

Membre de l'université Paris Lumières
Ecole Doctorale Droit et Science Politique - ED 141
Centre de Théorie et Analyse du Droit (UMR 7074)

Fernando Monzon Paez

La notion de fonctionnaire public comme catégorie du droit administratif Une proposition pour Cuba

Thèse présentée et soutenue publiquement le 09 avril 2020
en vue de l'obtention du doctorat de droit public de l'Université Paris Nanterre
sous la direction de MM. **Eric Millard** (Université Paris Nanterre)
et **Andry Matilla Correa** (Université de La Havane)

Jury :

Rapporteur-e:	Madame Laure ORTIZ	Professeure à l'Institut d'Etudes Politiques de Toulouse
Rapporteur-e:	Monsieur Benjamin MARCHECO ACUNA	Professeur à l'Université de Guayaquil
Membre du jury:	Madame Véronique CHAMPEIL-DESPLATS	Professeure à l'Université Paris Nanterre
Membre du jury:	Monsieur Orestes RODRIGUEZ MUSA	Professeur à l'Université de Pinar del Rio
Membre du jury:	Monsieur Andry MATILLA CORREA	Professeur à l'Université de La Havane
Membre du jury:	Monsieur Eric MILLARD	Professeur à l'Université Paris Nanterre

La Notion de fonctionnaire public comme catégorie du droit administratif : une proposition pour Cuba

**Thèse pour le doctorat en droit public de l'Université Paris Nanterre
et le doctorat en sciences juridiques de l'Université de La Havane (co-tutelle)**

La thèse ici proposée, rédigée en espagnol, a été réalisée dans le cadre d'une co-tutelle entre les Universités de La Havane et Paris Nanterre. Elle a bénéficié pour les séjours en France d'appuis financiers de l'Ambassade de France à Cuba (2016) et du programme Erasmus plus piloté par l'Université de Bordeaux (2018).

Sa présentation et sa structure formelle obéissent, en accord avec la convention de co-tutelle, aux requisits du droit cubain sur les programmes doctoraux.

Son objectif principal est de parvenir à une proposition justifiée d'introduction dans le droit cubain positif d'un statut raisonné de la fonction publique, et d'une catégorie de fonctionnaire public dans le droit et dans la doctrine administratifs cubains. Pour y parvenir, l'étude s'appuie sur l'expérience du droit administratif et de la doctrine administrativistes français.

Le texte de la thèse en espagnol est précédé du résumé en français.

RESUME EN FRANCAIS

INTRODUCTION

Aucune forme d'organisation du pouvoir, quelle que soit sa constitution, ne peut fonctionner sans des personnes physiques qui la dynamisent. Par conséquent, il est possible d'affirmer qu'en présence d'une formation de type politique, *le facteur humain* est nécessaire pour que s'exerce un pouvoir et que la formation se renforce. Cela explique, en partie, que la préoccupation concernant l'organisation de ce conglomérat humain au service du pouvoir est aussi ancienne que le pouvoir lui-même, et que sa pertinence politico-juridique a augmenté, dans la mesure où la relation Etat-agents de la société du pouvoir est devenue plus complexe dans le contexte de l'exercice de ce qu'on a appelé, enfin - au sens matériel - *la fonction publique*.

Ce phénomène, hétérogène et aux nuances qui ont varié avec le temps, se complexifie dans la mesure où l'Etat se développe, élargit son champ d'intervention sociale et, par conséquent, cette composante *humaine* - comme l'un des moyens qu'il utilise - prolifère elle-aussi, devient plus technique et agit dans les différentes sphères qui se dessinent en vertu de l'individualisation des fonctions étatiques, sous l'influence de la doctrine de la séparation des pouvoirs dans l'organisation politique et du processus de professionnalisation des *fonctions publiques*.

L'émergence et l'évolution de l'administration publique - qui en tant que segment de l'État, dans son aspect structurel n'échappe pas à l'immatérialité de cet Etat - et le droit administratif, fondamentalement au cours du XIXe siècle, sont présentés comme des facteurs déterminants pour la configuration des aspects théoriques et pratiques qui différencient juridiquement les différentes espèces de ces personnels au service de l'Etat, et avec davantage de spécificité celles qui servent l'administration publique, comme un espace d'action plus précis.

C'est dans ce contexte que s'inscrit la question de la notion juridique de fonctionnaire public. Ce dernier est une catégorie d'importance vitale au sein de la composante subjective de l'État, car il est généralement identifié aux personnes qui ont un niveau plus élevé de devoir et de responsabilité dans l'exercice de la fonction publique. Cependant, loin d'être une institution administrative aux profils précis, elle fait partie de celles qui ont subi les plus grands avatars en théorie et même, après plus de deux siècles, les controverses qui l'entourent ne sont pas toutes résolues. Par conséquent, la résolution de ce problème est toujours un sujet d'une extrême complexité dans tous ses aspects. Du point de vue du débat, il s'agit en outre d'une catégorie substantielle qui a connu des évolutions théoriques législatives changeantes. Cependant, toutes ces idées, connaissances et recherche de solutions n'ont pas encore abouti à une conception solide, du moins acceptée dans ses bases

épistémologiques les plus universelles. S'il fallait dégager une conclusion plus définitive, ce serait précisément le déni de l'existence de cette dernière solution, centrée sur le contexte spécifique et le caractère national qui entoure la notion de fonction publique, étant étroitement liée avec la culture politique et juridique de chaque réalité d'État spécifique.

L'apport fondamental de la présente étude consiste en une proposition théorique des catégories de la fonction publique et de fonctionnaire public, soutenue par une série d'éléments qui permettent sa qualification pour le droit administratif avec un certain degré de généralité et d'acceptation. Cela servira de référence doctrinale pour moduler les définitions qui sont supposées fonctionner dans chaque système juridique.

Le cas cubain n'échappe pas à tout ce qui précède, fondamentalement si l'on tient compte du fait que l'évolution de la fonction publique en général et de la conception d'un fonctionnaire en particulier révèle à Cuba une dynamique historique unique - circonscrite par un amalgame d'influences qui comprennent la connotation pour Cuba d'avoir été une colonie espagnole, la forte présence nord-américaine qui s'y est exercée et le fait pour Cuba de constituer, depuis plus d'un demi-siècle, un État socialiste -; qui détermine l'existence, dès sa naissance, d'un modèle d'organisation mixte du personnel administratif, où se sont incorporés des éléments de toutes ces cultures juridiques.

Le moment historique qui va de 1959 à 1976, dans le contexte de la transition vers l'État socialiste, a mis en évidence un tournant radical en termes de conception de la fonction publique, avec un impact sur la notion de fonctionnaire public, qui a un moment capital avec la promulgation de la Constitution cubaine de 1976. De cette façon, les bases de son organisation sont insuffisamment établies et sa mise en œuvre n'est pas prévue par des normes complémentaires. Dès lors, deux notes fondamentales caractériseront le système diffus de la fonction publique nationale. D'une part, son ordination, en principe, par le droit du travail : un processus qui aboutirait à établir une réglementation sui generis, qui resterait dans un statut intermédiaire entre le droit administratif et le droit du travail, sans parvenir à une migration adéquate et effective du contenu vers ce dernière branche juridique et avec un traitement juridique précaire et déficient dans le domaine administratif. D'autre part, l'augmentation progressive des niveaux de politisation de la fonction publique - principalement dans sa dimension managériale - qui, puisque ses différents domaines ne sont pas identifiés avec précision, génère la configuration d'un modèle fonctionnel où il n'est pas possible de différencier les degrés de discrétionnalité pour l'organisation des personnels au service de l'Etat.

Sur le plan historico-doctrinal, le thème était présent dans la pensée cubaine principalement dans la première moitié du XXe siècle; et c'est ici qu'on rencontre, d'une manière générale, ses bases scientifiques. En ce sens, l'ouvrage le plus pertinent qui contient une étude détaillée du système de fonction publique cubain et, en particulier, du fonctionnaire public, est *Principios Generales de Derecho Administrativo. El personal de la Administración Pública. Exposición Doctrinal y de Derecho Positivo y Jurisprudencia cubana*, de Julián Modesto Ruiz y Gómez, publiée en 1935.¹ Ses données renforcent l'utilité de cette recherche dans le domaine théorique car, entre autres, elle fournit une mise à jour de plus de huit décennies de silence doctrinal sur le sujet lié à la notion de fonctionnaire public.

1 V. RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, *Principios Generales de Derecho Administrativo. El personal de la Administración Pública. Exposición Doctrinal y de Derecho Positivo y Jurisprudencia cubana*, Cultural S.A, La Habana, 1935.

Le panorama actuel, à la lumière du nouveau texte constitutionnel, n'est pas loin de ce qui a été décrit ci-dessus. Le concept de fonctionnaire public cubain se brouille au sein d'un régime juridique doté d'une certaine spécialité, conçu pour les soi-disant *cadres* et *fonctionnaires* - sans plus de précisions -; régi, en outre, par des dispositions juridiques insuffisantes dans leurs bases théoriques. Par conséquent, Cuba n'a pas aujourd'hui de délimitation précise, de portée générale, de la notion juridique de fonctionnaire public, ni de reconnaissance de ce que le particularisme juridique du *statut* implique une telle condition, ni enfin d'identification épistémologique des typologies du personnel au service du État, qui permettrait de donner au fonctionnaire public une autonomie théorique et pratique. Au contraire, le champ d'application constitutionnel présente un schéma catégorique imprécis, sans paramètres spécifiques aux fins de la différenciation théorique des différentes catégories qui le composent : *gestionnaire*, *fonctionnaire*, *employé*, *autorité* et *agent de l'autorité*.

Toutes ces insuffisances génèrent de graves problèmes qui sapent le fonctionnement démocratique et l'efficacité de l'administration publique, et ont généré, d'un point de vue théorique et pratique, un déclin progressif de l'institution de la fonction publique, avec des résultats négatifs : les systèmes de sélection des personnes qui occupent les postes administratifs ne reposent pas, en pratique, sur les postulats de mérite et de capacité ; les procédures disciplinaires n'offrent pas de garanties articulées et le phénomène du fonctionnement de l'emploi public se concentre plutôt sur la logique du droit du travail ; les mécanismes de contrôle et d'évaluation des résultats négligent l'aspect technique et se focalisent, fondamentalement, sur un substrat axiologique politique ; il n'y a pas de différenciation de traitements entre les différents secteurs de l'emploi public, afin d'identifier précisément ceux qui doivent obéir davantage à des exigences d'impartialité et d'objectivité, celles qui doivent répondre à des exigences spécifiquement politiques et à des exigences d'efficacité économique.

La simple observation du paysage juridique cubain et de sa situation constitue un argument suffisant pour justifier l'importance, la nécessité et l'utilité d'une telle enquête ; précisément, e qui apparaît est une réalité juridique - au niveau théorique et pratique – faite de confusion, de manque d'attention et où d'autres besoins ont prévalu, qui n'ont pas permis une meilleure pensée du phénomène.

Dans ce contexte, Cuba est à la traîne quant au débat sur le (et au) régime juridique du fonctionnaire public - qui n'a aujourd'hui qu'une existence matérielle - ; Cuba est loin de parvenir à un solide développement technico-juridique, limitant ses fondations à un substrat théorique insuffisant, sans ordre particulier, approchant la forme d'organisation principale de son contenu sur la base de constructions doctrinales extérieures au droit administratif et sans articulation systémique adéquate ; raisons pour lesquelles il est essentiel d'entrer d'urgence dans ce débat, afin de commencer à faire naître les solutions correspondantes.

Conformément aux clarifications apportées, le **problème scientifique** suivant a été déterminé : quels sont les aspects juridiques qui doivent sous-tendre la notion de fonctionnaire à Cuba afin d'améliorer le régime juridique du personnel au service de l'administration publique?

Face à cette question, on fait l'**hypothèse** suivante : les aspects juridiques qui doivent soutenir la notion de fonctionnaire public à Cuba sont l'organisation de la fonction publique comme technique juridique de gestion des moyens en personnel au service de l'administration publique, la conception d'un cadre réglementaire spécifique et la détermination du fonctionnaire public en tant que catégorie du droit administratif.

Par conséquent, il est proposé comme **objectif général de fonder**, d'un point de vue historique, théorique et comparatif, les aspects juridiques qui doivent sous-tendre la notion de fonctionnaire à Cuba, dans le but d'améliorer le régime juridique du personnel au service de l'administration publique.

Pour la réalisation de l'objectif général, on a défini des **objectifs spécifiques** :

- Analyser, théoriquement, la fonction publique comme présupposé de la notion juridique fonctionnaire public.
- Évaluer les éléments objectifs, subjectifs et formels de la configuration juridique de la notion de fonctionnaire public.
- Argumenter sur les aspects juridiques qui doivent soutenir la notion de fonctionnaire à Cuba, sur la base du parcours évolutif de l'organisation de la fonction publique nationale.

Conformément aux objectifs que l'on se donne, la recherche sera structurée en trois chapitres. Le premier d'entre eux, "**La fonction publique comme technique d'organisation des moyens en personnel au service de l'administration publique**", est consacré à l'étude de la fonction publique qui est appréhendée comme une présupposition pour la notion de fonctionnaire public. Les dimensions théoriques sur lesquelles la fonction publique est construite en tant que catégorie juridique sont également abordées et sa notion et sa caractérisation en tant que technique administrative de gestion des moyens en personnel au service de l'administration publique sont proposées. Dans le deuxième chapitre, intitulé "**La notion de fonctionnaire: aspects théoriques essentiels**", sont examinés les questions fondamentales de son évolution historique, les bases doctrinales de sa conception et les éléments sur lesquels sa notion devrait théoriquement se fonder. Enfin, dans le troisième chapitre, intitulé "**La notion de fonctionnaire public à Cuba**", on traite de l'origine et du développement du système de la fonction publique et de la conception d'un fonctionnaire public dans le contexte cubain, de sa réglementation actuelle et on proposera une étude des aspects juridiques qui doivent être maintenus pour fonder la notion dans la conception actuelle à Cuba.

Les résultats obtenus consistent en :

- Une analyse et proposition de la notion de fonction publique comme technique juridique de gestion des moyens en personnel au service de l'administration publique.
- Une construction théorique du fonctionnaire public en tant que catégorie du droit administratif qui peut être assumée avec une vocation de généralité, basée sur l'évaluation des éléments objectifs, subjectifs et formels proposés.
- Une caractérisation de l'évolution de la notion de fonctionnaire public et du système de fonction publique dans le contexte cubain.
- Une argumentation des aspects à prendre en considération pour la configuration juridique de la conception de fonctionnaire public qui est proposée pour Cuba.

CHAPITRE 1 : LA FONCTION PUBLIQUE COMME TECHNIQUE D'ORGANISATION DES MOYENS EN PERSONNEL AU SERVICE DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE

I.1. L'Etat et le facteur humain

Prendre comme point de départ le lien pouvoir organisé-agent, à partir de son essence la plus fondamentale, est essentiel pour comprendre les avatars historiques et toute conception - actuelle ou future - des catégories fonction publique et fonctionnaire. Cela est dû, en grande partie, au fait que, dans ses contextes évolutifs, un *aspect politique* central ressort : le degré d'assimilation des intérêts des fonctionnaires à ceux des pouvoirs publics organisés a été primordial dans le débat sur la définition des deux notions. La lutte pour le pouvoir n'est pas étrangère au phénomène de la fonction publique. Tant pour leurs connaissances techniques, pour leurs capacités et leur personnalité, que pour leurs liens avec le reste de la société, les fonctionnaires publics jouent un rôle décisif dans le domaine électoral et dans la réalisation des programmes politiques et sociaux.²

Pour autant, les conceptions de la fonction publique et du fonctionnaire public reçoivent l'impact conditionnant des changements subis par les relations entre l'État, l'administration publique, ses agents et la société, qui, à leur tour, répondent à la manière dont est conçue l'entité propre de la puissance publique et son organisation à chaque moment historique. Cette perspective analytique contribue à la compréhension de la complexité de la problématique liée à la gestion des moyens en personnel dont dispose l'Etat pour son fonctionnement.

En ce sens, il est justifié de consacrer un premier segment de cette étude au rapport Etat-facteur humain, considérant qu'aucune forme d'organisation du pouvoir, quelle que soit sa constitution, ne peut fonctionner sans les personnes physiques qui en sont les agents. Cet aspect est transcendantal car, quelle que soit la notion d'État qui est postulée, il se distingue du reste des formations humaines organisées par son statut de détenteur de la puissance publique, de pouvoir de commandement et de domination avec une force irrésistible, et étant un entité immatérielle et un phénomène abstrait, il ne lui est possible d'exercer son pouvoir qu'à travers les hommes qui agissent pour lui et forment la volonté qui lui est imputée.

I.2. La notion de fonction publique comme présupposé pour la notion de fonctionnaire public.

Consacrer un espace préliminaire à cette question n'est pas un objectif fortuit, mais essentiel pour l'objectif scientifique poursuivi. Il y a deux raisons fondamentales qui le conseillent. Le premier concerne les effets conditionnants du lien entre la fonction publique et les catégories de

2
85.

V. PLANTEY, Alain, *La fonction publique, Traité General*, 2e édition, Litec, Paris, 2001, p.

fonctionnaire public ; et le second, le phénomène polysémique qui se produit autour des deux mots, utilisé dans les discours juridique et politique avec des sens différents.

Il en résulte donc la nécessité de préciser le contenu et la portée du terme fonction publique comme point de départ élémentaire pour établir, ensuite, celui de fonctionnaire public à proposer. En correspondance avec ce que l'on entend de l'un, les délimitations et le contenu de l'autre seront alors établis.

I.2.1. Précisions terminologiques et substantielles sur la notion de fonction publique

L'une des premières et grandes difficultés qui se posent lors de la construction d'une notion de fonctionnaire public sur une base technique solide se situe dans le domaine théorique; elle a à voir avec la délimitation de la notion de fonction publique. Cela est dû, dans une large mesure, à la circonstance particulière que l'ensemble du système catégorique dans cette sphère thématique est constitué de constructions qui, à ce jour, sont inachevées et pleines de nuances et d'inflexions doctrinales. On peut affirmer que c'est l'un des problèmes non résolus autour de cette question, qui nécessite des réflexions essentielles.

Cette rubrique a donc pour objectif fondamental de postuler une notion strictement juridique de fonction publique. Pour cela, il est nécessaire d'illustrer le phénomène polysémique précité, en présentant les trois sens fondamentaux attribués au mot dans l'environnement politique et juridique. Ces usages déterminent des contenus et des portées différentes, qui, loin d'être exclusifs les uns des autres, s'articulent selon le contexte en question, ce qui complexifie la question. Entreprendre ce travail soutiendra la posture proposée et établira un pont plus précis entre la fonction publique et les catégories de fonctionnaires publics, en fonction du rôle déterminant que la première a sur les seconds.

Les différentes significations que l'on attribue généralement à l'expression «fonction publique» dans le domaine politico-juridique résultent de son lien avec l'évolution de l'État lui-même en tant que phénomène politique, et de l'administration publique en tant que segment du pouvoir de l'État. De cette façon, la notion de fonction publique est conditionnée par cette réalité, comme séquelle, en outre, d'un processus historique inachevé, qui détermine la nécessité de concrétiser sa conception proprement juridique - actuellement diffuse ou absente comme définition dans l'espace de la science juridique.

En ce sens, en supposant un critère qui corresponde aux prétentions scientifiques de cette étude et qui soit tenable pour systématiser les sens et la portée du terme fonction publique, trois niveaux sont établis qui vont du général au spécifique :

- (A) La notion large de fonction publique : la fonction publique en tant que fonction de l'État;
- (B) La notion restreinte de fonction publique : la fonction publique en tant que fonction administrative; et
- (C) La notion la plus stricte de fonction publique : la fonction publique liée à la gestion des moyens en personnel au service de l'administration publique.

Une fois ces trois perspectives analysées, une notion strictement juridique de fonction publique est proposée comme quatrième conception :

(D) La notion de fonction publique en tant que technique du droit administratif d'organisation du personnel au service de l'administration publique qui, sans négliger le reste, sert de base à la présente enquête.

Concevoir la fonction publique comme une technique du droit administratif, par laquelle sont articulés l'organisation, le fonctionnement et les situations des moyens en personnel au service de l'Administration Publique, est un point de départ essentiel pour assurer, à travers une vision intégrative, son caractère systémique et la flexibilité nécessaire pour que son régime juridique se matérialise sur la base de relations équitables pour la protection des intérêts réconciliés, en correspondance avec le contexte politico-juridique dans lequel il est articulé.

I.2.2. Conséquences pour l'étude

Dans l'ordre théorique, il est donc nécessaire de donner à l'expression fonction publique un sens, un contenu et une portée finalistes, exclusivement utilisables et valables lorsque, dans le cadre de son application, ils sont spécifiquement précisés. De ce point de vue, il cesse d'être n'importe quelle expression avec des sphères de manifestation politico-juridique disparates, pour devenir une notion spécifique, avec ses propres bases de définition qui transcendent la portée sémantique.

Cette approche offre une utilité pratique de grande valeur car, entre autres, elle contribue à la délimitation d'un système catégoriel approprié et précis qui empêche la confusion et évite la synonymie ou les déviations conceptuelles dues aux diverses utilisations du langage.

Un point de départ élémentaire pour l'approche technique envisagée est l'estimation de la fonction publique en tant que catégorie distincte et indépendante des composants qu'elle regroupe. Cette idée est sous-jacente puisque la nature patrimoniale des fonctions publiques est écartée et qu'on commence à comprendre que le fonctionnaire vient de la fonction qu'il remplit et non l'inverse, car la fonction ne lui appartient pas. Cela implique de rejeter toute identification de la fonction publique avec l'un de ses composants spécifiques et de l'appréhender en fonction de la configuration et de la présence de chacun d'eux en trois dimensions spécifiques: subjective, objective et téléologique.

La *dimension subjective* est constituée des sujets impliqués dans les relations juridiques et les situations qui surviennent dans le cadre du fonctionnement administratif. L'un de ces sujets sera l'administration publique et l'autre la personne physique qui devient un serviteur administratif, entendue *a priori* comme celle qui exerce ou participe à l'exercice de la fonction administrative, liée à la structure organisationnelle d'une entité publique à travers une relation de service ou d'emploi public.

Pour sa part, la *dimension objective* se concrétise dans l'articulation de l'organisation et du fonctionnement du personnel en charge de l'exercice de la fonction administrative, qui comprend le contenu issu des situations juridiques qui se présentent entre l'administration publique et ses serviteurs dans le cadre de relations établies.

Enfin, la dimension *téléologique ou finaliste* est déterminée par la finalité exclusive de cette technique, de contribuer à la satisfaction des besoins collectifs. Il s'agit d'un fondement axiologique important qui à son tour, avec la participation en tant que sujet de l'administration publique aux relations juridiques établies, détermine que son régime juridique sera administratif. Avec ce critère l'idée de la spécialité de la fonction publique est renforcée, car quelle que soit sa conception, la nécessité de son particularisme a été justifiée et défendue sur la base de l'importance de son articulation pour la satisfaction de l'intérêt collectif.

Par conséquent, on peut considérer que la fonction publique, dans le champ spécifique du droit administratif, doit être considérée comme *la technique de droit administratif par laquelle les relations et les situations juridiques qui se présentent entre l'administration publique et le personnel exerçant ou participant à l'exercice de la fonction administrative sont organisées, en liaison avec l'entité de sa compétence, par une relation structurelle.*

Délimiter épistémologiquement la fonction publique à partir des considérations qui précèdent permet de la caractériser comme suit :

- 1) *Elle a une nature instrumentale ou technique;*
- 2) *son organisation n'est pas unitaire;*
- 3) *elle s'organise en fonction de l'intérêt public;*
- 4) *l'administration publique dispose de certains pouvoirs juridiques d'exercice unilatéral;*
- 5) *elle a un caractère de permanence.*

Lorsqu'une technique de la fonction publique est mise en oeuvre en tant que catégorie juridique, une identification de ses principaux éléments se produit, l'idée de sa particularité est renforcée et le système de relations juridiques établi entre l'administration publique et ses serviteurs peut être distingué précisément dans le contexte de l'exercice de la fonction administrative. Cela permet également de concevoir un propre schéma terminologique, qui aura un effet positif sur l'ordre législatif, ce qui contribuera à atténuer la confusion théorique et les controverses qui sont généralement présentes autour de la question du service public. Dans le cas spécifique de la catégorie de fonctionnaires publics, outre la réception naturelle des avantages énoncés, l'identification des bases théoriques essentielles de la notion est facilitée, à partir de sa localisation plus précise dans la dimension subjective de la fonction publique.

I.3. Le droit de la fonction publique comme expression du particularisme juridique de la fonction publique.

La raison d'être de cette section a une portée très spécifique, afin de maintenir la ligne de recherche sans écarts inutiles. Les aspects abordés ont une pertinence essentielle pour les considérations qui doivent être utilisées autour de la notion de fonctionnaire public, puisque le droit de la fonction publique fonctionne comme un espace de réception et de conciliation du contenu hétérogène de celui-là et constitue un outil fondamental pour l'articulation d'un système de fonction publique cohérent et fonctionnel, ainsi que pour devenir une expression et une garantie de son particularisme ou de sa spécialité juridique.

I.3.1. Le droit de la fonction publique : notion et caractéristiques.

Le *droit de la fonction publique* peut être compris comme une orbite spéciale du droit administratif, qui fait référence aux règles, principes et valeurs qui régissent et informent l'organisation, le fonctionnement, les situations juridiques et les relations des et entre les personnels qui exercent la fonction administrative, et qui ont un lien structurel avec l'administration publique.

Cette perspective, à caractère inclusif et conciliant, permet d'identifier clairement l'objet de régulation du droit de la fonction publique dans toute sa dimension. Il s'agit de l'organisation et du fonctionnement de la fonction publique en tant que technique du droit administratif, qui, il faut le dire, est aussi large que le déploiement de la fonction administrative elle-même. C'est l'importance et l'utilité de cette approche. Le caractère systémique, l'instrumentalité de la fonction publique et son lien inexorable avec la satisfaction de l'intérêt collectif, non seulement fondent sa spécialité juridique, mais déterminent également la conception d'un système juridique qui répond à de telles particularités.

En ce sens, le droit de la fonction publique doit non seulement assumer le catalogue des principes généraux qui informent le droit administratif, mais doit également incorporer dans son système des caractéristiques qui découlent du système de réglementation générale de la branche du droit public, en tant qu'espace et ordre normatif majeurs, et de l'ordre juridique en général.

Compte tenu des observations précédentes, les caractéristiques suivantes du droit de la fonction publique peuvent être signalées comme essentielles:

- 1) il s'agit d'un *champ juridique au contenu hétérogène et dynamique* ;
- 2) c'est un *droit statutaire* ;
- 3) c'est un droit *essentiellement écrit* ;
- 4) c'est un droit *technique* ; et
- 5) c'est un droit *étendu*.

I.3.2. L'importance du droit de la fonction publique pour la notion de fonctionnaire public.

Une raison générale et première de cette pertinence est issue du principe de légalité lui-même qui imprègne l'action administrative, ou si on préfère une dimension plus abstraite du phénomène, de la juridicité. En tout état de cause, le conditionnement juridique de l'action administrative et son lien nécessaire avec le système constitutionnel et juridique qui la régit rendent perceptible un devoir particulier de sujétion, qui est une manière de suivre le principe de légalité, pris ici, sans entrer dans des débats théoriques à son sujet, comme la soumission de l'activité de l'administration publique à l'ensemble du système juridique.

Ce qui précède, du point de vue spécifique de la fonction publique, est essentiel. Cela part du soutien constitutionnel, de la recherche d'une organisation efficace, du respect des principes généraux du droit et d'autres pour l'action administrative. Cela concerne l'éthique, la rationalité, la transparence, l'impartialité. Et cela porte sur la mise en place de missions spécifiques, tant pour l'Administration Publique que pour le personnel à son service, et des garanties qui assurent le bon fonctionnement du système. Si la fonction publique est également conçue comme une technique,

l'espace normatif acquiert une pertinence significative, car c'est là que s'articulent les mécanismes et procédures propres à atteindre ses fins.

Dans ce cadre, dans le cas particulier du fonctionnaire public, la transcendance du droit de la fonction publique se manifeste, dans un premier temps, par la transitivité. Les notions de fonction publique et de fonctionnaire public sont étroitement liées. Non seulement en raison des effets de conditionnement que le premier génère sur le second, mais parce que le fonctionnaire public fait partie intégrante de sa dimension subjective et joue un rôle de premier plan au sein du système catégoriel lié au type de serviteurs administratifs. En conséquence, l'articulation de leurs relations et de leurs situations juridiques occupera une place importante, dans le cadre du système juridique de la fonction publique.

Sur un plan plus concret, l'existence, la conception et l'articulation correctes du droit de la fonction publique - en tant qu'ordre juridique singulier - sont vitales car elles constituent, d'une part, le cadre objectif de l'organisation de la technique de la fonction publique et de la catégorie de fonctionnaire public - en partie - en tant que réalités juridiques. Et d'autre part, c'est le moyen de la concrétisation fondamentale de la notion des deux figures, l'espace où elles prennent vie, le seul dans lequel une connotation et une conception précises peuvent être attribuées et garantissent la réduction maximale de la polysémie qu'elles possèdent dans le jargon juridique.

I.4. Les modèles d'organisation de la fonction publique et leurs relations avec les notions de fonction publique et de fonctionnaire public.

Deux modèles classiques de gestion de la fonction publique ont été établis: le modèle fermé, appelé aussi modèle de la carrière ; et le modèle ouvert, dit de l'emploi. Coexistent avec eux d'autres expériences singulières. Cependant, on assiste actuellement à un processus de métissage, en vertu duquel aucun de ces modèles n'existe à l'état pur.

I.4.1. Les modèles d'organisation de la fonction publique : notion et caractéristiques.

Compte tenu des arguments précédents, en tant qu'objectif fondamental dans ce moment de la recherche, on cherche à décrire les lignes générales des modèles classiques d'organisation de la fonction publique, et d'autres expériences remarquable, afin d'identifier le noyau de base des principes qui devraient être envisagés pour l'articulation adéquate de la fonction publique et la

conception cohérente de son cadre juridique, en mettant l'accent sur celles qui contribuent à la conception d'un fonctionnaire public à proposer.

A) Le modèle de la structure fermée, ou de la carrière.

Le modèle type de structure fermée ou de carrière trouve sa base fondamentale dans la conception française de l'administration publique en général, et de la fonction publique en particulier. L'essence même du modèle de structure fermée montre des problèmes positifs qui peuvent être mis en évidence; parmi eux, sa propension à la formation de fonctionnaires possédant une plus grande expérience et des connaissances techniques dans la gestion des affaires publiques - par la conception d'un système de formation spécialisé -. Il se concentre également sur la réalisation d'une sélection qualitativement supérieure - conformément à l'articulation des techniques de sélection du personnel basées sur le principe du mérite et de la capacité. Tout cela est associé au fondement téléologique du modèle : l'existence d'agents publics mieux équipés techniquement et davantage identifiés aux objectifs généraux de l'administration publique.

Les inconvénients qui sont généralement signalés pour ce système proviennent, d'une part, de sa propre complexité, ou sont liés à des critères d'efficacité économique, le considérant comme non rentable. Cela tient à ce que son organisation et son fonctionnement impliquent l'articulation de procédures, techniques et mécanismes différents (sélection, prise de poste, titularisation, promotions, rémunération, etc.), qui sont identifiés comme des coûts pour les dépenses publiques. A cela s'ajoute la tendance que la stabilité elle-même peut engendrer en termes de croissance de l'appareil de la fonction publique. Toutes ces critiques, naturellement, sont la conséquence des déviations et des excès du modèle, qui sont aussi à l'origine de la vision négative du phénomène bureaucratique, qui est généralement associée à bien des maux sociaux.

B) Le modèle de la structure ouverte ou de l'emploi.

L'exemple prototypique de ce système est les États-Unis d'Amérique. C'est là qu'il prend son origine et évolue dans un contexte très différent de celui qui a entouré la formation du modèle de structure fermée ou de carrière. Du fait de sa propre évolution dans le contexte politico-juridique anglo-saxon, il est fondé sur des présupposés dérivant directement du fonctionnement de l'entreprise privée. L'accent est mis sur l'évitement des coûts de la bureaucratie et sur le fait que l'administration doit s'occuper de la formation et du destin professionnel de ses agents, ce qui est considérée comme plus rentable et souple. Ces aspects sont généralement signalés parmi ses principaux avantages. D'un autre côté, elle a également fait l'objet de considérations critiques, telles que la coexistence dans les organisations de fonctionnaires sélectionnés pour leur mérite, et d'autres sélectionnés pour des raisons d'origine politique, qui peut générer des conflits internes ; ou telles que l'absence de

formation des agents administratifs à la fonction publique, ce qui se traduit par une mauvaise préparation technique pour exercer les fonctions publiques.

C) Brève référence aux cas de l'Allemagne, du Royaume-Uni et de l'Italie.

Les expériences d'autres pays européens, qui révèlent des nuances particulières affectant ces modèles classiques, et qui constituent pour cela des références à prendre également en compte, ne peuvent être ignorées. Dans le cadre des systèmes à structure fermée, le *Berufsbeamtentum* allemand (C.1) et le *Civil Service* britannique (C.2) doivent être mis en évidence. De plus, il est inévitable d'observer l'expérience la plus récente de l'Italie (C.3), avec des nuances intéressantes dans le contexte de la privatisation de l'emploi public.

D) Réflexion terminale sur la conformation d'un modèle de fonction publique contemporain dans le contexte du phénomène de métissage des modèles classiques.

Le modèle d'organisation de la fonction publique constitue sa composante organisationnelle, et dans son articulation se concrétise l'ordre juridique de l'institution. Ainsi, les apports des systèmes classiques et des cas particuliers brièvement caractérisés sont décisifs pour toute analyse effectuée afin de concevoir un modèle couplé aux exigences de la société actuelle. Si l'on peut en tirer quelque chose de commun, c'est sans aucun doute son lien direct avec le culturel, au sens général, et l'organisation de l'État en particulier.

Ce qui précède est un aspect important à considérer car il nie, en soi, la possibilité d'un jugement qui ne tienne pas compte du facteur contextuel. Il constitue également un fondement basique pour comprendre le processus évolutif de chaque expérience; Même si l'échantillon d'analyse est élargi et que les alternatives déployées dans le reste du monde sont étudiées, il y aurait autant de variantes qu'il y a d'environnements politico-culturels.

Pourtant, bien que la présence de nuances de chaque réalité juridique puisse être inévitable, il est essentiel d'établir certaines clés théoriques et pratiques, plus ou moins conventionnelles, toujours en vue de sauvegarder le particularisme juridique de la fonction publique. Sur la base de ce qui précède, il est nécessaire de réfléchir à trois aspects essentiels, qui détermineront le cours des autres considérations qui sont formulées concernant la notion de fonctionnaire public. En premier lieu, sur la contribution, l'influence et l'utilité actuelle de chacune des expériences présentées ; ensuite, établir les présupposés théoriques et pratiques à partir de laquelle une conception contemporaine de la

fonction publique doit être soutenue est important ; enfin, il est nécessaire de considérer un catalogue de base des principes qui doivent l'informer.

En ce sens, le respect de trois prémisses est proposé, qui, dans l'ordre théorique-pratique, doivent être prises en compte pour la configuration d'un modèle contemporain de fonction publique :

- Premièrement: il faut comprendre que la question n'est plus de choisir entre l'un ou l'autre des modèles. La complexité des relations État-société que révèle l'époque actuelle nécessite le rejet des dogmes.
- Deuxièmement: l'approche du phénomène doit être orientée vers la conciliation et non vers la confrontation des modèles. Cependant, les critères qui marquent la voie à suivre ne peuvent se limiter à celui de la rentabilité.
- Troisièmement: la vision sur l'ensemble du système de fonction publique doit se focaliser sur l'intérieur : sur le facteur humain. C'est le point commun le plus important de tous les modèles. Cela implique que la conception de chaque élément doit être pensée dans une perspective globale à partir de la conception du serviteur public, en particulier du fonctionnaire. Ce n'est pas un serf de l'Administration et il n'existe pas seulement en tant que serviteur de l'intérêt collectif, mais aussi en tant que personne, travailleur et citoyen; et dans de telles conditions, il mérite et doit bénéficier d'une protection juridique.

Quant au catalogue des principes qui doivent éclairer la configuration et le fonctionnement de la fonction publique, son étendue plus ou moins grande peut varier selon l'auteur et le scénario politico-juridique considéré. Cependant, si l'on voulait établir un standard minimal, il y a quatre principes qui sont indispensables pour être en présence d'un véritable système de fonction publique, au point que celle-ci, sans ceux-là, en tant que technique, serait dépourvue de ses éléments les plus essentiels, au point d'être considérée comme inopérante et inutile:

- le principe de *spécialité*,
- le principe d'*égalité*,
- le principe de *mérite* et de *capacité*,
- le principe d'*impartialité* et de *stabilité*.

CHAPITRE II. LA NOTION DE FONCTIONNAIRE PUBLIC : ASPECTS THÉORIQUES ESSENTIELS

II.1. Perspectives historiques du fonctionnaire public comme catégorie juridique administrative.

Il convient de considérer que la notion juridique de fonctionnaire public a ses antécédents et influences historiques les plus directs, fondamentalement, dans le processus évolutif de l'administration publique et du droit administratif, en tant que sous-système juridique. Ainsi, il s'agit d'un produit de l'Etat moderne - avec une concrétisation plus exacte dans l'Etat constitutionnel -, et elle n'est cohérente que dans le cadre d'une différenciation précise des fonctions de l'Etat, avec la présence d'un appareil administratif hiérarchique et professionnel.

Cela admis, une attention particulière est accordée à certaines influences historiques qui sont brièvement analysées en quatre sous-figures intitulées comme suit:

II.1.1. L'Église catholique: son influence sur la notion juridique de fonctionnaire public;

II.1.2. Principale signification historique du moment absolutiste pour la construction théorique de la catégorie de fonctionnaire public;

II.1.3. Influence de la pensée révolutionnaire et post-révolutionnaire française du XIXe siècle;

II.1.4. Les influences du XXe siècle: un nouveau point de rupture conceptuelle.

II.2. Les moyens en personnel de l'administration publique : diversité terminologique, précisions sur la portée et le contenu.

Le premier problème majeur qu'il faut affronter pour aborder le thème global de la gestion des moyens en personnel au service de l'administration publique est la diversité des dénominations apparues au cours des deux derniers siècles dans la législation, la jurisprudence et la doctrine sous différentes latitudes, qui se réfèrent aux typologies de personnes qui intègrent les structures administratives de l'État - agents, officiels, fonctionnaires, serviteurs, autorités, gestionnaires ; chacun adjectivé, minimalement, de quatre façons différentes: public, étatique, gouvernemental, administratif -.

Dans cette compréhension, à partir de cette diversité et de cette complexité, il est très difficile de faire face à une analyse qui cherche une construction plus unitaire et systémique. Par conséquent, dans la recherche de ce niveau de précision, un exercice de réorganisation du système catégoriel est nécessaire pour établir une insertion cohérente de la catégorie de fonctionnaire public, en tant que composante particulière de ce système ; c'est à cette question qu'est consacrée cette partie de la recherche.

II.3. La notion de fonctionnaire public : La noción de funcionario público: une approche et diverses perspectives.

Lorsque l'on aborde la question de la fonction publique et, plus précisément, la notion juridique de fonctionnaire public, la seule acceptation œcuménique commune et pacifique est l'absence de toute conception qui recueille un consentement universel. Cette considération constitue, peut-être, le fondement du besoin perpétuel d'études sur le sujet et des controverses qu'il a engendrées jusqu'à nos jours.

Cela est d'ailleurs facilement vérifiable en étudiant les différentes définitions qui ont été proposées au cours de l'histoire de la figure du fonctionnaire à l'intérieur et à l'extérieur du droit administratif. Aussi complexe que cela puisse être, l'illustration de ce phénomène est importante dès lors qu'on a une prétention théorique à apporter une certaine nouveauté quant à la délimitation conceptuelle de la catégorie de fonctionnaire public. L'idée de cette illustration n'est cependant pas de procéder à un vaste exercice d'exposition des concepts ou définitions, mais de clarifier les éléments essentiels d'une construction théorique de la notion de fonctionnaire public, dans une perspective de technique juridique. Il s'agit de proposer, dans une perspective plus globale et ambitieuse, un schéma méthodologique technique aussi universel que possible et, dans une intention plus concrète, de fournir la base théorique pour une conception cubaine.

Pour être cohérent avec la logique explicative utilisée dans le cas de la fonction publique, il est possible de diviser méthodologiquement l'exposé, à partir de la notion de fonctionnaire public pour le droit administratif, avec ses diverses perspectives, qui peuvent être regroupées en notions larges et restrictives. Cependant, l'illustration du phénomène ne serait pas complète si l'analyse des notions de fonctionnaire public présentes dans d'autres domaines que celui du droit administratif n'était pas incluse. Celles-ci, en général, se présentent comme des postures amples, et leur centre de gravité fondamental n'est pas la fonction administrative ; par conséquent, elles méritent une analyse spécifique car elles sont fondées sur d'autres canons et projections.

Par conséquent, la question est évaluée dans trois moments de la recherche:

- II.3.1. La notion large de fonctionnaire public pour le droit administratif;**
- II.3.2. La notion restrictive de fonctionnaire public pour le droit administratif ; et**
- II.3.3. Réflexions finales.**

Dans cette dernière section, quelques considérations importantes sur les diverses perspectives à partir desquelles la question de la notion juridique de fonctionnaire public a été discutée sont avancées. L'essentiel est de savoir que s'accrocher à des solutions universelles conduirait quiconque s'y essaierait à une impasse. Ainsi, il est naturellement important d'analyser les différents éléments qui, à différents moments et lieux, ont été considérés pour pouvoir intégrer théoriquement la notion de fonctionnaire public. Cependant, au-delà de l'objectif habituel de montrer les divergences théoriques de l'une des catégories les plus controversées et asymétriques du droit administratif, l'utilité de l'exercice réside dans la récapitulation des aspects fondamentaux entourant ces approches conceptuelles ; car, dans la perspective actuelle, ce ne sont pas des éléments qui peuvent être considérés comme isolés, ou indépendants, ou jetables en soi, mais comme une accumulation de facteurs qui ont abouti à un phénomène juridique inachevé.

II.4. Schéma catégoriel basique des serviteurs publics.

La complexité liée à la diversité terminologique, à laquelle il a été fait allusion, s'exprime non seulement dans le cas spécifique de la catégorie de fonctionnaire public, mais peut s'étendre à la dimension subjective entière de la fonction publique et même atteindre, dans une certaine mesure, au système des moyens en personnel au service de l'État. Partant de la considération que le fonctionnaire public est une composante plus « à l'intérieur » de ce groupe de personnel, son identification et sa situation précis dans cette conception subjective sont indispensables pour atteindre son individualisation épistémologique.

Ainsi, du point de vue épistémologique, on considère que le système catégoriel basique qui intègre la dimension subjective de la fonction publique, doit être configuré - en prenant comme axe le schéma élémentaire des fonctions étatiques - à partir de la considération de trois niveaux relationnels. qui naissent entre l'État et les personnes physiques qui exercent les fonctions étatiques :

- le premier : la détermination à partir du lien avec une fonction concrète de l'État;
- le deuxième : l'établissement à partir du lien statutaire, déterminant pour la catégorie de fonctionnaire public ; et
- le troisième : la conceptualisation à partir du lien structurel avec l'entité publique.

II.5. Le fonctionnaire public comme catégorie essentielle au sein de la dimension subjective de la fonction publique.

Cette section est en quelque sorte la concrétisation, avec une nuance concluante, des aspects qui ont été présentés jusqu'ici ; chacun d'entre eux soutient les considérations qui sont faites concernant les éléments proposés comme base de la notion juridique de fonctionnaire public. Ces éléments constituent les piliers sur lesquels peut se fonder de manière adéquate et suffisante quelque définition de fonctionnaire public que l'on propose dans le cadre théorique ou législatif de chaque système juridique.

Par conséquent, compte tenu de la diversité et de la disparité des éléments qui ont été utilisés pour la configuration juridique de la notion de fonctionnaire public, il est nécessaire d'établir une conciliation théorique qui permette une construction épistémologique de la catégorie avec une vocation technique d'universalité, et utile aux fins de sa concrétion dans les différentes réalités nationales. .

La notion de fonctionnaire public doit être construite théoriquement à partir de la présence d'un élément objectif - qui permet de définir le périmètre administratif comme sa sphère concrète d'action, d'identifier le lien statutaire comme déterminant de la condition de fonctionnaire et d'orienter sa gestion au moyen d'un régime public - ; de la présence d'un élément subjectif - qui permet de déterminer la nature administrative de la relation de service - et d'un élément formel - qui précise les mécanismes de formalisation du lien avec l'organisation administrative -.

CHAPITRE III : LA NOTION DE FONCTIONNAIRE PUBLIC À CUBA

Le développement historique de la fonction publique cubaine explique les questions juridiques actuelles. Celles-ci sont marquées par la confusion entre droit administratif et droit du travail. La thèse plaide pour sortir de cette confusion et propose un cadre à cette fin.

III.1. Jalons historiques fondamentaux de la fonction publique à Cuba

Pour faciliter la compréhension du processus évolutif de la fonction publique à Cuba, il est cohérent de prendre comme guide les périodes historiques fondamentales de l'histoire nationale et, aux fins d'une meilleure systématisation, il faut apprécier les périodes de formation et de développement de l'administration publique et du droit administratif national. Si l'on tient compte, en outre, que ce cours est déterminé et conditionné par les différents scénarios sociaux, politiques, économiques et juridiques qui se sont produits à Cuba depuis le XIXe siècle, le point de référence le plus approprié, depuis la rétrospective historique à partir de la réalité actuelle est le « Triomphe de la révolution » cubaine de 1959, comme un moment de rupture politique, ayant des connotations radicales pour tous les domaines du fonctionnement social, et avec une signification dans le domaine administratif très spéciale.

