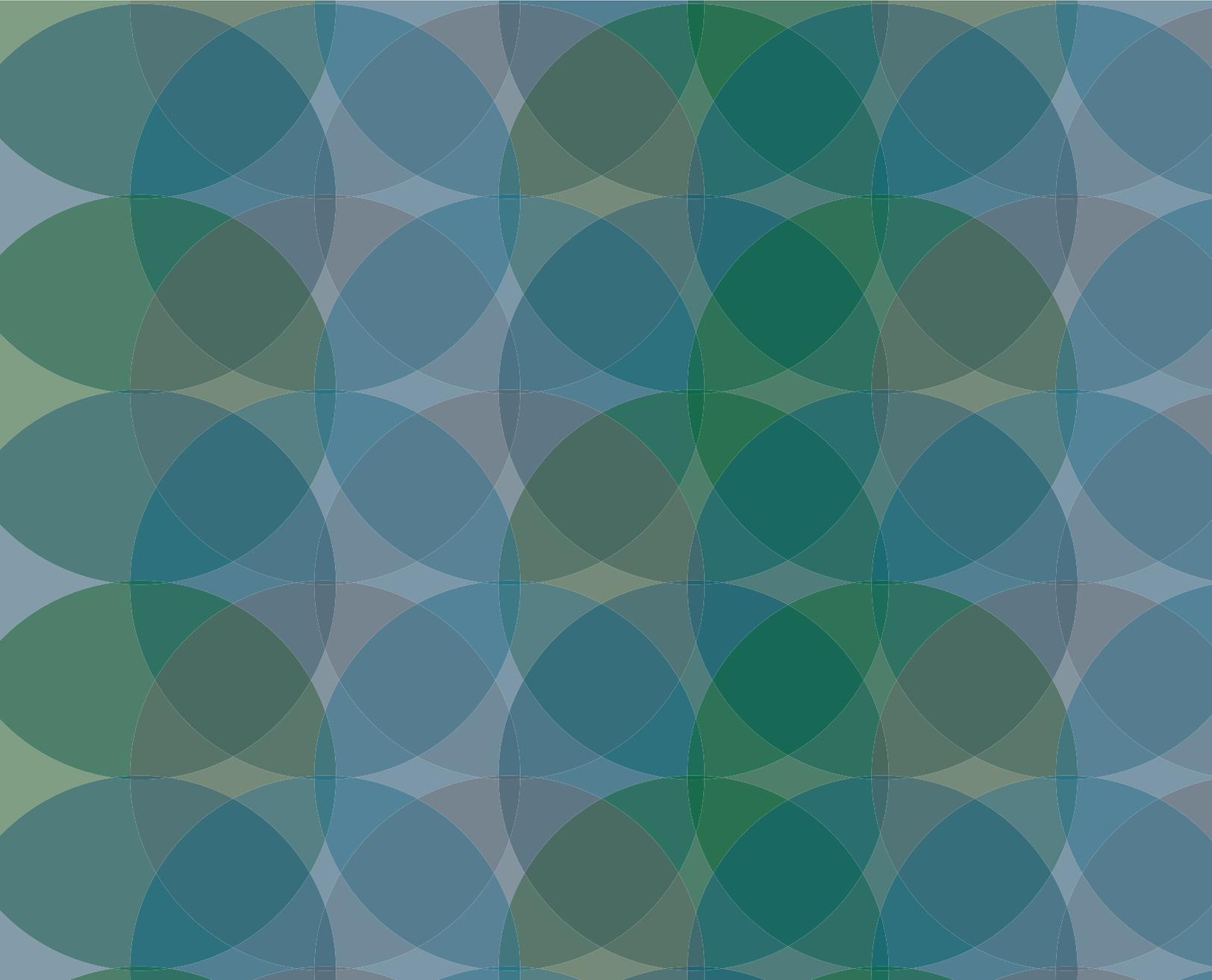


PROBLEMAS Y CONFUSIONES EN EL MODELO DE SERVICIO CIVIL DE GUATEMALA



Jesús María Alvarado Andrade





PROBLEMAS Y CONFUSIONES
EN EL MODELO DE SERVICIO CIVIL
DE GUATEMALA

Jesús María Alvarado Andrade



© Fundación Libertad y Desarrollo, octubre 2023

© Jesús María Alvarado Andrade, octubre 2023



Dionisio Gutiérrez

Presidente

Paul Boteo

Director Ejecutivo

Luis Miguel Reyes

Director del Área Social

Edgar Ortiz

Director del Área Jurídica

Alejandra Martínez

Directora de Estudios Latinoamericanos

Sitio web: fundacionlibertad.com

Correo electrónico: contacto@fundacionlibertad.com

Diseño y diagramación:

Melissa Larín

ISBN: 978-9929-8189-3-4

Indice

Presentación	7
Introducción	11
I. El confuso modelo de «función pública» en Guatemala	15
II. El espíritu de la Ley de Servicio Civil (1968)	22
III. Los supuestos «principios» del servicio civil: las contradicciones entre el ámbito nacional y municipal	24
IV. Servidores públicos: ¿camaleones en la función pública?	30
V. La desorganización del servicio civil	34
VI. Acceso en el servicio civil	40
VII. La Oficina Nacional del Servicio Civil (ONSEC) y la Junta Nacional de Servicio	43
VIII. Selección de personal y nombramientos	56
IX. Régimen funcional vs. Régimen de clasificación de puestos	67
X. La clasificación de puestos	70
XI. Organización administrativa y ascensos	73
XII. Derechos, obligaciones y prohibiciones	74
A. Deberes específicos relativos a la actuación profesional	
B. Desempeño de las tareas	
C. Deberes específicos relativos a la actuación profesional	
D. Prohibiciones	
XIII. Situaciones administrativas de los funcionarios de CARRRA	78
XIV. Régimen disciplinario	78
XV. ¿Una nueva legislación?: Reflexiones finales	80



Problemas y confusiones en el Modelo de Servicio Civil de Guatemala

Jesús María Alvarado Andrade

«[...] la idea y la técnica de la personalidad jurídica es básica para el Derecho Público contemporáneo, pero ha de rebajarse desde la vieja perspectiva idealista, hegeliana, constructora de vagas entidades totalitarias fantasmales y místicas, a simples mecanismos más próximos, instrumentales, operativos, concretos, sin ninguna efusión de ningún espíritu objetivo más o menos imaginado. Desde esa perspectiva realista el concepto resulta un concepto central para la concepción entera y para la comprensión del Derecho Administrativo y de todos sus mecanismos propios. Con el comunismo, HEGEL ha muerto entre sus ruinas. Los juristas recuperamos con ello una visión más próxima, más explicable por técnicas concretas –más justas también–, por lo tanto».

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA

«Debemos comenzar por reconocer las tremendas deficiencias estructurales y funcionales del Estado, de las instituciones políticas y la Administración Pública. Con ellas, tal como están, los gobiernos seguirán fracasando. En la actualidad, no se trata de librar de responsabilidades a los partidos de gobierno y a los partidos de oposición; al contrario, se trata de provocar que asuman su responsabilidad, planteando abiertamente la enorme tarea que tienen los conductores de la vida política futura. No debe, por tanto, producir sorpresa nuestra afirmación de que, en general, los ciudadanos están insatisfechos del gobierno y del Estado y que, con las actuales estructuras político-administrativas, los gobiernos seguirán fracasando

[...]

Tenemos que asumir la dura tarea de iniciar la reforma del Estado, pues una organización política y administrativa inadecuada, ha hecho fracasar y puede seguir haciendo fracasar la gestión de nuestros mejores gobernantes; y ha hecho disipar y a veces, despilfarrar, ingentes sumas de dinero. No podemos seguir, como país, haciendo que se sientan fracasados los Presidentes y sus Ministros cuando han intentado cumplir las promesas electorales; los [...] Diputados, [...] y en fin, los funcionarios de todos los niveles del Estado cuando dedican sus mejores horas y esfuerzos, sin esperanza cierta de lograr los objetivos programáticos de sus diversas unidades administrativas. Pensamos que, por tanto, el problema del Estado, del gobierno y de los gobiernos, no consiste sólo en que los funcionarios públicos sean incompetentes o que no trabajen; o que no tengan voluntad de realizar, políticamente, lo que ha prometido. Tampoco se trata de que los gobiernos no hayan dispuesto de recursos suficientes de carácter financiero para atender los programas de desarrollo. Pensamos que el problema político-administrativo del país no es ni son los hombres ni la falta de recursos».

Allan R. BREWER-CARÍAS



Introducción

El presente estudio analiza críticamente la vigente Ley de Servicio Civil –en adelante, LSC–, identificando los problemas existentes y proponiendo un marco conceptual que permita abordarlos, dentro de una eventual reforma legislativa. La LSC se menciona frecuentemente en la discusión pública de Guatemala, pero existen escasos estudios y se adolece de un marco de referencia conceptual.

“En este sentido, el presente estudio pretende desplazar la discusión a ámbitos poco abordados con el objetivo de informar la discusión pública.”

En este estudio se analizará la LSC y la legislación conexas a partir de diversas consideraciones jurídico-administrativas que no se han formulado rigurosamente en el país¹. El estudio es abiertamente crítico, entendiendo por «crítica» la acepción del *Diccionario de Autoridades*²: «La facultad de hacer juicio y examen riguroso de escritos, obras y sugetos». Este examen riguroso, aunque de modo sucinto, plantea aspectos neurálgicos en los cuáles es fundamental introducir reformas legales. En este sentido, el presente estudio pretende desplazar la discusión a ámbitos poco abordados con el objetivo de informar la discusión pública.

En Guatemala se invoca la necesidad de una reforma de la LSC desde el inicio de la apertura democrática (1985). Lamentablemente, no se cuenta con una discusión profunda sobre el modelo vigente, ni se ha discutido serenamente el sentido u objetivos de las reformas que se proponen, la mayor de las veces desligadas de la real estructura y funcionamiento del Estado.

En las últimas décadas, se ha insistido hasta la saciedad en la necesidad de reformar todo lo concerniente al ámbito electoral y de partidos políticos, organismo judicial, contratación pública y servicio civil entre otros temas. Estas reformas legales puntuales no se han concretado, tanto por falta de acuerdo político como porque la sociedad civil no se halla representada en el Estado, punto que se deriva, a su vez del sistema electoral eminentemente partidocrático, aun cuando desinstitucionalizado³.

Aunado a ello, políticos y sectores de la sociedad civil insisten en reformas parciales, que no serían capaces de revertir los males que se analizarán en este estudio. Quienes abogan por reformas legales en los ámbitos mencionados eluden la discusión del modelo constitucional y administrativo existente, aun cuando proponen de modo entusiasta otros modelos de «Función Pública», desligados de la historia constitucional y administrativa de Guatemala⁴. Por tanto, en este estudio se efectuará un breve diagnóstico acompañado de consideraciones doctrinarias, necesarias para poder comprender en su magnitud las razones que deben ser tomadas en cuenta en una eventual discusión sincera de cambios profundos que requiere el país.

1 La literatura es escasa. Recientemente a modo de ejemplo véase ANDRINO, Jorge Mario, *Servicio Civil de Guatemala*, Serviprensa, Guatemala, 2016.

2 Tomo II (1729)

3 Scully, Timothy R. y Mainwaring, Scott «La institucionalización de los sistemas de partidos en América Latina» en *América latina hoy: Revista de ciencias sociales*, vol. 16, Universidad de Salamanca: Instituto Interuniversitario de Estudios de Iberoamérica y Portugal, Valencia, 1997, pp. 91-108.

4 Véase García Laguardia, Jorge Mario, *Breve historia constitucional de Guatemala*, Universidad de San Carlos de Guatemala-Editorial Universitaria, Guatemala, 2010. A la fecha, no existe una historia jurídico-administrativa del país.

Metodológicamente, el estudio se ciñe a consideraciones jurídico-administrativas y constitucionales, aun cuando por la naturaleza del tópico se toma debido registro de disciplinas auxiliares al Derecho. Esto se hace por cuanto el estudio pretende ser jurídico.

Ahora bien, es necesario indicar que, salvo contadas excepciones, en Guatemala no se cultiva académica y jurisprudencialmente el Derecho administrativo. De hecho, no se cuenta con un corpus de sentencias que reduzcan la debilidad legislativa, como ha ocurrido en otras latitudes, especialmente Francia, gracias a la conocida institución del Consejo de Estado (*Conseil d'État*)⁵.

Esta precariedad teórica, jurisprudencial y legislativa del Derecho administrativo en Guatemala es explicable a tenor de la inexistencia de Estado moderno⁶, pero también, de la escasa preocupación teórica y política por el Derecho Público en general⁷. Guatemala vive en una época pretérita a las exigencias del Leviatán *-deus mortalis*, en la célebre expresión de Thomas Hobbes- como producto eminentemente europeo que surge con el modelo estatista. Ahora bien, basta considerar que si el «Derecho administrativo» surgido en Francia preexiste al Estado moderno⁸, siendo su característica moderna la burocratización del servicio del Estado⁹, entonces es evidente tomar en serio la precariedad de la disciplina en Guatemala.

Esta forma política pre-estatal existente en Guatemala evidentemente tiene ventajas y desventajas que no vienen al caso desarrollar aquí y ahora, aun cuando es prudente mencionar que un Estado moderno deviene de suyo un «Estado administrativo»¹⁰, es decir, un Estado tendiente a ser regulado y estructurado normativamente conforme a los requerimientos del Derecho administrativo¹¹. Guardando las diferencias del caso, el recelo por el Derecho Público en Guatemala, especialmente por el Derecho administrativo, ha impedido el desarrollo de tribunales administrativos, garantías, organización y procedimientos administrativos tendientes a hacer posible el anhelado «Estado de Derecho». Esta circunstancia paradójica, de rechazo al Derecho administrativo que ha ocurrido en otras latitudes, acarreo una indefensión ideológica y técnica frente al crecimiento de la burocracia, obstaculizando con creces los necesarios controles efectivos a la maquinaria burocrática¹². Esta singularidad se comprende en mayor grado en la medida en que se toma consciencia de sus peligros y ventajas:

«El Estado contemporáneo es cada vez más un Estado administrativo, pero con una nueva mentalidad: no se trata ya de aplicar la ley, educados en la lógica del derecho, sino de actuar y de dirigir con las oportunas técnicas operativas, por lo que la justicia en la administración es a menudo violada por normas derogatorias al derecho privado y al derecho constitucional. También la ley pierde su soberanía: el Estado,

5 En la región con variantes significativas a Francia véase MARTÍNEZ GARNICA, Armando «Orígenes del Consejo de Estado» en *Precedente. Revista Jurídica*, núm. 13, Cali, 2018, pp. 119-165. BREWER-CARÍAS, Allan R. *La Constitución de la República de Colombia de 30 de agosto de 1821: Producto de la Unión de los Pueblos de Venezuela y de la Nueva Granada. Sus antecedentes y condicionantes*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela- Academia Colombiana de Jurisprudencia-Editorial Jurídica Venezolana, Editorial Temis, Caracas-Bogotá 2021, pp. 257 y ss.

6 NORTH, Douglas; WALLIS, John, & WEINGAST, Barry, *Violence and Social Orders: A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*, Cambridge University Press, Cambridge, USA, 2009.

7 Con la venia de estilo, véase, ALVARADO ANDRADE, Jesús María, «Derecho, Política y Juristas de Estado en Guatemala. Reflexiones críticas» en *Derecho guatemalteco en contexto*, (coord. Arturo Villagrán) Universidad Rafael Landívar Guatemala, Guatemala, 2022.

8 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Contribuciones al estudio del derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano*, Editorial Dykinson, Madrid, 2021; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, «Hacia un tratado de derecho administrativo romano» en *Revista de Derecho (UNED)*, núm. 6, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2010, pp. 199-240; NIETO GARCÍA, Alejandro «El derecho como límite del poder en la Edad Media» en *Revista de administración pública*, núm. 91, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pp. 7-74

9 DUMONT, Gilles «El derecho natural en el derecho administrativo: El caso de Francia» en *Verbo (Madrid): Revista de formación cívica y de acción cultural, según el derecho natural y cristiano*, núm. 523-524, Fundación Speiro, Madrid, 2014, pp. 323-336.

10 La expresión moderna se le debe a WALDO, Dwight, *Teoría Política de la Administración Pública*, Editorial Tecnos, Madrid, 1961.

11 FORSTHOFF, Ernest, *El Estado de la sociedad industrial: El modelo de la república federal en Alemania*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013; CHEVALLIER, Jacques, *El estado posmoderno*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2011; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Editorial Civitas. Madrid, 2011 y FIORAVANTI, Maurizio (Editor), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.

12 HAYEK, Friedrich A., *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, Madrid, 2008, p. 280.

en efecto, acepta silenciosamente que haya fuerzas en su interior, como los sindicatos, que tienen derecho a violar la ley común. Ahora todo se eclipsa por un poder soberano neutro, capaz de hacer respetar la antigua máxima *audiatur et altera pars*¹³

La inexistencia de un «Estado administrativo» es una de las tantas manifestaciones de la peculiar organización «estatal»¹⁴ en Guatemala. En rigor, y jugando con las palabras, es un no-Estado¹⁵, es decir, prevalecen formas políticas pre-estatales pese al nominalismo jurídico. Por tanto, en este estudio se realizará un análisis pormenorizado de la «Función Pública», denominada en el país «Servicio Civil», haciendo énfasis en la incompatibilidad parcial del diseño constitucional vigente (1985) con los intentos por procurar una «carrera administrativa».

La corrupción, nepotismo, patrimonialización, ineficacia, ineficiencia y obstaculización a la iniciativa privada son manifestaciones de un problema más profundo y preocupante. Si bien la Constitución de 1985 sostiene que: «Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella»¹⁶, es también un patrón histórico claro el siguiente: «El incumplimiento de las leyes y constituciones se debe a la costumbre de obedecer a la autoridad visible y no a la autoridad abstracta, que es la ley»¹⁷.

Esta imposibilidad de abstracción y de despersonalización del poder ha hecho imposible un discurso jurídico-administrativo en Guatemala. Las raíces se encuentran en el rechazo a la abstracción en el ámbito jurídico-también intelectual- del país¹⁸. La *lex superior* introdujo dos categorías: «funcionarios» y «empleados públicos», los cuales deben estar «al servicio del Estado y no de partido político alguno»¹⁹, en tanto cuerpo no representativo, sin esforzarse el Congreso de la República en uso de su potestad legislativa²⁰ en todas estas décadas, por legislar para organizar y estructurar debidamente la organización, actividad, procedimientos y medios de control y medios personales de las administraciones públicas.

La Constitución de 1965 y la de 1985 introdujeron tempranamente un proceso de laboralización de la «función pública», en parte debido al entusiasmo con el modelo de derechos prestacionales en boga en Europa y América española cuya concreción es patente en la Constitución de 1945. Este fenómeno de la laboralización ha ocurrido en otros países, con la salvedad, de que esos países se encontraban previamente organizados y estructurados conforme a las exigencias de un Derecho administrativo moderno, cuestión diferente a Guatemala, en el que se adelantó ese proceso de laboralización, sin haber estructurado jurídicamente su Administración Pública central y descentralizada funcionalmente.

La laboralización se tradujo, como era de esperarse, en un inmenso poder a los sindicatos, los cuales han ido presionando con bastante éxito para que en lugar de una «función pública», signada por el nombramiento, rijan la contratación laboral, la cual:

«[...] se justificó reiteradamente por la conveniencia de eludir la rigidez de las normas reguladoras de la función pública, flexibilizar el acceso al empleo público, la asignación de funciones, la movilidad o el

13 MATTEUCCI, Nicola, *Estado moderno. Léxico y exploraciones*, Unión Editorial-Universidad Francisco Marroquín, Madrid, 2010, p. 42

14 La idea de no-capacidad estatal es más bien un signo de «no-Estado», ANDREWS, Matt; PRITCHETT, Lant y WOOLCOCK, Michael, *Building State Capability: Evidence, Analysis, Action*, Oxford University Press, USA, 2017.

15 Una novela histórica representativa véase PÉREZ DE ANTÓN, FRANCISCO, *El Sueño de los Justos*, Debolsillo, México, 2016.

16 Art. 154, CPRG

17 WAGNER, Regina, *La conformación del Estado guatemalteco*, Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES), 1999, p. 19

18 Con la venia de estilo, véase, ALVARADO ANDRADE, Jesús María, «Derecho, Política y Juristas de Estado en Guatemala. Reflexiones críticas» en *Derecho guatemalteco en contexto*, (coord. Arturo Villagrán) Universidad Rafael Landívar Guatemala, Guatemala, 2022.

19 Art. 154, CPRG

20 Art. 157 y 171. 1, CPRG

régimen de retribuciones. Cuando se trataba, además, de nuevos organismos o empresas sometidas al Derecho Mercantil o Civil, la laboralización acabó convirtiéndose en un principio general»²¹.

La LSC pretende simplemente regular las relaciones del Estado y sus entidades descentralizadas o autónomas con sus trabajadores, a excepción de aquellas que deberán regirse por leyes o disposiciones propias de dichas entidades²². Lamentablemente, el sistema no logró una armonía entre los diversos subsistemas de Servicio Civil en el país. La *lex superior* indica que «La función pública no es delegable, excepto en los casos señalados por la ley, y no podrá ejercerse sin prestar previamente juramento de fidelidad a la Constitución»²³.

No obstante, pese a sostenerse en dicho precepto un principio de organización administrativa²⁴, ni la Constitución ni la LSC ni otras leyes administrativas se han preocupado debidamente por lo concerniente a la organización administrativa del Estado, y mucho menos, a la actividad u organización administrativa propiamente dicha²⁵. De hecho, la obsesión y reducción del Derecho público en Guatemala²⁶ al Derecho constitucional elude otra parte no menos importante: las administraciones públicas. En palabras de BREWER-CARIÁS:

«Siendo un derecho del Estado, el objeto fundamental del derecho administrativo es la Administración Pública, tanto en cuanto a su funcionamiento como a su actuación. Para ello, siendo la Administración Pública parte esencial de la organización del Poder Ejecutivo, el derecho administrativo contemporáneo encuentra sus bases no sólo en las leyes concernientes a su objeto, sino en las Constituciones políticas, en las cuales, cada vez con más frecuencia, se han incorporado previsiones de esta disciplina. Por ello, en el derecho público contemporáneo se puede hablar del proceso de constitucionalización del derecho administrativo, mediante el cual se han incorporado en los textos constitucionales, por ejemplo, previsiones relativas a la actuación del Poder Ejecutivo, y en especial a la Administración Pública al servicio del ciudadano, incluyendo previsiones sobre su conformación territorial conforme al principio federal, regional y en todo caso descentralizador y municipal. Entre esas previsiones están también las relativas a la creación de entidades descentralizadas; a la transparencia gubernamental; al acceso a la información administrativa; al principio de legalidad y su control; y, en fin, a la actividad administrativa»²⁷.

La poca deferencia para con los problemas de la Administración Pública y del Derecho administrativo ha coadyuvado a la petrificación legislativa que inhibe cualquier cambio político, económico, social e institucional del país. Esta petrificación se debe a una tensión fuerte que se halla en la médula de la tradición política y jurídica del país²⁸, que ha impedido que Guatemala se sume a los cambios que acontecen en la región

21 MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo X. La Administración del Estado, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017, p. 92.

22 Art. 108, CPRG

23 Art. 154, CPRG

24 IVANEGA, Miriam Mabel «Los principios de la organización administrativa» en *Documentación administrativa*, n° 267-268, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2004, pp. 189-204.

25 HUTCHINSON, Tomás «El Derecho Administrativo. Concepto y Naturaleza» en *Themis: Revista de Derecho*, n° 13, Asociación Civil Themis, Lima, 1988, pp. 10-15.

26 La Corte de Constitucionalidad -en lo sucesivo CC- ha sostenido de manera simple que «siendo el derecho administrativo eminentemente poco formalista, los requisitos que se imponen para el trámite de los recursos deben aplicarse de modo flexible y atendiendo a su finalidad» en Expediente 3136-2006. Siendo la CC una jurisdicción constitucional (art. 268 y 272) es poco lo que puede desarrollar respecto a la disciplina del Derecho administrativo. La competente es la jurisdicción contencioso-administrativa cuyo funcionamiento y alcance es precario (art. 221 de la CPRG).

27 BREWER-CARIÁS, Allan R., *Derecho Administrativo. Estudios*, Cuadernos de la Cátedra de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías de la Universidad Católica Andrés Bello, Fundación Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020, p. 20

28 ALVARADO ANDRADE, Jesús María, ¿«República de Guatemala?: dos siglos en clave institucional 1821-2022», inédito.

(Iberoamérica), en temas tan concretos como procedimientos administrativos²⁹; contratos administrativos³⁰; jurisdicción contencioso-administrativa³¹, entre otros. Esta tensión ha sido resultado del prejuicio en contra del Derecho administrativo³².

Este prejuicio no deja de ser irónico, pues pese a la defensa de la tradición hispana, los juristas guatemaltecos han abogado por cambios radicales en la organización jurídico-constitucional provenientes de influencias foráneas, tendientes al modelo prestacional que se concretó en Europa en la mitad del siglo XX. Pese a esas ideas jurídicas, adoptadas en consonancia con las exigencias del «constitucionalismo social»³³, no ha habido preocupación jurídica por el Derecho administrativo.

De hecho, la petrificación legislativa no ha sido atenuada por una refinada y articulada jurisprudencia administrativa por parte de los jueces contencioso-administrativos. El impacto del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo en Guatemala ha sido escueto, y su «jurisprudencia» ha sido poco divulgada y precaria, aspecto que sucede con la doctrina administrativa de ciertos órganos y entes administrativos. Por ello, el uso de la jurisprudencia es escaso en este estudio, pues lamentablemente ha sido la jurisdicción constitucional la que se ha pronunciado parcialmente en estos temas, en ausencia de una jurisdicción contencioso-administrativa robusta³⁴ y transformadora de la precariedad normativa.

Este estudio, deliberadamente, no toma en cuenta la opinión de especialistas a través de entrevistas, prefiriendo enfocarse en lo que establecen los textos legales y documentos que se han escrito sobre el particular. Tampoco pretende socializar ideas con el afán de buscar consenso. Se intenta únicamente proponer ideas para la genuina discusión democrática que, si bien bastante diferentes a las ideas mayoritarias, pretenden facilitar un debate genuino de ideas. Para ello, el estudio cuenta con un aparato crítico consustancial a toda investigación científica³⁵ y al uso de la libertad de expresión³⁶ en el ámbito académico.

Esta investigación no se decantará por proponer nuevas tecnologías de gestión *-New Public Management-* pues toma como premisa que la Administración Pública en Guatemala requiere ser pensada, estructurada y limitada

29 BREWER-CARIAS, Allan R., *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Segunda edición ampliada, Ediciones Olejnik, Santiago-Buenos Aires-Madrid, 2020.

30 RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, Jaime y Moreno Molina, José Antonio, (Editores), José Antonio, *Tratado de Derecho Público Comparado. Contratos Públicos*, Fundación Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-NY, 2021; JINESTA LOBO, Ernesto (Editor), *El régimen de los contratos públicos*, Vol. III., Editorial Temis- Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA)- Fundación Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá, 2019; BREWER-CARIAS, Allan R., *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*, Segunda edición corregida y ampliada, Colección Estudios Jurídicos, No. 100, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021; RODRÍGUEZ HUERTAS, Olivo, RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, Jaime, DELPIAZZO RODRÍGUEZ, Carlos E. y otros, (Compiladores), *Bases y retos de la Contratación Pública en el escenario Global: Actas del XVI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo Santo Domingo (2017)*, Fundación Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-NY, 2017; RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, Jaime y Moreno Molina, José Antonio, (Editores), *Código de Legislación sobre Contratación Pública*, Fundación Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-NY, 2015.

31 RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, Jaime y GARCÍA PÉREZ, Marta, *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Iberoamérica*, Fundación Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014 y BREWER-CARIAS, Allan R., *Leyes de lo Contencioso Administrativo en América Latina*, Colección Derecho Público Iberoamericano No. 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-New York, 2019. En Guatemala, véase a MAYORA ALVARADO, Eduardo, *El imperio del derecho y el contencioso administrativo en el derecho guatemalteco y comparado*, Artemis Edinter, Guatemala, 2005.

32 El Salvador ha introducido cambios importantes. Hace un par de años se dictó la Ley de Procedimientos Administrativos por medio de Decreto Legislativo N° 856 de fecha 13 de febrero de 2018, la cual entró en vigor doce meses después de su publicación, es decir el día 13 de febrero de 2019. Del mismo modo se sancionó una nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa por medio de decreto N° 760, en fecha 8 de noviembre de 2017. Otro ejemplo no menos interesante es el de República Dominicana, véase por todos BREWER-CARIAS, Allan R., *Estudios de Derecho Público, Reflexiones en la República Dominicana*, Librería Jurídica Internacional S.R.L, Centro HOSTOS de estudios constitucionales, Santo Domingo, 2022.

33 El más claro ejemplo fue Jorge Mario García Laguardia.

34 Art. 221, CPRG

35 Art. 59, CPRG,

36 Art. 35, CPRG

en consonancia con el ideal de Estado de Derecho³⁷, antes de atizar cualquier otro devaneo intelectual. Por ello se sostendrá una línea discursiva que refutará la asimilación entre Administración Pública y empresa privada, que ha obviado las peculiaridades de la Administración como instrumento de la acción política del Estado³⁸. En efecto, a quienes predicán esta asimilación, abundantes en el país, cabe señalarles que:

«No se percatan de la diferencia fundamental que existe entre el gobierno y la empresa, que se rige por la motivación del beneficio. Lo que llaman deficiencias y fallos en el funcionamiento de la administración son propiedades necesarias de la misma [...] Es erróneo enjuiciar la eficacia del gobierno comparándola con la acción de una empresa sometida a las reacciones de los factores del mercado»³⁹.

En tal sentido, en este estudio no se proponen prácticas administrativas nuevas e innovadoras que deban tomar en cuenta los «trabajadores del Estado»⁴⁰. En su defecto, este estudio se decanta por hacer un análisis pormenorizado de la LSC —no de su reglamento— y otras legislaciones conexas, con el objetivo de evaluar el actual modelo de «Servicio Civil».

Es menester advertir que el «Servicio Civil» de Guatemala no establece una diferencia, al menos desde la perspectiva del Derecho administrativo, entre dignatarios, autoridades, funcionarios y empleados públicos⁴¹. Tampoco toma en cuenta las diferencias entre cargos de elección popular, nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo en el que una determinada persona preste sus servicios en el «Estado», a saber: organismos del Estado, municipios, empresas y entidades descentralizadas y autónomas⁴².

Por ello, se procurará evidenciar la inexistencia de un auténtico Estatuto que permita hablar con propiedad de «función pública». De hecho, el presente análisis es consciente de la amplitud de la materia y la necesidad de continuar la discusión intelectual, pero no considera esto un impedimento para un primer acercamiento.

A manera de precisión, la discusión en Guatemala típicamente se ha enfocado erróneamente en reformas puntuales de la legislación, ignorando que ellas habrán de insertarse en un conjunto de leyes vigentes, la gran mayoría preconstitucionales. Esta legislación administrativa en Guatemala es amplia y engorrosa y, si no es modificada, puede desvanecer el anhelo de una «función pública» profesional y moderna, al insistir en hacer solo cambios puntuales a la LSC.

Sobra únicamente advertir que existen argumentos equivocados, como la afirmación según la cual el problema no es la LSC sino el recurso humano⁴³. Esto a todas luces incurre en un claro paralogismo de *falsa oposición*⁴⁴ que conviene disipar. Del mismo modo es errado, el argumento esbozado por los defensores del *statu quo*, consistente en una especie de falacia del alegato especial, haciendo sin argumentar debidamente, la importancia de la laboralización absoluta de la Administración Pública, alegando la sensibilidad especial del tema objeto de

37 Art. 154; 152-156, CPRG

38 WILSON, Woodrow «El estudio de la administración» en *Revista de Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, México D.F., 1980, pp. 275-294. Véase en contra, PESTRITTO, Ronald J., *The Birth of the Administrative State: Where it came from and what it means for Limited Government*, The Heritage Foundation, USA, 2017; PESTRITTO, Ronald «The Progressive Origins of the Administrative State: Wilson, Goodnow, and Landis» *Social Philosophy and Policy*, 24 (1), 2007, pp. 16-54.

39 VON MISES, Ludwig, *Burocracia. Gestión empresarial frente a gestión burocrática*, Unión Editorial, Madrid, 2005, p. 73.

40 La CC ha preferido usar definiciones lexicográficas en lugar de analizar el sistema constitucional y administrativo del país sosteniendo que el Diccionario de la Real Academia Española puntualiza que la acepción «funcionario» se refiere a la «persona que desempeña un empleo público». Véase Expediente 537-2003.

41 Se confunde usualmente las reivindicaciones laborales con las exigencias de una Administración Pública moderna. Para una precisión labora véase Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública (núm. 151) de 1978 de la Organización Internacional del Trabajo.

42 Art. 4 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos

43 Vale la pena indagar sobre el rol futuro que debería desempeñar el Instituto Nacional de Administración Pública.

44 VAZ FERREIRA, Carlos, *Lógica viva*, Palestra Editores, Lima, 2016.

debate, sosteniendo además que los otros no comprenden las sutilezas o complejidades del tema en cuestión, porque no alcanzan el nivel de entendimiento requerido, o simplemente por desconocimiento. Frente a estos discursos sectarios y simplistas, se analizará la LSC tomando en cuenta la sistemática adoptada de la propia normativa. Esta estrategia, en ausencia de una cultura jurídico-administrativa rigurosa, facilitará la claridad expositiva en la identificación y contenido de las reformas a efectuar.

I. El confuso modelo de «función pública» en Guatemala

En sus considerandos, la Ley de Servicio Civil (LSC) incurre en una confusión que ha derivado en un sinnúmero de problemas en el país. En lugar de decantarse por una «función pública» debidamente estructurada o, en otro giro, procurar que los medios personales al servicio de las administraciones públicas materialicen los postulados constitucionales, lo que hicieron los legisladores pre-constitucionales fue sentar las bases de un «Servicio Civil» proclive a exaltar los beneficios y conquistas de la legislación social⁴⁵.

La Constitución de 1965 —supuestamente la «Constitución del peor posible»⁴⁶—, postuló que para el otorgamiento de los cargos se atenderá únicamente a méritos de capacidad y honradez⁴⁷. Esta previsión generó un importante debate en el país con diversas interpretaciones jurídicas sobre el alcance de esos principios bajo la vigencia de la Constitución de 1985. Las bases constitucionales del «Servicio Civil» (1965) sostenían que las asociaciones formadas por trabajadores del Estado no podían participar en actividades de política partidista, prohibiendo la huelga de los trabajadores del Estado⁴⁸. La terminología empleada era de suyo problemática pues hacía referencia a «trabajadores del Estado» y no a «funcionarios»⁴⁹.

La regulación prevista en el texto constitucional de 1965 para los «trabajadores del Estado» debía ser desarrollada en una legislación de Servicio Civil, la cual se dictó y sigue vigente. Al menos en este aspecto no es la «Constitución del peor posible». Esta legislación pretendió establecer un sistema técnico, armónico, eficiente y dinámico de la administración pública cuya aplicación debía hacerse de forma «progresiva»⁵⁰, idea que generó una aguda reticencia en el país.

45 Esto es de vieja data y fue una copia al fenómeno europeo, cuya muestra puede verse en las ideas del jurista austriaco Antón Menger, *El derecho civil y los pobres*, Comares, Granada, 1998. Este Menger es hermano del famoso economista Carl Menger. La posición más abierta en favor de una laboralización completa del Servicio Civil en Guatemala en años recientes ha sostenido que: «Sin embargo, los intentos de formulación de programa de servicio civil se han sostenido en el prejuicio hacia la relación de trabajo y las garantías (derechos sociales y económicos) que de ella derivan» véase ARGÜETA R., Alejandro, *De la trampa social al Servicio Civil Profesional*, Instituto Nacional Demócrata para Asuntos Internacionales, Guatemala, 30 de septiembre de 2018, p. 7. Como se observará en este estudio, la situación actual del país más bien es en parte el resultado de una excesiva «laboralización» que no comprende las peculiaridades de la Administración Pública, aspecto este en Guatemala, que no tiene ningún parentesco con las reivindicaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en cuanto a las relaciones de trabajo en la administración pública.

46 GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *Breve historia constitucional de Guatemala*, Universidad de San Carlos de Guatemala-Editorial Universitaria, Guatemala, 2010, pp. 94 y ss. Realmente esta Constitución estableció principios que hoy son las bases del discurso moralizador. Fue esta Constitución la que estableció el principio que para el otorgamiento de los cargos se atenderá únicamente a «méritos de capacidad y honradez» (art. 118) y fue esta Constitución la que estableció la cuestión del «Servicio Civil», el cual debía ser regulado en una legislación destinada a establecer «un sistema técnico, armónico, eficiente y dinámico de la administración pública su aplicación se hará en forma progresiva. Esta ley no comprenderá a las entidades, dependencias o ramos del Estado que por la naturaleza de sus funciones deban sujetarse a un régimen especial» (art. 120). La Constitución de 1945, la de la «Nueva era», estableció los principios de mérito y capacidad (art. 38) -y honradez (art. 10)- pero fue más precisa al establecer que debía dictarse un Estatuto del Empleado Público sobre el principio de que los funcionarios y empleados públicos están al servicio de la Nación y no de partido político alguno (art. 70). Si es cierto lo de la «Constitución del peor posible» en algunas cosas esto le cabe también a la de 1985. Realmente la Constitución de 1945 si bien reconoció la importancia del Estatuto, abrió la puerta a un sinnúmero de derechos y garantías sociales (arts. 55-71) que han sido el Caballo de Troya por el cual el Estado ha perdido su fisonomía.

47 Art. 118, hoy (1985), art. 113

48 Art. 119, hoy (1985), art. 104 y 116.

49 La Constitución de 1945 estableció la noción de funcionarios y empleados públicos (arts. 70 y ss.).

50 Art. 120, CPRG, 1965.

La exigencia de armonía no pasó de ser una palabra en el texto de la LSC, en tanto no se procuró legislativamente una coherencia entre el ámbito nacional y municipal. De hecho, si bien la LSC no es aplicable a las entidades, dependencias o ramos del Estado que por la naturaleza de sus funciones deban sujetarse a un régimen especial, ello no eximía al legislador de plantear un mínimo de coherencia, especialmente, si se toma en cuenta que Guatemala no es un Estado federal ni cuenta con un Estado de las «autonomías» como ocurre en España a partir de 1978.

La Constitución de 1985 no hace referencia a un «Estatuto», como sí preveía la Constitución de 1945⁵¹, aun cuando precisa una reserva de ley para la regulación de los «trabajadores del Estado». En lugar de establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, en línea con el carácter unitario del Estado de Guatemala, lo que hizo la LSC pre-constitucional fue establecer un sinfín de provisiones destinadas a reconocer los derechos y garantías de carácter mínimo de los «trabajadores del Estado», incluyendo el reconocimiento de los polémicos «derechos adquiridos»⁵².

La obsesión de ciertas perspectivas favorables al «constitucionalismo social»⁵³ insistentes en reducir los problemas jurídicos a simples problemas de derechos y garantías derivó, así, en un descuido absoluto por las estructuras, organizaciones y procedimientos de las estructuras administrativas del Estado⁵⁴. De hecho, una lectura crítica de la LSC permite observar que no se estableció un régimen estatutario funcional común a todas las Administraciones Públicas, sino que se fracturó esa unidad del Estado. La muestra palpable de esa fractura es la instauración de un Servicio Civil Municipal divorciado del nacional y jamás constituido⁵⁵.

La sanción y promulgación de la LSC favoreció de manera muy limitada la concreción del principio de legalidad. Quedó en papel el régimen de los «trabajadores del Estado» que debía ser regulado legalmente, sin menoscabo del desarrollo del acto estatal denominado «Reglamento», llamado a desarrollar las leyes en estricto cumplimiento de la ley y de las normas constitucionales⁵⁶.

Si bien la LSC pretende regular las relaciones de la Administración Pública con sus trabajadores, lo hace de modo fragmentario, en parte por el simple hecho de que la *lex superior* de 1985 estableció que las relaciones laborales de los funcionarios y empleados de las municipalidades debían ser desarrolladas en una Ley de Servicio Municipal⁵⁷, tras reconocer la autonomía municipal y el proceso de descentralización funcional. Con estas bases y, en especial, con la interpretación constitucional a veces caótica de la Corte de Constitucionalidad, respecto a la «autonomía municipal», se ha hecho casi imposible lograr la armonía, coherencia y reforma de la LSC, pues las enormes presiones sindicales y político-partidistas han entronizado un marco legal y político de difícil reforma. Estos factores, mitos y equivocaciones antes mencionados, han imposibilitado la creación de un marco normativo –al menos de base– de aplicación en todo el territorio de la República de Guatemala en materia de Servicio Civil, un desenlace que equivale a un franco atentado al Estado de Derecho.

51 Art. 70 CPRG, 1945.

52 Véase por todos NIETO, Alejandro «Los derechos adquiridos de los funcionarios» en *Revista de administración pública*, N° 39, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, pp. 241-266.

53 GARCÍA LAGUARDIA, Jorge «El constitucionalismo social y la constitución mexicana de 1917. Un texto modelo y precursor» en VV. AA, *Congreso Internacional sobre el 75 Aniversario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993. pp. 63 y ss.

