho administrativo**. Pág. 40.

1.7. Poder soberano

La doctrina ha empleado distintos criterios para dar un fundamento y para el señalamiento del campo de aplicación del derecho administrativo.

Durante el siglo XIX, el criterio predominante fue el de la existencia de la soberanía o poder público, sosteniendo para el efecto que es necesario un derecho que sea especial para la regulación de las relaciones entre el Estado y los particulares, porque tratándose de relaciones entre personas desiguales, es ello lo que consiste en la voluntad superior a la de los individuos, lo cual resulta inadecuado para la aplicación del derecho privado que únicamente regula relaciones entre personas con voluntades iguales.

Fuera de la impugnación que ha hecho la escuela realista a la noción de la soberanía como una voluntad de carácter superior, se ha considerado que, aun admitiendo la existencia del poder soberano, resulta difícil admitir que el Estado tenga dos voluntades, una que en determinados casos sea superior a la de los particulares y que, en consecuencia, se imponga de forma unilateral y otra que sea igual a la de aquéllos.

El Estado aun en los actos que lleva a cabo en gestión de su patrimonio, nunca llega a colocarse ni a actuar en las mismas condiciones que los particulares, puesto que siempre se estará cumpliendo o ejecutando leyes y reglamentos administrativos y gozando de privilegios de que no disfrutaban los particulares.

Tratando de sustituir el criterio de soberanía y poder público, un sector importante pero limitado de la doctrina ha colocado la noción de servicio público como fundamento, justificación y límite de la existencia del derecho administrativo.

"El servicio público consiste en toda actividad cuyo cumplimiento tiene que ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, debido a que el cumplimiento de esa actividad es necesario para la realización y desarrollo de la interdependencia social y es de tal naturaleza que no puede ser llevada a cabo completamente, sino por la intervención de la fuerza gubernamental".⁷

El mismo, es la piedra angular del derecho administrativo, y se sostiene que asentar que en una hipótesis determinada hay servicio público es equivalente a decir que para dar satisfacción regular y continua a una categoría de necesidades de interés general, los agentes públicos pueden aplicar los procedimientos de derecho público, o sea, un régimen jurídico especial, y la organización del servicio público puede ser modificada en cualquier momento por las leyes y reglamentos sin que exista ningún obstáculo insuperable de orden jurídico.

Los servicios públicos son organizaciones que integran la estructura misma del Estado y para la utilización de una comparación organicista se señala que los servicios públicos se presentan como constituidos por el conjunto de los servicios públicos.

⁷ Gutiérrez González, Ernesto. **Estudio del derecho administrativo**. Pág. 82.

Existen servicios públicos manejados por particulares debido a que tradicionalmente se ha considerado que el Estado no tiene el monopolio de la satisfacción de las necesidades colectivas.

La doctrina actual considera que realmente la acción administrativa se lleva a cabo no únicamente por medio de los servicios públicos cuyo procedimiento normal consiste en la prestación, sino también por medidas cuyo procedimiento también normal es el mandato, la orden, la prescripción, y por medio de una gestión privada que se caracteriza porque ella no tiene la preocupación de satisfacer las necesidades del público sino de administrar su patrimonio con un fin puramente pecuniario.

La doctrina del servicio público como noción única para fundar la existencia del derecho administrativo es inadmisibles y, no se puede señalar que el derecho administrativo sea el derecho de los servicios públicos.

Si el Estado o la ciudad no es sino una persona moral, cuya vida es relativa a la unión de sus miembros y si el más importante de sus cuidados es el de su misma conservación le es indispensable una fuerza universal y necesaria una fuerza universal que disponga cada parte del modo más conveniente.

Ninguna de las funciones que la doctrina asignaba al concepto de servicio público, quedan sin cubrir por la noción de atribución, en la inteligencia de que la misma,

no se encuentra determinada por el régimen que la norma sino que por el contrario, ella es la que determina el régimen jurídico que le conviene.

"La característica del régimen jurídico de los agentes públicos tiene que inspirarse en la necesidad de asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público que se tiene encomendado".⁸

La idea de servicio público se encuentra en la base de todas las reglas del régimen jurídico que se denomina régimen del dominio público.

De igual forma que la naturaleza otorga a cada hombre un poder absoluto sobre sus miembros, de esa forma el pacto social otorga al cuerpo político un poder absoluto sobre todo lo suyo.

La situación de los agentes públicos, la de los bienes nacionales, el régimen de los impuestos, de la expropiación, de los contratos administrativos y de los actos jurídicos administrativos se regula por normas especiales de derecho público, en cuanto se trata de situaciones y de actos que se encuentran íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estatales.

La soberanía consiste en el derecho que tiene el pueblo a elegir a sus gobernantes, sus leyes y a que les sea respetado su territorio. Según ello, se tiene que considerar el derecho que se tiene frente a alguien y porque alguien lo

⁸ Calderón Morales, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo I**. Pág. 101.



concede, y en consecuencia habría que convenir en que la soberanía, más que un derecho es el poder.

Existe amplitud del concepto de soberanía, que, como tal viene perdurando mediante los tiempos, aunque no se encuentra exento de variaciones a lo largo de la historia en su intento de justificar la soberanía.

CAPÍTULO II

2. Actividad estatal

En íntima relación con la conceptualización de las atribuciones del Estado, se encuentran las funciones del mismo y en la práctica se usan de forma indistinta se utilizan esos términos, pero ellos hacen referencia a nociones distintas, motivo por el cual es preciso otorgarles una significación exacta.

El término atribuciones abarca el contenido de la actividad estatal, lo cual se centra en aquello que el Estado puede o debe hacer. El concepto de función es referente a la forma de los actos estatales. Las funciones constituyen la manera del ejercicio de las atribuciones.

Las funciones no se diversifican entre sí, por el sencillo hecho de que cada una de ellas tenga contenido distinto, debido a que todas y cada una de ellas pueden ser de utilidad para una misma atribución.

Es fundamental la observación de la relación que guardan las atribuciones con las funciones legislativa, administrativa y judicial, estudiando para el efecto el papel que tiene cada una para la realización de las primeras.

En relación a las atribuciones referentes a la reglamentación de las actividades de los particulares, la función legislativa es constitutiva del medio para llevar a cabo

esa regulación, debido a que ella se lleva a cabo a través de normas generales de derecho.

"La función administrativa tiene que encargarse de intervenir bastante poco en esta categoría, pero se pueden señalar varios casos en los cuales es bastante notable esa intervención. Es de importancia y tratándose de relaciones de orden familiar, es por medio de las funciones administrativas que se presta servicio para la validez, publicidad y certidumbre de esas relaciones".⁹

La intervención de la función administrativa va aumentando a medida que la legislación se va transformando de supletoria a imperativa, por lo cual la función jurisdiccional es constitutiva del medio del cual el Estado se vale para el ejercicio de sus atribuciones de reglamentación de la actividad privada.

Efectivamente, las relaciones entre los particulares contienen resoluciones que el Estado tiene que proveer, para hacer respetar la reglamentación que ha hecho de esas relaciones. El medio para conseguir el resultado anotado consiste en la función jurisdiccional.

En relación al fomento, vigilancia y limitaciones de la actividad que llevan a cabo los particulares, las mismas constituyen una categoría de atribuciones, siendo la función legislativa el medio de crear la competencia de los agentes públicos, para la realización de esos actos de fomento determinando por medio de normas

⁹ Albi Fernández, Fabio Alejandro. **Derecho administrativo**. Pág. 92.

generales, en qué deben consistir esos efectos, así como también cuál es la situación jurídica de los particulares a quienes afectan.

La función administrativa tiene un amplio campo de acción. Tanto el fomento como la limitación y la vigilancia son actos que necesariamente tiene que tener un alcance concreto e individual.

El otorgamiento de una subvención, el cobro de un impuesto y la realización de un acto de beneficencia constituyen actos que determinan situaciones jurídicas individuales.

El control de los actos particulares por medio de la vigilancia que sobre ellos tenga, es un acto material que forma parte de la función administrativa. Todos esos actos pueden dar lugar a conflictos y para ello la función jurisdiccional resuelve esos conflictos.

La función legislativa se encarga de la organización de la empresas que el Estado ha de asumir, la competencia de los agentes públicos en las empresas, y la situación de los particulares que se han de relacionar con ellas.

La función administrativa es otro de los medios de que el Estado se vale para la realización de las atribuciones, debido a que el funcionamiento de las empresas se verifica mediante actos materiales y jurídicos de alcance individual.

El estudio de la teoría de las funciones del Estado necesita la existencia de un antecedente indispensable del conocimiento, aunque sea de manera sumaria de la teoría de la división de poderes que es de donde aquélla deriva.

La división de poderes expuesta como una teoría política necesaria para combatir el absolutismo y establecer un gobierno de garantías, se ha convertido en el principio básico de la organización de los Estados constitucionales modernos.

Desde dos puntos de vista se puede examinar esta teoría: primero, en relación de las modalidades que se imponen en el ordenamiento de los órganos del Estado y en cuanto a la distribución de las funciones del Estado entre los órganos.

Desde el primer punto de vista anotado, la separación de poderes implica la separación de los órganos del Estado en tres grupos diversos e independientes unos de otros, y cada uno de ellos se encuentra integrado por los distintos elementos que guardan entre sí la unidad que les otorga el carácter de poderes.

Cumpliendo con las exigencias anotadas, las constituciones modernas han establecido para el ejercicio de la soberanía el poder legislativo, el judicial y el ejecutivo, cada uno de ellos con su unidad interna adecuada a la función que tienen que desempeñar, diversos entre sí, y únicamente han discrepado de la teoría, por la tendencia a la creación entre esos poderes y de las relaciones que sean necesarias para que se lleve a cabo una labor de colaboración y de control que sea recíproco.