En ce sens, cela détermine l'existence d'une étape pré-révolutionnaire, antérieure au 1er janvier 1959 et d'une étape révolutionnaire, qui s'étend de cette date à nos jours. Sans perdre de vue que chacun de ces segments historiques reflète des réalités et des nuances différentes, ils montrent donc, en même temps, des moments différents quant aux formes d'organisation de la fonction publique à Cuba, qui influenceront leur caractérisation

III.1.1. Etape pré-révolutionnaire (de 1899 à 1959)

Le système de fonction publique cubain trouve son origine tout début de l'indépendance nationale, au début du XXe siècle, dans le contexte de la première étape néocoloniale. Ses influences les plus directes, dans le processus de fondation de ses bases, ont été le continent européen - dans ses conceptions théoriques, principalement - et l'Amérique du Nord - dans son articulation et son organisation, essentiellement -

Depuis la loi sur la fonction publique de 1909 (Ley de Servicio Civil - LSC) - moment initial de la fonction publique cubaine - jusqu'à la loi fondamentale de 1959, le modèle de la fonction publique a été vu sur les postulats théoriques contenus dans la LSC elle-même, et qui sont restés, pratiquement, invariables - indépendamment des changements imposés dans la conception, trois décennies plus tard, par la Constitution de 1940, qui est restée cependant exclusivement au niveau formel.

La stabilité particulière que le modèle de fonction publique a eu à Cuba depuis la promulgation de la LSC nous permet une caractérisation qui couvre une longue période, et qui est infléchie avec la Constitution de 1940. Par conséquent, les aspects qui suivent sont alors valables pour la période 1909-1940. C'est l'étape, dans laquelle le modèle de la fonction publique, malgré l'influence notable, dans sa conception, du système nord-américain, présente une tendance à favoriser la structure fermée, et révèle des caractéristiques très spécifiques, qui sont le résultat des influences théoriques qu'il reçoit de l'Europe continentale : son métissage - influencé par deux cultures juridiques et politiques différentes à l'époque, l'Europe continentale et l'Amérique du Nord -; la fourniture d'une définition stricte du fonctionnaire public, limitée au champ exclusif de l'administration publique et sa différenciation par rapport à la notion d'agent public ; le principe du mérite que consacre la LSC, non seulement pour l'accès à la fonction, mais aussi pour l'octroi de promotions, à partir de la recherche, en outre, de la capacité à exercer une fonction publique ; l'inamovibilité ; le contrôle administratif et judiciaire, et l'existence d'un organe directeur central.

Le panorama décrit commencera à changer, au moins formellement, à partir de la quatrième décennie du XXe siècle. Sans aucun doute, il convient de noter, aux fins de la présente enquête, que l'un des grands mérites de la Constitution de 1940 est celui d'avoir pris en compte la fonction publique, et que ce texte traite de deux questions principales. La première est sa constitutionnalisation et, la seconde, le mandat exprès pour une loi de développement qui devrait mettre en œuvre la carrière administrative. En ce sens, bien que les fondements théoriques de base restent inchangés - et il a déjà été dit qu'ils dénotaient une tendance marquée à la structure fermée -, une idée précise apparaît qui peut être appréciée et directement focalisée sur la configuration d'un système de carrière annonçant une perspective davantage attaché aux conceptions du modèle d'influence français.

Après la Constitution de 1940, et dans le but de se conformer à ce qui était prévu par la Constitution de 1940, plusieurs projets de loi ont été élaborés pour la mise en œuvre de la carrière administrative qui, à l'exception de l'un d'entre eux, qui a été approuvé par la Chambre des représentants - bien qu'il n'ait pas été promulgué - n'ont pas obtenu l'approbation du Congrès.

III.1.2. Etape révolutionnaire (de 1959 à 2019).

Cette grande étape est déterminée dans son cours par des moments historiques précis, où se situent les axes politiques, juridiques et économiques et les ruptures qui ont tracé l'*iter* de la Révolution cubaine. En ce sens, une brève période se situe au stade de la période provisoire, qui se déroule entre le 1er janvier 1959 et avril 1961, lorsque le cours de l'État révolutionnaire vers le projet socialiste est mis en route. La phase suivante est marquée par la consolidation de celui-ci, avec un point de concrétisation fondamental dans la promulgation de la Constitution cubaine de 1976, en vigueur jusqu'en avril 2019, avec ses modifications respectives (1978, 1992 et 2002).

Du point de vue juridique - et dans un certain sens pratique - la fonction publique n'est pas parmi les institutions une de celles qui subissent des changements importants. Son cycle de vie après le triomphe révolutionnaire de 1959 se résume en une période impassible - une virtualité pratiquement nulle -, qui manifeste sa désintégration progressive jusqu'en 1976. Par conséquent, le trait le plus révélateur de la fonction publique durant cette période est lié au phénomène d'absorption de son système juridique par le droit du travail, et sur les bases du droit du travail.

Avec la promulgation de la Constitution cubaine de 1976, la disparition légale du modèle d'organisation de la fonction publique nationale est vérifiée - du moins comme conception du droit administratif. La mise en place d'un système d'offices publics, de fonction publique ou d'emploi public, n'ont pas eu de reconnaissance constitutionnelle et, par conséquent, les principes et caractéristiques essentiels de son organisation n'ont pas été établis, en tant qu'espace particulier et approprié du droit administratif.

De cette manière, le démantèlement du projet prévu par la Constitution en 1940 et maintenu en 1959 est certifié. Il signifie également l'aboutissement du processus de transfert du contenu de l'organisation et du fonctionnement des moyens en personnel de l'administration publique au droit du travail. En perdant sa validité, la LSC disparaît du système juridique cubain avec, du point de vue épistémologique, les principaux éléments d'un système de fonction publique qui permettrait l'articulation pratique d'un modèle envisagé, quel qu'il soit. Ainsi, il n'y a pas non plus de notion de fonctionnaire public ayant une portée précise et juridiquement utile, et diverses paroles commencent à être introduites dans le contexte bureaucratique pour faire référence au phénomène de la fonction publique (*dirigeants, fonctionnaires, employés, agents de l'État*). En revanche, aucune décision n'est prise sur la question de la stabilité ou de l'inamovibilité de l'emploi en tant que garantie du fonctionnaire, et les bases des procédures et mécanismes d'accès ne sont pas établies. Bien que, et il faut considérer cela comme un grand succès, est reconnu le principe général d'égalité, avec une référence expresse à sa manifestation en termes d'accès à la fonction publique.

Il est extrêmement complexe de caractériser le modèle de fonction publique qui est celui de la période constitutionnelle de 1976, car, techniquement, on peut même se demander s'il s'agit d'un véritable modèle. La vérité est que, finalement, cette aboutirait à établir une réglementation *sui generis* qui resterait dans un *statut* intermédiaire entre le droit administratif et le droit du travail, sans parvenir à une migration adéquate et efficace du contenu vers cette dernière branche juridique, et avec un traitement juridique précaire et déficient dans le domaine administratif.

L'évolution qui s'ensuit le démontre, notamment après la consolidation des phénomènes de transferts des contenus du droit administratif en matière de fonction publique vers le droit du travail, et une augmentation progressive des niveaux de politisation de la fonction publique - principalement dans sa dimension directive -, qui était apparu dès la fin de l'étape précédente. Ceci,

en tant que manifestation de l'influence des principes et de l'organisation administrative de l'État soviétique - tels que la direction partisane de l'appareil administratif -, façonnera un modèle bureaucratique dans lequel le strict respect des devoirs, l'éthique révolutionnaire et l'engagement idéologique des fonctionnaires publics s'érigeront en éléments fondamentaux et en garantie principale de la stabilité dans la fonction. Ces réalités caractérisent le système cubain de gestion des moyens en personnel au service de l'administration d'État jusqu'à nos jours.

III.2. La fonction publique dans le contexte cubain actuel. Caractérisation générale.

À l'heure actuelle, bien qu'une nouvelle Constitution ait été récemment promulguée et que le cadre constitutionnel du système juridique national ait été modifié, le système juridique de la fonction publique n'a pas subi de variations importantes. Une partie de cet espace réglementaire spécial continue de se concentrer sur les catégories de cadres et de fonctionnaires. En prenant ce contexte normatif comme référence, ainsi que ce qui précède, une caractérisation du système de cubain de fonction publique peut être établie, qui, en général, se présente avec les caractéristiques suivantes:

1. Quant à la composante épistémologique, il n'y a pas de conception technique de ce qu'est la fonction publique ; plutôt, elle a été comprise comme un espace d'action du personnel au service de l'État, toujours dans une perspective large.
2. Le système catégoriel qui compose sa dimension subjective souffre d'inexactitudes conceptuelles, qui empêchent une construction théorique adéquate de chacune de ces catégories, principalement celle de fonctionnaire public, comme la plus relevante dans l'ordre juridique administratif, ce qui se convertit à son tour dans une réalisation pratique problématique.
3. En termes d'accès, on part de la reconnaissance constitutionnelle du principe d'égalité pour observer une manifestation plus concrète concernant le respect du principe du mérite pour le processus de sélection des cadres et ceux liés aux promotions.
4. Des conditions préalables au contrôle, de nature politique et technico-professionnelle, sont requises.
5. En ce qui concerne les procédures d'accès, les méthodes établies sont celles du choix et de la libre désignation, avec les limites fixées pour l'administration par le système juridique lui-même et celles imposées par l'organisation même du processus de sélection et de mobilité des cadres et des fonctionnaires.
6. Le principe d'inamovibilité, de stabilité ou de droit à la fonction n'est pas reconnu.

7. Le contrôle judiciaire n'est pas mis en place et, par conséquent, toute la procédure relative au régime disciplinaire ou d'autres situations liées aux cadres et aux fonctionnaires s'épuisent dans les voies administratives.

En résumé, bien que les questions politiques et juridiques cubaines ne puissent pas être discutées aujourd'hui dans un modèle de fonction publique proprement dite, elles ont - du moins associées à la régulation des moyens en personnel au service de l'État - une existence matérielle. Son organisation déficiente, avec des interventions inadéquates du droit administratif et du droit du travail, influence négativement sa configuration en tant que technique juridique et, par conséquent, empêche les élaborations théoriques appropriées et l'assimilation pratique de ses éléments, en particulier sa composante subjective. En conséquence, la présence et l'articulation d'un régime juridique dysfonctionnel sont générées.

III.3. La définition juridique du fonctionnaire public à Cuba : perspective évolutive.

Dans les propres contextes dans lesquels se développe la conception cubaine de la fonction publique, la notion de fonctionnaire public évolue également. Elle est configurée en fonction de chacune des étapes historiques décrites ci-dessus, en lien direct avec l'*iter* formateur de l'administration publique et du droit administratif nationaux. Avec un soutien essentiel dans la dynamique explicative des lignes précédentes, il est maintenant nécessaire d'analyser le processus évolutif de la notion de fonctionnaire public en tant que catégorie juridique à Cuba.

Il est possible, à cette occasion, de prendre comme référence spécifique la définition - ou les définitions - qui ont été présentes dans le système juridique cubain durant toutes ces époques, car elles sont une manifestation concrète de la réception normative de l'idée à chaque moment historique.

Ceci est important, non seulement parce que cela reflète les influences cycliques, mais aussi parce que cela permet d'examiner les éléments théoriques - et l'opérabilité qu'ils ont eu - pour soutenir ces définitions dans les ordres normatif et jurisprudentiel. Cette vision est nécessaire, comme base pour toute estimation faite du présent et pour le futur.

La première référence normative proposant une définition du fonctionnaire public - applicable dans le système juridique cubain - est fournie par le Code pénal espagnol de 1870 (en vigueur pour Cuba depuis 1879). Cependant, ce n'est qu'en 1909 qu'une définition juridiquement autochtone du fonctionnaire public est établie, dont la construction théorique a, pour la première fois, une base de droit administratif. Elle figurait dans la LSC de 1909. À partir de son analyse, plusieurs observations peuvent être faites, qui donnent une idée des éléments qui ont été intégrés dans la notion juridique de fonctionnaire public envisagée.

En ce qui concerne le soutien théorique, il y a une influence claire de la distinction entre actes d'autorité et actes de gestion, qui se retrouve dans les deux types de fonctionnaires publics que distingue la loi : les uns clairement institués avec la caractéristique de l'autorité comme élément

essentiel ; et les autres, avec moins de clarté, semblent être des responsables de la gestion, se différenciant des premiers par l'absence des éléments d'*autorité* ou de *juridiction*.

A partir des éléments présents dans la LSC elle-même, deux notions de fonctionnaires publics sont appréciables : une notion moins stricte - dont les éléments sont la prestation d'activités au service de l'administration publique et le caractère permanent du poste -, et une autre plus spécifique qui est déterminée par le *salaire à la charge du budget de l'État*, sans que soit pertinent la forme du revenu, ou le type de service fourni.

La prochaine analyse d'importance portera sur la conception contenue dans la Constitution de 1940, avec une portée manifestement large, lorsqu'elle est déployée sur l'ensemble de la sphère fonctionnelle de l'État. De cette façon, elle est construite sur la base de trois éléments fondamentaux:

- un élément formel, composé lui-même de deux éléments - le respect des exigences légales préétablies et la désignation en tant que technique d'accès -;
- un élément tenant au sujet - la capacité démontrée - et
- un autre élément *objectif ou matériel*, concrétisé dans l'exercice de fonctions ou de services publics.
-

Il est à noter que la place la plus importante dans la notion constitutionnelle est donnée à l'élément subjectif de capacité démontrée qui relève de l'ordre séculier. C'est le produit, en partie, de la recherche d'adéquation et d'efficacité fonctionnelles à un moment marqué par une corruption administrative pathologique.

III.3.1. Le système de catégories dans le cadre constitutionnel et législatif de 1976 à 2019. Précisions de contenu et de portée.

Le particularisme de droit administratif brouillé de la fonction publique, à partir de la Constitution cubaine de 1976, oblige l'analyse à déplacer le fil conducteur concernant le traitement de la définition du fonctionnaire public par le droit positif, la jurisprudence et la doctrine, puisque la catégorie est dénaturée, change de sens, de portée et acquiert une conception hybride, à mi-chemin entre droit du travail et droit administratif.

En tout état de cause, aucune définition du fonctionnaire public ne sera trouvée jusqu'à présent dans ces deux domaines juridiques, car dans la nouvelle perspective l'adjectif «public» est supprimé, avec l'utilisation d'un schéma catégoriel prévu dans la Constitution de 1976 elle-même, complétée par une législation ultérieure, configurée par l'usage des expressions « agents de l'État » (comme espèce générale) et dirigeants, fonctionnaires, employés, autorités et cadres (en tant que sous-espèces).

De cette manière, depuis lors, la condition de fonctionnaire public n'a qu'une existence

matérielle, sous-jacente à des conceptions juridiques déformées, localisables dans le champ normatif du droit du travail et sous des postulats essentiellement propres à cette branche. C'est donc dans ce scénario qu'il faut analyser comment la catégorie de fonctionnaire – sans le qualificatif *public* - est définie en droit positif à partir de ce moment, et sur la base des nouveaux fondements.

Selon l'évaluation des concepts examinés, on peut dire que, à la lumière du système juridique en vigueur, le fonctionnaire public à Cuba peut être défini comme : le travailleur qui appartient à la catégorie professionnelle des techniciens ou cadres, qu'il soit nommé ou élu (élément formel) pour exercer des fonctions d'encadrement ou des fonctions professionnelles liées à la complexité et à la responsabilité de la fonction publique, avec un niveau de préparation adéquat pour les fonctions exercées, avec des attributions spécifiques, une marge de décision et soumis à un régime juridique administratif de manière prééminente (élément objectif ou matériel), et qui possède des qualités politico-idéologiques et éthiques, conformément aux principes consacrés par la Constitution et le programme du Parti (élément axiologique).

III.3.2. Commentaire sur la définition du fonctionnaire public dans le Code Pénal cubain.

La question liée à la définition du fonctionnaire public contenue dans le Code Pénal cubain actuel a soulevé différents problèmes d'ordre théorique et pratique durant la période où elle a été en vigueur, fondamentalement au moment de déterminer, dans des cas spécifiques, le statut de sujet spécial par rapport à certains comportements délictueux. Cette question est étrangère à l'objet et au but de la présente enquête. Cependant, il existe un point de connexion avec le sujet étudié qui ne doit pas être ignoré : la définition du fonctionnaire public que retient le droit pénal matériel dans son article 173 est, depuis la promulgation de ce corps de règles, la seule qui puisse être trouvée dans le système juridique cubain.

Ainsi, l'attention que mérite la question, pour la présente étude, est ponctuellement dirigée vers les problèmes engendrés par sa conception et son articulation, en dehors de ses bases théoriques et présumés du droit administratif. C'est l'une des limites possibles, parmi tant d'autres, que la construction théorique et la virtualité pratique de la définition susmentionnée peuvent avoir - la plupart d'entre elles intéressant la doctrine de droit pénal.

La jurisprudence pénale cubaine n'a pas suffisamment pris en compte toutes les caractéristiques de la notion pénale de fonctionnaire public. Le peu qui est disponible dénote plutôt une certaine désorientation des juges lors de la détermination du statut de fonctionnaire dans des cas spécifiques. En ce sens, la jurisprudence pénale cubaine peut considérer comme fonctionnaire ceux qui techniquement ne le seraient pas pour le droit administratif et, bien que cela se produise dans une moindre mesure, ne pas considérer comme tels d'autres qui détiendraient ce label pour la branche du droit administratif.

Une solution, *a priori*, à ce problème, serait apportée par la notion proposée dans cette thèse. En premier lieu, en redéfinissant le schéma catégoriel du personnel au service de l'État, la catégorie de fonctionnaire public est réservée à un type spécifique de serviteur administratif. Suivant cette

logique, toute branche juridique doit s'alimenter à, cette construction théorique et en prendre les mêmes catégories avec un sens et une portée identiques.

En tout état de cause, dans le cas cubain, il doit être clair que la définition du fonctionnaire public proposée par le Code pénal n'a pas d'utilité juridique - théorique et pratique - pour le droit administratif. Son existence est donc sans conséquence pour cette discipline. Mais dans l'autre sens, l'analyse est différente: les dysfonctionnements installés par la notion pénale peuvent être résolus à partir d'une construction qui, bien qu'elle soit sectorielle, a pour base des présupposés épistémologiques de droit administratif.

III.4. Aspects juridiques qui doivent soutenir la notion de fonctionnaire public à Cuba.

Les considérations qui précèdent ont cherché à accomplir la tâche complexe de préparer le terrain pour la réalisation finale de l'objectif général de la présente enquête. Ainsi, sur la base des problèmes initialement abordés, en relation avec l'élaboration théorique de la notion juridique de fonctionnaire public, la finalité qui doit être atteinte à l'heure actuelle est celle d'un exercice de concrétisation de ceux des éléments théoriques proposés dans une approche générale, qui doivent se concentrer non seulement vers l'élaboration théorique d'une notion de fonctionnaire public pour la réalité cubaine, mais – exactement et également - dans la recherche de la construction d'une définition sur des bases de droit administratif pour fonctionner dans le système juridique cubain.

Ainsi, trois aspects juridiques sont considérés pour soutenir la notion de fonctionnaire public à Cuba, en vue de la configuration ultérieure de son régime juridique sur de solides bases théorico-normatives:

- l'articulation de la fonction publique en tant que technique d'organisation des moyens en personnel au service de l'administration publique,
- la conception d'un cadre réglementaire spécial et
- la délimitation du fonctionnaire public en tant que catégorie du droit administratif.

III.4.1. L'articulation de la fonction publique comme technique juridique d'organisation des moyens en personnel au service de l'administration publique.

Cet aspect constitue la première étape de la mise en place d'un système de fonction publique pour Cuba et d'une notion de fonctionnaire public adaptée au contexte, puisque conformément à ses postulats, elle fournit les bases de l'élaboration d'une conception juridique propre à cette catégorie. Celle-ci fait partie, comme on l'a dit, de la dimension subjective de la fonction publique et doit y être intégrée, pour lui donner cohésion et systématisation.

De manière préliminaire, l'importance et la pertinence de l'approche technique que l'on propose en termes de fonction publique, applicable en général et dans la particularité de tout scénario, y compris en ce qui concerne les caractéristiques et les principes sur lesquels elle se fonde, ont déjà été démontrées. Avec ce soutien, ce segment est consacré à deux questions fondamentales, de nature plutôt pratique: la première concerne les prémisses essentielles qui doivent être établies concernant le projet organisationnel de la fonction publique à Cuba; et, d'autre part, il est primordial de réfléchir à la pertinence de la mise en œuvre de la carrière administrative, pour l'estimer comme l'axe principal du système national de la fonction publique.

A) Le projet organisationnel d'un système de fonction publique. Prémisses essentielles.

L'organisation d'un système de fonction publique, naturellement, n'a pas seulement besoin du droit administratif; le caractère hétérogène et transdisciplinaire de la technique le détermine également. Par conséquent, au moment de sa conception et de sa mise en œuvre, plusieurs facteurs doivent être pris en compte, dont l'analyse dépasse de loin les objectifs de cette recherche. Cependant, de manière propositionnelle, certaines considérations minimales peuvent être utilisées qui, à partir de la science administrative, fonctionnent comme des prémisses au niveau basique.

Le point de départ est, sans aucun doute, de considérer que les aspects génériques de l'organisation et du système juridique de la fonction publique doivent relever de la responsabilité des organes centraux qui coordonnent la politique du personnel au service de l'administration publique, à travers les mécanismes respectifs de gestion et de contrôle. Cela implique, d'une part, la détermination des structures organisationnelles de direction et de gestion du personnel, et, d'autre part, la délimitation adéquate de leurs pouvoirs en la matière (puissance organisationnelle, réglementaire, répartition territoriale, pouvoir de désignation, entre beaucoup d'autres).

Il est également essentiel de mettre en place certains mécanismes de gestion et de contrôle qui s'intègrent au système, fondamentalement, quand à la gestion des ressources, à l'encadrement du personnel et à la fourniture d'emplois. Le premier, afin d'assurer un contrôle adéquat des informations relatives aux personnels (composante subjective complète de la fonction publique), y compris celle concernant leurs situations juridiques fondamentales (travail, carrière administrative - nominations, promotions, démissions -, entre autres); c'est également un élément important de publicité, une caractéristique particulièrement valorisée pour un système de fonction publique transparent.

La conception de mécanismes adéquats d'encadrement du personnel est essentielle. De cette manière, il est considéré que des groupes dans la fonction publique devraient être créés, conçus

comme des unités organisationnelles non personnalisées qui s'intègrent à la gestion du recrutement des fonctionnaires publics à partir de la base du système de fonction publique, afin de parvenir à l'uniformité et d'assurer une sélection ordonnée, conforme à des critères strictement techniques et professionnels, uniquement pour permettre l'identification et la sélection de fonctionnaires publics compétents pour occuper les postes prévus.

Conformément à ce qui précède, il faut comprendre que, à l'heure actuelle, toute postulation en matière de gestion de la fonction publique doit s'adapter aux traditions culturelles et politiques de chaque pays. Par conséquent, dans le cas cubain, il est considéré - en ce qui concerne les mécanismes de recrutement du personnel - qu'il n'est pas pertinent de proposer une notion de *corps* - du moins pas dans sa conception française originelle - car, en vertu de l'axiologie constitutionnelle nationale, la soutenabilité juridique d'une entité, à la marge de la structure de l'administration centrale de l'État, à laquelle on attribuerait les pouvoirs de gestion et la responsabilité des fonctions publiques de manière abstraite, comme c'est la caractéristique essentielle de la notion de *corps*, n'est pas possible.

Un autre aspect à considérer, en la matière, est la tradition de la fonction publique cubaine depuis sa consécration en 1909 jusqu'à son *statut* sinueux entre droit du travail et droit administratif, qui l'a caractérisée au cours des cinq dernières décennies. Tout ce qui précède préconise un exercice de conciliation qui conduit à la détermination d'un point médian, où la nécessité d'un encadrement ordonné des fonctionnaires et l'exigence d'une offre effective de postes publics à pourvoir par eux sont satisfaites.

De même, d'autres prescriptions doivent être formulées en correspondance avec les principes proposés, qui doivent informer la fonction publique et qui doivent être considérés à la lumière de la coexistence de certains aspects de la réalité politico-juridique cubaine, qui ne disparaîtraient pas en cas de mise en œuvre d'un système de fonction publique tel que proposé. A savoir :

- 1) Les *fonctionnaires publics titulaires* ne doivent pas se confondre avec la catégorie politico-professionnelle des *cadres*.
- 2) La liste des postes politiques et de confiance devrait être exclusivement une liste d'emplois et non une liste de fonctionnaires.
- 3) L'accès à des fonctions publiques qui doivent être remplies par des fonctionnaires publics titulaires doit prévoir des conditions préalables.

B) Pertinence de la mise en oeuvre de la carrière administrative.

La mise en œuvre de la carrière administrative n'échappe pas aux exigences technico-organisationnelles par lesquelles transite le système de fonction publique dont elle fait partie ; elle est donc, plus précisément, sujet d'étude d'autres disciplines et se rattache à des techniques plus

typiques de la science de l'administration. Ce n'est rien d'autre qu'une des expressions techniques - peut-être la plus importante - du système de fonction publique. En soi, elle constitue un sous-système technique ou une méthode, qui a pour objet la gestion des fonctionnaires, organisant - dans une perspective progressive - leur permanence au sein du système de la fonction publique. Elle doit à son tour, en tant que pilier de fonctionnement, contribuer à l'efficacité des actions de l'administration publique, à partir de la matérialisation de la stabilité et de l'égalité des chances pour l'accès et la promotion au sein du système.

En ce sens, aux fins de cette étude, ce qu'il faut traiter n'est pas son organisation et son fonctionnement, mais la pertinence de sa mise en œuvre dans le cas cubain. Cette question est transcendante pour la notion de fonctionnaire public telle que proposée, puisqu'elle a comme projet, au sein de la catégorie de fonctionnaires publics, *stricto sensu*, une conception plus spécifique relative aux fonctionnaires publics titulaires, dont l'existence est irréalisable si ce n'est dans le contexte de la carrière administrative.

La nécessité d'une carrière administrative s'inscrit dans l'urgence éminente de revendiquer l'administration publique et le droit administratif cubains - des éléments qui ont été au stade révolutionnaire, parmi les moins définis et articulés - afin qu'ils puissent remplir efficacement leur devoir essentiel de gérer l'intérêt collectif. Pas l'intérêt de l'individu, pas celui de la majorité, pas celui de l'État, mais - dans toute son ampleur complexe - *l'intérêt public*.

Aucun domaine social n'échappe au droit administratif; tout comme aucun secteur ne le fait là où l'État cubain intervient directement - une intervention qui a sans aucun doute une portée extraordinaire. Par conséquent, la carrière administrative, débarrassée du mythe de la bureaucratie pathologiquement corrompue et inefficace, fonctionne comme une garantie de transparence, de démocratie et limite l'ingérence disproportionnée de la politique sur le terrain de l'administration publique.

III.4.2. La conception d'un cadre réglementaire spécial pour la fonction publique

Cet élément découle des considérations générales qui soutiennent la nécessité du particularisme juridique de la fonction publique, qui trouve un chemin pour s'exprimer dans la configuration d'un espace spécial de régulation, constitué par le droit de la fonction publique. Celui-ci, basiquement, est d'une importance capitale, mais l'existence même de ce cadre réglementaire singulier ne garantit pas son effectivité s'il n'est pas conçu et articulé correctement dans chaque scénario concret.

En ce qui concerne Cuba, les insuffisances du système juridique qui contient les aperçus de la fonction publique nationale constituent un obstacle à l'acceptation d'une conception du fonctionnaire public construite sur les bases théoriques proposées. Par conséquent, la conception d'un cadre réglementaire approprié est donc l'un des principaux moyens pour parvenir à l'insertion cohérente de

cette notion de fonctionnaire public dans le système juridique cubain, et pour introduire sa définition en tant que catégorie du droit administratif dans le droit positif. Cela implique naturellement l'estimation de certains présupposés qui sont analysés dans la recherche, sur la base :

- A) du panorama normatif à partir de la Constitution de 2019;
- B) de la perspective d'un modèle de fonction publique à tendance fermée dans le contexte constitutionnel actuel et
- C) du projet de réglementation pour le modèle de fonction publique à tendance fermée à Cuba.

III.4.3. La délimitation du fonctionnaire public comme catégorie du droit administratif à Cuba

La présentation de cet aspect est l'aboutissement de la présente étude et met en évidence la matérialisation théorique des idées exprimées jusqu'à présent. Elle constitue également un exercice de vérification de la proposition concernant les éléments constitutifs de la notion juridique de fonctionnaire public, puisque l'objectif final de ce dernier point est de proposer une définition de cette catégorie pour opérer dans l'ordre juridique cubain, conformément à son contexte politique, juridique et économique. Il faut également prêter attention à certaines lignes directrices à vérifier dans le scénario cubain, sans lesquelles la matérialisation théorique et pratique de tous les projets de qui ont été dit serait vaine. Il convient à ce stade de prêter attention à la construction théorique qui a généralement été réalisée dans la catégorie des fonctionnaires publics au chapitre II de cette étude. Ceci, en prenant comme point de départ l'élément objectif de la conception de fonctionnaire public (exercice de fonctions administratives, nature statutaire de la relation de service et son *organisation au moyen d'un régime de droit public*).

En ce sens, certaines prémisses essentielles doivent être prises en compte pour une configuration normative précise de la notion de fonctionnaire public, en vue de sa virtualité pratique. Ainsi, dans le cas cubain - et avec un soutien dans le contexte constitutionnel actuel - une première exclusion doit être faite, qui est basée sur les considérations qui ont servi de support au moment de l'élaboration du schéma catégoriel de base, et qui ont permis l'identification précise de la catégorie de fonctionnaire public au sein de la diversité des personnels liés à l'exercice de la fonction administrative.

Par conséquent, un premier écart majeur concerne les serviteurs publics qui n'exercent pas de fonctions administratives sur une base volontaire ou qui sont régis par des réglementations spéciales, distinctes de statut général de la fonction publique qui doit être conçu, ou qui exercent des fonctions administratives à titre privé, ou qui n'ont aucun lien de service ou d'emploi avec l'administration publique.

Suivant la logique même du système de catégories proposé, un deuxième niveau d'exclusion est prévisible, car dans la définition des serviteurs administratifs, au sein desquels on trouve les fonctionnaires publics dans un sens technico-juridique strict, avec ses deux sous-classifications - les fonctionnaires publics non-titulaires et les fonctionnaires publics titulaires. Les non-titulaires seront associés, d'une part, à la nature intérimaire ou éventuelle avec laquelle ils peuvent fournir leurs

services ou, d'autre part, à leur intégration au système de la fonction publique dans des postes ou des charges politiques, de confiance ou honoraires.

Un autre aspect à évaluer est l'élément subjectif. À cet égard, dans l'ordre théorique, les précisions correspondent à ce qui a été analysé dans le chapitre précédent, et dans le domaine pratique, les critères concernant la capacité ou l'aptitude de la personne physique à être soumise à la relation juridique de service doivent être déterminés par le législateur. Les paramètres peuvent varier en fonction du poste public à occuper - ou de nombreux autres facteurs - et dépendent de l'organisation du système de fonction publique qui, comme cela a été indiqué, n'est pas la mission exclusive du droit administratif.

Dans le cas cubain, il est primordial d'accorder une attention particulière au thème de l'organisation administrative qui a un impact direct sur l'identification de l'administration publique comme sujet de la relation juridique de service, et son identification claire - dans son aspect structurel - permet une articulation plus précise du système de fonction publique, de la carrière administrative et de l'insertion cohérente de la notion de fonctionnaire public.

En ce qui concerne l'élément formel, le critère retenu pour Cuba est qu'il doit faire intervenir des mécanismes de *désignation*, précisés dans un instrument juridique contenant l'acte administratif de nomination. Ainsi, sa nature est unilatérale, en tant qu'expression de la volonté de l'administration publique. Ce qui précède n'implique pas - en raison des arguments qui ont été utilisés à l'époque - une démerite de la volonté du fonctionnaire public dans le cadre de la relation juridique suscitée. Cela constitue un élément d'efficacité et doit donc être réglementé en tant que tel dans le cadre de la procédure de formation du lien de service, garantissant le bon équilibre juridique.

De cette manière, chaque fois que le mode d'accès envisagé est celui de la désignation – que ce soit par des organes unipersonnels ou collégiaux -, l'instrument juridique à utiliser pour formaliser le lien de service est la *Résolution*, pour le premier type d'entité, et la *Délibération (Acuerdo)* pour le second.

Un autre aspect important, selon le volet formel, est la portée procédurale du droit de la fonction publique. Il est essentiel d'établir, comme partie du cadre réglementaire, les formalités spécifiques des procédures d'opposition, de concours, d'ouverture d'emplois, entre autres, car elles font partie intégrante du mécanisme formateur de la relation de service.

CONCLUSIONS

PREMIERE : La fonction publique, assumée comme une technique de gestion des moyens en personnel au service de l'Administration Publique, est une prémisses essentielle au bon fonctionnement administratif, en contribuant à une meilleure organisation du facteur humain qui exerce les fonctions de l'Etat, notamment la fonction administrative. En ce sens, elle constitue un présupposé pour la construction théorique de la notion de fonctionnaire public.

DEUXIEME : La notion de fonction publique proposée doit être conçue sur la base d'une dimension subjective - déterminée par l'administration publique et les personnes physiques qui exercent une fonction administrative au moyen d'une relation de service ou d'emploi ; une dimension objective - qui se concrétise dans la gestion et le fonctionnement du personnel à qui incombe l'exercice de la fonction administrative - ; et une dimension téléologique - qui se révèle dans le but de contribuer à la satisfaction des besoins collectifs -.

TROISIEME : La catégorie de fonctionnaire public peut être définie en prenant en compte un élément objectif - intégré par l'exercice d'une fonction administrative, la nature statutaire de la relation de service et la gestion au moyen d'un régime de droit administratif - ; un élément subjectif - déterminé par la présence de l'administration publique et de la personne physique détentrice du statut de fonctionnaire - ; et un élément formel - qui est composé des mécanismes juridiques par lesquels le lien peut être concrétisé, qu'ils soient unilatéraux ou consensuels -.

QUATRIEME : Les fondements juridiques à partir desquels s'articule actuellement l'organisation du personnel au service de l'administration publique à Cuba constituent une limite à la protection de l'intérêt général et au canon de protection des droits prévus dans le nouveau cadre constitutionnel de 2019. Cela résulte des aspects suivants:

- a) Des constructions théoriques en dehors du droit administratif, tirés, de manière insuffisante, du droit du travail, du droit pénal ou avec une surdétermination des critères politiques.
- b) Des conceptions limitant le contrôle judiciaire, se concrétisant dans les restrictions d'accès à la justice pour protéger les situations juridiques découlant des relations entre l'administration publique et les fonctionnaires publics, et qui sont maintenues dans le régime juridique en vigueur.
- c) La configuration du lien fonctionnarial sur un schéma de déséquilibre juridique, généré par l'absence de garanties procédurales.
- d) Un régime d'accès et de permanence dans les postes administratifs dérivant d'un haut niveau de discrétionnalité ; ce qui limite le fonctionnement technique de l'administration publique et la virtualité du principe du mérite et de la capacité.

CINQUIEME: La notion de fonctionnaire public à Cuba doit s'appuyer sur l'articulation de la fonction publique en tant que technique juridique - qui garantit une perspective systémique et transdisciplinaire - ; la configuration d'un cadre normatif spécial - qui garantit son particularisme juridique - ; et sa délimitation en tant que catégorie du droit administratif - pour qu'elle fonctionne légalement avec un sens et une portée généraux et univoques -. Tout cela, sur la base des nouvelles fondations qui lui permettent de s'imposer comme une catégorie idéale pour désigner le *statut* juridique des personnes ayant une plus grande responsabilité technique dans l'exercice de la fonction administrative.

RECOMMENDATIONS

PREMIERE : Dans le champ constitutionnel, il est recommandé d'inclure expressément les bases pour la régulation de la *fonction publique* à partir des principes qui guident son organisation et son fonctionnement (spécialité, égalité, mérite et capacité, impartialité et stabilité) et de l'adéquation du schéma catégoriel du personnel au service de l'État - réservant la catégorie de fonctionnaire public à la personne physique désignée pour exercer une fonction administrative, en relation avec l'entité de sa compétence au moyen d'une relation de service de nature statutaire, dont les relations et situations juridiques, dérivées de ce lien, se trouvent soumises à un régime juridique de droit administratif.

SECONDE : De même, au niveau législatif-réglementaire, la réforme intégrale des réglementations concernant les fonctionnaires et les cadres est recommandée, de sorte qu'elles s'articulent à partir de la reconfiguration de la fonction directive étatique, réservant la catégorie politico-professionnelle des cadres à cette fonction ; cela se retrouvant dans la délimitation du régime juridique de la fonction publique.

TROISIEME : Il est proposé d'établir un régime juridique spécial pour la fonction publique qui se concrétise, fondamentalement, dans une loi sur la fonction publique, avec les lignes directrices suivantes:

- Déterminer les structures organisationnelles pour la direction et la gestion du personnel au service de l'administration publique, et la délimitation de leurs compétences
- Institution d'un organe administratif supérieur et impartial au sommet du système de fonction publique.
- Mettre en place des mécanismes de contrôle administratif, principalement dans le domaine de la gestion des ressources et de l'encadrement du personnel.
- Articuler les garanties procédurales des *fonctionnaires publics*.
- Définir et établir normativement les postes politiques et de confiance; la liste devrait concerner les emplois, et non les fonctionnaires.
- Permettre l'accès à la justice administrative pour la résolution des conflits survenant dans le cadre de la relation de service entre l'administration publique et le fonctionnaire public.
- Poser comme principe que l'accès aux postes administratifs qui doivent être occupés par des fonctionnaires publics titulaires doit prévoir des conditions préalables concurrentielles, afin de concrétiser le principe du mérite et de la capacité.
- Distinguer le régime juridique du travail des *fonctionnaires publics* au sens strict de celui se référant aux travailleurs désignés.
- Mettre en œuvre la carrière administrative.

CUARTA: Au niveau académique, la recherche sur le sujet de la fonction publique à Cuba doit être encouragée, tant dans une perspective générale qu'en relation avec le fonctionnaire public, en particulier, afin de proposer des lignes directrices pour l'amélioration constante de son régime juridique.



**LA NOCIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO COMO CATEGORÍA
IUSADMINISTRATIVA: UNA PROPUESTA PARA CUBA**

TESIS EN OPCIÓN AL GRADO CIENTÍFICO DE DOCTOR EN CIENCIA JURÍDICA

**AUTOR: MSC. FERNANDO MONZÓN PÁEZ.
TUTORES: DR. ANDRY MATILLA CORREA.
DR. ERIC MILLARD**

**LA HABANA
2019**

*A Samuel, mi “principito”, por enseñarme que
“a veces no hay inconveniente en dejar el trabajo para más tarde”.*

AGRADECIMIENTOS

Al Dr. Andry Matilla Correa, por su conducción certera, la exigencia y la confianza.

A mis colegas de trabajo, en especial al Departamento de Estudios Jurídicos Básicos, por su presencia, aliento y contribución necesaria.

Al Dr. Eric Millard, Dra. Véronique Champeil-Deplats y Dr. Hakim Nader, por su hospitalidad, enseñanzas y colaboración permanente.

Al colectivo de Derecho Administrativo –Dra. Orisell Richards Martínez, Dr. Yuri Pérez Martínez, MsC. Amed Ramírez Sánchez, por los debates y sugerencias.

A los estudiantes todos, por ser la razón de nuestro crecimiento profesional,

A la Universidad de La Habana, a la Universidad de París Nanterre y a la Universidad de Bordeaux por el conocimiento aportado y los vínculos de colaboración.

A la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, por la formación.

Al Tribunal Supremo Popular y al Tribunal Provincial Popular La Habana, por la invaluable experiencia.

A mis profesores de siempre, de la academia, de la profesión y de la vida.

“[...] era natural que al quedarnos arruinados desapareciera la especie; pero, según hemos visto, no ha hecho más que transformarse: ahora es el que, no pudiendo pasar de aprendiz en ningún oficio, se declara maestro en el arte de gobernar; es el que, demasiado ignorante para desempeñar cargos pequeños, «está indicado por la opinión» para los altos cargos; es el alto funcionario que, con la frente preñada de conceptos brillantes, se encierra en su gabinete para resolver los «arduos problemas»; y si le vemos por el ojo de la cerradura, está entretenido en hacer pajaritas de papel.”

Ángel GANIVET GARCÍA

SÍNTESIS

En esta investigación se fundamentan los aspectos jurídicos que deben sustentar la noción de funcionario público en Cuba, que han de servir de base al sistema de organización de los servidores públicos en el ámbito administrativo. Con ello se propugna contribuir al mejor funcionamiento de la Administración Pública y a elevar la calidad de la gestión pública. A tales efectos, se realizan precisiones teóricas que permitan delimitar, gnoseológicamente, la categoría funcionario público en el contorno jurídico nacional. De conformidad con los objetivos trazados, se dedica un primer capítulo al estudio de la función pública, como presupuesto para la noción de funcionario público, y se propone su concepción como técnica jurídica de ordenación de los medios personales al servicio de la Administración Pública. En un segundo capítulo se analizan aspectos de la evolución histórica y construcción doctrinal de la categoría funcionario público y se valoran los elementos teóricos sobre los que debe sostenerse su noción jurídica. Por último, se aborda, en un tercer capítulo, lo relativo a la evolución del sistema de función pública y de la concepción de funcionario público en el escenario cubano, su regulación actual y se proponen pautas para la implementación de la propuesta que se realiza.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AMPP: Asamblea Municipal del Poder Popular.

ANPP: Asamblea Nacional del Poder Popular.

APPP: Asamblea Provincial del Poder Popular.

CECM: Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros.

CR: Constitución de la República de Cuba.

DL: Decreto Ley.

DRAE: Diccionario Real Academia Española.

LOM: Ley Orgánica de los Municipio (Cuba, 1908)

LOP: Ley Orgánica de las Provincias (Cuba, 1908)

LOPE: Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

LPCALE: Ley de Procedimiento Civil Administrativo, Laboral y Económico.

LSC: Ley de Servicio Civil (Cuba, 1909).

PCC: Partido Comunista de Cuba.

RIGEP: Red Iberoamericana de Instituciones de Formación e Investigación en Gerencia Pública.

UNAM: Universidad Nacional Autónoma de México.

ÍNDICE

* INTRODUCCIÓN	1
* CAPÍTULO I: LA FUNCIÓN PÚBLICA COMO TÉCNICA DE ORDENACIÓN DE LOS MEDIOS PERSONALES AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	17
I.1. El Estado y su factor humano	17
I.2. La noción de función pública como presupuesto para la noción de funcionario público	20
I.2.1 Precisiones terminológicas y de contenido sobre la noción de función pública	21
A) La noción amplia de función pública: la función pública como función del Estado	22
B) La noción restringida de función pública: la función pública como función administrativa	26
C) La noción más estricta de función pública: la función pública ligada a la ordenación de los medios personales al servicio de la Administración Pública	30
D) La noción de función pública como técnica iusadministrativa de ordenación del personal al servicio de la Administración Pública	35
I.3 El Derecho de la función pública como expresión del particularismo jurídico de la función pública	43
I.3.1 El Derecho de la función pública: noción y características	47
I.3.2 La importancia del Derecho de la <i>función pública</i> para la noción de <i>funcionario público</i>	53
I.4 Los modelos de organización de la función pública y su relación con las nociones de función pública y funcionario público	55
I.4.1 Los modelos de organización de la función pública: noción y características	58
A) El modelo de estructura cerrada o de carrera	58
B) El modelo de estructura abierta o de empleo	62
C) Breve referencia a los casos de Alemania, Reino Unido e Italia	65
C.1) Alemania	65
C.2) El <i>Civil Service</i> británico	68
C.3) Italia	70
D) Reflexión final sobre la conformación de un modelo de función pública contemporáneo en el contexto del fenómeno de mixtura	73
* CAPÍTULO II. LA NOCIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO: ASPECTOS TEÓRICOS ESENCIALES	82
II.1. Perspectiva histórica del funcionario público como categoría jurídica	82

administrativa	
II.1.1. La Iglesia católica: su influencia para la noción jurídica de funcionario público	90
II.1.2. Principal significación histórica de la etapa absolutista para la construcción teórica de la figura del funcionario público	92
II.1.3. Influencia del pensamiento revolucionario y posrevolucionario francés del siglo XIX	97
II.1.4. Las influencias del siglo XX: un nuevo punto de quiebre conceptual	106
II.2. Los medios personales de la Administración Pública: diversidad terminológica, precisiones de alcance y de contenido	114
II.3. La noción de funcionario público: planteamiento y perspectivas diversas	118
II.3.1 La noción amplia de funcionario público para el Derecho Administrativo	120
II.3.2. La noción restrictiva de funcionario público para el Derecho Administrativo	127
II.3.3. La noción de funcionario público en ámbitos diferentes al Derecho Administrativo	132
II.3.4. Reflexiones finales	136
II.4. Esquema categorial básico de los servidores públicos	138
A) Primer nivel relacional, determinante del vínculo con una función o cometido del Estado	139
B) Segundo nivel relacional: el vínculo estatutario, determinante de la categoría funcional	140
C) Tercer nivel relacional: el vínculo estructural con el ente público	141
II.5. El funcionario público como categoría esencial dentro de la dimensión subjetiva de la función pública. Elementos que deben sustentar su noción jurídica	143
A) El elemento objetivo	144
A.1) El ejercicio de función administrativa	146
A.2) La naturaleza de la relación entre la Administración y el funcionario público	147
A.2.1) La naturaleza estatutaria de la relación de servicio	153
A.3) Ordenación mediante un régimen jurídico de Derecho Administrativo	165
B) El elemento subjetivo	166
C) El elemento formal	167
* CAPÍTULO III: LA NOCIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN CUBA	169
III.1. Hitos históricos fundamentales de la función pública en Cuba	169
III.1.1. Etapa prerrevolucionaria (desde 1899 hasta 1959)	174
III.1.2. Etapa revolucionaria (desde 1959 hasta 2019)	184

A)	El fenómeno de traslado de contenidos del Derecho Administrativo al Derecho Laboral	191
B)	El incremento paulatino de los niveles de politización de la función pública	192
III.2.	La función pública en el contexto cubano actual. Caracterización general	196
III.3.	La definición jurídica de funcionario público en Cuba: perspectiva evolutiva	200
III.3.1.	La definición de funcionario público en el ámbito doctrinal cubano	211
III.3.2.	El sistema de categorías en el marco constitucional y legislativo desde 1976 hasta 2019. Precisiones de contenido y alcance	214
III.3.3	Comentario sobre la definición de funcionario público en el Código Penal cubano	224
III.4.	Aspectos jurídicos que deben sustentar la noción de funcionario público en Cuba	229
III.4.1.	La articulación de la función pública como técnica jurídica de ordenación de los medios personales al servicio de la Administración Pública	230
A)	La proyección organizativa de un sistema de función pública. Premisas esenciales	230
B)	Pertinencia de la implementación de la carrera administrativa	235
III.4.2.	El diseño de un marco regulatorio especial para la función pública	237
A)	Panorama normativo a partir de la Constitución de 2019	238
B)	Perspectiva para un modelo de función pública de tendencia cerrada en el contexto constitucional actual	239
C)	Proyección regulatoria para el modelo de función pública de tendencia cerrada en Cuba	242
III.4.3.	La delimitación de funcionario público como categoría iusadministrativa en Cuba	243
*	CONCLUSIONES	250
*	RECOMENDACIONES	252
*	BIBLIOGRAFÍA	

INTRODUCCIÓN

Ninguna forma de organización del poder, con independencia de su constitución, puede funcionar sin personas físicas que la vitalicen. En una perspectiva realista, decía DUGUIT¹ que el Estado y las estructuras que lo integran son construcciones ficticias bajo cuyo ropaje actúa el verdadero aparato de dominación integrado por los hombres. Estos son el aspecto realmente concreto de aquel fenómeno abstracto e inmaterial. Es tanto como decir que sin aquellas personas físicas que lo actúan, el Estado está imposibilitado de ejercer su poder. Y si no lo hace, resulta cuestionable su propia existencia.