54 A los fines de cuestionar esta idea en Guatemala consúltese con buen provecho una obra reciente de un partidario del constitucionalismo social. Véase GARGARELLA, Roberto, *Latin American constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution*, Oxford University Press, New York, 2013.

55 Arts. 9 y ss. de la Ley de Servicio Municipal

56 Art. 183, e (CPRG)

57 Disposición Transitoria 9 y art. 262, CPRG.

Repárese que, en Guatemala, el Municipio se ha entendido como una simple demarcación administrativa dentro de la estructura del Estado⁵⁸, y aspiracionalmente como algo más, es decir, como una unidad básica de la organización territorial del Estado y espacio inmediato de participación ciudadana en los asuntos públicos⁵⁹ aun cuando esto último no equivale a sostener en modo alguno, que los mismos no forman parte del sistema de organización política del Estado.

Constitucionalmente son «instituciones autónomas»⁶⁰ sin una asignación de competencias constitucionales propias y mucho menos una autonomía total en materia organizativa. Pese a ello, la Constitución de 1985 les reconoció la posibilidad de un régimen legal especial para las relaciones laborales de los funcionarios y empleados de las municipalidades, cuya legislación debía ser dictada por el Congreso de la República, de hecho, un organismo nacional⁶¹. De hecho, no existe potestad legislativa a nivel de los departamentos, y mucho menos en los municipios, salvo la previsión constitucional de que los mismos pueden emitir ordenanzas y reglamentos⁶² en lo que se refiere a las funciones –autonomía y competencias– previstas en la misma Constitución.

Por tanto, debe destacarse que la Constitución no les concedió competencias propias a los municipios. En realidad, lo que hace es reconocer una autonomía política que consiste en elegir a sus propias autoridades; reconocer una cierta autonomía financiera basada en que puede obtener y disponer de sus recursos; y una competencia de atender los servicios públicos locales, el ordenamiento territorial de su jurisdicción y el cumplimiento de sus fines propios. A esto se reduce constitucionalmente la emisión de ordenanzas y reglamentos⁶³.

Ahora bien, en lo que se refiere al «Servicio Civil», la Constitución prevé que una Ley de Servicio Civil Municipal debe regular las relaciones laborales de los funcionarios y empleados de las municipalidades. En esto, el constituyente incurre en un lapsus⁶⁴, por cuanto no tiene sentido jurídico que sea el mismo Congreso quien dicte dos legislaciones sin coherencia sobre el Servicio Civil, especialmente si se tiene en cuenta que los municipios no tienen competencias propias⁶⁵ constitucionalmente reconocidas, sino que deberán estar sometidos a la legislación nacional.

De hecho, el Código Municipal (CM) reconoce como «competencias propias»⁶⁶ las antes mencionadas y señala que existen otras competencias derivadas de procesos de «delegación»⁶⁷. El CM precisa que son «competencias propias» las inherentes a su autonomía, establecida constitucionalmente de acuerdo con sus fines propios, y las atribuidas, entendidas como aquellas que el Gobierno central delega a los municipios mediante convenio, que deberán ejercerse en los términos de la delegación o transferencia respetando cierta potestad de auto organización de los servicios del Municipio. Esta potestad de auto organización es limitada por la legislación nacional.

De ahí que el constituyente debió desarrollar auténticamente un Estatuto para los funcionarios y empleados públicos, dejando la puerta a especificaciones muy puntuales para los municipios en la legislación especial, cuya

58 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo «Turgot y los orígenes del municipalismo moderno» en *Revista de administración pública*, N° 33, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pp. 79-110; DE LA NUEZ, Paloma, *Turgot el último ilustrado*, Unión Editorial, Madrid, 2010 y VANDELLI, Luciano, *El Poder Local: Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, Editorial Temis- Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA)- Fundación Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá, 2020, entre otros.

59 Art. 2 del Código Municipal.

60 Art. 253 (CPRG) y Art. 7 del Código Municipal

61 Disposición Transitoria 9 (CPRG); art. 262 y art. 157

62 Art. 253, CPRG

63 Art. 253 CPRG

64 Disposición Transitoria 9 (CPRG) y art. 262.

65 Salvo quizás la del artículo 253, c. «Atender los servicios públicos locales, el ordenamiento territorial de su jurisdicción y el cumplimiento de sus fines propios».

66 Art. 68, CM

67 Art. 6, 70 y 71 del CM

regulación sería la Ley de Servicio Civil Municipal (LSCM). Esto, y no otra cosa, se desprende armónicamente de la Constitución y continúa siendo una tarea pendiente para el legislador.

La confusión en torno a la forma de gobierno y forma de Estado en Guatemala ha llevado por fuerza de la inercia a un mar de contradicciones⁶⁸. Entre estas está la insistencia en pensar, contra toda evidencia normativa e incluso jurisprudencial, que los municipios son casi una entidad paraestatal⁶⁹ o un Estado dentro de otro Estado.

Lo deseable y jurídicamente viable es que se comprenda la organización constitucional del Estado y los requerimientos de ese modelo con el objeto de mejorar las administraciones públicas. Es por ello por lo que urge una nueva LSC, que procure un Estatuto para los funcionarios y empleados públicos del Estado, sin menoscabo de precisiones ulteriores para los municipios y supletoria para las entidades descentralizadas y autónomas con su propio régimen.

Esta nueva o reformada LSC debe ser concebida como una legislación que establezca los principios generales de la función pública del Estado, que dejaría normas de detalles propias para el ámbito municipal y otros subsistemas. De hecho, en España existe un Estatuto básico para el Empleo Público⁷⁰, que es el paso necesario que se tiene que dar en Guatemala.

Sin embargo, existe un escollo normativo constitucional. A diferencia de lo que ocurrió en la Constitución de 1945, la de 1985 no establece que todo lo relativo a la «función pública» debería concebirse como parte de una relación estatutaria que vincula al funcionario público con la Administración Pública. La Constitución vigente no establece de manera transparente cuáles son las materias que deben regularse estatutariamente.

Pese a proclamar algunos principios generales, la *lex superior* (1985) no establece cuál debe ser el contenido mínimo de esa relación estatutaria, porque entre otras cosas lo rechazó, al establecer que la LSC solo regularía las relaciones del Estado y sus entidades descentralizadas o autónomas con sus trabajadores, con excepción de aquellas que se rijan por leyes o disposiciones propias de dichas entidades⁷¹. En efecto, solo en lo que concierne al ámbito judicial⁷² es que la Constitución estableció una reserva de ley y un mínimo de contenido estatutario, al afirmar que «Se establece la carrera judicial. Los ingresos, promociones y ascenso se harán mediante oposición. Una ley regulará esta materia»⁷³.

Si la materia de ingreso, ascensos, traslados, suspensión o retiro no están reservadas a la ley, salvo lo mencionado constitucionalmente para el ámbito judicial, es evidente que el constituyente abrió la puerta a una deslegalización, en favor del reglamento⁷⁴, y de una renuncia a la «carrera administrativa» a favor del «Servicio Civil». De

68 Un buen estudio sobre las tensiones históricas en el país se encuentra en GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, «El federalismo en Centroamérica. Integración y desintegración» en Diego Valadés y José María Serna De La Garza (Coordinadores), *Federalismo y Regionalismo*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2005, pp. 219-230. El problema con la «forma» es que los juristas les encanta introducir en las discusiones conceptuales un montón de contenidos, no necesariamente meterse de lleno en temas formales abstrayendo de los mismos los contenidos. Véase con buen provecho, ATRIA, Fernando, *La forma del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

69 Véase CC, Expedientes 51-90; 2266-2003 y 171-2007.

70 Real Decreto Legislativo 5/2015

71 Art. 108 (CPRG)

72 Lo mismo sucede en el ámbito del organismo legislativo. La Constitución solo estipuló (art. 170, b) el que el Congreso: «Nombre y remueva a su personal administrativo». A su vez sostiene, que las relaciones del Organismo Legislativo con su personal administrativo, técnico y de servicios, será regulado por una ley específica, la cual establecerá el régimen de clasificación de sueldos, disciplinario y de despidos. Las ventajas laborales del personal del Organismo Legislativo, que se hubieren obtenido por ley, acuerdo interno, resolución o por costumbre, no podrán ser disminuidas o tergiversadas.

73 Art. 209 y 210, CPRG

74 La LSC precisó mucho de esto como veremos de manera crítica.

hecho, fue el constituyente quien laboralizó el Servicio Civil, al no establecer que las relaciones del Estado y sus entidades descentralizadas o autónomas con sus trabajadores no fueran reguladas mediante un Estatuto.

Por más que se insista la necesidad de una «carrera administrativa» en el ámbito de la Administración Pública en Guatemala, la relación actual que vincula a los «servidores públicos» con la Administración Pública no es estatutaria, sino que, en muchos casos, está concebida al modo de las exigencias del Derecho laboral. Por ello se comprende la reticencia política en Guatemala por concebir la «función pública» al modo funcionarial, es decir, basada en el modelo de reglamentación unilateral del Estado, que parte de la idea de que el acceso a la función pública se logra previo un determinado proceso administrativo, que termina con un «acto administrativo»⁷⁵ de nombramiento y no mediante un contrato (bilateral), de lo cual se deriva incluso que el funcionario no tiene derecho adquirido alguno al mantenimiento de una determinada regulación de sus condiciones o a impedir su modificación⁷⁶.

Como se tendrá ocasión de analizar, la LSC ha entronizado un modelo de laboralización progresiva que ha desdibujado por completo la Administración Pública⁷⁷. Constantemente se apela en el país a un régimen de «carrera», que es la regla bajo el modelo funcionarial, pero no necesariamente en el ámbito del Servicio Civil, pues salvo cuestiones específicas referentes a los de elección popular, libre nombramiento y remoción⁷⁸, contratados y obreros, este sistema no priorizó a los funcionarios. La relación estatutaria desapareció de la mente de los constituyentes y, por supuesto, de los legisladores hasta la fecha⁷⁹ por lo que el resultado es previsible: casi todo puede estar sometido a la negociación colectiva o a la contratación laboral⁸⁰.

De hecho, conscientes de la distancia abismal de la prédica por la profesionalidad en el ámbito público, lo que ha acontecido es un uso abusivo de empleados contratados en el renglón presupuestario (029). Esta categoría ha

75 BELADIEZ ROJO, Margarita, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994; BOCANEGRA SIERRA, Raúl Eugenio y GARCÍA LUENGO, Javier «La potestad de dictar actos administrativos como intromisión en la libertad» en *Revista de administración pública*, N° 172, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 103-140; CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2019; BREWER-CARIAS, Allan R., *Acto administrativo. Estudios*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2019; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *La nulidad de los actos administrativos*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2019; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, «Proposiciones sobre la teoría y la regulación de la invalidez de los actos administrativos» en *Revista de administración pública*, N° 213, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, pp. 111-140.

76 CABALLERO ORTÍZ, Jesús, «Principios constitucionales vinculados al ingreso del funcionario público de carrera y su incumplimiento» en Allan R. Brewer-Carías y José Araujo Juárez, Coordinadores, *Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos Actuales. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 2020, pp. 671-682.

77 En los últimos años se ha venido hablando del modelo sueco. En ese país hay que advertir que es muy reducido el número de funcionarios públicos con un estatus y privilegios especiales y en particular la inamovilidad en sus cargos, lo cual obedece a diversos factores políticos-constitucionales, los cuales por cierto no se dan en Guatemala. Véase, ROJAS, Mauricio, *Reinventar el Estado del Bienestar. La experiencia de Suecia*, Gota a Gota Ediciones, Madrid, 2008.

78 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, ««Libre» designación y «libre» cese en la función pública: los límites de la discrecionalidad» en *Revista de administración pública*, N° 211, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, pp. 13-35. Véase con buen provecho, PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la función pública*.

Régimen jurídico de los funcionarios públicos, Editorial Dykinson, Madrid, 2021.

79 2022

80 Se ha dicho por ejemplo que [...] para el caso de Guatemala, se aplican en el sentido de que los procesos de formulación que se han intentado desde el año 1996 han dejado de lado un aspecto técnico relevante: el orden en la definición de los factores de la política pública. Este orden hace referencia a que lo primero que debe implementarse es la aceptación de los principios fundamentales y universales en los que se basa un sistema de servicio civil de carrera. Por ejemplo, un principio de este tipo es la estabilidad en el empleo público para las personas que han ingresado por mérito. La institución que materializa ese principio es la relación de trabajo. Sin embargo, los intentos de formulación de programa de servicio civil se han sostenido en el prejuicio hacia la relación de trabajo y las garantías (derechos sociales y económicos) que de ella derivan. Desde posiciones abiertamente en contra del reconocimiento de derechos laborales para los empleados públicos hasta sofisticadas maneras de realizar fraudes legales para lograr la “flexibilidad” en la contratación y remoción de personas en el empleo público (por ejemplo, la contratación en renglones 029 y subgrupo 18)». Véase véase ARGUETA R., Alejandro, *De la trampa social al Servicio Civil Profesional*, Instituto Nacional Demócrata para Asuntos Internacionales, Guatemala, 30 de septiembre de 2018, p. 7. Basta observar cómo se mezcla la noción de función pública, el régimen de carrera administrativa -solo posible en ciertos modelos de Administración Pública- con las exigencias de reivindicaciones laborales, obviando que precisamente la simulación denunciada es producto de la ausencia de demarcación clara del Derecho administrativo y del Derecho laboral, aun incluso, asumiendo, la intromisión derivada del derecho internacional de los derechos humanos de exigencias laborales en el ámbito de la función pública.

permitido la contratación de profesionales para puestos definidos y temporales, que nominalmente no tienen la categoría de «empleados públicos», cuando en la práctica hay muchos de estos profesionales en la burocracia con labores permanentes. De hecho, pese a la laboralización completa, la LSC y la Ley de Salarios de la Administración Pública insisten en que las personas contratadas en la categoría presupuestaria (029) no tienen calidad de funcionarios o servidores públicos, obviando las tendencias laborales en el propio país.

Ante esta situación, no basta con insistir en reformas puntuales o reformas a la medida, que casi siempre operan en beneficio de ciertos sectores. Tampoco con enfocarse en problemas específicos momentáneos que, al cabo del tiempo, desaparecen o se agravan, contribuyendo a una permanente frustración⁸¹. De lo que se trata es de una reforma total de la LSC o bien de una codificación de todo lo relacionado con la «función pública»⁸².

Esta estrategia permitirá pensar cuál ha de ser el Estatuto objetivo —a saber, la estructura— de la «función pública», y no solo enfocarse en el «estatuto subjetivo» —derechos y obligaciones— de los trabajadores del Estado. Una revisión de los considerandos de la LSC permite dar cuenta de la mentalidad que prevaleció en su redacción y discusión. Todos esos argumentos se han desvanecido o refutado a lo largo del tiempo.

De hecho, en el siglo XXI se ha afirmado que es urgente mejorar la Administración Pública, sin que ocurra realmente dicha reforma del Estado, que no es otra cosa que una reforma de la Administración Pública. La razón es simple: no se desea en Guatemala una burocracia moderna sino un sistema de botín. A tal respecto hay que recordar que: «Hemos de responder de nuevo a estas objeciones que la burocracia, en sí misma, no es ni buena ni mala. Es un método de gestión que puede aplicarse a diferentes esferas de la actividad humana. Existe un campo, el del manejo del aparato de gobierno, en el que los métodos burocráticos son imprescindibles. Lo que muchos consideran hoy como un mal no es la burocracia en cuanto tal, sino la expansión de la esfera a la que se aplica la gestión burocrática. Esta expansión es una inevitable consecuencia de la progresiva restricción de la libertad del ciudadano, de la tendencia inherente a la política económica y social de nuestros días a sustituir la iniciativa privada por el control del gobierno. La gente condena la burocracia, pero lo que realmente tiene en la mente son los intentos de construir el Estado socialista y totalitario»⁸³.

La LSC insiste en que es imprescindible establecer un sistema técnico, armónico, dinámico y eficiente de la Administración del personal para garantizar el desempeño económico y efectivo de la labor institucional del Gobierno, en beneficio de todos los sectores nacionales. Sin embargo, este énfasis vuelve patente la distancia entre lo proclamado formalmente y la realidad.

Quizás el problema estriba en que el legislador, ni antes ni ahora, tiene debida comprensión de que el alcance de la LSC no debe ser el de una legislación dirigida simplemente a garantizar la «eficiente operación de los servicios públicos»⁸⁴. Esto puede ser una consecuencia de una buena organización y funcionamiento de la Función Pública, pero no era ni debería ser el único aspecto central de la legislación. En realidad, la LSC debería tener por propósito un auténtico Estatuto, instaurando un modelo funcional que blinde a la administración de las presiones de todo tipo, siendo la actividad de prestación denominada de «Servicio Público» una de las tantas actividades de la administración, mas no la única⁸⁵.

81 Véase ALVARADO ANDRADE, Jesús María, «Reformas al ámbito judicial: Propósito y cautelas» en *Fundación Libertad y Desarrollo*, Guatemala, 2016.

82 Véanse las consideraciones finales de este estudio.

83 VON MISES, Ludwig, *Burocracia. Gestión empresarial frente a gestión burocrática*, op. cit., pp. p. 68.

84 Véanse los considerandos de la legislación (LSC).

85 Entre una literatura inabarcable véase a modo de ejemplo a TURUHPIAL CARIELLO, Héctor, *La actividad administrativa*, Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), Caracas, 2021.

En el modelo guatemalteco de «Servicio Civil» se han calcado los modelos tendientes a imprimir a las administraciones públicas, en especial, a los servidores públicos, un conjunto de derechos y de garantías para suavizar la primacía de la Administración Pública sobre los empleados, trabajadores o funcionarios que la integran, o bien, modelos que niegan el régimen funcional y apuestan a modelos de clara estirpe laboral y no de Derecho administrativo.

Esta imitación ha sido del todo equivocada, si se toma en cuenta que Guatemala no ha transitado históricamente por procesos como la constitución de un régimen jurídico exorbitante del derecho común⁸⁶, que permita configurar una auténtica función pública y claros procesos de industrialización y de capitalismo intensivo que permitan soñar con la viabilidad de Estados benefactores. En Europa, por ejemplo, ha venido ocurriendo un proceso de «repatrimonialización»⁸⁷ derivado de cierta superación del Derecho administrativo⁸⁸, fase que tiene sus peculiaridades políticas, históricas, económicas etc. En el caso de Guatemala, haber importado este problema, de renuncia a lo propiamente «administrativo», sin atender las peculiaridades de los países de régimen administrativo europeo, ha resultado en una laboralización catastrófica.

Lo que ha ocurrido es que la Administración Pública guatemalteca nunca ha podido articular una posición de «supremacía» sobre su personal y, por ende, nunca han primado los «intereses públicos» sobre los privados de los servidores públicos. Evidentemente, habría que hilvanar más este aspecto tomando en cuenta las lecciones de la teoría de la opción pública, o *Public Choice*⁸⁹, en el entendido de que detrás de esas administraciones públicas hay personas con claros intereses y no siempre corresponde con el «interés general»⁹⁰, cuestión que requeriría más desarrollo.

A tal respecto, puede afirmarse que el «Estado» en Guatemala ha estado preso de un sinfín de presiones externas que impiden la existencia de una «función pública», derivado de la prevalencia de los intereses personales de los servidores, cuya muestra ha sido la sindicalización, entre otros factores⁹¹. Por ello, es que es casi imposible predicar la pretendida y difícil neutralidad de los servidores públicos derivado de la politización extrema en el ámbito de lo público. Esto es tan agudo en Guatemala, que como señala el epígrafe de este estudio, el problema político-administrativo del país no es ni han sido las personas ni la falta de recursos⁹², aunque claramente exista una precaria formación académica-profesional y ética, y recursos en el ámbito estatal.

Esta circunstancia explica la escasa preocupación por asegurar la primacía del «interés público»⁹³ sobre el particular en el ámbito de las administraciones públicas en Guatemala⁹⁴. De la misma manera, explica la desatención hacia temas relacionados a la potestad organizativa y de gestión de las administraciones públicas.

86 MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, Sebastián, *El Derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996,

87 PARADA, Ramón y FUENTETAJA, Jesús, *Derecho de la Función Pública*, Civitas- Thomson Reuters, Pamplona, 2017, pp. 38 y ss. En Guatemala se ha sostenido que «A nivel de gestión pública, el sistema de servicio civil requiere de un rediseño profundo» CHICOLA, Phillip «Hacia una reforma del Estado» *el periódico*, Guatemala, 2019.

88 Este modelo también está sufriendo sus cambios, AUBIN, Emmanuel, *Les personnels de la fonction publique. Du Statut général à la «travaillisation» des personnels*, Gualino, Paris, 2020.

89 VV. AA, *Ficciones jurídicas: Kelsen, Fuller, Ross*, Distribuciones Fontamara, México, 2013.

90 NIETO, Alejandro «La Administración sirve con objetividad los intereses generales» Sebastián Martín-Retortillo Baquer, (coordinador), *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. 3, Editorial Civitas, Madrid, 1991, pp. 2185-2254.

91 HAYEK, Friedrich A., *Sindicatos, ¿para qué?*, Marcial Pons, Madrid, 2009. Arts. 101 y 102 de la CPRG.

92 BREWER-CARIAS, Allan R., *El Estado. Crisis y Reforma*, op. cit., p. 25

93 O la realización del bien común (art. 1 CPRG)

94 La frase «El interés social prevalece sobre el interés particular» (art. 44 de la CPRG) no tiene ninguna relación con el tema de los derechos inherentes sino a lo sumo con la «Constitución Económica». Véase la confusión histórica entre derechos y garantías en FIX ZAMUDIO, Héctor, *Reformas en Derechos Humanos Procesos Colectivos y Amparo*, Editorial Porrúa, México, 2013. En Guatemala, GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *La defensa de la constitución*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (USAC), Guatemala, 1983, p. 45 y ss. Sobre el tema de los derechos inherentes, véase BARNETT, Randy (Ed), *Rights Retained by the People: The History and Meaning of the Ninth Amendment*, Vol. I y Vol. II, University Publishing Association, USA, 189-1993; AMAR, Akhil Reed, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, Yale University Press, New Haven, 2000 y LASH, Kurt T., *The Lost History of the Ninth Amendment*, Oxford University Press, USA, 2009.

Todo ello se ha agravado por el mestizaje de modelos, tomados caóticamente sin atender los presupuestos teóricos, normativos e históricos que subyacen a ellos. En efecto, en lugar de establecer un Estatuto procurando en todo momento sentar las bases de un auténtico régimen jurídico de los funcionarios públicos, se prefirió en Guatemala una legislación profusa en desarrollar todo tipo de derechos y garantías constitucionales de raigambre laboral para los «trabajadores del Estado», que tendrá su crisis definitiva y radical cuando merme el ingreso de las remesas al país y se deba reconocer la proverbial escritura en la pared del festín de Baltasar.

Entiéndase que la propia noción de «trabajadores del Estado» es equívoca, al punto que carece de contenido concreto, como ocurre también con «servidores públicos». En buena medida, estas palabras pueden aludir a dos realidades diferentes, es decir, los auténticos funcionarios, pero también, los trabajadores regidos por el Derecho laboral. Si bien se intentó una fusión de ambas realidades, lo funcional y su antítesis (lo laboral), lo que se hizo fue encubrir la existencia de términos carentes de contenido concreto, dejando en el aire una exhaustiva regulación general para «funcionarios» y para contratados laborales.

La LSC hace un énfasis desmedido en la importancia de proteger la dignidad de los trabajadores del Estado y en reafirmaciones de algunos de los derechos y garantías constitucionales en materia laboral, eludiéndose cualquier mención específica para el ámbito funcional. De hecho, la LSC destaca que se debe remunerar el correcto desempeño de cada cargo público en forma justa y decorosa⁹⁵; y la exigencia de igual salario para igual trabajo desempeñado en igualdad de condiciones, eficiencia y antigüedad⁹⁶.

Sin embargo, no se articulan en la LSC las exiguas bases constitucionales del Derecho administrativo, y mucho menos las exigencias del modelo estatutario. De ahí que se establezca una relación de trabajo de los empleados del Estado que, si bien da lugar a ejercicios de función pública, no favoreció una articulación idónea en lo que se refiere a los deberes y derechos especiales⁹⁷. Con arreglo a esta confusión, la LSC intentó fusionar diversos modelos y regímenes jurídicos de funcionarios y laborales del Derecho comparado de esa época⁹⁸, sometiendo a la Administración Pública a un proceso de patrimonialización, politización, corrupción, ineficacia e ineficiencia aguda.

Por ello, luce hacer un análisis de algunas partes de la LSC con el fin de evidenciar los problemas y mostrar posibles salidas.

II. El espíritu de la Ley de Servicio Civil (1968)

Uno de los grandes problemas de los legisladores en la redacción de la Ley del Servicio Civil (LSC) fue su temeridad en procurar una relación estatutaria basada en las exigencias del Derecho Administrativo. Las disposiciones transitorias⁹⁹ de la *lex superior* de 1965 fijaban un plazo de dos (2) años para que el Congreso emitiera la LSC prevista en el artículo 120 de la Constitución, pero esta legislación se promulgó apenas tres (3) días antes del

95 Art. 102, b, CPRG

96 Art. 102, c, CPRG

97 La LSC intentó básicamente establecer un sistema de distintos puestos de la Administración Pública, inspirado en las tendencias de la época de eliminar factores de preferencia personal de los respectivos nombramientos, ascensos y despidos. De la misma manera, intentó establecer mecanismos que favorecieran un mejor uso de los recursos económicos en el pago de servicios personales, manteniendo dichos gastos con arreglo a las necesidades del país. Esto ha sido un anhelo imposible.

98 «La creación de la Ley llevó un largo debate de un año y medio, además de numerosos estudios y 11 proyectos de ley. Para elaborarla se formó una comisión de varios diputados quienes viajaron a Colombia y Puerto Rico en programas auspiciados por la AID (Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional) a efecto de observar la forma como funcionan las leyes similares en dichos países», Véase «1968: Ley del Servicio Civil entra en vigencia» en Prensa Libre, Guatemala, 2018, <https://www.prensalibre.com/hemeroteca/ley-del-servicio-civil-sin-cambios-en-48-aos/>

99 Art. 2 de la CPRG (1965) «El Congreso de la República deberá emitir la Ley del Servicio Civil prevista en el artículo 120 de esta Constitución, en un plazo no mayor de dos años a contar de la fecha de su vigencia»

término fijado. Por las presiones, allí se estableció un diseño bastante genérico para la regulación del desempeño de los servicios profesionales retribuidos de carácter permanente en el ámbito de la Administración Pública.

La sola afirmación de una relación estatutaria regida por el Derecho administrativo en Guatemala parece esconder un misterio, derivado de la hegemonía de la laboralización de la función pública. A pesar de sostener que es de orden público, la LSC solo se decantó por desarrollar los derechos concebidos como garantías mínimas irrenunciables para los servidores públicos, que a tenor del texto son susceptibles de ser mejoradas conforme «las necesidades y posibilidades del Estado»¹⁰⁰. La LSC estableció que serán nulas *ipso jure*¹⁰¹ todos los actos y disposiciones que impliquen renuncia, disminución o tergiversación de los derechos que la Constitución establece, de los que ley señala y de todos los adquiridos con anterioridad.

El ánimo de la legislación es manifiesto cuando señala que pretende «regular las relaciones entre la Administración Pública y sus servidores»¹⁰². Precítese que la palabra «servidor público»¹⁰³ es una categoría más amplia y genérica que la de «funcionarios». De hecho, los medios personales al servicio de las administraciones públicas irremediamente tendrán que someterse a un régimen *mixto*, por cuanto no aplica por entero el Derecho administrativo. Esta cuestión tiene implicaciones prácticas; no es una cuestión meramente teórica.

Todo cuanto se ha dicho es pertinente dado que no existe en el país una discusión rigurosa sobre el modelo imperante, ni mucho menos el que se anhela. De hecho, la existencia de un Derecho administrativo precario en el país ha imposibilitado la comprensión de lo que existe, así como de lo que ocurre en la región.¹⁰⁴ Esta precisión es importante, toda vez que las élites en buena medida son presas de visiones fantasmales del Estado, como las que critica Eduardo García de Enterría en el pórtico de esta investigación.

Sin embargo, el ciudadano guatemalteco está muy consciente de la importancia de una reforma total del «Servicio Civil» en el país, puesto que en muchos casos se topa con el Estado como realmente es. En la práctica, la ciudadanía evalúa al Estado a la luz de las relaciones que sostiene con la Administración Pública, y especialmente, con sus servidores, que determinan el juicio positivo o negativo de ésta en la sociedad y afectan el termómetro del Estado de Derecho¹⁰⁵.

Pese a la evidencia empírica¹⁰⁶ que patentiza las razones por las que el ideal del Estado de Derecho ha sido imposible de conquistar en Guatemala, los actores políticos han buscado subterfugios para no resolver los problemas de estructura, actividad y control de la Administración Pública. Así, en lugar de encarar la debilidad estructural de la Administración Pública en Guatemala se ha preferido atizar el discurso por *criminalizar* la función pública, o, mejor dicho, su ejercicio.

100 Art. 1 LSC. Un Estado pobre es también el resultado de una sociedad pobre. La pobreza no ha de ser el *leit motiv* de la discusión pública, sino la procura de la riqueza. Lamentablemente los abogados han sido un factor de atraso en el país. Esto debe ser un tema de estudio para los amantes de la sociología del derecho.

101 Art. 44 y 106 (CPRG)

102 Art. 2

103 Art. 4

104 Por ejemplo, en la región Costa Rica (1978); Honduras (1987); México (1994); Panamá (2000), República Dominicana (2013) y El Salvador (2017) cuentan con leyes de procedimientos administrativos. Guatemala es el único país de toda la región sin una ley de procedimientos administrativos y sin ninguna reforma a su justicia contencioso-administrativa. En realidad, el país está en la década de los años treinta del siglo pasado en la materia administrativa.

105 La seguridad jurídica (Expediente 1258-2000) y la inexistencia del Estado de Derecho (World Justice Project Rule of Law Index) en el país fue analizado en todos los Observadores Institucionales publicados en la Fundación Libertad y Desarrollo desde el 2014 hasta el 2020, entre otros, véase ALVARADO ANDRADE, Jesús María, «Procedimientos administrativos para Guatemala» en *Fundación Libertad y Desarrollo*, Guatemala, 2016; «Los retos de la reforma administrativa en Guatemala», *Fundación Libertad y Desarrollo*, Guatemala, 2017; «Fundamentos y problemas de la organización administrativa en Guatemala», en *Fundación Libertad y Desarrollo*, Guatemala, 2017 y ¿Reforma administrativa en Guatemala?, en *Fundación Libertad y Desarrollo*, Guatemala, 2020. Recientemente, véase MARTÍNEZ CÁNCICA, Alejandra C. «La «autocratización» del Triángulo Norte de Centroamérica» en *Fundación Libertad y Desarrollo*, Guatemala, 2021.

106 Guatemala se encuentra en el puesto 25 de 30 en la región en cuanto a respeto al Estado de Derecho, conforme al *World Justice Project Rule of Law Index*, sin que haya ocurrido una ruptura del orden constitucional.

Así, el Derecho penal mínimo o garantista¹⁰⁷ se ha venido suspendiendo en favor de un cierto derecho penal máximo que aboga llanamente por la suspensión, relativización o supresión¹⁰⁸ de las garantías constitucionales¹⁰⁹ en favor de la «lucha contra la corrupción», la que ha olvidado en el país que: «La ilusión panpenalista es siempre ruinoso para el garantismo, porque el instrumento penal no puede afrontar todos los males sociales sin romperse o corromperse»¹¹⁰. Esto tiene explicaciones históricas, que excederían con creces el propósito de este trabajo y que se remontan a la adopción del experimento gaditano (1812).

La fragilidad estructural del Estado pudiera atenuarse mediante una reforma del Estado, y no buscando subterfugios para evitar enfrentar la realidad. La constante apelación al «Servicio Civil» olvida que, en las últimas décadas, el país ha sido testigo de una tendencia equivocada de criminalizar la actividad administrativa, e incluso, una especie de tendencia a enjuiciar la actividad administrativa desde la perspectiva exclusiva del Derecho penal.

Si esto ha sido criticado en países con mejor Estado de Derecho, como Francia¹¹¹, valdría la pena tomar en cuenta que en Guatemala se han sustituido las sanciones administrativas por la represión penal, cosa que en nada ha coadyuvado a un mejor control y funcionamiento del Estado.

III. Los supuestos «principios» del servicio civil: las contradicciones entre el ámbito nacional y municipal

Tomando como punto de partida el célebre trabajo de Alejandro Nieto¹¹², es propicio detenerse en un aspecto central de la Ley del Servicio Civil (LSC). Como ya se ha recalcado, el legislador no se ha enfocado en organizar, pensar y estructurar debidamente los medios personales al servicio de la Administración Pública, que sería un primer paso para poder cumplir los fines y funciones que el ordenamiento jurídico le encomienda.

En cuanto a los principios estipulados en la LSC, es oportuno rescatar las palabras de HAURIUO en su crítica a la teoría del Servicio Público, en este caso, para sostener que el Derecho siempre se ha ocupado directamente de los medios y solo secundariamente de los fines¹¹³, cuestión que ahora parece cambiar drásticamente por la irrupción de cierta *deontología* soportada en las extensas declaraciones de derechos, garantías, valores y principios constitucionales. Conforme a la Constitución anterior (1965), pero también la actual (1985), la LSC sostiene que todos los ciudadanos guatemaltecos tienen derecho a optar a los cargos públicos, y a ninguno puede impedírsele el ejercicio de este derecho si reúne los requisitos y calidades que las leyes exigen. Los cargos¹¹⁴ deben otorgarse atendiendo únicamente a méritos de capacidad, preparación, eficiencia y honradez¹¹⁵.

107 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 103 y ss. Sobre los factores o causas que pueden dar pie a la intervención penal inusitada, véase pp. 701 y ss.

108 JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, p.81

109 Habrá que rescatar en el país visiones como las de IPPOLITO, Dario, *El espíritu del garantismo. Montesquieu y el poder de castigar*, Editorial Trotta, Madrid, 2018.

110 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 702.

111 MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo XII Actos Administrativos y Sanciones Administrativas, Segunda Edición, Agencia Estatal-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017, p. 199 y ss.

112 NIETO, Alejandro «Los supuestos valores de la administración pública» en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n° 88, Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2011, pp. 235-250.

113 Muñoz Machado, Santiago «Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración», *Revista de administración pública*, núm. 84, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1977, p. 525.

114 Un ejemplo bastante infame de cómo ha llegado a concebirse esto del «derecho a optar cargos», puede cotejarse en la afirmación siguiente: «El hecho de que uno sea diputado no obsta ni tiene ningún obstáculo de ninguna naturaleza para que pueda optar, si considera que tiene las cualidades personales, académicas y profesionales, a otro cargo en la administración pública», en este caso, quizás se refería a la Corte de Constitucionalidad, que no es administración pública. Véase <https://lahora.gt/con-rosales-y-molina-barreto-valor-zury-tendria-a-dos-allegados-en-la-cc/>

115 Art. 30 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, en lo que respecta a la solicitud de Constancia Transitoria de Inexistencia de Reclamación de Cargos.

Ahora bien, la previsión constitucional en favor de una LSC no enfatiza la palabra Estatuto, pero debería tender a significar algo parecido, es decir, a articular un conjunto de previsiones normativas tendientes a regular los medios personales al servicio de la Administración Pública. Lamentablemente, lo que hizo la LSC fue desarrollar escuetamente un conjunto de garantías constitucionales en materia laboral, y jamás las exigencias de un estatuto especial para poder reconciliar las particularidades de la Administración Pública, que de suyo no es una empresa privada¹¹⁶.

El derecho a optar empleos o cargos públicos¹¹⁷ de carácter electivo en condiciones de igualdad¹¹⁸ no escapa a ciertos excesos en su interpretación en Guatemala, cuando no de clara distorsión moral e institucional. No obstante, deberían tenerse en cuenta algunos matices, máxime si se apuesta por un modelo funcionarial. Este aspecto fue desatendido en la LSC, pues se prefirió favorecer inconscientemente un sistema de botón político o de bolsa de trabajo, renunciándose con ello a una articulación legal en favor de modulaciones correspondientes a ese derecho a optar empleos o cargos públicos en el ámbito de las administraciones públicas. Este caótico modelo lo que ha hecho es posibilitar que un sinnúmero de personas que no están en capacidad de trabajar en el sector privado paren en el ámbito de las administraciones públicas.

La previsión constitucional es clara al sostener que lo que trata es lograr que los medios personales al servicio de la administración pública estén al servicio de la administración pública y nunca de partido político, grupo, organización o persona alguna¹¹⁹. De hecho, con arreglo al texto constitucional, el Gobierno es republicano, democrático y representativo¹²⁰, por lo que cabe distinguir al Gobierno de la Administración Pública¹²¹, estando esta última sometida al Gobierno, pero también protegida de ser instrumentalizada completamente, en conformidad con el principio de legalidad¹²². Por tanto, este derecho a optar empleos o cargos públicos¹²³ implica precisiones normativas, pues no se trata de un simple derecho, sin atender ciertos deberes correlativos y garantías institucionales, prerrogativas y hasta privilegios de la Administración Pública.

Además, ese derecho debe ser regulado y desarrollado por el Congreso, en un margen de opciones interpretativas tendientes a confeccionar un régimen jurídico que tome en cuenta, si se asume el modelo funcionarial en serio, los debidos principios y modalidades de la carrera profesional –horizontal y vertical– que están ausentes en la LSC. De hecho, es llamativa la ausencia de principios éticos y la escasa y vaga regulación de la adquisición y pérdida de la relación de servicio bajo régimen funcionarial.

116 Vale mencionar que un mínimo acercamiento al *Public Choice* mejoraría las elementales nociones que se tienen usualmente en el país. De hecho, hay teorías de la burocracia que pueden ser de utilidad, pues no basta solo con pensar en las visiones importantes pero reduccionistas de la personalidad jurídica. De hecho, si bien con la personalidad jurídica de las administraciones públicas se reducen las visiones fantasmales del Estado como sostuvo García de Enterría, hay que tener en cuenta que las burocracias también las componen personas, y allí hay intereses. No en balde, «las burocracias tienden a crecer aparentemente sin límites y sin conexión con las funciones prometidas inicialmente», véase BUCHANAN, James M., «Elección pública: génesis y desarrollo de un programa de investigación» en *RAE: Revista Asturiana de Economía*, N° 33, Asociación Asturiana de Estudios Económicos, Asturias, 2005, p. 219. La lista de literatura sobre esta aproximación es muy vasta, mencionamos entre otras a BUCHANAN, James M., *The Logical Foundations of Constitutional Liberty*, The Collected Works of James M. Buchanan, Vol. 1, Liberty Fund, Indianapolis, 1999; TULLOCK, Gordon, *Bureaucracy*, The Selected Works of Gordon Tullock, Vol. 6, Liberty Fund, Indianapolis, 2005; LEE, Dwight R. (Editor), *Public Choice, Past and Present: The Legacy of James M. Buchanan and Gordon Tullock*, Springer, USA, 2015; HOLCOMBE, Randall G., *Advanced Introduction to Public Choice*, Edward Elgar Pub, USA, 2016; DRAGOS ALIGICA, Paul; BOETTKE, Peter J. y TARKO, Vlad, *Public Governance and the Classical-Liberal Perspective: Political Economy Foundations*, Oxford University Press, USA, 2019.

MUNGER, Michael C. «On the Origins and Goals of Public Choice: Constitutional Conspiracy?», *The Independent Review*, Vol. 22, No. 3, 2018, pp. 359-382.

117 Art. 113, CPRG

118 CC Expediente 1201-2006

119 Art. 107, CPRG

120 Art. 140, CPRG

121 Véase la Ley del Organismo Ejecutivo. De igual modo, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, «Gobierno y Administración: Una reflexión preliminar» en *Documentación administrativa*, N° 215, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 1988, pp. 67-84

122 Art. 152-156 (CPRG).

123 Art. 113 (CPRG)

Estas materias deberán ser reguladas en una eventual reforma de la LSC. Sin embargo, la deslegalización es fuerte en Guatemala, y en muchos casos, han sido los reglamentos, los manuales y cualquier otro instrumento los que subsanan la ausencia de legislación articulada. Es por ello por lo que el régimen de Servicio Civil propende a cierta arbitrariedad en el ámbito de la Administración Pública, especialmente la Oficina rectora del sistema, que, por fuerza de las cosas, intenta establecer subrepticamente nuevos requisitos a los legalmente previstos. La importancia de la legislación es que, dependiendo de su calidad¹²⁴, tendería a precisiones normativas más abstractas e impersonales.

El énfasis en los méritos de capacidad, preparación, eficiencia y honradez¹²⁵ debería buscar dotar de importancia a los concursos de oposición, propia de un modelo que propenda a la «carrera administrativa». Esto último es igual de importante que la prohibición de arbitrariedades en lo que se refiera al acceso a los cargos públicos, sean del tipo que fuere, a saber: discriminaciones por razón de raza, sexo –género¹²⁶–, estado civil, religión, nacimiento, posición social o económica u opiniones políticas. Incluso, si se toma debida cuenta de las bases constitucionales vigentes al momento de dictarse la legislación (1965) y las del presente, el resultado muestra un gran distanciamiento entre las previsiones legales referidas a la materia, dispersas en diferentes cuerpos normativos y las previsiones constitucionales actuales (1985) y tratados internacionales en materia de derechos humanos.