Desde el segundo punto de vista anotado, la separación de los poderes impone la distribución de las funciones distintas entre cada uno de los poderes, de forma que el poder legislativo tenga atribuida de forma exclusiva la función legislativa, el poder judicial, la función judicial y el poder ejecutivo.

La legislación positiva no ha sostenido fehacientemente el rigor de la exigencia señalada y han sido necesidades de la vida práctica las que han impuesto la atribución a un mismo poder de funciones de naturaleza jurídica totalmente distinta.

"Para que un poder realice funciones cuya naturaleza sea distinta en sustancia de las que normalmente le son atribuidas, tiene que existir una excepción que sea expresa en el texto constitucional, y esa base de interpretación es, por sí sola, suficiente para la justificación de la necesidad de hacer un estudio de las diversas funciones".¹⁰

2.1. Funciones del Estado

Las funciones estatales con independencia del órgano que las lleva a cabo, se exteriorizan a través de actos de diversa naturaleza, siendo unos los que producen consecuencias jurídicas y otros los que únicamente son productores de consecuencias de hecho.

¹⁰ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 82.

Efectivamente, el Estado al encargarse de expedir leyes, de dictar sentencias y dar órdenes administrativas, lesiona el orden jurídico que existe. Cuando construye carreteras, moviliza la fuerza pública, planifica, transporta mercancías y correspondencia, imparte para el efecto enseñanza o servicios de asistencia y está realizando simples actos materiales.

Por lo mismo, para poder apreciar la naturaleza intrínseca de los distintos actos que el Estado lleva a cabo, es necesario partir del estudio de la teoría que se ha venido elaborando doctrinariamente, de los actos jurídicos y de los actos materiales.

El acto jurídico es un acto de voluntad cuyo objeto es la producción de un efecto de derecho, es decir, de la creación y modificación del orden jurídico. El mismo, se distingue del hecho jurídico y del acto material.

El hecho jurídico se encuentra constituido, bien por un acontecimiento natural al que la ley vincula ciertos efectos del derecho como el nacimiento y la muerte, o bien por un hecho en que la voluntad humana interviene y en el que el orden jurídico entra en movimiento, pero con la diferencia en relación al acto jurídico de que ese efecto de derecho no constituye el objeto de la voluntad.

Los hechos jurídicos son constitutivos únicamente de la condición para que se apliquen normas jurídicas generales preexistentes. El acto material, por su lado, se encuentra constituido por hechos naturales o voluntarios que no trascienden al

orden jurídico. En ellos, únicamente falta el hecho jurídico y la intención de modificar o extinguir una situación de derecho.

El orden jurídico se encuentra integrado por el conjunto de situaciones también de carácter jurídico, que existen en un momento dado en un medio social determinado.

Las situaciones jurídicas, a su vez, se encuentran constituidas por un conjunto de derechos y obligaciones. Pueden estar integradas por facultades y deberes que se aplican indistintamente a todos los individuos que se encuentran en igualdad de condiciones, o bien por derechos y obligaciones que únicamente se aplican a un individuo determinado.

La situación jurídica general es modificable en cualquier tiempo por un acto de la misma naturaleza del que la ha creado, la situación jurídica individual no puede ser alterada o extinguida por un acto creador de situaciones jurídicas individuales. Por ello, los derechos y obligaciones de carácter individual nacidos a consecuencia de un contrato, no pueden modificarse por una ley que sea diferente.

Existen actos creadores de situaciones jurídicas individuales que, al mismo tiempo, son condición para que se apliquen, en un caso determinado, normas que crean situaciones jurídicas generales.

2.2. Función legislativa

También se puede apreciar desde un punto de vista objetivo o material, o sea prescindiendo de su autor y de la manera en la cual se lleva a cabo y únicamente se considera la naturaleza intrínseca del acto en el cual se concreta y exterioriza la ley.

La ley se encuentra integrada por una manifestación de voluntad, encaminada a la producción de un efecto de derecho. Es decir, la ley sustancialmente constituye un acto jurídico.

La generalidad de la ley tiene que estimarse como la esencia de la función legislativa, al grado de que como una garantía contra la arbitrariedad de los gobernantes, es justamente el fundamento racional e histórico del principio de la generalidad.

Para que la ley exista basta que dé lugar a un orden jurídico nuevo, de forma independiente de que la disposición sea de carácter general o únicamente sea referente a algún caso en particular.

El criterio de novedad sustituido al de generalidad, no cuenta con fundamento legal y doctrinal, y presenta un elevado nivel de confusión sobre los verdaderos caracteres de las funciones del Estado, debido a la función administrativa y en

parte a la judicial, que corresponde a la creación de situaciones jurídicas individuales.

El carácter de generalidad de las leyes se contraría cuando se expiden por un tiempo determinado, ya que ello implica una limitación de los casos a los cuales va a regir.

Siendo el derecho un fenómeno social que tiene que variar con el desarrollo de la civilización y el cambio de las necesidades colectivas, la ley sin perder su generalidad tiene que ir variando con la evolución del derecho y con el cambio de contenido del concepto de lo justo.

En la legislación se encuentran leyes en las cuales concurren sin contrariarse los caracteres de generalidad y de periodicidad, como las leyes de ingresos, en las cuales con un vigor limitado a una anualidad, revisten el carácter abstracto e impersonal propio del acto legislativo.

"Si se admite la teoría de la soberanía, ella implica la posibilidad de que el Estado restrinja su misma actividad y en el caso de que no se admita esa tesis, la obligación de los gobernantes de respetar las reglas del derecho objetivo, se explica por la necesidad que aquéllos tienen de someterse a las normas de la convivencia social, reconociendo para el efecto los derechos del hombre".¹¹

¹¹ Ariño Ortega, Gaspar. **Principios de derecho administrativo**. Pág. 65.



La ley supletoria se encuentra sujeta a una condición determinada para su aplicación y no es extraño ni contrario el carácter imperativo de la ley, en donde la aplicación se subordina al cumplimiento de una condición.

La esfera en la cual existen leyes supletorias es la de las relaciones entre los particulares. Estos son, en primer término, quienes tienen que cuidar y regular sus propios intereses.

Cuando no lo hacen es cuando tiene intervención la ley, presumiendo la voluntad de los interesados, de forma que la ley supletoria se encuentra condicionada por la omisión del particular, y cuando la condición negativa se lleva a cabo, la ley adquiere su vigor completo, encontrándose el juez que ha de resolver el caso obligado de forma imperativa a hacer su aplicación.

Además del carácter general e imperativo de la ley, la misma debe contar con los medios adecuados que aseguren su cumplimiento, o sea, la ley tiene una respectiva sanción.

Si la ley no se cumple de forma voluntaria, es necesario que el poder público tenga intervención e imponga su cumplimiento forzoso.

La sanción de las leyes es bastante variable y puede constituir en una coacción material, como sucede al tratarse de las leyes penales.

La coacción material no es adecuada y la sanción reviste otro carácter, relativo a una sanción jurídica, como lo es la invalidez que lesiona a los actos llevados contra el tenor de las leyes prohibitivas, o bien, a un carácter mixto como en el caso de la responsabilidad civil.

Tratándose de normas cuyo cumplimiento es relativo a los órganos estatales, el problema se complica por resultar innecesario que el Estado se presione a sí mismo. Pero, en esos casos existen garantías para la aplicación de la ley que son de orden social, político y jurídico.

Las garantías de orden social se encuentran integradas por todos los elementos de la vida social que obligan a los gobernantes al cumplimiento de las disposiciones legales como la costumbre, la moralidad y la opinión pública.

Las garantías de orden político radican de manera fundamental en el régimen mismo de la organización del Estado. Puede citarse como la de mayor importancia la que deriva del sistema de separación de poderes, cuyo funcionamiento lo ha hecho denominar sistema de frenos y contrapesos por las limitaciones que los excesos de un poder encuentran en el funcionamiento de los otros.

Entre las garantías de orden jurídico, se encuentran las distintas clases de control sobre los actos de los poderes públicos en relación a la responsabilidad directa del mismo poder y las responsabilidades civiles y penales de los funcionarios y empleados públicos.

2.3. Función jurisdiccional

Tanto la función judicial como también la función legislativa, puede ser analizada desde dos puntos de vista que son la función formal y la función material. Desde el punto de vista formal, la función judicial se encuentra constituida por la actividad desarrollada por el poder que normalmente dentro del régimen constitucional se encuentra encargado de los actos judiciales, o sea, por el poder judicial.

"Como función tomada en consideración materialmente, se le denomina función jurisdiccional, por creer que la expresión judicial únicamente evoca el órgano que la lleva a cabo, debiendo, por ende, reservarla para cuando se haga alusión a su aspecto formal".¹²

Se ha llegado a negar a la función jurisdiccional el carácter de actividad del orden jurídico, debido a que se señala que en ella el Estado no lleva a cabo un acto de voluntad ni crea una situación jurídica, que son los elementos fundamentales del acto jurídico.

No existe acto de voluntad, sino una sencilla operación de la inteligencia que se resuelve en un silogismo que se relaciona con la regla legislativa del derecho y con la comprobación de la especie concreta sometida a la consideración del juez y a la conclusión.

¹² **Ibid.** Pág. 96.

La sentencia no aporta modificación alguna al orden jurídico, debido a que se limita a fijar el derecho que había sido discutido o contrariado. Se afirma que la sentencia judicial no es de carácter atributivo, sino sencillamente declarativo de derechos.

Si se reduce el carácter de éste a una sencilla operación lógica y a una simple declaración de derechos, no se explica por qué en esa misma operación y esa misma declaración realizada por particulares, no tienen los mismos efectos que cuando se lleva a cabo por el Estado.