Para afirmar esto nada importa el contenido y dimensión de los cometidos del Estado. Desde los fines históricos más elementales hasta los más complejos de la actualidad, esta realidad es palpable. Ya lo advertía HOBBS al afirmar que la tarea de asegurar la paz y la seguridad jurídicas, requieren que los titulares de las funciones estatales afirmen enérgica y eficazmente el monopolio de la fuerza física contra todo acto de violencia. Cuando la creación o el ejercicio de las competencias estatales no bastan para realizar esta tarea, el poder del Estado pierde su credibilidad y, junto con la confiabilidad del orden estatal, también se pone en juego su permanencia.²

Consecuentemente, es dable afirmar que ante la presencia misma de una formación política, resulta necesario, a efectos del ejercicio del propio poder y de su aseguramiento, el *factor humano*. Ello explica, en parte, que la preocupación relativa a la organización de ese conglomerado humano al servicio del poder sea tan antigua como el poder mismo y que su relevancia político-jurídica haya ido en ascenso, en la medida en que la relación Estado-agentes del poder-sociedad se fuera complejizando en el contexto del ejercicio de lo que se ha dado en llamar, finalmente –en un sentido material–, la *función pública*.

Este fenómeno, heterogéneo y con matices variopintos en su tracto evolutivo, se complejiza en la medida en que el Estado va creciendo, ampliando su ámbito de intervención social y, consecuentemente, aquel componente *humano* –como uno de los medios de los que se vale– también prolifera, se tecnifica y actúa en las distintas esferas que van perfilándose en virtud de la individualización de las funciones estatales, al amparo de la influencia que tuvo la doctrina de la separación de poderes en la organización política y el proceso de profesionalización de las *funciones públicas*.

¹ Véase DUGUIT, Léon, *Traité de Droit Constitutionnel*, tome I, *La Règle de Droit - Le Problème de L'Etat*. 3^{ème} édition, Ancienne Librairie Fontemoing & C^{ie} Éditeurs, Paris, 1927, p. 649 y ss.

² Véase HOBBS, Thomas, *El Leviatán*, edición preparada por C. Moya y A. Escohotado, Editora Nacional, Madrid, 1980, p. 299 y ss.

Ya desde finales del siglo XVII, LOCKE (1689)³ introduce la idea de la separación de poderes y los escritores políticos del siglo XVIII, fundamentalmente, MONTESQUIEU (1748)⁴, afianzan esta teoría que –interpretaciones y matizaciones aparte– influye en la identificación y articulación de las distintas funciones del Estado. Una vez que aquellas se distinguen, deben ser distribuidas en órganos muy distintos para que ninguno pueda acumular todos los poderes “para reinar como un déspota”; idea que resalta ROUSSEAU (1762).⁵

El surgimiento y evolución de la Administración Pública –que como segmento del Estado, en su aspecto estructural no escapa a la inmaterialidad de aquel– y del Derecho Administrativo, fundamentalmente durante el siglo XIX, se presentan como factores determinantes para la configuración de las notas teóricas y prácticas que van diferenciando jurídicamente las diferentes especies, a lo interno, de ese personal al servicio del Estado, con mayor concreción aquellos que sirven a la Administración Pública, como espacio más preciso de actuación. Sobre todo, porque dentro del aparato estructural y del ámbito funcional estatal, la función administrativa deviene la más abarcadora y heterogénea. Ello deriva en un mayor interés jurídico por los servidores administrativos.

En este contexto se inscribe el tema de la noción jurídica de *funcionario público*. Esta última es una categoría de vital importancia dentro del componente subjetivo del Estado, por identificarse habitualmente con las personas que tienen un nivel más elevado de deber y responsabilidad en el ejercicio de la función pública.

Sin embargo, lejos de resultar una institución iusadministrativa de perfiles definitorios precisos, ha sido una de las que ha padecido mayores avatares en lo teórico y aún, al cabo de más de dos siglos, las polémicas que la circundan no han sido zanjadas. Por tanto, el abordaje de esta temática siempre resulta un tópico de extrema complejidad en cualquiera de sus aristas. Estas dificultades se perfilan a nivel universal, sin importar el escenario político, económico y social o la perspectiva desde la que se trate el asunto. En este sentido, se direccionan bajo la influencia de dos factores que han condicionado los debates hasta la actualidad: el *factor teórico* y el *factor contextual*.

El primero de ellos tiene varias vías de manifestación que han gravitado sobre el tema. Entre ellas, las complejidades derivadas del componente gnoseológico que ha de desentrañarse como presupuesto para cualquier aproximación teórica a la categoría funcionario público y que involucra otras, igualmente polémicas, como la propia noción de lo *público* o de *función pública*.

³ Véase LOCKE, John, *The second Treatise of Government*, with an introduction by Joseph Carrig, Barnes & Nobles Books, New York, 2004, p. 79 y ss.

⁴ Véase BARÓN DE MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, *El espíritu de las leyes*, tomo I, traducción de Siro GARCÍA DEL MAZO, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1906, p. 227 y ss.

⁵ Véase ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El Contrato social*, Imprenta Herederos de Roca, Barcelona, 1836, p. 74 y ss.

Las propias referencias semánticas que aparecen del vocablo funcionario público muestran una perspectiva polisémica en cuanto a su sentido y alcance, que dificulta su comprensión teórico-jurídica; lo cual irradia dificultades, en el ámbito doctrinal y práctico, para perfilar sus contornos definitorios y visualiza sus insuficiencias técnicas como institución jurídica. La ausencia de una elaboración teórica –y por tanto científica– es una realidad que permanece e impide diferenciar la categoría funcionario público con autonomía conceptual y dificulta la identificación certera de aquellos elementos que le son propios y que requieren ser estipulados en pos de su funcionalidad.

Se trata, además, de un fenómeno jurídico relativamente nuevo, si se tiene en cuenta que las categorías función pública y funcionario público tienen un proceso evolutivo de poco más de dos siglos; tiempo este insuficiente para que una institución jurídica compleja se asiente y marque todos sus perfiles definitorios y bases teóricas. De tal modo, el Derecho Administrativo está aún en pleno proceso teórico constructivo de la noción de funcionario público.

Ello explica que, desde el punto de vista del debate,⁶ esta es una categoría sustancial que ha tenido desarrollos teóricos legislativos cambiantes. Empero, todas esas ideas, conocimientos y búsqueda de

⁶ La temática relativa a la noción jurídica de funcionario público, como parte del asunto más general de los medios personales al servicio del Estado, ha sido objeto de numeros estudios y se trata de un tema recurrente entre la doctrina internacional desde disímiles puntos de vista. A modo de ilustración somera de ese plorífero debate, puede observarse: para el caso francés, entre muchos otros, VIVIEN, M., *Études administratives*, première édition, Guillaumin Libraire, Paris, 1845, pp. 43 y 44; MACAREL, A. M., *Cours de Droit Administratif*, tome premier, première partie, *Organisation et attribution des autorités administratives*, Gustave Thorel Libraire, Paris, 1844, p. 70 y ss.; BERTHELEMY, Henry, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 7^{ème} édition, Arthur Rousseau Editeur, Paris, 1913, p. 43 y ss.; HAURIOU Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Onzième édition, Société Anonyme du Recueil Sirey, Paris, 1927, p. 589 y ss.; BISCHOFFE, G., *Qu'est-ce qu'un fonctionnaire ?*, *Fonction publique et contrat*, Sirey, Paris, 1927, obra completa; MACAREL, A. M., *Éléments de Droit Politique*, Libraire de jurisprudence de H. Tarlier, Bruxelles, 1934, p. 107 y ss.; JEZE, Gaston, *Les Principes généraux du droit administratif*, 3 vol., 3^e éd., Giard, Paris, 1925-1930; ROLLAND, Louis, *Précis de Droit Administratif*, Neuvième édition, Librairie Dalloz, Paris, 1947, p. 71 y ss.; BONNARD, Roger, *Précis de Droit Administratif*, 4^{ème} édition, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1943, p. 440; GREGOIRE, Roger, *La Fonction Publique*, Librairie Armand Colin, Paris, 1954, p. 26 y ss.; PLANTEY, Alain, *Traité pratique de la fonction publique*, 3^e édition, L.G.D.J., Paris, 1971; GAZIER, François, *La fonction publique dans le monde*, Cujas, Paris, 1972; p. 21 y ss.; KAFTANI, Chaterine, *La formation du concept de fonction publique en France*, tome 196, Bibliothèque de Droit Public, Paris, 1998; MELLERAY, Fabrice, *Droit de la Fonction Publique*, 12^{ème} édition, Ed. Economica, Paris, 2012; p. 22 y ss. Para el caso alemán, entre muchos otros, LABAND, Paul, *Le Droit Public del Empire Allemand*, tomo II, traducción de C. Gandilhon y Th. Lacuire, edición francesa, V. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, Paris, 1901, pp. 104, 108 y 114; MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, tomo IV, 2^a edición, traducción directa del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 44 y ss. En cuanto a referencias españolas, pueden mencionarse: OLIVAN, Alejandro, *De la Administración Pública con relación a España*, Nueva Edición, Madrid, 1843, p. 400 y ss.; GÓMEZ DE LA SERNA, D. Pedro, *Instituciones de Derecho Administrativo español*, tomo I, Imprenta de D. Vicente de Zalama, Madrid, 1843, p. 29 y ss.; SARALEGUI Y MEDINA, Leandro, *Nociones Generales de Administración, de Derecho Administrativo y de Economía política*, Establecimiento tipográfico de Estrada, Díaz y López, Madrid, 1865, p. 15 y ss.; POSADA, Adolfo, *Tratado de Derecho Administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, tomo I, *Introducción, La función y organización administrativa*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1897, p. 303; ROYO-VILLANOVA, Antonio, *Elementos de Derecho Administrativo*, tomo I, 20^a edición, corregida y aumentada por Segismundo Royo-Villanova, Librería Santarén, Valladolid, 1948, p. 136 y ss.; GASCÓN Y MARÍN, José, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, 12^a edición, C. Bermejo Impresor, Madrid, 1952, p. 285; PÉREZ BOTIJA, Eugenio, “El problema de los no funcionarios en las entidades públicas”, en AA.VV., *Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín en el cincuentenario de su docencias*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1952, p.128 y ss.; GUAITA

soluciones no han desembocado aún en una concepción sólida, por lo menos aceptada en sus bases gnoseológicas más universales. Son perceptibles determinadas coincidencias en algunos aspectos, pero no en una solución última; o, cuanto menos, si tuviese que identificarse una conclusión más definitiva, sería, precisamente, la negación de la existencia de esa solución última, colocándose el punto de mira en el contexto concreto.

El factor contextual o histórico, entonces, deviene condicionante de todas aquellas nociones; lo que se constata, en el caso específico del funcionario público, de la observancia de las propias peculiaridades que las corrientes doctrinales y jurisprudenciales han estampado al asunto, fundamentalmente en virtud de sus intentos definatorios como categoría jurídica, en diferentes escenarios espacio-temporales. Ello encuentra una parte importante de su explicación en el carácter nacional que la circunda, al estar estrechamente vinculado con la propia cultura política y jurídica de cada realidad estatal específica.

Asimismo, este elemento dispone una nota especial, pues trasciende a la diversidad de criterios que sobre su concepción ha existido en los órdenes legislativo, jurisprudencial y doctrinal, en espacios

MARTORELL, Aurelio, “Funcionario público”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo X, Francisco Seix Editor, Madrid, 1960, p. 96 y ss.; ROYO-VILLANOVA, Segismundo, “El concepto de funcionario público y la relación de función pública en el nuevo Derecho español”, *Revista de Administración Pública*, no. 44, 1964, ob. cit., pp. 9-23; MARTÍNEZ MARÍN, Antonio, *Derecho Administrativo, La organización administrativa*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 433 y ss.; PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la Función Pública*, 4ª edición, Dykinson, Barcelona, 1997, p. 17 y ss.; ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I/2, *Organización administrativa*, 11ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 271 y ss. Para el caso italiano, entre otros, BOCCARDO, Gerolamo, *Diritto Amministrativo*, Tipografia Scolastica, Torino, 1863, p. 205 y ss.; MANNA, Gio, *Diritto Amministrativo*, 2ª edizione, Stabilimento Tipografico del CAV Caetano Nobile, Napoli, 1860, p. 96 y ss.; SCOLARI, SAVEIRO, *Del Diritto Amministrativo*, edizione corretta ed accresciuta, Presso I Fratelli editori, Pisa, 1866, p. 244 y ss.; ORLANDO, V. E., *Principios de Derecho Administrativo*, traducción de la segunda edición italiana (1892) de Alvaro Rodríguez Bereijo, 1ª edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1978, p. 71; SANTI ROMANO, *Principii di Diritto Amministrativo italiano*, seconda edizione reveduta ed ampliata, Società Editrice Libreria, Milano, 1906, p. 83; ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritti Amministrativo*, Dott. A. Giuffé-Editore, 6e, 1949, tomo III, p. 192 y ss.; VITTA, Cino, *Diritto Amministrativo*, volumen I, 4ª edizione aggiornata, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1954, p. 188; SANDULLI, Aldo M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, 15ª edición, tomo I, Jovene Editore, Nápoles, 1989, p. 255. En el ámbito latinoamericano, véase, por ejemplo, BRANDAO CAVALCANTI, Themistocles, *O funcionario público e o seu regime jurídico*, 2ª edición, Livraria Editora Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1946, p. 48 y ss.; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, s/e, Montevideo, 1953, p. 262 y ss.; PRAT, Julio A., “De la función pública. Esquema de derecho comparado”, en *Revista de la Facultad de Derecho y ciencias sociales*, No. 1, año VII, enero-marzo, Montevideo, 1956, pp. 113-192; BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, 3ª edición, tomo II, Roque Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 14 y ss.; NUÑEZ BORJAS, Humberto, *Breve tratado de Derecho Administrativo del Perú*, 3ª edición, primera parte, Arequipa, Perú, 1971, p. 204; FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, Emilio, *Diccionario de Derecho Público*, Ediciones Astrea-Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 340; LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, 11ª edición revisada y puesta al día, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998, p. 421 y ss.; FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 40ª edición, revisada y actualizada por Manuel Fraga, Ed. Porrúa, México, 2000, p. 130 y ss.; GÓMEZ ARANGUREN, Gustavo, *Derecho Administrativo*, ABC editores librería, Bogotá, 2004, p. 236 y ss.; VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Administrativo*, 10ª edición, Ed. Legis, Colombia, 2008, p. 443 y ss.; MONTERO, Gregorio, *Régimen jurídico y profesionalización de los funcionarios públicos*, 3ª edición, revisada y ampliada, MAP, Santo Domingo, 2015, p. 159 y ss.; YOUNES MORENO, Diego, *Curso de Derecho Administrativo*, 10ª edición, actualizada, Temis, Bogotá, 2016, p. 173 y ss.; RODRÍGUEZ R., Libardo, *Derecho Administrativo general y colombiano*, tomo I, 20ª edición, Ed. Temis, Bogotá, 2017, p. 464 y ss.

nacionales de diferentes latitudes, así como a la variedad de denominaciones empleadas para referirse a las tipologías del personal que integra las estructuras administrativas del Estado. Este aspecto constituye una de las primeras grandes problemáticas que suelen interferir en las aproximaciones gnoseológicas a la categoría funcionarial.

Ante este panorama, la presente investigación se inscribe como parte de un tópico abierto, aporta consideraciones novedosas en un espacio donde aún queda mucho para decir. El aporte inicial de este estudio consiste en una propuesta teórica de la categoría funcionario público, sustentada en una serie de elementos que permitan su tecnificación para el Derecho Administrativo con determinado grado de generalidad y aceptación. Ello servirá de referente doctrinal para modular las definiciones que se asuman para operar en cada ordenamiento jurídico.

Toda articulación de un régimen jurídico requiere como presupuesto una percepción del fenómeno que ordena, a fin de sustentar las bases para la funcionalidad jurídica de la institución. En ello radica la relevancia de partir de una dimensión teórica de una noción que permita, luego, establecer –en niveles más concretos– los rasgos definatorios de la categoría funcionario público. Ello ha sido un elemento esencial del debate, sobre todo si se toma en consideración la preeminencia que tienen las definiciones en el marco del Derecho, al menos en la cultura jurídica de influencia continental europea; no solo desde el punto de vista cognitivo, sino también en la dinámica normativa.

Este último aspecto es de atención singular, pues si bien, en una perspectiva teórica general, la idea no ha de ser procurar de una definición de funcionario público como categoría iusadministrativa –por resultar un cometido imposible e inútil, dado el factor contextual enunciado–, uno de los propósitos finales de este estudio es proponer la definición que debe asumirse para el escenario concreto de Cuba, sobre el entendido de que es en el ámbito normativo donde tiene real operatividad la existencia de una definición propiamente de funcionario público que se inserte en el discurso jurídico, con patrones referenciales únicos en un entorno político-legal dado.⁷

Las problemáticas en torno a este tema se agudizan si se tiene en cuenta que la dinámica evolutiva de la relación de servicio entre los funcionarios públicos y la Administración Pública es

⁷ Es en ese sentido que conviene realzar la relevancia de *definir* para el Derecho pues el lenguaje jurídico, a diferencia del ordinario e, incluso, respecto al lenguaje de otras ciencias sociales, posee una especificidad lingüística particular, en cuanto lenguaje especializado. Siguiendo a CHAMPEIL-DESPLATS, *definir*, en el contexto de la metodología jurídica, puede ser entendido, convencionalmente, como la producción de un enunciado o medio por el cual se determina el significado de algo, de un término o una expresión compuesta. En consecuencia, las definiciones no describen los objetos, sino modelan los conceptos, buscan circunscribir y esclarecer el sentido de los vocablos empleados en un discurso ya sea con fines informativos para facilitar la comunicación entre el autor del discurso y aquellos que lo reciben, o bien con fines prescriptivos para determinar cómo los vocablos deben ser comprendidos y utilizados. Véase CHAMPEIL-DESPLATS, Veronique, *Methodologies du Droit et des sciences du Droit*, 2^e édition, Éditions Dalloz, Paris, 2016, p. 298 y ss.

significativamente más compleja que en los siglos XIX y XX; principalmente, al inscribirse en la actualidad en contextos de implementación de esquemas descentralizados, como consecuencia de la creciente intervención estatal en la vida de la comunidad y las mutaciones en la forma de relacionarse el Estado con la sociedad, a partir de concepciones que suponen mayor participación privada en la gestión pública. Ello, consecuentemente, ensancha el espectro del personal que se involucra en ejercicio de la función administrativa y demanda una necesidad más determinante de distinción estricta del funcionario público, pues no todo el que ejerce función pública ostenta técnicamente dicho *status*.

Asimismo, el escenario reciente ha colocado dificultades mayores que realzan tales urgencias, a fin de preservar el particularismo jurídico propio de la condición funcionarial, en virtud de fenómenos como la mixtura de los modelos de ordenación de la burocracia pública y como el denominado proceso de laboralización de la función pública.

El caso cubano no escapa a todo lo anterior, cuyo referente se erige como presupuesto para encarar el estudio de la categoría funcionario público en el escenario patrio; fundamentalmente si se tiene en cuenta que la evolución de la función pública, en general, y de la concepción de funcionario público, en particular, devela en Cuba una dinámica histórica singular –circundada por una amalgama de influencias que incluye las connotaciones de haber sido colonia española durante casi cuatro siglos, la fuerte presencia norteamericana durante seis décadas y constituir, desde hace más de medio siglo, un Estado socialista–; lo cual determina la existencia, desde su nacimiento, de un modelo mixto de organización del personal administrativo, donde se fueron engranando elementos de todas esas culturas jurídicas. En ese sentido, el modelo de función pública cubana tuvo sus principales antecedentes al amparo de las concepciones europeas continentales, nace y se desarrolla en el contexto de la República –donde entre sus influjos estuvieron los patrones del sistema norteamericano– y asiste a su diseminación jurídica durante la etapa revolucionaria, a partir de 1959. Todo lo cual aconseja precisiones en el orden teórico y práctico que permitan delimitar una noción propia de este fenómeno. El momento histórico comprendido entre 1959 y 1976, en el contexto de la transición hacia el Estado socialista, evidenció un giro radical en cuanto a la concepción de la función pública, con impacto en la noción de funcionario público, que tiene un momento trascendental con la promulgación de la Constitución cubana de 1976. En el marco del proceso de transformaciones de las bases políticas, económicas y jurídicas del Estado cubano, se verifica una ruptura con los postulados de la función pública que habían sido positivados en los textos legislativos de las primeras cinco décadas del siglo XX. De esta manera, las bases para su organización se establecen de modo insuficiente y no se prevé

su ordenación a través de normas complementarias. Igualmente, se culmina el proceso de desplazamiento de contenidos legislativos de Derecho Administrativo al Derecho Laboral, que venía experimentado el régimen jurídico del empleo público en Cuba, con la concepción del nuevo diseño socialista.

A partir de entonces, dos notas fundamentales caracterizarán al difuso sistema funcionarial patrio. Por una parte, su ordenación, en principio, por el Derecho Laboral, proceso que terminaría estableciendo una regulación *sui generis*, que quedaría en un *status* intermedio entre el Derecho Administrativo y el Laboral, sin lograr una adecuada y eficaz migración de los contenidos hacia esta última rama jurídica y con un tratamiento legal precario y deficiente en el ámbito administrativo. Por otra parte, el progresivo incremento de los niveles de politización de la función pública –principalmente en su dimensión directiva–, que al no estar identificados con precisión sus diferentes ámbitos, genera la configuración de un modelo funcionarial donde no es posible la gradación de las cuotas de discrecionalidad para la organización del personal al servicio del Estado. La consecuencia inmediata y más notable de lo anterior es la fuerte presencia de un componente ideológico, que se erigirá fundamental como garantía principal de estabilidad en el cargo por parte de los *funcionarios*; aspecto que atenta contra la imparcialidad necesaria en la actuación administrativa, que demanda la observancia –por una parte importante de los que precisamente serían funcionarios públicos– de criterios más técnicos en su desempeño, en pos de una gestión pública más objetiva.

La ordenación jurídica del *status* del funcionario público, con énfasis en la implementación de la carrera administrativa, fue temática de interés para la doctrina cubana a partir de la promulgación de la Constitución de 1940 y hasta finales de la década de los años cincuenta; periodo durante el cual se realizaron diversos trabajos al respecto y se presentaron varios proyectos de Ley para la ordenación de la carrera administrativa, con el fin de dar cumplimiento al mandato expreso que al respecto contenía aquella constitución, sin que ninguno resultara aprobado.⁸

⁸ Véase LÓPEZ ROVIRA, Guillermo, *Homenaje a la futura ley de la carrera administrativa*, Imp. Belascoaín, La Habana, 1942, obra completa; HERNÁNDEZ CARTAYA, Enrique, discurso “La Carrera Administrativa”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Habana*, Año VI, volumen VI, No. 39, Colegio de Abogados de La Habana, La Habana, septiembre, 1943, pp. 9-43; MARTÍNEZ, José Agustín, discurso “La Carrera Administrativa”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Habana*, Año VI, septiembre 1943, La Habana, p. 44 y ss.; MORÉ, Armando P., Discurso “La Carrera Administrativa”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Habana*, Año VI, vol. VI, No. 39, septiembre, 1943, La Habana; FERNÁNDEZ SUPERVILLE, Manuel, “La Carrera Administrativa”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Habana*, Año VII, volumen VII, No. 43, Colegio de Abogados de La Habana, La Habana, enero 1944, p. 37 y ss.; DE CASTRO-PALOMINO MOLINS, Rafael, “La Carrera Administrativa y los graduados universitarios”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Habana*, Año VII, volumen VII, No. 49, Colegio de Abogados de La Habana, La Habana, julio 1944, p. 16 y ss.; LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio, “Anteproyecto de la Ley de la Carrera Administrativa y del Tribunal de Oficios Públicos”, en *Revista Cubana de Derecho Público*, volumen. I, No. 1, enero-marzo, La Habana, 1951; DIEZ DEL VALLE, Manuel, *La Administración Pública en Cuba, Principales problemas y posibles soluciones*, Ed. Lex, La Habana, 1953, p. 50 y ss.; SEHWERT, Arnaldo, “Breves ideas en torno a la implantación de la Carrera Administrativa”, en *Revista Cubana de Derecho*, Año

Por su parte, en el ámbito normativo, destacan algunas disposiciones jurídicas que han contenido referencias expresas a la concepción de funcionario público –que tendrán un segmento de análisis en el presente estudio–. Empero, tomando ahora como referente los extremos históricos, es curioso que la primera definición normativa de la categoría se encontraba contenida en el Código Penal Español de 1870, vigente para Cuba a partir de 1879⁹; y paradójicamente, su única presencia actual está, igualmente, incluida en el articulado del Código Penal vigente.¹⁰ Este asunto merece especial atención por las dificultades interpretativas que genera respecto de las figuras delictivas cuyo sujeto especial es el funcionario público, lo cual es también una realidad compleja, que en la actualidad denota cierto desconcierto para los jueces cubanos, sin que el debate doctrinal y jurisprudencial haya tenido una conclusión certera.

En el plano histórico-doctrinal, la temática estuvo presente en el pensamiento cubano principalmente en la primera mitad del siglo XX; donde se ubican, de modo general, sus antecedentes científicos.¹¹

XXXI (Nueva Serie), No. I, enero-marzo, La Habana, 1959, p. 110 y ss.; AA.VV., *Conferencias y debates sobre la Carrera Administrativa*, Ed. LEX, La Habana, Cuba, 1949, obra completa; SEHWERT, Arnaldo y OSVALDO DORTICÓS, *Carrera Administrativa, Una contribución de la Universidad del Aire del Circuito CMQ*, La Habana, febrero de 1959, obra completa; CARMONA Y ROMAY, Adriano G., *La carrera administrativa. Proyecto de Ley de Oficios Públicos*, Imprenta de la Universidad de La Habana, Facultad de Ciencias Sociales y Derecho Público, Universidad de La Habana, La Habana, 1959, obra completa (publicado en *Revista Cubana de Derecho Público*, No. 1, volumen I, enero-marzo de 1951, La Habana, pp. 42-84).

⁹ Véase Código Penal español de 1870, Título VII, Libro II, *Delitos sobre los empleados públicos en ejercicio de sus cargos*, publicación oficial realizada como Código Penal para las provincias de Cuba y Puerto Rico y Ley provisional de rjuiciamiento criminal, mandado a observar por Real Decreto de 23 de mayo de 1879, Edición Oficial, Imprenta Nacional, Madrid, 1879, p. 107 (artículo 412).

¹⁰ Ley No. 62 de 29 de diciembre de 1987, “Código Penal”, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Especial de 5 de marzo de 1989. Ver artículo 173.

¹¹ Entre las obras de corte teórico que tratan la temática de la función pública y del funcionario público, véase GOVÍN Y TORRES, Antonio, *Elementos de Derecho Administrativo*, tomo I, Parte I, 2ª edición, Imprenta y Librería de M. Ricoy, La Habana, 1910, p. 77 y ss.; NÚÑEZ NÚÑEZ, Eduardo Rafael: ob. cit., pp. 42-44.; LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio y Joaquín MARTÍNEZ SÁENZ, *Ensayos de Derecho Administrativo*, tomo I, Imprenta y papelería de Rambla, Bouza y Ca., La Habana, 1922, p. 28 y ss.; LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio, *Sumario de las Lecciones de Derecho Administrativo explicadas en la Academia de Derecho*, recopiladas por Juan Antonio Mendoza, La Habana, 1923, Lección III, p. 4-6; DACOSTA, Arístides, M., *Apuntes de Derecho Administrativo*, adaptados de la explicaciones de clases, Imprenta y papelería La Universal, La Habana, 1927, pp. 89-130; HERNÁNDEZ CORUJO, Enrique, *Los cargos técnicos y prácticos en las Administraciones democráticas*, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y CA, Habana, 1933, obra completa; RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, *Principios...*, ob. cit., p. 52 y ss.; RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, “La Carrera Administrativa en Cuba”, en *El Abogado*, Año I, No. I, 7 de agosto de 1939, La Habana; RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, *Elementos de Administración Pública*, Instituto de Administración Pública, Universidad de La Habana, s/a, pp. 58-81. Régimen del personal de la Administración Pública; LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio, “La renuncia de los cargos públicos”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Habana*, Año II, vol. II, Nos. 9-10, Julio-Diciembre, 1939, Colegio de abogados de La Habana, La Habana.; Ruiz y Gómez, Julián Modesto, *Derecho Administrativo, Primer curso*, Conferencias mimeografiadas, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, La Habana, s/a.; RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, *Derecho Administrativo, Primer curso*, copias de clases, Universidad de La Habana, curso 1950-1951, pp. 120-154; RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, “Progreso del Derecho Administrativo en Cuba”, en *Anuario de la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho Público*, Universidad de La Habana, La Habana, 1952, pp. 27-32.

Otras obras han tratado el asunto con un cariz de compilación, incluyendo comentarios o jurisprudencia, sin tratamientos doctrinales de profundidad, por ejemplo: COLÓN, Eduardo, *Ley del Retiro Civil de 25 de junio de 1919 y modificaciones introducidas por la de 23 de junio de 1921 con apéndice que le afecta*, 2^{da} edición, corregida y aumentada, Habana, 1924;

En este sentido, la obra más relevante que contiene un estudio pormenorizado del sistema de función pública cubana y, en especial, sobre el funcionario público, es *Principios Generales de Derecho Administrativo. El personal de la Administración Pública. Exposición Doctrinal y de Derecho Positivo y Jurisprudencia cubana*, de Julián Modesto RUIZ Y GÓMEZ, publicado en 1935.¹²

BARATA Y GODOY, Rogelio, *Ley Orgánica de los Municipios*, Adicionada con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y comentada, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y CA, Habana, 1925; SÁNCHEZ BEATO, Carlos, *Manual de funcionarios y empleados*, Imprenta Arroyo Fernández y Ca., La Habana, 1925; LLACA Y ARGUDÍN, Francisco, *Legislación sobre jubilaciones y pensiones de funcionarios y empleados públicos*, Compilación de disposiciones oficiales, concordadas y anotadas, tomo I, La Habana, 1926; BETANCOURT, Ángel C., *Jurisprudencia cubana. Prontuario, por orden alfabético, de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo de la República de Cuba. Parte civil y contencioso-administrativa*, tomo I (1899 a 1908) y tomo II (1909-1918), Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y C^A, Habana, 1912 y 1929; LLACA Y ARGUDÍN, Francisco, *Legislación sobre jubilaciones y pensiones de funcionarios y empleados públicos*, Compilación de disposiciones oficiales, concordadas y anotadas, tomo II, La Habana, 1936; BUFETE RUIZ-SIERRA FERNÁNDEZ, *Legislación vigente en materia de jubilaciones y pensiones de funcionarios y empleados públicos de la República de Cuba*, Anotada y concordada hasta el día 30 de noviembre de 1936, Publicación del Bufete Ruiz-Sierra Fernández, La Habana, 1936; ÁLVAREZ MENA, Máximo, *Servicio Civil*, tomo I, Seane Fernández y Cia. Editor, La Habana, 1942; ÁLVAREZ CASTELLÓN, Wilfredo y Carlos SÁNCHEZ BEATO, *Deberes y Derechos de funcionarios y empleados públicos*, s/e, La Habana, 1942; LAZCANO Y MAZÓN, A.M., *Ley de jubilación de funcionarios y empleados públicos*, 2ª edición, Editorial Librería Selecta, La Habana, 1948; D'ESTÉFANO PISANI, Miguel A., *Servicio y Retiro Civil*, Jesús Montero Editor, la Habana, 1951; D'ESTÉFANO PISANI, Miguel A., *Retiro Civil*, Jesús Montero Editor, la Habana, 1959; CÓRDOVA Y ÁLVAREZ, Luis, *Nueva Legislación del Retiro Civil*, Editorial Selecta, La Habana, 1960.

Después de la década de 1960, y durante todo el periodo socialista, el tratamiento doctrinal de la temática de la función pública y el funcionario público fue prácticamente nulo en las únicas obras generales de Derecho Administrativo que se publicaron. Véase GARCINI GUERRA, Héctor y Miguel REYES, *Manual de Derecho Administrativo*, tomo I, Parte General, Escuela de Ciencias Jurídicas, Facultad de Humanidades, Universidad de La Habana, La Habana, 1963, pp.127 y 128; GARCINI GUERRA, Héctor, *Derecho Administrativo*, Segunda Parte, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 1978, pp. 156 y 159; GARCINI GUERRA, Héctor, *Derecho Administrativo*, 2ª edición, Ed. Pueblo y Educación, Universidad de La Habana, La Habana, 1986; RODRÍGUEZ PÉREZ, Homero, *Manual de Derecho Administrativo*, Edición provincial, Edición de Capacitación MINJUS-CETSS, La Habana, 1989, pp. 211 y 212.

Algunas referencias fueron llegando, posteriormente, desde otras perspectivas jurídicas como (Laboral y Penal, fundamentalmente), por ejemplo: LEYVA SOCARRÁS, Silvia, “Sobre el Decreto Ley No. 36 de 29 de marzo de 1980”, en *Revista Información Jurídica*, Año I, No. 1, Enero-Marzo, 1989, Dirección Provincial de Justicia y Buró Provincial de la U.N.J.C., Santiago de Cuba; RODRÍGUEZ PÉREZ, Orlando, “El asesor jurídico en las entidades estatales”, en *Revista Jurídica*, No. 23, Año VII, Abril-Junio, 1989, Departamento de Divulgación del Ministerio de Justicia de la República de Cuba, La Habana; VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia, *Derecho Laboral cubano, teoría y legislación*, tomo I, 2ª edición, Ed. Félix Varela, La Habana, 2007, p.327 y ss.; AGÜERO TORRES, María Teresa, “Acerca de la ética del servidor público en la Administración Pública cubana”, en *Folleto Gerenciales*, Agosto de 2005, Centro Coordinador de Estudios de Dirección, Ministerio de Educación Superior, Ciudad de La Habana; MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, “El concepto de funcionario público en Cuba. Un punto de contacto entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal”, publicación on line, de 30 de mayo de 2010, disponible en <https://derechopenalonline.com/el-concepto-de-funcionario-publico-en-cuba-un-punto-de-contacto-entre-el-derecho-administrativo-y-el-derecho-penal/>, consultado 9 de marzo de 2017; YIN CABRERA, Yéldiz, “Para una definición de funcionario público”, en *Justicia y Derecho*, No. 16, Año 9, junio de 2011, Tribunal Supremo Popular, La Habana; PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “El notario: función de autoridad pública”, en MATILLA CORREA, Andry y Ana María ÁLVAREZ TABÍO (Coordinadores), *El Derecho Público en Cuba a comienzos del siglo XXI*, Libro Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío, Ed. UH, La Habana, 2011, pp. 417-433; VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia y Félix Pedro DE ARMAS MACHADO, “La saga del trabajador designado en el Derecho Laboral cubano”, en *Anuario 2016-2017*, Centro de Investigaciones Jurídicas, Ministerio de Justicia, La Habana, pp. 209-258; BATISTA TORRES, Jennifer, “La designación de los funcionarios públicos en Cuba”, en MATILLA CORREA, Andry (coordinador), *Tendencias actuales del Derecho Administrativo*, Libro Homenaje a Héctor GARCINI GUERRA, Ed. UNIJURIS, La Habana, 2017, pp. 315-353.

¹²Véase RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, *Principios Generales de Derecho Administrativo. El personal de la Administración Pública. Exposición Doctrinal y de Derecho Positivo y Jurisprudencia cubana*, Cultural S.A, La Habana, 1935.

Esta obra tuvo una especial significación, meritoria de realce, pues fue posiblemente la más importante en la materia, en el ámbito doctrinal de habla hispana de ese periodo. Aunque no se le haya dado la relevancia merecida, sobresale en ese momento como única, por su calado teórico, alcance, profundidad y sistematización jurídica, comparada y nacional, del fenómeno de la función pública; y en el caso de Cuba, tiene la magnitud de haber sido la primera y única con esas características hasta la actualidad. Ello refuerza la utilidad de esta investigación en el ámbito teórico pues, entre otras cosas, provee una actualización de más de ocho décadas de silencio doctrinal sobre la temática relativa a la noción de funcionario público.

El panorama actual, a la luz del nuevo texto constitucional, no dista de lo antes descrito. El funcionario público cubano se difumina dentro de un régimen legal de cierta especialidad, diseñado para *cuadros y funcionarios* –sin apelativos–;¹³ regido, además, por disposiciones jurídicas insuficientes en sus bases teóricas. Consecuentemente, no cuenta Cuba hoy con una delimitación precisa, de alcance general, de la noción jurídica de funcionario público, ni con el reconocimiento del particularismo jurídico del *status* que tal condición implica, ni con la identificación gnoseológica de las tipologías del personal al servicio del Estado, que permita distinguir al funcionario público con autonomía teórico-práctica. Por el contrario, el ámbito constitucional presenta un esquema categorial impreciso, sin parámetros concretos a efectos de la diferenciación teórica de las diversas categorías que lo componen: *directivo, funcionario, empleado, autoridad y agente de la autoridad*.¹⁴

Es imprescindible reflexionar sobre estas múltiples denominaciones utilizadas para referirse a los servidores públicos, que coexisten en el ordenamiento cubano, con diferente alcance y basamento jurídico, no siempre todo lo coherente que se requiere. Asimismo, urge, en especial, replantearse el sustento teórico de la categoría funcionario, con el propósito de su gnoseología precisa.

Todas estas insuficiencias generan graves problemáticas que atentan contra el funcionamiento democrático y la propia eficacia de la Administración Pública, y han generado, desde el punto de vista teórico y práctico, un detrimento gradual de la institución funcionarial, con resultados negativos.

Entre estos aspectos fundamentales, pueden señalarse que los sistemas de selección de las personas que ocupan los cargos administrativos no descansan, en la práctica, sobre los postulados del mérito y

¹³ Véase Decreto Ley No. 196 de 1999, *Sistema de trabajo con los cuadros del Estado y del Gobierno* y Decreto Ley No. 197 de 1999, Sobre las relaciones laborales del personal designado para ocupar cargos de dirigente y de funcionarios, ambos de 15 de octubre de 1999, publicados originalmente en la Gaceta Oficial No. 4 Extraordinaria de 18 de octubre de 1999. La versión actualizada se publicó en Gaceta Oficial No. 54 Extraordinaria, de 20 de noviembre de 2007.

¹⁴ En la CR de 2019: *funcionarios y empleados* –artículos 7, 9, 10, 98, 99, 101, incisos b) y h), 137, inciso u), 144, inciso j), 145, inciso g), 179, inciso f) y 216)–; *autoridades* –artículos 38, 42, 61, 80, inciso i), 90, inciso e), 91, incisos d) y e), 121, 169, 179, inciso j), 191, incisos k) y l), 200, inciso e) y 214– y *agentes de la autoridad* (artículo 90, inciso e). Véase Constitución de la República de Cuba, publicada en la Gaceta Oficial No. 5 Extraordinaria de 10 de abril de 2019.

la capacidad; los procedimientos disciplinarios carecen de una articulación garantista y el fenómeno de funcionarización del empleo público se enfoca más bien hacia la huida del Derecho del Trabajo; los mecanismos de control y evaluación de resultados descuidan el aspecto técnico y se centran, en lo fundamental, en un sustrato axiológico político; no existe una diferenciación de tratamientos de los distintos sectores del empleo público, a fin de identificar concretamente cuáles tienen que obedecer más a exigencias de imparcialidad y objetividad, cuáles deberán responder a exigencias concretamente políticas y cuáles a requerimientos de eficiencia económica.

La sociedad cubana ha cambiado. Es actualmente más diversa, inclusiva, de intereses más variados. La función administrativa se hace más visiblemente abarcadora, los modos de intervención del Estado se modifican sin perder su protagonismo. La gestión pública es cada día más compleja y requiere de funcionarios mejor preparados técnicamente. El nuevo marco constitucional hace previsible, por los límites temporales que establece al ejercicio del poder respecto al mandato presidencial, cambios más frecuentes en la dirección del Estado. Ello denota la necesidad de considerar mecanismos para asegurar la continuidad técnico-profesional del funcionamiento administrativo, a fin de evitar remociones arbitrarias de los funcionarios.

Por otra parte, es incuestionable la relevancia que tiene la ordenación de los recursos humanos en cualquier escenario para el buen funcionamiento de la Administración Pública, de cuya adecuada organización depende; de lo contrario, el ejercicio de la función administrativa denotaría ciertos elementos de caos, inseguridad jurídica y de arbitrariedad en el ejercicio de las potestades administrativas en materia de función pública.

Por tanto, los aportes de este estudio contribuyen a la solución de las problemáticas planteadas proponiendo una construcción teórica de funcionario público, como categoría jurídica, que ofrece bases para su proyección normativa en Cuba, en pos de subsanar las incongruencias subsistentes en su régimen jurídico ante la ausencia de un enfoque general cimentado en la naturaleza iusadministrativa de la figura en estudio. Esto último actúa como un límite a la asunción de aquellos elementos sobre los que debe construirse la categoría funcionario público e incide en la disfuncionalidad que caracteriza su regulación jurídica en Cuba.

Por otro lado, resulta propicio retomar esta temática, a la luz de las transformaciones políticas, económicas y sociales que tienen lugar en Cuba y que impactan de manera significativa en el sector público, por las reformas que se realizan en este, en función del perfeccionamiento de la actividad de la Administración Pública, donde, entre otros aspectos, se inscribe por ejemplo, la diversificación de los agentes económicos y los modos de actuación administrativa en este ámbito, con formas de

organización de diferente naturaleza;¹⁵ lo que tiene trascendencia al momento de determinar si las personas físicas que integran algunas de esas estructuras pueden ostentar el *status* funcional.

En resumen, la mera expectación del panorama jurídico cubano y de su situación constituye argumento suficiente para fundamentar la importancia, necesidad y utilidad de una investigación de este tipo; precisamente al observarse una realidad jurídica –en lo teórico y práctico– de confusión, de falta de atención y donde han prevalecido otras necesidades, que no han conducido a la mejor ordenación del fenómeno.

En este marco, Cuba está rezagada en el debate y el régimen jurídico del funcionario público –hoy con una existencia únicamente material– dista de obtener un desarrollo técnico-jurídico sólido al erigirse sobre un sustrato teórico insuficiente, no contar con un ordenamiento particularizado, sustentar la forma de organización principal de sus contenidos sobre la base de construcciones doctrinales ajenas al Derecho Administrativo y carecer de una adecuada articulación sistémica; razones por las cuales es cardinal introducirse con urgencia en ese debate, en pos de comenzar a generar las correspondientes soluciones.

Asimismo, en el ámbito nacional, se requiere con premura de un diseño de función pública acorde con la realidad política, económica y social cubana que, para ser coherente y eficaz, debe establecerse sobre los pilares democráticos y el fundamento del Estado de Derecho que informan el funcionamiento del Estado, al amparo de la égida constitucional.¹⁶ Asimismo, el referido diseño debe configurarse sobre la base de una noción de funcionario público que se articule en esa propia dinámica y con previsión de mecanismos que garanticen la vertebración de los principios de especialidad, igualdad, mérito y capacidad, imparcialidad y estabilidad, a fin de instituir un régimen jurídico suficiente y armónico.