La LSC no establece con detenimiento los principios ordenadores que permiten concretar el «bien común», y no es una legislación que procuró coadyuvar a que la Administración Pública esté al servicio de los ciudadanos. A la vez, la legislación tampoco está inscrita en un marco normativo amplio de Derecho administrativo que propugne la «buena administración»¹²⁷, objetividad, profesionalidad, imparcialidad, legalidad, eficiencia¹²⁸, eficacia y mérito.

Ello sin contar con la poca deferencia del legislador a idear un diseño que propenda a una adecuada cualificación profesional. Otros principios, como el de transparencia, rendición de cuentas, gestión adecuada de los recursos humanos, no son desarrollados salvo en lo que se refiere a capacidad, preparación y honradez de los aspirantes¹²⁹.

La LSC es el resultado de una mezcla de diferentes modelos de función pública en boga en ese momento. A su vez, no es una legislación que tenga en cuenta el sistema político constitucional y administrativo del país. Tampoco tomó en cuenta la historia del país ni se tuvo en cuenta los inconvenientes de toda imitación acrítica y descontextualizada. De hecho, es pertinente que, en una futura reforma de la LSC y toda la legislación relacionada, se evite caer en otro funesto error, como es la insistencia de adoptar modelos escandinavos. La razón de esta nueva imitación -e insistencia- no es convertir a Guatemala en Suecia¹³⁰ –de por sí bastante difícil– sino procurar otra nueva estrategia para perpetuar la patrimonialización del Estado¹³¹.

124 Véase ATIENZA, Manuel, *Argumentación legislativa*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2019.

125 Art. 113, CPRG y Art. 3.1 de la LSC.

126 La LSC no anticipa estas cuestiones y tampoco la Constitución, de ahí la importancia de la jurisprudencia constitucional que tiene que tomar en cuenta toda reforma de la LSC. Véase en este tema tan espinoso de la igualdad, entre muchos a DE LORA, Pablo, *Lo sexual es político (y jurídico)*, Alianza Editorial, Madrid, 2019. La LSC solo establece lo de «igualdad de trato» (3.2).

127 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *La dimensión ética de la función pública*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2013. Desde una perspectiva que toma en cuenta las posturas ordoliberales en el entendimiento de la Administración contemporánea, véase con provecho a RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Derecho administrativo y administración pública en tiempos de crisis*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014. Véase el art. 16.1 de la Ley de Procedimientos Administrativos de El Salvador. Como antes se advirtió, en buena medida esto es pura deontología juridificada, lo de la «buena administración» que viene de autores como Manuel Colmeiro y otros juristas españoles del siglo XIX.

128 Art. 3.3, LSC

129 Art. 3.4 «Los puestos de la Administración Pública deben adjudicarse con base en la capacidad, preparación y honradez de los aspirantes. Por tanto, es necesario establecer un procedimiento de oposición para el otorgamiento de los mismos, instituyendo la carrera administrativa. Los puestos que por su naturaleza y fines deban quedar fuera del proceso de oposición, deben ser señalados por la ley».

130 ARIAS CASTILLO, Tomás A., *El Liberalismo Nórdico: Un Modelo aún por Comprender en Latinoamérica*, Swedish International Liberal Centre, Suecia, 2019.

131 FUENTETAJA PASTOR, Jesús Angel, «Politización y patrimonialización en la Función Pública» en Sonia Rodríguez-Campos González y Germán Fernández Farreres, (coordinadores), *El empleo público en tiempo de reformas*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 39-72.

En Suecia, el modelo *weberiano* de Administración Pública¹³² fue paulatinamente desplazado hacia un modelo de Nueva Gestión Pública, paso meritorio en ese país, para lograr revertir los defectos de dicho modelo, procurando replicar una cierta gestión al modo del sector privado. La diferencia entre Suecia y Guatemala es abismal, pues en el país escandinavo existe una Administración Pública más articulada y ceñida a un Derecho administrativo racional y moderno¹³³. Mientras, en Guatemala, es inexistente la regulación normativa de la Administración Pública y la cultura de lo público es escasa.

En Suecia, existen diferentes administraciones públicas regidas bajo los principios de gobierno abierto y de responsabilidad administrativa, luego de diversas reformas administrativas en las últimas décadas. En ese país, además, existe una clara distinción entre política y administración pública, que no ocurre en Guatemala, e incluso, una mayor descentralización que la del país centroamericano.

Aunque la Ley de Acceso a la Información Pública fue un intento por lograr replicar el principio de transparencia (*offentlighetsprincipen*)¹³⁴, las diferencias entre las administraciones públicas suecas y las de Guatemala son colosales, pues razones constitucionales –de aplicación– también imposibilitan el gobierno abierto en Guatemala (*Openness and transparency*), entre otras cosas, debido a la ausencia de Estado de Derecho y de bajos estándares de libertad de expresión¹³⁵ requeridos para controlar a los gobernantes.

Otra diferencia no menor es que en Suecia existe una división bastante bien articulada entre los responsables de la formulación de políticas y los implementadores de políticas, en especial si se toma en cuenta la obsesión en Guatemala por las políticas públicas. Aunque la Constitución de Guatemala adoptó la figura del *Ombudsman* –otra importación de los países escandinavos que es valiosa pero ineficaz en la práctica–, la ausencia de Estado de Derecho y la debilidad estructural del sistema político-constitucional y administrativo del país provocan que el *Ombudsman* no sea factor de contrapeso y de fiscalización real de la Administración Pública en Guatemala. Si a eso se añade las debilidades procedimentales en su escogencia y escasa independencia, resulta evidente que tampoco ha representado una mejora sustancial en el ámbito del Estado¹³⁶.

Este caos de modelos de la LSC no se tuvo en cuenta en la redacción, pero tampoco se toma en serio en la actualidad. La sola mención de una reforma de la LSC ignora el problema, pues un cambio de fondo del «Servicio Civil» obliga a una reforma administrativa que invita a revisar el conjunto de legislación respectiva.

De hecho, conforme a los modelos en boga en ese momento, la LSC prevé un Sistema Nacional de Servicio Civil que debía fomentar la eficiencia de la Administración Pública y dar garantías a sus servidores para el ejercicio y defensa de sus derechos¹³⁷. Este sistema, limitado de por sí, abrió la puerta a una fractura del Servicio Civil, al establecer que los Municipios debían regir su función pública con arreglo a una Ley de Servicio Municipal (LSM), que entre otras cosas pretende lograr la «eficiencia y eficacia administrativa mediante la aplicación de un sistema de administración de personal que fortalezca la carrera administrativa sin afectar la autonomía municipal»¹³⁸.

La LSM fracturó la posibilidad de un modelo de Función Pública al modo estatutario, al desarrollar la noción de «trabajador municipal»¹³⁹ y establecer erróneamente una Oficina Asesora de Recursos Humanos de las

132 WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, novena edición revisada, comentada y anotada por Francisco Gil Villegas, Fondo de Cultura Económica, México, 2014, pp. 1150 y ss.

133 HERLITZ, Nils «Swedish Administrative Law», *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 2, No. 2, Cambridge University Press, London, 1953, pp. 224-237.

134 HORN, Aidan, «The Swedish Civil Service», POL2042S essay – Department of Political Studies, University of Cape Town, 2015.

135 Art. 35 CPRG.

136 Art. 274 y 275 CPRG

137 Art. 3.3, LSC.

138 Art. 2, LSM

139 Art. 4, LSM

Municipalidades¹⁴⁰ distinto al de la Oficina Nacional de Servicio Civil (ONSEC) para el ámbito nacional. Esta Oficina jamás ha sido constituida.

De hecho, este modelo logró abrir la puerta a que todos los principios proclamados a nivel nacional terminaran disipándose y haciéndose insustanciales en el ámbito municipal. Si en los principios que se tuvieron en mente al aprobar la LSC tenían por fin instaurar la «carrera administrativa»¹⁴¹, estos terminaron disipándose derivado de los incentivos generados por la propia legislación, al punto que quizás sea esa la razón de la ausencia de los procedimientos de oposición para el otorgamiento de ciertos cargos en la legislación. Ello por cuanto la legislación guatemalteca no tiene nada que ver con el régimen francés, es decir, de modelo cerrado de «carrera administrativa». Al contrario, ha sido una mala copia de los modelos anglosajones.

Si bien la LSC no establece un régimen «puro» de función pública, es patente su predilección por modelos abiertos, en los que se procura ofrecer puestos concretos para satisfacer las demandas de la organización administrativa. Es por eso por lo que se comprende el énfasis legal y sub-legal, en el desarrollo de un catálogo de puestos y la constante apelación a los renglones presupuestarios como límites a la contratación en el ámbito de las administraciones públicas¹⁴².

La verdad es que, con arreglo a la legislación vigente, los órganos u entes de la administración pública, e incluso aquellos que gozan de autonomía, pueden crear puestos de trabajo para el cumplimiento de sus fines. Los que están sometidos a la administración pública central requieren la autorización previa del Ministerio de Finanzas Públicas y de la ONSC. Esto no ocurre si se trata de una entidad autónoma del Estado y las municipalidades dado su sometimiento a otras exigencias¹⁴³.

La idea del Sistema Nacional Civil fue una innovación que terminó sucumbiendo a las contradicciones inherentes al modelo. Derivado de la confusión de la forma de Estado, la LSC y la LSM promovieron –pese a lo que diga la jurisprudencia– una cierta actividad paraestatal, quedando el sistema anclado en un límite difuso, como son los límites derivados de los renglones presupuestarios en la contratación. Si a esto se suma la debilidad estructural a la luz de las exigencias normativas y jurisprudenciales, en conformidad con el respeto de los derechos y garantías en relación con los procedimientos administrativos¹⁴⁴, es evidente que todo esto de los renglones presupuestarios o gastos ha sido, a lo sumo, una barrera precaria de pergamino.

Esta vinculación de las contrataciones a los renglones presupuestarios¹⁴⁵ es insatisfactoria. La LSC establece un servicio no sujeto a las disposiciones de la ley para los contratados, para prestar servicios interinos, ocasionales o por tiempo limitado por contrato especial. Pero es evidente que buena parte de los contratos o diversos vínculos legalmente establecidos, que permitan una prestación de servicios o ejecutar una obra a cambio de un salario, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata de la propia Administración Pública, pueden terminar

140 Art. 9 y ss. LSM

141 Art. 2; 3.a; 15.d; 18;20; 22; 26; 33;36;38; 52 entre otras

142 Evidencias de eso pueden cotejarse a modo de ejemplo, en la Administración Pública Nacional, en el ámbito del Organismo Ejecutivo. A modo de ejemplo baste revisar como ha sido complejo el revertir la proliferación de «secretarías» -algunas sin base constitucional y legal- dando pie a un sinfín de estructuras que crecen como hongos, muchas de ellas claramente para patrimonializar el Estado. Esto muestra la conexión entre débil Servicio Civil y ausencia de organización administrativa.

143 Art. 134 CPRG.

144 Conforme a la CC «los manuales administrativos vienen a constituir documentos que en forma metódica señalan pasos, operaciones y requisitos, que deben ser observados por determinado sector al que van dirigidos y que por la facilidad que debe tener su consulta, no siempre es adecuado que esas regulaciones detallistas u operativas se incluyan en un Reglamento. Los manuales como cuerpos normativos, no contradicen la Constitución en sí mismos, más bien cumplen la función de desarrollar disposiciones complejas con el objeto de facilitar el cumplimiento de la materia que regulan». Véase Expediente 330-92. Un Manual no puede sustituir la ley, en los temas en los que claramente están involucrados derechos y garantías constitucionales.

145 Art. 32.12 de la LSC

siendo regulados más por el régimen laboral, dependiendo la forma en la que ello ocurra. Piénsese lo que ocurre en los servicios 022, 029 y sub-renglón 18.

De hecho, buena parte de los litigios relacionados con el «Servicio Civil» impiden el fortalecimiento del Derecho administrativo funcionarial. Estos litigios son el resultado de un modelo que mira la Administración como un botín. Buena parte de estos litigios están condicionados a reivindicaciones de estirpe laboral, bien porque las entidades contratan servicios bajo renglones presupuestarios que corresponden a contrataciones de otra naturaleza con el fin de encubrir una verdadera relación de trabajo, pero también derivado de las vagas previsiones de la legislación, que han abierto las puertas a una laboralización intensa de las administraciones públicas a través del principio pro-operario.

Si bien este modelo abierto sostiene que los puestos de la Administración Pública (central) deben adjudicarse con base en la capacidad, preparación y honradez de los aspirantes, es difícil que estas exigencias puedan garantizarse nacionalmente, en el ámbito municipal y en el ámbito de otras entidades, pese a ser el país un Estado unitario.

Como se ha apuntado, la ONSEC no tiene competencia en el ámbito municipal, debido a la previsión de la nunca constituida Oficina Asesora de Recursos Humanos de las Municipalidades. Añadido a eso, aunque la LSC menciona que debe haber un procedimiento de oposición para el otorgamiento de estos puestos, instituyendo la «carrera administrativa», no existe hasta la fecha una Ley de Procedimientos Administrativos general en el país¹⁴⁶. Por ello es evidente que los concursos estarán de espaldas a las exigencias del Estado de Derecho¹⁴⁷ cuestión más grave en el ámbito municipal. El resultado de todo ello es previsible.

El sistema de «carrera administrativa» nunca ha tenido real vigencia. Formalmente, la LSC instauró un sistema en el cual no existen funcionarios determinados por un elemento subjetivo (cuerpo de pertenencia) sino un cierto sistema de carácter organizativo, basado en el *puesto de trabajo*. Con el proceso de autonomía tenue en el ámbito municipal y de otros entes, así como la existencia diversos cuerpos especiales –muchos de ellos exentos– se desvaneció la existencia de un sistema de «carrera administrativa».

A lo sumo, puede tomarse en préstamo el título de una obra del politólogo Giovanni Sartori, *La carrera hacia ningún lugar*; y aplicarla en el ámbito del Servicio Civil de Guatemala. Por más que la LSC y la LSM¹⁴⁸ hagan énfasis en los principios de mérito, capacidad, preparación y honradez, la realidad es que las administraciones públicas han quedado indefensas frente a las presiones sindicales, políticas, empresariales, internacionales, entre otras.

Esta mezcla de modelos implicó la preferencia por principios laborales en detrimento de principios jurídico-administrativos, como el de «A igual trabajo prestado en igualdad de condiciones, eficiencia y antigüedad, corresponderá igual salario»¹⁴⁹, e incluso, principios laborales atados a sistemas abiertos, como la previsión de que «los cargos de la Administración Pública deben ordenarse en un plan de clasificación y evaluación que tome en cuenta los deberes, responsabilidad y requisitos de cada puesto, asignándoles una escala de salarios equitativa y uniforme»¹⁵⁰.

146 La regulación general sigue siendo la Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto Numero 119-96. Rigen aún las generalidades previstas en el Título I. Diligencias Previas

147 Art. 3.4. LSC

148 Art. 3.a; 41;44, h e I, LSM

149 Art. 3 c LSM y art. 3.5 LSC.

150 Art. 3.5 LSC. Como ha afirmado la doctrina «Un objetivo de la clasificación de puestos es establecer una racional y sistemática estructura de trabajos basada en su valoración para la organización. La clasificación de puestos considera y mide la implicación relativa de capacidad, esfuerzo y responsabilidad requerida de los empleados para un funcionamiento satisfactorio y acorde con las medidas sobre niveles de retribución adecuados» FÉREZ, Manuel «La carrera administrativa en los Estados Unidos» en *Documentación administrativa*, N° 210-211, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 1987, p. 521. Es claro, que, generalizando, salvo en determinados nichos del Estado, es evidente que no se premia la capacidad, esfuerzo y responsabilidad.

El énfasis en la escala de salarios obedece principalmente al argumento según el cual el sistema «de carrera» debe implicar siempre una mejora retributiva, pero nunca implicar una reordenación de las retribuciones. Esta profusión de «principios», la mayoría de raigambre laboral muestra las preferencias del modelo. La ausencia de desarrollo normativo de principios constitucionales en la LSC es interesante, pues no se trata de que la legislación es pre-constitucional, sino de tomar en cuenta que la misma tampoco desarrolló las bases constitucionales vigentes para ese momento (1965).

Una reforma de la LSC y de toda la legislación aplicable deberá tomar en cuenta las bases constitucionales vigentes, y también, la interpretación de los jueces y las exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁵¹. De todo ello se deriva que la legislación vigente es contradictoria, o que se encuentra atrasada no solo respecto a las demandas de la sociedad, sino también que se encuentra de espaldas a las exigencias normativas del presente.

IV. Servidores públicos: ¿camaleones en la función pública?

En los principios antes referidos, se hizo énfasis en la noción de «trabajadores de la administración pública», que deben estar «garantizados contra despidos que no tengan como fundamento una causa legal»¹⁵². En un sistema cerrado, cabe precisar, no se emplearía el concepto de despidos sino el de destitución, quedando el vocablo despidos para un tipo de prestación de servicios muy particular, regido por un derecho especial: el laboral.

Como la legislación no cumplió con fungir como un Estatuto para función pública, el legislador básicamente se decantó por no desarrollar las normas adecuadas, pero sí para emplear un sinnúmero de garantías y derechos laborales y beneficios socioeconómicos, como el de «recibir justas prestaciones económicas y sociales»¹⁵³

Es importante advertir que la noción de «Servidor público» que emplea la LSC es demasiado genérica y camaleónica en su aplicación, pues básicamente se trata de «la persona individual que ocupe un puesto en la Administración Pública en virtud de nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo legalmente establecido»¹⁵⁴. Con ella, la LSC engloba los casos de prestación de servicios o ejecución de obras personalmente a cambio de un salario, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata de la propia Administración Pública.

La expresión «Servidor público» no hace referencia a una categoría o clase específica, sino que se trata de un concepto formal de conveniencia, que permite englobar a aquellos que ingresen a las administraciones por nombramiento, contrato, o cualquier otro vínculo. La legislación no menciona la «carrera administrativa» como un derecho –ello ocurre solo en materia de derecho a optar a cargos públicos–, cuestión relevante si se toma en cuenta que la legislación es favorable al proceso de subjetivación, es decir, al desarrollo de derechos y beneficios laborales, pero nunca a las exigencias de una administración más racional.

Como luego se observará, la cuestión en Guatemala no es que los procedimientos de concurso para ingresar en la función pública¹⁵⁵ sean excesivamente rígidos, sino que en realidad están mal diseñados y peor aún

151 Aunque no es un tratado internacional en materia de derechos humanos, resulta importante tomar en cuenta la Carta Iberoamericana de la Función Pública, la cual admite esta mezcla de distintos modelos en la región.

152 Art. 3.6 LSC

153 Art. 3.6 LSC

154 Art. 4 LSC.

155 Otra incorporación tardía en el sistema es la declaración patrimonial, que debería estar protegida bajo garantía de confidencia (art. 30 de la CPRG y art. 1 de la Ley de Acceso a la Información). La jurisprudencia ha introducido excepciones, no bien articuladas, como el hecho de que esa garantía de confidencia no es absoluta «pues los datos contenidos en esa declaración están sujetos a la fiscalización y control de la Contraloría General de Cuentas y el Ministerio Público, encargados de hacer observar los principios de probidad, el debido manejo de la hacienda pública, garantizar la transparencia en el ejercicio de la administración pública y asegurar la observancia de los

implementados. Entre otros factores, por las falencias normativas y falta de voluntad política. Esta circunstancia ha abierto las puertas a una arbitrariedad y «discrecionalidad» en los procedimientos de libre designación que se extienden por toda la administración pública¹⁵⁶.

La imprecisión de las nociones de «Servidor público» y «trabajadores del Estado» no es casual¹⁵⁷. Como antes se refirió, la LSC es una legislación pre-constitucional que, sumada a la imprecisión constitucional vigente, mantiene una confusión y un caos en el ámbito de la Función Pública favorable al *statu quo*. En efecto, la *lex superior* de 1985 estableció la noción de «trabajador del Estado» estableciendo que «Los trabajadores del Estado están al servicio de la administración pública y nunca de partido político, grupo, organización o persona alguna»¹⁵⁸.

Conforme a la *lex superior* y a la Corte de Constitucionalidad (CC), en efecto, se entiende que «trabajadores del Estado» son aquellos que están al servicio de la administración pública, sin hacer distinción sobre el tipo de contrato de trabajo que vincula al trabajador con el Estado. En otro giro, cualquier persona que esté al servicio de la administración pública es un «trabajador del Estado» sin necesidad de hacer referencia al tipo de contrato de trabajo que celebró.

preceptos constitucionales». Agrega la Corte, a su vez, que «Tal garantía no constituye restricción alguna que promueva la privacidad, la ocultación o el secreto, ya que, cualquier persona que asuma o cese en el ejercicio de un cargo o función pública tiene la obligación de presentar a las autoridades competentes la información de la totalidad de su patrimonio, sin excepción alguna, siendo sancionados por cualquier omisión. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción contempla, en su artículo 6, que son los órganos de prevención de la corrupción los encargados de prevenir la corrupción con las medidas de aplicación de la convención, proceder a la supervisión y coordinación de la puesta en práctica de estas, los cuales deben gozar de independencia para desempeñar sus funciones. En su artículo 13, se establece la forma de participación de la sociedad, la cual, debe contribuir con denuncias, las que pueden ser incluso anónimas, en el caso de tener conocimiento de delitos. De lo que se advierte que, es función de la Contraloría General de Cuentas y el Ministerio Público, los encargados de la fiscalización de prevenir y sancionar los actos de corrupción, y demás medidas que también se encuentran reguladas en la Convención Interamericana contra la Corrupción, siendo la declaración patrimonial solo una de varias herramientas con las que cuentan para efectuar esa labor. El deber de la sociedad civil, al delegar esta función en tales instituciones, es el de denunciar delitos que sean de su conocimiento, lo que no se ve limitado con la garantía de confidencialidad de la declaración de patrimonial, ya que esta puede ser restringida por medio de una orden judicial. Por su parte, la declaración patrimonial es la proclamación de bienes, derechos y obligaciones que, bajo juramento, deben presentar ante la Contraloría General de Cuentas, las personas que van a asumir una función o empleo público, como requisito para el ejercicio del cargo, actualizarlo conforme la ley y al presentarla de nuevo al cesar en su ejercicio, como requisito indispensable para que se le extienda el finiquito respectivo. Es decir es el requisito que deben cumplir las personas que van a ejercer una función pública, de informar sobre la totalidad de su patrimonio, derechos y obligaciones al asumir o cesar en el cargo, no constituye un acto de autoridad, ni de administración pública, ya que no es imperativo ni coercitivo para el resto de los administrados, no se ejerce poder ni puede ser objeto de impugnación, sino que es una declaración obligatoria ante el órgano fiscalizador, quien es el encargado de velar por la transparencia en el manejo de los fondos públicos. De lo que se advierte que, independiente del tiempo en que se presente y que sus continuas actualizaciones deben ser durante el ejercicio del cargo público, la referida declaración es una obligación legal que las personas deben rendir sobre el total de su patrimonio al ente fiscalizador, lo que no constituye un acto administrativo, sino que es una de varias herramientas con las que cuenta la Contraloría General de Cuentas para realizar su función de fiscalización y control del manejo de los recursos y fondos públicos, para garantizar la transparencia. En cuanto a la garantía de confidencialidad es el derecho humano del que goza cualquier persona a que sea protegida su información personal para que no sea divulgada sin su consentimiento. Constituye el derecho a que se proteja y controle la información sensible y propia. Si bien la garantía de confidencialidad protege a los datos personales de todo individuo de la exposición pública, en el caso de las personas que asumen funciones de administración de bienes públicos, esta no es absoluta, ya que se encuentra limitada al escrutinio de los órganos encargados de la fiscalización y transparencia de la administración pública, así como de las órdenes judiciales, existiendo un propósito claro y definido para su divulgación». Véase CC, Expediente 2075-2015.

156 Véase por otra parte en contraste SÁNCHEZ MORÓN, Miguel «Libre» designación y «dibre» cese en la función pública: los límites de la discrecionalidad en *Revista de administración pública*, N° 211, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, pp. 13-35; MORELL OCAÑA, Luis «El principio de jerarquía en la Administración. Del paradigma de la objetivación al de la fidelitas personal» en *Documentación administrativa*, N° 229, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 1992, pp. 65-138; JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael «Estrategias para modernizar la gestión pública de recursos humanos en un contexto de contención presupuestaria efectos de las medidas de ajuste, instrumentos de planificación y medidas de innovación» en *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria = Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, N° 4, 2013, pp. 76-96; LAPUENTE GINÉ, Víctor «El sistema de mérito como garantía de estabilidad y eficacia en las sociedades democráticas avanzadas» en *Documentación Administrativa*, N° 286-287, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2010, pp. 113-131.

157 Véase CC, Expediente 1200-2019

158 Art. 107, CPRG

Esta noción agudiza la imprecisión de la LSC, por cuanto toda persona que esté al servicio de la administración pública¹⁵⁹, independientemente de si ha ingresado en virtud de nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo legalmente establecido¹⁶⁰, deviene en un «trabajador del Estado», aun cuando el régimen jurídico puede cambiar, a saber, preponderancia de régimen administrativo, régimen laboral etc., en este caso, aplicación de normas de la Ley de Contrataciones del Estado¹⁶¹ o Código de Trabajo.

Aunque se insista en Guatemala en la necesidad de una «carrera administrativa», la tendencia en la gestión de los medios personales en el ámbito de la administración pública es otra. Un cambio sustancial en la función pública en Guatemala debe pasar irremediamente por un cambio legislativo importante, condicionado a una discusión sincera sobre el modelo que se desea.

Con miras a concientizar la necesidad de un cambio en la LSC y otras legislaciones relacionadas, se debe promover en los «servidores públicos» lealtad y compromiso con la Administración Pública, y no tanto el desbalance existente entre deberes y garantías de los trabajadores del Estado en detrimento de las exigencias del interés público. Además, debe superarse la preferencia excesiva por el empleo regido por el ámbito laboral, al menos en la etapa histórica actual, tanto política como económica, que vive el país.

Una muestra de lo anterior es la situación actual del ingreso al servicio por oposición que establece la LSC y la LSM. Realmente, las previsiones normativas son escuetas, en tanto no se procuró someter a los medios personales al servicio de las administraciones públicas a un régimen de Derecho Administrativo¹⁶². Es por ello por lo que la jurisprudencia y la legislación conciben las relaciones en el ámbito de las administraciones públicas, en términos generales, a la luz de las exigencias del Derecho laboral entre el Estado de Guatemala y sus empleados.

159 Véase el problema del tema de la noción de Administración Pública en CC, Expediente 249-87.

160 SANCHEZ MORÓN, Miguel «Libre» designación y «libre» cese en la función pública: los límites de la discrecionalidad en *Revista de administración pública*, N° 211, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, pp. 13-35

161 Para la CC, la noción de contrato administrativo, poca explorada por ser una jurisdicción constitucional, viene a significar lo siguiente: «... tratándose de un contrato administrativo, las partes involucradas podían extraordinariamente y de común acuerdo, pactar cláusulas exorbitantes extrañas al derecho común, por lo que lo convenido en este caso se tiene por válido, aún y cuando hayan variado lo regulado en una disposición administrativa, que es precisamente una norma de coordinación emitida por un órgano técnico, que no tiene la fuerza coercitiva suficiente para prevalecer sobre un acuerdo entre las partes, que se constituye en ley para ellos. Asimismo, [...] podía apoyarse en el principio de mutabilidad de los contratos administrativos, para modificarla, siempre y cuando no se hayan cumplido las prestaciones establecidas en el contrato; pero una vez ejecutados los actos principales del contrato, ya no puede hacer uso de esa facultad, pues ello implica atentar contra principios elementales de toda relación contractual, ya que como lo señala el profesor de la Universidad de México, Gabino Fraga, en su obra “Derecho Administrativo” (Vigésima tercera edición, Editorial Porrúa, Sociedad Anónima, México 1984, página 401) aún y cuando sea un contrato administrativo, existen principios de justicia y equidad que dominan todos los contratos, de cualquier naturaleza que sean, siendo uno de los principales aquel que señala que «la palabra dada debe ser respetada». Ese criterio encuentra refuerzo en lo que sostiene el citado autor Héctor Jorge Escola, (obra *ibidem*, página 685), cuando señala que: «Pese a sus singularidades, la teoría de los contratos administrativos está asentada, entre otras, sobre la idea de la fuerza obligatoria de los contratos, de modo que el principio ‘pacta sunt servanda’ tiene siempre aplicación, y si el contrato liga y obliga al contratante particular, liga y obliga igualmente a la administración pública. Es por ello por lo que el contratante particular tiene el derecho de exigir que la administración pública cumpla las obligaciones que por el contrato haya contraído, lo cual va más allá del mero hecho de que la administración ejecute sus obligaciones, sino que implica que las cumplan de manera correcta, dentro de un plano de buena fe, que es inexcusable». El doctor Miguel Ángel Zamora y Valencia define el contrato de servicios profesionales como aquel en virtud del cual una persona llamada profesional o profesor se obliga a prestar un servicio técnico a favor de otra denominada cliente, a cambio de una retribución conocida como honorario. En esta clase de contratos no existe una relación de dependencia, ni de sujeción a la dirección del cliente, sino una relación contractual civil, entre dos partes económicamente iguales, en donde el Derecho no tiene que tutelar a una de ellas, ni establecer garantías mínimas irrenunciables y en donde rige la libre contratación. Entre sus características del contrato de servicios profesionales está la bilateralidad, pues ambas partes se obligan recíprocamente. El profesional asume la obligación de prestar sus servicios y el cliente, la de pagar los honorarios correspondientes. Esos honorarios, de conformidad a lo establecido en el artículo 2032 del Código Civil, salvo pacto en contrario, deberán ser retribuidos ‘cualquiera que sea el éxito o resultado del negocio o asunto en el cual hubieren intervenido», Véase, CC, Expediente 882-2012.

162 Sobre los alcances del sistema disciplinario como un ámbito propio laboral, véase CC, Expediente 463-2008.

La LSC no solo no resolvió el problema del sistema de botín¹⁶³, sino que este salió favorecido en el periodo de la «Apertura Democrática», donde los gobiernos no se han ocupado de la Administración Pública pese a contar con iniciativa de ley en este ámbito¹⁶⁴. El resultado de este descuido ha sido la cooptación de la Administración Pública por los partidos políticos¹⁶⁵, sindicatos, gremios, empresarios¹⁶⁶, organizaciones internacionales, entorpeciendo el capitalismo «racional»¹⁶⁷. Pese a que el desarrollo del capitalismo ha requerido una reducción drástica de la burocracia –no su eliminación–, es evidente que en Guatemala no se ha conseguido ni lo uno ni lo otro.

Basta recordar lo que sostenía un famoso pensador que dedicó líneas sabias a estos asuntos: «[...] la gente es injusta cuando juzga al burócrata individual por los vicios del sistema. El fallo no radica en las personas que llenan las oficinas y los despachos. Estas son tan víctimas como los demás de esta nueva forma de vida. Lo malo es el sistema, no las personas que le sirven. Un gobierno no puede hacer nada sin oficinas y sin métodos burocráticos. Y como la cooperación social no puede funcionar sin un gobierno, una cierta dosis de burocracia es siempre indispensable. Lo que la gente rechaza no es el burocratismo en cuanto tal, sino la intromisión de la burocracia en todas las esferas de la vida y de la actividad humanas»¹⁶⁸

A este punto del estudio puede afirmarse que el sistema de sistema de méritos y neutralidad política no fue articulado en la LSC deliberadamente. La proliferación de principios jurídico-laborales, insistentemente desarrollada, ha propiciado un sinfín de problemas normativos y judiciales. Esto tiene impacto en los litigios que enfrenta y enfrentará la Administración Pública. La gran mayoría de ellos terminan siendo desfavorables a la Administración, impactando decisivamente en el presupuesto del Estado, toda vez que los tribunales laborales terminan resolviendo los casos y controversias con arreglo a los principios del Derecho laboral¹⁶⁹.

Al no existir un auténtico Derecho funcional, y mucho menos un Derecho disciplinario, además de una estructura, organización, actividad, procedimientos y controles de la Administración Pública más articuladas, lo que ocurre es que determinados conflictos relacionados con el Servicio Civil terminan siendo resueltos apelando a criterios escuetos e inexistentes doctrinas de administración de personal. En su defecto, se opta por claras remisiones al principio de equidad, leyes comunes y principios generales del Derecho¹⁷⁰, cuando no a remisiones a los llamados métodos de heterointegración de las normas, que ha ensanchado la aplicación de las normas jurídico-laborales en el seno de la administración.

Pese a que la LSC es bastante escueta al desarrollar lo que se entiende por «Servidor público», no es el caso cuando sostiene con claros criterios estatales que, para acceder a la función pública, las personas aspirantes deben ser «ciudadanos guatemaltecos»¹⁷¹, dejando una excepción formal a extranjeros «cuando no existan guatemaltecos que puedan desempeñar con eficiencia el trabajo de que se trate, previa resolución de la Oficina Nacional de Servicio Civil, la que recabará la información necesaria»¹⁷².

163 «En el sistema liberal ideal no hay, pues, necesidad de regular el empleo público. Los funcionarios son nombrados y despedidos por la simple voluntad de quien ostenta la competencia para ello», Véase a PARADA VÁZQUEZ, José Ramón «La degeneración del modelo de la función pública» en *Revista de administración pública*, N° 150, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 416.

164 Art. 174, CPRG y art. 7 de la Ley del Organismo Ejecutivo.

165 ARIAS CASTILLO, Tomás A., *Hacia Partidos Programáticos en América Latina*, Swedish International Liberal Centre, Suecia, 2020.

166 De allí que muchos insistan en el mercantilismo existente.

167 WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, op. cit., pp. 340 y ss.

168 VON MISES, Ludwig, *Burocracia. Gestión empresarial frente a gestión burocrática*, op. cit., pp. p. 34 y 35.

169 A menos que políticamente mezclado a la fragilidad, escasa independencia e imparcialidad de los jueces, estos suspendan la lectura de las normas laborales que el Estado ha creado y adoptado suscribiendo innumerables convenios internacionales en la materia.

170 Art. 5, LSC

171 Véase CC, Expediente 682-96; 3784-2013 y 3239-2017

172 Art. 7, LSC. Remítase a otra inserción problemática como es la Ley de Colegiación Profesional cuyos problemas aplicativos en el ámbito de la función pública están lejos de resolverse.

Además, la LSC, la LSM y las legislaciones sectoriales respectivas¹⁷³ no desarrollaron debidamente otros requisitos generales, como la edad, la capacidad funcional, el no hallarse en una inhabilitación absoluta o especial, poseer las acreditaciones académicas correspondientes o haber sido separado mediante un expediente disciplinario¹⁷⁴.

Además, la LSC es pre-constitucional y persiste una omisión legislativa en todo relacionado a la materia de nacionalidad¹⁷⁵ que no se ha revertido. Si la LSC exige un criterio de nacionalidad y no de ciudadanía, entonces se debería tomar en cuenta que, conforme a la Constitución, son guatemaltecos de origen los nacidos en el territorio de la República de Guatemala, aquellos hijos de padre o madre guatemalteco nacidos en el extranjero, al igual que los nacionales por nacimiento de las repúblicas que conformaron la Federación de Centroamérica. Al menos la Constitución de la Federación de Centroamérica apelaba a la noción de «Americanos», extrapolando la noción de Patria a todos aquellos extranjeros que desearan residir en el territorio¹⁷⁶. A esto habrá que tomar en cuenta el caso de los nacidos en Belice¹⁷⁷.

Los casos mencionados deben tomarse en cuenta en una futura LSC, en lo que respecta a la exigencia constitucional y legal de adquirir domicilio en Guatemala y manifestar ante autoridad competente el deseo de ser guatemalteco¹⁷⁸, pero también en la cuestión decisiva del capital humano. Para el ordenamiento jurídico del país, por nacionalidad se entiende «el vínculo jurídico-político existente entre quienes la Constitución de la República determina y el Estado de Guatemala», y que tiene por fundamento «un nexo de carácter social y una comunidad de existencia, intereses y sentimientos, e implica derechos y deberes recíprocos».¹⁷⁹

V. La desorganización del servicio civil

El presidente de la República de Guatemala, además de jefe del Estado, de gobierno¹⁸⁰ y Comandante General del Ejército, es jefe de la administración pública. En otros términos, es la «autoridad administrativa superior del Organismo Ejecutivo»¹⁸¹ por mandato del pueblo.

El concepto de «Administración Pública»¹⁸² que emplea la Constitución¹⁸³ y la legislación parece remitir a la administración en sentido orgánico, es decir, a la postura según la cual es Administración pública el complejo orgánico imbricado en el organismo Ejecutivo. De allí que sea la Ley del Organismo Ejecutivo la que establezca

173 Téngase en cuenta todos los servicios exentos a la LSC.

174 Véase Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos

175 Véase CC, Expediente 3239-2017. Téngase en cuenta que en este tema las remisiones a la Ley de Nacionalidad y Ley Electoral y de Partidos Políticos los cuales no resuelven el problema advertido.

176 Art. 12.

177 Art. 19 de las Disposiciones transitorias y finales de la CPRG

178 Véase CC, Expediente 3784-2013

179 Art. 1 de la Ley de Nacionalidad

180 Art. 182, CPRG

181 Art. 6 de la Ley del Organismo Ejecutivo

182 Arts. 171. L.6;107; 221; 225 y 251 (CPRG). Véase GARRIDO FALLA, Fernando, «Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho administrativo español, en *Revista de Administración Pública*, N° 97, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1982, pp. 7-30; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Administración Española: Estudios de Ciencia Administrativa*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2007 y PAREJO ALFONSO, Luciano, *El concepto de Derecho administrativo*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile-Buenos Aires, 2019.

183 Conforme a las disposiciones transitorias y finales, la Constitución de 1985 sostenía que (Art. 26) «A más tardar, dentro del plazo de dieciocho meses a partir de la fecha de la vigencia de las presentes reformas, el Organismo Ejecutivo, a fin de modernizar y hacer más eficiente la administración pública, en ejercicio de su iniciativa de ley, deberá enviar al Congreso de la República una iniciativa de ley que contenga la Ley del Organismo Ejecutivo». Reamente queda mucho por modernizar a la administración pública.

los principios de la función administrativa¹⁸⁴, partiendo equivocadamente de que esa «función administrativa» se reduce a ese organismo¹⁸⁵.

Pese a ser un Estado unitario, signado por el principio de la unidad estatal, se reconoce constitucionalmente la existencia de entidades autónomas y descentralizadas¹⁸⁶, concibiendo a las Municipalidades como «instituciones autónomas¹⁸⁷ de derecho público», con personalidad jurídica y capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, con una autonomía atenuada¹⁸⁸.

Solo las Municipalidades cuentan con autonomía (política, tributaria), pues los Departamentos¹⁸⁹ son dependientes del Organismo Ejecutivo¹⁹⁰. En tanto no medie una reforma de la Constitución no existe pues una alteración al Estado unitario que impida la necesaria coherencia en el sistema¹⁹¹ en lo que respecta al Servicio Civil. Con arreglo a la LSC, el presidente de la República es la máxima autoridad del Servicio Civil¹⁹².

Por todo ello, debe precisarse que se trata de máxima autoridad de la administración pública¹⁹³, entendida como complejo orgánico integrado en el organismo Ejecutivo¹⁹⁴. Al estar la noción de Administración Pública reducida al ámbito del Ejecutivo, e ignorando que conforme esquema constitucional y legal la «función administrativa» puede ser ejercida materialmente por otros órganos, cabe la necesidad de estructurar una Ley de Administración Pública que posibilite realmente la exigencia de la disposición transitoria y final de la Constitución (art. 26), cuyo objetivo sería establecer los principios que han de regir la organización y el funcionamiento de las Administraciones Públicas¹⁹⁵.

Lamentablemente en ausencia de una legislación general de este tipo, ha sido la Administración Pública asociada al Organismo Ejecutivo quien monopoliza las discusiones en torno a la aplicación efectiva del Derecho administrativo, de manera bastante parcial. El presidente de la República, como jefe del Organismo Ejecutivo, tiene entre otras competencias cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes¹⁹⁶, a la vez que es la máxima autoridad del Servicio Civil que establece esta ley¹⁹⁷. Es al presidente, entonces, a quien le corresponde iniciar los trabajos preparatorios para una reforma administrativa y del Servicio Civil de gran calado. Si la noción de Administración Pública en sentido orgánico está fuertemente atada al concepto de función administrativa, es derivado del atraso en que se encuentra el país en estos temas. En tal respecto, en ausencia de una robusta jurisdicción contencioso-administrativa¹⁹⁸, la Corte de Constitucionalidad (CC) ha interpretado la noción de

184 Art. 4 «El fin supremo del Estado es el bien común y las funciones del Organismo Ejecutivo han de ejercitarse en orden a su consecución y con arreglo a los principios de solidaridad, subsidiariedad, transparencia, probidad, eficacia, eficiencia, descentralización y participación ciudadana»

185 En Guatemala no solo hay desorganización, también hay «desgobierno», NIETO GARCÍA, Alejandro, *El desgobierno de lo público*, Ariel, Barcelona, 2007.