Ello, hace suponer que existen otros elementos que no concurren cuando un particular interviene y en efecto cuando el Estado decide de forma jurisdiccional un conflicto de derechos que no se limita únicamente a la determinación de si éstos existen, sino que además como una consecuencia del reconocimiento de su existencia, la cual provee al respeto de ellos mediante un acto emanado de la voluntad, el cual es un acto que dentro de las normas legales es productor de una modificación en el orden jurídico puesto que hace concreta la garantía jurídica en términos abstractos y consagra la ley para los derechos.

De esa forma, se discute la validez de un acto jurídico por haber sido llevado a cabo sin sujeción legal, aunque un particular por medio de un sencillo silogismo puede llegar a la conclusión de que aquel acto se encuentra viciado, y ello no llega a afectar el acto viciado.



Por el contrario, en el momento en el cual el Estado interviene juzgando el caso, no se detiene donde el particular se ha detenido en el reconocimiento de que el acto viola la ley sino como una consecuencia de ello, debido a que se provee de una decisión que constituye un acto voluntario al respeto de la ley violada, declarando que el acto deja de producir sus efectos, siendo de ello de donde se desprende que si el acto viciado produce consecuencias jurídicas y deja de producirlas en virtud de la sentencia.

Cuando se tiene un derecho, la abstención de su ejercicio produce por regla general, su extinción por prescripción.

El término para que la misma se consuma es bastante variable, debido a que cuando ese derecho se hace valer en la vía judicial, se interrumpe esa prescripción, pero si además se ha llegado hasta la sentencia, entonces por efecto de ésta, el derecho que en ella se reconoce tiene un término de prescripción especial distinto del que tenía el derecho antes de ser objeto del fallo.

Cuando un particular desconoce el derecho de otro, se niega al cumplimiento de una obligación que ha contraído el interesado, al ocurrir a la vía judicial no únicamente el reconocimiento de un derecho, sino también los medios para hacerlo efectivo y además de conformidad con las circunstancias puede también obtener una condena al pago de los daños y perjuicios.

Esa obligación de pago de los daños y perjuicios aunque derivada de la ley no puede hacerse efectiva, sino hasta el momento en el cual exista la sentencia, lo cual es equivalente a señalar que ésta viene a producir una modificación en el orden jurídico preexistente.

La función jurisdiccional es una función del orden jurídico, pudiendo ser de utilidad para corroborar las motivaciones señaladas, en cuanto a que no tiene carácter declarativo.

Los hechos y las consecuencias jurídicas tienen que encontrarse ligados a la ley en la esfera de lo general, así también, el dominio de lo individual tiene que serlo por la sentencia judicial.

Por ello, la sentencia consiste en una norma jurídica individual y se refiere a la individualización o concreción de la norma general o abstracta. La función jurisdiccional no se distingue esencialmente de la administrativa.

El acto particular de interpretar la ley en caso de conflicto, forma de manera necesaria parte del acto general de hacer ejecutar la ley.

La determinación de la conceptualización de la jurisdicción es de importancia tanto teórica como práctica, con especialidad para las relaciones entre la función jurisdiccional, y la función administrativa consiste en un problema que todavía no ha sido resuelto en la ciencia jurídica.



La existencia de la función jurisdiccional obedece claramente a un proceso histórico de diferenciación que ha llegado a separar de forma objetiva una esfera de actividades del Estado, que pueden apreciarse de forma cuantitativa formando parte de la función administrativa, de otra esfera que se ha sustraído de la administración para entregarse a los tribunales.

Ello, lleva a pensar que únicamente es posible caracterizar a la función jurisdiccional por el órgano que la lleva a cabo.

Pero, existen además del elemento orgánico, algunos otros caracteres externos que se encargan de la separación de forma radical de la función jurisdiccional de la función administrativa.

La función legislativa abarca los actos creadores de situaciones jurídicas generales, y la función administrativa abarca los actos creadores de situaciones jurídicas individuales y los actos de condición, de forma que esas funciones agotan todos los actos jurídicos, no dejando por un lado ninguna categoría para la función jurisdiccional.

La función jurisdiccional supone en primer término y a diferencia del resto de funciones una situación de duda o de conflicto preexistentes, suponiendo generalmente dos pretensiones opuestas cuya finalidad es bien variable.

Las mismas, pueden ser referentes a un hecho, actitud o acto jurídico que se estime sea contradictorio con un derecho o con una norma legal, o a un estado de incertidumbre sobre la interpretación, alcance o aplicación de una norma o de una situación jurídica.

De ello, se desprende que si el antecedente o motivo de la función jurisdiccional consiste en un conflicto de derecho que no puede dejarse a las partes para resolver, el primer elemento del acto jurisdiccional se refiere a la declaración que se haga de la existencia de tal conflicto.

Esa declaración necesita de un procedimiento que sea especial en el cual exista un debate contradictorio y audiencia de pruebas y alegatos de las partes contendientes, habiéndose llegado a pensar en el procedimiento con sus formalidades especiales, lo cual es referente al acto jurisdiccional.

Desde el punto de vista político, el procedimiento es constitutivo de una garantía para las partes en conflicto, pero ello de ninguna manera irá a otro conflicto.

El acto jurisdiccional se encuentra formado únicamente por la sentencia y no por los actos previos al procedimiento que, aunque implican determinaciones judiciales, constituyen condiciones sucesivas para el desarrollo del proceso, y una colaboración de parte de los litigantes para el conocimiento y la defensa de sus tensiones.

De esa forma, la declaración de la existencia del conflicto, es constitutiva de un acto que por sí solo no cuenta con carácter jurídico.

Ello, debido a que hasta ese momento no existe más que una sencilla operación lógica de formulación de un silogismo en donde la mayor parte se encuentra representada por la norma o bien por una situación jurídica que se pretende afectada.

"La función jurisdiccional se encuentra organizada para brindar protección al derecho, para de esa forma evitar la anarquía social que se produce si cada quien se hace justicia por su misma mano, o sea, para el mantenimiento del orden jurídico y para otorgar estabilidad a las situaciones de derecho".¹³

Si ello, es de esa forma la función jurisdiccional no puede limitarse a la declaración relacionada en que existe una posibilidad de conflicto debido a que a esa conclusión puede llegar a cualquier particular sin que sea el caso, ni en el de que exista conocimiento de la autoridad, para la satisfacción de las finalidades a las cuales se tiene que hacer alusión.

La sentencia debe tener como consecuencia lógica de la declaración que tiene que completarse con una decisión que haga cesar el conflicto para ordenar y respetar el derecho ofendido.

¹³ **Ibid.** Pág. 82.



2.4. Función administrativa

Es la base esencial del derecho administrativo y al igual que las demás funciones estatales, la función administrativa se puede apreciar desde el punto de vista formal y desde el punto de vista material.

Entre los regímenes constitucionales modernos, no existe coincidencia entre la división de poderes y la de funciones, ya que en la legislación positiva a cada poder le es relativa una misma categoría de actos de naturaleza homogénea y por ende, se define la función en estudio por el órgano que la lleva a cabo con criterios externos que de forma intrínseca se diferencian de una forma radical y con distintas características.

El considerar con igual carácter de expedición de un reglamento la resolución de un expediente de dotación y el nombramiento de un funcionario público, únicamente debe ser debido que ello se lleva a cabo por el poder ejecutivo, y quiere decir que se tiene que prescindir el análisis de la naturaleza jurídica que es equivalente a pensar que ello produce iguales efectos en el derecho, lo cual es adverso a los datos de la realidad.

Se busca un criterio que muestre la naturaleza del acto administrativo en que se exterioriza y concreta la función anotada, siendo conveniente recorrer a su determinación jurídica.

La función administrativa es la actividad del poder ejecutivo encaminada a la ejecución de la ley. El primer elemento de esta definición, se constituye por el órgano que lleva a cabo la actividad, siendo el mismo un elemento formal cuyo valor se había perdido. El segundo elemento, está integrado por la finalidad que el Estado busca al llevar a cabo la función y se le considera inadecuado, debido a que el criterio de fin sólo tiene que utilizarse cuando los efectos de derecho que produzcan los actos en que se exteriorizan las funciones no sean bastantes para caracterizarlo.

Además, la ejecución de las leyes constituye la función administrativa, siendo preciso de una vez, si ésta es sencillamente ejecución de la ley, sin perjuicio que más adelante se estudien los caracteres sustanciales de la ejecución.

Para entender lo que es ejecución de la ley, se necesita indicar que la actividad se encuentra autorizada por una disposición legal o bien se entiende por tal la ejecución de la actividad necesaria para otorgar efectividad o realización práctica a la norma legislativa.

La ejecución de la ley puede confundirse con la noción de la función administrativa, si por aquélla se entiende no únicamente la ejecución material o concreta de las leyes, sino también la realización de otras labores que hacen uso de autorizaciones que da la misma ley, o de facultades discrecionales que ella otorga o cuando el término de ejecución de las leyes abarca una tarea más general que consiste en asegurar el mínimo de condiciones necesarias para la



continuidad de la vida nacional, o sea, el mantenimiento del orden público y la marcha de los servicios del derecho positivo.

La función administrativa tiene por objeto manejar los asuntos corrientes al público y a la satisfacción de los intereses generales, haciendo todo ello mediante la organización de los servicios públicos, en los límites de los fines del poder político que ha asumido la empresa en la gestión administrativa.

El fin de la función administrativa consiste en la gestión de los asuntos corrientes del público, de los intereses generales, permanentes, ordinarios y tomando en cuenta el carácter de gestión, lo cual aparece como eminentemente práctico aunque se debe indicar que son los medios jurídicos con los cuales cuenta tienen que ser seriamente empleados.

La atribución abarca la actividad del Estrado, mientras que la función el medio de su realización.

De ello, se desprende que la función no tiene que ser definida por la atribución que lleva a cabo, debido a que se pelagra para crear confusión sobre el carácter de las funciones.

Además, no se tiene que recurrir a la noción del fin para definir la función cuando existen otros elementos que pueden caracterizarla.