En consonancia con las consideraciones antes referidas y los resultados que se pretenden obtener, la presente investigación se define como teórico-jurídica. Debe advertirse que, ante la amplitud que ofrece la temática del régimen jurídico de los medios personales al servicio de la Administración Pública, resultaría pretencioso intentar abordarla en toda su extensión. No sería posible –dadas las exigencias metodológicas exigidas para este ejercicio académico– agotar la totalidad de aspectos que se relacionan con el desarrollo del régimen jurídico de la función pública en sentido general, y del funcionario público, específicamente, con sus interconexiones evolutivas. Por tanto, teniendo en cuenta el objetivo principal de esta investigación, se concentrarán los esfuerzos, desde el punto de

¹⁵Entes autónomos dependientes de entidades de Derecho Público, empresas públicas, sociedades mercantiles mixtas o de capital público, etc.

¹⁶Véase Artículo 1 CR de 2019.

vista histórico, en los principales hitos que conducen a la noción que actualmente se tiene de ambas categorías. Asimismo, se delimita como objeto de estudio: el funcionario público, y el campo de acción abarcará su noción jurídica a partir de su configuración con cimientos iusadministrativos.

En aras de la concreción del objeto de estudio y del campo de acción antes delimitados, debe apercibirse igualmente que todos los análisis y valoraciones realizados tienen como sustrato el sistema de Derecho romano-germano-francés, por ser en el cual se inserta Cuba desde el punto de vista teórico-jurídico. En cuanto a las experiencias que han tenido lugar en el contexto del *common law*, se incorporarán alusiones al respecto solo en la medida que determinen alguna influencia en el desarrollo de la institución de la función pública forjada con base en el sistema continental europeo.

A su vez, desde el punto de vista temporal, la investigación abordará, en el plano teórico evolutivo de la categoría en estudio, fundamentalmente el periodo comprendido entre el siglo XVII y la actualidad; lapso en el que pueden identificarse sus principales antecedentes y su desarrollo jurídico teórico y práctico. En el caso de Cuba, se circunscribe el estudio a partir del siglo XIX, momento en que aparece la primera referencia normativa de funcionario público en el ámbito nacional, abarcando igualmente hasta la actualidad.

De modo consecuente con las precisiones realizadas, se determinó el siguiente **problema científico**: ¿cuáles son los aspectos jurídicos que deben sustentar la noción de funcionario público en Cuba a los efectos de perfeccionar el régimen jurídico del personal al servicio de la Administración Pública?

Frente a tal interrogante, se plantea como **hipótesis**: los aspectos jurídicos que deben sustentar la noción de funcionario público en Cuba son: la articulación de la función pública como técnica jurídica de ordenación de los medios personales al servicio de la Administración Pública, el diseño de un marco regulatorio especial y la delimitación de funcionario público como categoría iusadministrativa. Por consiguiente, se propone como **objetivo general**: fundamentar, desde una perspectiva histórica, teórica y comparada, los aspectos jurídicos que deben sustentar la noción de funcionario público en Cuba, a efectos del perfeccionamiento del régimen jurídico del personal al servicio de la Administración Pública.

Para el cumplimiento del objetivo general se delimitaron como **objetivos específicos**:

- Analizar, teóricamente, la función pública como presupuesto para la noción jurídica de funcionario público.
- Valorar los elementos objetivos, subjetivos y formales para la configuración jurídica de la noción de funcionario público.

- Argumentar los aspectos jurídicos que deben sustentar la noción de funcionario público en Cuba, a partir del tracto evolutivo de la organización de la función pública nacional.

De conformidad con los objetivos que se proponen en la investigación, se seleccionaron los **métodos**¹⁷ que se enuncian a continuación:

Método teórico-jurídico: se empleó en el transcurso de toda la investigación a fin de argumentar los aspectos teóricos de la función pública y de funcionario público, como categorías jurídicas, partiendo del marco teórico-normativo que fundamenta sus nociones generales, características, naturaleza jurídica y las premisas esenciales para su ordenación, con la finalidad de contribuir a la determinación de los aspectos jurídicos sobre los que debe sustantar gnoseológicamente el régimen jurídico del funcionario público en Cuba.

Método histórico-jurídico: permitió develar las líneas generales del desarrollo histórico-normativo de la noción de funcionario público. En el ámbito internacional, se aplicó a través del estudio de sus principales hitos evolutivos y del tracto histórico en la conformación de los principales modelos de organización de la función pública; en el caso de Cuba, el método se empleó al tener en cuenta el contexto político, económico y social, que influyera en la regulación y concepción de la categoría funcionario público, a los efectos de comprender el origen y evolución de su actual situación. En tal sentido, y sobre la base de la explicación en Cuba, se tuvieron en cuenta, esencialmente, dos etapas desde el punto de vista metodológico: una etapa anterior a 1959 (prerrevolucionaria) y una posterior a ese año y hasta la actualidad.

Método de comparación jurídica: la utilización de este método facilitó determinar los puntos de contacto y de divergencia a partir de parámetros de comparación como los modelos de organización de la función pública, la naturaleza jurídica de las relaciones que se dan en su ámbito de funcionamiento, las definiciones de funcionario público, los contextos de desenvolvimiento de las nociones de función pública y funcionario público, fundamentalmente. Ello, con el propósito de

¹⁷Sobre el tema de los métodos de investigación jurídica puede verse, entre otros: JIMÉNEZ SERRANO, Pablo *Metodología para las investigaciones jurídicas*, Ed. Jurismestre, Rio de Janeiro, 2015, pp. 55-122; PAVÓ ACOSTA, ROLANDO, *La investigación científica del Derecho*, Ed. Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2009, pp. 101-123 y pp. 135-168; VILLABELLA ARMENGOL, CARLOS MANUEL, *Investigación y comunicación científica en la ciencia jurídica*, Ed. Universitaria Félix Varela y Ediciones Universidad de Camagüey, La Habana, 2012, pp.76-92; PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette, “Algunas consideraciones a debate sobre la ciencia jurídica y sus métodos”, en *Revista Cubana de Derecho*, No. 38, julio-diciembre, 2011, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, pp. 23-49; VILLABELLA ARMENGOL, CARLOS MANUEL, “*Prosiguiendo el debate: los métodos en la investigación jurídica*”, en *Revista Cubana de Derecho*, No. 40, julio-diciembre, 2012, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, pp. 35-66; DEL RÍO HERNÁNDEZ, Mirtha Arely, “La investigación jurídica en opción a grados científicos”, en *Revista Cubana de Derecho*, No. 39, enero-junio, 2012, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, pp. 90-102; HERNÁNDEZ DE LA GUARDIA, DIANA, “Los métodos de la investigación sociojurídica”, en AA.VV., *Metodología e investigación al servicio del Derecho*, Centro de Investigaciones Jurídicas, MINJUS, La Habana, 2013, pp. 187-216.

determinar las pautas generales que identifican el marco teórico-normativo sobre el objeto de estudio de la investigación. Para ello se tomaron como referentes fundamentales, países como Francia –en cuyo contexto político, jurisprudencial y doctrinal tuvo origen y desarrollo prominente la categoría funcionario público, como institución de valor jurídico–; Alemania e Italia –por ser realidades donde igualmente se verifican desarrollos de la categoría en estudio con matices diferentes y que aportaron influencias relevantes en cuanto a los elementos teóricos de su noción– y España –por constituir un influjo determinante para Cuba en la formación de su sistema jurídico–. Igualmente, se utilizaron referentes anglosajones como Reino Unido y Estados Unidos de América –por ser eslabones fundamentales en cuanto a los modelos de organización de la función pública y porque elementos que aportan son piezas claves para entender el proceso de mixtura que tiene impacto en la noción de funcionario público y la articulación de su régimen jurídico–.

Método analítico-jurídico: teniendo en cuenta la coherencia del ordenamiento jurídico y la perspectiva multifactorial de los fenómenos del Derecho, este método posibilitó, principalmente, valorar la noción jurídica actual de funcionario en Cuba, sobre la base de sus insuficiencias teórico-práctica, para así contribuir a la determinación de pautas a efectos de su delimitación teórica, en función del perfeccionamiento de su régimen jurídico.

La técnica de la investigación científica que se utilizó fue el **análisis de documentos**. Esta técnica se aplicó en documentos jurídicos que comprenden textos constitucionales, legislativos y disposiciones jurídicas en general; así como documentos jurisprudenciales del panorama patrio y foráneo, que abordan la temática objeto de estudio, con el objetivo de analizar la proyección e influencia de estas en la configuración doctrinal y legal de la figura del funcionario público en el contexto jurídico cubano actual.

De conformidad con los objetivos que se proponen, la investigación se estructurará en tres capítulos. El primero de ellos, **“La función pública como técnica de ordenación de los medios personales al servicio de la Administración Pública”**, se dedica al estudio de la función pública que opera como presupuesto para la noción de funcionario público. Se abordan, asimismo, las dimensiones teóricas sobre las que se construye la función pública como categoría jurídica y se propone su noción y caracterización como técnica iusadministrativa de ordenación de los medios personales al servicio de la Administración Pública. El segundo capítulo se denomina **“La noción de funcionario público: aspectos teóricos esenciales”**, donde se analizan las cuestiones fundamentales de su evolución histórica, las bases doctrinales de su concepción y se proponen los elementos sobre los que debe sustentarse teóricamente su noción. Por último, en el tercer capítulo, titulado **“La noción de**

funcionario público en Cuba”, se aborda lo relativo al origen y desarrollo del sistema de función pública y de la concepción de funcionario público en el contexto cubano, su regulación actual y se fundamentan los aspectos jurídicos sobre los que debe sostenerse actualmente su noción para Cuba.

Los resultados obtenidos consisten en:

- Un análisis y propuesta de noción de función pública como técnica jurídica de ordenación de los medios personales al servicio de la Administración Pública.
- Una construcción teórica de funcionario público como categoría jurídico-administrativa que pueda asumirse con vocación de generalidad, sobre la base de la valoración de los elementos objetivos, subjetivos y formales propuestos.
- Una caracterización de la evolución de la noción de funcionario público y del sistema de función pública en el contexto cubano.
- Una argumentación de los aspectos que deben tomarse en consideración para la configuración jurídica de la concepción de funcionario público que se propone para Cuba.

CAPÍTULO I: LA FUNCIÓN PÚBLICA COMO TÉCNICA DE ORDENACIÓN DE LOS MEDIOS PERSONALES AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I.1. El Estado y su factor humano

Cualquier línea analítica que se aborde sobre la noción de funcionario público implica su conexión directa con el ejercicio de las funciones públicas o, singularizando la expresión, con el accionar de la función pública. En definitiva, son los agentes del Estado, entre ellos los funcionarios públicos, las personas naturales que actúan en su nombre, los seres humanos que la materializan.

Tomar como punto de partida el nexo poder organizado-agente, desde su esencia más básica, es fundamental para comprender los avatares históricos y cualquier concepción –actual o futura– de las categorías función pública y funcionario público. Esto se debe, en gran parte, a que en sus contextos evolutivos destaca un *aspecto político* medular: el grado de asimilación de los intereses de los funcionarios a los del poder público organizado ha sido esencial en el debate definitorio de ambas nociones. La lucha por el poder no es ajena al fenómeno de la función pública. Tanto por sus conocimientos técnicos, por su capacidad y personalidad, que por sus vínculos con el resto de la sociedad, los agentes públicos desempeñan un rol decisivo en el ámbito electoral y en la realización de programas políticos y sociales.¹⁸

Por tanto, las concepciones sobre la función pública y funcionario público, reciben el impacto condicionante de las modificaciones que sufran las relaciones entre el Estado, la Administración Pública, sus agentes y la sociedad, que, a su vez, responden a la forma en la que se concibe al propio ente de poder público y su organización en cada momento histórico. Esta perspectiva analítica coadyuva a la comprensión de la complejidad del tema relativo a la ordenación de los medios personales con que cuenta el Estado para su funcionamiento.

En tal sentido, debe iniciarse la reflexión considerando que el poder es consustancial a toda agrupación humana. En todo grupo social, desde los más primitivos y simples hasta los más civilizados y complejos, se halla siempre un denominador común: la presencia de individuos más fuertes que desean y pueden imponer su voluntad sobre los otros. Esta es una realidad histórica, dice DUGUIT,¹⁹ asociada a la formación natural del Estado, que ocurre, incluso, al margen del asentamiento territorial o de la

¹⁸ Véase PLANTEY, Alain, *La fonction publique, Traité General*, 2e édition, Litec, Paris, 2001, p. 85.

¹⁹ Véase DUGUIT, Léon, *Traité...ob. cit.*, p. 655 y ss. El propio autor ya expresaba en 1901 la idea de que “*l’État est le produit historique d’une différenciation sociale entre les forts et les faibles dans une société donnée.*” Véase DUGUIT, LEON, *Études de Droit Public – I - L’État, le droit objectif et la loi positive*, Ancienne Librairie Thorin et Fils, Albert Fontemoing, Éditeur, Paris, 1901, p. 1 y ss.

homogeneidad del grupo y trasciende a cualquier postura doctrinal sobre la justificación filosófica del poder político.

Ello, en definitiva, es consecuencia del propio instinto de asociación de los hombres, como seres que no pueden vivir si no es en sociedad. Así, para que aquella no se disocie, alcance los fines que se propone y para su propia subsistencia, es necesario un poder superior a los individuos que les una y organice: el poder público.²⁰ Y ninguna forma de organización del poder, con independencia de su constitución, puede funcionar sin aquellas personas físicas que son sus agentes. Esto vale tanto para los servidores públicos actuales como para el feudatario o el servidor del príncipe en el pasado, para las democracias modernas, los regímenes precedentes y hasta los más antiguos.²¹

Este aspecto es trascendental pues, sea cual fuere la noción de Estado que se postule, aquel se distingue del resto de las formaciones humanas organizadas por su condición de poseedor del poder público, como potestad de mando y dominación con fuerza irresistible,²² y al ser un ente inmaterial y un fenómeno abstracto, solo le es posible el ejercicio de su poder a través de los hombres que actúan la voluntad que se le imputa.

En tal sentido, no debe sorprender que la preocupación relativa a la organización de ese conglomerado humano al servicio del poder sea tan antigua como el poder mismo. Tampoco ha de asombrar su heterogeneidad histórica y la complejidad que de ello se deriva; sobre todo, a partir de su proliferación y actuación en las distintas esferas que van perfilándose en virtud de la individualización de las funciones del Estado, al amparo de la influencia que tiene la doctrina de la separación de poderes en la organización política.²³ Esto, de a poco, redundará en la diferenciación de tratamientos según el *poder* al que se adscriba.

A ello se adiciona otro factor relevante, que tiene un impacto directo en la ordenación de la multiplicidad de agentes al servicio del Estado: su *cariz técnico*, íntimamente vinculado al origen de la burocracia profesional.²⁴ Este aspecto, junto a la noción de separación de poderes, constituye parte de los fundamentos de la idea moderna de Estado. A partir de que se descompone el esquema feudal

²⁰ Véase NEZARD, Henry, *Éléments de Droit Public, Principes du Droit Public, Droit Constitutionnelle et Droit Administratif*, 3ème édition, Rousseau et Cie., Paris, 1922, p. 2 y 3.

²¹ Véase STERN, Klaus, *Derecho de la República Federal alemana*, traducción parcial del tomo I por Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 599.

²² Véase CARRE DE MALBERG, Raymond, *Teoría general del Estado*, traducción de José Lión Depetre, 2da edición (2da reimpresión), Fondo de Cultura Económica de México, D.F., 2001, p. 80 y ss.

²³ Véase LOCKE, John *The second Treatise of Government*, with an introduction by Joseph Carrig, Barnes & Nobles Books, New York, 2004, p. 79 y ss.; BARÓN DE MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, ob. cit, p. 227 y ss.; ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El Contrato social*, Imprenta Herederos de Roca, Barcelona, 1836, p. 74 y ss.

²⁴ Véase WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Esbozo de sociología comprensiva, traducción de José Medina Echavarría, Juan Roura Farella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynez y José Ferrater Mora, 2da edición en español de la 4ta alemana (2da reimpresión), Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2002, p. 173 y ss.

y patrimonial del ejercicio del poder, se hace indispensable la gestión de aquel por mecanismos que implican la coordinación sistemática de actividades; lo que lleva implícito la división del trabajo en la gestión administrativa.

Esto deriva en un giro radical del pensamiento en cuanto a la organización del personal vinculado al ejercicio de las funciones del Estado. Se hace necesaria la búsqueda de un tipo de agentes que responda a aquellas exigencias concretas de especialización. El factor profesional constituye entonces un elemento cardinal, cuya significación irá en ascenso en la medida que se supere la fase del *Estado policía* y se individualice la función administrativa con el nacimiento de la Administración Pública como segmento del poder estatal que concentra la gestión del interés colectivo.

La organización del Estado en general, y la administrativa, en particular, agruparán pues a un conjunto extremadamente numeroso de personas físicas, que le prestan servicio y acceden a las estructuras públicas en virtud de finalidades y mecanismos diferentes. Algunas son elegidas por los ciudadanos o designadas por órganos representativos; otras se integran e identifican con la organización administrativa propiamente, a las que prestan servicios en virtud del ejercicio de su profesión, es decir, como trabajadores por cuenta ajena mediante remuneración.

Esto último trae como consecuencia que el funcionario profesional se pondere como la figura principal dentro del gran grupo de servidores públicos y comience a asumir intereses de grupo bien definidos. Entre otros factores, debido al rol determinante que desempeña el salario en el seno de la sociedad industrial, a los efectos de la señalización de una determinada posición social;²⁵ cuestión esta última que genera no pocos conflictos de intereses entre el Estado, desdoblado en poseedor del poder público y empleador, y los funcionarios que reclaman el reconocimiento de una serie de derechos colectivos, propios del sector privado (derechos de sindicalización, de negociación colectiva, de huelga, por ejemplo), a la vez que se propugna el mantenimiento de los privilegios derivados de la condición funcional.

A medida que el Estado de los siglos XIX y XX fue cambiando su rol, por una parte, identificándose como garante y gestor del interés público y por otra, ampliando su campo de intervención, el aumento del personal al servicio de la Administración Pública, su diversificación, las nuevas tareas asumidas, la interferencia de técnicas de gestión del sector privado, entre otros factores, fueron incorporando nuevos giros en la relación del Estado con los medios personales a su servicio, especialmente el

²⁵ Véase ORTEGA, Luis Ignacio, "Reflexiones en torno a una revisión de los planteamientos generales de la relación de empleo público", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 26, julio-septiembre, 1980, Ed. Civitas, Madrid, pp. 423-432.

funcionario.²⁶ Los vínculos y situaciones entre ellos se individualizan y adquieren una particularidad propia con trascendencia jurídica en cuanto a su organización y funcionamiento, en cuya órbita opera un aumento considerable de complejidad.

I.2. La noción de función pública como presupuesto para la noción de funcionario público

Dedicar un espacio preliminar a este asunto no es un propósito fortuito, sino imprescindible para la finalidad científica que se persigue. Dos son las razones fundamentales que así lo aconsejan. La primera, relativa a los efectos condicionantes que tiene el nexo existente entre las categorías función pública y funcionario público; y la segunda, el fenómeno polisémico que se suscita en torno a ambos vocablos, utilizados en el discurso jurídico y político con diferentes acepciones. Esto devela, consecuentemente, la necesidad de precisar el contenido y alcance de la expresión función pública como punto de partida elemental para establecer, luego, la de funcionario público que se ha de proponer. En correspondencia con lo que se entienda de una, se establecerán entonces las delimitaciones y contenidos de la otra.

En cuanto a la primera cuestión, puede establecerse un enlace básico: *función* y *funcionario* son dos términos que, desde su más elemental relación etimológica, van necesariamente asociados. Ambos encuentran su raíz en el latín *fungor, fungi*, que significa cumplimiento o ejecución en sentido dinámico.²⁷ Esto implica la realización de una función por parte de una persona física, cuyos resultados serán perceptibles en la realidad. Si este enlace básico se contextualiza en el ámbito del poder organizado, la ejecución de cualquier actividad funcional, por precaria que fuese la organización, debe estar a cargo del factor humano que la concreta. Por tanto, no es casual que siempre que se ha hablado de función pública, se haya conectado, de alguna manera, con el elemento personal al servicio del poder.

Por su parte, en el orden lexicográfico, el diccionario de la RAE, ilustra el significado de función, identificado, en sentido general, con la capacidad de actuar, con la tarea que corresponde a una institución o entidad o a sus órganos o personas, y con la finalidad propia de un elemento. Y en una dirección más especializada, la propia RAE, en su diccionario jurídico, equipara el vocablo función con los contenidos propios de la actuación estatal. Todo ello ofrece pautas para concretar el sentido y

²⁶ Véase GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, *Parte General*, 8va edición, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, pp. II-9 y IV-1 y ss.

²⁷ Véase, DE MIGUEL, Raimundo, *Diccionario etimológico latino-español*, 23e, s/e, Madrid, 1974, p.187.

alcance del término que, en el plano del Derecho, se asocia a las formas de expresión del poder público.²⁸

Sin embargo, las complejidades en torno al vínculo entre estos términos trascienden a las relaciones básicas que pueden establecerse desde el prisma anterior. Los propios usos del lenguaje de la expresión ‘función pública’ denotan un fenómeno polisémico que dificulta su aprehensión precisa en el argot político y jurídico; circunstancia que se agrava por la propia ambigüedad histórica que implica la concepción de lo *público* –como parte de las problemáticas que se derivan de la perenne dicotomía público-privado–,²⁹ lo cual irradia dificultades –en el ámbito doctrinal y práctico– para perfilar los contornos definitorios de cualquier categoría adjetivada con el apelativo ‘público’, a lo que no escapa la categoría funcionario público. Ello exige, previo a cualquier análisis que del tema se realice, establecer determinadas precisiones terminológicas y de contenido como bases de las consideraciones que se esgrimen en este estudio.

I.2.1. Precisiones terminológicas y de contenido sobre la noción de función pública

Una de las primeras y grandes dificultades que se plantean al momento de construir una noción de funcionario público sobre bases técnicas sólidas se presenta en el ámbito teórico. Tiene que ver, como se expuso anteriormente, con la delimitación de la noción de función pública. Esto se debe, en gran medida, a la peculiar circunstancia de que todo el sistema categorial en esta esfera temática adolece de construcciones, las cuales, hasta la fecha, son inacabadas y plagadas de matices e inflexiones doctrinales.³⁰ Puede afirmarse que se trata de una de las problemáticas irresueltas en torno a este tema, que obliga a imprescindibles reflexiones.

²⁸ Siguiendo el propio análisis lexicográfico, el diccionario del español jurídico de la RAE establece que función pública es la tarea que corresponde realizar a la Administración Pública o a un funcionario. Esto permite clarificar –sin mayores dificultades– la conexión entre las categorías de función pública y funcionario público. Véase RAE, *Diccionario del Español jurídico*, versión electrónica, entrada función pública, disponible en <https://dej.es>, consultada el 15 de junio de 2018.

²⁹ El binomio público-privado ha estado caracterizado por mutaciones y redimensionamientos constantes como consecuencia de su conexión con la evolución de la relación entre el poder y la sociedad. Véase RAGGI, L., “Ancora sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato”, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, LV, 1915, Milán, pp. 111-172; BONFANTE, P., “La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato”, in Id., *Scritti giuridici vari*, vol. 4, Torino Tipografico-editrice torinese, Roma, 1925, pp. 28-45; BOBBIO, Norberto, *La gran dicotomía público/privado*, traducción de José F. Fernández Santillán, Ed. Universidad de Antioquia, Medellín, 2015, obra completa; RANELLETTI, Oreste “Il concetto di ‘público’ nel diritto”, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXXIX, 1905, Milán, pp. 337-354; BREWER CARIAS, Alan R., “La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 57, 1976, Universidad Central de Venezuela, Caracas, pp. 114-135.

³⁰ Puede consultarse –para una idea preliminar, por ejemplo–: DUGUIT, León, *Traité de Droit constitutionnel*, Tome II, *La théorie générale de l’État*, 2eme édition, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Éditeurs, Paris, 1928, p.36; RUIZ Y GÓMEZ, Julián M., *Principios Generales de Derecho Administrativo. El personal de la Administración Pública. Exposición Doctrinal y de Derecho Positivo y Jurisprudencia cubana*, Cultural S.A, La Habana, 1935, p. 35 y ss.; SANTI ROMANO,

Este epígrafe, por consiguiente, tiene el propósito fundamental de postular una noción estrictamente jurídica de función pública. Para ello es necesario ilustrar el fenómeno polisémico aludido, mediante la presentación de los tres sentidos fundamentales que se han atribuido al vocablo en el entorno político y jurídico. Estos usos determinan contenidos y alcances dispares, que lejos de excluirse, se articulan de acuerdo con el contexto de que se trate, lo cual imprime mayor complejidad al asunto. Acometer esta labor permitirá sustentar la postura que se propone y tender un puente más preciso entre las categorías función pública y funcionario público, a partir del rol definitorio que la primera tiene sobre la segunda.

Las diferentes acepciones que a la expresión ‘función pública’ suelen atribuírsele en el ámbito político-jurídico son resultado de su conexión con la propia evolución del Estado como fenómeno político y de la Administración Pública como segmento del poder estatal. De tal modo, la noción de función pública viene condicionada por esa realidad, como secuela, además, de un proceso histórico inacabado, que determina la necesidad de concretar su concepción propiamente jurídica –actualmente difusa o ausente como definición en el espacio de la ciencia jurídica–.

En este sentido, asumiendo un criterio que se acomode a las pretensiones científicas de este estudio y que resulte factible para sistematizar los sentidos y alcances del término función pública, se establecen tres niveles que transitan desde lo general a lo específico: (A) una *percepción amplia*; (B) una perspectiva más restringida; y (C) un sentido mucho más estricto. Una vez analizadas estas tres perspectivas, se propone, como cuarta concepción, una noción estrictamente jurídica de función pública (D) que, sin desprecio del resto, es la que se toma como base para la presente investigación.

A) La noción amplia de función pública: la función pública como función del Estado

Hallar un momento y un lugar preciso donde ubicar una determinación concreta del vocablo función pública, entendido como función del Estado, es probablemente imposible desde una óptica conceptual. Cuando se acude a la literatura política o jurídica, es solo factible encontrar alusiones que permiten colegir un uso tradicional del término, devenido de su identificación con el poder que ejerce el Estado, con mayor precisión, con sus funciones.³¹ De tal suerte que esta acepción se ha introducido como una

Corso di Diritto Amministrativo. Principi Generali, 6ª edición, Ed. Cedam-Padova, Milano, 1958, p. 245 y ss.; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965; GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, volumen I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, p. 397 y ss.

³¹ Sin entrar en disquisiciones teóricas acerca de las funciones del Estado, se asumen por tales, en palabras de CARRE DE MALBERG, las diferentes manifestaciones, o diversos modos de ejercicio de la potestad estatal que es una y consiste, de una manera invariable, en el poder que tiene el Estado de querer por medio de sus órganos especiales y por cuenta de la colectividad, imponer su voluntad a los individuos. El estudio jurídico de los actos por los cuales realiza el Estado las

noción con vocación de concentrar el ámbito funcional plural del Estado, mediante la singularización de la expresión función pública para aludir a una perspectiva material.

Incluso, puede decirse, que ilustrar este planteamiento con referencias específicas resulta sumamente complejo, por tratarse de esos usos del lenguaje que se refieren a nociones aceptadas sin mayores cuestionamientos. La idea de asimilación de función pública –sea en plural o singular– a función (es) del Estado está implícita en la propia caracterización de su poder o derivada del contenido de sus fines y funciones. La conexión debe realizarse sobre la base de entender el alcance *erga omnes* de la actuación y funcionamiento del poder organizado como fenómeno que es lo que fundamentalmente le imprime el calificativo de *público*.³²

Naturalmente, esta sinonimia entre función pública y función del Estado está asociada al propio sentido de lo público, que se asimila como característica inherente al poder, cuyos mecanismos de expresión se imponen frente a la colectividad. Luego, lo calificativo del Estado, como forma de poder organizado, es que su poder es supremo y su voluntad soberana; poder y voluntad que sirven para que cumpla con su fin de realizar un determinado aspecto esencial de la comunidad humana. La vida del Estado es un talante de la vida en común. Se manifiesta en el logro, en la satisfacción de fines comunes y culmina en el hecho político.³³

distintas atribuciones que él mismo pudo asignarse, permite establecer su distinción y clasificarlos en grupos separados, cada uno de ellos, forma una rama de la actividad que es una parte de la potestad o una función del Estado. CARRE DE MALBERG, Raymond..., ob. cit., p. 248. Puede consultarse además para esta temática: DABIN, Jean, ob. cit., pp. 249, 272; HELLER, HERMANN, *Teoría del Estado*, traducción de Luis Tobio, 2da edición en español de la primera edición alemana (1934), Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 1998, p. 256 y ss. En el ámbito cubano, pueden consultarse los criterios de CAÑIZARES ABELEDO, Diego Fernando, *Teoría del Estado*, Capítulo 1, Imprenta Universitaria André Voisin, La Habana, s/a, pp. 167 y 168; FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Teoría del Estado y del Derecho*, tomo I, Ed. Félix Varela, La Habana, 2001, p. 47 y ss.

³² Sin pretender exhaustividad, puede verse entre muchos otros: BLUNTSCHLI, M., *Théorie Générale d l'État*, edición francesa, traducción de Armand de Riedmatten, Librairie Guillaumin et Cie., Paris, 1877, pp. 188, 189, 420; LABAND, PAUL, *Le Droit Public del Empire Allemand*, tomo II, traducción de C. Gandilhon et de Th. Lacuire, edición francesa, V. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, Paris, 1901, p. 148; KELSEN, Hans, *Compendio de Teoría General del Estado*, traducción de Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate, Colofón, S.A., México D.F., 1992, pp. 114, 133, 189; KRIELE, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, traducción de Eugenio Bulygin, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 17 y ss.; COLMEIRO, Manuel, *Derecho Administrativo español*, tomo I, Librería de Don Ángel Callejas editor, Madrid, 1850, pp. 70, 71; ORLANDO, V. E., *Principii di Diritto Costituzionale*, G. Barbéra Editore, Firenze, 1889, p. 13 y ss. NEZARD, Henry, *Éléments de Droit Public*, 3éme édition, Librairie Arthur Rousseau, Rousseau et Cie. Éditeur, Paris, 1922, p. 2 y 3; DABIN, Jean, *Doctrina General del Estado. Elementos de Filosofía política*, traducción de la primera edición francesa (1939) de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, UNAM, México D.F., 2003, pp. 36, 99, 115, 272; BONNARD, Roger, *Précis de Droit Public*, 6éme édition, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1944, pp. 13, 43.

³³ Véase GIERKE, Otto Von, *Political Theories of the Middle Age*, 1th edition, Traslated by Frederic W. Maitland, LL.D, D.C.L., Cambridge at University Prss, London, 1900, reprinted 1913, p. 96 y ss. Desde una concepción estrictamente jurídica –como ilustra JELLINEK– GERBER estima que el pueblo se eleva mediante el Estado a personalidad jurídica cuyos derechos arrancan del poder de querer del Estado, que es el poder de dominar y se llama poder público. Este es el poder de voluntad de un organismo ético; no es una coordinación artificiosa y mecánica de muchas voluntades particulares sino la fuerza ética común de la conciencia que el pueblo tiene en sí mismo, es una fuerza natural contenida originalmente en el Estado por ser este la forma social más alta de la humanidad. Véase JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, tomo I,

Cuando se habla de funciones del Estado, se identifican las formas de expresión de su poder, materializadas en las actividades que el propio Estado despliega para el cumplimiento de sus fines o cometidos y que tradicionalmente, con mayor precisión a partir de que el Estado moderno evoluciona y se consolida, especialmente en razón del principio de separación de poderes o división de funciones, se ha entendido su concreción en lo *legislativo, ejecutivo, judicial* y posteriormente, *administrativo*.³⁴ Si al Estado, pues, lo distingue su poder y este es público por esencia, cualquier modo de expresión de aquel también lo será.

Consecuentemente, sea cual fuere la concepción que se estudie sobre el Estado como concepto,³⁵ se notará inmediatamente la proyección del carácter público de todo lo que involucra como fenómeno político. Lo público lo inunda en toda su magnitud. Se explica a partir del carácter de su poder, elementos, funciones, de su propia teleología y de los medios o formas que le permiten cumplir sus cometidos. Cada uno de estos aspectos lleva implícito el sentido de lo público, cuanto menos, para referirse a una dimensión común o general.

Desde esta perspectiva, dice JELLINEK que el fin del Estado, la razón de ser de su existencia, es favorecer los intereses colectivos, individuales, nacionales y humanos en la dirección de una evolución progresiva y común. Estos fines son precisamente los que muestran su vida, su acción histórica; fines que no son transitorios, sino permanentes y universales.³⁶

El Estado, afirma VERNANT, continúa siendo aquello que se ha despojado de todo carácter privado, particular y que, “saliendo del tejido de los *gens*”, aparece como cuestión de todos;³⁷ este, entendido

traducción de la segunda edición alemana por Fernando de los Ríos Urruti, Librería General de Victoriano Suárez, 1914, p. 201 y ss.

³⁴ Véase, por ejemplo, KELSEN, Hans, *Compendio de Teoría General del Estado*, traducción de Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate, Colofón S.A, México, 1992, p. 189 y ss; MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, tomo I, 1ra edición, Traducción directa del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 89 y ss; CARRE DE MALBERG, Raymond..., ob. cit., p. 248 y ss.

³⁵ Sobre las varias concepciones acerca del Estado, puede verse –por ejemplo–: BODIN, Jean, *Los seis libros de la República*, 3ª edición, traducción de Pedro Bravo Calá, Tecnos, Madrid, 1997, fundamentalmente, Libro II, pp. 85-114; HOBBS, Thomas, ob. cit., p. 227 y ss.; LOCKE, John *The second Treatise of Government*, with an introduction by Joseph Carrig, Barnes & Nobles Books, New York, 2004, pp. 45-78 y ss; ROUSSEAU, Jean-Jacques, ob. cit., p. 18 y ss.; WEBER, Max, ob. cit., p. 53 y ss. –para ilustrar su noción como asociación o comunidad–; HEGEL, Guillermo Federico, *Filosofía del Derecho*, traducción de Angélica Mendoza de Montero, 5ta edición, Ed. Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 157 y ss., 172 y ss. –como esfera o dimensión social ideal–; ENGELS, Friedrich., *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Fundación Federico Engels, Madrid, 2006, p. 117 y ss. –como una institución concreta separada del resto de la sociedad devenida de la división de clases y que surge de la necesidad de frenar el antagonismo de clases. Este es el punto de vista sostenido por el pensamiento marxista clásico–. Desde una perspectiva histórica y analítica conceptual del término *Estado*, puede verse SKINNER, Quentin, *El nacimiento del Estado*, traducción de Mariana Gainza, con estudio preliminar de Eunice Ostrensky, Ed. Gorla, Buenos Aires, 2003 (publicación original 1989), obra completa. Asimismo, desde una visión más actual, resulta interesante la obra de FUKUYAMA, Francis, *La construcción del Estado. Hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*, traducción de María Alonso, Ediciones B, S.A., Barcelona, 2004, obra completa.

³⁶ JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, tomo I, ob. cit., p. 331 y ss.

³⁷ VERNANT, J. Pierre, *Les origines de la pensée grecque*, 12eme édition, PUF, Paris, 2013, p.41 y ss.

básicamente como fuerza superior que conduce a la comunidad y afecta a todos sus miembros, ostenta un carácter público por esencia. Esta noción se refuerza en la medida en que el concepto occidental³⁸ de Estado logra imponerse como la única versión legítima y verdadera de lo que este es y que lo público se va identificando con lo *político* y concretamente con lo *estatal*; idea que se generaliza y evoluciona a partir de la expansión de la ideología del Estado moderno.³⁹

De esta manera se asume, en el contexto político y jurídico, que la idea de función pública queda limitada al funcionamiento del Estado como un tipo de poder organizado. Sea por el despliegue de su actuación hacia la comunidad, sea por la asunción de los asuntos que a ella atañen. Un sentido de lo público que recuerda –de cierta manera– la vieja concepción romana contenida en el *Digesto*: “[...] *Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinent [...]*”.⁴⁰

Según lo expuesto, se realza la importancia de tener referencias al respecto de esta concepción amplia de función pública. Más allá de una conceptualización propiamente, interesa aquí la influencia que esto tiene en el contexto de las percepciones que se fueron construyendo sobre la noción de funcionario público. Tal significación está dada, en primer lugar, porque ninguna de las acepciones que se estudian es excluyente del resto; por lo que el uso de todas es perceptible en la actualidad; de ahí la importancia de delimitar sus sentidos y alcances según el contexto de que se trate. Y en segundo lugar, al tener un basamento material, esta idea de función pública, entendida como aquella que *se realiza* o que *se ejerce*, determinará también el sentido de la condición funcional.⁴¹

Entonces, si se asume su extensión como contentiva de la actividad del Estado en toda su magnitud, la noción de funcionario público abarcará a toda aquella persona que ejerza cualquiera de las tareas estatales, sin importar la esfera funcional en la que se desenvuelva. Consecuentemente, los vínculos que se establecen y las situaciones jurídicas de los funcionarios públicos serán con el Estado, o con cualquiera de sus estructuras. Sea que se concuerde o discrepe en relación con este criterio, no puede

³⁸ Para una postura crítica actual de esta concepción de Estado, puede consultarse las interesantes ideas del teórico indio Ashis NANDY (psicólogo) quien pretende demostrar la inviabilidad de la concepción moderna del Estado-nación. Véase NANDY, Ashis, *Imágenes del Estado. Cultura, violencia y desarrollo*, traducción de Guillermina Cuevas, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 2012 p. 19 y ss.

³⁹ Véase JELLINEK, ob. cit., p. 410 y ss.; HELLER, Hermann, ob. cit., pp. 165-181.

⁴⁰ ULPiano, *Instituciones*, Libro I, Título I, § 4, en *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano del latín, publicado por los hermanos KRIEGL, HERMANN Y OSENBRÜGGEN, por D. Ildefonso L. GARCÍA DEL CORRAL, Primera Parte, *Instituta-Digesto*, Jaime Molinas, Editor, Barcelona, 1889, p. 5.

⁴¹ Dice LABAND que la función pública es un “círculo de asuntos del Estado, delimitados por el Derecho público.” En el propio sentido dice MAYER, que se trata de un “círculo de asuntos del Estado que debe manejar una persona ligada por la obligación de derecho público de servir al Estado”. Véase LABAND, Paul, ob. cit. p. 3 y ss. MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, tomo IV, 2ª edición, Traducción directa del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 9.

desconocerse que cuando se propugna el ejercicio de función pública, como parte del elemento objetivo del *status* funcional, ha de evitarse la ambigüedad que la propia expresión ‘función pública’ imprime al asunto.

Por tanto, su significado amplio es común y útil a los fines de la teoría política, por asociarse fácilmente a una noción de lo público, relativa más bien al alcance de la actividad y al funcionamiento del Estado. En este entendido, el carácter público de este no genera controversia alguna. Desde una época más actual, puede apoyarse esta afirmación en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, al aludir que sea cual fuere la opinión que predomine en cada contexto espacial y temporal, histórico y presente, relativo a la debatida cuestión de los fines y funciones del Estado, este, como poseedor del poder público, ejerce las potestades que dimanan de la soberanía y las materializa a través de sus órganos en dependencia de las esferas y competencias atribuidas *ex lege*.⁴²

Sin embargo, una percepción amplia de lo que es función pública encuentra límites en ámbitos más específicos, como el que ocupa a esta investigación, pues determina una esfera competencial de extrema amplitud, que origina imprecisiones al momento de establecer una concepción estricta de funcionario público. Con base en la noción iuspública romana o en contextos previos al Estado constitucional esta concepción amplia de función pública era comprensible por la propia justificación iusfilosófica del rol del Estado, del ejercicio de la autoridad y de la identificación del término con un mero conjunto de actividades atinentes a la colectividad ejercidas por el Estado a través de sus agentes. Si se estima, desde la más elemental relación entre ambas categorías, que el funcionario público es quien ejerce una función pública y esta, a su vez, se asume como función estatal, se asiste a la configuración de una concepción extralimitada que impide a todas luces concretar lo que técnica y jurídicamente es un funcionario público. Cualquier agente del Estado lo sería automáticamente. Tal manejo del término atenta, por consiguiente, contra el establecimiento de los perfiles definitorios de la categoría funcionario público y contra la pretendida particularidad de su régimen jurídico, pues al ser tan abarcador sería incluso cuestionable la necesidad misma de esa especialidad.

B) La noción restringida de función pública: la función pública como función administrativa

Dentro de los estudios jurídicos puede encontrarse una segunda acepción de función pública, muy común en la literatura y hasta en la legislación y la jurisprudencia, que la vincula con la función administrativa. Naturalmente, esto ocurre en la medida que se va construyendo la idea de una función

⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La administración y sus agentes, la administración española*, Alianza, Madrid, 1972, p. 124 y ss.

administrativa de perfiles autónomos⁴³ y su entendimiento, con un carácter de función del Estado, es decir, como una función pública.

A diferencia de la concepción anterior, en este caso sí es posible la identificación de los principales momentos de este proceso, que está vinculado, en un sentido más específico, a la evolución de la Administración Pública como segmento del poder del Estado y a la variación que va sufriendo el sentido de lo público en una de sus aristas, para identificarse de a poco con los asuntos relativos al interés colectivo que se conectan funcionalmente con el poder ejecutivo⁴⁴ y luego con la función administrativa, diferenciable del resto de las funciones del Estado.

Definir la función administrativa ha sido un asunto en extremo complejo que no interesa ahora desarrollar. Sin embargo, desde el consenso, puede tomarse como punto de base su concepción como aquella función del Estado, función pública, cuya finalidad es la de procurar la satisfacción de los intereses (o necesidades) de la colectividad (denominados entonces, intereses o necesidades públicas, colectivas, generales o de interés común). Se trata de una función de contenido heterogéneo, diverso, contingente, variable, derivado de su inmediata relación con los intereses generales o colectivos y con los medios o mecanismos que existen para la satisfacción de estos, así como con los intereses políticos que animan todo el actuar del Estado.

La construcción, pues, de una función administrativa que va tomando paulatinamente identidad propia se gesta en tiempos del absolutismo.⁴⁵ El primer elemento que impacta en este sentido es la Ciencia

⁴³La evolución que se llevó a cabo, en el aspecto organizacional, hacia el Estado moderno consistió en que los medios reales de autoridad y administración, que eran posesión privada, se convierten en propiedad pública y en que el poder de mando que se ejercía como un derecho del sujeto se otorga al príncipe absoluto primero y luego al Estado. La tradición absolutista del continente europeo, que unificaba todas las funciones públicas subjetivamente en el monarca, observa en el Estado un sustituto abstracto de ese centro subjetivo único. Las organizaciones administrativas, no solamente se van diferenciando de las privadas, sino también comienzan a estabilizarse y a asumir funciones diversas. Sobre esta idea, véase, entre otros, Weber, Max, ob. cit., p. 225 y ss.; HELLER, Hermann, ob. cit., p. 171 y ss.; STOLLEIS, Michael, *Histoire du droit public en Allemagne. Droit public impérial et science de la police 1600-1800*, traduit de l'allemand par Michel Senellart, PUF, Paris, 1998, p. 553 y ss.; MESTRE, Jean-Louis, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, Paris, 1985, pp. 23-50; BURDEAU, François, *Histoire de l'administration française. Du 18^e au 20^e siècle*, 2^{eme} édition, Montchrestien, Paris, 1994, pp. 25-45; RENAUT, Marie Hélène, *Histoire du droit administratif*, Ellipses, Paris, 2007, p. 13 y ss.; VILLAR PALASÍ, José Luis, *Derecho Administrativo*, tomo I, Introducción y Teoría de las normas, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1968, p. 91 y ss.; BENEYTO PÉREZ, Juan, *Historia de la Administración española e hispanoamericana*, Ed. Aguilar, Madrid, 1958, pp. 313-324 y 335 y ss.; CASSESE, Sabino, *Las bases del derecho Administrativo*, traducción de Luis Ortega, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1954, p. 25 y ss.; GIANNINI, Massimo Severo, *Premisas sociológicas históricas del Derecho Administrativo*, traducción de M. Baena de Alcázar y J. M. García Madaria, 2^a edición en español, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, p. 45 y ss.

⁴⁴Hacia finales del siglo XVIII, la Administración Pública en Europa continental se concibe como una estructura de lo que se entendía como poder ejecutivo. Así lo contemplaron los autores franceses e ingleses de la teoría de la división de poderes. Véase, principalmente, LOCKE, John, ob. cit., p. 318 y ss.; MONTESQUIEU, ob. cit., p. 234 y ss.

⁴⁵ TOQUEVILLE, Alexis de, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, traducción de Jorge Ferreiro, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1996, p. 272 y ss.

de la *policía*,⁴⁶ cuya noción jurídica repercute en la propia concepción de la Administración y del Derecho Público al incluir una parte importante de lo que actualmente abarca la actividad administrativa. A la Administración Pública se le va atribuyendo parte del poder público y se comienza a perfilar su individualidad,⁴⁷ de a poco concretada en sus aspectos material y orgánico. En la medida en que se entroniza la idea que precisa su actividad como aquella dirigida –mediante acciones positivas– a la realización de los fines estatales, también se va edificando estructuralmente como el segmento del Estado que gestiona el interés público.⁴⁸

En el ámbito hispano –como ilustrativa síntesis de las ideas expresadas– pueden evocarse las palabras de OLIVAN:⁴⁹ “De los hechos sentados se deduce, que la Administración Pública se ha ensanchado y ennoblecido a medida que se ha ido reconociendo la utilidad de su acción. Y cómo desde el recaudar y pagar haya acudido a todas partes a proteger, ramificándose para fomentar todos los intereses legítimos, ya materiales, ya morales, de ahí es que estas nuevas funciones le confieren mayor importancia y consideración que las primitivas, elevan el conjunto de sus principios y reglas a la categoría de trascendental de ciencia social, y ofrecen al entendimiento una idea grandiosa, que se desvía notablemente de la mezquina que debió formarse en su origen.