186 Art. 134; 108;109 y 111, CPRG

187 Art. 253, CPRG

188 Art. 7 del CM

189 Art. 227 y 224, CPRG

190 Art. 5 y 46, LOE

191 Véase CC, Expediente 1972-2017.

192 Art. 8 LSC

193 La Corte tiene una concepción de función administrativa sumamente estrecha, CC, Expediente 3340-2011.

194 Véase sobre el principio de legalidad, entre otros, CC, Expediente 2745-2012

195 CC, Expediente No. 53-96. Respecto a la afirmación de que puede ejercer «función administrativa» el organismo judicial véase CC, Expediente 1981-2012 y Expediente 3315-2010.

196 Art. 183 a CPRG

197 Art. 8 LSC

198 BREWER-CARÍAS, Allan R., «La justicia administrativa en el derecho comparado latinoamericano» en Fernando López Ramón y Julián Valero Torrijos (Coords), *20 años de la Ley de lo Contencioso administrativo*, Actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Murcia, 8-9 de febrero de 2019, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2019 pp. 573-632

Administración Pública de forma muy equivocada, especialmente en tanto ha renegado de una importante discusión en el ámbito del Derecho administrativo, según la cual esta puede tener varios significados. Acudir a una definición lexicográfica de Administración pública, como se ha hecho, no contribuye a una mejor comprensión del tema y menos a una interpretación constitucional rigurosa.

Aunque en Guatemala puede hablarse de Administración, ligado al conjunto de personas jurídicas estatales que como sujetos de derecho entablan relaciones con los particulares –es decir, Administración Pública en sentido orgánico– también cabe precisar que existe aquella noción en sentido material, atada a aquellos organismos u entes distintos al Ejecutivo, que realizan actividad administrativa o gestión del interés general. Ello sin menoscabo del hecho de que el concepto de Administración Pública casi siempre está asociado a las personas jurídicas¹⁹⁹ que como sujetos de derecho conforman el Estado, incluidas las entidades descentralizadas que no dependen del Organismo Ejecutivo.

Conforme a la Constitución de Guatemala, existe una «división de poder», no una «separación de poderes»²⁰⁰, entre los organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial²⁰¹. De hecho, el esquema tripartito de «división de poder» está ampliado si se toman en cuenta los órganos extra-poder²⁰², o en otro sentido, a los órganos con «autonomía funcional».

Esta «división de poder» distingue orgánicamente con la debida diferenciación de funciones a cada uno de los organismos, pero no establece una separación funcional tajante y absoluta, en especial al establecer constitucionalmente diversas funciones estatales que, en muchos casos, son compartidas²⁰³. En este sentido, si bien no existe una «separación de poderes» ello no significa que puedan subordinarse políticamente entre sí.

En efecto, con arreglo a la *Stufentheorie* (Adolf Merkl y Hans Kelsen)²⁰⁴ determinados organismos (órganos) tienen competencias constitucionales para producir actos jurídicos, aplicando directamente la Constitución, mientras que la actividad administrativa de otros está sometida a la legislación. Cada organismo tiene asignada constitucionalmente una función estatal. En el caso de Guatemala, el organismo Legislativo (Congreso) es a quien le corresponde la potestad legislativa²⁰⁵ y puede decretar, reformar y derogar las leyes²⁰⁶. Al Organismo Judicial le corresponde, entre otras, la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado²⁰⁷, es decir, aplicar el derecho. Y al Organismo Ejecutivo, entre otras, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes²⁰⁸; sancionar, promulgar, ejecutar y hacer que se ejecuten las leyes, y dictar los decretos para los que estuvieren facultados por la Constitución; así como los acuerdos, reglamentos y órdenes para el estricto cumplimiento de las leyes, sin alterar su espíritu.²⁰⁹

199 BREWER-CARÍAS, Allan R., «Sobre la personalidad jurídica en el derecho administrativo» en Andry Matilla Correa; Jaime O. Santofinio Gamboa y Héctor Santaella Quintero (Coords), *Ensayos de Derecho Público. En memoria de Maurice Hauriou*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 271-303.

200 GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, Doctrina Jurídica Contemporánea, Distribuciones Fontamara, México, 2007, pp. 53-78.

201 Art. 141, CPRG.

202 SAGUÉS, Néstor Pedro «Problemática de los órganos extrapoder en el diagrama de división de los poderes» *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007*, Tomo I, Fundación Konrad Adenauer, Uruguay, 2007, pp. 301-312.

203 En La Constitución de Guatemala es patente a veces una confusión entre funciones, garantías institucionales, competencias y atribuciones.

204 KELSEN, Hans, ¿Qué es un acto jurídico? en *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, N° 4, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 1996, pp. 65-76; PAULSON, Stanley L. «How Merkl's Stufenbaulehre Informs Kelsen's Concept of Law», *Revus* [Online], 21 | 2013, Online since 25 February 2014, connection on 02 March 2021. URL: <http://journals.openedition.org/revus/2727>; DOI: <https://doi.org/10.4000/revus.2727>

205 Art. 157, CPRG

206 Art. 171 a, CPRG

207 Art. 203, CPRG

208 Art. 183 a, CPRG

209 Art. 183 e, CPRG

La CC ha sostenido a este respecto que: «El sentido de la distribución del poder estatal en diversos órganos no es básicamente la de distribuir funciones entre ellos con el objeto de obtener un desempeño eficiente; su fin primordial es que al desarrollar separada y coordinadamente sus funciones, tales órganos se limiten recíprocamente, de forma que cada uno de ellos actúe dentro de la esfera de su competencia y constituya un freno o contrapeso a la actividad de los demás, es decir, que ejerzan entre sí un control recíproco con el objeto de enmarcarse dentro del régimen de legalidad»²¹⁰.

De la mano de esta precisión, debe tomarse en cuenta que el Derecho administrativo, como derecho estatal, regula el ejercicio de la «función administrativa» y esta no está prevista bajo régimen de monopolio para un organismo del Estado, máxime si se toma en cuenta que la división de poder no coincide con una separación absoluta de actividades estatales²¹¹. Por ello el Derecho administrativo tiene una importancia, no solo en el ámbito del organismo Ejecutivo, sino en todos los demás, por cuanto, aunque la *lex superior* establece una función propia a cada organismo, en modo alguno significa exclusividad en el ejercicio de esa función²¹².

Además del esquema de «división de poder» en Guatemala, debe agregarse que el país cuenta con una forma de Estado unitaria, pues de hecho hay un solo Poder Público²¹³ y no existe una distribución vertical del Poder Público²¹⁴. Esta característica de Estado unitario es de la mayor relevancia cuando se trata de estudiar el Servicio Civil, porque dada la historia constitucional del país²¹⁵ debió crearse un sistema coherente y no posibilitar la balcanización del Estado.

Esto es de la mayor importancia, si se toma en cuenta que la aspiración por un Estado federal es a lo sumo una consideración de *lege ferenda*, no de derecho positivo, ante lo cual el Estado es unitario. Esto no es incompatible con cierta descentralización²¹⁶, lo que obliga a un reconocimiento de la importancia de los principios de organización administrativa²¹⁷.

En Guatemala existen entes autónomos y descentralizados²¹⁸ y administraciones municipales²¹⁹. Esto implica, al interior del Estado de Guatemala, que existen diversas administraciones públicas, algunas independientes y otras no independientes de la estructura organizacional administrativa del organismo Ejecutivo, sin que por ello el Estado deje de ser unitario.

Este proceso de descentralización y de autonomías²²⁰ a veces mal comprendido y peor implementado, permitió que la legislación del Servicio Civil fomentara un caos mayor, pues imposibilitó un sistema auténticamente nacional truncando las bases de un sistema coherente para todo el Estado.

Así, al amparo de las genéricas definiciones de «servidor público» o de «trabajador del Estado», se desvaneció la posibilidad de instaurar un sistema funcional, pues la predilección por las conquistas laborales eclipsó

210 Véase CC, Expediente 1312-2006

211 BREWER-CARIAS, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público Iberoamericano*, Tomo II, La Administración Pública, Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, p. 19;84 y 683.

212 Véase, VIDAL PERDOMO, Jaime, ORTÍZ ORTÍZ, Eduardo, GORDILLO, Agustín y BREWER-CARIAS, Allan R., *La función administrativa y las funciones del Estado. Cuatro amigos, Cuatro visiones sobre el derecho administrativo en América Latina*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

213 Véase Título IV de la CPRG

214 BADÍA, Juan Ferrando, *El estado unitario, el federal y el estado regional*, Tecnos, Madrid, 1978.

215 GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, «El federalismo en Centroamérica. Integración y desintegración» en Diego Valadés, y José María Serna de la Garza, (Coords), *Federalismo y regionalismo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 219-230.

216 Véase CC, Expediente 285-1997

217 Quizás por la historia de Estado unitario los juristas son poco preocupados por temas de organización administrativa, cuestión que debería cambiar por los procesos de descentralización administrativa.

218 Véase CC, Expediente 986-2009

219 Véase CC, Expedientes Acumulados 282 y 285-87

220 Véase CC, Expediente 5809-2013

el entendimiento de lo público. No es casual, por tanto, que toda la legislación aluda escuetamente a los funcionarios propiamente dichos, pues el sistema deliberadamente quiere relajar –aunque nunca fue fuerte– los requerimientos del sistema de función pública «de carrera», abriendo la puerta a las contrataciones laborales y civiles. De hecho, aunque la legislación procura ser neutral, en lo que concierne al régimen jurídico aplicable, se puede colegir que favorece una convergencia de regímenes jurídicos de funcionarios y laborales sometidos a las mismas reglas jurídicas.

En 1968, pero también actualmente, existe una reticencia por establecer un mínimo marco legal que rijan todo el Servicio Civil en el país. Y parece impopular abogar por un auténtico Estatuto básico para la Función Pública, llámense esos actores «servidores públicos» o «trabajadores del Estado». La razón está en parte explicada en las consideraciones anteriores, pero puede agregarse que, al proscribir al organismo Ejecutivo tomar decisiones que impacten en una entidad autónoma del Estado –con razones válidas–, no se tuvo cuidado de la necesidad de un marco general, un Estatuto básico. Se generó así una fractura del sistema, cuyo ejemplo emblemático –aunque no el único– puede verse en las limitaciones que tiene la Oficina Nacional del Servicio Civil (ONSEC).

Esta fractura del Servicio Civil puede cotejarse con la previsión constitucional de que las relaciones laborales de los funcionarios y empleados municipales con las municipalidades se normarían por la Ley de Servicio Municipal²²¹. En este sentido, la Constitución de 1985 no tomó en cuenta los problemas del Servicio Civil bajo la Constitución anterior y, más bien, se decantó por sentar el caos en este tema al establecer –de modo correcto, por la división de poder– que el Organismo Legislativo²²² y Judicial²²³ tendrían sus propias normas de Servicio Civil, pero sin atender a un marco común.

Lo mismo sucede en el caso del Organismo Ejecutivo, donde no aplican²²⁴ por entero las disposiciones de la LSC. Dependiendo del Ministerio, aplica cierta regulación particular. Por ejemplo, lo que sucede con el Ministerio de Relaciones Exteriores²²⁵, de Defensa²²⁶, de Educación²²⁷ y de Cultura y Deportes²²⁸. Ello sin contar con lo que ocurre en el caso del Ministerio de Gobernación, las entidades descentralizadas y autónomas²²⁹ y las municipalidades. Como bien ha sostenido la doctrina española aplicable en este caso, lo que ha ocurrido en Guatemala es que «[...] más que hablar de funcionarios y laborales deberíamos hablar de empleados públicos,

221 Art. 262 CPRG y arts. 21 y ss. de la LSM.

222 Conforme al art. 170, b. de la CPRG puede el Congreso «Nombrar y remover a su personal administrativo. Las relaciones del Organismo Legislativo con su personal administrativo, técnico y de servicios, será regulado por una ley específica, la cual establecerá el régimen de clasificación de sueldos, disciplinario y de despidos; Las ventajas laborales del personal del Organismo Legislativo, que se hubieren obtenido por ley, acuerdo interno, resolución o por costumbre, no podrán ser disminuidas o tergiversadas»

223 Conforme al art. 210 de la CPRG «Las relaciones laborales de los funcionarios y empleados del Organismo Judicial, se normarán por su Ley de Servicios Civil. Los jueces y magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley»

224 Un caos en materia de procedimientos administrativos puede cotejarse en la existencia de un sinnúmero de procedimientos, incluso, los de adecuación presupuestaria. Si bien estos son atribuciones propias de cada ente, quienes deben evaluar la estructura presupuestaria para crear una nueva plaza, por ejemplo, los 011, la cuestión poco abordada es que la supresión y creación de los renglones presupuestarios no será lo único que pueda hacer óptimo al Servicio Civil.

225 Véase Ley del Servicio Diplomático

226 Art. 94 LSC. Véase Ley Constitutiva del Ejército de Guatemala. Vale mencionar que el ámbito militar se observa un proceso de degeneración. Desde la firma de los llamados Acuerdos de Paz -los cuáles fueron rechazados en consulta popular- se ha venido insistiendo en la equiparación del mundo militar con la función pública civil. Con ello se olvida que función civil en buena medida se organizó sobre ciertos modelos y formas de carrera del mundo militar. Si a esto se añade una mala comprensión e instrumentalización de los derechos humanos en el mundo militar con el objetivo de destruir su razón de ser, será otro cuerpo destruido y vital para el Estado. Véase con buen provecho, FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO «El Estatuto Jurídico-Constitucional de las Fuerzas Armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 70, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 189-230; y muy provechoso, PARADA VÁZQUEZ, JOSÉ RAMÓN «Modelos de función pública y función pública militar» en Manuel Ramírez Jiménez, coordinador, *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pp. 19-67.

227 Ley de Educación Nacional

228 Ley de dignificación y catalogación del magisterio nacional.

229 Artículo 111, CPRG

pues su régimen, hechas las oportunas salvedades personales y de colectivos encomiables (militares, guardia civil) *de facto*, es el mismo: en términos castizos, y comparando con el sector privado, una goyería»²³⁰.

En este sentido, una reforma al estado de cosas del «Servicio Civil» deberá ir acompañado de una refundición de toda esta normativa y, a la vez, una evaluación de las exigencias constitucionales y requerimientos de las administraciones públicas. Esto es lo que permitirá pensar en un Estatuto básico para la función pública cuya normativa puede ser supletoria²³¹ para otras administraciones públicas regidas por su propia normativa, si así se dispone, e incluso para todo el personal de las Administraciones Públicas no incluida en su ámbito de aplicación. De la misma manera, una codificación de la legislación de Servicio Civil permitiría derogar todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en ella.

La reforma de todo lo concerniente a la materia del Servicio Civil no puede depender de las distintas manipulaciones de los diferentes procedimientos administrativos existentes para la adecuación presupuestaria y a la evaluación de si existe una estructura presupuestaria para crear una nueva plaza, o cuando no, a los procesos de supresión y creación de los renglones presupuestarios. La superación de esta visión permitiría articular un sistema legal que frene la laxitud que ocurre tanto en el ámbito del Gobierno central como en las municipalidades, que, escudadas en la autonomía, olvidan que no son un Poder Público, pues Guatemala no es un Estado federal, y es el ámbito nacional central donde se legisla.

Lo cierto es que la LSC bien puede establecer el marco común quedando las municipalidades sujetas a ella en todo cuanto no contravenga la «autonomía municipal» estipulada en la Constitución. Esto revertiría de igual forma el precario alcance de la ONSEC y arreglaría la situación del Servicio Civil en las municipalidades. Estos argumentos no son meras cuestiones doctrinarias sino de derecho positivo.

En buena medida, ha sido la interpretación antojadiza del régimen legal y la inacción legislativa lo que ha propiciado este desorden y relegamiento de los intereses públicos. Esto permite aseverar que todo lo relativo al Servicio Civil municipal, con base constitucional, debe ser tributario del régimen nacional, pues con arreglo a la *lex superior* no se permite desarrollar *ex nihilo* un régimen de la función pública municipal al margen o en paralelo al nacional.

En efecto, la administración municipal carece de potestad legislativa propia y aunque tiene autonomía²³², esta no es total. La CC ha sostenido que: «Las Municipalidades no están excluidas del acatamiento y cumplimiento de las leyes generales, por lo que deben ceñir sus decisiones políticas y administrativas, especialmente, al marco jurídico que le es propio»²³³.

Si bien la Constitución establece que las relaciones laborales de los funcionarios y empleados de las municipalidades se normarán por la Ley de Servicio Municipal²³⁴, debe tomarse en cuenta que ello no significa que el constituyente ha dado una patente de corso a las municipalidades. La legislación aplicable a las mismas solo puede ser dictada por el ámbito nacional, al punto que es el Congreso quien tiene la delicada tarea de revertir el proceso de atomización, instaurando de una buena vez un Estatuto funcionarial del Estado, entendiendo al Municipio como parte del Estado.

Ello implica que, conforme a las leyes, el Servicio Civil Municipal debería estar en consonancia con el régimen estatutario del Servicio Civil nacional, diferenciándose a lo sumo, en el reconocimiento de las particularidades

230 PARADA VÁZQUEZ, José Ramón «La degeneración del modelo de la función pública» en *Revista de administración pública*, N° 150, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 414

231 Art. 5 LSC

232 CC, Expediente 258-87; Expedientes 51-90 y Expedientes acumulados 342-97, 374-97, 441-97, 490-97 y 559-97

233 CC Expediente 2412-2007

234 Art. 262 LSM

propias de la vida local. En este sentido, cabe entender la referencia a una dualidad legislativa en la Constitución, pues lo que hizo el constituyente fue reconocer las exigencias organizativas propias de las municipalidades, pero en ningún modo dio carta blanca para que exista un régimen de Servicio Civil enteramente diferente.

Esta lectura no es extravagante. De hecho, la CC ha sostenido que la autonomía municipal no significa que sean «entes independientes al margen de la organización y control estatal. Por consiguiente, las municipalidades no están excluidas del acatamiento y cumplimiento de las leyes generales»²³⁵. Incluso, ha agregado que en tanto entes autónomos «no pueden quedar al margen de la legislación que se emita en concordancia con los parámetros Constitucionales, y que la potestad que estos entes tienen de emitir y aplicar sus normas específicas concernientes a los fines para los que existen, no los excluye de la legislación ordinaria reguladora»²³⁶.

Este sometimiento a la legislación es lo que permite afirmar que la Constitución solo reconoce una autonomía bastante atenuada, que se ha perfeccionado a través del Código Municipal, cuyos considerandos estipulan que es «necesario dar una mejor definición y organización al régimen municipal respaldando la autonomía que la Carta Magna consagra». Esto solo viene a significar que el constituyente en reconocimiento de esa autonomía y de las particularidades organizativas del Municipio, reservó en favor de una ley el régimen de Servicio Civil.

En otras palabras, el legislador deberá precisar en una legislación las particularidades del régimen local, en coherencia con el régimen de Servicio Civil, lo que abre las puertas a una reforma legal favorable a un cierto estatuto de la función pública, que sea coherente y armónico, incluso compatible con las exigencias del bloque de la constitucionalidad. Todo ello es independiente de los múltiples retos administrativos y constitucionales de la vida municipal en Guatemala.

Si esto es así, debería también admitirse la necesidad de contar al menos inicialmente con un régimen funcional al estilo francés, si se quiere revertir el proceso de patrimonialización del Estado y el intervencionismo que impide el desarrollo económico. Este modelo burocrático tiene sus ventajas y sus problemas como ya anticipó Max Weber.

En sus ventajas habrá que destacar que «la historia de la función pública en Francia merecía consideraciones más profundas, lo más importante es destacar la creación, en el tiempo de Napoleón, de grandes cuerpos de funcionarios permanentes, sometidos a estatutos específicos, de forma similar a lo que ya sucedía con las carreras militares. Por lo tanto, cada grupo de funcionarios, como los diplomáticos, los profesores universitarios y los funcionarios de finanzas, pasó a tener su propio estatuto y carrera»²³⁷. Es evidente que Guatemala está lejos de conseguir llegar a ese estadio de evolución. No se ha hecho hincapié en los procesos de «democratización» y tampoco de «burocratización»²³⁸, siendo indiscutible la falta de interés en ninguno.

VI. Acceso en el servicio civil

Entre los problemas del Servicio Civil en Guatemala está el del ingreso u acceso. La LSC no privilegia el acceso por concurso y tampoco opta por dar primacía al funcionario de carrera, sino que vagamente se refiere al

235 CC, Expediente 183-97

236 CC, Expediente 51-90

237 DE LESSA CARVALHO, F. Lins «La función pública en el mundo rasgos jurídicos, tendencias y retos de siete modelos comparados» en *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 7, N° 1, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2019, p. 44

238 MAZZUCA, Sebastián «¿Democratización o burocratización? Inestabilidad del acceso al poder y estabilidad del ejercicio del poder en América Latina» en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, Vol. 4, N° 7, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2012.

servicio por oposición. A lo sumo, establece que incluye a los puestos no comprendidos en los servicios exentos y sin oposición, que aparezcan específicamente en el sistema de clasificación de puestos del Servicio por Oposición que establece la ley²³⁹. Realmente la base del servicio por oposición debería tomar en cuenta la importancia del concurso-oposición y el concurso a secas.

Es esto lo que puede llegar a garantizar en cierta forma el respeto a los principios de mérito, capacidad, idoneidad y honradez²⁴⁰. Ahora bien, en un país con un Derecho administrativo tan precario y con una ausencia de legislación exhaustiva en materia de procedimientos administrativos, no puede escandalizar que los pocos casos de concursos-oposición o concursos en Guatemala sean tachados de incurrir en desviaciones subjetivas que difuminan el respeto a los principios antes mencionados.

La prédica actual en torno a la «carrera administrativa» no fue una preocupación en la redacción de la LSC. En el portal web de la Oficina Nacional de Servicio Civil (ONSEC) se afirma como antecedentes históricos que «Desde 1947 las relaciones entre patronos y trabajadores a nivel de la iniciativa privada han sido reguladas por el «Código de Trabajo». Sin embargo, los empleados públicos no gozaban de la misma protección y prerrogativas que otorga dicho instrumento, por lo que durante mucho tiempo se vieron sometidos a situaciones de injusticia laboral»²⁴¹.

De lo anterior se desprende, que la preocupación ha sido exclusivamente laboral. Este extravío intelectual, de tratar de replicar por entero un régimen laboral en el ámbito del Servicio Civil, solo se explica en el contexto de lo que Norberto Bobbio denominó el «tiempo de los derechos». De hecho, no se tuvo en cuenta los males institucionales existentes para la fecha, que se han agudizado de 1968 a la actualidad: corrupción, nepotismo, ineficacia, ineficiencia, prácticas de la puerta rotatoria (*revolving door*), sindicalismo y escasa preparación de los trabajadores del Estado.

La reforma del Servicio Civil debería efectuar un estudio sociológico que complete al jurídico, pues es muy probable que además de la inexistente cultura de lo público en el país, exista una propensión a ver en el Estado, el sucedáneo de lo que no se puede conseguir en el ámbito privado. Las prácticas de búsqueda de rentas (*rent-seeking*) tienen en el marco legal administrativo un factor que lo potencia²⁴². De hecho, no se puede seguir abogando por reformas en la ley de Servicio Civil, Ley de Contrataciones del Estado, Ley del Organismo Judicial o Ley Electoral y de Partidos Políticos, como si estas estuvieran en el vacío normativo. Lo que hay que abogar es por una reforma legal inteligente e integral del Estado. Y esto no es otra cosa que una reforma administrativa con sus inevitables reformas en el ámbito político-constitucional.

A su vez, toda reforma legal debe encarar que el Servicio Civil existente tiene una concepción de la Administración Pública (burocracia), que es opuesta a la «racional» explicada por Max Weber. En Guatemala, dado que existe un régimen de «acceso limitado», la regla es la inexistencia de Estado de Derecho, escaso respeto a los derechos de propiedad²⁴³, precario desarrollo o crecimiento económico, privilegios infundados, etc.²⁴⁴. Varios índices ratifican la debilidad institucional del país²⁴⁵.

239 Art. 34 LSC

240 Art. 113 CPRG

241 Véase <https://www.onsec.gob.gt/w1/index.php/antecedentes-historicos/>

242 YEATTS, Guillermo M., *Raíces de pobreza: Las perversas reglas de juego en América latina*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

243 Véase ALVARADO ANDRADE, Jesús María, «Propiedad privada y propiedad plural en Guatemala: contextualización, rule of law e instituciones» Centro de Análisis de las Decisiones Públicas (CADEP), Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 2020.

244 NORTH, Douglas; WALLIS, John, & WEINGAST, Barry, *Violence and Social Orders: A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*, op. cit.

245 Entre los que se incluyen: Corruption Perceptions Index; World Justice Project Rule of Law Index; Democracy Index. The Economist; Property Rights Index.

En ausencia de una «revolución», como ha sucedido en los países que ocupan los últimos lugares, las pésimas calificaciones se explican, en parte, por los incentivos marcados para que los servidores públicos activos y potencialmente interesados en ingresar a la función pública vean a la Administración como un botín laboral, por tanto, que aborrezcan de los concursos y de requisitos exigentes.

Esta situación explica por qué la LSC renegó lo del «trabajo para toda la vida», que con sus matices es un privilegio necesario para lograr proteger a la burocracia de los intentos por instrumentalizarla. Ese «trabajo para toda la vida», tan aborrecido, se consigue si hay mérito, capacidad, idoneidad y honradez²⁴⁶. Ahora bien, si bien la legislación establece varios conceptos²⁴⁷ difíciles de precisar, como el de aptitud moral, intelectual y física para el desempeño de un puesto²⁴⁸, y otros que son claramente deslegalizados, como los «requisitos mínimos especiales que establezca el manual de especificaciones de clase para el puesto de que se trate»²⁴⁹, no fue para lograr una administración inmune frente a presiones políticas o de otra índole.

A la vez, la LSC sostiene la importancia de demostrar idoneidad, sometándose a las pruebas, exámenes o concursos que establezca la ley y sus reglamentos²⁵⁰, por lo que más allá de las apelaciones a los principios, lo que urge es establecer la forma de esos concursos, pruebas u exámenes. Aunque en otros sistemas existe el período de prueba, en el caso de las personas que ingresen al servicio por oposición, dada la situación del país, se considera que no ha sido una buena medida.

De hecho, si la LSC no privilegia al funcionario de «carrera», puede suceder que se use el llamado período de prueba –poco estructurado como es–, para boicotear el ingreso de personas valiosas. Si bien el período de prueba tiene por objetivo permitir verificar la capacidad del funcionario para permanecer en el servicio²⁵¹, es posible que, con los incentivos existentes, este se use para evitar lo del «trabajo para toda la vida», especialmente por la presión política de los diferentes gobiernos y presiones sindicales.

En realidad, no se estableció un sistema exigente de evaluación formal para el ingreso a la función pública, sino que se ha ido sembrando la idea de que lo que es más importante es la evaluación, que en la práctica es, sin duda, un mecanismo sutil para garantizar el patrimonialismo. Los exámenes son poco estructurados e implementados, al menos con arreglo a las exigencias constitucionales, lo que ha abierto a otro tipo de prácticas, dependiendo el servicio como es la evaluación de credenciales²⁵².

Esto ha favorecido en el Servicio Civil²⁵³ la preferencia y uso de otras formas de ingreso a la función pública, con todo y su régimen jurídico precario para garantizar el interés general, totalmente ajenas a los concursos, pruebas u exámenes. La regla ha sido baipasear cualquier intento de establecer una Administración Pública con una fisonomía despersonalizada y racional. Así se ha venido a aceptar las prácticas del «CV en línea», «Selección de

246 Art. 113, CPRG

247 SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Editorial Civitas, Madrid, 1976; BREWER-CARÍAS, Allan R. «La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa» en Germán Cisneros Fariás, Jorge Fernández Ruiz y Miguel Alejandro López Olvera, coordinadores, *Control de la administración pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, pp. 97-115

248 Art. 42.1, LSC

249 Art. 35.2, LSC

250 Art. 42.3, LSC

251 Véase art. 16 de la Ley de Probidad y de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados Públicos.

252 Art. 43, LSC

253 Un ejemplo de cómo la gente en general interpreta la carrera puede verse en una consideración de la CC que refuta unas consideraciones bastante usuales en el foro «Así, resulta lógico que si la carrera judicial, por su dinámica, incluye la posibilidad de que los Jueces Menores accedan a los cargos de Jueces de Primera Instancia, por razón de promoción o ascenso, deba exigírseles que cuenten con el grado profesional que se erige en requisito para tal evento. Aparte de ello, se entiende que la exigencia de obtención de ese grado propende a la profesionalización de las personas que ejercen los cargos inmersos en el sistema mencionado, con el objeto de que este adquiera perfeccionamiento en su desarrollo» Expedientes Acumulados 1903-2003 2183-2003 y 2261-2003. Véase la importancia de ver la carrera como también vinculado a la preparación, lo que niega el discurso del derecho a optar cargos, téngase o no la preparación y las cualidades respectivas.

personal», «Ficha del Empleado», «Solicitud de Evaluación Psicométrica», que recaen en el Departamento de Selección y Evaluación de Recursos Humanos de la Dirección de «Carrera Administrativa» de la ONSEC²⁵⁴, no como conquistas de procedimientos administrativos electrónicos, sino como formas de demagogia.

La exigencia de escalas, baremos, criterios o sistemas métricos, en muchos casos, tienen por objetivo encubrir los privilegios a determinadas personas, lo que se agrava con el hecho de la presión interna de algunos por ingresar al servicio por oposición sin cumplir las exigencias alegando antigüedad en la administración.

Un análisis de los diversos amparos y demandas laborales relacionados con el Servicio Civil evidencia problemas relacionados con las clases pasivas del Estado, pero también, con temas relacionados a concursos, pruebas u exámenes. Este rechazo por los concursos, aunado a su precaria instrumentación, ha favorecido diversas formas de contrataciones que, pese a los límites derivados de los renglones presupuestarios –o del plan de clasificación, determinando los deberes y responsabilidades de todos los puestos–, terminan sucumbiendo a contrataciones laborales, con todo el impacto que esto tiene en el presupuesto del Estado.

La vulneración de derechos y garantías constitucionales ocurre, de hecho, en las diversas pruebas de aptitud y posiblemente en los procesos que exigen requisitos de instrucción, experiencia, capacidad, conocimientos, habilidades, destrezas y aptitudes para desempeñarlos con eficiencia. Las vulneraciones se dan por igual en el ingreso al servicio por oposición, es decir, en los puestos no comprendidos en los servicios exentos²⁵⁵ y en el servicio sin oposición²⁵⁶. Esta vulneración no se minimiza al tomar en cuenta las exigencias del Sistema de Clasificación de Puestos del Servicio por Oposición que establece la Ley²⁵⁷ para dichas categorías²⁵⁸. El desdén del constituyente y del legislador para con los temas de la función pública y de la actividad administrativa es colosal.

Téngase en cuenta que Guatemala como se ha dicho, es el único país de la región que hasta la fecha no cuenta con una Ley de Administración Pública y mucho menos con una Ley de Procedimientos administrativos²⁵⁹. De allí que solo es posible asegurar que estas pruebas «tienen por objeto determinar la capacidad, aptitud y habilidad de los candidatos para el desempeño de los deberes del puesto de que se trata²⁶⁰», si se respetan ciertos derechos y garantías constitucionales en un debido proceso administrativo.

VII. La Oficina Nacional del Servicio Civil (ONSEC) y la Junta Nacional de Servicio Civil

La Oficina Nacional del Servicio Civil (ONSEC) está integrada por un director y un subdirector que deben ser nombrados por el presidente de la República²⁶¹. La autonomía e independencia de esta oficina es casi nula desde el punto de vista formal.

254 En un país tan centralizado, tendrían algún sentido dado lo costoso de la movilización, partiendo de que procuraran lo que aquí se pone en tela de juicio.

255 Art. 32 LSC

256 Art. 33 LSC

257 Art. 34 y 42 LSC

258 Art. 35 y 33 LSC

259 Véase el ámbito de aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos de la República de El Salvador «Art. 2.- La presente Ley se aplicará al Órgano Ejecutivo y sus dependencias, a las entidades autónomas y demás entidades públicas, aun cuando su Ley de creación se califique de carácter especial; y a las municipalidades, en cuanto a los actos administrativos definitivos o de trámite que emitan y a los procedimientos que desarrollen. Asimismo, se aplicará a los Órganos Legislativo y Judicial, la Corte de Cuentas de la República, la Procuraduría General de la República, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, la Fiscalía General de la República, el Consejo Superior de Salud Pública, el Tribunal Supremo Electoral y, en general, a cualquier institución de carácter público, cuando excepcionalmente ejerza potestades sujetas al derecho administrativo. Esta Ley será aplicable a los concesionarios de la Administración Pública»

260 Art. 43, LSC

261 Art. 21 y ss.

Es probable que una de las influencias de esta Oficina haya sido la *Civil Service Commission* o la *Civil Service College* británicas, aunque para nada estructuradas y funcionales como estas. Pese a los esfuerzos ocasionales de determinadas personas valiosas, pareciera que la pretensión de esta Oficina fue equívoca, pues se quiso imitar el sistema británico, sin haber tomado en serio los problemas y virtudes del sistema británico a finales del siglo XIX y mitad del siglo XX.

Pese a su pretendida importancia en el esquema de la LSC, la ONSEC no tomó en cuenta diversos principios de la organización administrativa vitales en un Estado unitario como el de Guatemala. Como ya se refirió, el legislador le dio una patente de corso a la balcanización del Servicio Civil en lo que respecta a las administraciones descentralizadas, autónomas y municipalidades. En efecto, si uno de los postulados del *Civil Service*, era procurar una unidad en el tema de la función pública, y con ello revertir la patrimonialización del Estado, en Guatemala, lo que ocurrió ha sido que el diseño de la ONSEC tuviera un radio de acción menor²⁶² e incluso inerte en otros casos derivados de la sindicalización.

Así como la LSC no procuró un régimen general común para las administraciones, sin menoscabo de los regímenes especiales con sus particularidades organizativas, tampoco el legislador preconstitucional pensó en un esquema coherente para todo lo relacionado con la administración del régimen de Servicio Civil. Es decir, todo lo relativo a la organización, planificación, e instrumentación de las diversas actividades técnico-administrativas planteadas en los sistemas correspondientes.

La razón puede deberse a que el Estado fue concebido como un empleador, y nada más, obviando claras e importantes cuestiones involucradas en el ejercicio de todo poder público. En efecto, para los promotores de la LSC no era –ni es– prioritario revertir el estado de nepotismo, corrupción, ineficacia, eficacia, patrimonialización, sindicalismo y cooptación política de los trabajadores del Estado.

Esta banalización de las administraciones públicas en Guatemala permitió aceptar acríticamente ciertos modelos, cuyo resultado fue un diseño legislativo tendiente a imitar selectivamente algunas cuestiones del *Civil Service* británico y de la administración norteamericana, sin atender a la necesidad imperiosa de crear un «*esprit de corps* basado en unos valores compartidos de integridad moral y respecto a la imparcialidad»²⁶³.

De hecho, aunque en este ámbito es más cónsono un modelo burocrático cuya función pública sea más compatible con el modelo funcionarial, vale prevenir que «a pesar de la tradicional interpretación de las burocracias cerradas como positivas para el control de la corrupción, no parece existir relación significativa entre una burocracia cerrada y la habilidad que un país tiene para controlar la corrupción (medida con el indicador del Banco Mundial)»²⁶⁴. Los caminos fáciles no existen en el ámbito institucional, por más que se quieran siempre buscar atajos.

La corrupción no es el único problema para resolver en Guatemala, pero este y otros problemas, pueden atenderse apostando por una construcción institucional fuerte que, al cabo del tiempo, pueda adaptarse a otras exigencias modernas. En este sentido, no se vale imitar modelos de países hoy exitosos, sin pasar por ciertas etapas que ellos sí han transitado. Una persona no puede llegar a ser adulta sin pasar por la niñez, lo que aplica a una sociedad también, entendida como conjunto de personas concretas.

262 A excepción del régimen de la Ley de Clases Pasivas Civiles del Estado.

263 LAPUENTE GINÉ, Víctor «El sistema de mérito como garantía de estabilidad y eficacia en las sociedades democráticas avanzadas» op. cit., pp. 113-131. De gran valía, del mismo autor, *El retorno de los chamanes: los charlatanes que amenazan el bien común y los profesionales que pueden salvarnos*, Península, Madrid, 2015.

264 LAPUENTE GINÉ, Víctor «El sistema de mérito como garantía de estabilidad y eficacia en las sociedades democráticas avanzadas» op. cit., p. 124.

En este sentido, predicar a favor de oposiciones, inamovilidad y estatuto bien definido para los funcionarios públicos tendrá inicialmente sus virtudes y beneficios, pero también problemas. La administración adquirirá capacidad actuando y practicando ciertas normas y prácticas con arreglo a esquemas modernos. Una de las virtudes de una reforma que se decante por este modelo es que propiciaría el tránsito institucional de forjar un cuerpo de «empleados públicos», sometidos al principio de neutralidad política imposibilitado en Guatemala hasta la fecha, salvo en determinados espacios e instituciones del país.

De hecho, aunque la corrección política insista en ciertas virtudes del sindicalismo, es oportuno resaltar que el poder que ostentan los sindicatos no deriva del derecho de asociación, sino de la renuncia del Estado a ejercer su cometido de proscribir el ejercicio de la fuerza entre los ciudadanos, aunado a claros privilegios²⁶⁵. Estos sindicatos²⁶⁶ –como regla general– procuran coactivamente que las contrataciones en el ámbito del Estado terminen siendo de carácter laboral, y que las condiciones de trabajo sean incluso superiores a las del mercado, aunque el Estado no tenga las mejores personas, la neutralidad sea opaca y los recursos económico-financieros sean casi inexistentes²⁶⁷.

Aunque el propósito de la LSC no fue despolitizar del todo la función pública, sí hubo cierta conciencia derivada de los modelos que se imitaban, con lo cual se trató de imponer los principios de méritos de capacidad, preparación, eficiencia y honradez²⁶⁸. Sin embargo, la *lex superior* quitó lo de preparación y eficiencia, dejando solo los principios de méritos, capacidad, idoneidad y honradez²⁶⁹. La preparación sin duda es un escollo para todos los planes de cooptar la burocracia, nutriéndolas de la presencia parasitaria de un conjunto de personas cuyos fines discrepan y se oponen a las de las administraciones, posibilitando un «feudalismo prebendario»²⁷⁰.

La estructura y organización de la ONSEC está vinculada al temor de que el Gobierno de turno se vea maniatado por un cuerpo de funcionarios con estabilidad y sometidos al denostado principio de la legalidad. Pese a no existir la reelección presidencial²⁷¹, es un incentivo central del sistema político ver la burocracia como un botín ocasional del que, cada cierto tiempo, una parte del país pueda arrogarla o instrumentarla. Puesto que, desde el siglo XIX, a nivel formal existe en el país el principio de que ninguna autoridad del Estado es superior a la ley²⁷², es importante indagar en los resquicios derivados de esas formas de dominación previas al Estado moderno que permanecen en Guatemala.

La pervivencia de ideas pre-modernas es innegable en Guatemala al punto que, aunque los funcionarios estén sometidos a la ley formalmente, puede afirmarse que la realidad es otra. Esta brecha ha tratado de corregirse con el mito de que los funcionarios pueden llegar a ser unos autómatas, razón que explica el desprecio absoluto por cualquier discrecionalidad administrativa, asimilándola erróneamente a mera arbitrariedad.

265 HAYEK, Friedrich, *Sindicatos, ¿para qué?* Unión Editorial, Madrid, 2010.

266 Es posible que las anomalías de los sindicatos en otro sentido tengan que ver con la imposibilidad de ejercer auténticamente durante mucho tiempo el derecho de asociación. Esto es una explicación, no una justificación. Luego de 1985 resulta imperioso examinar el rol de los sindicatos en el Estado los cuales no están exonerados del imperio de la ley (art. 153 CPRG).

267 En Guatemala, debe haber y con más intensidad una reforma legal que resuelva los problemas de los sindicatos en el ámbito del Estado. Si en Reino Unido hubo que enfrentar a los *Trade Unions* como ocurrió con Margaret Thatcher, que queda para Guatemala cuyos líderes sindicales tienen más poder que el propio Gobierno. En Guatemala, existen visiones tendientes a acrecentar los poderes del Estado o favorables a visiones socialistas que empeorarían la situación administrativa. Además, buena parte de la discusión en Guatemala a veces renuncia a la discusión estructural del Estado promoviendo más funciones a este, eludiendo lo problemático que es de suyo un Estado pésimamente organizado con más funciones. Véase con buen provecho McCLOSKEY, Deirdre N. y MINGARDI, Alberto, *The Myth of the Entrepreneurial State*, American Institute for Economic Research, USA, 2020.

268 Art. 3.1 LSC

269 Art. 113 CPRG.

270 WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, op. cit.,; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Administración Española: Estudios de Ciencia Administrativa*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2007.

271 Art. 136 f CPRG

272 Art. 154 CPRG

Entiéndase a este respecto que «[...] ese Derecho Administrativo no reduce, en modo alguno, a la Administración a un mero aparato de ejecución automática de la Leyes predeterminadas. La Administración Pública no podrá nunca reducirse a un sistema de respuestas fijas, que puedan quizás ser codificadas un día agotadoramente por un ordenador. Lo sustancial de los poderes administrativos es que son poderes discrecionales, que es verdad que es la Ley la que los otorga y regula, que es verdad que el juez administrativo podrá controlar en cuanto a sus posibles excesos, pero que sustancialmente dejan a los administradores extensos campos de libertad, de cuyo ejercicio podrá derivarse una buena o una mala gestión»²⁷³.