"Los medios que se emplean por la función administrativa son fundamentales para la realización del fin. Esos medios son los servicios públicos, los cuales tienen que basarse en disposiciones de carácter legislativo y no administrativo".¹⁴

Como campo de acción de la función administrativa se fija el que se encuentra dentro de los límites de los fines propios del poder político, que se ha asumido la empresa.

Sobre este particular se tiene que señalar que la función administrativa consiste en la forma de llevar a cabo las atribuciones del poder público, siendo natural que la norma nunca podrá ir más allá de donde alcanza su contenido.

La legislación, la justicia y la administración son actividades por las cuales el Estado realiza su fin, y lo que hace la distinción de las mismas es la forma distinta de ellas de servir a esa realización.

No se puede negar que la función administrativa guarde relación con el orden jurídico, ni se puede aceptar que sea esa la diferencia específica que le caracterice.

Ello, ocurre de la misma forma ya que no se puede admitir que ese concepto de relación que es necesariamente exterior, sea de utilidad para precisar la naturaleza interna de la función.

¹⁴ **Ibid.** Pág. 180.



Las funciones materiales resultan de la relación existente entre la actividad del Estado y los fines del mismo. En razón del fin jurídico del Estado, una parte de su actividad es tendiente al establecimiento y a la protección del derecho.

La función administrativa se encuentra caracterizada por contar con una función de naturaleza jurídica, que se distingue claramente de las otras por los distintos efectos de derecho que con sus actos produce.

2.5. Criterios diferenciadores

Para especificar los criterios diferenciadores de la función administrativa, es fundamental analizar las diversas teorías:

- a) Teoría orgánica: también se le denomina teoría subjetiva y la misma pone énfasis en el órgano que realiza la función. De conformidad con esta teoría, la función administrativa abarca la actividad del poder ejecutivo, la función judicial y la actividad del órgano judicial.

- b) Teoría objetiva: hace énfasis en el tipo de función, más precisamente en las características que hacen a la actividad administrativa. Consiste en una función analítica en la cual se entiende que es materia administrativa toda aquella actividad que sea permanente, continua, concreta, práctica e inmediata.



- c) Teoría mixta: hace una mezcla de las anteriormente anotadas y sostiene que es una función administrativa la que lleva a cabo el órgano ejecutivo y también la que llevan a cabo los otros órganos que escapan a sus funciones específicas.



CAPÍTULO III

3. La administración pública

La satisfacción de los intereses colectivos por medio de la función administrativa es llevada a cabo por el Estado y para ello se organiza en una forma especial adecuada y sin perjuicio que otras organizaciones lleven a cabo de forma especial la función administrativa.

Esa organización es constitutiva de la administración pública, la cual debe entenderse desde el punto de vista formal, como el organismo público que ha recibido el poder político en relación a la competencia y a los medios que sean necesarios, para la satisfacción de los intereses generales.

"Desde el punto de vista material consiste en la actividad de este organismo considerado en sus problemas de gestión y de la existencia propia tanto de sus relaciones con otros organismos semejantes como con los particulares, para el aseguramiento de la ejecución de su misión".¹⁵

Desde el punto de vista formal, la administración pública integra uno de los poderes en los que se encuentra depositada la soberanía del Estado, o sea, del poder ejecutivo.

¹⁵ Hernández Palma, Antonio. **Diccionario administrativo**. Pág. 32.



La administración pública no tiene una personalidad propia y únicamente constituye uno de los poderes por los cuales se manifiesta la personalidad misma del Estado.

La problemática del Estado consiste en uno de los mayormente discutidos en la teoría del derecho público. Las principales corrientes doctrinales se pueden reducir a dos categorías como lo son las que afirman y las que niegan la personalidad.

La teoría de la doble personalidad del Estado sostiene la existencia de una personalidad de derecho público y otra de derecho privado. La primera, como titular del derecho subjetivo de soberanía; la segunda, como titular de derechos y obligaciones de carácter patrimonial.

Esa teoría, es la admitida por la legislación y jurisprudencia guatemalteca, y es objetada porque la misma implica una dualidad incompatible con el concepto unitario de que el Estado sea admisible, únicamente en el caso de que se demuestre la duplicidad de finalidades u objetivos del Estado.

La teoría de la personalidad única con doble voluntad, es relativa a afirmar que normalmente el Estado desarrolla una actividad imponiendo sus determinaciones, en vista de que éstas emanan de una voluntad con caracteres especiales de superioridad respecto de los individuos, o sea, de una voluntad soberana, pero que en determinadas ocasiones no es necesario proceder por vía de mando, sino



que el Estado puede someterse y de hecho se somete, al principio que domina las relaciones entre particulares, o sea, al principio de la autonomía de la voluntad, principio que es relativo a que ninguna persona puede por acto de su voluntad producir efectos respecto de otra si ésta no concurre manifestando su misma voluntad.

Esta teoría también ha sido objeto de varias impugnaciones, debido a que se sostiene que constituye una falta de lógica pensar que una voluntad pueda tener caracteres diferentes que en unos casos sean superiores y que en otros sea igual a la de los individuos.

Como reacción contra las teorías que afirman la doble personalidad y la personalidad única del Estado, la doctrina del derecho público basada en el método realista, sostiene que no es necesario el concepto de la personalidad para el reconocimiento de las actividades patrimoniales del Estado.

Los derechos y el patrimonio pueden individualizarse fuera de la idea de un titular, en relación a que los derechos son objetivos por su origen y por su naturaleza, debido a que ellos emanan de las relaciones sociales que imponen ciertas normas de conducta, y su valor y eficacia se encuentra bajo la dependencia de la regla social, no de la voluntad de la persona.

El patrimonio es concebible en una forma puramente objetiva, como un conjunto de bienes afectados a un fin determinado, que cuando ese fin es la satisfacción de

necesidades individuales, se tiene el patrimonio privado, y cuando es la satisfacción de necesidades colectivas, se tiene el patrimonio público.

La diversa aplicación de los regímenes tiene su origen en el diverso grado de intimidad que guarde la actividad desarrollada, con la realización de las atribuciones fundamentales que al Estado competen, de conformidad con que se ha demostrado la distinción entre el derecho público y el privado y de la naturaleza de las normas que integran el derecho administrativo, a cuyos lugares se remite para fijar el criterio de los casos en los cuales el Estado no se encuentra sometido al derecho público.

"Los órganos del Estado no tienen derechos propios, sino que las facultades que ejercen son facultades del Estado y éstas se le atribuyen no para formar parte del patrimonio del funcionario que es su titular, sino como una esfera legal que marca los límites dentro de los cuales puede actuar el órgano de que se trata".¹⁶

3.1. Categorías de la administración pública

Los órganos de la administración pueden separarse en dos categorías, una que tienen carácter de autoridad y otra que tienen el carácter de auxiliar.

- a) Cuando la competencia otorgada a un órgano implica la facultad de realizar actos de naturaleza que afectan la esfera de los particulares: así como

¹⁶ Díaz de Salazar, Luis Miguel. **Régimen administrativo**. Pág. 36.

también de imponer a éstos sus determinaciones, es decir, cuando el referido órgano está investido de facultades de decisión y ejecución, se está frente a un órgano de autoridad.

Los órganos de la administración que tienen el carácter de autoridad, pueden concentrar en sus facultades las de decisión y la de ejecución. Pero, también puede suceder que únicamente tengan la facultad de decisión y que la ejecución de sus determinaciones se lleve a cabo por otro órgano diferente.

- b) Cuando las facultades atribuidas a un órgano se reducen a darle competencia para auxiliar a las autoridades y para preparar los elementos necesarios: a fin de que éstas puedan tomar sus resoluciones, entonces se tiene el concepto de órganos auxiliares.

Los órganos auxiliares pueden realizar de distinta forma sus atribuciones, originándose con ese motivo una clasificación de ellos.

Existen, en primer término, órganos auxiliares de preparación que son los que llevan a cabo todas las funciones necesarias para la preparación técnica y material de los asuntos que los órganos de autoridad deben decidir.



En segundo lugar, existen agentes que tienen el carácter de órganos consultivos, los cuales pueden ser o bien colegiados o bien unitarios.

Entre los órganos de consulta pueden existir diversos grados, de conformidad con la necesidad legal de oírlos y la obligación que hayan de seguir las opiniones que emitan.

De esa forma, puede suceder que las autoridades tengan una facultad discrecional para solicitar la opinión de esos órganos de consulta.

También, puede ocurrir que la ley imponga a las autoridades la obligación de oír previamente al órgano de consulta, pero sin que la opinión de éste obligue a la autoridad.

La autoridad se encuentra obligada a continuar el parecer del órgano consultivo, y ello es referente a un órgano de decisión que colabora con la autoridad para el ejercicio de sus funciones.

Por regla general, la posibilidad de llevar a cabo un acto no se encuentra íntegramente confiada a un mismo órgano.

Ello, es como una garantía para el adecuado funcionamiento de la administración, en donde se exige la intervención de los diversos órganos.

3.2. División

La división de la competencia se lleva a cabo regularmente siguiendo los criterios por razón de territorio, razón de materia y razón de grado.

- a) La competencia territorial: lo cual hace referencia a las facultades que hayan sido conferidas a los órganos, en razón del espacio dentro del cual pueden ejercitarla. Desde ese punto de vista, los órganos administrativos pueden ser órganos generales o bien locales.

La competencia administrativa se extiende a todo el territorio nacional, haciendo de los funcionarios órganos generales de la administración.

- b) La competencia por materia: deriva de la atribución a órganos que cuentan con la misma competencia territorial de funciones administrativas, en relación a los diversos asuntos que son objeto de la administración.
- c) Competencia por razón de grado: tiene lugar con la separación de los actos en relación a un mismo asunto, los cuales pueden llevarse a cabo por los órganos administrativos colocados en diversos niveles.