En consecuencia, en el lenguaje iuspúblico es apreciable la asociación paulatina del término función pública en un sentido más concreto, coadyuvando a la sinonimia con función administrativa, que va resultando visible desde los modos del lenguaje. En el contexto aún de la *police*, DOMAT,⁵⁰ al referirse a “*des officier et autres personnes que participent aux fonctions publiques*” deja entrever la noción de funciones públicas asociadas a los asuntos de orden público y a la actividad –que luego describe– contentiva de misiones de la Administración.

⁴⁶ Esta tiene como objeto lo que es necesario para el mantenimiento del orden público y la satisfacción del bien común o, en otras palabras, que incluye todo aquello que constituye la base y la regla para la sociedad que los hombres han establecido. Sobre el desarrollo de la *police*, véase, por ejemplo, DE LA MARE, Nicolas, *Traité de la Police*, tomo I, 2e édition, Aux dépens de la Compagnie, Amsterdam, 1729, p. 1 y ss.; JUSTI, Juan Enrique Gottlob, *Elementos Generales de Policía*, traducción de la edición francesa de 1769 por Eulalia Piferrer, Barcelona, 1784; FORONDA, Valentín, *Cartas sobre la Policía*, Imprenta de Ramón Domingo, Pamplona, 1820.

⁴⁷ MACAREL, M., *Cours de droit administratif*, Tome I, première partie, *Organisation et attributions des autorités administratives*, 2eme édition, Libraire de jurisprudence de Plon Fréré, Paris, 1852, p. 12 y ss. –establece las diferencias entre gobierno y administración–. Asimismo, la Administración –dice MAYER– es la actividad del Estado para la realización de sus fines bajo su orden jurídico, exceptuadas la legislación y la jurisdicción. Véase MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, tomo I, 1ra edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 12 (Fecha de publicación original: 1895).

⁴⁸ En palabras de MACAREL, “*L’interet public et le domaine proper de l’administration*”. Véase MACAREL, M., *Cours...*, ob. cit. p.10.

⁴⁹ Cfr. OLIVAN, Alejandro, *De la Administración Pública con relación a España*, Nueva Edición, Madrid, 1843, pp. 6 y 7. Véase también, GÓMEZ DE LA SERNA, D. Pedro, ob. cit., p. 13 y ss.; COLMEIRO, Manuel, *Elementos de Derecho Político y Administrativo*, Librerías de Don Ángel Callejas Editor, Madrid, 1858, p. 103 y ss.

⁵⁰ DOMAT, Jean, *Les Quatre livre du Droit Public 1697*, Centre de philosophie politique et juridique, URA-CNR, Université de Caen, Paris, 1989, p.3 y ss.

Por su parte –años más tarde, en la primera mitad del siglo XIX– DE GERANDO⁵¹ advierte que “*le droit administratif peut être considéré sous deux points de vue principaux: Ou relativement aux fonctions publiques par lesquelles s'exerce la mission confiée à l'administration; Ou relativement aux divers services publics auxquels cette mission s'applique*”.

Puede percibirse el propio sentido que se ilustra en FOU CART⁵² cuando afirmaba que “*On entend ici par fonctions publiques tout service militaire ou civil soit près de la personne, soit près d'un des membres de la famille d'un prince étranger, ou même toute fonction dans une administration publique*”.

Puede verse también el uso del vocablo asociado a las funciones administrativas, por ejemplo, en SANTAMARÍA PAREDES:⁵³ “Las personas que ejercen los cargos administrativos se llaman (...) funcionarios si desempeñan cualquiera función pública como de su especial competencia”. En sentido similar MARTÍN MATEO⁵⁴ ilustra que “precisamente la pauta que nos dará la solución para averiguar si un determinado órgano, una determinada persona, es titular de funciones públicas, si pertenece, en suma, a la administración”.

En este entendido, y como resultado de la culminación del proceso de formación de la noción de Administración Pública, se consolida la idea de que el poder estatal, dirigido a la satisfacción de las necesidades colectivas, y en cuanto objeto de un deber jurídico en relación con su aplicación,⁵⁵ tiene un cauce de canalización a través de la Administración Pública y la función administrativa se considera como una de las funciones del Estado, en la que se manifiesta su poder para la mejor realización de los fines públicos.⁵⁶

Desde el punto de vista técnico, esta consideración del vocablo función pública, en una perspectiva objetiva más estricta, coadyuva entonces a una delimitación más precisa de la categoría funcionario público. El *ejercicio de función pública*, en el entendido expuesto, es el primero de los elementos que integran la noción jurídica de funcionario público, por lo que tiene un rol determinante para las ideas que más adelante se abordarán. Lo que ahora interesa resaltar es la importancia de lograr una

⁵¹ De GERANDO, *Institutes du Droit Administratif français*, tomo I, Palais de Justice, París, 1829, p. 16.

⁵² Véase FOU CART, Émile-Victor, *Éléments de Droit Public et administratif, des principes de Droit Public positif*, tomo I, 4^{me} édition, A. Maresco et E. Dujardin, Libraires-Éditeurs, París, 1855, p. 249.

⁵³ Véase SANTAMARÍA PAREDES, Vicente, *Curso de Derecho Administrativo*, 7^a edición, Imprenta Española, Madrid, 1911, p.70.

⁵⁴ Véase MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho Administrativo*, 3^a edición, Marcial Pons, Madrid, 1974, p.83.

⁵⁵ ALESSI Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, tomo I, traducción de la 3^a edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats, Bosch, Barcelona, 1970, p. 7 y ss.

⁵⁶ GASCÓN Y MARIN, José, *Tratado de Derecho Administrativo. Principios y legislación española*, tomo I, 7^{ma} edición revisada, C. Bermejo impresor, Madrid, 1941, p. 137 y ss.

concreción inequívoca de su significado, pues este constituye una de las bases de la construcción teórica que se propondrá.

VILLAR PALASÍ⁵⁷ alerta sobre el fenómeno relativista de los conceptos en el Derecho, que se hace sentir con mayor fuerza en el Derecho Administrativo: “Casi todas las ideas maestras del Derecho Administrativo, dice este autor, están inficcionadas de este carácter perspectival que aproxima los conceptos jurídicos-administrativos a las *categorías ubicuas*, y a fuerza de ser vistas por la norma desde tantas y tantas categorías diferentes, parecen quedar desprovistas de un contenido preciso”. El funcionario público es uno de esas instituciones que adolece de esa falta de precisión y unidad gnoseológica, lo que complejiza cualquier teorización a su respecto. Una de las primeras cuestiones a resolver, como se analiza posteriormente, es el alcance más o menos restringido de su concepción.

La acepción que identifica la función pública con la función administrativa es cardinal para el propósito de delimitar la esfera de actuación del funcionario público, pues el efecto inmediato al considerarla es la reducción de su ámbito funcional y el estrechamiento conceptual de la categoría. Esto se debe a que al estimar que el funcionario público realiza o ejerce materialmente función pública (función administrativa) se excluyen el resto de las funciones del Estado y se asume, inmediateamente, su conexión directa con la Administración Pública en sus órbitas estructural y de funcionamiento.

C) La noción más estricta de función pública: la función pública ligada a la ordenación de los medios personales al servicio de la Administración Pública

Las acepciones expuestas previamente se identifican con dos niveles de amplitud del vocablo: uno más extenso, función del Estado, y otro más estrecho, función de la Administración Pública o función administrativa. Sin embargo, hay un tercer uso de la categoría función pública que concreta su ámbito y alcance en un sentido mucho más estricto; ya no en un entendido material, como las anteriores, sino asociada a un segmento objetivo dentro de la propia función administrativa: la ordenación de los medios personales de la Administración Pública. Esta es la acepción más extendida y difundida hasta la actualidad, fundamentalmente en los ordenamientos jurídicos de influencia francesa.⁵⁸

⁵⁷ Véase VILLAR PALASÍ, José Luis, *Derecho Administrativo*, tomo I, Introducción, teoría de la norma, Universidad d Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1968, p. 35 y ss.

⁵⁸ Si bien lo que se pretende en esta sección de la investigación es ilustrar el uso polisémico del vocablo función pública en el ámbito teórico jurídico, debe alertarse que no se trata de un presupuesto que se encuentre exactamente así en todos los ordenamientos jurídicos. La función pública, en este entendido, es una construcción teórica moderna que como categoría jurídica encuentra su punto de mayor uso histórico en Francia, en Alemania y en España. Su uso, asociado a la ordenación de los medios personales del Estado o de la Administración, es perceptible, además, en algunos países de sus influencias, como Portugal, Venezuela, República Dominicana, Chile, por ejemplo. Véase Ley 11 *du janvier* 1984, contentiva de las disposiciones estatutarias de la función pública del Estado (Francia); Ley marco de la función pública, *Beamtenrechtsrahmengesetz*, de 3 de enero 1977 (Alemania); Ley 30, Medidas para la reforma de la función pública, de

Con la consagración del principio de igualdad en la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, de 26 de agosto de 1789,⁵⁹ desaparecen los privilegios y el carácter patrimonial de los cargos públicos y cualquier forma de propiedad sobre las funciones públicas se estima contraria a los intereses de la Nación.⁶⁰ En este contexto –y como consecuencia del proceso posterior de profesionalización del ejercicio de las funciones públicas– comienzan a notarse referencias específicas en el ámbito doctrinal al personal al servicio del Estado, con un tratamiento de mayor rigor como parte de su organización.⁶¹ Sin embargo, no es hasta finales del siglo XIX y los primeros años del XX que el uso del vocablo función pública se delinea con una autonomía propia, como un elemento categorial identificable y singular en la organización administrativa.

En tal sentido, se entroniza una acepción que va identificando a la categoría función pública directamente con la esfera de funcionamiento de los medios personales al servicio del Estado o de la Administración Pública. No obstante, debe señalarse que se trata de una noción que se colige del propio uso lingüístico del vocablo, sin que su introducción en el argot iusadministrativo estuviere derivado de precisiones conceptuales a su respecto como figura jurídica.

Así, de las primeras referencias de significación se hallan el trabajo de KAMMERER⁶²—publicado en 1898, dedicado al caso alemán— y el de NEZARD⁶³—publicado en 1901, para el contexto francés. Estas constituyen las primeras obras que ofrecen un tratamiento sistemático e introducen a la función pública como concepción específica capaz de resaltar la especificidad de las situaciones jurídicas entre el Estado y sus agentes.

2 de agosto de 1984 (España); Ley No. 35 de 20 de junio de 2014, *Ley general del trabajo en la función pública* (Portugal); Ley del Estatuto de la función pública, de 5 de septiembre de 2002 (Venezuela); Ley No. 41 de Función Pública, de 16 de enero de 2008 (República Dominicana); Ley No. 20.880 de 21 de diciembre de 2015, *Sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos intereses* (Chile). En el caso de España, debe significarse, si bien se mantiene el uso del vocablo función pública en el entendido expuesto, con la ley 7 de 12 de abril de 2007, *Del estatuto básico del empleado público*, queda claro que la categoría empleo público se torna genérica para incluir al régimen jurídico de los funcionarios públicos (estatutario) y al del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas –artículo 1–.

⁵⁹ Véase *Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano*, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, artículo 6, disponible en https://www.es_ddhc.pdf, consultada el 15 de junio de 2018.

⁶⁰ SIEYES, Emmanuel, *Qu'est-ce le tiers État*, P.U.F, Paris, 1982 p. 3 y ss.

⁶¹ Esta precisión se evidencia ya desde la primera mitad del siglo XIX. Véase, por ejemplo: LALOUETTE, M, *Eléments de l'Administration pratique*, Le Normant imprimeur-libraire, Paris, 1812, p. 11 y ss., 107 y ss.; BOUCHENE-Lefer, A. G. D., *Droit Administratif français*, Gustave Pissin, Libraire, Paris, 1835, p. 1 y ss; DELBOUSQUET, Jules, *De l'organisation des administrations centrales des divers ministères; des droits et devoirs des employés*, Hingray, Paris, 1843; E. H. de S., *Exposé du Droit Public de L'Allemagne*, J. J. Paschoud Imprimeur-Libraire, Paris, 1821, p. 363 y ss.; OLIVAN, Alejandro de... (1843), ob. cit., p. 101 y ss.

⁶² KAMMERER, A., *La fonction publique d'après la législation allemande*, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Arthur Rousseau Éditeur, Paris, 1898.

⁶³ NEZARD, Henry, *Théorie juridique de la Fonction publique*, Ed. Librairie de la Société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1901.

Así, por ejemplo, GREGOIRE⁶⁴ toma como punto de partida que “*la fonction publique est le terme dont on use depuis quelques années pour désigner l’ensemble des personnels qui incarnent l’Administration*”. Por su parte, SERRA ROJAS⁶⁵ dice que “la función pública alude al régimen jurídico aplicable al personal administrativo”. PALOMAR OLMEDA⁶⁶ define su contenido como “el complejo organizativo que componen las instituciones públicas, en particular la Administración Pública, animado por un conjunto muy numeroso de personas físicas que en ella trabajan constituyendo la organización pública, estas personas físicas serán los empleados públicos y su conjunto, la función pública”. En tanto, al introducir el tema de la naturaleza jurídica de la función pública, LARES MARTÍNEZ⁶⁷ se refiere a ella como “la situación en que se haya los funcionarios y empleados del Estado”. De esta manera, el sentido que ofrece este empleo de la categoría función pública ha sido extendido hasta los tiempos corrientes.⁶⁸

⁶⁴ Véase GREGOIRE, Roger, *La fonction publique*, Librairie Armand Colin, Paris, 1954, p. 11. Véase PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la Función Pública*, 4ª edición, Dykinson, Barcelona, 1997, p.17. En tanto, LARES MARTÍNEZ, al introducir el tema de la naturaleza jurídica de la función pública, se refiere a ella como “la situación en que se haya los funcionarios y empleados del Estado.” Véase LARES MARTÍNEZ, Eloy, ob. cit., p. 431.

⁶⁵ Véase SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo*, tomo I, 8ª edición, Ed. Porrúa, México, 1977, p. 351.

⁶⁶ Véase PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la Función Pública*, 4ª edición, Dykinson, Barcelona, 1997, p.17. En tanto, LARES MARTÍNEZ, al introducir el tema de la naturaleza jurídica de la función pública, se refiere a ella como “la situación en que se haya los funcionarios y empleados del Estado.” Véase LARES MARTÍNEZ, Eloy, ob. cit., p. 431.

⁶⁷ Véase LARES MARTÍNEZ, Eloy, ob. cit., p. 431.

⁶⁸ Solo por citar algunos ejemplos, de obras específicas y otras donde se aprecia claramente el uso de la voz *función pública* asociada a los medios personales al servicio del Estado o la Administración Pública, puede verse en el caso francés: BISCHOFFE, G., *Qu’est-ce qu’un fonctionnaire ?...*, ob. cit.; JEZE, Gaston, *Cours de Droit Public, Théorie générale de la fonction publique*, Marcel Giard Libraire-Editeur, Paris, 1927; GREGOIRE, Roger, ob. cit.; FOUGERE, Louis, *La fonction publique*, Institut international des Sciences administratives, Bruxelles, 1966; PLANTEY, Alain, *Traité pratique de la fonction publique*, 3^e édition, L.G.D.J., Paris, 1971; GAZIER, François, *La fonction publique...*, ob. cit.; AYOUB, Elíane, *La fonction publique en vingt principes*, 2^e édition, Frison-Roche, Paris, 1998; BLANC, Louis, *La fonction publique*, 2^e édition, Sirey, Paris, 1978; DORD, Oliver, *Droit de la fonction publique*, 3^e édition mise à jour, Themis droit PUF, Paris, 2007; MELLERAY, Fabrice, *Droit de la Fonction Publique*, 12^{me} édition, Ed. Economica, Paris, 2012; AUBY, Jean Marie, Jean Bernard AUBY, Didier JEAN-PIERRE y Antony TAILLEFAIT, *Droit de la Fonction Publique*, 7^e édition, Dalloz, Paris, 2012. Sobre el caso alemán, fuera de Alemania, destacan por su profundidad las obras de KAMMERER, A., ob. cit. y de MONTORO CHINER, María de Jesús, *La función pública en el federalismo alemán*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987. En cuanto a referencias españolas, pueden mencionarse: MAHILLO SANTOS, Juan, *La función pública local española y sus problemas actuales*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1976; AA.VV., *Administración Pública y Función Pública en Iberoamérica*, Actas del II Seminario de antiguos alumnos iberoamericanos del Instituto Nacional de Administración Pública (3 a 6 de mayo de 1988), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1989; MARTÍNEZ MARÍN, Antonio, *Derecho Administrativo, La organización administrativa*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 433 y ss.; SANCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la Función Pública*, 1ª edición, Tecnos, Madrid, 1996; PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la Función Pública*, 4ª edición, Dykinson, Barcelona, 1997. En el ámbito latinoamericano véase por ejemplo: BRANDAO CAVALCANTI, Themistocles, ob. cit.; PRAT, Julio A., “De la función pública. Esquema de derecho comparado”, en *Revista de la Facultad de Derecho y ciencias sociales*, No. 1, año VII, enero-marzo, Montevideo, 1956, pp. 113-192; DE PEDRO FERNÁNDEZ, Antonio, *Derecho de la Función Pública. La experiencia venezolana*, Vadel Hermanos Editores, Caracas, 2004; GÓMEZ ARANGUREN, Gustavo..., ob. cit., p. 236 y ss.; VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Administrativo*, 10ª edición, Legis, Colombia, 2008, p. 443 y ss.; BÉJAR RIVERA, Luis José y Alejandro ORRICO GÁLVEZ, *Régimen de la Función pública y régimen de responsabilidades administrativas de los servidores públicos*, Universidad Panamericana, ESPRESS, México, D.F, 2014; MONTERO, Gregorio, *Régimen jurídico y profesionalización de los funcionarios públicos*, 3ª edición, revisada y ampliada, MAP, Santo Domingo, 2015, p. 159 y ss.; YOUNES MORENO, Diego, *Curso de Derecho Administrativo*, 10ª edición, actualizada, Temis, Bogotá, 2016, p. 173 y

De los ejemplos referenciados puede apreciarse también que aunque la acepción de función pública utilizada hace clara y directa alusión al contexto de funcionamiento del personal al servicio del Estado o de la Administración Pública, el contenido y alcance del vocablo se evidencia muy dispar en cuanto a los criterios empleados para su delimitación conceptual. Estos son variados y transitan por diferentes cánones. A lo anterior debe sumarse que en la esfera iusadministrativa, como ya en este punto del análisis es apreciable, la expresión función pública concurre con las tres acepciones estudiadas, lo cual genera no pocos inconvenientes al tiempo de su aprehensión precisa, principalmente, como variable definitoria de lo que es funcionario público.

En este sentido, si se hace un breve repaso a modo de ilustración, se encuentran concepciones de variada índole. Por ejemplo, DUGUIT entendía a la función pública como toda actividad que deba ser asegurada, reglada y controlada por los gobernantes, lo cual es una derivación de su noción amplia como función del Estado.⁶⁹ Esta postura luego fue moderada por la propia escuela francesa del *servicio público* al identificar a este solo con la actividad de la Administración Pública, como lo hace JEZE.⁷⁰ Sin embargo, bajo este fundamento, la función pública mantiene un sentido material pues se identifica con actividades de titularidad estatal cuyo objeto directo es la satisfacción de un interés colectivo o, desde una perspectiva más gráfica, *une chose*, en palabras de HAURIOU.⁷¹

Asimismo, en adición a los ejemplos que se expusieron antes, entre aquellos que han propuesto definiciones concretas de la categoría función pública, desde la perspectiva de los medios personales del poder público, BIELSA⁷² la identifica como un concepto abstracto e institucional. Desde una óptica orgánica y funcional, PARADA⁷³ alude que con el término de función pública suele designarse tanto el conjunto de hombres a disposición del Estado que tienen a su cargo las funciones y servicios públicos, como el régimen jurídico a que están sometidos y la organización que les encuadra.

Dentro de este mismo rubro, merece un espacio singular la concepción que desde el ámbito internacional se esgrime de función pública, fundamentalmente contenida en la Carta iberoamericana

ss.; RODRÍGUEZ R., Libardo, *Derecho Administrativo general y colombiano*, tomo I, 20ª edición, Temis, Bogotá, 2017, p. 459 y ss.

⁶⁹ Véase DUGUIT, Léon, *Las Transformaciones del Derecho Público*, Traducción con estudio preliminar de Adolfo Posada y Ramón Jaén, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1915, p. 85 y ss.; DUGUIT, Léon, *Manual de Derecho Constitucional*, Traducción de José G. Acuña, 2ª edición española. Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1926, p. 71 y ss.

⁷⁰ Véase JÈZE, Gaston, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, tomo II, traducción directa de la 3ª edición francesa por Julio N. San Millán Almagro, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 4 y ss.

⁷¹ Véase HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 4^{ème} édition, L. Larose et Forcel Editeurs, Paris, 1900, p. 586 y ss.

⁷² Véase BIELSA, Rafael, *La función pública*, Ed. Buenos Aires, Argentina, 1960, p.33 y ss.

⁷³ Véase PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, 18 edición, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 407.

de la Función Pública,⁷⁴ como instrumento referido a la temática de manera específica. En el propio entendido analizado en el presente acápite, aunque con un criterio más propio de la ciencia de la administración, concibe a la función pública como un conjunto de arreglos institucionales mediante los que se articulan y gestionan el empleo público y las personas que lo integran, en una realidad nacional determinada. Dichos arreglos comprenden normas, escritas o informales, estructuras, pautas culturales, políticas explícitas o implícitas, procesos, prácticas y actividades diversas cuya finalidad es garantizar un manejo adecuado de los recursos humanos, en el marco de una administración pública profesional y eficaz, al servicio del interés general. Este, si bien pretende ser un concepto inclusivo, dada la finalidad del documento que lo propone, termina estrechando su visión a la gestión de los recursos humanos desde la perspectiva de las relaciones de empleo público.

Téngase en cuenta que, entendida la categoría función pública ya no solamente en un sentido material, sino ahora también como un ámbito objetivo de funcionamiento, la determinación concreta de ese espacio dependerá de los contornos que las propias concepciones establezcan. Por efecto reflejo, impactará en la noción de funcionario público, pues función pública será la que materialmente este ejerce, pero a la vez podrá ser un segmento institucional al que accede, una situación o relación jurídica en la que se encuentre, un régimen jurídico al que se encuentre sometido o el conjunto mismo de sujetos especiales dentro del que se inserta; todo, según sea el prisma teórico (institucional, objetivo-relacional, formal o subjetivo, por ejemplo) sobre el que se construya la idea de función pública.

Sin embargo, lo antes dicho no es óbice para considerar la relevancia y utilidad que tiene la noción de función pública asociada a la ordenación de los medios personales del Estado o la Administración Pública, con independencia de que no se ha conseguido instituir una concepción estrictamente jurídica que la distinga con autonomía técnica dentro del Derecho Administrativo. Este significado de función pública es cardinal para el tema que se investiga; principalmente porque establece márgenes más estrechos de análisis del fenómeno y permite identificarla, aunque con carencias técnico-teóricas importantes como una institución iuspública. Aunque esta acepción no es compartida por el autor de este estudio, no es menos cierto que, a partir de su consideración, se identifica una parcela concreta dentro de la que se inserta la actuación de los agentes públicos. Esto no solo sirve de punto de colocación, sino que ya evidencia una tendencia al acercamiento de la función pública al régimen jurídico público y concretamente administrativo; aspecto este que resulta relevante para las ideas que aquí se defienden, aunque se requieran determinadas precisiones que luego se realizarán.

⁷⁴ Véase Carta Iberoamericana de la Función Pública, aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 26-27 de junio de 2003, disponible en [www.https://old.clad.org](https://old.clad.org), consultada el 10 de julio de 2018.

D) La noción de función pública como técnica iusadministrativa de ordenación del personal al servicio de la Administración Pública

El carácter polisémico y difuso de la voz función pública, sumado a la inexistencia de una noción de aceptación universal de esta categoría, ponen de manifiesto sus carencias técnicas como institución jurídica; o dicho de otro modo, son el reflejo de la ausencia de una concepción técnica de función pública. Como se ilustró, el uso lingüístico del término apenas permite su aprehensión en determinados contextos con uno u otro significado. Sin embargo, no logra cuajarse una estipulación consensuada de la categoría a partir de una construcción teórica –y por tanto científica– que la distinga, no solo como figura jurídica de perfiles autónomos, si no que permita la identificación de elementos que le son propios como tal y que requieren ser consensuados en función de su eficacia técnica.

Por lo tanto, visualizar a la función pública como técnica iusadministrativa, mediante la cual se ordene la organización, el funcionamiento y las situaciones de los medios personales al servicio de la Administración Pública, es punto de partida indispensable para asegurar, a través de una visión integradora, su carácter sistémico y la flexibilidad necesaria para que su régimen legal se materialice sobre la base de relaciones equitativas al amparo de intereses conciliados, en correspondencia con el contexto político-legal donde se articule.

El tratamiento histórico-doctrinal del tema ha discurrido por direcciones diferentes, que van, como se analizó, desde concepciones simplemente derivadas de los usos del lenguaje hasta intentos definitivos inacabados. Sin embargo, no se encuentra ningún estudio que responda a las exigencias científicas concretas de identificar la naturaleza de la función pública como categoría jurídica propia del Derecho Administrativo, los elementos que la conforman y las características de esos componentes desde el punto de vista técnico.⁷⁵

Esta idea es importante a los efectos de los planteamientos que se realizan, pues no considerar a la función pública como una técnica jurídica impide su viabilidad y potencialidad práctica. La técnica, dice BIELSA, mira a la eficacia. Por tanto, si verdaderamente se quiere identificar a la función pública como una herramienta o mecanismo utilizable en pos del objetivo concreto de ordenar el funcionamiento de los medios personales al servicio de la Administración, esto es solo posible a través

⁷⁵ En el ámbito del Derecho cuando se habla de *técnica jurídica*, se hace referencia, por un lado, a la disciplina que tiene por objeto el estudio de los problemas relacionados con la aplicación del Derecho objetivo a casos concretos y, de otra parte, consiste en el adecuado manejo de los medios que permiten alcanzar los objetivos que aquel persigue. Tal adecuación supone el conocimiento de la eficacia de los mecanismos y procedimientos empleados y por tanto ese conocimiento es científico. Véase GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 53ª edición (reimpresión), Porrúa, México, 2002, p. 316 y ss.

de una visión científica del asunto, que desencadene su construcción técnico-jurídica. El problema, naturalmente, no se agota en el ámbito lingüístico. Este es solo uno de los asuntos a resolver que subyace como planteamiento polémico, a la vez que es consecuencia de la problemática principal relativa al enfoque acientífico de la cuestión.⁷⁶

Como paso inicial, desde el punto de vista terminológico, es preciso un reacomodo de los vocablos, con el objetivo de que en contextos más o menos disímiles tengan un significado unívoco. Como tendencia jurídico-cultural, la noción de función pública fue acercándose cada vez más al Derecho Administrativo, hasta convertirse en parte de su contenido de estudio, lo cual le imprime, como categoría, una naturaleza iusadministrativa. No solamente ello, sino que el vocablo, como se examinó, terminó asociándose a la ordenación de los medios personales al servicio de la Administración Pública, lo que refuerza la idea anterior. Por tanto, lo más aconsejable es reservar el término función pública para este ámbito objetivo concreto y ello implicaría reajustar el uso jurídico del resto de las acepciones.

Empero, tal cuestión, no trae mayores inconvenientes. Si en lugar de ‘función pública’ para referirse a las funciones del Estado, se emplea simplemente la expresión ‘función del Estado’, la conexión exacta con lo que se quiere significar es muy clara. Lo mismo ocurre si se sustituye por ‘función administrativa’ para señalar el tipo de función a la que materialmente se está refiriendo.

En el caso de la tercera acepción analizada, la solución lingüística no es tan factible, pues más que un problema de denominación, se trata de un problema de contenido. En este caso se nombra como ‘función’, algo que filológicamente no lo es. No es ‘función’ un grupo de individuos ni una relación o situación jurídica ni un régimen jurídico específico. Tales significados le son impropios porque no implican acción o manifestación concreta de un actuar en el sentido dinámico que le corresponde a la palabra.

Se trata pues de dotar al término de un sentido, contenido y alcance finalistas, exclusivamente utilizables y válidos cuando, en el contexto de su aplicación, sean concretamente precisados. Al ser este un ámbito jurídico, naturalmente, ese nivel de determinación se alcanzará teórica y normativamente.

El uso del vocablo función pública, por parte de diferentes autores, dice DELGADILLO GUTIÉRREZ,⁷⁷ para referirse al conjunto de deberes, derechos y situaciones que se originan entre el Estado y sus

⁷⁶ Véase BIELSA, Rafael, “Conceptos jurídicos y terminología”, en *Revista jurídica argentina La Ley*, tomo 56, 1949, La Ley, Buenos Aires, pp. 787-795.

⁷⁷ DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, *El Derecho disciplinario de la Función Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, México D. F., 1990, pp. 9 y 10.

servidores resulta incorrecto, ya que, en su criterio, “el concepto comprende la manifestación externa del poder del Estado, no su estructuración interna. Esta confusión se ha originado a partir del hecho de que el ejercicio del poder del Estado sólo puede realizarse mediante la actuación de las personas físicas, puesto que, cuando tratamos la función pública nos referimos a la actuación de los individuos investidos de la competencia que la ley le atribuye a los órganos, por lo que, necesariamente se hace referencia a los empleados del Estado y a las características jurídicas que presentan en el desarrollo de su actividad, pero ello no justifica que se confunda el régimen jurídico de los sujetos que ejercen la acción, con la acción misma”.

Para solucionar esta problemática, en pos de la salvaguarda de la función pública como categoría jurídico-administrativa, solo es posible apelar a su tecnificación. Desde esa perspectiva, ella deja de ser una expresión cualquiera con esferas de manifestación político-jurídicas dispares, para transformarse en una noción específica, con bases definatorias propias que trascienden el ámbito semántico.

Este enfoque ofrece una utilidad práctica de suma valía pues, entre otros asuntos, coadyuva a la delimitación de un sistema categorial propio y preciso, que impida confusiones y evite la sinonimia o las desviaciones conceptuales por los usos diversos del lenguaje.⁷⁸ No es posible, sino a través de esta consideración, construir una noción jurídica estricta a fin del adecuado diseño y articulación práctica de un régimen legal propio.

De tal modo, si se aprecia a la función pública como técnica, no se renuncia a su sentido dinámico, pues ella, en sí misma, indica una manifestación funcional al tener, como parte de su contenido, un tipo específico de función, para cuyo ejercicio, a su vez, prevé y articula mecanismos de ordenación que alcanzan a las relaciones y situaciones jurídicas del personal a cuyo cargo se encuentra aquel ámbito funcional. De esta manera, la función pública estaría compuesta por un conjunto de elementos que, integrados desde una perspectiva unitaria, la estructurarían como técnica jurídica.

Un punto de partida elemental para la tecnificación pretendida es la propia estimación de la función pública como categoría distinta e independiente a los componentes que la integran. Esta idea subyace

⁷⁸ Esto se manifiesta, en cierta medida, cuando se identifican, por ejemplo, función pública y *empleo público* para referirse al mismo fenómeno. Por ejemplo, en Italia (Ley No. 93/1983, “Ley Marco sobre Empleo Público” –que ha tenido varias adecuaciones en el contexto del proceso privatizador que particularmente se ha suscitado en ese país, al que más adelante se hará referencia; Argentina (Ley No.25.164, “Ley Marco de regulación de empleo público nacional”, de 15 de septiembre de 1999). O cuando se prefiere el uso de *servicio civil* en lugar de función pública por derivación de la traducción del inglés del término *civil service* como por ejemplo en Ecuador (“Ley Orgánica de servicio civil y carrera administrativa”, de 12 de mayo de 2005), Honduras (Decreto No. 126, “Ley de Servicio Civil”, de 1 de octubre de 1993), Perú (Ley No. 30057, “Ley de Servicio Civil”, de 3 de julio de 2013), El Salvador (Decreto Ley No. 507, “Ley de Servicio Civil”, de 24 de noviembre de 1961) y Guatemala (Decreto No. 1748, “Ley de Servicio Civil”, de 10 de mayo de 1968).

desde que se desecha el carácter patrimonial de las funciones públicas y se comienza a entender que el funcionario se debe a la función que realiza y no a la inversa, porque esta no le pertenece.⁷⁹ Ello implica desechar cualquier identificación de la función pública con alguno de sus componentes en específico y aprehenderla a partir de la configuración y presencia de todos ellos en tres dimensiones concretamente: subjetiva, objetiva y teleológica.⁸⁰

La *dimensión subjetiva* la integran los sujetos que se involucran en las relaciones y situaciones jurídicas que se suscitan en el contexto de funcionamiento administrativo. Uno de esos sujetos lo será la Administración Pública, entendida esta en un sentido amplio, es decir, en toda la magnitud de su aspecto estructural, incluidos todos los entes con función administrativa, principal o accesoria que se encuentren insertos en el aparato organizacional del Estado. El otro sujeto interviniente es la persona física que deviene servidor administrativo, entendido este, *a priori*, como aquel que ejerce o participa del ejercicio de la función administrativa, vinculado a la estructura organizativa de un ente público mediante una relación de servicio o empleo público. Esta idea se retoma más adelante al analizar el esquema categorial básico que ha de proponerse, relativo a las tipologías de los servidores públicos. Por su parte, la *dimensión objetiva* se concreta en la ordenación de la organización y funcionamiento del personal a cuyo cargo se encuentra el ejercicio de función administrativa, lo cual incluye el contenido derivado de las situaciones jurídicas que se suscitan entre la Administración Pública y sus servidores en el contexto de las relaciones entabladas. En función de ello estarán los mecanismos y procedimientos que se articulen desde el punto de vista técnico, para el logro de los fines concretos a los que sirve la función pública como técnica jurídica; lo cual tributará, además, a la concreción del modelo de organización que se diseñe.

Por último, la *dimensión teleológica* o *finalista* está determinada por el propósito exclusivo de esta técnica, de coadyuvar a la satisfacción de las necesidades colectivas. Se trata de un fundamento axiológico importante, pues, de conjunto con la participación como sujeto de la Administración

⁷⁹ HAURIUO por ejemplo –al referirse a las atribuciones inherentes al *officium publicum*– decía: *Des fonctions érigées en titre d'office, elles ont une existence indépendante du fonctionnaire, elles sont permanentes, elles demeurent quand le fonctionnaire passe.* Cfr. HAURIUO, Maurice, *Précis...*, 4^{ème} édition, ob. cit., p. 585. Sobre esta misma idea véase: LEFAS, Alexandre, *L'État et les fonctionnaires*, 5^e, M. Giard & É. Brière, Libraires-Éditeurs, Paris, 1913, p. 20 y ss.; DEMARTIAL, Georges., «Le statut des fonctionnaire», en *Revue politique et parlementaire*, avril-mai-juin 1907, Paris, pp. 536-542.

⁸⁰ Es común, fundamentalmente, que se sobrevalore la dimensión subjetiva y se defina a la función pública tomando como base el factor personal. Desde esta óptica, por ejemplo, NEZARD considera que «*fonction publique est la rapport qui s'établit volontairement d'une façon générale et permanente entre un établissement public et un citoyen que s'engage à faire des actes pour satisfaire aux besoins de cet établissement.*» Por su parte, BERTHELEMY dice que «*ce que doivent être les relations des fonctionnaires et de leurs supérieurs*» y DUGUIT estima que la *fonction publique c'est déterminer quelle est au point de vue du droit la situation du fonctionnaire.*» Véase NEZARD, Henry, *Théorie...* ob. cit., p. 23 y ss.; BERTHELEMY, Henry, *Précis...*, ob. cit., p. 55 y ss.; DUGUIT, Leon, *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome III, La Théorie Générale de L'Etat (suite et fin), 3^{ème} édition, Ancienne Librairie Fontemoing & C^{ie}, Éditeurs, Paris, 1930. p. 103 y ss.

Pública en las relaciones jurídicas establecidas, determina que su régimen jurídico sea iusadministrativo. Con este criterio se refuerza la idea de la especialidad de la función pública, porque cualquiera que haya sido su concepción, la necesidad de su particularismo ha estado justificada y defendida sobre la base de la importancia que reviste su ordenación para la satisfacción del interés colectivo.⁸¹

Consecuentemente, puede considerarse que función pública, en el ámbito específico del Derecho Administrativo, es la *técnica jurídica-administrativa mediante la cual se ordenan las relaciones y situaciones jurídicas que se suscitan entre la Administración Pública y el personal que ejerce o participa del ejercicio de la función administrativa, unido al ente de su competencia por una relación estructural*.

Delinear gnoseológicamente a la función pública sobre las consideraciones precedentes permite caracterizarla como sigue:

1) *Tiene una naturaleza instrumental o técnica*. Ello significa que está integrada por un conjunto de mecanismos de gestión y procedimientos varios que involucran, además, a otras disciplinas como la ciencia de la administración y el Derecho del Trabajo, esencialmente. De esta forma se genera un efecto conciliador, pues le imprime un carácter transdisciplinario a su organización y funcionamiento. Esta idea determina una visión sistémica del fenómeno y asegura una cobertura funcional flexible y dinámica, a la vez que asegura su ordenación desde la axiología propia del Derecho Administrativo. Precisamente, entre los aspectos que fundamentan la necesidad de este enfoque se aludía a su utilidad práctica. Parte de ella es la posibilidad que ofrece de conciliar perspectivas que hasta hoy parecen enemistadas, principalmente en el contexto del fenómeno de mixtura de los modelos tradicionales de ordenación de la burocracia pública, o en el escenario que provee la llamada *laboralización* o precarización de la función pública. Los debates planteados al respecto invitan a la búsqueda de soluciones que permitan un acercamiento de los intereses en el propio interés del factor humano, que ha de ser el centro de consideración primario y elemental. La función pública, en su noción técnica, admite la intervención de otras disciplinas jurídicas (Constitucional, Laboral, Penal, por ejemplo) en el sistema normativo que la ordena, sin perjuicio de su individualidad y naturaleza pública.⁸²

⁸¹ Véase en tal sentido las valoraciones de GREGOIRE, Roger...ob. cit., p. 26 y ss.

⁸² Para una idea más amplia sobre los debates referidos, puede consultarse, entre muchas otras, las obras de: DEL SAZ, Silvia, *Contrato laboral y función pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995; CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *El empleo público entre el Estatuto Funcionario y el Contrato Laboral*, Universidad de Castilla-La Mancha, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2001; CASTILLO BLANCO, Federico, "Reflexiones en torno a la construcción de un nuevo sistema de empleo público", en CASTILLO BLANCO, Federico (director) y Ana OLMEDO GAYA (coordinadora), *Lecciones de Función*

- 2) *Su ordenamiento no es unitario*. Derivado de lo anterior, esto responde a que su componente normativo puede integrarse por disposiciones jurídicas que no son solo de Derecho Administrativo. Esto no desmerita a su especialidad, pues desde la égida constitucional, debe delimitarse el alcance del Derecho de la función pública y al diferenciarse con precisión los tipos de relaciones que en su virtud se generan puede determinarse claramente el régimen jurídico aplicable a la relación concreta. En segmentos posteriores se volverá sobre este tópico, por ser tocante con las propias características del Derecho de la función pública como ámbito de regulación especial. Asimismo, el presente es un rasgo que deriva de la presencia de múltiples disciplinas jurídicas, cuyas normativa integrarán también, en lo a ella atinente, el ordenamiento jurídico de la función pública; así como también deriva del carácter unitario del Derecho como fenómeno normativo.
- 3) *Se articula en función del interés público*. El objeto de la función pública está íntimamente ligado a la satisfacción de un interés público global, al adecuado ejercicio de las funciones administrativas y el apropiado funcionamiento de los medios personales con los que la Administración Pública cuenta para su realización. Este aspecto, como se ha expresado, es el que determina el carácter público de las relaciones y situaciones jurídicas que se materializan en sus contornos, así como su régimen legal especial. Esta característica, conectada directamente con dimensión teleológica de la función pública, constituye el fundamento esencial de su especialidad jurídica; trae consecuencia, además, de la propia teleología que envuelve al Derecho Administrativo íntegro. En palabras de FORSTHOFF, “el aparato conceptual con el que trabaja el Derecho Administrativo, es –en medida muy superior a lo que generalmente se admite y reconoce hoy– una creación teleológica, un resultado de la experiencia práctica orientada teleológicamente”.⁸³

Pública, CEMCI, Granada, 2002; pp. 23-41; DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, María, *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Lex Nova, Madrid, 2006; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel, “Entre el sistema de carrera y el del empleo: el modelo español de empleo público”, en DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel y Emmanuel JIMÉNEZ FRANCO (directores), *Los empleados públicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2006, pp. 57-84; “La singularidad de la Administración Pública como marco de relaciones laborales”, en DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel y Emmanuel JIMÉNEZ FRANCO (directores), ob. cit., pp. 57-84; CABALLERO ORTIZ, Jesús, *El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público*, 1ª reimpresión, Ediciones Paredes, Caracas, 2008, pp. 17-33; GARCÍA PULLÉS, Fernando (director), Viviana BONPLAND y Marcelo UGARTE (colaboradores), *Régimen jurídico del empleo público en la Administración Nacional*, 3ª edición, Abeledo Perrot, 2016, pp. 15-38; IVANEGA, Miriam Mabel, *Empleo público*, Astrea, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2019; ZAMBRANO, Pedro L., “Las potestades disciplinarias de la Administración desde una perspectiva contractual”, en AA. VV., *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, 1ª edición, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005, pp. 263-274; GALEANO, Juan José, “El régimen jurídico del personal contratado de la Administración pública. La situación jurisprudencial”, AA. VV., *Organización Administrativa...*, ob. cit., pp. 275-310; RODRÍGUEZ, María José, “La laboralización del empleo público. Sentido y consecuencias”, en AA. VV., *Organización Administrativa...*, ob. cit., pp. 311-334.

⁸³ Véase FORSTHOFF, Ernest, *Tratado de Derecho Administrativo*, Traducción de la 5ª edición alemana por Legaz y Lacambra, Garrido Falla y Ortega y Junge, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 228.

4) *La Administración Pública ostenta determinadas potestades jurídicas de ejercicio unilateral.* Esta característica se deriva de que las actividades objeto de la prestación de servicio por parte de los servidores públicos administrativos son de naturaleza pública. Se justifica, además, por la intervención de la Administración Pública en calidad de garante de los intereses colectivos y tomando en consideración que el ámbito objetivo de funcionamiento de la función pública es el ejercicio de la función administrativa. Como espacio de actuación administrativa, no escapa al ejercicio de las potestades que por naturaleza la Administración Pública ostenta. Se trata de una manifestación de la exorbitancia reconocida al Derecho Administrativo, que tiene una expresión en el Derecho de la función Pública. En el caso específico de la relación de servicio o de la relación de empleo público, la Administración Pública, ciertamente, puede exigir más de sus agentes que el empleador privado. Esto se expresa, fundamentalmente, dice MELLERAY, en materia de limitaciones de determinados derechos como la libertad de expresión; la obligación de neutralidad política, de moralidad, de no consagrarse más que a sus funciones; el deber de obediencia y de continuidad del servicio.⁸⁴ En líneas globales, las prerrogativas de ejercicio unilateral que la Administración Pública puede ostentar en materia de función pública versan en torno a la potestad reglamentaria que ha de expresarse en la capacidad de desarrollar la ordenación de la técnica, a partir de los correspondientes postulados constitucionales y legislativos. Por otro lado, es portadora de la potestad disciplinaria, de facultades de nombramiento, ascenso y remoción, así como de prerrogativas relativas a la modificación de las tareas o funciones y terminación anticipada de la relación (en caso de no gozarse de la garantía de estabilidad), en razón de las necesidades del servicio. Es prudente en este caso tener presente también los argumentos que sustentan las potestades administrativas en general, pues sirven de basamento teórico a la característica que se esgrime.⁸⁵ En un nivel más concreto, que merece especial mención, la exorbitancia administrativa tiene una vía de revelación en las relaciones de empleo público, en virtud de *ius variandi*.⁸⁶

⁸⁴ Véase MELLERAY, Fabrice, ob. cit., p. 46.

⁸⁵ En tal sentido, puede consultarse GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 15^a edición, Thomson-Civitas, Ed. Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 465 y ss.; SUÑÉ LLINÁS, Emilio, “Sobre el concepto de potestad”, en GÓMEZ-FERRER MORÁNT, Rafael (Coordinador), *Libro homenaje a Villar Palasí*, 1^a edición, Civitas S.A., Madrid, 1989, pp. 1343-1370; DUBOS, Oliver, “L’exorbitance du droit de la fonction publique”, en AA.VV., *L’exorbitance du droit administratif en question (s)*, LGDJ, Paris, 2004, p. 243 y ss.