Conforme a todo lo antes mencionado, urge replantear la ONSEC. Dada su dependencia de la Presidencia de la República, cabría prescindir de ella, o replantearla. Asimismo, cabría pensar que la dirección de la función pública en el ámbito municipal debería corresponder a los alcaldes y en los institutos autónomos a sus órganos de dirección, si se insiste en no tener una burocracia más moderna. En lo que respecta a la ejecución de la gestión, cabría dársela a las oficinas de recursos humanos de cada órgano o ente de la Administración Pública, quienes pudieran estar sujetos a los órganos de dirección y gestión correspondientes. Este cambio sería más favorable y coincidiría con lo que realmente ocurre en muchos sentidos *de facto*. A la vez, ya existe una normativa legal que daría fundamento a esto en el ámbito municipal²⁷⁴, sin estar supeditado al esquema nunca llevado a la práctica de la LSM.

La ONSEC no puede lograr una neutralización y despolitización, como tantas veces se predica, por la sencilla razón que el modelo de *Civil Service* que se imitó al momento de su creación no fue el de función pública estrictamente funcionarial, sino una mezcla de paradigmas, quedando en la LSC un modelo híbrido en el que los trabajadores del Estado pueden y de hecho son objeto de instrumentalización por los gobiernos de turno. En su momento, el *Civil Service* inglés procuró que los empleados fuesen neutrales en lo que respecta a los intereses y políticas del gobierno de turno, y los servidores públicos en nada sometidos con exclusividad al interés general. Esto se derivó en parte de la exigencia de un sistema parlamentario que anhelaba que el Gobierno, cualquiera que fuese su ideología política, contara con unos medios personales y materiales para poder concretar sus fines o programas. Es evidente que Guatemala no tiene formalmente un sistema ni remotamente parecido al inglés²⁷⁵, y por tanto no se comprende cómo este pudo tener tanta influencia.

Esta precisión de modelo es condición teórica indispensable para toda eventual reforma del Servicio Civil y del Derecho administrativo en el país. Reconociendo los cambios ocurridos en el Derecho comparado en los temas relacionados al Empleo Público, se insiste en que ello no puede ser imitado acriticamente, por cuanto en Guatemala la Administración Pública ni siquiera sigue el esquema burocrático weberiano y está muy lejos de regirse con cierta claridad por normas jurídicas abstractas.

Si bien en muchos casos se reconoce el principio de jerarquía administrativa²⁷⁶, no existe una articulación legal de las manifestaciones del ejercicio de ese poder jerárquico. Además, a diferencia de lo que ocurre en otros países que han venido laboralizando su Administración Pública (como en el caso italiano), en Guatemala el Estado está lejos de haber logrado la unificación, centralización, coherencia y disciplina en sus medios personales, pese a insistirse tanto en la construcción del Estado, cuando no en la estadolatría.

El pésimo diseño de la LSC en lo que respecta a la ONSEC es el resultado de una barrera de pergamino —usando la célebre frase de James Madison—, del todo impotente y excesivamente sobrevalorada. Se han encomendado

273 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «La administración pública y la ley» en *THEMIS Revista de Derecho*, N 40, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010, p. 236.

274 Arts. 52 y ss. del CM

275 Sobre la situación actual véase <https://www.gov.uk/government/organisations/civil-service/about> en las cuáles se observa una tendencia aunque gradual por acercarse a algunos elementos del modelo funcionarial.

276 Art. 21, LOE

diversos deberes y atribuciones al director de la Oficina, en tanto jefe administrativo, que dirige la actividad técnica y administrativa debiendo velar por la correcta aplicación de la ley y sus reglamentos.

La LSC establece que la ONSEC debe organizar un sistema de administración de personal al servicio de la administración pública, de acuerdo con unos principios expuestos²⁷⁷, tema que hemos examinado antes. Además, se establece que la ONSEC tiene competencia para nombrar y remover al personal del Servicio por Oposición²⁷⁸, aspecto que tiene problemas derivados de la dependencia de la ONSEC a la Presidencia de la República.

Además, la ONSEC debe reclutar, seleccionar y proponer a los candidatos elegibles para integrar el personal comprendido en el Servicio por Oposición²⁷⁹. De igual forma, las formas de reclutamiento y el registro de todos los empleados comprendidos en el Servicio por Oposición y en el Servicio sin Oposición obligan a un conjunto de reglamentos y de manuales de reclutamiento y selección del personal. Por su parte la ley exige que desarrolle programas de mejoramiento técnico para aspirantes a ingresar al Servicio Civil y de adiestramiento para los servidores públicos. El Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), como órgano técnico de la Administración Pública, debería contribuir a todo ello, especialmente en lo que se refiere a formar cuadros de alto nivel.

Ambos la ONSEC y el INAP pueden aportar -idealmente- a través de investigaciones e informes sobre los problemas más acuciantes en materia de Servicio Civil y en otros ámbitos relacionados con la administración pública, proponiendo soluciones²⁸⁰.

A su vez, el director debe resolver y consultar temas relacionados con la administración de personal, investigar hechos, hacer comparecer testigos, tomar declaración jurada y solicitar la presentación de cualquier prueba²⁸¹, asistir a las reuniones de la Junta Nacional de Servicio Civil cuando ésta requiera su presencia y, por si fuera poco, rendir al presidente de la República y a la Junta Nacional de Servicio Civil debido informe de las labores realizadas durante el año²⁸².

Una precisión importante es que el sometimiento de la ONSEC al presidente puede poner en tela de juicio el carácter reservado de sus deliberaciones, e incluso, cierta autonomía en el ejercicio de sus atribuciones²⁸³. Un aspecto no menor es la estipulación de llevar toda la información sobre el registro de todos los empleados comprendidos en el Servicio por Oposición y en el Servicio sin Oposición, cuyo uso directo por el Gobierno puede llegar a ser funesto.

Aun cuando la LSC es bastante prolija en algunos temas, no desarrolla bien los procesos, medios y garantías que permiten un reclutamiento y de selección de candidatos. Lo que debió tomar en cuenta el legislador es la fiabilidad y validez de los instrumentos para verificar la capacidad de los aspirantes, así como la eficacia y transparencia de los procesos de selección, para garantizar la adecuación de los candidatos a un perfil objetivo determinado²⁸⁴. Esta fragilidad de la legislación se ha intentado subsanar a través de reglamentos y manuales, a veces de dudosa legalidad.

277 Art. 25.1, LSC

278 Art. 25.2, LSC

279 Art. 25.3, LSC

280 Art. 25.6, LSC

281 Art. 25.8 LSC

282 Art. 25.10, LSC

283 Art. 25, LSC

284 Conforme a la Ley Orgánica del Instituto Nacional de Administración Pública (art. 6), el INAP debería investigar los problemas que afectan a la organización y funcionamiento de la Administración Pública para fundamentar soluciones adecuadas a las mismas.

El fracaso de la LSC debe verse a la luz, no solo de la laboralización, sindicalización e inexistencia como regla de un cuerpo de funcionarios, sino también por su extravío organizativo. Si a eso se suma que la propia ONSEC tiene su propio sindicato en casa, la cosa se hace más compleja²⁸⁵.

Comoquiera que la ONSEC funge como un órgano de selección²⁸⁶, un análisis realista permite dar cuenta de las diversas presiones políticas en su funcionamiento y, también, las fuertes presiones sindicales que torpedean cualquier proceso de reforma, tanto en el ámbito legislativo como de gestión. De hecho, la legislación no prohíbe expresamente que los representantes sindicales formen parte de los órganos de selección. Mas bien les reconoce, en algunos casos, un carácter de observadores desde el punto de vista formal²⁸⁷.

Por tanto, si la identificación de estos problemas tiene sentido, lo que procede es efectuar cambios que procuren un sistema coherente de función pública, en cuyo caso es importante descartar de raíz cualquier participación sindical²⁸⁸ o política en los órganos de selección, o en otro sentido, revertir la dependencia de la ONSEC al Gobierno.

Desatender este esquema organizativo y el escaso papel de la Oficina durante estas décadas resultaría en un análisis parcial y sesgado. Existe opacidad en las pruebas, concursos, exámenes, pruebas de aptitud y reclutamientos. Existen presiones de aquellos que se encuentran en la administración no por oposición, quienes alegan que la selección por estrictos criterios de mérito y capacidad sería claramente injusta. Esta cuestión solo evidencia los grandes intereses creados en el ámbito de la administración pública central, sin menoscabo de las municipales y de las entidades autónomas y descentralizadas. En realidad, el fracaso de la legislación de Servicio Civil estriba en no establecer un régimen jurídico articulado y coherente en temas de función pública.

Se podría alegar que la ONSEC se creó para lograr algo muy similar a lo que hace la Oficina de Selección de Personal de la Unión Europea, pero es insalvable el detalle de que esta Oficina aplica un Estatuto de los funcionarios de la Unión Europea, cuyo índice de materias demuestra el gran esfuerzo codificador. La cuestión no es crear órganos superiores encargados de la aplicación de la LSC, como la Junta Nacional de Servicio Civil y la ONSEC²⁸⁹, sino la importancia de articular un auténtico estatuto de la función pública.

Dado que esto no ocurrió, la LSC solo estableció que la administración pública central, especialmente la que recae en el Organismo Ejecutivo, sea de la responsabilidad de los ministros de Estado y de los funcionarios que dirigen las dependencias incorporadas al régimen de Servicio Civil. Es decir, son ellos lo que deben cumplir y hacer que se cumpla la ley en sus respectivas dependencias²⁹⁰.

La Junta Nacional de Servicio Civil²⁹¹ se integra con tres (3) miembros titulares y dos (2) suplentes designados por el presidente de la República para un periodo de tres (3) años. Sólo pueden ser removidos por las causas y en la forma establecidas en esta ley²⁹². No obstante, la Junta depende por entero de la Presidencia y la LSC no define con claridad las causas de remoción. La Junta puede contar con suplentes, que pueden ser llamados si se

285 Sindicato de Trabajadores de la Oficina Nacional de Servicio Civil -SONSEC. Véase Ley de sindicalización y regulación de la huelga de los Trabajadores del Estado. Esta legislación amerita también un análisis detenido.

286 Véase Manual de Especificaciones de Clases de Puestos

287 Art. 4 y 6 del V Pacto colectivo del Sindicato de Trabajadores de la Oficina Nacional de Servicio Civil -SONSEC.

288 CC, Expedientes 898-2001 y 1014-2001

289 Art. 9 LSC

290 Art. 10, LSC

291 EVANS, Peter y RAUCH, James E. «Bureaucracy and Growth: A Cross-National Analysis of the Effects of «Weberian» State Structures on Economic Growth», *American Sociological Review* 64, no. 5, 1999, pp. 748-65; EYMERI-DOUZANS, Jean-Michel «Public Administration in France: The Shadow and Light of a Revival», *European Perspectives for Public Administration: The Way Forward*, edited by Bouckaert Geert and Jann Werner, Leuven University Press, Leuven, 2020, pp. 335-50.

292 Art. 11 de la LSC no precisa cuáles son las causas.

dan causas de impedimento²⁹³ o ausencia temporal²⁹⁴. A su vez, la LSC menciona que en caso de ocurrir vacante por falta absoluta²⁹⁵ de un miembro titular o suplente se debe designar inmediatamente al sustituto para que complete el período de su antecesor²⁹⁶.

La LSC establece que, en la primera reunión, la Junta elegirá a uno de sus miembros para actuar como presidente y celebrará sus reuniones en la forma que determine el reglamento respectivo²⁹⁷. Esto significa que es el órgano quién elige a su presidente, dejando al reglamento la forma en la que se llevarán esas reuniones. En cuanto a requisitos de nacionalidad, la LSC afirma que deben ser «ciudadanos guatemaltecos» mayores de 30 años, y al menos uno de los miembros titulares debe ser abogado colegiado²⁹⁸. Se exige además que posean conocimientos de administración de personal y tener «experiencia en administración pública»²⁹⁹, lo que realmente es algo bastante abstracto.

No existen, entonces, requisitos exigentes para formar parte de la Junta Nacional de Servicio Civil, más sí se establecen impedimentos que en buena parte pueden leerse como las grandes preocupaciones del Servicio Civil en el país. No pueden ser miembros de la Junta Nacional de Servicio Civil los parientes del Presidente y Vicepresidente de la República y de ningún Ministro de Estado, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; quienes hayan sido condenados por delito³⁰⁰ que implique falta de probidad, como hurto, robo, estafa, cohecho, prevaricato, falsedad, malversación de caudales públicos o exacciones ilegales, o hayan infringido la LSC y sus reglamentos.

Sobre esto último resulta importante investigar si, dado el énfasis en los «principios» y ciertas copias provenientes del *common law*, los órganos administrativos tienden a establecer como impedimentos algunos «ilícitos atípicos»³⁰¹ cuando no a claras sanciones administrativas.

Por otra parte, la LSC insiste en que no pueden ser miembros de la Junta Nacional de Servicio Civil quienes, habiendo sido condenados en juicio de cuentas por sentencia firme, no hubieren solventado su responsabilidad; los contratistas de obras o empresas que se costeen con fondos del Estado, de sus entidades descentralizadas, autónomas o semiautónomas o del municipio, sus fiadores y quienes tengan reclamaciones pendientes por dichos negocios; quienes representen o defiendan intereses de compañías o personas individuales que exploten servicios públicos; los ministros de cualquier religión o culto; y los que desempeñen cargos de dirección en cualquier partido político³⁰².

Así se trató de mitigar la naturaleza esencialmente política de la Junta, prohibiendo el que entre sus miembros estén miembros de partidos políticos –en cargos de dirección–; ministros de religión o culto; y personas que representen o defiendan intereses de compañías o personas individuales que exploten servicios públicos. Además, la LSC sostiene que, si la persona designada para ser miembro de la Junta fuere servidor público en el servicio por oposición, esta podrá regresar a su puesto al concluir su período en la junta, nuevamente estableciendo que el reglamento determinará el procedimiento a seguirse en este caso³⁰³.

293 Art. 15, LSC

294 No precisa la ley de que se trata

295 No precisa la ley de que se trata

296 Art. 12, LSC

297 Art. 13, LSC

298 Las típicas exigencias gremiales de la legislación guatemalteca.

299 Art. 14, LSC.

300 Reténgase el problema de la interpretación de «honorable».

301 ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Ilícitos Atípicos*, Editorial Trotta, Madrid, 2000.

302 Art. 15, LSC

303 Art. 16, LSC

Las constantes remisiones al reglamento tienen más que ver con copias del *Civil Service* que con el modelo francés. Si bien el modelo estatutario francés tiene como base el reglamento, ello no puede funcionar en desmedro del principio de legalidad. En Guatemala lo que sucede es que, en ausencia de un Estatuto legal y dada la inacción del Gobierno, se ha permitido hacer uso de la potestad normativa o su simple prerrogativa para organizar el servicio³⁰⁴ a través de multiplicidad de actos normativos³⁰⁵.

Asimismo, la LSC estableció un incentivo perverso estableciendo una dieta por sesión celebrada a la que asistan los integrantes de la Junta, sin tomar en cuenta que la práctica de la dieta se presta a desviaciones. Aun así, se dice que es por dieta diaria y el número de sesiones no será mayor de cinco (5) a la semana, remitiendo al reglamento lo relativo a la cuantía de las dietas.³⁰⁶ Esto se agrava en un contexto donde existe confusión entre lo público y lo privado en lo que concierne a los miembros titulares o suplentes que sustituyan a un titular.

Las disposiciones de la Junta Nacional de Servicio Civil deben ser adoptadas por mayoría de sus miembros y tienen carácter de definitivas, salvo en los casos de destitución que pueden discutirse ante los Tribunales de Trabajo y Previsión Social³⁰⁷. Llama la atención, como hemos observado antes, la insistencia en normas jurídico-laborales y tribunales de similar materia, que ratifica que desde el inicio se privilegió una laboralización de todo el sistema³⁰⁸.

Vale la pena mencionar que se establecen como deberes y atribuciones de la Junta Nacional de Servicio Civil las siguientes: Rendir al Presidente de la República y al Congreso, memoria anual de sus labores, y suministrar los informes adicionales que se le requieran; colaborar en la promoción del mejoramiento del Sistema Nacional de Servicio Civil; aprobar o improbar los proyectos de reglamentos que elabore el director, antes de ser sancionados por el Presidente de la República; adoptar normas para su organización y funcionamiento interno³⁰⁹, las que

304 FUENTETAJA PASTOR, *Pasado, Presente y Futuro de la Función Pública. Entre la politización y la patrimonialización*, Fundación Alfonso Martín Escudero, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2013, p. 31 y PARADA, Ramón y FUENTETAJA, Jesús, *Derecho de la Función Pública*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2017, pp. 61 y ss.

305 Esta proliferación de actos normativos y de actos de la administración no ha sido estudiada en Guatemala. Si se analiza el principio de la formación del derecho por grados y su impacto en la Administración Pública, se puede concluir en la importancia que tiene tomar en serio el valor normativo de cada acto. Es claro cómo ha puesto de relieve la doctrina francesa histórica, que los funcionarios, en este caso los servidores públicos, tendrán cierta tendencia a obedecer una instrucción o una circular, aunque sea de dudosa legalidad, que a la misma Ley. En nuestro caso, «Rechazamos el empleo del término «Resolución», a pesar de que se emplea frecuentemente para designar a las disposiciones reglamentarias emanadas de autoridades inferiores al Ministro, para evitar la confusión que podría existir entre estas «Resoluciones» y los actos administrativos, bien individuales, bien dirigidos a una pluralidad indeterminada de sujetos». BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano «Instrucciones y circulares como fuente del derecho administrativo» en *Revista de administración pública*, N° 48, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1965, p. 109. Conforme a la Corte «En lo que se refiere al Presidente en el artículo 183 le confiere funciones amplias de administración y ejecución; entre otras, según el inciso e) las de sancionar, promulgar, ejecutar y hacer que se ejecuten las leyes, y dictar los reglamentos para su estricto cumplimiento sin alterar su espíritu; a los Ministros de Estado les confiere en el artículo 194 inciso c) la función de refrendar los reglamentos dictados por el Presidente relacionados con su despacho para que tengan validez. La función reglamentaria del Presidente de la República, es una facultad especial dentro del principio de la separación de poderes o de funciones. En la teoría y en la práctica constitucional, aunque cada Organismo conserva sus atribuciones propias, en menor escala, y en virtud de lo que se define modernamente como equilibrio en una adecuada distribución de funciones, se otorga en la Constitución a unos organismos, funciones que son propias de los otros; éste es el caso de la facultad reglamentaria del Presidente de la República, la que la teoría de la Constitución identifica como facultad quasi-legislativa del Presidente. La potestad legislativa se otorga al Congreso de la República, y la facultad reglamentaria de las leyes es función del Presidente de la República. La Constitución faculta al Presidente a emitir reglamentos para el estricto cumplimiento de las leyes sin alterar su espíritu, aunque en la ley no se le asigne expresamente la obligación de reglamentarla. El Congreso, no tiene prohibición alguna para regular los detalles de la ley si lo desea o considera necesario, y puede dictar en tal caso una ley reglamentaria para facilitar su propia aplicación, sin tener para ello impedimento constitucional» Véase CC, Expedientes Acumulados 145-91, 196-91 y 212-91.

306 Art. 17, LSC

307 Art. 18, LSC

308 Ni remotamente se pensó en el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo en el caso del servicio por oposición.

309 La Ley de lo Contencioso Administrativo en Guatemala contempla los recursos susceptibles de ser interpuestos contra las resoluciones de la administración y sobre la naturaleza de éstas, hace una distinción entre providencias de trámite y resoluciones, dando a entender que éstas últimas lo serán «cuando contengan una decisión sobre el fondo del asunto en cuestión. Como providencias de trámite, entiende aquellas resoluciones que impulsan el proceso y que lo van conduciendo a la resolución que resolverá en definitiva el asunto

entrarán en vigor una vez aprobadas por el Presidente de la República; nombrar o remover a su secretario y demás personal administrativo cuando fuere necesario; e investigar y resolver administrativamente, en apelación, a solicitud del interesado las reclamaciones que surjan sobre la aplicación de esta ley en las siguientes materias: reclutamiento, selección, nombramiento, asignación o reasignación de puestos, traslados, suspensiones, cesantías y destituciones³¹⁰.

A su vez, la legislación establece un secretario, que la legislación –curiosamente– no exige que sea nombrado dentro del Servicio por Oposición. De hecho, postula lo contrario³¹¹. Tampoco lo exige de manera rotunda para ser miembro de la Junta, al establecer un condicional que lo matiza bastante³¹². Este Secretario es responsable ante la Junta y tiene las siguientes atribuciones: asistir a todas las reuniones de la Junta; llevar los libros de actas, documentos y archivos de la Junta; practicar las diligencias que la Junta ordene y aquellas otras que sean necesarias en el desempeño de su cargo y que se refieran a asuntos que sometan a consideración de la Junta; ser el órgano de comunicación de la Junta; actuar como jefe del personal administrativo de la Junta; y cualquier otra función que le delegue o encomiende la Junta Nacional de Servicio Civil dentro de las funciones legales de ésta³¹³.

Además de la Junta, la LSC prevé el rol de la ONSEC como órgano ejecutivo encargado de la aplicación de la ley. Respecto de su integración, sostiene que debe presidirla un director y un subdirector y abre la puerta a demás personal indispensable para su funcionamiento y ejecutividad en todo el territorio de la República. Si bien la legislación tiene un ámbito de aplicación bastante reducido, es extraña la previsión legal de que se puedan crear oficinas regionales dependientes de la oficina³¹⁴ a juicio del Presidente. Estas oficinas no tendrían sentido alguno desde el punto de vista organizativo y funcional.

La pronunciada dependencia política de la ONSEC del Organismo Ejecutivo es patente si se tiene presente que el director y el subdirector deben ser nombrados por el presidente de la República, aunque luego precisa que solo ser removidos por las causas y procedimientos que establece esta ley³¹⁵. En efecto, todo indica que la legislación fue un poco esquizoide, al abrir la puerta a un nombramiento muy similar a los de cargos de confianza³¹⁶, pero intentando reducir su impacto al establecer unas causas de remoción, cuyos efectos también están condicionados a si es del Servicio sin Oposición o del Servicio sin Oposición.

La afirmación siguiente de SÁNCHEZ MORÓN, es enteramente aplicable al caso de Guatemala:

en cuestión. En este sentido, las providencias serían aquellas resoluciones administrativas que admiten a trámite una petición, que fijan plazo para subsanar deficiencias, que confieren audiencias a las partes dentro del trámite de un recurso, las que remiten el expediente a otra dependencia del Estado; en fin, todas aquellas que están resolviendo incidencias propias del proceso, pero que todavía no se refieren a la denegatoria o a la estimatoria de la petición, de la denuncia o del recurso, en otras palabras, serán aquellas que no ponen fin al asunto. Las resoluciones de fondo, por su parte, son las que, con efectos constitutivos o declarativos, deciden todas las cuestiones administrativas que vinculan al administrado, entre las cuales se encuentran aquellas que resuelven en definitiva las pretensiones y los medios de impugnación interpuestos», CC, Expediente 121-2006.

310 Art. 19, LSC

311 Art. 20, LSC

312 Art. 16, LSC

313 Art. 20, LSC

314 Art. 21, LSC

315 Arts. 22; 76 y 79 de la LSC

316 Es necesario traer a colación alguna precisión de la CC la cual ha sostenido el criterio que la categoría de cargos de confianza o de representación patronal, en el caso de los empleados públicos, «para que puedan considerarse como tales, debe haber regulación legal expresa que establezca tal categoría de plazas, ya sea en las de carácter ordinario, especial o profesional, ello en virtud que en la estructura administrativa del Estado no es fácilmente identificable quiénes cumplen funciones de las que definen las normas de aplicación general (como el artículo 4o del Código de Trabajo) como propias de los cargos de dirección o confianza, ello por seguridad y certeza jurídica, a efecto de evitar que por arbitrariedad, o en represalia, se pretenda calificar indiscriminadamente las plazas que ejercen funcionarios y empleados públicos, como de confianza» Véase CC, Expediente 3538-2019, y en otro sentido Expedientes 4683-2017, 1014-2016 y 5696-2018 entre otros.

«[...] ese tipo de nombramientos merma las garantías de imparcialidad con que la Administración debe actuar e inclusive la transparencia administrativa. Pensemos que hoy en día las Administraciones públicas no son sólo entidades prestadoras de servicios públicos —cada vez monopolizan menos esa prestación— sino entidades de regulación, de control, de fomento, que ejercen poderes de autorización o licencia, concesión, contratación pública, subvención, supervisión y sanción. De las Administraciones públicas dependen muchas actividades y negocios privados y por eso la imparcialidad y la transparencia son fundamentales, pues de lo contrario se convierten en fábricas de hacer favores. De ahí que en muchos casos la garantía esencial sea la intervención decisoria o preceptiva de un funcionario o de un órgano colegiado de composición profesional cuyos miembros carezcan de vínculos clientelares y tengan asegurada la inamovilidad burocrática»³¹⁷.

Si bien la LSC establece que el director y subdirector del Servicio Civil deben ser personas de «reconocida honorabilidad», las exigencias no son tan exhaustivas en la práctica, estableciendo como requisitos: ser guatemalteco; mayor de treinta (30) años y ciudadano en ejercicio de sus derechos. A su vez, solicita «acreditar» conocimientos técnicos en administración de personal o experiencia en Administración Pública.

Pese a lo anterior, la LSC establece que —de preferencia— se debe poseer título universitario³¹⁸, de lo que es posible deducir que tener título puede tener ventaja o no, más no es un impedimento carecer de él. Por si fuera poco, el director no necesariamente debe provenir del Servicio de Oposición. Es bastante extraño que se siga apuntando a una «carrera administrativa», o en su defecto, a un proceso de reducción gradual de los cargos políticos. Por último, la legislación reproduce en este aspecto los impedimentos de la Junta³¹⁹.

El director, como jefe administrativo de la ONSEC, dirige toda la actividad técnica y administrativa y supervisa a todo su personal. Además, tiene unos deberes y atribuciones entre los cuales figuran: velar por la correcta aplicación de la ley y sus reglamentos, organizando un sistema de administración de personal al servicio de la administración pública, de acuerdo con los principios de la LSC; organizar la ONSEC, nombrar y remover al personal del Servicio por Oposición; reclutar, seleccionar y proponer a los candidatos elegibles para integrar el personal comprendido en el Servicio por Oposición; establecer y mantener un registro de todos los empleados comprendidos en el Servicio por Oposición y en el Servicio sin Oposición, con arreglo a los reglamentos respectivos; desarrollar programas de mejoramiento técnico para aspirantes a ingresar al Servicio Civil y de adiestramiento para los servidores públicos; investigar, informar y proponer soluciones respecto a la aplicación y efectos de la LSC y reglamentos, al Presidente de la República y a la Junta Nacional de Servicio Civil; resolver, consultar cuestiones que se le presenten en relación con la administración de personal; investigar los hechos, hacer comparecer testigos, tomar declaración jurada y solicitar la presentación de cualquier prueba para los efectos de la aplicación de la LSC y reglamentos; asistir a las reuniones de la Junta Nacional de Servicio Civil, cuando ésta requiera su presencia y cuando así esté establecido por la ley y sus reglamentos; rendir al Presidente de la República y a la Junta Nacional de Servicio Civil, informe de las labores realizadas durante el año; y los demás deberes y atribuciones que establece la LSC y sus reglamentos³²⁰.

En este sentido, cabe deducir que el propósito de la LSC no fue el de establecer un real Estatuto de la Función Pública, y en mucho menor medida articular un Servicio por Oposición. Si la ONSEC puede nombrar y remover al personal del Servicio por Oposición de acuerdo con esta ley, ello obliga a un examen crítico del Título V. De

317 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel «Sobre la captura del empleo público» en *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria: Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, N° 1, Gobierno Vasco-Eusko Jaurlaritzza: Instituto Vasco de Administración Pública-Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea, Vitoria, 2011, p. 73.

318 Art. 23, LSC

319 Art. 24, LSC

320 Art. 25, LSC

hecho, el director y subdirector tienen los mismos requisitos³²¹. La ley también prevé que el subdirector, en tanto subjefe administrativo de la ONSEC, puede: sustituir al director en casos de licencia, enfermedad y ausencia temporal por cualquier causa; y desempeñar las funciones que le sean señaladas por el director.

Aun cuando se estableció en las provisiones organizativas que el director debe elaborar los proyectos de reglamentos que sean necesarios para la ejecución de la ley, es necesario destacar que en Guatemala existe un problema con los reglamentos, y con ello, con la concepción de la potestad reglamentaria. Se ha dicho jurisprudencialmente que el Ejecutivo puede dictar reglamentos de «ejecución» y reglamentos «independientes»³²². En realidad, lo que la Corte habrá querido sostener es que hay reglamentos ejecutivos –ellos lo llaman de «ejecución»– y reglamentos independientes, que no es que sean *praeter legem*, pues existen tales reglamentos «independientes» solo y en tanto no exista una reserva de ley. Es decir, reserva en favor del reglamento que constitucionalmente no existe en Guatemala, como sí existe en Francia una reserva reglamentaria.

Esto tiene implicaciones relevantes, pues los reglamentos deben someterse al principio de supremacía constitucional y al principio de legalidad³²³. La inexistencia de una reserva de ley en favor del reglamento de ningún modo transforma al reglamento en una norma de rango legal. Es importante recordar esto dada la fragilidad legislativa del país en temas de Derecho administrativo, pues muchos operadores están constantemente tentados a reglamentarlo todo, aun cuando ello equivalga a violar sistemáticamente el principio de legalidad y de reserva legal.

Si bien el director de la ONSEC³²⁴ puede someter a la Junta Nacional de Servicio Civil proyectos de reglamentos para obtener su aprobación, una vez aprobado por la Junta Nacional de Servicio Civil, el director debe someter el proyecto al Presidente de la República para su aprobación final y promulgación, pues es este quien tiene competencia para dictar reglamentos y órdenes para el estricto cumplimiento de las leyes, sin alterar su espíritu³²⁵, los cuales deben ser refrendados por los Ministros³²⁶ para que tengan validez –especialmente si están relacionados con su despacho.

En esto debería aplicar un procedimiento destinado a la promulgación de actos normativos, incluyendo las enmiendas a los reglamentos³²⁷, procedimiento legal que no existe en el país como sí en otros lugares.³²⁸ En efecto, la LSC sostiene que todo reglamento de personal, dentro de cualquier dependencia del Estado afectado por esta ley, debe ser sometido al director de Servicio Civil y aprobado por la Junta Nacional de Servicio Civil

321 Art. 23, LSC

322 CC, Expediente 2090-2007 y Expediente 5635-2015

323 En principio se dice que «el reglamento es una disposición normativa escrita de carácter general dictada por la Administración y con rango inferior a la ley, se dirige a la generalidad, pero también puede estar dirigido a un determinado ámbito como el reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios civiles, que proviene de un órgano administrativo y no de un órgano legislativo, se emite para hacer frente a su actividad logística y de gestión de personal y provienen de la administración estatal o de la autónoma. Existe una clasificación de los reglamentos, dentro de la cual encontramos los reglamentos autónomos, los que no son competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, y dentro de las reglas de la competencia se encuentra la de los otros Poderes del Estado como lo es el Poder Judicial, cuya competencia para dictar reglamentos autónomos se encuentra atribuida a la Corte Suprema de Justicia, en lo que se refiere a su propia organización y funcionamiento. El reglamento aparece revestido de diferentes formas: decretos, órdenes, disposiciones de autoridad y órganos inferiores», véase CC, Expediente 2942-2010.

324 Valdría la pena pensar si no es mejor reformar esto y establecer esas funciones en las oficinas de recursos humanos de los órganos y entes de la Administración Pública Nacional.

325 Art. 183, e, CPRG

326 Art. 194, c CPRG

327 Art. 27, LSC

328 BREWER-CARÍAS, Allan R. *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Segunda edición ampliada, Ediciones Olejnik, Santiago-Buenos Aires, Madrid, 2020, pp. 386; PAREJO ALFONSO, Luciano y VAQUER CABALLERÍA, Marcos, *Estudios sobre el procedimiento administrativo I*, Derecho comparado, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; PAREJO ALFONSO, Luciano y VAQUER CABALLERÍA, *Estudios sobre el procedimiento administrativo. II Tipos de procedimientos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; PAREJO ALFONSO, Luciano y VAQUER CABALLERÍA, *Estudios sobre el procedimiento administrativo. III Instituciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

para poder ser implantado. La LSC incluso afirma que es *nulo ipso jure* toda norma que no llene este requisito³²⁹. Sin abordar el hecho de que no es lo mismo un reglamento que una circular o instrucción, es evidente entonces que lo que se trata es de evitar que proliferen actos normativos reglamentarios sin base legal.

Por otra parte, la LSC establece que le corresponde al presidente de la República nombrar a los servidores públicos para los puestos que cubre la LSC, entre otros, el de todos los funcionarios y servidores públicos señalados por la Constitución y las leyes, y el de todos aquellos cuyo nombramiento no sea asignado a otras autoridades nominadoras.

De igual modo, se sostiene que a los ministros de Estado les compete el de los servidores públicos para puestos en sus respectivas dependencias, que se encuentren comprendidos en el Servicio por Oposición que establece la LSC y sus reglamentos, quedando en otro sitio el caso de los funcionarios y otros servidores públicos que señalen la Constitución y las leyes.

Era de esperarse, en dado caso, que la creación de la ONSEC tuviera como prioridad, materializar una regulación más técnica de los medios personales al servicio de la Administración Pública, excluyendo obviamente a los nombramientos políticos que caen bajo el ejercicio de la actividad de «Gobierno»³³⁰. Así, por ejemplo, al presidente le corresponde nombrar y remover a Ministros, Viceministros, Secretarios y Subsecretarios de la Presidencia, embajadores y demás funcionarios que le corresponda conforme a la ley³³¹, mientras que a los Ministros les corresponde nombrar y remover a los funcionarios y empleados de su ramo, cuando le corresponda hacerlo conforme a la ley³³².

Lo anterior no es de mucho interés para la LSC, pues su propósito no ha de ser otro que regular a los trabajadores del Estado, servidores públicos, empleados públicos, funcionarios –como quiera llamárseles– que desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio del interés general. O, en otro giro, para puestos en sus respectivas dependencias cubiertos por la ley, que se encuentren comprendidos en el Servicio por Oposición que establece esta ley y sus reglamentos³³³.

Esto es relevante porque al ser preconstitucional, la LSC estableció el concepto de «Servidor Público», concepto que constitucionalmente ha venido a complicarse pues la legislación ha tratado diversas figuras sin mucha precisión, como la de «dignatarios», «autoridades», «funcionarios» y «empleados públicos». En una interpretación de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, la Corte de Constitucionalidad vino a confundir más la situación de por sí confusa, omitiendo considerar el esquema constitucional, la legislación y la literatura especializada.

Esto ocurrió al estipular el Tribunal que los «dignatarios»³³⁴, al igual que los «funcionarios» y «empleados públicos» están «en condiciones similares a las de los demás trabajadores, pues finalmente también son personas humanas que ponen su tiempo y su esfuerzo a disposición de la sociedad, lo cual exige la protección que la Carta Magna y los tratados internacionales sobre Derechos Humanos dispensan en esos casos»³³⁵.

Como se ha explicado antes, no cabe alegar el principio de igualdad constitucional³³⁶, desatendiendo las particularidades de las Administraciones Públicas, y mucho menos, negar la posibilidad de establecerse

329 Art. 28, LSC

330 Art. 29, LSC

331 Art. 183 s, CPRG

332 Art. 194 b CPRG

333 Art. 29, LSC

334 Art. 161 CPRG

335 CC, Expediente 3574-2017

336 Art. 4 CPRG

una desigualdad justificada, objetiva y razonable, exigencia y requisitos en el ámbito de la función pública. Lamentablemente, la jurisprudencia ha estado contaminada también por las exigencias del Derecho laboral, al punto que la CC ni siquiera repara en la posición singular que tiene un diputado en el sistema constitucional³³⁷.

Si de algo no debe preocuparse una LSC es de los cargos de elección popular. Más bien debe enfocarse en aquellos que, en virtud de nombramiento expedido por la autoridad competente, desempeñen «función pública», de manera remunerada, con carácter permanente, o en su defecto, de contrato o cualquier otro vínculo en el cual presten sus servicios en el Estado, municipios, empresas y entidades descentralizadas y autónomas³³⁸.

Como se ha mencionado, la LSC y la legislación conexas es todo menos coherente y sistemática. De manera sucinta se puede decir que la legislación potencia problemas organizativos fuertes, que han redundado en un desvanecimiento de los principios a los cuales apela. Esto es de la mayor importancia, pues además de las razones expuestas, la LSC sostiene que el director puede solicitar ayuda de funcionarios y servidores públicos para preparar, celebrar y calificar exámenes.

Esta «ayuda» es problemática, máxime si se tiene presente que el tema de los exámenes es una cuestión que requiere de un profundo replanteamiento. A este respecto, la LSC estipula que puede relevarse de sus deberes a «cualesquiera de sus empleados seleccionados por el Director, por el tiempo que estuviere sirviendo como examinador especial»³³⁹, lo que obligaba a un mejor tratamiento de esta posibilidad, así como las exigencias para fungir como examinador especial.

De hecho, una posibilidad interpretativa de este modelo puede estar en el desdén de los redactores de la LSC por el modelo burocrático, pero también contra la tecnocracia³⁴⁰. En este último caso, es patente que la LSC no es muy favorable a incluir reconocidos expertos y, más bien, propicia cierta endogamia y prebendas al establecer que «los funcionarios y servidores públicos que actúen como examinadores especiales, no recibirán retribución adicional por sus servicios, como tales, pero les serán reembolsados los gastos necesarios en que incurrieren en el desempeño de sus funciones»³⁴¹.

La organización del Servicio Civil en Guatemala es, sin duda, estructuralmente impotente frente a las presiones políticas y sindicales, lo cual hace insustancial la existencia de la Junta Nacional de Servicio Civil y la Oficina Nacional de Servicio Civil³⁴². Temas referentes a integración, ausencias, vacancias, e impedimentos son importantes de abordar, pero requerirían de mayor articulación.

Dado que Guatemala no ha tenido una evolución institucional como la de los países cuya legislación imita³⁴³, el resultado evidente es no tener una Administración Pública robusta y mucho menos unos medios personales que estén en consonancia con los fines del Estado. Ello no solo derivado de la laboralización de la Función Pública, sino también del sindicalismo y de ser rémora del Gobierno de turno, con todo lo que ello implica.

Si a esto se añade la escasa previsión normativa en temas de organización administrativa –tema casi ignorado en las discusiones jurídico-administrativas del país– no puede resultar sorpresivo el desenlace: intensos procesos de delegación, fracaso en muchos de los deberes y atribuciones de la Oficina y parálisis en los procesos de reforma legal en este ámbito.

337 Art. 161 CPRG

338 Art. 4 b, de la Ley de Probidad.

339 Art. 30, LSC

340 GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Burocracia y tecnocracia y otros escritos*, Alianza Editorial, Madrid, 1987. De igual forma véase con otro énfasis VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Ideología, «praxis» y mito de la tecnocracia*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1975.

341 Art. 30, LSC

342 Art. 9, LSC

343 MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Editorial Tecnos, Madrid, 2007.

VIII. Selección de personal y nombramientos

Para ingresar al Servicio por Oposición se requiere³⁴⁴ conforme a la legislación: poseer la aptitud moral, intelectual y física propias para el desempeño de un puesto; satisfacer los requisitos mínimos especiales que establezca el manual de especificaciones de clase para el puesto de que se trate; demostrar idoneidad, sometiéndose a las pruebas, exámenes o concursos que establezca esta ley y sus reglamentos; ser escogido y nombrado por la autoridad nominadora, de la nómina de candidatos certificada por la Oficina Nacional de Servicio Civil (ONSEC); finalizar satisfactoriamente el período de prueba y llenar los demás requisitos que establezcan los reglamentos de la LSC³⁴⁵.

El ingreso al Servicio por Oposición es un tanto extraño en la LSC, pues se prescindió de una regulación coherente de la estructura objetiva de la Función Pública. A la vez, como ya se ha mencionado, el esquema optó por ser rémora de la concepción del puesto, remitiendo a requisitos mínimos especiales que establezcan los manuales de especificaciones de clase para el puesto de que se trate. Esto vino a liquidar el principio de legalidad.

Aunque la LSC mencione que una de las formas es someterse a pruebas, exámenes o concursos, esta es una de las cuestiones menos reguladas en la ley. Realmente, evocar principios generales no esconde graves fallas estructurales y procedimentales de toda la Administración Pública de Guatemala. En este sentido, puede afirmarse que el diseño jurídico-administrativo del país está momificado y alejado de cualquier transformación en este ámbito ocurrido en la región.

En efecto, por más que se insista en méritos como la trayectoria académica y profesional, no existe ningún arreglo institucional que garantice realmente un sistema de carrera y un robusto sistema de concursos. Además de los méritos, este sistema tan centrado en la gestión curiosamente no apuesta por el valor que imprimen a la Administración los servidores, cuestión a veces más importante que el mérito, lo que sería un cambio radical.