Por lo general, esa distribución se lleva a cabo estableciendo relaciones de jerarquía que implican subordinación y dependencia de órganos y superioridad de otros.

El órgano inferior y el superior tienen conocimiento del mismo asunto, pero la intervención del que conoce en último lugar, se encuentra condicionada por la conclusión de funciones del que conoce en primer término, significando además que aquél guarda una relación de superioridad respecto de este último.

3.3. Titulares de los órganos administrativos

La administración pública considerada como uno de los elementos de la personalidad del Estado, requiere personas físicas que formen y exterioricen la voluntad de éste.

También, es necesario distinguir entre el órgano y su titular, debido a que mientras el primero es representativo de una unidad abstracta de una esfera de competencia administrativa de importancia jurídica, el titular representa una persona concreta que puede ir variando sin que se lesione la continuidad del órgano y que tiene, además de la voluntad que ejerce dentro de la esfera de competencia del órgano, una voluntad dirigida a la satisfacción de sus intereses personales.

Se ha tomado en consideración que el criterio que distingue a los funcionarios de los empleados es relativo a la duración del empleo y que mientras que los funcionarios son designados por un tiempo determinado, los empleados tienen un carácter permanente.

Ese criterio en realidad no otorga ninguna fundamento para hacer la distinción, pues bien se pueden encontrar entre los que se llaman funcionarios algunos que tienen la misma permanencia que los empleados.

"Se debe recurrir al criterio de la retribución para fijar la distinción, tomando en consideración que los funcionarios pueden ser honoríficos en tanto que los empleados son siempre remunerados".¹⁷

Las teorías que sobre el particular se han construido pueden reducirse, esencialmente a las teorías de derecho privado y las teorías de derecho público. Además, la necesidad de que se genere una situación jurídica individual deriva de la función y carácter del contrato.

En efecto, éste constituye una institución encaminada a la satisfacción de las necesidades privadas de los hombres, y como esas necesidades y los medios de que los particulares disponen para otorgarles satisfacción varían de caso a caso, es natural que las consecuencias del contrato deban adaptarse a esa variabilidad, lo cual no se logra sino individualizando los efectos jurídicos que produce.

Por otro lado, los contratantes se benefician de todos los derechos ligados por la ley a la condición que cada parte asume en el contrato, pero la verdad es que estos derechos se establecen en preceptos legales con el carácter de supletorios para cuando los contratantes no han regulado expresamente su situación.

¹⁷ Galindo Camacho, Miguel. **Derecho administrativo**. Pág. 22.



De forma que la aplicación de su contenido obedece a que se les considera como la voluntad presunta de los intervinientes.

El contrato es fuente de obligaciones, y ello significa que en él se especifican estas obligaciones y se les fija su contenido y alcance concretos de conformidad con la situación y voluntad de los contratantes.

El acto del nombramiento o de investidura para un cargo público, no es un acto unilateral, debido a que no se puede imponer obligatoriamente un contrato porque él no origina situaciones jurídicas individuales.

Por ende, es fundamental considerarlo como un acto diverso cuyas características son las de estar formado por la concurrencia de las voluntades del Estado que nombra y del particular que acepta el nombramiento, y por ello el efecto jurídico que origina dicho concurso de voluntades, consiste en no fijar los derechos y obligaciones del Estado y del empleado, sino el de condicionar la aplicación a un caso individual de las disposiciones legales preexistentes que fijan la norma abstracta e impersonal, en relación a los derechos y obligaciones correspondientes a los titulares de los distintos órganos del poder público.

Ese acto diverso que condiciona la aplicación del estatuto legal y que no puede crear ni variar la situación establece ese estatuto y permite la modificación de éste en cualquier momento sin la necesidad se denomina acto. El nombramiento consiste en el acto de una voluntad o de varias. En este último caso, recibe el

nombre de elección, pero su naturaleza jurídica no es, por ello diversa al nombramiento.

3.4. Formas de organización administrativa

Es necesario llevar a cabo un análisis de las formas en que se ordena la organización administrativa, para constituir y dar unidad a la administración pública guatemalteca, siendo las mismas: centralización, desconcentración y descentralización.

La centralización administrativa existe cuando son dos los órganos que se encuentran colocados en distintos niveles, pero todos están en una situación de dependencia en cada nivel, hasta poder llegar a la cúspide en la cual está la autoridad suprema de la administración pública.

La desconcentración es referente a la delegación de determinadas facultades de autoridad que lleva a cabo el titular de una dependencia en beneficio de órgano que le está subordinado de forma jerárquica.

La descentralización tiene lugar cuando se confía la realización de determinadas actividades administrativas de los organismos que están desvinculados en mayor o menor grado de la administración central.



El sistema de empresas de participación estatal, consiste en una forma de organización a la cual el Estado recurre como uno de los medios directos para la realización de su intervención en lo que respecta a la vida económica del país.

La centralización administrativa se caracteriza por la relación de jerarquía que liga a los órganos inferiores con los superiores de la administración, siendo esa relación de jerarquía la que liga a los distintos órganos inferiores con los superiores de la administración.

Esa relación de jerarquía, implica la determinación de varios poderes que mantienen la unidad de esa administración a pesar de la diversidad de los órganos que la integran. Esos poderes, consisten en los de decisión y de mando que se encarga de conservar la autoridad superior.

La concentración del poder de decisión, se refiere a que no todos los empleados que integran la organización administrativa tienen la facultad de resolver y de llevar a cabo actos jurídicos creadores de situaciones de derecho, y de imponer sus determinaciones.

En la organización centralizada existe un reducido número de órganos con competencia para dictar esas resoluciones y para la imposición de sus determinaciones. El resto de los órganos sencillamente llevan a cabo los actos materiales que sean necesarios para auxiliar a las autoridades, poniendo para el efecto los asuntos que son de su competencia en el estado de resolución.

De esa forma, aunque sean bien pocas las autoridades que tienen la facultad de resolución, las mismas pueden llevar a cabo todas las actividades relacionadas con la administración.

No únicamente la concentración del poder de decisión tiene lugar dentro del régimen centralizado, sino que esa concentración llega a abarcar el aspecto técnico que presenta la atención de los asuntos administrativos. Ello, se logra mediante las órdenes e instrucciones que los superiores pueden dirigir a los inferiores y en donde se determinan las bases para el análisis, estudio y preparación de los asuntos que necesitan la existencia de una competencia técnica y especial.

Dentro del régimen centralizado existe una concentración de la fuerza pública, de tal manera que las medidas de ejecución forzada de las resoluciones administrativas no pueden llevarse a cabo por cualquier órgano de la administración, sino por un número bastante reducido.

3.4. Poderes

La relación de jerarquía implica los siguientes poderes:

- a) Poder de nombramiento: consiste en una de las características del régimen centralizado, en relación a que existen autoridades superiores para hacer la designación de los titulares de los órganos subordinados.



La facultad de nombramiento no se encuentra bajo la atribución de todas las autoridades que integran los grados de jerarquía administrativa.

- b) Poder de mando: consiste en la facultad de las autoridades superiores de dar órdenes e instrucciones a los órganos inferiores, señalándoles los lineamientos que tienen que seguir para el ejercicio de las funciones que les están atribuidas.

Ese poder de mando se ejercita por lo general por medio de órdenes, instrucciones o circulares dirigidas por las autoridades superiores a los empleados que les están subordinados.

Las órdenes y las instrucciones pueden tener el carácter de individuales o generales, y las circulares siempre tienen el carácter de generales.

Las mismas, pueden ser de orden interno y únicamente obligar a los empleados administrativos o contener verdaderas disposiciones reglamentarias de la ley.

Ha existido discusión en relación a los límites que pueden llegar a existir para el deber de obediencia de los empleados inferiores a las circulares, órdenes e instrucciones dictadas por las autoridades superiores.



Cuando la instrucción orden o circular se encuentra completamente ajustada a la ley, propiamente no puede existir problema alguno en donde el empleado inferior tiene la estricta obligación de cumplir con esa disposición.

Pero, también puede ser presentado el caso de que la instrucción o la orden de la autoridad superior, contravenga una disposición legal y en ese caso tiene que subsistir el deber de obediencia y el empleado se encuentra obligado a respetar las órdenes dictadas por las autoridades superiores, aunque sean contrarias a las disposiciones legales.

El principio de la legalidad, tiene que colocarse en primer plano y por ende el empleado inferior se encuentra en la obligación de resolver el conflicto que aparece entre la ley y la orden que contraviene en beneficio de la ley. O sea, que el empleado no tiene la obligación de cumplir con las órdenes ilegales.

Esa solución no puede ser aceptada, debido a que la misma daría lugar a que los empleados inferiores se sintieran con facultades para poder criticar las órdenes de sus superiores y examinar el apego que guardan a la ley, lo cual en algunos casos sería bastante favorable para la rectitud de la administración.



Admitir que el empleado inferior tiene que respetar la orden superior, por más patente que sea la violación que con ella se cometa, permite la existencia de consecuencias negativas.

Ello, debido a que se suprime por completo la posibilidad de asegurar un legal funcionamiento de la administración mediante la observación discreta del empleado inferior a la orden ilegal del superior.

La tesis con mayor aceptación es la relativa a la que otorgue una solución intermedia, tomando como principio general de la obligación del empleado obedecer la orden que reciba del superior.

- c) Poder de vigilancia: otra de las facultades que implica la jerarquía consiste en la facultad de vigilancia que las autoridades superiores ejercen con relación a los empleados que de ella dependen.

"La facultad de vigilancia se lleva a cabo mediante actos de carácter puramente material, que consisten en exigir rendición de cuentas en practicar investigaciones o informaciones sobre la tramitación de los asuntos, y en general en todos aquellos casos que tienden a dar conocimiento a las autoridades superiores de la regularidad con que los inferiores están desempeñando sus funciones".¹⁸

¹⁸ *Ibid.* Pág. 107.



es necesaria una disposición expresa de la ley, la cual no se necesita para el control de la legalidad, para que pueda ejercerse por la autoridad jerárquica superior.