⁸⁶ Véase, por ejemplo – en el sentido también en el sentido de los límites que el *ius variandi* ha de tener en función del equilibrio jurídico– BALDINI Papini, Ubaldo, *Il rapporto d’impiego pubblico*, CEDAM, Padova, 1942, p. 169 y ss.; GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antoni, *Tratado...*, ob. cit., 449 y ss.; DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, María, ob. cit., p. 246 y ss.; IVANEGA, Mirian Mabel, ob. cit., pp. 84-86; GALLEGOS FEDRIANI, Pablo Oscar, “Ius variandi en el empleo público”, en *Revista de Derecho Público*, 2012-1: Empleo Público I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires. Sobre todo cuando el modelo que se adopte prevea la formalización del vínculo mediante la técnica contractual administrativa, en cuyo fundamento ha de sustentarse ese rasgo que se presenta como parte de la fisonomía de la función pública. Véase DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 12ma. edición, Ciudad Argentina, Hispania Libros, Buenos Aires-Madrid-México,

5) *Tiene carácter permanente.* Esto se debe a que su existencia es inalterable como figura jurídica. La actividad administrativa, parafraseando a ALESSI, dirigida a la realización del interés público mediante la satisfacción de necesidades concretas de orden colectivo, puede asumir formas y fines inmediatos distintos. Puede tender a la organización jurídica objetiva y subjetiva del ente administrativo, a reunir los medios necesarios para el funcionamiento de la máquina estatal y para la consecución de sus fines, asegurar el orden jurídico y la seguridad social en las relaciones internas y la seguridad en las relaciones exteriores o a procurar una utilidad a los particulares, tanto de orden jurídico como de orden económico social.⁸⁷

El funcionamiento de la sociedad toda depende, en gran medida, de la realización eficaz de la actividad administrativa, lo cual no es posible sin el personal que la realiza. El efecto más sobresaliente de la implementación de la función pública como técnica es la puesta en marcha, ordenada, de la acción del Estado encaminada a la satisfacción de las necesidades colectivas. Importa no solo al orden jurídico, sino también a la eficacia y eficiencia de la gestión pública, y su principal ingrediente es el factor humano, imprescindible para vitalizar la maquinaria estatal. Sin su existencia teórica y articulación práctica, el Estado se ve imposibilitado de ordenar al personal que sirve a la realización de la función administrativa que le es inherente.

Al conseguirse una tecnificación de la función pública como categoría jurídica ocurre una identificación de sus principales elementos, se fortalece la idea de su particularismo y puede distinguirse con precisión el sistema de relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración Pública y sus servidores en el contexto del ejercicio de la función administrativa. Esto permite, asimismo, el diseño de un esquema terminológico propio, que tendrá un efecto positivo en el orden legislativo, lo cual coadyuvará a mitigar las confusiones y polémicas teóricas que comúnmente se generan en torno del tema de la función pública. En el caso específico de la categoría funcionario público, además de la recepción natural de las ventajas enunciadas, se facilita la identificación de los basamentos teóricos esenciales de su noción, que ocurre a partir de su localización más precisa dentro de la dimensión subjetiva de la función pública.

2009, p. 290 y ss.; ENTRENA CUESTA, Rafael, “Consideraciones sobre la teoría de los contratos de la Administración”, en *Revista de Administración Pública*, Año VIII, No. 24, septiembre-diciembre, 1957, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 39-74; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La figura del contrato administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, Año VI, Número 41, mayo-agosto, 1963, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 99-130; MATILLA CORREA, Andry, “Consideraciones mínimas sobre el contrato administrativo y el Derecho Administrativo cubano”, en FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y SANTIAGO SÁNCHEZ, Javier (Coordinadores), *Contratos administrativos. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2007; pp. 185 a 233.

⁸⁷ Véase ALESSI, Renato, *Instituciones...*, ob. cit., pp. 363 y 364.

I.3. El Derecho de la función pública como expresión del particularismo jurídico de la función pública

La propia evolución histórica del Derecho Administrativo está signada por la consideración de su especialidad frente al Derecho Privado; y ese particularismo lo consagra íntegro como rama iuspública, al tener fundamento en la razón de ser de la Administración Pública. El desarrollo de ella, como segmento estructural y funcional del Estado, encargado de la satisfacción de las necesidades colectivas, constituye parte importante del basamento sobre el cual, tradicionalmente, se ha sustentado el distanciamiento jurídico de la Administración Pública con el Derecho común y su supremacía como sujeto en las relaciones con los particulares.⁸⁸

Como se dijo antes, ese componente axiológico que gravita en torno a la noción de interés público, irradia a todo el sistema administrativo. Por tanto, no es casual que la necesidad e importancia de la ordenación de los agentes del poder se incremente, en la medida en que el ejercicio de las funciones públicas se encauza en los contornos del Estado constitucional y dentro de la concepción burocrática de la organización estatal.⁸⁹ El Estado de tipo estructural administrativo, en palabras de GIANNINI,⁹⁰ “asume de la estructura estatal del absolutismo ilustrado la idea de una normativa pública especial

⁸⁸ De manera global en el proceso de construcción de la Administración Pública y del Derecho Administrativo, la idea de especialidad de este último, en cuanto régimen jurídico distinto del Derecho común, es notable de una forma u otra en la generalidad de la doctrina. Por solo citar algunos ejemplos de autores de diferentes latitudes y tiempos –que dedican, desde puntos de vistas diversos, algún espacio a fundamentar ese esencia puede verse: AUOC, Leon, *Introduction à l'étude du Droit Administratif*, première conférence faite à l'École impériale des ponts et chaussées, Imprimerie Administrative de Paul Dupont, Paris, 1865, p. 27 y ss. HAURIOU Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 11^{ème} édition, Société Anonyme du Recueil Sirey, Paris, 1927, p. 2 y ss.; BONNARD, Roger, *Précis de Droit Administratif*, 6^{ème} édition, ob. cit., p. 43 y 44; RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, 13^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1990, p. 24; MAYER, Otto, *Derecho Administrativo...*, tomo I, ob. cit. p. 161 y ss.; MERKL, Adolfo, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935; p. 108 y ss.; ALESSI, Renato, *Instituciones...*, ob. cit., p. 14 y ss. ; CASSESE, Sabino, *Las bases...*, ob. cit., p. 51 y ss; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General I*, 2^a edición, Iustel, Madrid, 2009, p. 45 y ss.; PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I, Introducción, organización administrativa y empleo público*, 23^a edición, revisada y reestructurada, OPEN, Madrid, 2013, p. 19 y ss.; CASSANGE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, tomo I, 6^a edición actualizada (reimpresión), Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 98; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, ob. cit.; FRAGA, Gabino, ob. cit., pp. 69, 133 y ss.; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Curso de Direito Administrativo*, 31^a edición, revista e atualizada até a Emenda Constitucional de 28.11.2013, Malheiros Editores, Brazil, 2014, p. 71 y ss.

⁸⁹ Véase WEBER, Max, *Economía y sociedad...*, ob. cit., p. 717 y ss.; WEBER, Max, *¿Qué es la burocracia?*, Ediciones elaleph.com, 2000, libro digital disponible en www.elaleph.com, consultado 10 de marzo de 2019, p. 12 y ss.; NIETO GARCÍA, Alejandro, *La burocracia. El pensamiento burocrático*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, p. 67 y ss.

⁹⁰ Véase GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo*, 1^a edición en español, traducción de Luis Ortega, vol. I, MAP, Madrid, 1991, 58 y ss. Puede consultarse también a ALESSI, Renato, *Instituciones...*, ob. cit., p. 363 y ss.; CHEVALLIER, Jacques, “Les fondements idéologiques du droit administratif français”, *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, P.U.F., vol. 2, 1979, Paris, p. 3-57.

para regular la actividad de la Administración Pública, trasformando los poderes absolutos de la corona en poderes del Estado regulados por la Ley”.

Por ende, para el caso específico que ocupa este estudio, se diría que las relaciones jurídicas que se suscitan entre el Estado y sus agentes, que cada vez fueron más complejas y diversas en el ámbito del ejercicio de las funciones públicas, no escapan a ese tamiz de especialidad para perfilarse desde un prisma axiológico diferente; ello fundamenta no solo la autonomía de su ordenación, sino también su inscripción dentro del Derecho Público. De esta manera, el particularismo jurídico de la función pública se conecta con la concepción específica y desarrollo de la función administrativa. Ella constituye parte de su contenido y determina su ámbito concreto de funcionamiento y la existencia misma de su régimen particular, que surge y se desarrolla en el propio contexto evolutivo del Derecho Administrativo.

Una vía ágil para ilustrar el proceso evolutivo de lo que hoy se denomina Derecho de la función pública, es seguir el camino normativo que es el que va concretando de manera más visible un ordenamiento jurídico particular. Naturalmente, tal cometido no es posible aquí por alejarse demasiado del propósito concreto que persigue esta investigación. Empero, mínimamente es útil e importante tomar determinados puntos de inflexión histórica para apoyar el criterio de que la necesidad y el interés por la ordenación jurídica de la actuación de los agentes públicos es consustancial al proceso de formación del propio Derecho Administrativo, en el contexto evolutivo del Estado constitucional. Esta precisión preliminar, permite también ir identificando los contornos históricos del fenómeno jurídico funcionarial.

Sin grandes pretensiones, pueden tomarse aquí como emblemáticos los casos de Alemania, España, Italia y Francia por ser los principales escenarios donde se localizan las claves en cuanto a la configuración y especialidad de un Derecho propio de la función pública. Un primer hito de relevancia jurídica hay que hallarlo en la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789, por la consagración normativa del principio de igualdad de acceso a los cargos públicos y su trascendencia para la consideración profesional del ejercicio de las funciones públicas. De vital significación resulta también el *Allgemeine Landrecht* (Codificación de 1794), que determinó los derechos y las obligaciones de los funcionarios alemanes y constituye el primer estatuto para la función pública moderna. También, en el propio caso alemán, fue significativa la Ley de 31 de marzo de 1873, sobre el estatus jurídico de los funcionarios del Imperio, ya con la concreción de un modelo con determinado grado de precisión, que regula las cuestiones más importantes de la organización de los sistemas administrativos modernos, como la jerarquía de funciones, la competencia profesional, la permanencia

de carrera de funcionarios y la disciplina. En cuanto a España, el *via curxix* del Derecho de la función pública, no puede estudiarse sin partir de hitos como el Estatuto López Ballesteros (Real Decreto de 3 de abril de 1828 “Sobre el nuevo arreglo de Empleados”), el Estatuto de Bravo Murillo (Real Decreto de 18 de junio de 1852, que fija las bases generales para el ascenso en todos los servicios de la Administración activa del Estado), el Estatuto O’Donnel (Reglamento Orgánico de las carreras civiles de la Administración del Estado, puesto en vigor por el Real Decreto de 4 de marzo de 1866, derogado por el Real Decreto de 13 de julio de 1866, que de conjunto con el Real Decreto de 26 de octubre de 1866, derogan la legislación vigente en su momento, excepto el Estatuto de Bravo Murillo que va sufriendo continuas modificaciones) y el Estatuto de Maura (real decreto de 7 de septiembre de 1918 que consagra el régimen estatutario funcional). Estos constituyen los primeros intentos de ordenación jurídica de la función pública española con influencias de las concepciones francesas. En Italia, ya es perceptible desde el Estatuto Albertino de 1848 determinada regulación normativa de los agentes del poder, no es hasta el texto único de 1908 que se tiene en este país el primer estatuto jurídico de los empleados del Estado que regulaba diversos aspectos de la vida funcional. En el caso francés, sin embargo, la consagración de un ordenamiento legal uniforme y particular de la función pública ocurre de manera lenta y tardía con respecto a Alemania y a España. Si bien un antecedente importante es la Ley de 14 de septiembre de 1941, por la que se establece el Estatuto general de funcionarios promulgado bajo el régimen de Vichy, no es hasta la Ley de 9 de octubre de 1946 que se establece el Estatuto legislativo de la función pública.⁹¹

En la medida en que se va entronizando la idea de función pública asociada a la ordenación de los medios personales al servicio del Estado, se va defendiendo también su especialidad jurídica. Este es un asunto de vital importancia que no ha dejado de ser centro de atención hasta la actualidad y que constituye el fundamento de la existencia de un Derecho de la función pública. Este, como segmento objetivo de la rama iusadministrativa, se fue desarrollando de a poco y adquiriendo relevancia, al punto de poder afirmar con cierta tranquilidad que en la actualidad –al menos en los ordenamientos con influencia presente del modelo francés– no se cuestiona demasiado su autonomía jurídica.⁹²

⁹¹ Véase Declaración de los Derecho del hombre y del ciudadano, ob. cit.; Para el caso alemán, puede verse KAMMERER, A., ob. cit., p. 32, 37 y ss.; Para España, véase LALINDE Abadía, J., *Los medios personales de gestión del poder público en la historia española*, IEA, Madrid, 1970, p. 90 y ss.; CARRASCO CANALS, Carlos, *La burocracia en la España del siglo XIX*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1975, p. 217 y ss.; Gracia-Trevijano Fos, José A., *Tratado...* ob. cit., p. 94 y ss.; Palomar Olmeda, Alberto, ob. cit., p. 150 y ss.; CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, ob. cit., p. 55 y ss.; En Francia, sobre este tema, puede consultarse, entre muchos otros, a DEMARTIAL, Georges, ob. cit., p. 530 y ss.; Lefas, Alexandre, ob. cit., p. 62 y ss.; Gregoire, Roger, ob. cit., p. 67 y ss.

⁹² Para ilustrar este planteamiento pueden tomarse como ejemplos: MELLERAY, Fabrice, ob. cit., p. 39 y ss.; AUBIN, Emmanuel, *Droit de la Fonction publique*, 3^e édition, Gualino éditeur, Paris, 2007, p. 29 y ss.; DORD, Oliver, ob. cit., p. 23 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, derecho de la función pública, ob. cit., p. 41 y ss. Las obras de estos autores expresan

Lo anterior permite, por consiguiente, tomar como base, sin mayores dilaciones, considerar la presencia y el reconocimiento de la individualidad del Derecho de la función pública como un hecho cierto y notorio, apreciable, como se ilustró, por el tratamiento que tradicionalmente se le ha dedicado como espacio jurídico singular de regulación. Ordenamiento propio que se manifiesta como vía de expresión de la especialidad de la función pública y la contiene como objeto propio —a ella y a todo lo que en su génesis envuelve—; ello incluye, por supuesto, a su dimensión subjetiva, dentro de esta, al funcionario público.

Las observaciones anteriores fundamentan *per se* la importancia de dedicar un espacio al Derecho de la función pública. Sin embargo, ha de alertarse que la razón de ser de estas líneas tiene un alcance muy concreto, a fin de mantener el curso investigativo sin desviaciones innecesarias. En este entendido, son dos los aspectos que a continuación se tratarán, por tener una relevancia cardinal para las consideraciones que han de esgrimirse en torno a la noción de funcionario público.

En primer lugar, es importante ofrecer determinadas precisiones sobre lo que por Derecho de la función pública aquí se entenderá y cuáles son las características que se atemperan y se desgajan de la perspectiva técnica con la que se ha enfocado la noción de función pública. Al ser constatada como tal, requiere un alto nivel de materialización a través de diferentes mecanismos y procedimientos que permitan la consecución de los fines para los que se emplea. Unido a esto, dada su naturaleza iusadministrativa, el principio de legalidad opera de modo particular, por demandar una articulación reglada lo más completa posible. Por tanto, no puede ignorarse la significación que cobra en este caso la dimensión jurídica, principalmente el ámbito normativo.

En segundo orden, es menester fundamentar la importancia teórica y utilidad práctica que específicamente tiene la existencia del Derecho de la función pública para la construcción gnoseológica de la categoría funcionarial. En términos generales, su estructuración adecuada provee el marco legal regulatorio de la función pública, cuyo contenido abarcará el sistema de fuentes, las reglas sustantivas y adjetivas que le son propias y se erigirá como fenómeno ordenador de un ámbito social complejo y heterogéneo.

el reconocimiento de un Derecho de la función pública desde las denominaciones de sus títulos; sin embargo ninguno de ellos ofrece un segmento particular para definir lo que debe entenderse como tal. Como regla general se infiere que se hace referencia a la ordenación jurídica de la función pública —asociada a los medios personales del Estado o la Administración—. En un entendido similar, se asume la existencia de un orden especial cuando se perfila el régimen legal de la función pública como espacio regulatorio particular e independiente del Derecho privado. Véase, por ejemplo, GREGOIRE, Roger, *ob. cit.*, p. 31 y ss.; PLANTEY, Alain, *La fonction publique...*, *ob. cit.*, p. 7 y ss.; BREWER-CARÍAS, Allan R., *El estatuto del funcionario público en la Ley de carrera administrativa*, Comisión de Administración Pública, Caracas, 1971, p. 6 y ss.; GARCÍA PULLÉS, Fernando (director), *Régimen del empleo público en la Administración Nacional*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2016.

I.3.1. El Derecho de la función pública: noción y características

No es muy común encontrar alusiones conceptuales específicas a lo que es el Derecho de la función pública; más bien, la mayoría de la doctrina al utilizar esa expresión aborda directamente su objeto o contenidos. Ello se debe a que si bien, como se ha expresado, la intencionalidad histórica ha estado encaminada a su especialidad o particularismo, la tendencia ha sido hacia su colocación en los contornos iusadministrativos. De tal modo, no se han abocado esfuerzos con el fin de su distinción científica, sino meramente de su secularización jurídica como espacio particular de regulación del Derecho Administrativo.

No obstante, algunos autores, de modo directo o indirecto, han expresado alguna aproximación definitoria de lo que, como punto de partida en sus obras, han considerado Derecho de la función pública.

Entre ellos, por ejemplo, SAYAGUÉS LASO⁹³ alude que “las personas públicas actúan mediante voluntades humanas que se ponen a su servicio. La actividad de este conglomerado de personas al servicio de la Administración Pública se regula por normas y principios especiales, lo que constituye el contenido del Derecho de la función pública”. La mención a *principios*, presente en este autor, es un punto importante a considerar dentro de dichos matices, pues ignorarla puede conducir a nociones de índole positivista.

En tanto, PALOMAR OLMEDA⁹⁴ expone una noción amplia y otra restringida de lo que estima Derecho de la función pública. En cuanto a la primera, opina que “se trata del conjunto de normas, cualquiera que sea su rango y naturaleza, que rige los derechos y obligaciones del conjunto de personas que prestan sus servicios para la Administración Pública. Por su parte, en sentido estricto, lo entiende como “el conjunto de normas que, constituyendo un todo armónico dentro del ordenamiento jurídico, tiene por objeto regular la relación de servicio para las Administraciones Públicas”.

De manera muy indirecta, Antonio de PEDRO FERNÁNDEZ⁹⁵, plantea que “aceptando, en principio, la posición de que el ejercicio de la función pública es una actividad regulada por el Derecho Administrativo, así como que la actividad de quienes desempeñan funciones pública está sometida a una serie de normas jurídicas, propias y que dichas normas, por su especialidad, constituyen una parte fundamental del Derecho Administrativo, con perfiles determinados y característicos, bien puede hablarse de un Derecho de la función pública”.

⁹³ Véase SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Montevideo, 1953, p. 255 y ss.

⁹⁴ Véase PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la Función Pública*, 4ª edición, Dykinson, Barcelona, 1997, p. 65 y ss.

⁹⁵ Véase DE PEDRO FERNÁNDEZ, Antonio, ob. cit., p. 47.

En las palabras preliminares de su obra, DORD⁹⁶ plantea que el “derecho de la función pública constituye una materia de Derecho Administrativo especial que trata las reglas particulares que regulan a los agentes y empleados públicos, sometidos a un régimen de derecho público, fundamentalmente los funcionarios”.

Por otro lado, tratándose de un Derecho estatutario, como en breve se analizará, es coherente que las claves fundamentales de su concepción se encuentren en los sujetos a los que va dirigido. Pero con ello se asume el riesgo inmediato de tener por variables categorías que, en el orden teórico-jurídico, adolecen de imprecisión, como las relativas a la denominación de los diversos tipos de personal al servicio de la Administración Pública o la propia idea de *servicio*, que toca directamente la cuestión del tipo y naturaleza del vínculo que une a la Administración y sus agentes.

Debe decirse, no obstante, que tal riesgo puede ser asumido –siempre con cautela– sobre la base de tener presentes determinadas pautas que a continuación se darán. No para enfocarse en la elaboración de una definición de lo que es el Derecho de la función pública, sino para delimitar su ámbito de intervención específico y, de consuno, identificar con precisión su objeto, contenido y sus características. Tomando como punto de colación que es un área objetiva que no tiene autonomía fuera de los predios científico-jurídicos del Derecho Administrativo, no interesa demasiado la elaboración de un concepto.

El *Derecho de la función pública* es, sencillamente, una órbita especial del Derecho Administrativo, que se refiere a las reglas, los principios y los valores que ordenan e informan la organización, el funcionamiento, las situaciones jurídicas y las relaciones de los medios personales que ejercen la función administrativa y que tienen un vínculo estructural con la Administración Pública.

Esta perspectiva, con un cariz inclusivo y conciliador, permite identificar con claridad el objeto de regulación del Derecho de la función pública en toda su dimensión. Este versa sobre la organización y funcionamiento de la función pública como técnica iusadministrativa, lo cual, debe decirse, es tan amplio como el propio despliegue de la función administrativa. En ello radica la importancia y utilidad de este enfoque. El carácter sistémico, la instrumentalidad de la función pública y su vinculación inexorable con la satisfacción del interés colectivo, no solo fundamentan su especialidad jurídica, sino que determinan el diseño de un ordenamiento legal que responda a tales peculiaridades.

En tal sentido, el Derecho de la función pública no solo debe asumir el catálogo de principios generales que informan al Derecho Administrativo, sino también incorpora rasgos a su ordenamiento que

⁹⁶ Véase DORD, Oliver, ob. cit., *avant-propos*.

derivan del sistema normativo general de la rama iuspública, como espacio normativo mayor y del orden jurídico en general.

Considerando las observaciones previas, pueden señalarse como características del Derecho de la función pública que se proponen como esenciales, las siguientes:

1) Se trata de un *ámbito jurídico de contenido heterogéneo y dinámico*. Esto se deriva de que, como se dijo precedentemente, el componente normativo de la función pública no es unitario ni exclusivamente de índole iusadministrativa, se encuentra, además, en constante movimiento; por lo que debe ser susceptible de adaptación, de acuerdo con los cambios evolutivos de la sociedad, sin descuido de la salvaguarda del interés público, el principio de legalidad y de seguridad jurídica. No hay mayores inconvenientes en atribuirle esta característica al Derecho de la función pública, pues tratándose de un segmento objetivo de regulación del Derecho Administrativo, es natural que asuma determinados rasgos que le son atribuibles al propio ordenamiento jurídico administrativo. Como es sabido, este no se refiere solo a la Administración Pública, de ahí su heterogeneidad. La ordenación del personal administrativo, por su importancia y magnitud, alcanza a todo el ámbito de ejercicio de la función administrativa; por tanto, también excede los predios de la Administración Pública, en sentido orgánico.⁹⁷

Debe aclararse que esto no interfiere en la consideración de su especialidad. El particularismo de la función pública debe apreciarse a partir de su existencia misma como institución jurídica, en el sentido expuesto y sobre la base de un presupuesto constitucional que postule su alcance a través de los principios que lo informan y el establecimiento del sistema de organización elegido. Se trata de un orden legal integrado por disposiciones normativas diversas, que no se agota en los contornos estrictos del Derecho Administrativo ni en la dimensión estructural de la Administración Pública. El despliegue de la función pública alcanza cualquier espacio donde se ejerza función administrativa y se concreten relaciones y situaciones jurídicas entre las personas físicas que realizan esa función y la Administración Pública, como segmento del Estado encargado de su gestión.

De esta manera, el Derecho de la función pública, como parte además de un sistema jurídico que ha de ser coherente, incorpora aspectos que emergen desde otras disciplinas jurídicas como el Derecho Constitucional, el Derecho del Trabajo, el Derecho Penal, Derecho Fiscal o Tributario,

⁹⁷ Véase GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, tomo I, 12ª edición, Tecnos, Madrid, 1994, p. 114 y ss.; PARADA, Ramón, *Concepto y fuentes del Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid Barcelona Buenos Aires, 2008, p. 9 y ss.; BOQUERA OLIVER, José María, *Derecho administrativo*, 10ª edición, Civitas, Madrid, 1992, p. 103 y ss.; COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de derecho administrativo I*, 20ª edición, Civitas, Madrid, 2009, p. 43 y ss.

etcétera; o dicho de otro modo, en los ordenamientos concretos de estos, se localizarán disposiciones normativas relativas a la función pública que deberán considerarse componentes del Derecho que la ordena, sin que esto signifique su exclusión del ámbito iusadministrativo.

En la actualidad, ya es aceptada la idea de que el Derecho Administrativo no es de aplicación exclusiva a la Administración Pública y que en el funcionamiento de esta no interviene solo el Derecho Administrativo. Esto se debe, en gran parte, siguiendo a SANTAMARÍA PASTOR, a que “no es posible aislar una función administrativa en singular, única y homogénea. La Administración Pública gestada en el siglo XX en el plano material es una organización de funcionalidad universal”.⁹⁸

2) Es un *Derecho estatutario*. Esta característica refuerza el sentido de especialidad del Derecho de la función pública, ya que este regula las relaciones y situaciones de un grupo singular de sujetos que se sustraen del orden jurídico común. Al ser un Derecho estatutario implica inmediatamente su singularización al concreto ámbito de regulación de un grupo específico de personas, que destacan por el vínculo especial que presentan con la Administración Pública. Esta naturaleza y las razones que la fundamentan, por su obviedad, no es asunto que deba generar opiniones encontradas. Sin embargo, una consecuencia de su aprehensión es que esa especialidad, naturalmente, sugiere la idea de regulación, a partir de la existencia de estatutos que devienen parte fundamental de su componente normativo, cuyo efecto inmediato es la sustracción del Derecho común de ese grupo subjetivo particular para someterlo a un ámbito regulatorio diferente.⁹⁹

⁹⁸ Véase SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, tomo I, 2ª edición, Iustel, Madrid, 2009, p. 41.

⁹⁹ Resulta indispensable aludir a la idea de *estatuto* por su importancia para las reflexiones que se realizan en torno a la función pública y a la noción de funcionario público y su relevancia para el componente normativo del Derecho que ordena esos fenómenos jurídicos. Cuando se hace referencia a *estatuto*, puede entenderse en un sentido *amplio* y otro *estricto*. Esta idea tiene una manifestación fundamental, no solamente en materia de intervención del Derecho del Trabajo –como ya se ha aludido–, sino también en la ordenación de los regímenes jurídicos de la responsabilidad de los funcionarios (normativa penal, principalmente), en la existencia de disposiciones vectoriales que atañen directamente el fenómeno funcional, o la presencia de diversos órdenes normativos con base en criterios territoriales, técnico-funcionales, etcétera. Todo lo cual pone de relieve la visión amplia de estatuto que, implícita o explícitamente, se colige de la doctrina y práctica de la función pública. Una apreciación general de este planteamiento puede notarse en la mayoría de las obras que, directa o indirectamente, abordan la temática del régimen jurídico o Derecho de la función pública. Por citar algunos ejemplos puntuales donde puede ser más clara esta perspectiva, puede verse: GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado...*, ob. cit., p. 81 y ss.; PAISER, Gustave, *Droit de la fonction publique*, 18^e édition, Dalloz, Paris, 2006, p. 5 y ss., 111 y ss., 137 y ss.; GARCÍA PULLÉS, Fernando (director), Viviana BONPLAND y Marcelo UGARTE (colaboradores), ob. cit., p. 81 y ss.; MONTERO, Gregorio, ob. cit., 423 y ss.; JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de direito administrativo* I, 10ª edição revista e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 121 y ss.; BÉJAR RIVERA, Luis José y Alejandro ORRICO GÁLVEZ..., p. 59 y ss.; SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, “La Función pública de los Secretarios e Interventores de la Administración Local”, en DOMÍNGUEZ-BERRUETA de Juan, Miguel y Emmanuel JIMÉNEZ FRANCO (directores), ob. cit., pp. 199-209; SOUVIRON MORENILLA, José María, “El régimen de la función pública docente”, en DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel y Emmanuel JIMÉNEZ FRANCO (directores), ob. cit., pp. 211-244; VALRRIVERAS SANZ, Ángel, “Funcionarios policiales: Cuerpo nacional de policía”, en DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel y Emmanuel JIMÉNEZ FRANCO (directores), ob. cit., pp. 245-279; MELGOSA ARCOS, Francisco Javier, “Los inspectores de Turismo en Castilla y

- 3) Es *preeminentemente escrito*. Se trata de una derivación de la especial connotación que tiene el principio de legalidad para el Derecho Administrativo, en virtud de lo cual la vinculación positiva se manifiesta intensamente. Ello conduce a que la norma escrita tenga preeminencia. En palabras de SÁNCHEZ MORÓN, “el predominio y proliferación de las normas escritas y su minuciosidad en el Derecho Administrativo, es una consecuencia de la burocracia como fenómeno político y social, debido a la finalidad de ordenación de una vasta organización jerarquizada y sus agentes, uniformándola al máximo, con un alto nivel técnico”.¹⁰⁰
- 4) Es *técnico*, porque se inscribe dentro de la temática general de la organización administrativa, con la minuciosidad que implica la gestión organizacional y funcional de tan dispar conglomerado humano. Por tanto, la ciencia de la administración y los mecanismos y procedimientos técnicos que provee tienen una fuerte presencia en el ámbito normativo de la función pública.

León”, en DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel y Emmanuel JIMÉNEZ FRANCO (directores), ob. cit., pp. 321-325. La perspectiva amplia de *estatuto* es consecuente con lo dicho hasta aquí, pues no hay dudas de que la existencia de un *estatuto* propio en el diseño del marco legal de la función pública, es una necesidad derivada de su propia autonomía conceptual y funcional, como técnica jurídica. En este entendido, entonces, se refiere a una concepción abarcadora que incluye no solamente la existencia de un cuerpo normativo básico o general, sino también de otros específicos o particulares y a aquellas disposiciones jurídicas, legislativas y reglamentarias, que contengan normas atinentes a algún aspecto de su ordenación, sin importar el emisor. Al tener como objeto de regulación la función pública y esta tener como centro, a su vez, las relaciones y situaciones jurídicas entre la Administración Pública y su personal, el orden jurídico que le es propio intervine en cualquier espacio que aparezcan esas relaciones y situaciones. Por tanto, cualquier ámbito legal que establezca reglas específicas para aquellas, integrará el *estatuto* de la función pública, noción que se asimila al orden normativo concreto que la regula. De esta manera, la articulación normativa extra administrativa de la función pública puede incluir esferas como la laboral, penal, fiscal, etcétera, en sus dimensiones sustantivas y adjetivas, o cualquier otra norma sectorial que se refiera a contenidos referentes a ella. Y todo ese universo legal puede considerarse *estatuto* en un entendido amplio. Sin embargo, en un nivel más concreto, cuando se refiere a la presencia de un *estatuto* para la función pública, cobra relevancia una concepción más estricta de la categoría. En tal caso, debe considerarse que se refiere a lo que pudiera denominarse el cuerpo normativo básico, destinado a contener un núcleo de garantías esenciales que aseguren la organización y funcionamiento de la función pública. Aceptación que también es perceptible del uso que suele dársele al término *estatuto*. Aquí es identificable un instrumento normativo concreto, sea legislativo o reglamentario. Su contenido incluye, básicamente, los aspectos medulares relativos a la ordenación de las relaciones y situaciones jurídicas del personal al servicio de la Administración Pública, con énfasis, usualmente, en la relación de servicio de los *funcionarios públicos* y las particularidades de la relación de empleo de estos y del resto de los trabajadores que no ostentan la categoría funcional. Igualmente, se incluyen las precisiones correspondientes a la tipología del personal y, en correspondencia, sus derechos y deberes, así como la articulación normativa del modelo previsto. Asimismo, debe preverse en el *estatuto* básico las conexiones con los *estatutos* específicos, los autónomos, donde proceda, la organización interna de los cuerpos funcionariales, la articulación de los grados, la organización de la carrera administrativa –en su caso–, lo relativo al inicio de la relación funcional, las causas de su extinción, los modos de acceso, los sistemas de evaluación, el ascenso, etcétera. Mientras más se aproxime el diseño al sistema de carrera, mayor será la complejidad y uniformidad del cuerpo jurídico. En cambio, si se concreta un esquema tendente al modelo abierto, el ordenamiento jurídico de la función pública se hallará más difuso. En el primer caso resulta más claro y amplio su contenido. La importancia de tener luces en este asunto radica, fundamentalmente, en que el carácter estatutario del Derecho de la función pública no se hace depender de la existencia de un cuerpo normativo propio y único (*estatuto* en sentido estricto), sino que es atendible aunque solo sea identificable un referente normativo difuso que ordene su funcionamiento desde cualquier ámbito jurídico (*estatuto*, en sentido amplio). Lo trascendental es el efecto individualizador que aquellas disposiciones tengan sobre el grupo particular de sujetos a que se refiere.

¹⁰⁰ Véase SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo*, Parte General, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2010, p. 120.

Es una peculiaridad que trae causa en la perspectiva técnica y en la visión sistémica integradora que se ha venido defendiendo. Como ha señalado BIELSA, “La función pública, es una institución que, como otras de Derecho Público, deben ser examinadas no solo en el ordenamiento jurídico general, es decir, el propio del derecho administrativo (en cuya orbita la función se desenvuelve casi íntegramente), y en el derecho constitucional (de cuyas raíces surge la función), sino también de la ciencia de la administración, que concierne a la eficiencia, organización, economía y moralidad; es decir, lo que se considera como política específica y propia de la Administración”.¹⁰¹

5) Es *extenso*. La tendencia a ser un ordenamiento voluminoso es una consecuencia de su heterogeneidad y su proporción estará en correspondencia con el modelo de organización político-administrativa que se adopte, más o menos descentralizado. Influye aquí la diversidad de entes administrativos en el contexto de la implementación de esquemas descentralizados, como una de las consecuencias de la creciente intervención estatal en la vida de la comunidad. Ello, de conjunto con ensanchamientos o repliegues de la autonomía normativa local para gestionar sus recursos humanos, determina la mayor o menor extensión del ordenamiento jurídico de la función pública. Deben tomarse en cuenta en este aspecto los planteamientos ya expresados en cuanto al rasgo de *heterogeneidad* y sobre su carácter *técnico*. Ello tributa a sustentar la extensión del Derecho de la función pública a partir de la noción cada vez más abarcadora de Administración Pública, es decir, entendida en toda la magnitud de su aspecto estructural y funcional, incluidos todos los entes con

¹⁰¹ Véase BIELSA, Rafael, *La función pública...*, ob. cit., Prólogo, primer párrafo. Sobre estas ideas, puede verse también: DE FORGES, Jean-Michel, *Droit de la Fonction publique*, 2^e édition mise à jour, PUF, Paris, 1997, p. 165 y ss.; PLANTEY, Alain, *La fonction publique...*, ob. cit., p. 489 y ss.; HAMON, Francis, *Droit des fonctions publiques*, I. Organisation et gestion, L.G.D.J.; Paris, 2002, pp. 97-127; ILDEFONSO HUERTAS, Rosa María y Pilar ROJAS MARTÍNEZ DEL MARMOL, “Los instrumentos de ordenación de la burocracia pública”, en CASTILLO BLANCO, Federico A. (director) y Ana OLMEDO GAYA (coordinadora), *Lecciones...*, ob. cit., pp. 171-201; DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, María, ob. cit., p. 325 y ss.; PALOMAR OLMEDA, Alberto, “Ordenación de la actividad profesional”, en Miguel SÁNCHEZ MORÓN (director), Federico A. CASTILLO BLANCO, Alberto PALOMAR OLMEDA, Tomas SALA FRANCO, *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleo Público*, 2^a edición, Lex Nova, 2008, p. 433 y ss. 457 y ss.; GUERRERO, Omar, *La Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal, Una apreciación administrativa, Análisis y Comentarios*, UNAM, México, 2003, p. 92 y ss.; BUTELER, Alfonso, “Los medios de selección de empleados público”, en *Revista de Derecho Público, 2012-1: Empleo Público I*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, pp. 143-170; SAPPÀ, José Roberto, “Capacitación y evaluación del mérito o desempeño –profesionalización– como garantía del derecho a la carrera en materia de empleo público”, en *Revista de Derecho Público, 2012-1: Empleo Público I...*, ob. cit., pp. 171-196; Como parte del programa de la Red Iberoamericana de Instituciones de Formación e Investigación en Gerencia Pública (RIGEP), puede verse: ETKIN, Jorge y Aníbal PETRINI, *Diagnóstico curricular de instituciones de formación e investigación en gerencia pública en Argentina*, RIGEP, CLAD, Caracas, 1990; GÁNEVA, Iveta, *Diagnóstico curricular de instituciones de formación e investigación en gerencia pública en Costa Rica*, RIGEP, CLAD, Caracas, 1990; RUIZ CARRILLO, Jorge y CASTILLO, Gloria, *Diagnóstico curricular de instituciones de formación e investigación en gerencia pública en Perú*, RIGEP, CLAD, Caracas, 1990; SARAVIA, Enrique, *Diagnóstico curricular de instituciones de formación e investigación en gerencia pública en Brasil*, RIGEP, CLAD, Caracas, 1991.

función administrativa (principal o accesoria) que conformen el aparato organizacional del Estado.¹⁰²

I.3.2. La importancia del Derecho de la *función pública* para la noción de *funcionario público*

Como reflexión final en torno al Derecho de la función pública, a los efectos de esta investigación, es preciso resaltar la importancia que su existencia tiene, no solamente, como se ha explicado, para la propia función pública, sino específicamente para la noción de funcionario público.

Una razón general y primigenia de dicha relevancia se desgaja del propio principio de legalidad que impregna el actuar administrativo, o si se quiere una dimensión más abstracta del fenómeno, puede hablarse de juridicidad en términos de MERKL.¹⁰³

De cualquier manera, el condicionamiento jurídico de la actuación administrativa y su necesaria conexión con el ordenamiento constitucional y legal que la rige hacen perceptibles un deber de sujeción especial, que tiene una vía de manifestación en el principio de legalidad;¹⁰⁴ tomado aquí, sin entrar en debates teóricos al respecto, como sometimiento de la actuación de la Administración Pública al ordenamiento jurídico todo.

¹⁰² GARRIDO FALLA, Fernando, Administración indirecta del Estado y descentralización funcional, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1950, p. 3 y ss., 105 y ss.; MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo X, 2ª edición, Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales-Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017, p. 37 y ss., 182 y ss.; COSCULLUELA MONTANER, Luis y Mariano LÓPEZ BENITEZ, *Derecho Público Económico*, 2ª edición, Iustel, Madrid, 2008, p. 120 y ss.; JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de direito administrativo I*, 10ª edição revista e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 265 y ss.; ORTIZ DÍAZ, José, “Los entes instrumentales de las administraciones locales, en Administración Instrumental, Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Civitas, Madrid, 1994, pp. 1321-1336.

¹⁰³ La formulación primigenia del principio de juridicidad se atribuye a MERKL, que lo considera como la conexión necesaria entre derecho y administración. “Este principio significa, no solo que la administración, considerada en conjunto, está condicionada por la existencia de un derecho administrativo, sino que también cada acción administrativa aislada está condicionada por la existencia de un precepto administrativo que admite semejante acción. Toda acción administrativa concreta, si se quiere tener la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Solo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese propósito jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Se funda en la naturaleza que poseen todas las actividades del estado de ser funciones jurídicas.” Véase MERKL, Adolf, ob. cit. p. 112 y ss.

¹⁰⁴ Véase, entre otros: DE LAUBADERE, André, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 4^{ème} édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1967, p. 203 y ss.; RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, ob. cit., p. 100 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, 1ª reimpresión, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, Madrid, 1991, p. 195 y ss.; PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo, Instituciones generales*, Ed. Ariel, Madrid, 2003, p. 64 y ss.; COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo*, 2ª edición actualizada y ampliada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 572 y ss.; DIEZ, Manuel María, *Manual de Derecho Administrativo*, tomo I, con la colaboración de Tomás Hutchinson, 5^{ta} edición, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1990, p. 58 y ss.; REBOLLO PUIG, Manuel, “Juridicidad, Legalidad y Reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno”. *Revista de Administración Pública*, No.125, 1991, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 66 y ss. (7-173).

Lo anterior, desde la perspectiva concreta de la función pública, es cardinal, partiendo del sostén constitucional, una organización eficaz, la observancia de los principios generales del Derecho y otros que signan el actuar administrativo; atinentes a la ética, la racionalidad, la transparencia, la imparcialidad; así como el establecimiento de deberes específicos, tanto para la Administración Pública como para el personal a su servicio, y garantías que aseguren el adecuado funcionamiento del sistema.

Una vía fundamental de concreción de estos elementos es su articulación jurídica e integración coherente y sistémica en un orden legal que, por sus peculiaridades y fundamentos, se singulariza dentro del ámbito macro del Derecho Administrativo y conforma el Derecho de la función pública. Las esencias que fundamentan el particularismo jurídico de la función pública, puestas ya de relieve, determinan la existencia de un objeto de regulación especial con un componente axiológico singular, que demanda una ordenación diferenciada. Si la función pública, además, se concibe como técnica, el espacio normativo adquiere por ello significativa relevancia, porque es allí donde se articulan los mecanismos y procedimientos que le son propios para la consecución de su finalidad.

Dentro de ello, en el caso específico del funcionario público, la trascendencia del Derecho de la función pública se manifiesta, en primer orden, por la transitividad. Las nociones de función pública y funcionario público, según se razonó, guardan una estrecha relación. No solo por los efectos condicionantes que la primera genera sobre la segunda, sino porque el funcionario público es parte integrante de la dimensión subjetiva de aquella y desempeña un rol destacado dentro del sistema categorial relativo a la tipología de los servidores administrativos. Como consecuencia, la ordenación de sus relaciones y situaciones jurídicas ocuparán un espacio significativo, como parte del ordenamiento jurídico de la función pública.

A nivel más concreto, la mayor importancia que para la noción de funcionario público tiene la existencia de un Derecho de la función pública está relacionada con el notorio papel que ostenta el ámbito positivo. Según se analizará posteriormente, ante las dificultades que plantea el factor contextual para una construcción teórica de aceptación universal de la institución de funcionario público, es en la esfera normativa donde adquirirá verdadera visibilidad jurídica como categoría, a partir de su inserción en cada ordenamiento como una definición estipulativa.¹⁰⁵ Solo así, el vocablo

¹⁰⁵ Esta consideración es importante en correspondencia con el valor, más bien utilitario, que tiene *definir* en este caso la categoría funcionario público. En tal sentido, cuando la definición es estipulativa, no es verdadera ni falsa, sino que debe ser considerada como una propuesta o una resolución de usar el *definiendum* de manera que signifique lo que el *definiens*. En este sentido, tiene un carácter directivo más que informativo. Véase CARRIÓ, Genaro R., *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 57 y ss; BOURCIER, Daniele, "Argumentation et définition en Droit", in *Langages*, 10e année, No. 42, 1976, Paris, pp. 115-124.

adquirirá un significado unívoco para ese orden legal y se establecerán, coherentemente, las peculiaridades de su régimen jurídico.

Las propias problemáticas que han develado, al correr del tiempo, la inacabada elaboración teórica de la función pública en general y funcionario público en particular han influido de manera negativa en el grado de disparidad que se evidencia en su tratamiento doctrinal y práctico. Esta realidad, por tanto, requiere de un cambio de enfoque, toda vez que son ineludibles circunstancias, como el propio condicionamiento contextual, la interdisciplinariedad, la necesidad actual de adecuar los mecanismos y procedimientos que involucran las relaciones y situaciones jurídicas del personal administrativo.

Ya no resulta útil, entonces, avocarse en la infructuosa búsqueda de una definición que pretenda identificar conceptualmente al funcionario público de modo unitario, con sentido y alcance uniformes, sin importar el escenario político y jurídico dentro del que se inserten. Desde el plano teórico, es preciso proveer, naturalmente, determinados elementos que sustenten a la categoría con científicidad. No obstante, lo que sea funcionario público en un ordenamiento dado, pasará necesariamente por el tamiz positivo.

Luego, la existencia, el diseño adecuado y la articulación del Derecho de la función pública –como orden jurídico singular– son vitales porque constituyen, por un lado, el marco objetivo de ordenación de la técnica función pública y de la categoría funcionario público –parte integrante de ella– como realidades jurídicas. Por otro lado, es la vía de concreción fundamental de la noción de ambas figuras, el espacio donde cobran vida, único en el cual pueden atribuirse una connotación y concepción precisa y garantizar la máxima reducción de la polisemia que poseen en el argot jurídico.

I.4. Los modelos de organización de la función pública y su relación con las nociones de función pública y funcionario público

La organización de la función pública es una de las preocupaciones políticas y jurídicas que han ido *in crescendo* en la medida en que las relaciones Estado-sociedad evolucionaron y fueron complejizándose en el contexto del desarrollo del Estado constitucional. El componente técnico y la eficacia en el desempeño de las tareas encomendadas a los servidores públicos ha sido uno de los ejes centrales en el fenómeno burocrático.¹⁰⁶ Desde el surgimiento de la burocracia moderna, ninguna

¹⁰⁶ Véase, entre otros, WEBER, Max, *Economía y sociedad...*, ob. cit., p. 717 y ss.; WEBER, Max, *¿Qué es la burocracia?*, Ediciones elaleph.com, 2000, libro digital disponible en www.elaleph.com, consultado 10 de marzo de 2019; CARRASCO CANALS, Carlos, *La burocracia...*, ob. cit.; NIETO GARCÍA, Alejandro, *La burocracia...*, ob. cit.; BLAU, Peter Michael, *Burocracia en la sociedad moderna*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1962; DEUTSCHER, Isaac, *Las raíces de la burocracia*, traducción de José Cano Tembleque, Ed. Anagrama, Barcelona, 1970; GUY PETERS, B., *La política de la burocracia*, traducción de la 4ª edición en inglés por Eduardo I. Suárez Galindo, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y

problemática en torno al funcionamiento del aparato estatal, en toda su dimensión y alcance, escapa al requerimiento de un personal preparado técnica y profesionalmente para afrontar la gestión de los intereses generales.