En la práctica, los concursos tienen a ser manipulados por toda suerte de convocatorias subjetivizadas, es decir, en contravención al carácter objetivo de los mismos³⁴⁶. En realidad, las pruebas, exámenes o concursos tienden a estar dirigidos a alguien que ya se ha definido previamente, relegándose la valoración de requisitos mínimos especiales a las exigencias del manual de especificaciones de clase para el puesto de que se trate. Este pésimo arreglo termina favoreciendo un sistema de libre contratación encubierto³⁴⁷. Esto sin hablar de que muchos de estos concursos bien pueden estar fabricados ya no para los nacionales, sino también, para los que hacen vida interna en la Administración Pública.

Aunque le corresponde a la ONSEC la organización, convocatoria, dirección y ejecución de las pruebas de ingreso y ascenso, queda a juicio del director requerir el asesoramiento técnico de las dependencias en donde ocurran las vacantes, o de otras instituciones o personas, para la preparación y aplicación de las pruebas. Esta dependencia privilegia ciertos intereses presentes en las administraciones, que socavan los principios que se dicen defender. Si bien las pruebas deben ser de libre oposición y tienen por objeto determinar la capacidad,

344 Igualmente deben ser ajenos a los impedimentos establecidos en las leyes para el ejercicio de una función pública, tal como los referidos en el artículo 16 de la Ley de Probidad y de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados Públicos.

345 Art. 42, LSC

346 FUENTETAJA PASTOR, *Pasado, Presente y Futuro de la Función Pública. Entre la politización y la patrimonialización*, op. cit., p. 340.

347 Mas allá del intento de los baremos, realmente lo que ocurre en todo esto es que se abre la puerta a la ponderación del ponderador, como bien ha explicado GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Ponderación Judicial. Estudios Críticos*, Editorial CEJI- Zela Editorial, Lima, 2020. Esto sin contar que «los requisitos son los establecidos en la convocatoria, pero ya en la redacción de esta convocatoria se pueden incorporar requisitos que predeterminen al candidato o al menos que dejen una completa libertad al órgano que nombra» Véase FUENTETAJA PASTOR, *Pasado, Presente y Futuro de la Función Pública*. op. cit., p. 348 y 349.

aptitud y habilidad de los candidatos para el desempeño de los deberes del puesto de que se trata, las cuales pueden ser orales, escritas, físicas o una combinación de estas³⁴⁸, en realidad, los incentivos están alineados para que estas pruebas no existan, sean manipuladas, o no se convoque a expertos en la materia como evaluadores.

La LSC prefirió no articular un procedimiento exhaustivo de concurso, pues optó también por examen de credenciales, cuyas precisiones son remitidas al reglamento respectivo³⁴⁹. Este examen facilita más la subjetivización al establecer mecanismos que se prestan a todo tipo de tropelías. Además, el Director de la ONSEC puede rechazar, en forma razonada, cualquier solicitud y eliminar el nombre del registro o denegar la certificación del nombre de cualquier persona, si considera que no llena los requisitos exigidos y señalados por la ley y sus reglamentos. Estos requisitos deben estar en ley, pero muchos se nutren con criterios extra-legales.

Además, si bien la admisión a exámenes es libre para todas las personas que llenen los requisitos exigidos para el puesto³⁵⁰ de que se trate, la opacidad en la publicidad es otro elemento a tener en cuenta pese al tema de la transparencia³⁵¹. Lo poco que desarrolla la LSC es que la convocatoria debe ser hecha con quince (15) días de anticipación a la fecha señalada para el examen, por los medios que considere más apropiados. En todo caso, el aviso se debe publicar en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación en el país. La convocatoria debe indicar los deberes y atribuciones del puesto, los requisitos deseables o exigibles, la forma de hacer la solicitud de admisión y la fecha, lugar y hora de celebración del examen³⁵².

Para ser declarado elegible, el candidato debe obtener una calificación mínima de setenta y cinco (75) puntos, en la escala de uno (1) a cien (100), como promedio en las distintas pruebas a que se someta. Dentro de los candidatos declarados elegibles, deben gozar de puntos de preferencia, que se deben anotar al ser certificado su nombre, quienes en igualdad de circunstancias hayan sido servidores públicos o tengan mayores cargas familiares conforme al reglamento respectivo³⁵³.

La LSC establece que la calificación de los exámenes y el establecimiento de los registros respectivos deberá realizarse dentro del término máximo de sesenta (60) días siguientes a su finalización. Cada uno de los candidatos examinados será notificado de la calificación obtenida y, en su caso, del lugar que le corresponda en el registro respectivo. A la vez la LSC sostiene que cualquier persona que haya participado en un examen podrá inspeccionar el que le corresponda y sus calificaciones según lo determine el reglamento respectivo.

Dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de los resultados de su examen, el interesado podrá solicitar al director de la ONSEC la rectificación de cualquier error en sus calificaciones para que, si procede,

348 Art. 43, LSC

349 Art. 44, LSC

350 Véase los antecedentes en Pendleton Civil Service Reform Act; Civil Service Reform Act of 1978; y The Performance Management and Recognition System Termination Act of 1993 entre otras. Además, MERIAM, Lewis «The Uses of a Personnel Classification in the Public Service» *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 113 (1924), pp. 215-20; TELFORD, Fred. «The Classification and Salary Standardization Movement in the Public Service» *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 113, 1924, pp. 206-215. Como ha sostenido la doctrina, debe repararse en que en realidad, «... la Administración norteamericana ha transitado por unos laberintos de técnicas sofisticadas bien a superar las limitaciones del sistema (como la ausencia efectiva de carrera), bien a gestionar científicamente el “merito” que constituye el fundamento último de su Función Pública, ya sea en el ámbito dinámico de las selecciones o de las evaluaciones vinculadas a las retribuciones, ya en el ámbito objetivo de la interminable labor de clasificación de los puestos que constituye en última instancia la base del sistema”» Véase FUENTETAJA PASTOR, *Pasado, Presente y Futuro de la Función Pública*. op. cit., p. 124. Véase de igual forma, FÉREZ, Manuel «Reflexiones en torno a los principales cambios producidos en la función pública norteamericana (1978-1998) mito y realidad» en *Autonomías: revista catalana de dret públic*, N° 24, Generalitat de Catalunya: Escola d'Administració Pública de Catalunya-Barcelona, 1999, pp. 81-118; FÉREZ, Manuel «La carrera administrativa en los Estados Unidos» en *Documentación administrativa*, N° 210-211, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 1987, pp. 503-554

351 BREWER-CARIAS, Allan R. «De la Casa de Cristal a la Barraca de Hierro: el Juez Constitucional vs. El derecho de acceso a la información administrativa» en *Revista de Derecho Público*, N° 123, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010. pp. 197-206.

352 Art. 45, LSC

353 Art. 46, LSC

sea corregido. A la vez, establece que las personas que se consideren perjudicadas por una decisión del director en lo que se refiere a la admisión y calificación de pruebas, podrán apelar ante la Junta Nacional de Servicio Civil dentro de tres (3) días de notificada la decisión, para que se revise la resolución. La decisión de la Junta será definitiva³⁵⁴.

La ONSEC debe organizar y conservar los registros de ingreso, de ascenso y los demás que sean necesarios para la administración del régimen de Servicio Civil, de conformidad con el reglamento respectivo. Los nombres de las personas que aprueben los exámenes serán inscritos en los registros de ingreso y ascenso en el orden de las calificaciones obtenidas.

El periodo de vigencia de los registros será determinado por el director de la ONSEC en la fecha de su implantación y su vigencia no será menor de seis (6) meses ni mayor de dos (2) años. Con arreglo a principios de transparencia, estos registros tienen un valor importante.

De hecho, la LSC indica que el director establecerá y conservará registros de reingreso, que contendrán los nombres de las personas que hubieren sido empleados regulares y que hayan sido separados de sus puestos por cualquier motivo que no fuere falta³⁵⁵, de conformidad con esta ley y sus reglamentos. El período de vigencia de los registros de reingreso será establecido en el reglamento respectivo y no será mayor de tres (3) años³⁵⁶.

La LSC tiene unas peculiaridades que provienen del Derecho laboral. La cuestión del período de prueba es una de ellas, que realmente termina difuminando la carrera funcionarial. En Guatemala, toda persona nombrada en un puesto dentro del Servicio por Oposición mediante inscripción de su nombre en un registro debe someterse a un período de prueba práctica en el desempeño del puesto de que se trate. En muchos sentidos, puede darse el caso que el empleado deba ser tomado como empleado a contrata, fórmula empleada en el Derecho Chileno³⁵⁷.

El período de prueba se inicia a partir de la fecha de toma de posesión y dura un máximo de seis (6) meses para los nuevos servidores; tres (3) meses para los casos de ascenso. Queda a salvo el derecho del servidor de ser restituido a su cargo si fuere separado del nuevo puesto durante la prueba por razones que no constituyan falta.

La referencia a falta no es desarrollada exhaustivamente en la LSC, lo que hace nugatorio el Servicio por Oposición. La LSC sostiene que, si la persona estuviere desempeñando el cargo mediante nombramiento provisional, el tiempo así servido debe ser tomado en cuenta para el cómputo del período probatorio correspondiente. Al terminar satisfactoriamente el período de prueba, el servidor público debe ser considerado empleado regular³⁵⁸.

354 Art. 47, LSC

355 Con arreglo a la CC se puede destacar que «[...] en materia sancionatoria la observancia del debido proceso requiere que a una persona a quien se le imputa la comisión de una falta, deba ser oída respecto de aquella imputación concreta que se hace en su contra. Esto se explica fácilmente en el hecho de que es mediante la audiencia debida que aquella está en posibilidad jurídica de reaccionar en defensa de sus derechos. Para que lo anterior se garantice en plenitud, se requiere que la imputación se formule de manera tal que para que alguien pueda defenderse, por lógica debe existir algo de qué defenderse –haber hecho u omitido hacer-, pues es esto lo que precisamente determina si aquella imputación se formula en forma debida, como garantía aplicable también en un procedimiento sancionatorio por la cual se hace saber a quien se pretende imponer una sanción. De lo que a una persona se le acusa y que es de lo que aquella tendrá que defenderse, debe ser una *quaestio facti* con significación jurídica. Su correcta formulación posibilita el que pueda controvertirse el hecho (o hechos) denunciados, mediante la negación de todos –o algunos- de los elementos de la imputación, a efecto de que al momento de asumirse la decisión sobre si es o no viable imponer la sanción, esa decisión guarde una correlación necesaria con la imputación, bien sea acogiendo o desestimando ésta. En ese orden de ideas, se sostiene que para garantizar en plenitud el derecho de defensa, una imputación debe realizarse mediante una afirmación clara, precisa y circunstanciada, con indicación de tiempo, lugar y modo de comisión de la conducta que da lugar a la imposición de la sanción, y que generan la consecuencia jurídica que viabiliza esta última». CC, Expediente Acumulado 1536-2009 Y 1539-2009

356 Art. 48, LSC

357 BERMUDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2011, p. 349

358 Art. 54, LSC

Este periodo de prueba abre la puerta a un sinfín de irregularidades que socavan al Servicio por Oposición, especialmente en tanto no quedan definidos los instrumentos de evaluación.

Un caso que permite la LSC es que, en cualquier tiempo dentro del período probatorio y conforme el reglamento respectivo, la autoridad nominadora puede separar a un empleado si en opinión de dicha autoridad, y con base en los informes del jefe inmediato del empleado, se considera que este es «inepto» y no cumple sus deberes satisfactoriamente, o que sus hábitos y conducta general no justifican su continuación en el servicio, por lo que debe informar al director de ONSEC dentro de los tres (3) días siguientes los motivos que tenga para hacerlo.

En este sentido, la LSC exige que no más de tres (3) empleados pueden ser separados sucesivamente del mismo puesto durante el período de trabajo probatorio sin la previa autorización del director. El director de la ONSEC podrá ordenar la remoción de cualquier servidor durante el período probatorio, siempre que se establezca que su nombramiento fue resultado de error o fraude, en cuyo caso el interesado deberá ser oído previamente, para lo cual se le concederá audiencia de tres (3) días a partir del requerimiento³⁵⁹.

Por si no fuera suficiente, la LSC estableció que la autoridad nominadora informará a la ONSEC, en las fechas y en la forma que el reglamento determine, sobre la conducta, rendimiento y demás información relacionada con el empleado en período de prueba. En todo caso y por lo menos diez (10) días antes finalizar el período probatorio de un empleado, la autoridad nominadora notificará a la ONSEC, en la forma que sea establecido por el reglamento, sus apreciaciones sobre los servicios y conducta del empleado y manifestará la conveniencia o inconveniencia de que el servidor continúe en el puesto. Copia de esta notificación se remitirá al empleado³⁶⁰.

Todo ello invita a pensar que «toda discrecionalidad administrativa es una rendija abierta a la arbitrariedad política. La Función Pública siempre fue consciente de este peligro, de ahí que en sus orígenes se recurriera en muchas ocasiones a criterios automáticos, exentos de discrecionalidad, para neutralizar o al menos para limitar los excesos de la política en su seno»³⁶¹. Lamentablemente esta cuestión sigue sin comprenderse en Guatemala.

Vale advertir que, en cuanto a los nombramientos, la LSC indica que para llenar cualquier vacante que se produzca en el Servicio por Oposición, la autoridad nominadora debe requerir a la ONSEC una nómina de todos los candidatos elegibles en la forma que prescriba el reglamento respectivo³⁶². De igual forma, prevé que la autoridad nominadora debe escoger al nuevo servidor entre la nómina de candidatos elegibles que le presente el director de la ONSEC, dentro del período señalado en el reglamento respectivo. Dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha de recibo de la nómina solicitada, la autoridad nominadora seleccionará al candidato, comunicándolo al director de la ONSEC y al seleccionado³⁶³.

De lo anterior se desprende que, desde su redacción, la LSC no optó por dar preferencia a un modelo funcionarial y por ende a procedimientos de oposición. Por su antigüedad, no tomó en cuenta el debate sobre las «discriminaciones positivas»³⁶⁴ que sin duda impactan en el ámbito de la función pública, además de los convenios internacionales y la legislación existente.

359 Art. 55, LSC

360 Art. 56, LSC

361 PARADA, Ramón y FUENTETAJA, Jesús, *Derecho de la Función Pública*, op. cit., p. 35

362 Art. 49, LSC

363 Art 50, LSC

364 SOWELL, Thomas, *La discriminación positiva en el mundo: estudio empírico*, FAES, Madrid, 2006. En contraste, DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2013.

Es muy posible, además, que ciertos procedimientos de promoción interna no cumplan satisfactoriamente los requisitos de un modelo auténticamente funcionarial. Como se ha desarrollado, el Servicio Civil en Guatemala³⁶⁵ está articulado y organizado a partir del dato de los puestos de trabajo, y no se centra en el funcionario. De hecho, en modelos auténticamente funcionariales como el francés:

«[...] el grado pertenece al funcionario, forma parte de su patrimonio jurídico y no depende del empleo que eventualmente ocupe o de que ocupe empleo alguno. De forma que, si se suprime el empleo, no por ello el funcionario pierde su condición de tal. Este es el verdadero alcance de la estabilidad o de la permanencia. Lo estable o permanente no es el empleo, sino el grado, del cual el funcionario solo puede ser despojado por causas tasadas y objetivas (renuncia, muerte, inhabilitación penal, sanción disciplinaria grave, jubilación...)»³⁶⁶.

En Guatemala ocurre lo contrario y las reformas que se exigen van a en la dirección opuesta al modelo defendido en este estudio. Pese a la realidad innegable de unas Administraciones Públicas en Guatemala que impiden el crecimiento económico, entorpecen la libertad económica y demás derechos, se insiste en buscar nuevas formas de gestión en el ámbito público eludiendo los graves problemas de estructura y de organización, cuando no de capacidad estatal. A este respecto, cabe recordar ese principio un tanto más vulgar de «if you don't mend your principles you will go to the devil»³⁶⁷

Aparte, se ha abierto otra rendija en la cual la Administración Pública ha estado sometida a otro asalto, que no es otro que el de los nombramientos provisionales o de emergencia. Siempre que la autoridad nominadora deba llenar una vacante y la ONSEC no pueda certificar una nómina de elegibles por inexistencia o insuficiencia de candidatos en el registro, la legislación sostiene que dicha autoridad podrá cubrir la vacante en forma provisional, previa autorización de la Oficina, siempre que la persona designada llene los requisitos mínimos establecidos para el puesto.

Aun cuando este tipo de nombramientos tiene vigencia por un término no mayor de seis (6) meses improrrogables, dentro de los cuales la Oficina debe establecer el registro respectivo³⁶⁸, no cabe la menor duda de que hay incentivos para que la provisionalidad se haga eterna. A su vez, cuando por motivo de emergencia debidamente comprobada fuese imposible llenar las vacantes, la autoridad nominadora podrá nombrar a cualquier persona que reúna los requisitos correspondientes a la clase de puesto de que se trate. Los nombramientos así hechos deben ser comunicados inmediatamente a la ONSEC y durarán hasta seis (6) meses a partir de la fecha de toma de posesión, sin que puedan prorrogarse ni renovarse³⁶⁹. La estrecha relación entre puestos y no grado es evidente en el sistema.

La LSC sostiene que es nulo cualquier nombramiento que se haga en contravención a ella y a sus reglamentos, pero si el funcionario o empleado hubiere desempeñado el cargo, las actuaciones ajustadas a ley son válidas, lo que claramente remite a la figura del «funcionario de hecho»³⁷⁰. En este sentido, la LSC sostiene que la persona afectada por la nulidad puede deducir las acciones civiles correspondientes contra los responsables, sin perjuicio

365 Si como se sospecha en este estudio, de que buena parte de la legislación de Servicio Civil en Guatemala, fue una mala copia del modelo británico, entonces, cabe destacar una suscita explicación, de los cambios que introdujo el gobierno laborista y la sociedad Fabiana en el sistema de servicio civil británico, FUENTETAJA PASTOR, *Pasado, Presente y Futuro de la Función Pública. Entre la politización y la patrimonialización*, op. cit., p. 89 y ss.

366 *Ibidem*, p. 49, véase también, BRUNET, Pierre, LAMOURE, Inès SOLDINI, David, *Cours de droit administratif 2020*, Éditions IEJ Jean Domat, Paris, 2020, p. 237 y ss.

367 HAYEK, F. A. «Economic Freedom and Representative Government» en *Fourth Wincott Memorial Lecture. The Royal Society of Arts, The Wincott Foundation-The Institute of Economic Affairs, USA, 1973*

368 Art. 51, LSC

369 Art. 52, LSC

370 BERMUDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo General*, op. cit., p. 345.

de las responsabilidades penales que resulten. Todo este régimen de responsabilidad funcional e incluso de responsabilidad patrimonial del Estado es casi inexistente.

De hecho, la LSC no es exhaustiva en temas de responsabilidad. A lo sumo sostiene que ningún funcionario podrá autorizar o efectuar pago alguno por servicios personales a ninguna persona del Servicio por Oposición, cuyo nombramiento no haya sido certificado por la ONSEC. Además, sostiene que toda suma pagada a una persona por servicios personales en contra de las disposiciones de la LSC y sus reglamentos puede ser recuperada del funcionario que apruebe o refrende el pago por la vía económico-coactiva. La cantidad recuperada debe ingresar a la Tesorería Nacional³⁷¹.

El tema de la selección del personal no ha sido abordado debidamente en Guatemala, pese a la insistencia sobre el tema. Salvo el caso del Servicio por Oposición –más formal que real– a muchos servidores públicos no se les exigen las calidades que corresponderían. En gran medida, la Administración Pública de Guatemala atenta contra un mínimo deseable de profesionalismo, que abre la puerta a un análisis sobre la Gestión del Personal que excede los propósitos de este estudio.

Sin embargo, sí se puede decir que el modelo de Servicio Civil en Guatemala ha sido rémora de los lazos débiles que se han pretendido atar al ámbito presupuestario. Estos dependen en cierto modo de la ley de presupuesto –y los renglones presupuestarios³⁷²– lo que ha abierto las puertas a más mecanismos de flexibilización, pues los contratados laborales o de servicios profesionales proliferan con la excusa de que con ello se garantiza una mejor gestión.

Cabe advertir que en Administraciones Públicas mucho más desarrolladas se ha venido criticando lo que en Guatemala es una regla desde hace mucho tiempo: «Un primer aspecto que debe ser abordado es el organismo encargado de las políticas de empleo público en Chile. Buena parte de los problemas [...] tienen que ver con encararlas desde una perspectiva centrada en el presupuesto. No es casual que la verdadera fisonomía del empleo público se encuentre en la Ley de Presupuestos de cada año y no en la legislación permanente, que ha quedado desactivada en aspectos clave por aquella»³⁷³.

Así, pese al énfasis en los principios constitucionales³⁷⁴, la preferencia por un sistema presuntamente meritocrático ha estado siempre en detrimento de las debidas garantías formales para los servidores públicos. Lamentablemente, la ausencia de Derecho administrativo en el país ha contribuido con esto, especialmente si se observa que la noción de Servicio Público³⁷⁵, con todo y su carga polémica³⁷⁶ no está asociada a la función pública. Pese a las referencias normativo-constitucionales, esto llega al punto que no se comprende que esa asociación fue la que favoreció que derechos como el de huelga o de asociación (sindicalización) estuvieran excluidas de la función pública³⁷⁷, cuestión que se disipa en el país debido al conjunto de tratados internacionales suscritos en la materia, tocantes a la laboralización y la sindicalización imparable.

La necesidad de un Estatuto administrativo en el caso de Guatemala no «guarda consistencia con los presupuestos teóricos de la función pública, que supone una relación jurídica de carácter estatutario, es decir, regulada por

371 Art. 53, LSC

372 Manual de Clasificaciones Presupuestarias para el Sector Público de Guatemala

373 RAJEVIC M., Enrique «La crisis de la regulación del empleo público en Chile. Ideas para un nuevo modelo» Isabel Aninat S. y Slaven Razmilic B (Editores), *Un Estado para la ciudadanía. Estudios para su modernización*, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, 2018, p. 416

374 Art. 113 CPRG

375 Art. 238 d. y 120 CPRG

376 MAIRAL, Héctor «La ideología del servicio público» en *Revista de Derecho Administrativo*, N 14, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 359-437.

377 LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas-IVAP, Organismo Autónomo del Gobierno Vasco, Madrid, 1994.

leyes y reglamentos y no por los acuerdos a que lleguen Estado y funcionarios»³⁷⁸. En Chile, casualmente, se ha venido criticado el desdibujamiento del modelo funcionarial. La diferencia de Guatemala con Chile es que ese modelo funcionarial y organización administrativa existente en el país suramericano jamás ha existido en el país centroamericano. De la misma manera, tampoco ha existido el capitalismo que propició el despliegue del Reino de Suecia que fue el que heredó la socialdemocracia de ese país³⁷⁹.

Ahora bien, una reforma profunda del Servicio Civil en Guatemala es necesaria a tenor de las bases del sistema constitucional. Así, pese a la insistencia crítica al sistema presidencialista³⁸⁰, lo cierto es que, como ha establecido la Corte de Constitucionalidad es que, pese a concebirse como «semi-parlamentario o de presidencialismo parlamentario»³⁸¹, existe una intención constitucional de diferenciar Gobierno de Administración.

Lamentablemente, la noción de «funcionario» es esquivada en el ordenamiento jurídico, y aun cuando de hecho existe una noción normativa, la misma no está exenta de problemas interpretativos de gran calado. A tal punto, se dice que «funcionarios públicos» son todas aquellas personas «investidas de funciones públicas permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas», estableciendo que, entre otros, pueden ser «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»³⁸².

Este problema no es menor si se atiende al hecho de que los «funcionarios», constitucional y legalmente, son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella³⁸³. Esta frase derivada de la revolución francesa de 1789, en concordancia con otras³⁸⁴, evidencia que la Constitución parece insinuar una tímida distinción entre cargos políticos y cargos administrativos³⁸⁵, al distinguir Ministros de Funcionarios.

A la vez, la Ley del Organismo Ejecutivo (LOE) establece que integran el Organismo Ejecutivo los Ministerios, Secretarías de la Presidencia, dependencias, gobernaciones departamentales y órganos que administrativa o jerárquicamente dependen de la Presidencia de la República.³⁸⁶ La cuestión es que muchos cargos de confianza a veces cumplen funciones administrativas o al menos tienen tareas administrativas, cuestión que ha generado ciertos problemas como antes se mostró de las Secretarías.

La clásica distinción entre «función gubernamental» y «función administrativa»³⁸⁷, a veces atada a la incidencia de la política en la designación, no ofrece realmente un criterio infalible que permita distinguir jurídicamente a los «funcionarios» de las «autoridades». Quienes abogan por una Administración Pública menos politizada, sin duda, apelan a que se acentúe el carácter profesional y técnico de la administración, en contraste con los criterios preponderantemente políticos. Ahora bien, la clásica distinción entre «función gubernamental» y «función administrativa» casi siempre ha estado vinculada a la incidencia de la política en la designación. Por sí solo, ello no ofrece un criterio decisivo para distinguir jurídicamente a los «funcionarios» de las «autoridades», siendo la última una noción difusa en el país.

378 VALDIVIA, José Miguel, *Manual de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Chile, 2018, p. 111

379 ROJAS, Mauricio, *Suecia, el otro modelo: del Estado benefactor al Estado solidario*, Fundación para el Progreso, Santiago, 2014.

380 Realmente Guatemala no tiene un Sistema presidencialista al estilo norteamericano.

381 CC, Expediente 274-91

382 Ley de Probidad y Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados Públicos.

383 Art. 154, 155 y 156. 164.a

384 BOQUERA OLIVER, José María, «Los orígenes de la distinción entre actividad política y administrativa» en *Revista de administración pública*, n° 40, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1963, pp. 33-78.

385 Art. 168 CPRG

386 Art. 5 LOE

387 HUTCHINSON, Tomás «El Derecho Administrativo. Concepto y Naturaleza» en *Themis: Revista de Derecho*, n° 13, Asociación Civil Themis, Perú, 1988, pp. 10-15.

Sin embargo, esta distinción entre «funcionarios» y «autoridades» se desvanece cuando se repara en que, se reconocen cada vez más los mismos beneficios de orden laboral, e incluso las mismas exigencias de probidad, cuando es claro que no todos los servidores públicos son «funcionarios»³⁸⁸. Es posible que las nociones de «dignatarios» y «funcionarios» revele la posible intención del constituyente de distinguir gobernantes de «funcionarios», para así diferenciar Gobierno de Administración, cuestión que en cierta forma está presente en la LOE.

Bajo este esquema, el Gobierno manda. Es decir, define la política, mientras que la Administración (burocracia) la ejecuta o la pone en práctica. Esto implica que las preocupaciones por una función pública no deberían estar focalizadas en las más altas autoridades del Estado, pues en rigor no son «funcionarios», aunque la CC no lo aborde de esta manera³⁸⁹.

La categoría de «funcionarios» es bien diferente de la de más genérica «servidores públicos». Sin embargo, no cabe la menor duda de que esta noción de «funcionario» se ha venido haciendo cada vez más difusa, si se tiene presente la ampliación de la actividad administrativa a través del reconocimiento de «actos de autoridad»³⁹⁰, es decir, actos dictados por particulares. Esta noción, de clara estirpe francesa, está relacionada con la potestad administrativa y se encuentra bastante condicionada a una clasificación de los actos por los fines o motivos por los cuales se dicta, diferenciándose dicha categoría de la antigua categoría de los actos de gestión, en el entendido que los «actos de autoridad» son los actos dictados por particulares u órganos privados habilitados por Ley para prestar un servicio público, cuyos actos son asimilables a los administrativos. En el caso de Guatemala por la clara influencia de la institución del Amparo mexicano³⁹¹, a veces mal asimilada, no existe una distinción clara -conceptualmente- entre «actos de autoridad» y «actos administrativos».

En el caso del Servicio Civil, lo que ha ocurrido es que la noción de «funcionarios» se ha disipado a tenor del proceso de procurar un control fiscal a ciertos servidores, que aun cuando no son funcionarios³⁹² terminan siendo concebidos casi como tales. El modelo de la LSC opta por un sistema basado en la inclusión formal del cargo respectivo, por lo que cuenta con ciertos candados que evitan –al menos formalmente– que, aunque su permanencia sea prolongada, el servidor público no sea concebido como «funcionario».

388 P. 114 y 115

389 Los diputados los entienden como «funcionarios». Expediente 3636-2009

390 SEGADO, FRANCISCO Fernández «La Jurisdicción Constitucional En Guatemala» en *Verfassung Und Recht in Übersee-Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, Vol. 31, No. 1, Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 1998, pp. 33-59; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo «El debate sobre el nuevo amparo mexicano. El concepto de autoridad para los efectos del amparo», *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, N° 7, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 539-557. En Guatemala, realmente no se sabe que se quiere decir con «disposiciones o leyes de autoridad» (art. 8 LAEPC). No existen leyes de autoridad. No es menor esta precisión por cuanto es bastante confusa. En Guatemala se establece que procede amparo contra el Poder Público, incluyendo entidades descentralizadas o autónomas, las sostenidas con fondos del Estado creadas por ley o concesión o las que actúen por delegación de los órganos del Estado, en virtud de contrato, concesión o conforme a otro régimen semejante. Asimismo, podrá solicitarse contra entidades a las que debe ingresarse por mandato legal y otras reconocidas por ley, tales como partidos políticos, asociaciones, sociedades, sindicatos, cooperativas y otras semejantes. Lo de «disposiciones o leyes de autoridad» no se entiende muy bien, y quizás pueda deberse a una copia -errada- del Juicio de Amparo de México. Quizás quisieron decir los redactores actos de autoridad o simplemente leyes. Contra las leyes procede amparo en México, es decir contra leyes autoaplicativas. Toda la tradición habla de disposición de la autoridad. Es evidente que alguien quiso incorporar lo de los actos de autoridad y terminó confundiendo todo sin que se medite sobre el particular. Véase GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario «El habeas corpus y el amparo en el derecho constitucional guatemalteco» en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N. 31-32, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1978, pp. 53 y ss. Nadie ha reparado en esto desde 1985.

391 FIX-ZAMUDIO, Héctor «Algunos aspectos comparativos del derecho de amparo en México y Venezuela» en *Libro homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*, tomo II, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1970, pp. 333-390. Realmente hay una diferencia pronunciada del Amparo mexicano y el de Guatemala. De hecho, pese a que en muchos casos formalmente el Amparo en el país tienda a parecerse a mecanismos de Amparo suramericanos, es casi evidente que derivada de la doctrina iuspublicista mexicana en el país, casi siempre citada, aunque no referida plenamente en las sentencias, no exista una distinción clara entre actos administrativos y actos de autoridad. La CC ha sostenido que los empleados o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, pueden dictar actos que no pueden ser catalogados como actos de autoridad a menos que los mismos reúnan las características de unilateralidad, imperatividad, y coercitividad. Véase CC, Expediente 4260-2019. En México se habla ya de actos de la autoridad responsable.

392 Pero en lo demás, el régimen jurídico aplicable a este personal es el definido en sus respectivos contratos, y no el régimen estatutario de derecho público.

Aunque no pase a formar parte del Servicio por Oposición, la cuestión está en que estas prácticas modifican orgánicamente el Servicio Civil, en tanto tienen impacto en las finanzas públicas, máxime si se tiene presente la jurisprudencia *in dubio pro-operario*.

La LSC no garantiza estabilidad, pues no premia la permanencia de un cuerpo de «funcionarios» al servicio del Estado desde su concepción. Lo que ha ocurrido y seguirá ocurriendo es que el Servicio Público sea cooptado por los mismos servidores públicos y por otros actores externos, sin contar con la influencia de los «titulares ocasionales del poder»³⁹³.

A tal respecto es pertinente recordar que:

«Los sistemas de empleo, en cambio, presentan una estructura interna basada en puestos de trabajo, de manera que la contratación del empleado se produce para ocupar un puesto de trabajo concreto. Intrínsecamente, pues, la carrera no estructura dinámicamente el modo, si bien no es radicalmente incompatible con un trasunto de carrera, en la medida en que se prevean medidas organizativas como la jerarquización de puestos, la agrupación de estos o mecanismos y criterios de ocupación progresiva de puestos. Si bien, la aplicación estricta del derecho a la igualdad en el acceso a puestos en las Administraciones Públicas desdibujaría o negaría la delimitación subjetiva implícita en la carrera, solo cohonorable con tal principio merced a su afirmación como institución peculiar y propia de la Función Pública, con principios y técnicas específicas»³⁹⁴

Es innegable que la LSC no consideró el concurso o del concurso-oposición un pilar central de la legislación. Al contrario, fue más un guiño al confuso modelo anglosajón que se imitó. Como se ha dicho, la burocracia ha sido mal articulada en Guatemala y la vida constitucional está signada en gran medida por el «*Débrouillez-vous*»³⁹⁵ sin que exista hasta ahora una revolución racional en todo lo tocante a las instituciones jurídico-formales, condición necesaria más no suficiente para lograr una vida civilizada³⁹⁶.

Lamentablemente, la tendencia a imitar acríticamente modelos sin entender sus presupuestos y particularidades ha ocasionado un gran tributo a Mary Shelley con su Frankenstein. Esta circunstancia se agrava progresivamente, pues ciertos sectores en el debate público propugnan imitar modelos como el sueco, neozelandés y otros. Puede afirmarse que el concurso-oposición o la oposición tiene claros enemigos, pues su implementación implicaría desmontar todo el clientelismo político existente. En un país cuyo sistema de partidos estatales domina la Administración Pública³⁹⁷, no cabe duda de que los concursos se transforman rápidamente en algo muy diferente a la evaluación verdadera de la capacidad de los aspirantes. Además, la articulación legal de ese concurso-oposición debería replantearse pues no se trata simplemente de valorar méritos. La clave debería estar en desarrollar un conjunto de pruebas u exámenes que permitan realmente evaluar y crear capacidades³⁹⁸.

Estas pruebas no tienen que ser pruebas estériles que solo favorezcan la memoria, sino que deberían traducirse en medios que permitan potenciar las capacidades analíticas de los aspirantes, además de destrezas y habilidades, dominio de idiomas y de recursos tecnológicos. Esto no se opone a la importancia y utilidad de los exámenes a

393 RUBIO LLORENTE, FRANCISCO «La Constitución como fuente de derecho» en Miguel Carbonell (Compilador), *Teoría de la Constitución: ensayos escogidos*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 163.

394 FUENTETAJA PASTOR, *Pasado, Presente y Futuro de la Función Pública*, op. cit., p. 312

395 ACEMOGLU, Daron y ROBINSON, James A., *El pasillo estrecho: Estados, sociedades y cómo alcanzar la libertad*, Ediciones Deusto, México, 2019, pp. 20 y ss.

396 ANDREWS, Matt; PRITCHETT, Lant y WOOLCOCK, Michael, *Building State Capability: Evidence, Analysis, Action*, op. cit., Véase, ALVARADO ANDRADE, Jesús María, «2019 al 2091: Un ejercicio serio de imaginación para-Guatemala», Fundación Libertad y Desarrollo, Guatemala, 2019.

397 Art. 223 CPRG y Ley Electoral y de Partidos Políticos (art. 18).

398 Por todos, NUSSBAUM, Martha C., *Crear capacidades: Propuesta para el desarrollo humano*, Editorial Paidós, Barcelona, 2012.

la manera tradicional, centrados en un temario bien específico. Pero sí obliga a replantearse si la ONSEC puede cumplir este propósito. Por todas las razones aducidas, cabría insistir que, si se desea preservar ese esquema, es conveniente evaluar su integración, organización y funciones.

Debe además tenerse cautela con la obsesión por el puntaje en esos procesos de evaluación, algo que desdibuja y en muchos casos oculta que dichos baremos están siempre en función de las capacidades de candidatos seleccionados *a priori*. Si se persiste en la laboralización de la Administración Pública, y en un modelo rémora de un sistema de puestos predeterminados con criterios presupuestarios que condicionan el régimen jurídico-aplicable no habrá un cambio real.

La hegemonía intelectual favorable a la aplicación de un régimen jurídico laboral ha derivado en que los tribunales laborales –no los contencioso-administrativos– resuelvan la mayoría de las controversias, frecuentemente revirtiendo simulaciones de trabajo cuyo estrago presupuestario es un secreto a voces. Por otra parte, la cuestión del período de prueba en el caso de los ingresos al Servicio por Oposición debería sincerarse y precisarse, pues lo que actualmente ocurre es que no es la regla en el ámbito del Servicio Civil. Además, las formas de ingreso están divorciadas de las capacidades formalmente demostradas en el procedimiento previo de oposición y de la actitud, talante o espíritu de servicio del candidato.

Ostensiblemente, el sistema de Servicio Civil en Guatemala no da peso a la persona, al punto que ni siquiera concibe la importancia de las entrevistas efectuadas y concebidas por expertos. Pese a que la LSC eludió concebir realmente un auténtico Estatuto administrativo, tampoco es muy prolija en lo concerniente a regulaciones referentes al contrato laboral. Así, abrió paso a la irrupción del Código de Trabajo, dejando a buena parte de la Administración pública cautiva de la presión sindical, cuando no a la presión claramente política.

Si a esto se añade que la Ley de contrataciones del Estado no regula con prolijidad todos los tipos de contratos del Estado, la cuestión se agudiza. En la actualidad, el Estado de Guatemala cuenta con unas administraciones públicas dispuestas a abdicar con facilidad de los principios constitucionales exigidos para los «trabajadores del Estado».

La LSC no establece un mínimo de desarrollo normativo que incite a precisiones reglamentarias compatible con los principios de legalidad y de reserva de ley. En el fondo, ha dejado la puerta a un sinfín de normativas dictadas por las propias administraciones. Además, fracturó la posibilidad de tener un Servicio Civil coherente, al impedir una cohesión en el ámbito nacional y municipal. La Constitución de 1985, por su parte, no tomó en cuenta los problemas que ya venían aconteciendo en el país en este ámbito, sino que profundizó los problemas.

A la fecha, pese a que se insiste en una reforma de la LSC, no ha ocurrido un acuerdo sobre el modelo a seguir. Diversidad de modelos coexisten con la precaria estructura económica, abriendo las puertas a un proceso de corrupción administrativa, ineficacia, ineficiencia, nepotismo, entre otros aspectos que no van a ser corregidos con la criminalización de la actividad administrativa, esto es, la dependencia del Derecho penal, que cada vez tiende a ser todo menos garantista. Si a esto se añade la crisis económica permanente, cuya manifestación entre otras es la migración masiva, es evidente que la cuestión se agrava y se agravará cada vez más.

Ahora bien, pese a la existencia del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) –una pretendida copia de la Escuela Nacional de Administración francesa–, la educación universitaria y no universitaria en temas de derecho público en el país deja mucho que desear, aun cuando hay cambios en marcha a este respecto. También decepciona la ausencia de estudios y propuestas concretas, pues no existe un planteamiento de reforma del Servicio Civil, aunque este de por sí es solo un problema de muchos que tiene la administración pública de Guatemala.

Por tanto, es preciso mostrar que una reforma profunda del Servicio Civil coadyuvaría a mejorar la cuestión de los medios personales al servicio de las administraciones, pero que de ningún modo mejorará otros aspectos críticos de las Administraciones Públicas. Entre estos es posible hablar de los procedimientos administrativos³⁹⁹, recursos administrativos, organización administrativa, actividad administrativa en general y los controles jurisdiccionales contra la actividad administrativa.

En tal sentido, resulta importante destacar que en buena medida el Estado de Guatemala enfrenta diversos litigios en tribunales, la mayoría laborales, con todo el peso financiero que esto tiene en el Estado. Si a eso se suma la constitucionalización e internacionalización de los derechos humanos, el auge de un control de constitucionalidad y de convencionalidad —a veces entendidos erradamente como si allí se agotara el Derecho público—, el resultado no puede ser más predecible. Esto es, la pérdida progresiva y sistemática de la fisonomía de la Administración Pública. Así, en toda discusión de reforma del Servicio Civil se ignora deliberadamente la importancia de analizar el problema holísticamente, es decir, tomar en serio la imperiosa reforma administrativa. Otros temas tienen y han tenido prioridad, mientras ocurre una especie de inercia y de dependencia acrítica de la parafernalia de los manuales de puestos y los renglones presupuestarios, que —con evidencia concreta— no han podido frenar el proceso de destrucción de lo público.

En Guatemala, lamentablemente, se tiende a ver más lo que ocurre en otros lados, sin analizar lo que ocurre en el propio país. Con bastante sabiduría, la Asamblea Constituyente de 1872 sostenía algo que aplica con entera vigencia a pesar de no ser tomado en cuenta actualmente. Así se sostenía que es «preciso inspirarse en la historia de las pruebas y decepciones por qué ha pasado el país que se constituye; no basta tampoco que abunde en buenos principios, y que contenga las declaraciones más solemnes de los derechos del hombre; lo que importa, es que se establezca una organización política tal que los principios tengan necesaria aplicación y los derechos suficiente garantía»⁴⁰⁰.

Políticos y burócratas abogan por reformas puntuales que ignoran la realidad nacional y no llegan a comprender lo que ocurre más allá de sus fronteras. Estas nobles imitaciones no revierten la patrimonialización, ineficacia, e ineficiencia del sistema. A tal punto que algunos incluso sostienen que el modelo o la LSC no es el problema, sino que se trata de su mala aplicación. La explicación de esto no es otra que la hostilidad para con el modelo funcional, casi siempre concebido como demasiado estático, inflexible e improductivo y una clara falacia mencionada en la introducción a este estudio.