- f) Poder de resolución de conflictos: el mismo puede ejercitarse oficiosamente o bien a petición de parte de conformidad con lo que dispone la ley. En este caso, se permite un remedio, en el cual los particulares tienen contra actos de la administración.

Los diversos órganos que se encuentran ligados por la relación jerárquica pueden determinar conflictos de competencia, debido a que uno de ellos se atribuya la facultad de que otro reclame o bien porque ninguno se considere competente para actuar en un caso especial.

Como esos conflictos de competencia pueden originar un desorden en la administración o una paralización en su funcionamiento, es natural que en el régimen de organización centralizada se tome en consideración la autoridad jerárquica superior, la cual tiene la facultad de resolver los conflictos de competencia que surjan entre las autoridades superiores que les están subordinadas.

CAPÍTULO IV

4. La implementación de programas permanentes de actualización y capacitación de funcionarios públicos en la sociedad guatemalteca

Dentro del sistema democrático las instituciones estatales y los funcionarios públicos tienen en sus manos asegurar la vigencia de los derechos fundamentales de las personas que la Constitución Política de la República de Guatemala señala, procurando para el efecto el mayor bienestar de la población mediante el servicio de la comunidad. Por ende, los funcionarios públicos tienen una responsabilidad profesional y ética que es propia del ejercicio de sus funciones.

Pero, la realidad sobre el desempeño de los funcionarios públicos en el país pareciera ser distinta, debido a que no únicamente existen graves denuncias de corrupción de funcionarios y funcionarias en casi todas las instituciones públicas, sino también las concurrentes quejas de malos tratos se tiene que llevar a cabo para solicitar un servicio.

"La ciudadanía tiene que exigir que todo funcionarios público sea competente y no debe existir ninguna causa que los exima de esta responsabilidad, ni tampoco pueden justificarse malas prácticas indicando que su actuación es un mal general de la administración pública, debido a su mala remuneración".¹⁹

¹⁹ Sánchez Gómez, Narciso. **Curso de derecho administrativo**. Pág. 66.



La falta de ética de un funcionario o servidor público como también se les denomina, no ocurre únicamente cuando existen actos de corrupción. Por ende, a todo funcionario público se le tiene que exigir que ejerza sus funciones de la forma más ética, eficiente y eficaz posible, administrando de manera adecuada los recursos públicos que tiene bajo su responsabilidad.

4.1. Importancia

La labor del servidor público tiene que encontrarse encaminada a asegurar el bienestar y la tranquilidad de los ciudadanos y ciudadanas en general y por ello resultan bien claras las exigencias de honradez, honestidad y garantía que los servicios serán provistos de forma adecuada, para asegurar una conciencia de la obligatoria rendición de cuentas y respeto a las normas y a los procedimientos propios de las funciones.

4.2. Función pública

Consiste en toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, llevada a cabo por una persona que se encuentra trabajando en una entidad estatal, para así llevar a cabo un servicio a la comunidad.

Se manifiesta como finalidad o razón de ser del Estado. O sea, la función del Estado es relativa a generar las mejores condiciones materiales y asegurar con ello las mejores condiciones materiales, para que las relaciones en la sociedad

sean armónicas, para alcanzar el bienestar de la población. Para el cumplimiento de esos objetivos, existen los funcionarios públicos. La función pública, también se expresa como la realización de los objetivos gubernamentales en base al desarrollo nacional y a los planes de desarrollo local existentes.

4.3. Importancia

La función pública se ejerce para llevar a cabo una labor de administración estatal, distribuyendo para el efecto los servicios y los bienes públicos entre los ciudadanos y las ciudadanas.

La administración pública es quien activa la actividad estatal y mediante los funcionarios y servidores públicos se desarrollan diversas actividades en beneficio de la población. Con el paso del tiempo, la actividad administrativa del Estado ha ido creciendo y haciéndose cada vez mayormente compleja, diversa y especializada. Este aparato administrativo necesita de un personal debidamente capacitado.

4.4. Análisis de la implementación de programas permanentes de actualización y capacitación de funcionarios públicos

El objetivo primordial de la actualización y capacitación en la administración pública es mejorar la calidad de la prestación de los servicios a cargo del Estado, para el bienestar general y la consecución de los fines que le son propios, así



como asegurar la instalación cierta y duradera de competencias y capacidades específicas en los empleados públicos y en las entidades.

El Artículo 1 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, Decreto 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala preceptúa: "Objeto de la ley. La presente Ley tiene por objeto crear normas y procedimientos para transparentar el ejercicio de la administración pública y asegurar la observancia estricta de los preceptos constitucionales y legales en el ejercicio de las funciones públicas estatales, evitar el desvío de los recursos, bienes, fondos y valores públicos en perjuicio de los intereses del Estado, establecer los mecanismos de control patrimonial de los funcionarios y empleados públicos durante el ejercicio de sus cargos, y prevenir el aprovechamiento personal o cualquier forma de enriquecimiento ilícito de las personas al servicio del Estado y de otras personas individuales o jurídicas que manejan, administran, custodian, recauden o inviertan fondos o valores públicos, determinando la responsabilidad en que incurran".

Las orientaciones de la política de capacitación buscan dar respuestas a los propósitos de reforma de la administración pública, para relacionar las orientaciones sobre la capacitación de los empleados públicos con las necesidades y condiciones de las entidades territoriales y nacionales, adoptando para el efecto fórmulas de política nacional fundamentadas en la consulta sobre las prioridades reales de los organismos, el reconocimiento de los particulares en cuanto a los problemas relacionados con la gestión de la capacitación, la limitación



de recursos por cuenta de la restricción del gasto público, la dificultad de acceso a la información, particularmente a nivel territorial y en relación a las debilidades en el seguimiento de la política.

La definición de funcionarios públicos se encuentra regulada en el Artículo 3 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, Decreto 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala: "Funcionarios públicos. Para los efectos de la aplicación de esta Ley, se consideran funcionarios públicos todas aquellas personas a las que se refiere el Artículo 4 de la misma sin perjuicio de que se les identifique con otra denominación".

La Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, Decreto 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala indica en el Artículo 4: "Sujetos de responsabilidad. Son responsables de conformidad de las normas contenidas en esta Ley y serán sancionados por el incumplimiento o inobservancia de la misma, conforme a las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente en el país, todas aquellas personas investidas de funciones públicas permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas, especialmente:

- a) Los dignatarios, autoridades, funcionarios y empleados públicos que por elección popular, nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo presten sus servicios en el Estado, sus organismos, los municipios, sus empresas, y entidades descentralizadas y autónomas.
- b) Los miembros de juntas directivas, directores, gerentes, administradores y demás personas relacionadas con la recaudación, custodia, administración,



manejo e inversión de fondos y valores de las asociaciones, fundaciones y demás entidades o personas jurídicas que reciban aportes o subvenciones del Estado, de sus instituciones o del municipio, o que efectúen colectas públicas.

- c) Los directivos y demás personas de comités, asociaciones y patronatos autorizados conforme la ley para recaudación y manejo de fondos para fines públicos y beneficio social y/o que perciban aportes o donaciones del Estado, de sus instituciones del municipio o entidades, nacionales o extranjeras, de cualquier naturaleza para los mismos fines, así como las demás personas que intervengan en la custodia y manejo de dichos valores.
- d) Los contratistas de obras públicas que inviertan o administren fondos del Estado, sus organismos, municipalidades y sus empresas, y de entidades autónomas y descentralizadas.
- e) Los miembros de las Juntas Directivas, el de lo propietarios de las empresas que construyan, produzcan, monten, instalen, mejoren, adicionen, conservan, restauren, y administren una obra, bien o servicio público.

Asimismo en esta disposición quedan comprendidos, quienes presten sus servicios al Estado al Estado de Guatemala en el exterior del país en cualquier ramo".

El interés por el nuevo proceso de la formulación de la política de capacitación, consiste en la disminución de la brecha entre las políticas y estrategias definidas y

lo que realmente sucede en las entidades públicas y en el desempeño de los funcionarios públicos.

El Artículo 6 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, Decreto 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala establece: "Principios de probidad. Son principios de probidad los siguientes:

- a) El cumplimiento estricto de los preceptos constitucionales y legales.
- b) El ejercicio de la función administrativa con transparencia.
- c) La preeminencia del interés público sobre el privado.
- d) La prudencia en la administración de los recursos de las entidades del Estado, y demás entidades descentralizadas y autónomas del mismo.
- e) La promoción e implementación de programas de capacitación y la difusión de valores, imparcialidad y transparencia de la gestión administrativa.
- f) Publicitar las acciones para generar un efecto multiplicador que conlleve a la adquisición de valores éticos por parte de la ciudadanía.
- g) El apoyo a la labor de detección de los casos de corrupción a través de la implementación de los mecanismos que conlleven a su denuncia.
- h) La actuación con honestidad y lealtad en el ejercicio del cargo o empleo o prestación de un servicio.
- i) La incorporación de una estructura de incentivos que propenda a que en la administración pública ingresen, asciendan y permanezcan las personas más idóneas, mediante la valorización de su desempeño en un cargo o

empleo público a través del fortalecimiento del sistema de calificaciones, de remuneraciones y de reconocimiento.

- j) El fortalecimiento de los procedimientos para determinar la responsabilidad de los servidores públicos.
- k) El establecimiento de procedimientos administrativos que faciliten las denuncias por actos de corrupción".