En tal sentido, los debates al respecto han versado, básicamente, en torno a los mecanismos que permitan garantizar tales necesidades. Los puntos neurálgicos de la cuestión han estado relacionados con el acceso a la función pública, la técnicas de selección, la duración en el cargo, los límites en materia de derechos y obligaciones de la Administración y su personal, las distinciones con los empleados del sector privado y demás ciudadanos, la naturaleza de la relación con la Administración, entre otros aspectos que, en definitiva, son los que van conformando el régimen jurídico de la función pública. Todos estos asuntos han sido tratados de disímiles maneras según las tradiciones sociopolíticas y jurídicas de cada país.

De tal modo, durante el siglo XIX, se fueron perfilando los modelos de organización, puede decirse, clásicos de la función pública, a partir de la realidad política, económica y social de los países donde se originaron (Francia y Estados Unidos de América). En su virtud, varios han sido los criterios utilizados para establecer distinciones entre las diferentes alternativas de organización de la función pública. Sin embargo, mediante la identificación de características de índole general, han trascendido hasta la actualidad aquellos referentes clásicos que se manifiestan a través de los modelos de estructura abierta –o de empleo– y los de estructura cerrada –o de carrera–.

La observancia de estos “polos” ha tenido significativa importancia, a los efectos de su utilización como criterio de aproximación o distanciamiento del Derecho común o privado. Asimismo, su análisis ha sido objeto de numerosos estudios que allanan el camino a las pretensiones de la presente investigación. Es común encontrar referencias a este tema en la mayoría de las obras dedicadas a la función pública o el empleo público, en específico o, de modo general, en los textos de Derecho Administrativo es igualmente habitual su tratamiento diferenciado. Sin embargo, a modo de somera ilustración, debe resaltarse que algunos autores que han abordado la temática en sus obras desde una perspectiva histórico-comparada, exponiendo las principales características de los modelos clásicos en su proceso evolutivo. En trabajos como el de GAZIER o el de PRAT, por ejemplo, pueden encontrarse descripciones pormenorizadas, desde una perspectiva también histórica, de las variantes desarrolladas en los países más importantes.¹⁰⁷

Administración Pública, A. C., Fondo de Cultura Económica, México, 1999; DREYFUS, Françoise, *La invención de la burocracia –servir al Estado en Francia, Gran Bretaña y Estados Unidos, siglos XVIII-XX–* Biblos, Buenos Aires, 2012.
¹⁰⁷ Véase GAZIER, Francois, *La fonction publique...*, ob. cit., p. 20 y ss.; PRAT, Julio A., *De la función pública...* ob. cit., pp. 113-192. En sentido similar puede consultarse: DE FORGES, Jean-Michel, ob. cit., p. 39 y ss.; ZILLER, Jacques, *Administrations comparées*, Montchrestien, Paris, 1993, p. 348 y ss.; BODIQUEL, Jean-Luc, *Les fonctions publiques dans*

Consecuentemente, sobre la base de sus rasgos más distintivos, y tomando en consideración los contextos en los que fue evolucionando la función pública, interesa aquí abordar el tema por razones puntuales que tienen influencia en la noción de funcionario público, que se propondrá.

Debe tenerse en cuenta, de inicio, que el modelo de organización de la función pública puesto en funcionamiento, es el escenario en el que se desenvuelven los servidores administrativos, dentro de ellos los funcionarios públicos, y forma parte del elemento objetivo de la función pública y del factor contextual que actúa condicionando cualquier noción que se tenga de la categoría funcionarial. En sus procesos de formación es que se han suscitado, por ejemplo, los grandes debates sobre la especialidad –régimen jurídico público *versus* régimen jurídico privado– o la pugna entre funcionarios y trabajadores o empleados. Estas cuestiones tienen su génesis en las históricas disquisiciones sobre la naturaleza jurídica de la función pública o, con mayor precisión, sobre la relación que une al funcionario público con la Administración Pública. Como se trata de un asunto al que se le dedica un segmento posterior, baste ahora su enunciación.

Otra premisa medular que incita al análisis de los modelos clásicos, y otras experiencias de singular valía (Reino Unido, Alemania e Italia), es la realidad actual de su inexistencia pura. Es un hecho palpable y admitido que aquellos modelos inicialmente concebidos no tienen permanencia en su concepción original, asistiéndose a un proceso de mixtura, más o menos marcado según el país que se trate. Sin embargo, es también comprobable, en el marco de este fenómeno, que los sistemas de ordenación de la función pública han presentado un movimiento sinuoso, que tiene como extremos los modelos primigenios. El valor de su estudio, por ende, es hoy de carácter referencial. Sus elementos estructurales son pauta para la articulación del sistema de función pública. Este, como se vio previamente, no solo tiene una connotación y una vía de expresión jurídica en su marco regulatorio especial, sino que su materialización y articulación práctica requiere una perspectiva sistémica, sobre la base de mecanismos técnicos que se configuran y activan, de acuerdo con el fin perseguido.

De tal modo, es imperativa la identificación de los elementos caracterizadores esenciales de cada tipo concreto; no ya para para una aplicación o sumisión a ultranza dentro de uno u otro, sino para tener patrones concretos de referencia que guíen un diseño de organización y funcionamiento de la función pública, a partir de las características propias de cada realidad. Sus aportes teórico-prácticos son piezas

L'Europe des douze, L.G.D.J, Paris, 1994, obra completa; GARCÍA-TREVIJANO FOS, José, *Tratado...* ob. cit., p. 76 y 77; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la Función Pública*, ob. cit., pp. 25-31; MARTÍNEZ MARÍN, Antonio, Régimen jurídico de los funcionarios, 2ª edición actualizada y completada, Tecnos, Madrid, 2001, p. 433 y ss.; PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo II*, ob. cit., p. 406-436.

claves en el escenario de mixtura; ahí deben modernizarse, atemperarse y conciliarse con las nuevas realidades.

A pesar de lo anterior, no hay razón para renunciar a la especialidad de la función pública. Se trata, por el contrario, de salvaguardarla en las nuevas condiciones. El análisis de lo positivo y lo negativo que cada experiencia aporta, no debe conducir al desmérito de uno u otro ni al desecho automático de sus componentes. Es la función pública, como técnica, la que debe ponerse en activo y proveer los mecanismos necesarios para asegurarse su existencia particular.

Las influencias recíprocas de los modelos clásicos focalizan la ya desechada posibilidad de encontrar alguno de ellos en estado puro en algún país; sin embargo, sus procesos evolutivos ofrecen las pautas que tributan al redimensionamiento integral de las propias nociones de función pública y funcionario público.

I.4.1. Los modelos de organización de la función pública: noción y características

Teniendo en cuenta los argumentos anteriores, como objetivo fundamental en este segmento de la investigación se persigue describir las líneas generales de los modelos clásicos de organización de la función pública, y otras experiencias de interés, a fin de identificar el núcleo básico de principios que deben considerarse para la articulación adecuada de la función pública y el diseño coherente de su marco legal, con énfasis en aquellos que tributan a la concepción de funcionario público que ha de proponerse.

A) El modelo de estructura cerrada o de carrera

El modelo tipo de estructura cerrada o de carrera encuentra su base fundamental en la concepción francesa de la Administración Pública en general y de la función pública en particular. Su origen y desarrollo está ligado al proceso evolutivo que tuvo el Estado y la Administración en la Francia posrevolucionaria y su influencia en el resto de la Europa continental.¹⁰⁸ Las condicionantes históricas que fueron modulando el fenómeno de la función pública en Francia, y en los países de su influencia, será tema de otro segmento de este estudio. No obstante, es importante partir mínimamente de ese

¹⁰⁸ Véase, a modo de ejemplo: BURDEAU, François, ob. cit., pp. 25-45; BIGOT, Grégoire, *L'Administration française, Politique, droit et société, 1789-1870*, tomo I, 2^{ème} édition, Lexis Nexis, Paris, 2014, p. 331 y ss.; MEYER, J., *La Administración y la organización administrativa en Inglaterra, Francia, Alemania y Austria. Exposición de la organización administrativa en España*, Ed. La España Moderna, s/a, p. 113 y ss.; STOLLEIS, Michael, *Histoire du droit public en Allemagne. Droit public impérial et science de la police 1600-1800*, traduit de l'allemand par Michel Senellart, PUF, Paris, 1998, p. 595 y ss.; GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 65 y ss.; BENEYTO PEREZ, Juan, ob. cit., p. 507 y ss.

punto de colocación coyuntural para comprender los ejes esenciales de la noción francesa de la función pública, en su origen y evolución posterior.

Sin introducir ahora una perspectiva histórica de la cuestión, con la profundidad y matices que eso llevaría, se toma como punto de partida los albores del siglo XIX francés; y, a los efectos que de momento interesan, la referencia obligada es la influencia bonapartista en la conformación de un diseño de organización administrativa de bases muy peculiares, con un fuerte impacto en la ordenación funcionarial.

En tal sentido, son ilustrativas las palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA,¹⁰⁹ que, por su valor, se reproducen textualmente: “Él [se refiere a Napoleón Bonaparte] infundió una suerte de mística administrativa que ha animado siempre desde entonces la Administración francesa. Así cuando nombró su primera promoción de prefectos dijo: ‘No seáis jamás los hombres de la Revolución, sino los hombres del Gobierno. Recordad que estáis por encima de la intrigas, como el gobierno está por encima de las facciones, y haced que Francia refiera su felicidad al establecimiento de las prefecturas’. Para ello ordenó ejemplarmente las carreras civiles, concibiéndolas como ‘oportunidades’ abiertas a los mejores. Toda una técnica administrativa inicia entonces su desarrollo [...] de configurar los órganos administrativos según las funciones formales que son llamados a desempeñar, distinguiendo a estos efectos, por una parte los órganos activos, que habrían de ser de composición individual o monocrática y que se estructuran entre sí precisamente por la técnica de la jerarquía lineal, y por otra parte, los órganos consultivos y deliberantes, de composición colegial, que se sitúan lateralmente a la línea activa o de mando, asistiéndola, y complementándola, pero sin mengua de la prevalencia de ésta *‘délibérer est le fait de plusieurs, administrer est le fait d’un seul’*. Esta técnica es la pieza clave para la organización de la Administración nueva, por virtud de la cual queda desalojado el sistema sinodárquico o de los consejos que había dominado la antigua, ligado además a situaciones políticas estamentales ya inaceptable y pasa a dominar el agente individual o monocrático, que es el gran instrumento del proceso de burocratización del Estado, que entonces comienza sistemáticamente como una marca decisiva de la Administración contemporánea. La complacencia en esta perfecta máquina de mando y el sentido general de todo el sistema [...] concluyen por dar al principio de la centralización un carácter mítico”.

Sobre estas bases tuvo fundamento el modelo cerrado de administración pública, contextualizado por un poder ejecutivo, que inmediatamente se hará muy poderoso, y por una concepción castrense de la

¹⁰⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1998, p. 62 y ss.

organización del funcionariado. Ello explica, en parte, la estructuración funcional estrictamente jerarquizada y la lógica autoritaria del modelo clásico. El funcionario de este tiempo, dice Maxime LEROY,¹¹⁰ “*est un citoyen diminué, un citoyen de seconde classe*”. También trae cauce en esta filosofía, la relevancia política y social de los funcionarios, la connotación especial que adquiere el empleo público respecto al privado, el empeño histórico sobre el particularismo de la función pública y la consagración que finalmente tuvo la concepción estatutaria de la relación del funcionario con la Administración.¹¹¹

La evolución que tuvo el modelo cerrado o de carrera en Francia y en el proceso de expansión hacia otros países europeos y americanos fue transitando, poco a poco, hacia su configuración más contemporánea. La concepción autoritaria clásica cedió ante la presencia de claves más democráticas, que van teniendo lugar en la medida en que se van reconociendo derechos fundamentales a los funcionarios públicos y las influencias del Derecho del Trabajo se hacen sentir.¹¹²

El modelo cerrado o de carrera se presenta siempre como un modelo de gran complejidad desde el punto de vista organizativo. Sus propios rasgos así lo demandan, con el fin de la articulación de elementos como la estabilidad de los funcionarios públicos, con énfasis en su profesionalidad, la articulación de la carrera administrativa, la neutralidad y la formación especializada; la cual se obtiene mediante la exigencia de conocimientos específicos, previos al ingreso en la función pública, corroborándose, principalmente, con técnicas como la oposición y el concurso y a través de centros especiales de formación continua para los funcionarios.

Entre los rasgos más distintivos de este modelo y que refuerzan su complejidad, se encuentra la noción de cuerpo y grado. El primero es entendido como ente no personificado que agrupa a funcionarios con una misma formación específica para hacerse cargo de una función administrativa. Acorde con esto, el reclutamiento del personal, se hace para ingresar a ese colectivo jerarquizado y no expresamente a un puesto de trabajo. El funcionario se integra entonces a estos cuerpos previamente establecidos y permanece en ellos de forma vitalicia donde ocupará progresivamente los diferentes empleos previstos

¹¹⁰ LEROY, Maxime, *Les transformations de la puissance publique. Les syndicats de fonctionnaires*, V. Giard & E. Briere, Libraires-Editeurs, Paris, 1907, p. 148.

¹¹¹ LEFAS, Alexandre, ob. cit., p. 250 y ss.; NEZARD, Henry, *La fonction publique*, ob. cit., p. 73 y ss.; DUGUIT, Leon, *Traité...*, tomo III, ob. cit. p. 210 y ss.; GREGOIRE, Roger, ob. cit. pp. 24-26, 126 y ss.; FOUGERE, Louis Émile *La fonction publique*, ob. cit., p. 71 y ss.; DEBBACH, Charles, *Ciencia Administrativa. Administración Pública*, traducción de la 2ª edición francesa por José Antonio Colas Leblanc, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1981, p. 376 y ss.; BURDEAU, François, ob. cit. p. 320 y ss.; MELLERAY, Fabrice, ob. cit., pp. 8-19.

¹¹² Véase PARADA, Ramón, *Sindicatos y asociaciones de funcionarios públicos*, Tecnos, Madrid, 1968, p. 19 y ss.; ORTEGA, Luis, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 52 y ss.; DEL REY GUANTER, Salvador, *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la Función Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986, p. 59 y ss.

para este en virtud del principio de carrera que implica el derecho a una progresión profesional reglada. Por su parte el grado se asocia a los niveles o escalas que dentro del cuerpo puede tener el funcionario.¹¹³

Desde el punto de vista jurídico, dicha complejidad se manifiesta por la necesidad de una ordenación igualmente heterogénea y extensa, como ya se analizó previamente, con la presencia de estatutos propios, generales y particulares, que imponen a los funcionarios deberes y responsabilidades de mayor envergadura que al personal del sector privado, según las especificidades de la función encomendada.¹¹⁴

La propia esencia del modelo de estructura cerrada muestra cuestiones positivas que pueden resaltarse; entre ellas, su proclividad a la formación de funcionarios con mayor experiencia y conocimientos técnicos en el manejo de los asuntos públicos –por el diseño de un sistema formativo especializado–. Asimismo, se enfoca en lograr una selección cualitativamente superior –de acuerdo con la articulación de técnicas de selección del personal sustentadas en el principio de mérito y capacidad–. Todo ello está asociado al fundamento teleológico del modelo: la existencia de funcionarios públicos mejor dotados técnicamente y más identificados con los objetivos generales de la Administración Pública. Las desventajas que habitualmente se le señalan a este sistema derivan, por un lado, de su propia complejidad, y están motivadas por criterios más bien de eficiencia económica, al considerarlo como poco rentable.¹¹⁵ Ello tiene un punto de mira en que su organización y funcionamiento implican la articulación de disímiles procedimientos, técnicas y mecanismos (selección, toma de posesión, titularización, ascensos, remuneraciones, etcétera), que son identificados como costos de frente al gasto público. A lo anterior se adiciona la tendencia que la propia estabilidad puede generar respecto

¹¹³ Sobre estas nociones, véase GRÉGOIRE, Roger, ob. cit. p. 127 y ss., PLANTEY, Alain, *La fonction publique...*, ob. cit., pp. 213-219; PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 3ª edición revisada y actualizada, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 755 y ss.; ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso*, ob. cit., p.27 y ss.; LÓPEZ HENARES, J. L., “Cuerpos y estructuras de la función pública en España”, en *Documentación Administrativa*, núm. 4, 1958, Madrid, pp. 13-30; DE LA OLIVA, A., y GUTIERREZ REÑÓN, A., “Los cuerpos de funcionarios”, *Documentación Administrativa*, núm. 124, 1968, Madrid, pp. 11-70.

¹¹⁴ Véase por ejemplo, JÈZE, Gaston, *Principios...*, ob. cit., tomo II, p. 266 y ss.; BONNARD, Roger, *Précis de Droit Administratif*, 6^{ème} édition, p. 480 y ss.; ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, 3ª edizione, tomo III, Dott. A. Giuffré, Editore, Milano, 1946, p. 46 y ss.; ROYO-VILLANOVA, Antonio, *Elementos de Derecho Administrativo*, tomo I, 20ª edición, corregida y aumentada por Segismundo Royo-Villanova, Librería Santarén, Valladolid, 1948, p. 173 y ss.; SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., p. 306; CRETELLA JUNIOR, José, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, *O pessoal da administração pública*, Ed. Forense, Río-Sao Paulo, 1967, p. 367 y ss.

¹¹⁵ Martín-Retortillo Baquer, S., “De la simplificación de la Administración Pública”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 147, 1998, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 7-37; CROZIER, Michel, “La transición del paradigma burocrático a una cultura de gestión pública”, *Revista del CLAD*, núm. 7, enero 1997, CLAD, Caracas, pp. 1-7; CASTILLO BLANCO, Federico, “Management y Derecho Administrativo: ¿Hacia una necesaria evolución del Derecho de la Función Pública y de la Gestión de los recursos humanos?”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 26, 1996, Universidad de Sevilla, Sevilla, pp. 199-244.

del aumento del aparato funcional; críticas todas que, naturalmente, son consecuencia de las propias desviaciones y excesos del modelo, los cuales son causa, además, de la visión negativa que se tiene del fenómeno burocrático, al que suele atribuirse no pocos males sociales.

B) El modelo de estructura abierta o de empleo

El exponente prototípico de este sistema es Estados Unidos. Es allí donde se origina y evoluciona en un contexto muy diferente al que circundó la formación del modelo de estructura cerrada o de carrera. El punto de quiebre histórico en el caso norteamericano hay que buscarlo también en su Revolución (1776) y en los orígenes de su constitucionalismo, pues una vez independizadas las colonias, fue que debieron regular su propia organización política. El escenario provisto, fundamentalmente a partir de las Declaraciones de Derecho y las Constituciones adoptadas por las asambleas legislativas de las colonias –entre ellas, el *Bill of Rights* y la *Constitution or Form of Government of Virginia*, y luego la propia Constitución de los Estados Unidos de 1787–, condujo a la concepción del *check and balance system*, versión norteamericana de la separación de poderes.¹¹⁶

Empero, la idea de legalidad y los ámbitos funcionales de los poderes, principalmente la esfera de actuación administrativa, no eran compatibles con las concepciones europeas continentales de la Administración Pública y de la función pública. En 1789, el ámbito de la administración era en extremo estricto, abarcaba solamente la preservación de la paz: *the care of the poor* y la *highways and local finance*.¹¹⁷

Desde el prisma jurídico, influyen también los presupuestos que fundamentan el Derecho anglosajón. Los conceptos de *judicial supremacy* y *due process of law* han otorgado a los tribunales en Estados Unidos un mecanismo de control sobre los órganos de la administración, que no dista del que ejercen sobre los actos privados. No está presente pues la idea de codificación, ni de Derecho preeminentemente escrito y, consecuentemente, tampoco del principio de legalidad, como el que se concibió en los ordenamientos de influencia germano-francesa.¹¹⁸

En este escenario, el desarrollo del Derecho Administrativo fue muy limitado y la noción que logra asentarse es más bien la de *Public Administration*, que con una perspectiva más de política y ciencia

¹¹⁶ Véase BREWER-CARIAS, Allan R., *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 2ª edición, Universidad Externado de Colombia-Ed. Jurídica Venezolana, Colombia, 2007, 78 y ss.

¹¹⁷ Véase GOODNOW, Frank J., *Derecho Administrativo comparado, análisis de los sistemas administrativos de los Estados Unidos, Inglaterra, Francia y Alemania*, tomo I, Organización, La Española Moderna, Madrid, s/a, pp. 65 y ss.

¹¹⁸ Véase CLARKE ADAMS, John, *El derecho administrativo norteamericano, Nociones institucionales de derecho administrativo comparado*, traducción de Dionisio Petriella, EUDEBA, Buenos Aires, 1964, p. 9 y ss.

de la administración ha asumido los contenidos propios de lo que en Europa continental se concibió como Derecho Administrativo; incluidas aquí las relaciones de empleo público.¹¹⁹

Al amparo de las influencias condicionantes brevemente aludidas, discurre el proceso de formación del sistema de ordenación de la función pública de estructura abierta. El primer momento de quiebre se evidencia con la *Four Tenure of Office Act* de 15 de mayo de 1820, que da origen al *spoils system* o sistema de rotación de funcionarios, a cuyo amparo se fue estableciendo una estricta política de rotación, utilizada como mecanismo de recompensa en manos de los detentores del poder político. De acuerdo con esta normativa, se fue generalizando progresivamente la limitación de obtener confirmación en los puestos de trabajo relativos a los cargos públicos cada cuatro años para continuar desempeñándolos.

La evolución posterior de este sistema de botín determinó variaciones en sus características, que condujeron a la implementación del *Merit System* mediante el *Pendleton Act* de 1883, a través del cual se creó la *Civil Service Commission*, que controlaba el proceso selectivo del acceso a la función pública consagrando los criterios de mérito en el acceso a algunos cargos públicos.¹²⁰ Hasta que en 1978 se promulga la *Civil Service Reform Act* y más tarde (1993) la *Government Performance and Results Act*.¹²¹

No obstante este proceso evolutivo, la esencia privatista del Derecho angloamericano ha influido fuertemente también en la concepción de la función pública. Esto se expresa en la inexistencia de un desarrollo gnoseológico de la relación de *empleo público* y en el hecho de que el vínculo de empleo con el Estado no atribuye un *status* esencialmente diferente al que provee al trabajador privado. Igualmente, esta realidad se constata, como señala CLARKE,¹²² por la falta de una jurisprudencia abundante sobre empleo público, en que la protección de los empleados públicos respecto de la Administración Pública está limitada a la hipótesis en que haya sido perjudicado un derecho subjetivo de aquellos y porque no existe tampoco un derecho subjetivo a la conservación del empleo.

¹¹⁹ Cómo obras de referencia para profundizar sobre el fenómeno administrativo norteamericano, pueden consultarse GOODNOW, Frank J., *Politics and Administration*, Macmillan, New York, 1900; HART, James, *An Introduction to Administrative Law*, 2ª edición, Appleton-Century-Crofts, New York, 1950; WHITE, Leonard D., *Introduction to Public Administration*, 4ª edición, Macmillan, New York, 1954.

¹²⁰ FOSTER, W. E., *Civil-Service Reform Movement*, Press of Geo. H. Ellis, Boston, 1882, p. 5 y ss. Realiza un análisis de la reforma en el proceso de su preparación. Véase también FIELD, Oliver P., *Civil Service Law*, The University of Minnesota Press, Minneapolis, 1939, p. 41 y ss.; CLARKE, William Harrison, *Civil Service Law*, third edition re-revised, M. T. Richardson Company, New York, 1897, p. 53 y ss.

¹²¹ El *Pendleton Act* sustituye la *Civil Service Commission* por dos órganos: la Oficina de Dirección Personal y la Junta de Protección del Sistema de Méritos y su Consejo Especial cuyo fin es la protección del funcionario ante los ceses por cuestiones políticas que perfila elementos propios de la carrera administrativa, estructurando un cuerpo de funcionarios clásico del sistema cerrado con todas sus características para el Servicio Ejecutivo Superior. Por su parte la *Government Performance and Results Act*, fue diseñada para mejorar la evaluación del desempeño del gobierno. Idem.

¹²² CLARKE, ADAMS, ob. cit. p. 34 y ss.

La consecuencia de todo lo anterior es que el modelo norteamericano de empleo público se sustenta sobre presupuestos devenidos directamente del funcionamiento de la empresa privada. Se fundamenta a partir de una contraposición a la concepción del modelo burocrático y la estabilidad en el empleo propia de este. De tal modo, niega la necesidad de una formación especializada para los funcionarios, considerando suficiente la ofrecida por el sistema educativo general.

Por otro lado, con una articulación menos exhaustiva, prevé modos de acceso a partir de la implementación de procesos selectivos sustentados en el principio de mérito¹²³ y no supone la configuración de un régimen jurídico especial, distinto al laboral común, para ordenar la relación de empleo entre la Administración Pública y los *officials*. Existe un sistema de formación asociado con las funciones a desarrollar, sin que se articulen técnicamente carreras administrativas. Por lo tanto, el ingreso del personal a la función pública depende de las necesidades de empleo de la Administración, que actúa como un empleador privado, y la selección se realiza, a diferencia del esquema de carrera, para un puesto de trabajo específico; sin que esto implique la incorporación a un cuerpo ni la adquisición, como regla, de derechos de permanencia y ascenso.¹²⁴

El modelo que ha sido seguido por países como Suecia, Suiza, Holanda y ha tenido fuerte influencia en el fenómeno de mixtura y laboralización del empleo público, está esencialmente basado en criterios eficientistas. Pone su mira, por tanto, en evitar los costos de la burocracia y que la Administración tenga que ocuparse de la formación y el destino profesional de sus agentes, por lo que se considera más rentable y flexible; aspectos que suelen señalarse entre sus principales ventajas.

Por otra parte, también ha sido receptor de consideraciones negativas a su respecto, como la coexistencia en las organizaciones de funcionarios seleccionados por mérito y otros de origen político, lo que puede generar no pocos conflictos internos; o que los agentes administrativos carecen de una

¹²³ Véase GAZIER, Francois, ob. cit. p. 22 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública* ob. cit., p.23 y ss.; PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la Función Pública*, ob. cit., pp. 136-150; PARADA, Ramón, ob. cit., p. 420 y ss.; HOOGENBOOM, Ari, "The Pendleton Act and the Civil Service", in *The American Historical Review*, vol. 64, No. 2, January, 1959, Oxford University Press/American Historical Association, London, pp. 301-318, disponible en <https://www.jstor.org/stable/1845445>, consultada el 6 de julio de 2019; STANLEY, David. T., *The higher Civil Service, an evaluation of federal personnel practices*, Brookings Institution, Washington, 1964, obra completa.; STANLEY, D. T., *Changing administration*, Brookings Institution, Washington, 1965, obra completa,

¹²⁴ En la práctica, para estimular al personal, puedan darse oportunidades de promoción en razón de la antigüedad y del mérito. Pueden existir mecanismos que posibiliten de cierto modo una permanencia y experiencia para determinados cargos de la Administración Pública, cargos de confianza o políticos, pero no para realizar una carrera en la función pública. De esta manera, constituye elemento secular la técnica de clasificación de puestos de trabajo materializada a través de su descripción y valoración por medio de índices que toman como base las tareas a desarrollar, relaciones con otros órganos, competencia decisoria, entre otros aspectos. Consecuentemente se establecen niveles o escalas en función del grado de complejidad, responsabilidad y jerarquía de los puestos en correspondencia con lo cual serán remunerados. Ídem.

formación funcional específica, lo cual redundaría en una deficiente preparación técnica para desempeñar funciones públicas.¹²⁵

C) Breve referencia a los casos de Alemania, Reino Unido e Italia

Al hablar de modelos de organización de la función pública, sobre la base de la identificación y caracterización de los dos tipos aludidos, se reconoce el sistema norteamericano como típico del abierto o de empleo y al modelo francés como principal exponente del cerrado o de carrera. Sin embargo, no pueden desconocerse las experiencias de otros países del ámbito europeo, que develan matizaciones particulares de aquellos y que constituyen igualmente referentes a tener en cuenta.

En el propio ámbito de los sistemas de estructura cerrada debe destacarse la *Berufsbeamtentum* alemana (C.1) y el *Civil Service* británico (C.2). Por otro lado, es ineludible observar la experiencia más reciente de Italia (C.3), con matices interesantes en el contexto de privatización del empleo público.

C.1) Alemania

El modelo alemán es de obligada referencia y de importancia cardinal por tres razones fundamentales. La primera, histórica, en cuanto es Prusia donde se ubica el origen del funcionariado moderno. La segunda, derivada de su propia evolución y manifestación práctica, al transitar desde un modelo cerrado en sus orígenes hasta revelar la posibilidad de coexistencia dentro del empleo público del régimen *iusadministrativo* y laboral. Y la tercera, jurídica, porque es la escuela alemana la que elabora la teoría de las relaciones de especial sujeción que sirvieron de sustento teórico para explicar el vínculo del funcionario con la Administración.¹²⁶

La Administración prusiana gozó de una gran reputación y se integró con personal cuidadosamente seleccionado y calificado. Federico II dictó reglas para atraer a la nobleza a los cuadros administrativos y supo retener a los funcionarios de valor asegurándoles el prestigio y el respeto de la población del reino, garantizándoles la estabilidad en el cargo y el derecho al sueldo. Asimismo, es a Federico II a quien se atribuye la organización administrativa y la separación de los regímenes jurídicos para la administración pública y la privada. Asimismo, como ya se hizo mención con anterioridad, el primer estatuto para la función pública moderna es el *Allgemeine Landrecht*

¹²⁵ PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo II*, ob. cit., p. 410 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública* ob. cit., p. 23 y ss.; y PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la Función Pública*, ob. cit., pp.136 a la 150.

¹²⁶ Véase MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, tomo IV, parte especial, 2da edición, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 43 y ss.

(Codificación de 1794) que resaltaba la necesidad de poseer determinado nivel cultural, acreditado mediante ciertos títulos; estableció el principio de pruebas y concursos previos para el ingreso y el requerimiento de que toda situación funcional esté regulada por normas estatutarias.¹²⁷

El caso de Alemania devela una particular evolución histórica que influye, naturalmente, en la formación de su modelo de función pública. El férreo vínculo del funcionario con el Estado sufre un quiebre en la República de Weimar. De acuerdo a los principios de liberalización establecidos por la Constitución de 1919, el funcionario profesional no conserva la exclusividad en el ejercicio de las funciones estatales, los Ministros pierden la condición de funcionarios y se abandonó el principio de neutralidad política al reconocer los derechos de libertad de opinión y de acción política a los funcionarios. El advenimiento del Tercer Reich, con la aprobación de las Leyes de 30 de junio de 1933 y el Estatuto general de 26 de febrero de 1937, impone un autoritarismo exacerbado, definiendo al funcionario como un agente vinculado al Führer y al Reich por una relación de servicio y fidelidad dependiente del Derecho público.

La Ley fundamental de Bonn de 1949 y el Estatuto general aprobado por Ley de 14 de julio de 1953, establecieron el modelo de función pública alemana en virtud de los principios de la función pública profesional y considerando a los funcionarios como ligados a los Entes públicos por una relación de servicio y fidelidad de carácter público. Sin embargo, admite la existencia de otro personal vinculado a la Administración por una relación de Derecho común, al limitar, en el artículo 33 de la propia Ley Fundamental, la competencia de los funcionarios propiamente dichos al ejercicio de las funciones que impliquen prerrogativas de poder público a título de función permanente.¹²⁸

El modelo administrativo alemán y por ende, en sentido general, el de función pública, estuvieron también influenciados por la experiencia francesa de comienzos del siglo XIX. En su caso particular hay que considerar también los influjos prusianos. “El destino de Prusia –dice FORSTHOFF– puso también de manifiesto que el Estado administrativo de sello absolutista había traspuesto su cenit y no

¹²⁷ Véase KAMMERER, A., ob. cit., p. 28 y ss.

¹²⁸ Véase KAMMERER, A., ob. cit., p. 32, 37 y ss.; PRAT, Julio A., *De la función pública...* ob. cit., p.116 y ss.; GAZIER, Francois, *La fonction publique...*ob. cit., p. 36 y ss.; PARADA, Ramón, ob. cit., p. 430 y ss.; LABAND, PAUL, ob. cit. p. 2 y ss. y MERKL, Adolfo, ob. cit., p. 398 y ss.; MORO SERRANO, Sebastián, “Ley alemana de funcionarios federales”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 22, 1957, Madrid, pp. 305-358; NIETO GARCÍA, Alejandro, “La condición política de los funcionarios federales en Alemania occidental”, *Revista de Administración Pública*, núm. 30, 1959, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 301-308; ULE, Carl H., “La función pública en Alemania”, *Documentación Administrativa*, No. 29, 1967, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pp. 11-29; DEGEN, Manfred, “El sistema de carrera en la República Federal Alemana”, en *Documentación Administrativa*, No. 210-211, 1987, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pp. 437-464; BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, “Reducción y laboralización de la Función pública alemana en el marco del proceso de privatización de servicios públicos de los años noventa (en particular, la privatización del control aéreo, los ferrocarriles, el correo y las telecomunicaciones)”, *Documentación Administrativa*, núm. 243, 1995, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pp. 295-323.

podía satisfacer las exigencias de la época; finalmente, el problema de la ordenación de las clases burguesas en la estructura del Estado proyectaba ya su sombra sobre la situación”. Téngase en cuenta, además, que en predios germánicos se observa la muy temprana existencia de un estatuto funcional, como se mencionó antes, lo cual avizoró los prematuros inicios del Derecho de la función pública alemana, como espacio objetivo de regulación.

Sin embargo, el escenario administrativo en el que se desarrolla la organización de la función pública en este territorio es un tanto diferente al que contextualiza el modelo clásico francés, pues el pulso de la relación entre el Estado y sus agentes no estuvo marcado por la visión autoritaria y de férrea jerarquización de ascendencia militar al estilo del diseño napoleónico, sino más bien estuvo impregnado por la concepción de deber y fidelidad de los funcionarios al poder supremo.

Es precisamente este aspecto el que se quiere resaltar como singularidad propia del caso alemán, por la trascendencia cardinal que tiene para la materia en estudio. Resulta una peculiaridad, fundamentalmente asociada al enfoque que históricamente ha tenido la relación de servicio en el contexto de la función pública germana –sin perder de vista la conexión del asunto con hitos más antiguos de la historia jurídica como la concepción del contrato feudal de servicio fiel–.¹²⁹

La fidelidad, dice LABAND,¹³⁰ “es el espíritu con el cual deben cumplirse los verdaderos deberes”; o en palabras de MAYER, “el elemento característico que distingue al servicio del Estado de todas las otras obligaciones de este género, es la fuerza particular mediante la cual el Estado se adueña de la persona; la abnegación personal y la fidelidad al servicio se exigen a todo el que está obligado a prestarlo”.¹³¹

Sobre la base de lo anterior, no resulta casual, por ejemplo, que haya sido la doctrina alemana la que desarrollara la teoría de las relaciones de especial sujeción –de gran influencia en la explicación del vínculo jurídico funcional– que, a pesar de su ya aceptado descrédito, no ha dejado de ser un importante referente doctrinal. El funcionario ingresa voluntariamente al servicio y está sometido a

¹²⁹ GIERKE, Otto von, *Las raíces del contrato de servicios*, traducción y comentario crítico por Germán Barreiro González, Civitas, Madrid, 1982, obra completa.

¹³⁰ *Cfr.* LABAND, Paul, ob. cit., p. 146

¹³¹ Desde luego, esto constituye un deber puramente moral que, como tal, queda fuera de una relación de derecho propiamente dicha. Pero desde el punto de vista secundario, adquiere importancia jurídica. Véase Mayer, Otto, ob. cit., p. 3 y ss. Esta concepción ha tenido un fuerte arraigo. La ley fundamental de Bonn prescribe que el Derecho de la función pública se regula “teniendo en cuenta los principios tradicionales de la función pública profesional”. Luego define a los funcionarios como “los ligados a los entes públicos por una relación de servicio y fidelidad de carácter público.” Véase Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949, disponible en <https://www.btg-bestellservice.de>, artículo 33.4. El ejercicio de facultades de soberanía será confiado, como regla general y con carácter permanente, a funcionarios sujetos a una relación de servicio y lealtad, bajo un régimen de Derecho Público. y 33.5 El estatuto legal de la función pública debe ser regulado y desarrollado teniendo en cuenta los principios tradicionales del régimen de funcionarios de carrera. Puede consultarse también, MONTORO CHINER, María de Jesús, *La función pública...*, ob. cit., p. 15 y ss.

una relación diferente a la del ciudadano común con el Estado. En tal virtud, el Estado impone relaciones jerárquicas y disciplinarias, imprescindibles para el actuar administrativo. El funcionario ostenta un *status* restringido donde sus derechos fundamentales están subordinados a las necesidades e intereses de la Administración.¹³² Asimismo, son comprensibles aspectos que se tratan *up supra*, como el protagonismo que la relación de servicio tiene como elemento definitorio de la noción de funcionario público, que trae causa también en lo referido precedentemente.

La ordenación de la función pública alemana se sustenta actualmente sobre la convergencia de las reglas tradicionales del sistema cerrado¹³³ y las del Derecho del Trabajo. Los matices incorporados progresivamente han consolidado un mayor acercamiento de ambos regímenes en el ámbito de las relaciones de empleo público. El cariz distintivo es que esta convergencia se realiza desde una perspectiva diferente a la que tiende la llamada laboralización; más que penetrar a la función pública desde el Derecho del Trabajo, ha sido a la inversa. Ejemplo de ello es que en los contratos de los empleados públicos, regidos por el Derecho común, se introduce una cláusula que establece su sujeción a una relación de servicio y fidelidad, que genera derechos y obligaciones análogos a los previstos para los funcionarios.¹³⁴

C.2. El *Civil Service* británico

El *Civil Service* británico, si bien se inscribe en el contexto jurídico anglosajón –por tanto el fenómeno administrativo difiere del canon francés–, muestra algunas de las peculiaridades más importantes de la función pública moderna como la selectividad, la organización de las carreras según las titulaciones generales del sistema educativo, la neutralidad política y la representatividad del funcionariado.¹³⁵

El modelo británico de función pública igualmente destaca por su singularidad. Inserto en los contornos jurídicos del *common law*, su distanciamiento con el sistema prototípico norteamericano es notable y, bajo el ropaje de una cultura administrativa tradicionalmente enemistada con el patrón

¹³² Véase LABAND, Paul, ob. cit., p. 255 y ss.; MAYER, Otto, ob. cit., tomo IV, p. 18 y ss.; Maurer, Hartmut, Derecho Administrativo, traducido de la 16ª edición alemana por Gabriel Domenech Pascoal (coordinador de la traducción); UNAM, Mexico, 2012, p. 177 y ss; Para una postura crítica más actual puede consultarse a PRIETO ÁLVAREZ, T., “La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción”, en *Revista de Administración Pública*, 178, enero-abril 2009, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 215-247.

¹³³ Actualmente, los *länder* disponen de un ordenamiento específico, donde se receptionan los principios fundamentales que sustentan la función pública en ese país. Así, en el marco de la Constitución y la legislación federal, la Ley de la Función Pública de 31 de marzo de 1999, el Estatuto de los Funcionarios Profesionales, consagran los principios de mérito, de tratamiento igualitario, de carrera y neutralidad política. Véase. MONTORO CHINER, María de Jesús, ob. cit., p. 35 y ss.

¹³⁴ Véase PARADA, Ramón, ob. cit. p. 430; BACIGALUPO, M., ob. cit., pp. 293-324.

¹³⁵ Véase RIDLEY, Frederick. “La carrera administrativa en Gran Bretaña”, en *Documentación Administrativa*, No. 210-211, 1987, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pp. 465-502; CAMPBELL, George. A., *The Civil Service in Britain*, 2ª edición, Penguin-Book, G. Duckworth, 1965, London, obra completa.

francés,¹³⁶ se inscribió como un sistema cerrado o de carrera de fuerte raigambre burocrática. Es probablemente sobre esta paradoja que radique su gran prestigio, como muestra fehaciente de un modelo *sui generis* que ha logrado altos niveles de eficacia, tomando como eje la calidad del reclutamiento del personal, su preparación ética y técnica, la importancia del factor humano y los mecanismos de control para garantizar el adecuado funcionamiento de los servicios y la salvaguarda del interés general.

El punto de colocación histórica en el caso del *Civil Service* británico es el año 1853, con el Informe *Northcote-Trevelyan*. No porque antes de esa fecha no se pueda hablar de una organización funcionarial, sino porque en ese momento y sobre la base del referido documento es que se establecen los presupuestos teóricos para el abandono del sistema de patronazgo para instaurar el de mérito. De esta manera tiene su origen el *Civil Service*, entendido desde una perspectiva profesional.¹³⁷

Las claves para entender el modelo inglés se encuentran en sus más sobresalientes características, como el profundo tradicionalismo, el pragmatismo y la neutralidad política.¹³⁸ Es destacable también que los mecanismos de selección, dirección y control de los funcionarios son rectorados por la *Civil Service Commission*; lo que refuerza su connotación especial e institucional. Asimismo, las pruebas exigidas para la admisión tienen un carácter general, no especializadas. Ello se conecta con la estructuración por clases, que cumplen el rol de los *corps* de tradición francesa, dentro de las cuales transcurre la carrera de los *civil servants*.¹³⁹

Durante algunos años, después de 1853 subsistieron dos clases o categorías de funcionarios: la *upper class* (directiva, intelectual) y la clase netamente administrativa y ejecutiva. Luego el *Civil Service* se articuló a partir de la existencia de tres clases funcionariales: la *Administrative Class* (subdividida en *Assistant Principal*, *Principal Assistant Secretary*, *Under Secretary*, *Deputy Secretary* y *Permanent Secretary*); la *Executive Class* y la *Clerical Class*. Todas ellas posteriormente unificadas por las reformas derivadas del Informe *Fulton* en 1968.¹⁴⁰

¹³⁶ Véase DICEY, A.V., *Introduction to the study of the law of the constitution*, eight edition, MacMillan and Co., Limited, London, 1915, p. 189 y ss., 328 y ss.

¹³⁷ MOSES, Robert, *The Civil Service of Great Britain*, Faculty of Political Science of Columbia University, New York, 1914, p. 65 y ss.

¹³⁸ FINER, Hernan, *The british Civil Service*, The Fabian Society and George Allen & Unwin LTD., London, 1937, p. 52 y ss.

¹³⁹ Ídem, p. 13 y ss.

¹⁴⁰ Las reformas realizadas entre 1982 y 1988, *The Next Steps Initiative*, influyeron directamente en la configuración del *civil service* tradicional a partir de la descentralización funcional articulada con la creación de las *Executive Agencies* que responden a la concepción de administraciones independientes; responsables de la gestión de los servicios y de su propio personal. De esta manera se reserva a los Ministerios las funciones estratégicas. Véase ARMSTRONG, W. y E. Grebenik, *El informe Fulton: tres estudios sobre el Servicio Civil Británico*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1973, p. 155 y ss.

La noción del *Civil Service* británico no se limita a ser, como la concepción francesa de función pública, un entramado de agentes que se ocupan del ejercicio de las funciones públicas, se trata de una *institución* con plena dependencia de la Corona, donde sus miembros consagran la vida al servicio de ella. Su estructura no se desgaja de la Administración, sino que es consecuencia de principios adoptados en materia de reclutamientos y organización de las carreras.¹⁴¹ Por otra parte, a diferencia del sistema norteamericano, donde las características del empleo es lo que determina el agente que lo ocupa, aquí lo preponderante es que el grado de calificación del agente es lo que determina el tipo de empleo que debe ocupar.¹⁴²

Un aspecto de sumo interés, en correspondencia con la epistemología que signa esta investigación, es el notable enraizamiento de la axiología que encierra la concepción inglesa del *Civil Service*. Como elocuentemente ilustra GAUDEMET,¹⁴³ “cuando dicen que función pública es un servicio, los ingleses quieren subrayar que la Administración no tiene como tarea la de mandar, sino la de servir. El funcionario queda sometido al Derecho como simple ciudadano. No es una autoridad, sino un servidor. Esto evita que los funcionarios gocen de derechos exorbitantes para imponer su autoridad e impide que constituyan una casta privilegiada en la nación.”

C.3. Italia

La razón que sustenta la mención al caso de Italia en este segmento se circunscribe más bien a una evolución más reciente de la función pública en ese país. Influenciado en sus orígenes por el modelo francés, destaca por su perfil actual, caracterizado por la naturaleza convencional de la relación de empleo público, al adoptarse la técnica de la negociación colectiva para determinar sus contenidos. El modelo italiano es un caso interesante a destacar porque ilustra el proceso de *laboralización* de la función pública concretado en una dimensión considerable; sin embargo muestra también cómo, en cierta forma, no se desecha completamente la idea de especialidad o particularismo que en el contexto continental europeo le ha sido propia.¹⁴⁴

¹⁴¹ El *Civil Service* británico se percibe como una profesión de honor, considerada de manera similar a una profesión tradicional; es decir, con autoreclutamiento, autodisciplina, autogobierno y esfuerzos para evitar que personas externas intervengan en los asuntos que le son propios. Véase CHAPMAN, Brian, *The profession of government*, Unwin University Press, London, 1970, p. 43.

¹⁴² GRÉGOIRE, Roger, ob. cit. p. 123. Para una visión integral del *Civil Service* británico, pueden consultarse como referencia por su profundidad en el análisis del fenómeno de la función pública en ese país: CAMPBELL, G. A., ob. cit., obra completa; LOSCHAK, Daniels., *Le fonction publique en Grande-Bretagne*, Dossier Thémis, PUF. Paris, 1972.

¹⁴³ GAUDEMET, P. M., traducción de J. G. H., “La eficacia en el Servicio Civil británico”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 11, 1953, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 270 (269-293).