Sin embargo, en Guatemala no ha ocurrido lo que sí en otros países, donde el modelo funcional se ha adaptado o perfeccionado con otras técnicas. Llanamente, Guatemala nunca ha tenido un modelo funcional, pero las acusaciones de que este es o sería improductivo, estático o inflexible han sido la excusa perfecta para legitimar el empoderamiento de los «trabajadores del Estado» en detrimento de los intereses públicos.

Esto es tan así que puede decirse que las Administraciones Públicas están incluso divorciadas del Gobierno y del principio de legalidad. Incluso, cuando se discuten temas de estabilidad presupuestaria, estas no se relacionan con el Servicio Civil. La razón es que, en cierta forma, ha sido el Estado quien se ha convertido en el proveedor principal de puestos de trabajo, derivado del modelo pre-capitalista existente, ignorando casi deliberadamente que las distintas burocracias no satisfacen un mínimo de respeto por el Estado de Derecho.

Concebir al Estado como un botín ha ocasionado el sabotaje constante a la actividad privada, ataques a la propiedad privada, preservado una retrógrada política comercial, entre otros errores que redundan en la

399 Este tema no lo resuelve por ejemplo lo que fue la Iniciativa legislativa (5766) que luego terminó en la Ley para la simplificación de requisitos y trámites administrativos antes mencionada. Simplificar unos trámites, sin estructurar procedimientos administrativos es poner la carreta delante de los buyes.

400 GARCÍA LAGUARDIA, *La reforma liberal en Guatemala*, Tipografía Nacional, Guatemala, 2011, p. 293-294

claudicación de la carrera administrativa y, por supuesto, en todo lo que tenga que ver con la regulación de la promoción horizontal y vertical.

IX. Régimen funcional vs. Régimen de clasificación de puestos

La estructura y organización constitucional en Guatemala exige una mutua coordinación de las distintas funciones y controles entre los diversos órganos. Bajo el esquema de «división del poder» las funciones estatales han de limitarse y frenarse recíprocamente. Esto implica que debe existir, constitucionalmente, una recíproca colaboración y fiscalización entre tales órganos con el objeto de que los actos producidos por el Estado se enmarquen en una unidad jurídico-constitucional.

En Guatemala no hay una absoluta «separación de poderes», si bien se le asignan determinadas funciones a cada uno de los organismos estatales. El esquema de 1985 sostiene que el pueblo, como titular de la soberanía y en ejercicio del poder constituyente, a través de una Asamblea Nacional Constituyente, sancionó una Constitución que le es enteramente aplicable al pueblo. Este sometimiento del pueblo y de los gobernantes a la Constitución es lo que permite hablar de supremacía constitucional⁴⁰¹. Conforme a dicho principio, los organismos estatales no pueden delegar, modificar ni tergiversar el contenido ni el sentido de la función que les ha sido otorgada, pues es la Constitución la que delimita las competencias respectivas, siendo inconstitucional el que un poder constituido se arrogue poderes constituyentes⁴⁰².

Esta preferencia constitucional por una «división de poder», en lugar de una «separación de poderes», tiene sus consecuencias desde el punto de vista administrativo. En cierta forma, dada la influencia de la Revolución francesa evidente en muchos de sus textos constitucionales, se ha querido construir un «Estado máquina»⁴⁰³. A la vez, se ha optado por el modelo unitario de distribución del poder (departamentos-municipalidades) proveniente de la revolución gala y, especialmente, por las exigencias de la Administración napoleónica⁴⁰⁴ que favorecía un solo centro de poder público que retiene la potestad legislativa. Ello sin negar que desde muy temprano se ha adoptado una cierta distinción entre lo administrativo y judicial, cuyo ejemplo es el tema del contencioso-administrativo⁴⁰⁵.

Como es conocido, la Revolución «francesa» —y con más ahínco, Napoleón⁴⁰⁶— favoreció el nacimiento del Derecho administrativo⁴⁰⁷, nueva disciplina que se ha ido amoldando a ciertos condicionamientos políticos,

401 BREWER-CARIAS, Allan R., *Principios del Estado de Derecho. Aproximación histórica*, Cuadernos de la Cátedra Mezerhane sobre democracia, Estado de derecho y derechos humanos, Miami Dade College, Programa Goberna Las Américas, Editorial Jurídica Venezolana International, Miami-Caracas, 2016.

402 CC, Expedientes Acumulados 2265-2006, 2443-2006 y 2451-2006. En cuanto a la descentralización, véase CC, Expediente 258-87. Sobre la autonomía, CC, Expediente 16-2000

403 SCHMITT, Carl, *El Leviatán en la teoría del estado de Tomas Hobbes*, Editorial Comares, Granada, 2004.

404 «Uno de los dogmas centrales del esquema organizativo sobre el que se montó la estructura de la Administración napoleónica, modelo de toda la Administración continental y desde luego de la nuestra, es el de la distinción de las funciones activa, deliberante y consultiva, a cada una de las cuales correspondería exactamente un tipo de órgano específico». GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo «Aspectos de la administración consultiva» en *Revista de administración pública*, N° 24, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 170.

405 Art. 221 CPRG

406 WOOLF, Stuart, *La Europa napoleónica*, Crítica Editorial, Madrid, 1992.

407 Como lo explicó tantas veces GARCÍA DE ENTERRÍA, la Administración napoleónica, se caracterizaba y se caracteriza aun pese a los cambios drásticos, por procurar «una nueva técnica de organización que hace pasar la línea de mando sobre órganos monocráticos o unipersonales, en tanto que se desplazan los órganos colegiales, que resumían el saber organizativo de siglos y siglos de vida política, hacia la deliberación o hacia la función consultiva, trezando una estructura jerárquica entre los primeros. Prolongando esta técnica, pone en marcha por vez primera la moderna organización ministerial. Articula el territorio en el cuadro de los Prefectos, Subprefectos y las municipalidades, gran instrumento de centralización, organiza la carrera administrativa como una posibilidad ofrecida a los más aptos, que sustituirán a los anteriores notables del Antiguo Régimen, instituye y despliega la enseñanza en todos sus grados, la sanidad, los servicios de desarrollo y de fomento, etc.» GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Editorial Civitas, Madrid, 2009.

económicos, sociales de los países en los que se ha adoptado⁴⁰⁸. En Guatemala, una reforma del ámbito administrativo debe tomar en cuenta diversos estudios históricos⁴⁰⁹, especialmente al considerar que el afán de novedad y el desconocimiento de las estructuras políticas y administrativas existentes durante el periodo colonial han agudizado la esquizofrenia legal. Además, las imitaciones patentes en la legislación⁴¹⁰ tampoco se estudian a profundidad, redundando en la existencia de un Estado de papel, cuya muestra es la actitud contradictoria de insistir en la estatalidad, pero ignorar la burocracia que es consustancial a la estatalidad.

La ausencia de un modelo funcionarial o, en otro sentido, de una Administración diferente a la que tiene Guatemala, no se revierte apelando a la deontología jurídica o los valores⁴¹¹. Tampoco a un fútil discurso en torno a la erradicación de la «corrupción», que en realidad no se comprende, en tanto «La corrupción política se relaciona con la función pervertida de las estructuras»⁴¹². De hecho, si «los regímenes contemporáneos tienden a combinar sabiamente la corrupción y el terror en una suerte de despotismo oculto»⁴¹³, entonces lo que procede es intentar procurar una organización que pueda hacer cumplir la ley, y en buena medida, frenar los intentos por hacer de este Estado, un proveedor de servicios y un conformador de la realidad económica y social.

Así, las loas constitucionales al intervencionismo económico del régimen económico y social de Guatemala, fundado en el espejismo de la «justicia social»⁴¹⁴ y la «solidaridad»⁴¹⁵, no ha significado otra cosa en la práctica que entorpecer el crecimiento económico y generar mayor corrupción. No parece comprenderse desde 1945, que un Estado sin capacidad estatal para cumplir la ley no será capaz de prestar servicios públicos de calidad.

Este «Estado social», como han dicho sus propios proponentes, puede entrar en crisis e incluso desaparecer en países como Guatemala, a diferencia de lo que ocurre en Europa⁴¹⁶. La cuestión está en asumir la distancia entre la proclamación formal y el cumplimiento real de esas funciones estatales, así como la diferencia entre las proclamaciones jurídicas y la realidad económica desarrollada que estas requieren.

En efecto, el Estado tiene encomendados varios fines, actividades reservadas, bienes propiedad del Estado y cláusulas económico-sociales que, a pesar de que incitan a una administración directa para la consecución de una justicia distributiva, han cedido su lugar y se han convertido en diferentes programas sociales que potencian la corrupción o a una mayor disfuncionalidad del Estado. Conscientes de ese problema, el Estado ha tenido que asumir a regañadientes –desde 1945– el principio de subsidiariedad⁴¹⁷ en el ámbito económico, tomando un rol de regulador o de garante de las prestaciones que están hoy en manos de empresas privadas.

408 BREWER-CARIAS, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público Iberoamericano*, Tomo II, La Administración Pública, Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, p. 124 y ss.

409 VILLAGRÁN KRAMER, FRANCISCO; COLOM ARGUETA, Manuel y MIJANGOS, Adolfo, *Bases para el desarrollo económico y social de Guatemala*, Comisión de Planificación de Unidad Revolucionaria Democrática (URD), Guatemala, 1966; LUJÁN MUÑOZ, Jorge, *Aportaciones al estudio social de la independencia de Centro América*, Editorial Cultura, Guatemala, 1991; WAGNER, Regina, *Historia social y económica de Guatemala, 1524-1900*, Asociación de Investigación y Estudios Sociales, 1994; SABINO, Carlos A., *Guatemala: la historia silenciada (1944-1989)*, 2 vols., Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2008.

410 De Francia, se ha pasado a una imitación a España y en el ámbito del Servicio Civil a los países indicados.

411 SCHMITT, Carl, *La tiranía de los valores*, Hydra, Buenos Aires, 2009 y NIETO, Alejandro «Los supuestos valores de la administración pública» en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n° 88, Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2011.

412 NEGRO, Dalmacio «Sobre la naturaleza de la corrupción política» en *Revista de estudios políticos*, N° 199, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 114

413 Ibid., p. 146

414 Art. 118

415 Art. 4 LOE.

416 DE VEGA GARCÍA, Pedro, «El problema de los derechos fundamentales en el Estado social» en *Anuario jurídico de La Rioja*, N° 3, Universidad de La Rioja, Logroño, 1997, p. 375.

417 La CPRG establece que cuando fuere necesario el Estado actuará complementando la iniciativa y la actividad privada, para el logro de los fines expresados (art. 118). La LOE ha dicho que a menos que no sea necesario, el Estado debe regirse por principio de «subsidiariedad», es decir, no arrogarse funciones que pueden ser ejecutadas por los ciudadanos individual o libremente asociados (art. 4 LOE)

Este fenómeno ha ocurrido en otros países, con Administraciones mejores constituidas que Guatemala, que han tenido que abdicar en favor del mercado, con la inevitable pérdida de sus «posiciones dominicales y el protagonismo gestor». Ello sin contar con la «retirada en el ejercicio de funciones públicas que se encomiendan a particulares en sectores tan dominados antaño por la intervención pública como la policía administrativa, que ahora se presenta, sobre todo, como actividad de regulación de riesgos; retirada de la Administración en su importante actividad de autorización, que ahora se desplaza a los particulares, sus declaraciones y las fórmulas de cobertura que puedan establecer; retirada de las leyes y normas reglamentarias para dar entrada a la autorregulación de sectores sociales eficazmente organizados; retirada, podíamos añadir también, de la jurisdicción y de la resolución de conflictos desde instancias públicas para entregarlos a fórmulas convencionales de mediación o arbitraje privado»⁴¹⁸.

Mientras en Europa estructuras administrativas sólidas admitieron las ventajas del mercado frente a los desvaríos de la desastrosa gestión estatal, dando paso a colaboración público-privada, en el caso de Guatemala nunca ha existido esa Administración. Y aunque por fortuna existan empresas privadas prestando servicios públicos, la administración no cumple debidamente la función de garantía, pues es sorda e impotente frente a las modalidades de autorregulación privadas. Es por ello, que algunos hablan críticamente de los procesos de subsidiariedad⁴¹⁹.

Estos temas no son menores e impactan en el ámbito de la función pública y de la organización administrativa, pues como se ha sostenido «Los resultados, los logros, las prestaciones, la eficiencia, es lo que se valora prioritariamente en la Administración garante, y ello tiene una serie de consecuencias en el plano organizativo»⁴²⁰. Esto sin contar con «la erosión de las exigencias procedimentales y de participación que se produce por la imposición de los objetivos de eficacia y resultados»⁴²¹

En realidad, en Guatemala existe una caricatura de «Estado Garante» que amenaza las conquistas del principio de subsidiariedad, toda vez que empieza a asociarse equivocadamente que la prestación de servicios públicos por privados es nociva y corrupta en sí misma. Esta visión es equivocada, pero es aceptada por la ilusión muy difundida de «pensar que se puede incrementar la eficacia de la administración pública mediante el empleo de técnicas de dirección empresarial y sus métodos científicos de gestión. Pero estas ideas dejan entrever una concepción radicalmente errónea de los objetivos de la administración pública»⁴²², cuando no del fuerte rechazo de la afirmación empíricamente verificable de que «cierta dosis de burocracia es siempre indispensable»⁴²³.

Este rechazo, a la burocracia ha favorecido la permanencia del Servicio Civil actual, que carece de un funcionariado «permanente» y limitado por unos medios personales precarios, limitados mediante las evaluaciones constantes, incapaces de atender al sinfín de problemas que tiene el país en su pre-moderna etapa de Administración Pública⁴²⁴.

418 ESTEVE PARDO, José «La Administración garante. Una aproximación» en *Revista de administración pública*, n° 197, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 19

419 «La política de subsidiariedad fue víctima del patrimonialismo de Estado», en CHICOLA, Phillip «La ausencia de un debate sobre modelos de Estado», *El Periódico*, Guatemala, 2017.

420 ESTEVE PARDO, José «La Administración garante. Una aproximación» op. cit., p. 36.

421 *Ibid.*, p. 38.

422 VON MISES, Ludwig, *Burocracia. Gestión empresarial frente a gestión burocrática*, op. cit., pp. p. 74.

423 *Ibid.*, p. 35

424 DE LESSA CARVALHO, F. Lins «La función pública en el mundo rasgos jurídicos, tendencias y retos de siete modelos comparados» op. cit., p. 62.

X. La clasificación de puestos

Uno de los ejes transversales de la LSC es reemplazar el modelo tradicional de cuerpos, presente en casos como la organización del Ejército por el sistema de clasificación de puestos⁴²⁵. De hecho, la Oficina Nacional de Servicio Civil (ONSEC) tiene competencia para elaborar un Plan de Clasificación de Puestos, en el que se deben determinar los deberes y responsabilidades de todos los puestos comprendidos en los Servicios por Oposición y sin Oposición, debiéndose agrupar dichos puestos en clases⁴²⁶.

Todo esto de las clases fue una importación del ámbito anglosajón, procurando que las personas que ingresen cuenten con ciertas cualidades y, con ello, determinar el grado de formación necesaria para el servicio concreto. Bajo este sistema, lo que se pretende es que las personas vayan adquiriendo experiencia, pese a que en muchos servicios exentos opera el principio de jerarquía. Más allá de lo que diga la LSC, el reclutamiento en Guatemala no es transparente y tampoco se puede lograr que sea basado en los méritos.

La LSC es reticente a definir con claridad el ámbito de los funcionarios y los que no lo son, pero también es bastante confusa con los derechos y garantías involucrados. Su carácter etéreo le otorga un gran poder a la ONSEC, que como se mencionó es instrumentalizada por el Gobierno de turno.

La ausencia de un Estatuto administrativo ha facilitado un mar de problemas de aplicación en lo que concierne al régimen jurídico de derecho público y al régimen jurídico laboral, cuya muestra es el régimen de sanciones y de despidos. Este sistema de clasificación de puestos no ha resultado positivo, a pesar de que no se ponga en entredicho. La buena gestión al modo de la empresa privada que a menudo se discute ha favorecido un proceso de patrimonialización de las administraciones públicas por otros medios. Los puestos de trabajo reservados a los funcionarios de carrera no están tasados en ley, pues se han dejado al ámbito reglamentario.

La definición de «funcionario de carrera» no aparece en la LSC y, pese a que se insista en la carrera, no todos los funcionarios son de carrera porque esto depende de la estructura y organización administrativa; solo hay carrera donde hay ascenso. Como se ha indicado, la LSE emplea el concepto de «servidor público» cuya definición en cierta forma encierra diversas confusiones.

425 Dada la obsesión con los Estados Unidos de América en Guatemala, vale mencionar que su modelo constitucional es enteramente diferente al de Guatemala. Dicho modelo -pese a las grandes influencias perfeccionadas del sistema constitucional británico- se ha visto enfrentado a diversas crisis como la actual. En países de Europa continental y por extensión, buena parte de los países de la América española ha existido una mayor conexión con la tradición estatista europea, y con ello, con el modelo de Estado administrativo. Es por ello por lo que, en América latina, y quizás hasta en la misma Europa, el constitucionalismo sea diferente o quizás, impotente, máxime si se toma en cuenta que el constitucionalismo se ha concebido históricamente como un antídoto al Estado administrativo. Si bien en Estados Unidos el proyecto de los padres fundadores fue el de evitar dicho Estado administrativo, lo cierto es que, en las últimas décadas, el proceso de europeización ha venido acelerándose. Lo curioso es que los que admiran al Estados Unidos de hoy, con su riqueza y esplendor desdeñan los factores, instituciones, reglas, costumbres, etc., que favorecieron esa grandeza. En la actualidad, los Estados Unidos están sufriendo un proceso de estatización en contra de la Constitución, cuestión enteramente diferente al proceso que ha padecido la América española y buena parte de Europa. En América española, se ha pretendido lograr que el Estado administrativo sea un Estado constitucional, un mito que los norteamericanos desde su fundación pensaron apropiadamente que es un imposible, diseñando más bien una estructura constitucional basada en una auténtica separación de poderes que evitara la aparición de un Estado administrativo. Este debate en Estados Unidos, si bien no es nuevo, a saber, entre europeístas pro-estatistas y norteamericanos liberales, conservadores o libertarios, ha vuelto a aparecer, o ha sido «redimido» con la obra de Cass R. SUNSTEIN, y Adrian VERMEULE, *Law and Leviathan: Redeeming the Administrative State*, Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, USA, 2020. Para Sunstein y Vermeule, la teoría constitucional clásica está demasiado obsesionada con los posibles abusos que pueda cometer un funcionario, al punto que sostienen que técnica de la separación de poderes es de suyo anticuada. Estos académicos, por distintas razones, abogan por una importación del modelo europeo de Derecho administrativo, pues para ellos, la teoría clásica no dice nada sobre la burocracia la cual está en todas partes. Esta precisión se sostiene por cuanto resulta valioso enfrentarse a los problemas que siempre puede encarar la burocracia con su impacto en el sistema constitucional.

426 PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, «La degeneración del modelo de la función pública» en *Revista de administración pública*, N° 150, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 413-452

En esta conceptualización, el «servidor público» se refiere a la persona individual, en tanto y en cuanto esta ha de ocupar un puesto en la Administración Pública. La definición insiste en algo obvio, como que se trate de un vínculo legalmente establecido. La ausencia de un Estatuto abrió las puertas a una laxitud considerable, señalando la LSC que los «servidores públicos» pueden ser por nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo para prestar servicios o ejecutar una obra a cambio de un salario, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata de la propia Administración pública⁴²⁷.

Lo que no establece la LSC de manera clara y contundente es que la clave de un «funcionario de carrera» es el de haber adquirido su condición a través de una oposición bastante exigente y diferenciada a la de otras clases de empleo. Además, la clave de ese concepto está en la permanencia de la relación jurídica de servicio, es decir de su condición. Lamentablemente este no es el modelo que instauró la LSC, que no se preocupó de la organización y estructuración del personal al servicio de las administraciones públicas. De hecho, lo que favoreció fue una remisión de este tema a la Oficina Nacional de Servicio Civil con toda y la discrecionalidad y deslegalización antes mencionada.

En todo caso, el director de la ONSEC está obligado a mantener una lista de las clases de puestos y de las series o grados ocupacionales que se determinen; un manual de especificaciones de clases, definiendo los deberes, responsabilidades y requisitos mínimos de calificación de cada clase de puestos y un manual que fije las normas para la clasificación de puestos⁴²⁸.

Todo esto de los manuales ha sido una copia anglosajona, que se ha impuesto en la vida nacional, en muchos casos bajo el pretexto de imponer «principios del código de conducta». Así pretendiendo esconder problemas morales de hondo calado⁴²⁹, también se ha ignorado que:

«[...]los valores que las normas jurídicas (desde la constitución a los códigos de conducta) imputan a las Administraciones públicas son en el mejor de los casos superfluos o inútiles y en el peor de los casos perversos. Pero tampoco hay que prestarles demasiada atención porque, salvo para un puñado de profesionales, que de su elaboración y exégesis viven, ni los políticos, ni los funcionarios las dan la menor importancia. Sencillamente no creen en ellos y por descontado no los practican seriamente. Son filósofos sin saberlo desde el momento en que aceptan y aplican a pies juntillas la sabia doctrina de Wittgenstein: «En el mundo no hay ningún valor y aunque lo hubiera no tendría valor alguno; y de haber algún valor que tuviese valor, éste habría de quedar fuera de cuanto ocurre (...)» De aquí la imposibilidad de las proposiciones éticas (Tractatus lógico-philosophicus: 6.4.1 y 6.42)»⁴³⁰

Por ello es necesario destacar que, al establecer las funciones de la ONSEC, la LSC prescindió de un coherente modelo organizativo. A lo sumo, estableció que la ONSEC, en su potestad de auto organización, podrá a través de instrumentos técnicos precisar los requisitos para cada puesto de trabajo. A partir del ámbito de aplicación de la legislación, estos instrumentos técnicos tienen un reducido alcance en la estructura del Estado.

Se afirma que el sistema basado en clases debe comprender a todos los puestos que requieren el desempeño de deberes semejantes en cuanto a autoridad, responsabilidad e índole del trabajo a ejecutar, de tal manera que sean necesarios similares requisitos de instrucción, experiencia, capacidad, conocimientos, habilidades,

427 PARADA, Ramón y FUENTETAJA, Jesús, *Derecho de la Función Pública*, op. cit., p. 153

428 Art. 35, LSC

429 En «Qué vachaché» (1928) de Enrique Santos Discépolo se escuchaba hace varias décadas «¿Que la honradez la venden al contado y a la moral la dan por moneditas?»

430 NIETO, Alejandro «Los supuestos valores de la administración pública» op. cit., p. 17

destrezas y aptitudes para desempeñarlos con eficiencia; que las mismas pruebas de aptitud puedan utilizarse al seleccionar a los candidatos; y que la misma escala de salarios pueda aplicarse en circunstancias de trabajo desempeñado en igualdad de condiciones, eficiencia y antigüedad⁴³¹.

Cada clase debe ser designada con un título que describa los deberes requeridos, que deberá ser usado en los expedientes y documentos relacionados con nombramientos, administración de personal, presupuesto y cuentas. Además, se establece que ninguna persona puede ser nombrada en un puesto en el Servicio por Oposición y en el Servicio sin Oposición, bajo un título que no haya sido previamente aprobado por la ONSEC e incorporado al Plan de Clasificación. Las clases pueden organizarse en grupos o grados, determinados por las diferencias en importancia, dificultad, responsabilidad y valor del trabajo de que se trate⁴³².

En este sentido, se desdibujó el sistema de cuerpos, al sostenerse un sistema basado en puestos de trabajo, que no toma en cuenta la necesidad de establecer cuáles son esos puestos que solo han de ser ocupados por funcionarios, en tanto personas que van a ejercer potestades administrativas, vinculadas estas a la actividad de policía⁴³³ de la administración pública o en su defecto a otras actividades de relevancia. Nada de esto se pensó.

La LSC establece que el director tiene autoridad y responsabilidad para hacer modificaciones en el Plan de Clasificación y revisar periódicamente todos los puestos sujetos al plan. Estas modificaciones deben regir inmediatamente después de ser aprobadas por el presidente de la República⁴³⁴. Esta estructura es paradójica cuando se toma en cuenta cuestiones tan importantes como el uso del conocimiento en sociedad⁴³⁵ y la organización estatal.

De hecho, no es fácil revisar periódicamente este Plan de Clasificación, debido a la fuerte presión sindical. La muestra es el Manual de Especificaciones de Clases de Puestos (1990). Conforme a la ley, el director tiene autoridad para asignar cualquier puesto a otra clase, oyendo previamente a la autoridad nominadora que corresponda. Sin embargo, antes de establecer un nuevo puesto dentro del Servicio por Oposición o de introducirse cambios sustanciales permanentes en los deberes, autoridad y responsabilidades de un puesto, la autoridad nominadora debe notificarlo al director de la ONSEC, para efectos de que disponga la asignación o reasignación de los puestos afectados a las clases correspondientes si procediere⁴³⁶.

La legislación deja bastante claro, entre las prohibiciones, algunas de las limitaciones de este esquema. Así, al amparo de meras protecciones laborales nunca equilibradas con las exigencias de las Administraciones Públicas, se estableció que queda prohibido abolir una clase escalafonaria o un puesto, solo con el objeto de despedir a un servidor público protegido por la LSC. También prohíbe pasar un puesto a una clase escalafonaria más alta con el fin de ascender al servidor público que lo ocupa, sin que se sujete a los requisitos de promoción; o pasar un puesto a una clase escalafonaria más baja sin observar los procedimientos que indica el artículo 38⁴³⁷.

En rigor, conforme a su ámbito de actuación reducida al organismo Ejecutivo y a entidades descentralizadas que no cuentan con su propio régimen de servicio civil, la ONSEC tiene estrictas limitaciones para cancelar organizacional y presupuestariamente los puestos cuando se trata de reorganizaciones, proyectos o políticas de gobierno.

431 Art. 36, LSC

432 Art. 36, LSC

433 NIETO, Alejandro «Algunas precisiones sobre el concepto de policía» en *Revista de administración pública*, N° 81, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1976, pp. 35-75

434 Art. 37, LSC

435 VON HAYEK, Friedrich A. «El uso del conocimiento en la sociedad» en *REIS: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, N° 80, 1997, pp. 215-228.

436 Art. 38, LSC

437 Art. 39, LSC

En rigor, el sistema pretende estar atado a las exigencias de la potestad de organización de la ONSEC, o a las exigencias de las listas de especialidades del plan de clasificación de puestos⁴³⁸. Esta dependencia a criterios de especialidades o a las clasificaciones presupuestarias para el sector público de Guatemala realmente no son suficientes para articular un Servicio Civil.⁴³⁹

Esta dependencia exclusiva a criterios presupuestarios es lo que explica la prohibición de nombrar o promover a un servidor público, sin que exista previamente la respectiva clase escalafonaria y su correspondiente nivel mínimo y máximo de remuneración, o cuando el servidor público no esté inscrito en las respectivas listas de elegibles⁴⁴⁰.

Conforme a las previsiones laborales de la legislación, no queda muy claro si la Administración Pública tiene al menos la posibilidad de imponer una movilidad o cambio forzoso de puestos, o una reorganización total de los mismos, pues las prohibiciones son muy específicas y están pensadas como medios de protección a los servidores públicos.

Además, la legislación prevé la posibilidad de la revisión para todos aquellos servidores públicos afectados por cualquier asignación o reasignación de un puesto. Estos tienen derecho a solicitar a la ONSEC la revisión de conformidad con el reglamento respectivo. La decisión del director en esta materia puede ser apelada ante la Junta Nacional de Servicio Civil. Por último, la LSC establece que las asignaciones y reasignaciones que se dispongan no afectan los «derechos adquiridos» por los servidores públicos en el Servicio por Oposición⁴⁴¹.

En este caso, la legislación establece que la asignación o reasignación de cualquier puesto o la creación de nuevas clases de puestos en el Servicio por Oposición y sin Oposición, hechas conforme a la LSC y sus reglamentos deben ser notificadas inmediatamente a la Dirección Técnica del Presupuesto y a la Contaduría General de la Nación para los efectos de control y determinación del salario que corresponde al empleado que ocupe dicho puesto de conformidad con la escala respectiva⁴⁴².

XI. Organización administrativa y ascensos

La LSC no desarrolla prolijamente la «carrera administrativa» pues eludió cualquier implicación seria respecto a temas de organización administrativa. Durante todas estas décadas, tampoco se ha procurado por organizar y estructurar las administraciones públicas, a excepción de las municipalidades⁴⁴³. A lo sumo, la LSC prevé la figura de los ascensos.

La carrera profesional, o lo que se llama en doctrina el derecho a la «progresión» en modelos como el funcional se ha concebido, en rigor, como un «derecho» de los funcionarios de carrera. En su mezcla de modelos, la LSC estableció la cuestión del derecho a la progresión ligada a la promoción profesional o ascenso, estableciendo que se considera promoción o ascenso el acto por el cual el servidor público pasa a desempeñar un puesto de grado o clase superior, con la debida aprobación de la ONSEC⁴⁴⁴.

438 Listado de Especialidades del Plan de Clasificación de Puestos

439 Costa Rica tiene un «Servicio Civil». Allí se promulgo tempranamente un Estatuto de Servicio Civil (1953) y un Reglamento al Estatuto de Servicio Civil (1955). Una diferencia con Costa Rica, es que allí, además de la preocupación por los medios personales de la administración, hubo tempranamente una preocupación por todo lo relacionado con la organización, funcionamiento, actividad, control de las administraciones, como se puede ver en la Ley General de la Administración Pública N°622 e incluso con el Manual de Ética de la Función Pública (2013) y el Decreto Ejecutivo 33146 contentivo de los Principios Éticos de los Funcionarios Públicos, cuestión que no ocurre en Guatemala.

440 Art. 39, LSC

441 Art. 40, LSC

442 Art. 41, LSC

443 Véase, Código Municipal.

444 Art. 57, LSC

Esta promoción a puesto de grado superior puede ser acordada por la autoridad nominadora, a solicitud del jefe inmediato respectivo y previa notificación a la ONSEC. Esta procede cuando los candidatos llenan los requisitos fijados para el puesto a que asciendan. Las promociones a clases superiores se deben hacer mediante solicitud del interesado y con la aprobación y «examen de prueba» que practicará la ONSEC, sujetándose al período probatorio que se establece en el artículo 54 de la ley. Es nula toda promoción que se haga sin llenar las formalidades establecidas en la LSC y sus reglamentos⁴⁴⁵.

Además, la ley establece los ascensos temporales en los casos de ausencia del titular cuando el servidor ascendido llene los requisitos establecidos para el puesto. En estos casos el empleado ascendido devengará únicamente el salario correspondiente del titular ausente. Los ascensos temporales sólo proceden cuando se trate de ausencias mayores de sesenta (60) días y las necesidades del servicio lo requieran⁴⁴⁶.

Como ha sostenido la doctrina: «junto a una carrera vertical, en la que el ascenso en la estructura de puesto de trabajo se realiza por concurso o por libre designación, también cabe articular una carrera horizontal, consistente en la progresión de grado, categoría, escalón u otros conceptos análogos, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo»⁴⁴⁷. La LSC establece un derecho al ascenso a puesto de mayor jerarquía y/o sueldo, mediante la comprobación de eficiencia y méritos⁴⁴⁸.

XII. Derechos, obligaciones y prohibiciones

La categoría de «servidores públicos» presenta problemas. La Constitución prefiere la de «trabajadores del Estado». En la LSC se establece que en los servidores por Oposición gozan además de los derechos establecidos en la Constitución el no ser removidos de sus puestos, a menos que incurran en las causales de despido debidamente comprobadas previstas en la LSC.

De igual manera, sostiene que tienen derecho a gozar de un período anual de vacaciones remuneradas de veinte (20) días hábiles, después de cada año de servicios continuos, estableciendo, además, que las vacaciones no son acumulables. Estas vacaciones deben gozarse en períodos continuos y no son compensables en dinero, salvo que se hubiere adquirido el derecho y no se hubiere disfrutado al cesar la relación de trabajo por cualquier causa.

Por otra parte, la LSC establece que tienen derecho a treinta (30) días los servidores públicos expuestos a riesgos que causen enfermedades profesionales⁴⁴⁹, que serán enumerados para ese efecto en el reglamento respectivo. De igual forma, cuentan con derechos a licencias con o sin goce de sueldo, por enfermedad, gravidez, estudios, adiestramiento y otras causas, de conformidad con el reglamento respectivo, así como a enterarse de las calificaciones periódicas de sus servicios.

A la vez, en la lista de derechos señala la LSC que tienen derecho a recibir en la primera quincena del mes de diciembre de cada año un aguinaldo en efectivo, que se liquidará de conformidad con la ley y los reglamentos respectivos. También a recibir indemnización por supresión del puesto o despido injustificado directo o indirecto equivalente a un mes de salario por cada año de servicios continuos o a la parte proporcional al tiempo trabajado, si es menor.

Su importe se debe calcular conforme al promedio de los sueldos devengados durante los últimos seis (6) meses a

445 *Ibíd.*,

446 Art. 58, LSC

447 FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *Sistema de Derecho Administrativo*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012, p. 656

448 Art. 61.10, LSC

449 Existe una regulación vía Acuerdo Gubernativo 229-2014 conocido como Reglamento de Salud y Seguridad Ocupacional.

partir de la fecha de supresión del puesto⁴⁵⁰. Este derecho en ningún caso excederá de cinco (5) sueldos. Repárese que la LSC no regula los derechos constitucionales que ostentan los servidores públicos en el servicio por oposición, sino que establece una lista de derechos laborales relativas a la estabilidad, licencias e indemnizaciones, pero nunca en conexión con principios éticos o de conducta.

Esto es interesante, pues la irrupción del tema ético en este ámbito —especialmente los principios de transparencia y de probidad— ha sido posterior. La LSC tampoco introduce un desarrollo de derechos constitucionales vinculados a libre asociación⁴⁵¹, libertad de expresión⁴⁵², sindicalización⁴⁵³, intimidad y derecho a la imagen⁴⁵⁴, etc., pese haber desdibujado la noción de funcionario. La mayor de las veces estos temas se encuentran en legislación conexas.

La LSC no tomó muy en serio los derechos constitucionales y se enfocó en los que tienen conexión con el Derecho laboral. En cierto sentido, buena parte de problemas actuales derivan de este desequilibrio, cuestión agravada por la irrupción del discurso de los derechos humanos.

No todos los derechos son derechos individuales de ejercicio colectivo, como parece sugerir la ley. En este sentido, la LSC debió desarrollar de modo exhaustivo todos los derechos constitucionales involucrados, pero también los deberes, que no son todos éticos o morales⁴⁵⁵.

El resultado ha sido un desarrollo bastante precario de los derechos, poco balanceado con los deberes de los funcionarios y con un régimen de incompatibilidades escueto, que ha obligado a otras legislaciones complementarias. Centrada en la reivindicación laboral, la LSC sostiene que el pago de la indemnización se hará en mensualidades sucesivas, a partir de la supresión del puesto hasta completar la cantidad que corresponda.

Se entiende que, si debido al derecho preferente contemplado en el artículo 46 de la ley, el servidor despedido reingresa al servicio público con un salario igual o superior al que devengaba, el pago de la indemnización será suspendido a partir de la fecha de toma de posesión del nuevo cargo. Si el salario fuere inferior, se continuará el pago de la indemnización por el término necesario para cubrir la diferencia en el número de meses al cual se tiene derecho de indemnización.

A la vez, quedan excluidos del derecho antes mencionado los servidores públicos que puedan acogerse a la pensión o jubilación, quienes disfrutarán de la indemnización hasta que se emita el acuerdo de pensión o jubilación correspondiente. Las entidades encargadas de esos trámites quedan en la obligación de resolverlos en un término máximo de cuatro (4) meses. Por si fuera poco, la LSC establece que tienen derecho a gozar del régimen de jubilaciones, pensiones y montepíos de conformidad con la ley respectiva, así como a recibir un subsidio familiar cuando las condiciones fiscales lo permitan, de conformidad con la ley respectiva.

Un país con una estructura económica tan precaria cabe preguntarse cómo da tanto énfasis jurídico a aspiraciones —nunca derechos— cuya exigibilidad ha estremecido la estructura política, constitucional y presupuestaria del Estado. Ello sin contar con el derecho a un «salario justo» que le permita una existencia decorosa, de acuerdo con las funciones que desempeñe y a los méritos de su actividad personal, y al descanso forzoso con goce de salario, de treinta (30) días antes del parto y de cuarenta y cinco (45) días después⁴⁵⁶.

450 Art. 82, LSC

451 Art. 34 CPRG

452 Art. 35 CPRG

453 Art. 102 r. CPRG

454 Art. 44 CPRG

455 Art. 64 LSC

456 Art. 61 LSC

La LSC indica que los servidores públicos del Servicio sin Oposición estarán comprendidos en el artículo 61, con excepción de los previstos en los incisos 7 y 10, así como lo relativo a nombramiento y retiro del cargo o empleo⁴⁵⁷. Ahora bien, debe tomarse en cuenta todo lo relacionado con los derechos individuales de negociación colectiva, además de los planteamientos colectivos y el derecho de reunión; estos solo se mencionan al sostenerse que servidores públicos tienen el derecho de asociarse libremente para fines profesionales, cooperativos, mutualistas, sociales o culturales⁴⁵⁸.

Un resquicio de la prohibición de ciertos derechos individuales de ejercicio colectivo en el ámbito de la Función Pública se encuentra en precisiones como la de que las asociaciones formadas por los servidores públicos no pueden participar en actividades políticas, quedando prohibida la huelga de los servidores públicos⁴⁵⁹.

Este escueto desarrollo sobre lo que concierne a regulación de los derechos constitucionales es aún más patente en el ámbito de los deberes⁴⁶⁰. Conforme a la tendencia a las guías de conducta del mundo anglosajón, introducidas posteriormente en el esquema de Servicio Civil, y a exigencias de probidad, el sistema solo se conformaba con principios básicos como el de sujeción al principio de supremacía constitucional y de legalidad⁴⁶¹. Tampoco se elabora sobre la mención de los deberes en la LSC, al punto que mezcla deberes relacionados con el desempeño de las tareas y deberes específicos relativos a la actuación profesional.

A. Deberes específicos relativos a la actuación profesional

Sostiene la LSC que deben acatar las órdenes e instrucciones que les impartan sus superiores jerárquicos, de conformidad con la ley, cumpliendo y desempeñando con eficiencia las obligaciones inherentes a sus puestos. En su caso, deben responder de abuso de autoridad y de la ejecución de las órdenes que puedan impartir, sin que queden exentos de la responsabilidad que les corresponde por las acciones de sus subordinados.

A su vez, la ley establece que deberán guardar discreción⁴⁶², aun después de haber cesado en el ejercicio de sus cargos, en aquellos asuntos que se requiera reserva por su naturaleza o en virtud de leyes, reglamentos o instrucciones especiales. Además, se establece que los servidores públicos deben observar dignidad y respeto en el desempeño de sus puestos hacia el público, jefes, compañeros y subalternos, cuidar de su apariencia personal y tramitar con prontitud, eficiencia, e imparcialidad los asuntos de su competencia. Esto sin contar con que deben evitar dentro y fuera del servicio la comisión de actos reñidos con la ley, la «moral y las buenas costumbres, que afecten el prestigio de la Administración Pública».

En este elenco de deberes se establece que deben asistir con puntualidad a sus labores; actuar con lealtad en el desempeño de sus funciones; aportar su iniciativa e interés en beneficio de la dependencia en la que sirvan y de la Administración Pública en general; e incluso atender los requerimientos y presentar los documentos e informaciones que la Junta o la Oficina Nacional de Servicio Civil les solicite para los efectos de esta ley⁴⁶³.

B. Desempeño de las tareas

La LSC no es muy precisa en lo relacionado con el desempeño de las tareas. Establece enfáticamente que es un deber servir a los ciudadanos o actuar con imparcialidad. De igual forma, hace caso omiso de los posibles

457 Art. 62 LSC

458 Art. 63

459 Art. 63 LSC. Véase Ley de Sindicalización y Regulación de Huelga para Trabajadores del Estado

460 FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *Sistema de Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 669 y ss.

461 Art. 64.1 y 64.2 LSC

462 Querrá decir la LSC secreto o confidencialidad. Realmente no existe un Desarrollo pormenorizado de esto.

463 Art. 64, LSC

conflictos de interés que se puedan presentar⁴⁶⁴ y a los favores o regalos que puedan llegar a recibir⁴⁶⁵, lo que ha dado pie a propuestas para regular los conflictos de interés y al establecimiento de un registro de regalos y obsequios.

C. Deberes específicos relativos a la actuación profesional

La LSC establece cuestiones muy genéricas en torno al principio de obediencia y de trato y respeto para con los ciudadanos o administrados. Además, en una atmósfera política e intelectual que considera que la actividad de la administración es siempre única y exclusivamente de prestación de servicios públicos, contractual o prestacional, se echa en falta remisiones a principios como el de austeridad, servicio público, responsabilidad, entre otros.