El Artículo 7 de la Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos regula: "Funcionarios públicos. Los funcionarios públicos conforme los denomina el Artículo 4 de esta Ley, están obligados a desempeñar sus deberes, atribuciones, facultades y funciones con estricto apego a la Constitución Política de la República y las leyes. En consecuencia, están sujetos a responsabilidades de carácter administrativo, civil y penal por las infracciones, omisiones, acciones, decisiones y resoluciones en que incurren en el ejercicio de su cargo.

La Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos preceptúa en el Artículo 8: "Responsabilidad administrativa. La responsabilidad es administrativa cuando la acción u omisión contraviene el ordenamiento jurídico administrativo y las normas que regulan la conducta del funcionario público, asimismo cuando se incurriere en negligencia, impudencia o impericia o bien incumpliendo leyes, reglamentos, contratos y demás disposiciones legales a la institución estatal ante la cual están obligados o prestan sus servicios, además, cuando no se cumplan con la debida diligencia las obligaciones contraídas o



funciones inherentes al cargo, así como cuando por acción u omisión se cause perjuicio a los intereses públicos que tuviere encomendados y no ocasiones daños o perjuicios patrimoniales, o bien, se incurra en falta o delito".

El Artículo 9 de la Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos Decreto 89-2002 indica: "Responsabilidad civil. Genera responsabilidad civil la acción u omisión que con intención o por negligencia, imprudencia, impericia o abuso de poder, se cometa en perjuicio y daño del patrimonio público, independiente de la responsabilidad penal que se genere. Los daños y perjuicios provenientes de la responsabilidad civil se harán efectivos con arreglo al Código Civil y demás disposiciones legales vigentes sobre la materia, salvo que la acción civil se decida dentro de la acción penal en forma conjunta".

La Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios Empleados Públicos Decreto 89-2002 preceptúa: "Artículo 10. Responsabilidad penal. Genera responsabilidad penal la decisión, resolución, acción u omisión realizada por las personas a que se refiere el artículo 4 de esta Ley y que, de conformidad con la ley penal vigente, constituyan delitos o faltas".

El Artículo 11 de la Ley de Probidad de Funcionarios y Empleados Públicos Decreto 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala establece: "Grados de responsabilidad. La responsabilidad es principal cuando el sujeto de la misma esté obligado por disposición legal o reglamentaria a ejecutar o no ejecutar un



acto, y subsidiaria cuando un tercero queda obligado por incumplimiento del responsable principal".

La Ley de Probidad de Funcionarios y Empleados Públicos, Decreto 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 12: "Responsabilidad por cumplimiento de orden superior. Ninguna persona sujeta a la aplicación de la presente Ley será relevada de responsabilidad por haber procedido en cumplimiento de orden contraria a la ley dictada por funcionario superior, al pago, uso o disposición indebidos de los fondos y otros bienes de que sea responsable. El funcionario que emita la orden de pago o empleo ilegal, será responsable administrativamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil que pudiere corresponderle por la pérdida o menoscabo que sufran los bienes a su cargo".

El Artículo 13 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos Decreto 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Responsabilidad solidaria. Los miembros de juntas directivas o de cuerpos colegiados y comités, asociaciones, fundaciones, patronatos y demás organizaciones no gubernamentales encargados de la administración y manejo del patrimonio público a que se refiere el artículo 4 de la presente Ley, incurren solidariamente en responsabilidad administrativa cuando concurren con sus votos a la aprobación del registro de operaciones o de pagos ilegales de fondos y uso indebido de bienes, valores, enseres o productos, sin perjuicio de la



responsabilidad penal y civil que de tales acuerdo pudieran derivarse. Esta disposición será aplicable a los Consejos Municipales.

Incurrirán igualmente en la responsabilidad a que se refiere el párrafo anterior, los funcionarios que hubieren autorizado tales pagos, salvo que hubieren objetado previamente por escrito la orden respectiva".

La Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos Decreto 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala preceptúa en el Artículo 14: "Instituciones tutelares de la presente Ley. La verificación y el cumplimiento de la presente Ley, corresponde a las siguientes instituciones estatales:

- a) Congreso de la República de Guatemala, de conformidad con sus atribuciones establecidas en la Constitución Política de la República y su Ley Orgánica.
- b) Ministerio Público, que de conformidad con la Constitución Política de la República y las leyes específicas es responsable del ejercicio de la acción penal.
- c) Procuraduría General de la Nación; que de conformidad con la Constitución Política de la República y las leyes específicas es el representante legal del Estado y, en consecuencia, responsable de velar por su patrimonio.
- d) Contraloría General de Cuentas, que de conformidad con la Constitución Política de la República y su Ley Orgánica es responsable de la fiscalización de los ingresos, egresos y, en general, de todo interés



hacendarios de los organismos del Estado, los municipios, entidades descentralizadas y autónomas.

- e) **Autoridades nominadoras de los distintos organismos del Estado, municipalidades y sus empresas y entidades descentralizadas y autónomas".**

El Artículo 15 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos Decreto 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala indica: "Cargos públicos. Los ciudadanos guatemaltecos que no tengan impedimento legal y que reúnan las calidades necesarias, tienen derecho a optar a cargos y empleos públicos de conformidad con la ley. Para su otorgamiento no se atenderá más que a razones fundadas de méritos de capacidad, idoneidad y honradez.

Ninguna persona podrá desempeñar más de un cargo o empleo público remunerado, excepto quienes presten servicios en centros docentes o instituciones asistenciales y siempre que haya compatibilidad en los horarios".

El Artículo 16 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos Decreto 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Impedimentos para optar a cargos y empleos públicos. No podrán optar al desempeño de cargo o empleo público quienes tengan impedimento de conformidad con leyes específicas, y en ningún caso quienes no demuestren fehacientemente los meritos de capacidad, idoneidad y honradez.

Tampoco podrán optar a ningún cargo o empleo público:



- a) Quienes no reúnan las calidades y requisitos requeridos para el ejercicio del cargo o empleo de que se trate.
- b) Quienes habiendo recaudado, custodiado o administrado bienes del Estado, no tengan su constancia de solvencia o finiquito de la institución en la cual prestó sus servicios y de la Contraloría General de Cuentas.
- c) Quienes hayan renunciado o perdido la nacionalidad guatemalteca,
- d) Quienes no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos o hayan sido inhabilitados para ejercer cargos públicos.
- e) Quienes hubieren sido condenados por los delitos de enriquecimiento ilícito, narcotráfico, secuestro, asesinato, defraudación tributaria, contrabando, falsedad, aprobación indebida, robo, hurto, estafa, prevaricato, alzamiento de bienes, violación de secretos, delitos contra la salud, delitos contra el orden institucional, delitos contra el orden público, delitos contra la administración pública, delitos de cohecho, delitos de peculado y malversación, delitos de negociaciones ilícitas, aún cuando fueren penados únicamente con multa, en tanto no hayan cumplido las penas correspondientes y en ningún caso mientras no transcurran cinco años de ocurrido el hecho.
- f) Quienes hubieren sido condenados por delito de acción pública distintos de los enunciados en el inciso e) de este artículo, en tanto no hayan cumplido las penas correspondientes y en ningún caso mientras no transcurran cinco años de ocurrido el hecho.
- g) El ebrio consuetudinario y el toxicómano.
- h) El declarado en quiebra, mientras no obtenga su rehabilitación".

El Artículo 17 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos Decreto 89-2002 establece: "Casos que generan responsabilidad administrativa. Sin perjuicio de los casos regulados en leyes específicas, también son casos que generan responsabilidad administrativa:

- a) La inobservancia e incumplimiento de funciones, atribuciones y deberes que las disposiciones legales o reglamentarias impongan.
- b) El abuso de autoridad en el ejercicio del cargo o empleo, siempre que la resolución, decisión, hecho u omisión que lo genere, no constituya responsabilidad civil o penal.
- c) Extender certificados o constancias que contengan datos inexactos o que sean erróneos como consecuencia de un error involuntario sin que constituya responsabilidad civil o penal.
- d) La contratación de la esposa o hijos como subalternos en relación de dependencia, o la contratación de personas sin calificación necesaria cuando los cargos requieran calidades, cualidades, profesión, conocimientos o experiencias especiales, y de personas que se encuentran inhabilitadas conforme a la ley.
- e) Ocultar, permitir el acaparamiento, negar o no disponer para el servicio de los usuarios, los formularios o formatos, así como especies fiscales y otros cuyo suministro corresponda a la administración pública de su cargo; cuando se tenga la obligación de recaudar fondos o verificar los registros públicos o facilitar a los particulares el pago de sus obligaciones.
- f) La negligencia o descuido en la custodia, uso o destino de bienes integrantes del patrimonio público.



- g) No presentar la declaración patrimonial dentro de los plazos y con las formalidades que establece la presente Ley.
- h) Cualquiera otra responsabilidad que establezcan la Constitución Política de la República y otras leyes".

La Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos Decreto 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala preceptúa en el Artículo 18: "Prohibiciones de los funcionarios públicos. Además de las prohibiciones expresas contenidas en la Constitución Política de la República y leyes especiales, a los funcionarios y empleados públicos les queda prohibido:

- a) Aprovechar el cargo o empleo para conseguir o procurar servicios especiales, nombramientos o beneficios personales, a favor de sus familiares o terceros mediando o no remuneración.
- b) Utilizar el poder que le confiere el ejercicio del cargo o empleo en las entidades del Estado, autónomas o descentralizadas, para tomar, participar o influir en la toma de decisiones en beneficio personal o de terceros.
- c) Solicitar o aceptar directamente o por interpósita persona, dádivas, regalos, pago, honorarios o cualquier otro tipo de emolumentos adicionales a los que normalmente percibe por el desempeño de sus labores.
- d) Utilizar bienes propiedad del Estado o de la institución en la que labora, tales como vehículos, material de oficina, papelería, viáticos y otros, fuera del uso oficial, para beneficio personal o de terceros.