D. Prohibiciones

Las prohibiciones generales de los servidores públicos en la LSC no toman en cuenta diversos problemas actuales. En efecto, sostiene que no se pueden efectuar discriminaciones por motivo de orden político, social, religioso, racial⁴⁶⁶ o de sexo⁴⁶⁷, que perjudiquen o favorezcan a los servidores públicos o aspirantes a ingresar en el Servicio Civil. En un país como Guatemala, donde todavía es tabú hablar de género, orientación sexual o la presencia de conflictos étnicos, estos temas debieron tomarse en serio legislativamente. No hacerlo ha dado paso a posibles excesos en el ámbito judicial.

Pese a ello, se establece que ningún funcionario ni empleado debe usar su autoridad oficial para permitir que se obligue a sus subalternos a dedicarse a actividades políticas dentro o fuera de su función como servidores públicos, ni a hacer cualquiera otra actividad en favor o en contra de partido político alguno⁴⁶⁸. Esta cuestión sin duda entra cada vez más en crisis, toda vez que se está aplicando el discurso de los derechos humanos en el ámbito público, sin reparar en que la organización histórica de la Función Pública prohibía unos derechos que cada vez más se reclaman y exigen.

Si bien está especialmente prohibido, no se regula debidamente y pocas veces se sancionan los casos en que los servidores públicos puedan solicitar o recibir dádivas, regalos o recompensas de sus subalternos o de los particulares; solicitar, dar o recibir dádivas de sus superiores o de los particulares con el objeto de ejecutar o abstenerse de ejecutar; ejecutar con mayor esmero o retardo cualquier acto inherente o relacionado con sus funciones, o incluso, ejecutar cualesquiera identificados en la ley con el fin de obtener nombramiento, aumento de salario, promoción u otra ventaja análoga.

La LSC establece como prohibiciones generales solicitar o recoger, directa o indirectamente, contribuciones, suscripciones o cotizaciones de otros servidores públicos, salvo las excepciones muy calificadas que establezcan los reglamentos; e incluso, ejercer actividades o hacer propaganda de índole política durante y en el lugar de trabajo.

De hecho, si se desea preservar en cierta forma la neutralidad de las Administraciones Públicas, valdría considerar la prohibición de tomar en cuenta la filiación política de los ciudadanos para atender sus gestiones, favoreciéndolos o discriminándolos; o coartar directa o indirectamente la libertad de sufragio. Ello sin contar con la rotunda prohibición de que ninguna persona podrá desempeñar más de un empleo o cargo público

464 Existe una iniciativa legislativa a este respecto en el Congreso de la República.

465 En España se aclara a aquellos que van más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía.

466 Por los conflictos en el país se agregaría el étnico.

467 Conforme a las nuevas tendencias tendríamos el tema del género u orientación sexual.

468 Art. 65, LSC

remunerado, con excepción de quienes presten servicios en centros docentes o instituciones asistenciales y siempre que los horarios sean compatibles⁴⁶⁹.

XIII. Situaciones administrativas de los funcionarios de CARRRA

La LSC no establece una regulación exhaustiva de las diferentes situaciones en las que puede estar incurso un «funcionario de carrera»⁴⁷⁰. La ausencia de regulaciones exhaustivas en relación con los servicios especiales o de servicios en otras administraciones públicas genera problemas normativos de gran calado, especialmente cuando no se analiza la deslegalización intensa que ocurre en el país.

En cuanto a los servicios a otras administraciones públicas, la LSC prevé el tema del traslado⁴⁷¹, pero no precisa sobre las diferentes casusas de traslado, pese al énfasis de la ley en el sistema de clasificación de puestos. La ley tampoco establece el tema de las excedencias, la separación de funciones⁴⁷², e incluso el servicio activo, pero sí sostiene que el derecho a la indemnización asiste a todo trabajador del Estado sin distinción del servicio que aquel haya prestado⁴⁷³.

XIV. Régimen disciplinario

Sin decir mucho sobre cuales han de ser los principios generales del régimen disciplinario aplicables a los servidores públicos, la Ley del Servicio Civil (LSC) se decanta por establecer cuatro (4) clases de sanciones. Tampoco establece un procedimiento cónsono con garantías constitucionales nacionales e internacionales. De hecho, la irrupción del Derecho penal –como ya se advirtió– tiene que ver con el desdén para con el régimen disciplinario en el país.

En Guatemala existe un gravísimo problema en cuanto a los procedimientos administrativos⁴⁷⁴, por cuanto no existe un procedimiento administrativo común. Esta situación sigue sin comprenderse y se insiste en subsanar el problema con más actos sub-legales para evitar dictar una ley. El resultado ha sido la claudicación de los principios de legalidad, tipicidad, irretroactividad, proporcionalidad, presunción de inocencia y culpabilidad y escaso régimen legal respecto a los actos administrativos y reglamentos⁴⁷⁵. Si a esta situación se le agrega la debilidad estructural de la Administración Pública, es evidente que muchos procedimientos disciplinarios pueden usarse con otros fines no explícitos o confesos.

De nuevo, la LSC establece las cuatro (4) clases de sanciones, pero no tipifica directamente cuáles son las sanciones graves. Establece algunas precisiones sobre la prescripción, pero no regula el procedimiento administrativo, y ha abierto la puerta a un sinfín de normas reglamentarias que afectan derechos y garantías constitucionales. Así, el

469 Art. 66, LSC

470 Art. 59, LSC

471 Art. 60, LSC

472 Pese al régimen disciplinario.

473 Art. 110, LSC

474 Conforme a la CC, «El Régimen Disciplinario Laboral es considerado como un conjunto de disposiciones jurídicas que, en el caso del sistema jurídico guatemalteco, regulan las relaciones laborales existentes entre el Estado y sus empleados o funcionarios públicos. Dicho régimen presenta como aspecto más relevante el establecimiento de un correcto sistema de determinación de infracciones y de sanciones como una manifestación de la potestad sancionadora pública, a través del cual se pretende asegurar el cumplimiento de las obligaciones propias de los servidores públicos a quienes sea aplicable. Con fundamento en las argumentaciones anteriores, es factible definir dicha institución como un conjunto de normas, disposiciones y procedimientos tendientes a regular tanto las conductas constitutivas de faltas en el cumplimiento de las funciones del servidor público, con ocasión o como consecuencia de su trabajo, así como las sanciones que corresponda aplicar en virtud de la comisión de aquellas», CC, Expediente 1958-2011

475 CC, Expediente 3503-201.

sistema sigue anclado en dotar de gran poder a los servidores públicos, entorpeciendo el derecho de petición⁴⁷⁶ y de defensa gracias al poder casi omnímodo de los servidores de «taquilla».

Si bien la LSC establece que puede haber amonestación verbal y amonestación escrita, las faltas leves se remiten a una reglamentación y solo se indica que se impondrá una escrita cuando el servidor haya merecido, durante un mismo mes calendario, dos o más amonestaciones verbales, o en los demás casos que establezca el reglamento de la ley. Establece otras sanciones como la suspensión sin goce de sueldo, hasta por un máximo de treinta (30) días en un año calendario, cuando la falta cometida sea de cierta gravedad, en cuyo caso deberá oírse previamente al interesado. La LSC no precisa que entienda por «cierta gravedad».

Sin embargo, la ley sí indica que la suspensión del trabajo sin goce de sueldo procederá también en los casos de detención y prisión provisional, durante todo el tiempo que una u otra se mantenga, si se ordenare la libertad del detenido o se dictare sentencia absolutoria en el caso de prisión provisional, en cuyo caso, el servidor será reintegrado a su cargo dentro de un término de treinta (30) días desde que haya salido de la prisión. Quien lo sustituyó tiene derecho a que su nombre sea colocado en el primer lugar de la lista de elegibles, correspondiente a la clase de puesto que ocupaba.

La LSC realmente no es precisa en delimitar qué se consideran «faltas leves» y «faltas graves», por lo que el régimen sancionatorio es deficiente. Es posible que dicha deficiencia esté asociada a la laboralización de la función pública, pero también a la poca atención que tienen en Guatemala los temas jurídico-administrativos, cuya muestra es la reticencia por regular el procedimiento administrativo desde el punto de vista legal, una evidencia del retraso del país con la propia región.

En efecto, la LSC sostiene que el régimen de sanciones existe para garantizar la buena disciplina de los servidores públicos, así como para sancionar las violaciones de las disposiciones prohibitivas establecidas en dicho cuerpo normativo y demás faltas en que se incurra durante el servicio⁴⁷⁷. La frase «demás faltas»⁴⁷⁸ y la falta de claridad de las disposiciones prohibitivas abre la puerta a un conjunto de violaciones a derechos humanos.

La legislación no distingue si se trata de servicios por oposición o simplemente trabajadores del Estado en general. Por ello, salvo lo relativo a la suspensión en el trabajo sin goce de sueldo, no existen precisiones como la separación del servicio para aquellos que forman parte del servicio por oposición. De igual modo, pese al énfasis laboralista de la ley, no se establecen sanciones que impliquen la inhabilitación para ser titular de un contrato de trabajo, la duración de la sanción, u otras sanciones como el demérito, temas estos importantes si se quiere una «carrera administrativa»⁴⁷⁹.

476 Art. 1. Ley de lo Contencioso Administrativo. Las diligencias previas de este cuerpo normativo son las escuetas normas sobre procedimientos administrativos comunes existentes.

477 Art. 74, LSC

478 Art. 89, LSC «Son faltas todas las infracciones por acción u omisión que cometa cualquier persona contra las disposiciones de la presente ley o sus reglamentos, siempre que estén penadas con multa conforme alguno de los siguientes incisos: 1. Cuando se viole alguna disposición prohibitiva, debe imponerse multa de veinte a cien quetzales, suspensión, o destitución en casos graves, previa audiencia de la Junta Nacional de Servicio Civil; 2. Cuando se viole alguna disposición preceptiva, debe imponerse multa de diez a cincuenta quetzales, si a juicio de los Tribunales de Trabajo y Previsión Social la acción o la omisión tiene carácter de falta. Es entendido que los Tribunales de Trabajo y Previsión Social, son los únicos competentes para sancionar la comisión de dichas faltas y que cuando alguna de ellas sea cometida por un servidor público comprendido por la presente ley, previa audiencia de la parte afectada se acordará su despido, cuando no se haya emitido sentencia; 3. Para los efectos de las faltas y de sus sanciones penales se debe estar a lo dispuesto en los artículos: 269, 270, 271, 415 y siguientes del Código de Trabajo, pero la transcripción de la respectiva sentencia deberá hacerse a la Oficina Nacional de Servicio Civil para los efectos consiguientes»

479«Todas las acciones o derechos provenientes de la presente ley o de sus reglamentos prescriben en el término máximo de tres meses, con las excepciones o regulaciones que establezca el reglamento especial que al efecto se emita» (art. 87 LSC); «La prescripción sólo se interrumpe por la presentación de la respectiva gestión escrita ante la Junta Nacional de Servicio Civil o ante quien corresponda» (art. 88 LSC)

La LSC establece que la imposición de las correcciones disciplinarias del artículo 74 no tiene más consecuencia que las que se derivan de su aplicación y, por lo tanto, no implica pérdida de los derechos otorgados en la ley. Las correcciones se anotarán en el prontuario y se archivarán los documentos en el expediente personal del servidor⁴⁸⁰. En tal sentido, puede sostenerse que legislación comentada atenta contra el principio de tipicidad acerca de las consecuencias gravosas de la infracción administrativa.

Que la Administración Pública disponga de un cierto *ius puniendi*, con arreglo a las exigencias del Derecho administrativo sancionador⁴⁸¹, no implica que se desentiende de ciertas garantías constitucionales⁴⁸². Si además esas sanciones pueden proceder contra vulneraciones a criterios deontológicos de conducta, vale advertir que ello no puede dar origen a grandes problemas parecidos a lo que los penalistas denominan leyes penales en blanco.

Si bien pueden existir conceptos jurídicos indeterminados, que ofrecen al órgano sancionador un margen de apreciación que no riñe con el principio de tipicidad, este debe llenarse a través de un examen pormenorizado y concreto de los hechos, así como de una calificación desde los valores comprometidos en el concepto, con el objeto de poder imponer la sanción. El principio de tipicidad exige que el ilícito o la infracción, como también la sanción, se encuentren perfectamente definidos.

XV. ¿Una nueva legislación?: Reflexiones finales

La organización e integración de la Junta Nacional de Servicio Civil y la Oficina Nacional de Servicio Civil (ONSEC) no es esencialmente técnica, y mucho menos cuenta con una sólida garantía institucional de independencia. Pese a que la Ley del Servicio Civil (LSC) insiste en la necesidad de articular sistemas y procedimientos de selección, es bastante clara al establecer tres (3) tipos de servicios: Servicio Exento, Servicio sin Oposición y Servicio por Oposición⁴⁸³.

El Servicio Exento no sujeto a las disposiciones de la ley, comprende básicamente a los funcionarios nombrados por el Presidente a propuesta del Consejo de Estado; Ministros y Viceministros de Estado, secretarios, subsecretarios, y consejeros de la Presidencia de la República, directores generales y gobernadores departamentales⁴⁸⁴;

480 Art. 75, LSC

481 Como ha dicho la CC «una de las garantías propias del debido proceso la constituye la seguridad y certeza jurídicas de que los actos administrativos y procesales deben estar revestidos al momento de su emisión por originarse de una adecuada selección de la norma aplicable al caso concreto. La garantía del debido proceso no sólo se cumple cuando en un proceso judicial o administrativo se desarrollan los requisitos procedimentales que prevé la ley y se le da oportunidad de defensa a las partes, sino que también implica que toda cuestión administrativa o litigiosa judicial deba dirimirse conforme las disposiciones normativas aplicables al caso concreto con estricto apego a lo que disponen los artículos 44 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala», CC, Expediente 648-2006.

482 Como ha establecido la CC «el concepto “condena, por juez competente, en proceso penal” no necesariamente supone que ese sea el único tipo de procedimiento a ser utilizado para imponer una restricción, sino que otros espacios, como la autoridad judicial electoral, por ejemplo, pueden tener legitimidad para actuar, estableciendo límites y determinados elementos exigibles a quienes pretendan postularse para un cargo de elección popular y aun así ser compatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De lo expuesto deriva que, en el ejercicio de ese cargo público, al igual que en cualquier otro, resulta indispensable contar con una trayectoria intachable, que demuestre rectitud en el ánimo de obrar y que por consiguiente, denote una orientación hacia lo justo, es decir, hacia la justicia, ello con estricto apego a la Constitución Política de la República de Guatemala y las demás leyes que integran el ordenamiento jurídico guatemalteco, por cuanto que el funcionario o empleado público, en el ejercicio de su cargo o empleo, debe propender a vislumbrar el beneficio del conglomerado guatemalteco y no realizar acciones antijurídicas que resulten en detrimento del mismo». CC, Expediente 3436-2016. De la misma forma Expediente 243-2016.

483 Art. 31, LSC

484 Con arreglo a la *lex superior* (art. 175; 44, 204) y a la CC puede sostenerse que la estructura constitucional del Organismo Ejecutivo tiene en el Presidente de la República a la autoridad jerárquicamente superior, el cual, en conjunto con el Vicepresidente de la República (art. 190), «dirigen la política general del gobierno, tendiente a lograr el desarrollo nacional, política que es definida y decidida en las deliberaciones del Consejo de Ministros y ejecutada, precisamente, por el Presidente, mediante la acción de los Ministerios de Estado». Los Ministerios forman parte del Gobierno, pero también son «órganos ejecutivos de la administración pública, competentes para

funcionarios y empleados en la Carrera Diplomática, de conformidad con la Ley Orgánica del Servicio Diplomático de Guatemala; Tesorero General de la Nación; Escribano del Gobierno; Gerente de la Lotería Nacional; Funcionarios del Consejo de Estado; Registradores de la Propiedad y personal correspondiente; Inspector General de Trabajo; Funcionarios de la Presidencia de la República que dependan directamente del Presidente; Miembros de los cuerpos de seguridad; Personas que sean contratadas para prestar servicios interinos, ocasionales, o por tiempo limitado por contrato especial; Empleados de la Secretaría de la Presidencia de la República⁴⁸⁵; e incluso, no más de diez (10) funcionarios o servidores públicos en cada Ministerio de Estado, cuyas funciones sean clasificadas de confianza por los titulares correspondientes y personas que desempeñen cargos *ad honorem*⁴⁸⁶.

El Servicio sin Oposición comprende los puestos de Asesores técnicos, Asesores jurídicos y Directores de Hospitales. Los miembros de este Servicio están sujetos a todas las disposiciones de la ley, menos de aquellas que se refieren a nombramiento y a despido⁴⁸⁷, lo cual remite a legislación laboral. El Servicio por Oposición incluye a los puestos no comprendidos en los servicios exentos y sin oposición que aparecen específicamente en el sistema de clasificación de puestos⁴⁸⁸. Reténgase que uno de los problemas de la LSC es que no se define con rigor y tampoco se tiene claridad de cuál es o debería ser el sujeto de la regulación⁴⁸⁹.

dirigir, tramitar, resolver e inspeccionar todos los asuntos relacionados con la materia o materias que la ley les asigna. Los Ministros son nombrados por el Presidente de la República, cuyas órdenes deben acatar como superior jerárquico que es, debiendo el último actuar siempre con aquéllos, en Consejo o separadamente con uno o más, sea porque el asunto atañe a la materia que la ley les asigna o porque incumbe al interés general del Gobierno (artículos 182, 183, incisos n) y s); 194, incisos d), f), y g), y 195 de la Constitución)». En este sentido la función ministerial, «debe concebirse como verdadera función ejecutiva, que origina, además de las responsabilidades –civil, penal o administrativa– que puedan devenir del ejercicio del cargo, un control de orden político a cargo del Congreso de la República. En efecto, la Constitución establece la interpelación como mecanismo de control de la actividad gubernamental, debiendo los Ministros de Estado comparecer a responder ante los cuestionamientos de los diputados al Congreso de la República, pudiéndose derivar, incluso, la emisión de voto de falta de confianza, el que obliga al funcionario a presentar su inmediata dimisión (artículos 166, 167 y 199 constitucionales). Este mecanismo especial de control político recae tan sólo en la función de los Ministros de Estado, por cuanto, son éstos quienes dirigen los órganos con competencia administrativa que hacen efectivas las funciones del Organismo Ejecutivo. Los otros órganos que integran el Ejecutivo, de los cuales la Constitución tan sólo menciona a las Secretarías de la Presidencia, son dependencias que colaboran en el cumplimiento de las funciones de este Organismo y, especialmente, de las que competen al Presidente y Vicepresidente de la República. El artículo 202, primer párrafo, del texto fundamental indica: «El Presidente de la República tendrá los secretarios que sean necesarios. Las atribuciones de éstos serán determinadas por la ley». Por su parte, la Ley del Organismo Ejecutivo, en su artículo 8, primer párrafo, señala: «Las Secretarías de la Presidencia son dependencias de apoyo a las funciones del Presidente de la República». De esa cuenta, es claro que las Secretarías de la Presidencia desempeñan tareas de asistencia al Presidente de la República, coadyuvando con éste en las funciones que constitucionalmente le están encomendadas. En tal sentido, como dependencias de apoyo, actúan conforme los requerimientos del Jefe del Ejecutivo. Así las cosas, corresponde a la Secretaría General de la Presidencia, en términos generales, la tramitación de los asuntos de Gobierno que se sometan a la Presidencia de la República; a la Secretaría Privada, la atención de los asuntos privados o particulares del Presidente, y a la Secretaría de Comunicación Social, ser el vínculo de información entre la Presidencia y los medios de comunicación, por mencionar únicamente tres ejemplos. Sobre la base de lo expuesto, las Secretarías de la Presidencia, en su función de asistencia, no desarrollan funciones ejecutivas, es decir, no tienen competencia para ejercer la función administrativa y para participar en la formulación y ejecución de las políticas de gobierno, pues tales asuntos competen, conforme al artículo 193 constitucional, a los Ministerios de Estado», CC, Expediente 2861-2007.

485 El presidente en ejercicio de sus atribuciones constitucionales debe velar por los intereses de toda la población de la República (art.182), y en tanto jefe de gobierno y jefe de la administración pública, debe velar porque se cumpla la Constitución y las leyes. El presidente puede nombrar y remover a los funcionarios del Ejecutivo. Dentro del organismo ejecutivo, la Constitución y la Ley del Organismo Ejecutivo prevén que el presidente puede tener los secretarios que sean necesarios (art. 202 y 183) no estableciendo una reserva de ley en favor del Congreso (arts. 165, 170, y 171 de la CPRG).

486 Art. 32, LSC

487 Art. 33, LSC

488 Art. 34, LSC

489 El destinatario de la LSC es el «trabajador». En Guatemala se ha dado un giro a la interpretación constitucional resaltando los valores generales de igualdad y del derecho al trabajo, valores que se sobrepone a las diferencias y a las limitaciones expresas de los empleados estatales. Esto implica que se considera que todos los trabajadores deben ser tratados con igualdad. Conforme a esa corriente no debería existir diferencia entre trabajadores privados y públicos, por considerar que en ambos segmentos se prestan servicios en condiciones de subordinación. Varios fallos de la Corte de Constitucionalidad confirman esta postura. Véase, VV. AA, *Servicio Civil en Guatemala: la necesidad de una burocracia estable en el Estado*, Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), Guatemala, 2019, p. 11.

Si la regulación del Servicio Civil debería tomar como régimen preponderante el Derecho público, no el derecho privado, cabe concluir que debió tomarse como modelo a los diversos regímenes de función pública existentes, como el de los militares⁴⁹⁰, que tiene y ha tenido siempre un régimen administrativo, disciplinario y penal diferente del personal civil, y en no pocos casos ha sido un gran influjo en la constitución y organización del Estado moderno⁴⁹¹.

Este rechazo al régimen administrativo en parte es debido a las constantes y malas imitaciones del ámbito anglosajón, aunque esto está cambiando fuertemente. Además de ser una pésima traducción (*Servicio Civil*) en Guatemala procedía y aún procede en Guatemala forjar una «función pública» al modo estatutario, por lo que debió preferirse el nombre de Oficina de la Función Pública. Esta confusión no es solo terminológica, sino práctica, pues entre otros factores ha facilitado la expansión de un sindicalismo que ha ido borrando las singularidades y limitaciones que un régimen jurídico de la Función Pública para la Administración Pública⁴⁹².

En cuanto al tema de la clasificación, la ausencia de un desarrollo exhaustivo de la regulación de los derechos y deberes de los funcionarios y la regulación orgánica correspondiente tiene gran impacto. En el fondo, la LSC adopta solo parcialmente el catálogo de derechos y garantías constitucionales de 1965, y menos aún del vigente (1985), pues es una ley pre-constitucional. Esto aunado a que la LSC no es la única legislación que toca aspectos centrales del Servicio Civil.

En rigor, la LSC no necesita de una reforma puntual o parcial, y mucho menos se solventarán los problemas del país con caóticos parches pretendiendo que un delirio de pergamino⁴⁹³ resuelva los graves problemas. En efecto, contra toda opinión prevaleciente se insiste en una nueva legislación que codifique y establezca de una vez por todas un Estatuto para los funcionarios, sincerando el régimen jurídico aplicable a los empleados públicos y eliminando la confusa maraña y práctica legislativa que asimila a los trabajadores del Estado a trabajadores del ámbito privado.

Urge una codificación que evite la dispersión y dé coherencia al sistema, lo que inexorablemente implicará modificar –entre otras– la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos; la Ley de Sindicalización y Regulación de la Huelga de los Trabajadores del Estado, la Ley de Clases Pasivas Civiles del Estado; la Ley contra la Corrupción; la Ley de Salarios de la Administración Pública; la Ley de Consolidación Salarial; y el Manual de Clasificaciones Presupuestarias para el Sector Público de Guatemala, así como otras normativas, como las Normas de ética del Organismo Ejecutivo.

Tomando una perspectiva holística, la reforma de la LSC debe tomar en cuenta una reforma profunda de la organización administrativa del país, que solo será posible en la medida en que se comprenda que Guatemala es un Estado unitario. Este reconocimiento de Estado unitario, huelga decir, no niega que existan tipos o formas de descentralización y de excepciones al principio de competencia⁴⁹⁴ que se hallan mal regulados o mal interpretadas.

490 Art. 94, LSC.

491 Un tema no menor es la regulación en el Servicio Civil del personal militar que preste servicios en la Administración civil. Precítese que no es que se abogue por convertir a la Administración Pública a la égida del mundo militar (nadie pretende eso) pero sí hacer el punto que los históricos regímenes de servicio civil incluso en el país no son nunca tomados en cuenta: militar, servicio exterior etc.

492 «El desmoronamiento de las fronteras establecidas entre los trabajadores estatales y privados ha provocado un entretreído legal confuso. Se ha generalizado la aplicación de normas del Código de Trabajo a los trabajadores del Estado, pero ese empalme tiene muchos problemas prácticos y de interpretación, especialmente cuando surgen inconformidades» Véase, VV. AA, *Servicio Civil en Guatemala: la necesidad de una burocracia estable en el Estado*, Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), Guatemala, 2019, p. 12.

493 HAMILTON, Alexander; MADISON, James y JAY, John, *The Federalist (The Gideon Edition)*, Edited with an Introduction, Reader's Guide, Constitutional Cross-reference, Index, and Glossary by George W. Carey and James McClellan, Liberty Fund, Indianapolis, 2001, pp. 256-259.

494 Art. 154 CPRG entre otras.

Antes de poder indagar en temas como la «carrera administrativa»⁴⁹⁵, debe precisarse si en rigor se aspira a una mejora sustancial de la función pública o simplemente a una articulación mejor hilvanada del principio de jerarquía⁴⁹⁶. Además, debe tomarse en serio las exigencias de moralidad administrativa, sin menoscabo de cambios en el ámbito de las contrataciones⁴⁹⁷, especialmente, en los casos de asesores técnicos y asesores jurídicos; y ni hablar de todos los mecanismos posibles para evitar la política de la puerta giratoria.

La LSC y toda la legislación conexas debe ser repensada. El problema es de modelo, por lo que es ineludible una discusión sincera y amplia. No se trata de procurar un modelo «puro», sino de atender de modo realista a lo mejor de cada uno de ellos. El presente estudio pretende contribuir a esta discusión al situar los presupuestos del modelo vigente, aspecto básico antes de efectuar cirugías de cualquier tipo, según quiera el poder político y las «élites» del país.

La reforma ha de ser guiada por expertos que puedan analizar el sistema como un todo, y debe al menos teóricamente comprenderse que el sistema en su conjunto no mejorará con simple reforma puntual. A tal efecto, además del contraste de modelos, se han establecido con precisión varios problemas puntuales de la LSC y del Servicio Civil en general, pues urge enfrentar el tema de las administraciones públicas municipales y descentralizadas.

A modo de síntesis, puede sostenerse que:

- i. Es necesario armonizar la LSC con la Ley de Servicio Municipal (LSM), favoreciendo una normativa de Servicio Civil base que instituya coherencia, sin menoscabo de las peculiaridades organizativas del Municipio y demás administraciones públicas, incluyendo diversos regímenes jurídicos especiales en dicho ámbito;
- ii. Es urgente dictar una Ley de Administración Pública que reforme de manera integral la Ley del Organismo Ejecutivo, en tanto ésta básicamente regula al Gobierno y no el funcionamiento, actividad, organización y control de las Administraciones Públicas;
- iii. Es vital dictar una Ley de Procedimientos Administrativos, con carácter general, que mejore los procedimientos no contenciosos, que en el ámbito del Servicio Civil pueden coadyuvar a mejorar los procedimientos sancionatorios, recursos administrativos, concursos, etc.⁴⁹⁸;
- iv. Urge una codificación del Servicio Civil, en tanto se ha venido dictando una vasta legislación en ciertos temas sin la debida atención al modelo existente, sin dar armonía y resolver los problemas existentes;
- v. Urge establecer una relación estatutaria, que privilegie la decisión unilateral de la Administración Pública, en lugar de la laboralización y auge indiscriminado del derecho privado;
- vi. Urge definir cuál es el núcleo definido de cargos estatutarios, que deben estar vinculados de una forma u otra al ejercicio de potestades administrativas;
- vii. Es vital pensar en qué medida ese núcleo de funcionarios, asociados al ejercicio de potestades

495 En efecto, conforme al artículo 113 CPRG que regula los requisitos intrínsecos que deben reunir las personas que aspiran a cualquier cargo o empleo público (sea electivo o no), los cuales, como lo señala el texto matriz, deben ser fundados en méritos de: a) capacidad; b) idoneidad; y c) honradez. Véase CC, Expediente 3986-2015. En esta mezcla de cargos de elección popular (los que más generan interés) y cargos administrativos, la CC ha sostenido que debe verificarse «el cumplimiento de los presupuestos cuantitativos [los procedimientos de emisión de sufragio y las operaciones matemáticas que determinen el otorgamiento del cargo] y cualitativos [realizar el análisis, examen y calificación de los méritos de capacidad, idoneidad y honradez de quienes pretendan optar a un cargo público de elección popular]», véase CC, Expediente 586-2016 y Expedientes acumulados 1158 y 1159-2016.

496 IVANEGA, Miriam Mabel «Los principios de la organización administrativa» en *Documentación administrativa*, n° 267-268, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2004, pp. 189-204.

497 Sobre el contrato administrativo de servicios, CC, Expediente 4796-2018.

498 La Ley para la Simplificación de Requisitos y Trámites Administrativos (Decreto 5-2021 del Congreso de la República de Guatemala) no tiene nada que ver con lo que aquí se propone.

- administrativas, estén vinculados a actividad de policía y pensar en qué medida ello sea necesario en actividades de gestión empresarial, prestación de servicios públicos, actividad de fomentos, etc.
- viii. Es urgente armonizar los derechos y obligaciones de los funcionarios con las necesidades de la función pública (y del servicio público);
 - ix. Es vital replantear la selección y la formación de los funcionarios, evaluando al Instituto Nacional de Administración Pública (INAP);
 - x. Debe dictarse una legislación nueva de lo contencioso-administrativo con el objeto de que allí se diluciden las controversias jurídicas estatutarias;
 - xi. Es necesario replantear la sindicalización en el país;
 - xii. Es necesario lograr un sistema que realmente privilegie el mérito a través del concurso, y los mecanismos que aseguren una adecuada del perfil del cargo que se pretende llenar, de transparencia y publicidad, entre otros.

Lamentablemente la reforma de la LSC está condenada a fracasar si se sigue dependiendo con exclusividad de las «élites», incluyendo las intelectuales. La clase intelectual, y en particular la del ámbito académico en Guatemala, está completamente alejada de la burocracia tanto en el plano estrictamente laboral como intelectual. En Guatemala, un país con una estructura económica pre-capitalista, existen grandes incentivos – constitucionales, por cierto – para que muchos vean el Estado como botín, pero también como el medio exclusivo para desarrollarse plenamente.

Con ello, muchos análisis tienen un sesgo ideológico claro y no realizan un diagnóstico con objetividad. A lo largo de este estudio, se han incorporado un conjunto de referencias, sin pretender nunca agotar una bibliografía colosal en la materia. Un trabajo de otra índole más empírico tendría que analizar los resultados efectivos de tantas fallidas reformas en el ámbito de la Administración Pública. En este estudio, no se ha pretendido dar la solución mágica, casi siempre promovida por todos aquellos que «preocupados por la regla de oro de las asesorías públicas: entrega el documento, coge el dinero y corre sin dejar huella»⁴⁹⁹. Lo que se ha pretendido es mover la discusión sincera que nunca ha habido.

Nisbet tenía razón cuando sostuvo que: «La fusión subyacente a la creación de la bomba de hidrógeno a finales de los 40 no resultó más trascendente a largo plazo que la fusión entre los burócratas e intelectuales»⁵⁰⁰. En Guatemala, dicha fusión existe. Una prueba es la complicidad del sector intelectual con todo lo que ocurre en el ámbito público. No se trata de moralizar la discusión jurídico-pública, tan usual en el país, de ver como enemigos a los funcionarios o servidores públicos, sino más bien, de reflexionar críticamente en torno a la (dis) funcionalidad del sistema. En este sentido, quizás, la opinión foránea, pueda con las limitaciones del caso fungir como la del jurista persa de Montesquieu. Este análisis fue realizado desde fuera de la Administración Pública, pero tratando de entender sus requerimientos y particularidades.

Por último, pero no por ello menos importante, es pertinente enfrentar una reforma administrativa del Estado que no ignore las exigencias del Derecho administrativo, que como se sintetizó hace mucho tiempo presenta una:

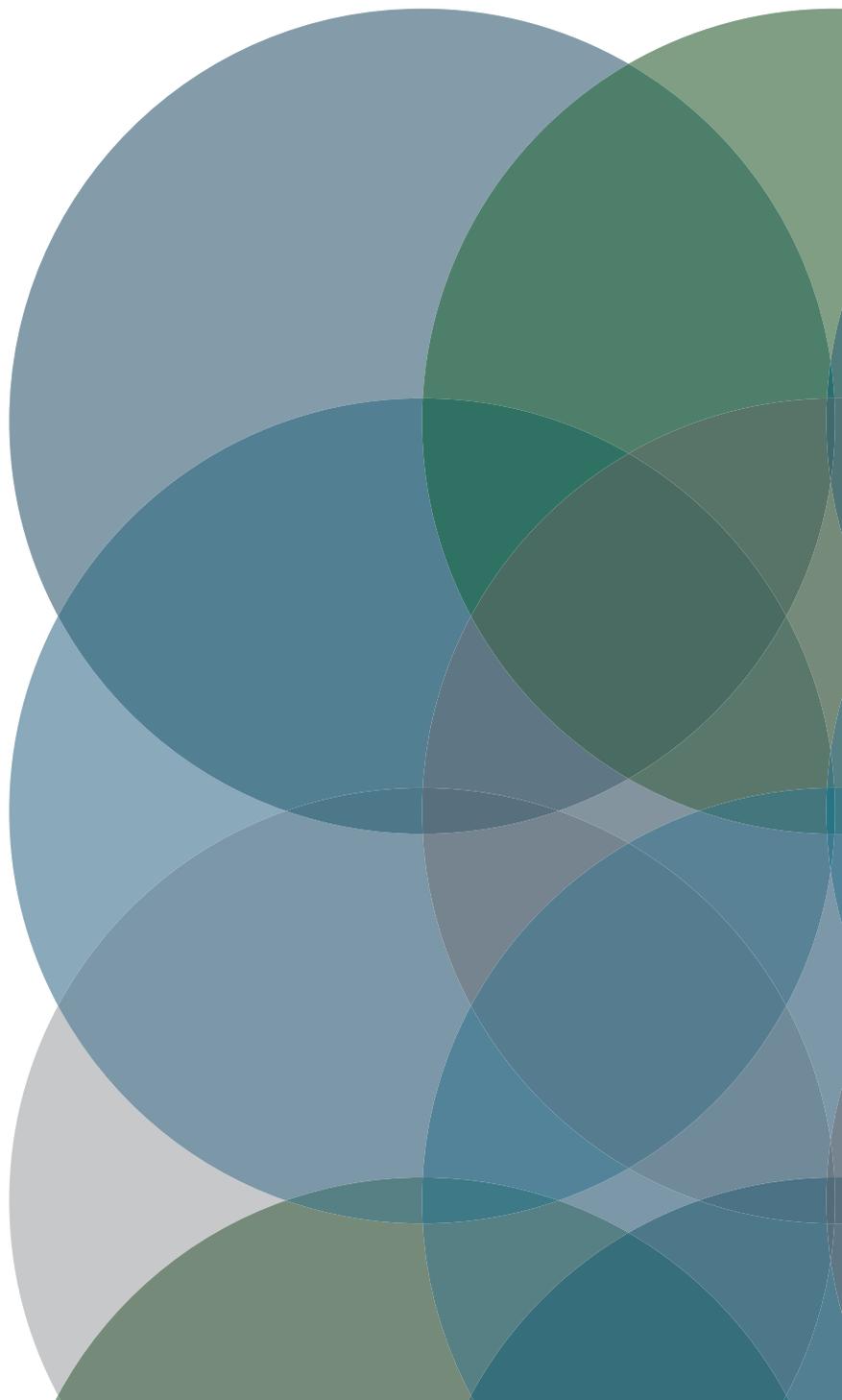
«[...] oposición aparentemente irreductible que le hace ofrecerse como un hipócrita personaje de doble faz. De una parte, el Derecho administrativo se puede caracterizar como un conjunto de prerrogativas que sitúan a la Administración en un plano de desigualdad y favor en sus relaciones con los particulares. Esta concepción explica por qué el acto administrativo, en sus orígenes, se configura como aquel que escapa a la fiscalización de los Tribunales ordinarios, los únicos que existían. No nos

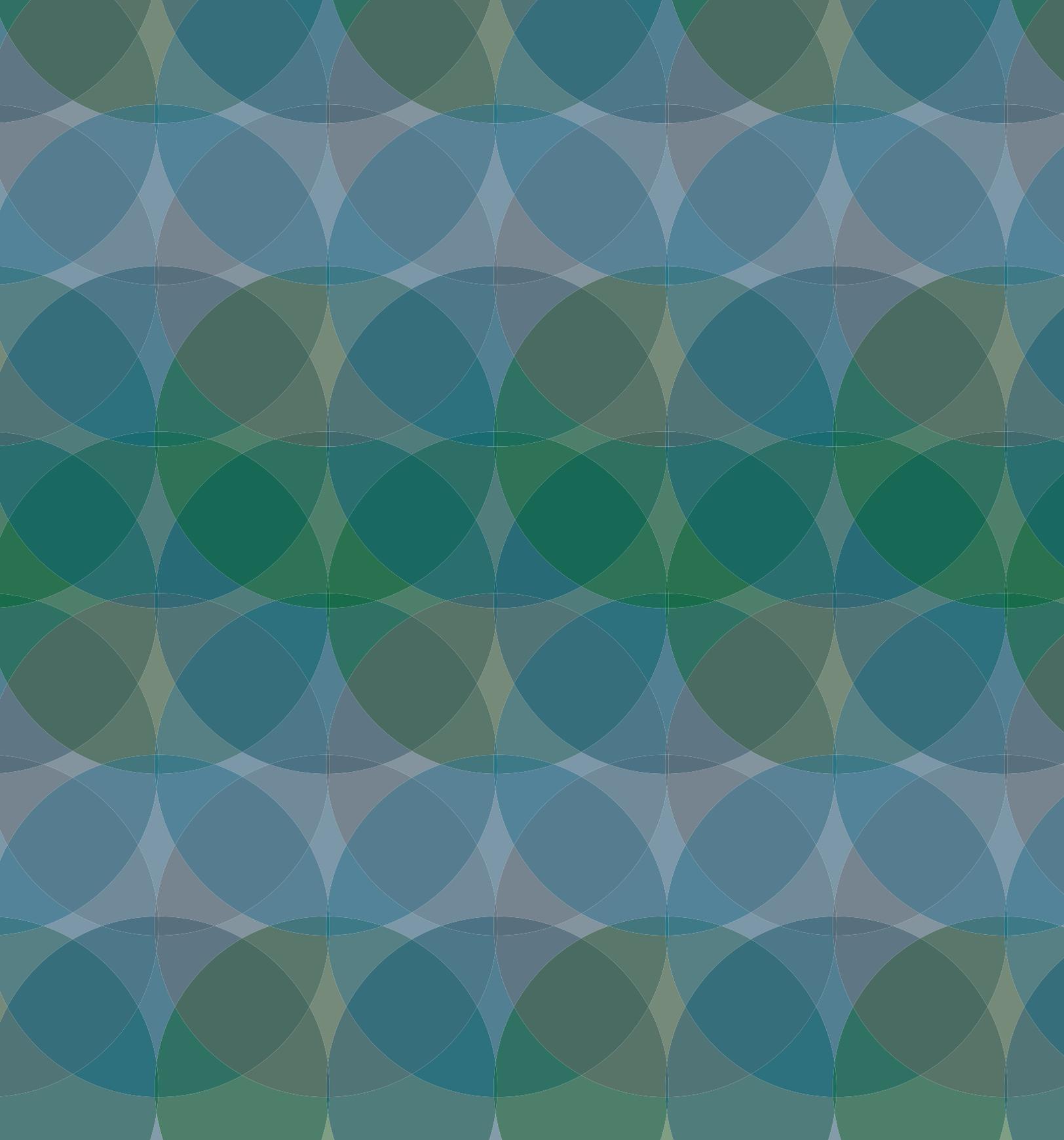
499 NIETO GARCÍA, Alejandro, *Informe de 2013 de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas*, (Coord) Rafael Myro, Cajamar. Caja rural, Almería, 2014, p. 100

500 NISBET, Robert, *Burocracia*, Clásicos Contemporáneos 3, Cedice Libertad, Caracas, 2019, p. 13.

debe entonces extrañar que un inglés del siglo XIX, como dice Dicey al encararse con el Derecho administrativo, lo considerase como un peligro para la libertad del ciudadano. De otra parte, no es menos lícito haber considerado el Derecho Administrativo como la más acabada instrumentación técnica del Estado liberal. En esto sentido es explicable que la doctrina nacionalsocialista alemana intentase denostar un tal sistema. Todo esto no deja de resultar paradójico: ¡al mismo tiempo el Derecho administrativo es acusado de estatista por los liberales y de liberal por los totalitarios!»⁵⁰¹

501 GARRIDO FALLA, Fernando «Sobre el derecho administrativo y sus ideas cardinales» en *Revista de Administración Pública*, N 7, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, p. 37





ISBN: 978-9929-8189-3-4



9 789929 818934