- e) Usar el título oficial del cargo o empleo, los distintivos, la influencia, o el prestigio de la institución para asuntos de carácter personal o de terceros.
- f) Utilizar los recursos públicos para elaborar, distribuir o enviar regalos, recuerdos, tarjetas navideñas o de cualquier otra ocasión.
- g) Utilizar el tiempo de trabajo para realizar o prestar asesorías, consultorías, estudios y otro tipo de actividades a favor de terceros, que le generen beneficio personal.
- h) Disponer de los servicios del personal subalterno para afines personales o en beneficio de terceros.
- i) Realizar trabajo o actividades remuneradas o no en horarios que no son de su trabajo, que estén en conflicto con sus deberes y responsabilidades, o cuyo ejercicio pueda poner en riesgo la imparcialidad de sus decisiones por razón del cargo o empleo.
- j) Utilizar los materiales de oficina, vehículos, teléfonos, fondos públicos, el tiempo pagado por el Estado al funcionario o a sus subalternos, los conocimientos, información el título oficial, papelería, el prestigio o la influencia de la institución para el logro de objetivos políticos personales o del partido al que pertenece.
- k) Solicitar a otros gobiernos o empresas privadas colaboración especial para beneficio propio o para un tercero.
- l) Actuar como abogado o representante de una persona que ejerce reclamos administrativos o judiciales en contra de la entidad a la cual sirve estando en el ejercicio del cargo o empleo.



- m) Nombrar y remover al personal por motivos o razones político partidistas o ideológicos.
- n) Discriminar en la formulación de políticas y en la prestación de servicios a personas o sectores de personas, por razón de su afiliación política así como por cualquier otra causa que infrinja el derecho de igualdad.
- o) Utilizar recursos humanos y financieros del Estado para la promoción política, personal o del partido político al que pertenece".

El Artículo 19 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos indica: "Prohibiciones a los funcionarios públicos con relación a terceros. Además de las prohibiciones expresas contenidas en la Constitución Política de la República y leyes específicas, a los funcionarios públicos les queda prohibido:

- a) Efectuar o patrocinar a favor de terceros, trámites o gestiones administrativas, sean relacionadas con labores o conocimiento de información propia del cargo, u omitiendo cumplir con el desempeño normal de sus funciones.
- b) Dirigir, administrar, patrocinar, representar o prestar servicios, remunerados o no, a personas individuales o jurídicas que gestionen, exploten concesiones o privilegios de la administración pública o, que fueren sus propios proveedores o contratistas.
- c) Recibir directa o indirectamente, beneficios originados de contratos, concesiones o franquicias que celebre u otorgue el Estado, sus organismos,



las municipalidades y sus empresas o las entidades autónomas y descentralizadas.

- d) Solicitar servicios o recursos especiales para la institución que puedan comprometer la independencia de ésta en la toma de decisiones.
- e) Fomentar relaciones que le signifiquen beneficios u obligaciones con personas individuales o jurídicas que deban ser directamente supervisadas y fiscalizadas por la entidad estatal en la cual presta sus servicios".

Producto del análisis de las debilidades de la capacidad institucional, las exigencias de la cultura territorial y del análisis de las evaluaciones llevadas a cabo por los organismos nacionales de control se establecieron las prioridades temáticas de capacitación que incluyen además de la actualización y capacitación sobre disposiciones y regulaciones, la necesidad de promoción de las entidades territoriales en relación a que capaciten a sus funcionarios para el entendimiento y contextualización de la realidad ciudadana, para así aprehender la función misional que el Estado cumple con las organizaciones de orden territorial, cumpliendo para el efecto con las atribuciones señaladas para el mejoramiento de la vida de la población y el planeamiento de una mejor calidad de vida de la población para que la misma se lleve a cabo.

"La formación y la capacitación de los servidores públicos tiene que encargarse de la incorporación de distintas formas de aprendizaje que permitan el desarrollo



de competencias como cursos realizados por centros de formación o expertos en el aprendizaje en el lugar de trabajo y el autoaprendizaje”.²⁰

Cada entidad pública, tiene que llevar a cabo el diseño de sus planes de capacitación institucional, así como garantizar que la oferta de programas de capacitación responda a las necesidades de los proyectos de aprendizaje institucional y a los lineamientos pedagógicos de capacitación por competencias. Además, se tiene que llevar a cabo una cuidadosa programación de la oferta de la capacitación para minimizar la problemática de la responsabilidad de los funcionarios públicos y con ello garantizar la asistencia de los mismos a las actividades previstas.

La formulación de las nuevas orientaciones de políticas se basan en el diagnóstico de estudio de las necesidades y problemáticas territoriales y de los propósitos de modernización estatal con fundamento en el cual se identifica un currículo educativo del empleado público, que tiene que atender el enfoque de la formación basado en competencias laborales.

Las entidades públicas y los particulares que ofrezcan programas de capacitación y formación de las entidades públicas tienen que responder a los lineamientos pedagógicos establecidos, así como a los parámetros del desarrollo de planes institucionales de capacitación a nivel territorial y nacional.

²⁰ **Ibid.** Pág. 150.



La estructuración de programas de formación y capacitación articulados a problemas y necesidades laborales concretas que tiene que resolver el funcionario público en el desempeño de sus labores y de la metodología de capacitación, tiene que ser eminentemente práctico facilitando la transferencia de aprendizajes a las condiciones habituales de trabajo.



CONCLUSIONES

1. Existe desconocimiento en relación a que las personas que llevan a cabo las funciones públicas tienen como tarea la contribución con su responsabilidad, talento y dedicación a la buena marcha de los asuntos y servicios públicos, así como de que el Estado brinde el servicio y las condiciones adecuadas para que la ciudadanía puedan alcanzar su bienestar.
2. No se ha llevado una correcta elección del personal que tiene a su cargo la administración pública, ni se han exigido las condiciones de capacidad, moralidad y honestidad y ello no ha permitido el correcto desarrollo de los objetivos buscados a través de la función pública por la falta de actualización y capacitación de los funcionarios públicos.
3. La falta de una labor de concientización sobre el adecuado manejo, desarrollo y aportes de información fidedigna para el planteamiento de acciones en base a programas permanentes de capacitación a los funcionarios públicos, no permite un desarrollo efectivo de sus actividades mediante la utilización de mecanismos técnicos para el mejoramiento de la capacitación.



4. La problemática actual derivada de un contenido programático de capacitación y actualización de los funcionarios públicos guatemaltecos, es el reflejo de las debilidades del desarrollo del país y de la capacidad de los empleados por la falta de modernización para el mejoramiento de las gestiones públicas prioritarias en la administración pública guatemalteca.

RECOMENDACIONES

1. La Contraloría General de Cuentas, debe señalar el desconocimiento de que las personas que llevan a cabo las funciones públicas tienen como tarea la contribución de sus responsabilidades para la buena marcha de los servicios públicos y ello no permite que el Estado pueda brindar el servicio público adecuado para garantizar el bienestar social.
2. La Procuraduría General de la Nación, debe dar a conocer que no se lleva una adecuada elección del personal a cargo de la administración pública, ni se exigen las condiciones de capacidad que permitan el correcto desarrollo de los objetivos buscados mediante la función pública, por la falta de actualización y capacitación de los funcionarios públicos.
3. El gobierno de Guatemala, debe establecer la falta de una labor de concientización en relación al manejo, desarrollo y aportes de información para plantear acciones fundadas en programas permanentes de capacitación a los funcionarios y ello no ha podido permitir un efectivo desarrollo de las actividades a través de la utilización de mecanismos técnicos.



4. El Congreso de la República de Guatemala, tiene que indicar que los problemas que derivan de la falta de programas de capacitación y actualización de funcionarios públicos, es el reflejo de las debilidades del desarrollo y de la capacidad de los empleados que deriva de la falta de modernización, para mejorar las gestiones de la administración pública guatemalteca.



BIBLIOGRAFÍA

ALBI FERNÁNDEZ, Fabio Alejandro. **Derecho administrativo.** Madrid, España: Ed. Trotta, 1989.

ARRIAGA ESCOBEDO, Raúl Miguel. **Manual de derecho administrativo.** Madrid, España: Ed. Porrúa, S.A., 1989.

ARIÑO ORTEGA, Gaspar. **Principios de derecho administrativo.** Barcelona, España: Ed. Ariel, 1989.

BARRERA GRAF, Jorge. **Diccionario jurídico mexicano.** México, D.F.: Ed. Depalma, 1989.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1972.

CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo I.** Guatemala: Ed. Universitaria, 2009.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto. **Elementos de derecho administrativo.** México, D.F.: Ed. Limusa, 1999.

DIEZ DE SALAZAR, Luis Miguel. **Régimen municipal.** Barcelona, España: Ed. Trotta, 1986.

GALINDO CAMACHO, Miguel. **Derecho administrativo.** Madrid, España: Ed. Bosch, 1986.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. **Estudio del derecho administrativo.** México, D.F.: Ed. Cajica, 1978.

HERNÁNDEZ PALMA, Antonio. **Derecho administrativo.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Desalma, 1990.

MEZA DUARTE, Leonardo Antonio. **Introducción al derecho administrativo.** Madrid, España: Ed. Nacional S.A., 1988.



RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Román. **Autonomía administrativa.** Barcelona, España: Ed. Ariel, 2002.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso. **Curso de derecho administrativo.** Madrid, España: Ed. Porrúa, S.A., 1976.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. **Fundamentos de derecho administrativo.** Madrid, España: Ed. Porrúa S.A., 1990.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. **Derecho administrativo.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Tea, 1996.

Legislación:

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

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

Ley Orgánica del Presupuesto. Decreto 101-97 del Congreso de la República de Guatemala, 1997.

Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas. Decreto 318-2003 del Congreso de la República de Guatemala, 2003.

Ley de Servicio Municipal. Decreto 1-87 del Congreso de la República de Guatemala, 1987.

Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos. Decreto 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala, 2002.