¹⁴⁴ Véase, preliminarmente, CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, ob. cit., pp. 145-247; CARPACI, Alfredo, “Reformas en la laboralización de la relación de empleo público en Italia: aspectos constitucionales y referencia a la normativa más

Consecuentemente, el origen de la organización del *impiego pubblico* italiano no aporta aquí una referencia histórica relevante en su concepción inicial.¹⁴⁵ El momento de base que interesa se remonta a las últimas décadas del siglo XX, cuando comienza el proceso normativo de privatización de la función pública con la incorporación de la técnica de negociación colectiva al ámbito del funcionariado de carrera.¹⁴⁶

Lo anterior se complementa con el sometimiento de la mayoría de los agentes públicos al Derecho del Trabajo y a su jurisdicción, con excepción de algunos cuerpos como los magistrados, los miembros del Consejo de Estado y de la Corte *di Conti*, abogados y procuradores del Estado, personal militar y fuerzas de policía, diplomáticos y carrera prefectoral. Asimismo, destaca la existencia de un cuerpo de *dirigenti pubblici* para asumir las funciones administrativas de índole ejecutiva.¹⁴⁷

Con independencia del estudio que pueda hacerse del fenómeno privatizador italiano –aspecto ampliamente tratado por los autores, como se ha ido ilustrando–, lo interesante es valorar que su tradición administrativa, propia del influjo jurídico continental europeo, no ha permitido, en cierto modo, una migración absoluta a un modelo de estructura abierta o de empleo. Si se prefiere, es más propio apreciar el asunto desde una concepción mixta.

reciente”, *Documentación Administrativa*, núm. 243, 1995, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pp. 248-292.

¹⁴⁵ La ley del Gobierno *Giolitti* de 22 de noviembre de 1908 núm. 693, definió por primera vez el estatuto jurídico de los funcionarios civiles del Estado italiano y con las reformas de *Stefani* de 1923 y la atribución a la jurisdicción exclusiva del juez administrativo de las controversias del empleo público mediante los Reales Decretos núm. 1054 y 1058 de 1924; la función pública asumió los caracteres de un ordenamiento especial *ius público*, separado del Derecho Laboral común. Véase ZANOBINI, Guido, ob. cit. tomo III, p. 15 y ss; GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 357 y ss. Un estudio de la experiencia italiana, fuera de Italia, puede hallarse en CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, ob. cit., pp. 145-247. Para una aproximación al tema desde una perspectiva histórica puede verse ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *La función pública en el ordenamiento histórico italiano*, ob. cit., obra completa.

¹⁴⁶ Ley No. 382 de 1975 y la Ley Marco de 29 de marzo de 1983 sobre Empleo público, modificada por la Ley de 8 de agosto de 1985. Véase Gaceta Oficial No. 93 de 6 de abril de 1983.

¹⁴⁷ El régimen jurídico de los *dirigenti*, había sido excluido de la laboralización; sin embargo la Ley de 15 de marzo de 1997 lo incluyó como al resto del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Este cuerpo de funcionarios es resultado de la división de las funciones administrativas en estratégicas y de control –reservada a los Ministros– y ejecutivas –asignadas a estos dirigentes–. Para una noción integral de la progresiva laboralización de la función pública italiana, puede consultarse: ORTEGA ÁLVAREZ, Luis Ignacio, “La carrera administrativa en Italia”, en *Documentación Administrativa*, No. 210-211, 1987, Madrid, pp. 391-406, disponible en: <https://dx.doi.org/10.24965/da.v0i210-211.4957>, consultada el 23 junio 2018; CARINGELLA, Francesco y Raffaele Marino, *La riforma del pubblico impiego. Verso la privatizzazione*, Esselibri Simone, Milano, 1994; D’ATONA, Massimo, “Federalismo administrativo y privatización del empleo público en Italia”, pp. 17-31, disponible en <https://idus.us.es>, consultado el 5 de julio de 2019; MAZZA, Mauro, “El empleo público”, en FRANCO FERRARI, Giuseppe (coordinador), *Derecho Administrativo italiano*, UNAM, México, 2013, pp. 175-207; Aspen Institute Italia, *Rapporto, Le riforme della pubblica amministrazione nella XVII Legislatura. I motivi ispitatori, i risultati conseguiti, gli obiettivi da raggiungere*, coordinamento científico Sabino CASSESE, Roma, 26 de settembre de 2018, disponible en <https://www.aspeninstitute.it>. Puede encontrarse un estudio desde una perspectiva histórica, con un análisis institucional y una propuesta de política legislativa para el empleo público italiano en RUSCIANO, Mario, *L’impiego pubblico in Italia*, Il Molino, Bologna, 1978.

En este sentido, la experiencia italiana aporta soluciones teórico-legislativas interesantes. Aunque la variante ha sido la llamada contractualización del empleo público, el ordenamiento positivo reserva ciertos espacios de regulación, en función de hacer compatible la nueva disciplina de la negociación colectiva con los principios tradicionales de legalidad e imparcialidad en la actuación administrativa. En este sentido, anota Massimo D'ATONA¹⁴⁸ que el principio consensual que domina la negociación colectiva en el sector privado viene corregido por la ley bajo diversos perfiles y ello determina su institucionalización legal; lo que no tiene precedente en el Derecho del Trabajo común. Así, los convenios colectivos de las Administraciones Públicas se configuran como contratos privados, pero “nominados” y no “de derecho común”, porque la ley regula sujetos, modalidades de constitución y efectos jurídicos.

Como regla general, cualquier materia puede ser incluida en la negociación colectiva; pero –por exigencia constitucional–, determinadas cuestiones permanecen sometidas a ordenación unilateral como la organización, procedimientos de selección para el acceso a los puestos de trabajo, responsabilidad, algunas limitaciones tendentes a garantizar la neutralidad política de los magistrados, militares de carrera en activo, funcionarios y agentes de policía y los representantes diplomáticos y consulares en el extranjero.¹⁴⁹

Ello pone de relieve que hay un ámbito especial de regulación, de dimensiones más restrictas, pero no inexistente. No debe entonces entenderse aniquilado el particularismo jurídico de la función pública o del *impiego pubblico*. El ejemplo italiano refuerza las posturas que se han venido defendiendo en este estudio, orientados a la asunción de la noción técnica de función pública y en torno al Derecho que la ordena con un enfoque transdisciplinario, flexible y conciliador, en pos de la salvaguarda de su especialidad. Por otra parte, coadyuva, cuanto menos de modo empírico-referencial, a sostener la idea de existencia de un vínculo de naturaleza especial entre la Administración Pública y los funcionarios públicos, con independencia de la técnica que se active para formalizar dicho nexo, sea consensual o unilateral.

¹⁴⁸ D'ATONA, Massimo, ob. cit., p. 30. Sobre esta idea también puede verse D'ORTA, Carlos, “Legge quadro sul pubblico impiego e qualifiche funzionali sette anni dopo: una riforma *strabica*”, en *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 3, 1990, A. Giuffrè editore, Milano, pp. 769-814.

¹⁴⁹ Véase Artículos 97 y 98 de la Constitución italiana; disponible en https://www.prefettura.it/FILES/AllegatiPag/1187/Costituzione_ESP.pdf, consultado 23 de junio de 2018.

D) Reflexión final sobre la conformación de un modelo de función pública contemporáneo en el contexto del fenómeno de mixtura

El modelo de organización de la función pública constituye su componente organizativo y en su articulación se concreta el ordenamiento jurídico de la institución. Asimismo, los aportes de los sistemas clásicos y los casos particulares brevemente caracterizados son determinantes para cualquier análisis que se realice con el objeto de diseñar un modelo acoplado con los requerimientos de la sociedad actual. Si algo en común puede extraerse de ellos es, sin dudas, su conexión directa con lo cultural, en sentido general, y la organización del Estado, en particular.

Lo anterior es un aspecto importante a considerar porque niega, *per se*, la posibilidad de juzgamiento sin tener presente el factor contextual. Constituye, además, un fundamento básico para comprender el proceso evolutivo de cada experiencia; incluso si se amplía la muestra de análisis y se estudian las alternativas desplegadas por el resto del mundo, se tendrían tantas variantes como entornos político-culturales se encuentren.

Sin embargo, si bien pudiera resultar inevitable la presencia de matices propios de cada realidad jurídica, es imprescindible establecer ciertas claves teórico-prácticas, más o menos consensuadas, siempre con miras a la salvaguarda del particularismo jurídico de la función pública. Sobre la base de lo anterior, se requiere reflexionar sobre tres aspectos esenciales, que determinarán el curso del resto de las consideraciones que se realicen en cuanto a la noción de funcionario público. En primer orden, sobre el aporte, influencia e utilidad actual, de cada una de las experiencias presentadas; luego, es importante el planteamiento acerca de los presupuestos teórico-prácticos a partir de los cuales debe sustentarse un diseño contemporáneo de función pública; por último, se necesita considerar un catálogo básico de principios que han de informarlo.

De modo general, es complejo realizar un análisis tomando como eje las ventajas o desventajas de los modelos clásicos, como suele hacerse, porque tales perspectivas se fundamentan en los resultados de cada experiencia. Una cosa es evaluar la implementación y otra distinta valorar la concepción del modelo. Por tanto, los elementos que integran sus esencias podrán tener un valor positivo o negativo solo de frente al escenario concreto donde se articulen.

La estabilidad, por ejemplo, rasgo emblemático, pudiera verse como causal de acomodamiento por parte de los funcionarios públicos y caldo de cultivo para la conformación de una clase funcional identificada con intereses sectoriales. Sin embargo, no por ello puede considerarse a la estabilidad como un elemento perjudicial. Baste recordar que también está presente en el *Civil Service* británico, desde donde las valoraciones al respecto varían diametralmente.

En materia de selección, a su vez, el criterio de mérito no lleva implícito la articulación de mecanismos concursales o de oposición ni de su presencia dependerá la aplicación del principio; lo mismo puede haber brechas o resultados ineficaces en un complejo procedimiento selectivo, que pueden resultar brillantes mecanismo más sencillos. Asimismo, el nivel de conocimiento en materia de gestión pública y la capacidad técnica de los funcionarios, no solo debe hacerse corresponder con la formación previa, especializada o no, sino también con la preparación técnica y profesional posterior del funcionario, sea proveída por el sistema o de modo más individual. De la misma manera, la experiencia en la gestión pública no está conectada necesariamente con el tránsito dentro la carrera administrativa, sino con el tiempo y resultados del desempeño.

En tanto, es visiblemente impropia la relación entre la complejidad o flexibilidad de un modelo con el factor de eficiencia o rentabilidad. La gestión pública es siempre un asunto complejo y especial, son tan colectivos, generales o públicos los intereses de pueblos cuyos funcionarios acceden a sus puestos mediante complejos procedimientos selectivos, como los de pueblos donde sus funcionarios son empleados por mecanismos más simples. No hay una relación directamente proporcional entre cantidad –de procedimientos y reglamentación– y eficacia.

La mayor o menor identificación con los objetivos generales de la Administración tampoco es un aspecto que se derive netamente de un diseño u otro; es más propio de la formación y proyección ética de quienes ejercen las funciones administrativas. En sentido similar ocurre con la fortaleza del vínculo del funcionario con la Administración. El *Civil Service* inglés, por ejemplo, tiene como fundamento una rígida conexión con la Corona, no solo institucional, sino desde una axiología de fidelidad y devoción, sin embargo, este nexo no se sustenta sobre la base de una supremacía jurídica administrativa subyacente al estilo alemán o francés. Realidades estas donde es impensable garantizar obediencia y compromiso con la Administración Pública si no es manteniendo legalmente sus prerrogativas unilaterales en el marco de la relación funcional.

Ahora bien, debe coincidir con que la utilidad teórico-científica del sistema de estructura cerrada es innegable, sobre todo en una perspectiva referencial, por su condición de modelo pensado para la función pública desde una concepción de mayor especificidad y con una lógica más articulada en cuanto a los mecanismos y técnicas que provee.

Respecto al modelo abierto o de empleo, cierto es que no se ha construido a partir de una concepción de la función pública, entendida como una categoría jurídica de perfiles e identidad propios. Sin embargo, su consideración como mecanismo de ordenación de los medios personales al servicio de la Administración Pública presenta igualmente aportes valiosos, al punto de que el fenómeno de mixtura

se ha suscitado, en cierto modo, a partir de la estimación de alguno de sus elementos. Al tener una esencia privatista prevé una dinámica de eficiencia en cuanto a la gestión que no debe ignorarse, pero tampoco sobredimensionarse.

Según los planteamientos precedentes, se propone la observancia de tres premisas, que en el orden teórico-práctico, deben tomarse en cuenta para la configuración de un modelo contemporáneo de función pública.

Un primer postulado, como punto de partida, es tomar conciencia de que la cuestión no versa ya sobre la elección entre uno u otro modelo. La complejidad de las relaciones Estado-sociedad que develan los tiempos corrientes exige desechar dogmas. Por tanto, de la implementación de los propios sistemas clásicos y otras alternativas, vistos desde un prisma evolutivo, es posible extraer experiencias positivas y negativas. Estas deberán tributar al rediseño del sistema de función pública que cada Estado implemente, en correspondencia con su contexto sociopolítico, económico y jurídico.

En segundo orden, el enfoque del fenómeno debe conducirse hacia la conciliación y no hacia el enfrentamiento de los modelos. No obstante, el criterio que marque el camino a seguir no puede ser el de la rentabilidad. Los principios de eficiencia y eficacia constituyen actualmente guías sin las cuales el Estado y su Administración Pública perecerían en cualquier intento de promover y ejecutar una gestión sostenible. Del mismo modo, ni los fundamentos que sustentan el sistema de estructura cerrada son *per se* contrarios a la eficiencia, ni los mecanismos y técnicas provistos desde la dinámica privada son incompatibles, como herramientas, con la gestión administrativa.

Pero de ningún modo puede perderse de vista que el punto de conciliación en este sentido debe conseguirse bajo el entendimiento de que la Administración Pública no es una empresa como las privadas, que conducen su actuación según parámetros meramente comerciales de rentabilidad, sino que su razón de existencia está a merced de intereses colectivos. Esto acarrea una aplicación particular de las concepciones relativas a la productividad, pues, incorporadas a la función administrativa, se conducen por cánones muy diferentes a los de la actividad gerencial.

En este entendido, cualquier enfoque que obvie el principio de interés público, principio cardinal de la actuación administrativa, dejaría desprovista a la acción del Estado y de la Administración Pública del sistema axiológico que le es ajeno a las organizaciones privadas y conduciría a que los funcionarios, en palabras de DEGEN,¹⁵⁰ “consideraran su trabajo como una simple fuente de beneficios. Esto, naturalmente, determinaría resultados socialmente nefastos. El modelo ideal debe ser el que contemple a un funcionario con cultura general, capacidad de adaptación y cualidades humanas que

¹⁵⁰ DEGEN, Manfred, ob. cit., pp. 437-464.

le permitan comprender los problemas a solucionar como parte de un determinado contexto humano, jurídico, económico y social”.

La tercera observación se encamina a focalizar que el punto de mira de todo el sistema de función pública, hacia lo interno, debe colocarse en el factor humano. Este es el punto en común más importante entre todos los modelos. Implica que el diseño de cada elemento debe pensarse desde una perspectiva integral respecto a la concepción de servidor público, en especial el funcionario público, este no es un siervo de la Administración ni únicamente existe como servidor del interés colectivo, sino que es también una persona, un trabajador y un ciudadano; y en tales condiciones, merece y debe tener protección jurídica.

Las palabras de PRAT¹⁵¹ son esclarecedoras al efecto y merece reproducirlas aquí: “El hombre, en su acepción genérica, es el que da vida a toda concepción de la función pública. Es el hombre que dicta órdenes, o es el que las ejecuta, es el que cobra su sueldo y es el que se sanciona disciplinariamente; es el que se retira después de haber consagrado su vida a la Nación, es el que ha llenado en el transcurso de sus días con constancias, con informes, con dictámenes, con notificaciones, todo ese papeleo y ese expedienteo, a través del cual la Administración ha manifestado sus decisiones. Cualquiera que sea el régimen o la concepción que un país adopte, ese mundo de funcionarios tiene, por sobre las fronteras políticas y debajo de los más diversos cielos, los mismos anhelos y las mismas preocupaciones. La tendencia natural del ser humano es a permanecer, a la seguridad; de ahí que el deseo natural del funcionario, ser humano al fin, es lograr las garantías estatutarias que lo defiendan de las intromisiones ajenas al servicio. Lo inevitable es que, acordadas las garantías y los derechos, el cuerpo de funcionarios se particulariza, deviene un grupo social diferente, tiende a cerrarse, respondiendo a la tendencia natural egoísta del ser humano. El hombre deja de ser la cifra al servicio indiscutido del Estado para reclamar su valor de ser humano. Y es, en último término, hacia donde debe encaminarse todo sistema jurídico y toda concepción sobre cualquier materia que se desprende del sistema. La concepción de la función pública debe inspirarse en este principio si no quiere correr el riesgo de ser calificada de absurdo teórico y permanecer indefinidamente en el texto de la norma que la contenga”.

Por último, un aspecto que con frecuencia es abordado al tratar el tema de la función pública, principalmente en contextos de tendencia cerrada, es la temática de los principios que la informan.¹⁵² La mayor o menor amplitud del catálogo de principios puede variar, así como el escenario político-

¹⁵¹ Véase PRAT, Julio A., ob. cit., pp. 180 y 181.

¹⁵² Véase AYOUB, Elfane, obra completa; MONTORO Chiner, María de Jesús, ob. cit., p. 30 y ss.; FRAGA, Gabino, ob. cit., p. 138 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, ob. cit., p. 119 y ss.

jurídico donde se inserte. Sin embargo, si se quisiera establecer un estándar mínimo, hay cuatro principios que, sin su observancia, no se estaría en presencia de un verdadero sistema de función pública y esta, como técnica, estaría desprovista de sus más elementales esencias, al punto de estimarse inoperante e inútil. Cada uno de estos principios merece, por supuesto, un desarrollo más sustancial, que sin dudas daría lugar a otra investigación. Pero, en función de las pretensiones de la presente, baste una somera referencia, como sigue.

El primero de esos principios fundamentales no puede ser otro que el de *especialidad*. Se trata de un eje cardinal en la edificación teórica y práctica de la función pública. Como principio, no solo consiste en la existencia autónoma y regulación objetiva singularizada de la función pública, sino que en él subyace también la idea del particularismo jurídico de las relaciones y situaciones jurídicas entre los servidores administrativos y la Administración Pública; con carácter relevante, el caso del funcionario público. En los contornos de esa especialidad ius pública se concreta el régimen estatutario como elemento distintivo de la condición funcionarial, porque implica la consideración de un Derecho estatutario y, en tanto, la existencia de un ordenamiento jurídico particular con las características ya expuestas.

Otra de las claves es el principio de *igualdad*.¹⁵³ De la misma manera del anterior, tienen un carácter neurálgico para la ordenación de la función pública. Se trata de un principio medular del Estado constitucional, que adquiere una dimensión y relevancia especial para la función pública desde su consagración en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, a la que ya se ha hecho referencia. Su expresión fundamental en este caso es el derecho de tratamiento igualitario para el acceso a los cargos públicos y en el marco de los procesos de selección de los funcionarios públicos. Su objetivo principal es evitar la discriminación injustificada en todas sus manifestaciones. Un valor añadido en la concepción de funcionario público, en la que se centra este estudio, es el enfoque humanista que cualquier construcción ha de tener. Que el funcionario público sea una persona en cuyas manos se encuentra el bienestar colectivo, uno de los bienes más preciados de un pueblo, y por ello se considera un ciudadano cualificado, no lo hace ni menos persona ni menos ciudadano. Luego, el necesario reconocimiento de determinadas prerrogativas unilaterales a la Administración Pública para la salvaguarda del interés general hace incluso más imperativa la observancia de la

¹⁵³ Sobre la igualdad en el contexto de la función pública, puede consultarse por ejemplo a AYOUB, Elfane, ob. cit., p. 137 y ss.; MELLERAY, Fabrice, ob. cit., p. 194 y ss. y 234 y ss.; COMADIRA, Julio Rodolfo, ob. cit., p. 58 y ss.; FABRE-ALIBERT, J., “Le principe d’égal accès aux emplois publique dans la jurisprudence constitutionnelle”, en *Revue du Droit Public*, avril 1992, LGDJ, Paris, pp. 425-441.

igualdad, como camisa de fuerza, para el posicionamiento del funcionario público en un plano de equilibrio estricto en su relación con la Administración Pública.

Sin importar el nivel de acercamiento que un diseño dado tenga con uno u otro modelo típico de organización de la función pública, un presupuesto inalterable es el principio de *mérito y capacidad*.¹⁵⁴ Este principio actúa, en todo contexto,¹⁵⁵ como barómetro del sistema íntegro y está estrechamente relacionado con el anterior, al constituir el patrón de referencia sobre el cual se evalúa el acceso y la permanencia en la función pública. Su finalidad no es otra que garantizar la realización de las funciones públicas a partir de una idoneidad comprobada, idea estrechamente ligada a la prospección de excelencia, profesionalidad, calidad y eficacia en la gestión pública.

Otro de los principios que ha de considerarse fundamental es el de *imparcialidad*. Se trata de un principio de significación extrema, pues su estimación influye directamente en la axiología de la función pública. El actuar administrativo, se dice mucho, ha de ser imparcial, y así como el juez solo debe obediencia a la ley, el funcionario público se debe al interés público y a la observancia estricta del principio de legalidad, en su sentido más amplio. Su manifestación principal, fundamentalmente como elemento de los modelos de estructura cerrada, ha sido la denominada *neutralidad*.¹⁵⁶ Sin

¹⁵⁴ Con un profundo contenido ético, JÉZE afirma que la función pública, sólo debe conferirse a quienes ofrecen las mejores cualidades de inteligencia, probidad, conocimientos técnicos, celo y sacrificio por la cosa pública. Asimismo, el reclutamiento de los funcionarios públicos es la designación de las personas más dignas desde todos los puntos de vista. Véase JÉZE, Gastón, *Principios generales del Derecho Administrativo*, T II.2: Los agentes de la Administración Pública, traducción de la 3ª edición francesa por Julio M. San Millán Almagro, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, p. 6. A propósito de la significación de este principio puede consultarse, entre otros, ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción de los gobiernos - causas, consecuencias y reformas*, Siglo Veintiuno de Argentina Editores, Madrid, 2001, p. 96 y ss.; DOCOBO, Jorge J., “La relación jurídica de empleo público”, en AA VV, *El Derecho administrativo argentino hoy*, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 188 y ss.; PRATS I CATALÁ, Joan, “Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obliga distinción entre función pública y empleo público”, en *Documentación Administrativa*, No. 241-242, 1994-1995, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pp. 11 a 59; GALEANO, Juan José, ob. cit., pp. 275-309; SÁNCHEZ, Alberto M., “La profesionalización de la Administración Pública”, en AAVV, *Organización Administrativa...* ob. cit., p. 470 y ss.; VERGARA MESA, Hernán Darío, en *Estudios de Derecho*, vol. 68, No. 152, 2011, Universidad de Antioquia, pp. 116-134, Colombia; U.S. Merit Systems Protection Board, *The Practice of Merit, A Symposium, A Report to the President and Congress of the United States*, Washington, DC, september, 2006, pp. 9 y ss., 63 y ss., disponible en <https://www.mspb.gov/mspbsearch/viewdocs.aspx>; OEA, Convención Interamericana contra la corrupción de 29 de marzo de 1996, Caracas, artículo III, disponible en <https://www.oemas.org>; Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, Resolución 58 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003, Naciones Unidas, Nueva York, artículo 7, disponible en <https://www.onudc.org>, ambas consultadas el 8 de junio de 2019.

¹⁵⁵ Desde el punto de vista histórico, tiene su consagración en los sistemas de estructura cerrada, donde se erige como principio vertebrador de la carrera administrativa pues en su virtud se ordena el régimen de ascensos y estabilidad funcional. Aunque, como se explicó precedentemente, su importancia y utilidad ha sido admitida incluso en el propio sistema norteamericano, a partir de la concepción del *Merit System*.

¹⁵⁶ Puede consultarse a MELERRAY, Fabrice, ob. cit., p.54; AUBY, Jean Marie (*et al*), ob. cit., pp. 8-10; LINDE PANIAGUA, Enrique, *Fundamentos de Derecho Administrativo. Del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos*, 2ª edición, Colex, Madrid, 2010, pp. 96, 333, 412; Parejo Alfonso, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 3ª edición, revisada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 184 y 781; MONTORO CHINER, María de Jesús, ob. cit., p. 58 y ss; GUILLÉN-CARAMÉS, Javier y Jesús FUENTETAJA PASTOR, “El principio de objetividad en la función pública, un análisis desde la jurisprudencia”, en *Documentación Administrativa*, No. 289, enero-abril 2001, Instituto Nacional de

embargo, a criterio del autor de este estudio, se prefiere el vocablo ‘imparcialidad’ por ser más general e indicar un sentido y alcance más exacto del principio; enfocado más sobre lo conductual, sobre la actitud del funcionario público y no limitado a sus ideologías o proyecciones políticas. En este sentido, cuando se habla de imparcialidad implica un enfoque sustentado en el valor justicia, en la teleología que mueve al funcionario público desde que accede a la función pública. Constituye una manifestación del principio de objetividad en el actuar administrativo. La arista política, en todo caso, es solo una expresión concreta de este principio. Empero, la imparcialidad determina una actuación guiada por la igualdad, la juridicidad y el interés público; aspectos que exceden el plano de la ideología política. Ello implica una manera diferente de entender la relación Administración Pública-funcionario público, sobre la base de la garantía y el respeto del principio enunciado, a fin de su verdadera eficacia. Como expresa NIETO, “no puede esperarse imparcialidad ni justicia de funcionarios cuyo pan y cuyo puesto depende exclusivamente de la voluntad de su superior. En estas dos condiciones no cabe sino la obediencia servil”.¹⁵⁷

Naturalmente, este principio debe ser asegurado a través de un conjunto de prospecciones legales que fungan como derechos o garantías, según se configuren en los diferentes ordenamientos jurídicos, para el funcionario público. En tal sentido, pueden mencionarse entre las más comunes, la protección física y económica, el debido procedimiento (como garantía administrativa) y la indemnidad y tutela judicial (como garantías jurisdiccionales);¹⁵⁸ sin estas, y otras tantas, no podría concretarse verdaderamente la imparcialidad en toda su magnitud.

No puede completarse el núcleo básico de principios sin la referencia a la *estabilidad*. El *derecho al cargo*, como también se denomina, se ha reconocido, indistintamente, como derecho, como garantía o ambas inclusive. En cualquier caso, sin entrar en un debate innecesario, su valor es más sustancial como principio y se expresa como uno de los principales mecanismos de aseguramiento de la actuación imparcial y profesional de los funcionarios públicos.¹⁵⁹ El ideal democrático, dice JÉZE, “es

Administración Pública, Madrid, pp. 151-152; ARIAS MARTÍNEZ, Ma. Antonia, “El principio de objetividad en el empleo público II: la objetividad como deber de los empleados públicos”, en *Documentación Administrativa*, No. 289, enero-abril 2001, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pp. 183-209.

¹⁵⁷ Véase NIETO GARCÍA, Alejandro, *El mito de la Administración prusiana*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1962, p. 198 y ss.

¹⁵⁸ Sobre los derechos y garantías de los funcionarios públicos puede verse, en lo fundamental, DO COUTO MONTEIRO, A. M., *A garantía dos funcionarios administrativos*, Typographia Franco-Portuguesa, Lisboa, 1866, p. 13 y ss.; GRÉGOIRE, Roger, ob. cit., p. 44 y ss.; PLANTEY, Alain, *La fonction publique...*, ob. cit., p. 684 y ss.; AYOUB, Elfane, ob. cit., p. 205; COMADIRA, Julio Rodolfo, ob. cit., p. 67-76 y ss.

¹⁵⁹ Sobre la idea de *estabilidad* puede verse: Weber, Max, *Economía y sociedad...* ob. cit., p. 720 y ss.; Jéze, Gastón, *Principios...*, tomo II.2, ob. cit., p. 6 y ss.; COMADIRA, Julio Rodolfo, ob. cit., p. 74 y ss.; Oyhanarte, Julio, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Paidós, Buenos Aires, 1969, p. 87 y ss.; CABRAL, Pablo O. y Marcelo J. SCHREGINGER, *El régimen de empleo público en la Provincia de Buenos Aires*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 206 y ss.

que los gobernantes, los agentes públicos y los funcionarios públicos, no tengan otra preocupación que el interés general”.

La importancia de la estabilidad, a efectos de la noción de funcionario público es apreciable. No solo por su histórica colocación como elemento definitorio por un sector importante de la doctrina –como se analizará más adelante–, sino porque, aunque se prescindiera de ella en esta condición, generalmente está asociada (o tiene su vía de manifestación principal) con el *status* funcional, dentro de este, muy específicamente, con los *funcionarios de carrera*. En efecto, si lo que se requiere son funcionarios públicos preparados para actuar con rapidez y aptitud técnica, sobre la base de los principios de eficiencia y eficacia, la estabilidad se erige como dispositivo indispensable. Sin ella no sería posible el diseño de un modelo de organización de función pública sobre la base del mérito y la capacidad, con justos procedimientos de acceso, de ascensos, escalafones y cualquier otro mecanismo tendente a garantizar una adecuada profesionalidad en el ejercicio de las funciones públicas.

Por tanto –con apoyatura en las reflexiones de RINCÓN CÓRDOBA–, puede decirse que, toda vez que la relación jurídica entre aquel y la Administración debe estar delimitada, principalmente por normas objetivas, la determinación del nacimiento del derecho al cargo se vinculará con la adquisición de la condición de funcionario. En su virtud, se generan contraprestaciones de las que no puede sustraerse la autoridad administrativa; entre las más importantes está el principio-derecho-garantía de estabilidad.¹⁶⁰

Sobre la base de lo expuesto en este capítulo, se formulan las conclusiones parciales siguientes:

- El Estado, en general, y la Administración Pública, en particular –como entes inmateriales y fenómenos abstractos– solo pueden ejercer sus funciones a través del factor humano que actúa las voluntades que se les imputa. Ello explica la preocupación histórica relativa a la organización del conjunto humano al servicio del poder y la complejidad que ese fenómeno ha ido adquiriendo en el transcurso de los últimos doscientos años.
- La expresión función pública tiene un carácter polisémico que influye en la percepción amplia o específica que se tenga de funcionario público, sea que se asocie con la función que realiza el Estado íntegro, únicamente con la función administrativa o se le identifique con el fenómeno de la organización de los medios personales al servicio de la Administración Pública.
- La noción de la función pública que se asume favorece la solución de problemáticas teóricas y prácticas tradicionales en materia de organización del personal administrativo. Ello se debe a que

¹⁶⁰ Véase RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván, *Derecho Administrativo laboral, Empleo Público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2009, p. 275 y ss.

dicha concepción permite identificar los elementos fundamentales de la función pública y las interrelaciones que se establecen entre ellos. Asimismo, se refuerza su autonomía jurídica en tanto puede concretarse con mayor exactitud el contenido, objeto y alcance del Derecho que la ordena y se clarifica el sistema de relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración Pública y sus servidores públicos, en el contexto del ejercicio de la función administrativa.

- El Derecho de la función pública, opera como un ámbito de recepción y conciliación del propio contenido heterogéneo de esta última y constituye una herramienta fundamental para la articulación de un sistema de función pública coherente y funcional, así como deviene expresión y garantía de su particularismo o especialidad jurídica.
- Se han establecido dos modelos clásicos de ordenación de la función pública: el cerrado o de carrera y el abierto o de empleo. Sin embargo, en la actualidad se certifica un proceso de mixtura, en virtud del cual no se concibe la existencia de ninguno de ellos en estado puro. En este contexto, el modelo contemporáneo de organización de la función pública, debe sustentarse sobre la observancia de principios cardinales como la especialidad, igualdad, mérito y capacidad, imparcialidad y estabilidad.

CAPÍTULO II. LA NOCIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO: ASPECTOS TEÓRICOS ESENCIALES

II.1. Perspectiva histórica de funcionario público como categoría jurídica administrativa

Con acierto expresa Fabrice MELLERAY¹⁶¹ –justamente refiriéndose a la función pública–: “Hay historias que no tienen final. Otras que no tienen comienzo o, más bien, tienen un comienzo difícil de identificar con precisión”. El caso del funcionario público no escapa a esta realidad. Resulta que, al enfrentar su estudio como categoría jurídica desde una perspectiva histórica, es frecuente encontrarse ante la disyuntiva de determinar el punto de partida. Sin embargo, como línea común, puede identificarse que, al margen de alusiones referenciales por parte de algunos autores, no es habitual en los textos que abordan esta temática ubicar sus orígenes concretos fuera de los contornos de la modernidad o, cuanto menos, localizar sus antecedentes más inmediatos en la antigua Roma.¹⁶²

Generalmente suelen considerarse periodos más antiguos cuando se aborda el fenómeno burocrático, desde una perspectiva más global. En tal sentido, el propio WEBER ilustra sobre la existencia de burocracias desde antaño, donde quiera que se localice un núcleo de poder medianamente organizado.¹⁶³ Sin embargo, tanto los estudios sobre la burocracia como el propio pensamiento burocrático se enfocan fundamentalmente en los contornos del Estado moderno.¹⁶⁴ En importantes trabajos como el de NIETO¹⁶⁵, se pone de manifiesto esta realidad y, aunque se reconoce la existencia

¹⁶¹ Cfr. MELLERAY, Fabrice, ob. cit. p. 6.

¹⁶² En sentido general, explica GIANNINI, son desconocidas la mayoría de las instituciones de las administraciones públicas del mundo antiguo, no conociendo más que los nombres de algunos órganos, con vagas indicaciones de sus funciones. Alguna noticia de mayor importancia, dice el propio autor, se tiene de alguna de las ciudades griegas, especialmente de las más estudiadas, como Esparta. Pero, sin duda, el mayor número de referencias nos provienen del mundo romano. Ello explica que se haya asumido este como representativo de la edad antigua a lo largo de la historia. Véase GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 46 y ss. Así por ejemplo, algunos autores identifican la aparición de rasgos concretos y específicos de la figura del funcionario público en la antigua Roma. Véase PINET, Marcel (coordinador), *Histoire de la Fonction Publique en France*, tomo I, *Des origines au XV siècle*, Nouvelle Librairie de France, G-V Labat Editeur, Paris, 1993, p. 23 y ss.; GARCÍA PELAYO, Manuel, *Burocracia y Tecnocracia*, Ed. Alianza, Madrid, 1974, p. 8 y ss. Por su parte, otros se sitúan en la Europa feudal, teniendo como relevante –a la altura del siglo XV– las relaciones de jerarquía en el contexto del vínculo de vasallaje y la diferenciación entre los servidores del monarca y los oficios domésticos de la Corte. Véase PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la Función Pública*, 4ª edición, Ed. Dykinson, Barcelona, 1997, p.17; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la Función pública*, 7ma edición, Tecnos S.A., Madrid, 1996, p. 24 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Administración Española, última etapa del Rey Absoluto*, Ed. Alianza S.A, Madrid, 1972 p.111 y ss. Asimismo, no falta quien acude a los antecedentes de la Prusia de Frédéric I (1713), por la particular evolución que tuvo allí el fenómeno burocrático y el temprano desarrollo del funcionariado moderno. Véase, KAMMERER, A., ob. cit., p. 10 y ss.

¹⁶³ Véase WEBER, Max, *Economía y sociedad, Esbozo de sociología comprensiva*, traducción de José MEDINA ECHAVARRÍA, Juan ROURA FARELLA, Eugenio ÍMAZ, Eduardo GARCÍA MAYNEZ y José FERRATER MORA, 2da edición en español de la 4ta alemana (2da reimpresión), Fondo de Cultura Económica, México, D.F, 2002, p. 173 y ss.

¹⁶⁴ Véase GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado...*, ob. cit., p. 2; CARRASCO CANALS, Carlos, *La burocracia...*, ob. cit., p. 25 y ss.; NIETO GARCÍA, Alejandro, *La burocracia...*, ob. cit., p. 13 y ss.

¹⁶⁵ Véase NIETO GARCÍA, Alejandro, *La burocracia...*, ob. cit., p. 13 y ss.

de burocracias desde las más antiguas civilizaciones, el propio autor se excusa por desatender aquellos modelos ajenos a la cultura occidental. Lo anterior se explica –en su propio criterio– por lo que denomina la visión etnocéntrica que analiza “la evolución de la Humanidad de una manera rigurosamente lineal, protagonizada en los últimos siglos por los europeos.”

Esta problemática, en sentido general, responde a la conexión natural que el fenómeno funcionarial tiene con el ejercicio del poder –aspecto que ya ha sido reflejado previamente–. No obstante, interesa ahora dejar esclarecido que el centro de este estudio no es el poder, ni sus modos de ser, actuado, sino una parte muy concreta del elemento humano que lo ejerce en forma de función. Y esto determina establecer algunos presupuestos que eviten la digresión en la que, innecesariamente, se incurriría si se intenta encarar el análisis histórico a partir de una línea cronológica tradicional. El más importante de esos lineamientos es precisamente la determinación del punto de colocación histórica y los fundamentos de su elección.

Desde que existe poder, hay agentes del poder; desde que hubo poder organizado, hubo agentes de ese poder organizado y desde que hay *poder público*, hay agentes del poder público. De modo general, esta idea constituye un punto de análisis importante, por el rol que ha desempeñado siempre el factor humano en el ejercicio del poder. Sobre la base de este planteamiento, pudiera pensarse *a priori* que, desde que existe poder organizado y agentes que lo actúan, hay funcionarios públicos; lo cual está bien distante de cualquier percepción, siquiera aproximada, del asunto. Aunque la concepción de funcionario público no es ajena a la noción global de agente del poder, no está conceptualmente conectada ni coincide temporalmente con la presencia de esta última. De tal modo, tampoco puede localizarse en el marco de cualquier tipo de organización política.

Por ello es que para evitar el naufragio científico es preciso reenfocar la problemática. Más que preguntarse dónde comenzar, convendría quizás inquietarse primero por la utilidad y validez de ese punto de partida. ¿En el contexto de qué clase de poder organizado y ante la existencia de cuál tipo de agentes del poder se suscita la necesidad de distinción y organización de los medios personales a su servicio? ¿Cuál es, en definitiva, el punto de inflexión histórica que genera el cambio diametral en las relaciones poder organizado-agente y dota al fenómeno de trascendencia jurídica?

La perspectiva jurídica es en este asunto muy importante. Al respecto deben atenderse los planteamientos de GIANNINI en cuanto a las dos aristas desde las que puede analizarse la organización administrativa –la sociológica y la jurídica–, a diferencia de otras instituciones preeminentemente jurídicas. Esto conduce a la alerta de que toda manifestación de administración tiene relevancia sociológica, pero solo algunas la tienen jurídica. Por lo tanto, desde una perspectiva sociológica el

fenómeno del poder, de sus agentes, de la organización administrativa, de la burocracia, de la función pública y de lo que hoy se denomina funcionario, habrá que localizarlos desde el momento en que los “agregados humanos superan el umbral de lo absolutamente primitivo y se dan una organización, aunque sea mínima”. Sin embargo, la relevancia jurídica de todos estos fenómenos habrá que considerarle desde que adquieren el sentido de lo *público*, en su connotación contemporánea. Este sentido de lo público solo será recogido por los pensadores y legisladores del siglo XVIII, con la renovación del vocabulario político jurídico operado por la Revolución Francesa, que comienza a difundirse por el mundo.¹⁶⁶

De inicio, negando la visión eurocentrista y, en consecuencia, partiendo de la existencia de verdaderas organizaciones burocráticas más allá de los espacios y tiempos del modelo occidental, es justo reconocer la presencia de una organización del poder público en las grandes civilizaciones antiguas (Mesopotamia, Egipto, Persia, China, incluso, dentro del continente americano, los mayas, aztecas e incas). En ellas se hacen presente diversas figuras “funcionariales”, desde el monarca o emperador y todo un aparato jerarquizado de personal militar, civil y hasta religioso, que desempeñaban funciones del poder a diferentes niveles e, incluso, con cierto grado de especialización técnica.¹⁶⁷

Empero, también debe admitirse que las claves políticas y jurídicas del poder de entonces, a través de las cuales discurría la relación de este con sus agentes, impiden tender un puente preciso entre aquellas organizaciones y la función pública o el funcionario público de hoy. En el contexto del Derecho de la

¹⁶⁶ Véase GIANNINI, Massimo Severo, *Premisas...*, ob. cit., p. 9 y ss.

¹⁶⁷ Los ejemplos pueden hallarse de mano de los historiadores. Es conocido que las dinastías del Imperio Medio faraónico prestaron especial atención a la organización administrativa. En su caso, la figura del *visir* constituye un referente de tipo funcional con tareas materialmente administrativas. El imperio Persa devela una organización administrativa territorial militar, donde puede resaltarse al *sátrapa*, del que dependían también numerosas funciones. En China, por su parte, los *mandarines*, a cuyo cargo estaba la administración, conformaban una casta cerrada que desarrolló un sistema de prestigio y elevada precisión desde el punto de vista jerárquico. Véase, por ejemplo, Favre, Henri, *Los incas, Que sais-je?* En lengua castellana, No. 108, traducción de Jordi García Jocas, 1ª edición en lengua castellana, Vikos-tam, S. A.-Ediciones, Barcelona, 1979, p. 68 y ss.; CHARVÁT, Petr, *The birth of the State: Ancient Egypt, Mesopotamia, India and China*, traducción al inglés de Daniel Morgan, 1th English edition, Karolinum, Prague, 2013, p. 248 y ss.; MONTENEGRO DUQUE, Ángel, *La china de Confucio*, en Cuadernos Historia 16, no. 229, Madrid, p. 10 y ss.; GRIMAL, Nicolás, *Historia del Antiguo Egipto*, traducción de Blanca García Fernández-Albalat y Pedro López Barja de Quiroga, Ediciones Akal, Madrid, 1996, p. 95 y ss.; A.A.V.V, *Manual de Historia del Estado y el Derecho americano y africano*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Ministerio de Educación Superior, La Habana, 1984. Como obras de referencia puede verse: MORET, A., *El nilo y la civilización egipcia*, Colección Evolución de la Humanidad, vol. 7, Ed. Cervantes, Barcelona, 1927; HUART, Cl. y Louis DELAPORTE, *El Irán antiguo (Elam y Persia) y la civilización irania*, Colección Evolución de la Humanidad, Síntesis colectiva, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana (U.T.E.H.A), vol. 28, México, 1957; MORET, A y G. DAVY, *De los clanes a los imperios (la organización social entre primitivos y en el Oriente Antiguo)*, Colección Evolución de la Humanidad, Síntesis colectiva, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana (U.T.E.H.A), vol. 6, Mexico, 1962; DELAPORTE, Louis., *La Mesopotamia: las civilizaciones babilónicas y asiáticas*, Ed. Cervantes, España, 1925; GRANET, Marcel., *La civilización china. La vida pública y vida privada*, Colección Evolución de la Humanidad, Síntesis colectiva, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana (U.T.E.H.A), vol. 29, 1958; MASSON- QURSELL, P. y H. de WILLMAN-GRABOWSKA y Ph. STERN, *La india antigua y su civilización*, Colección Evolución de la Humanidad, Síntesis colectiva, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana (U.T.E.H.A), vol. 31, 1957.

civilizaciones antiguas, donde este era más un hecho que un ejercicio científico, no puede hallarse una noción de funcionario público. Esta no era, ni en lo más simple, objeto de atención ni de búsqueda, precisión o despliegue de sus elementos; por lo que solo es posible tener aquellas realidades como antecedentes remotos, más materiales que estrictos, del fenómeno funcional. ¹⁶⁸

Por otro lado, no es menos cierto que el escenario político y jurídico donde la ordenación de los medios personales al servicio del poder comienza a ser una preocupación relevante coincide con el momento en que cambian aquellos ejes de configuración y ejercicio del poder público y con un espacio territorial concreto. Esto ocurre con el advenimiento del Estado moderno bajo los postulados continentales europeos, cuya ideología servirá de fundamento a las variaciones que de a poco sufrirán las relaciones del poder con sus agentes. Estas tendrán su momento de quiebre más trascendental con el origen del Estado constitucional.

Lo anterior se debe a que las pautas para entender el poder, en virtud de esta concepción del Estado, transitan por cánones diferentes respecto a formaciones políticas anteriores y pertenecientes a otras tradiciones. Tomando como referencias los planteamientos de BLUNSCHLI, el Estado moderno, en cambio, posee un fundamento propiamente humano y ya no teológico, por lo que deviene una comunidad humana de vida, creada y administrada por el hombre. Asimismo, su poder deviene del Derecho, por lo que se trata de una organización jurídica reglada por el Derecho Público de acuerdo a las concepciones de la razón humana y conducida por medios humanos. Otro aspecto relevante en este orden de ideas es que los ámbitos *iuspúblico* y *iusprivado* son netamente distinguibles, hay un reconocimiento de los derechos personales del hombre y las funciones del Estado son atribuidas a órganos diferentes. En tal sentido si bien, de antaño, existía materialmente administración, las funciones del Estado –en sentido general– y las funciones administrativas –en particular– no eran diferenciables en el orden de la organización política. ¹⁶⁹

Los vínculos entre ese poder y los agentes que lo ejercen evolucionaron sobre la base de fundamentos distintos a la fidelidad, el vasallaje o a concepciones de tipo más bien sacramental frente a la persona misma de quien lo detenta. La ideología del Estado constitucional fue dotando de bases objetivas e

¹⁶⁸ En el escenario global de los denominados Estados despóticos orientales el aparato religioso-militar tenía un gran poderío y el propio régimen despótico solo perseguía mantener su dominación. Por lo tanto la relación entre los detentores del poder y sus agentes se sostenía sobre la fidelidad y devoción devenida del propio fundamento teológico del poder. Véase YAÑEZ, Rosa María, *Historia General del Estado y del Derecho I*, ENSPES, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Ministerio de Educación Superior, La Habana, 1983; AA. VV., *Manual de Historia General del Estado y del Derecho I*, Primera Parte, Ed. Félix Varela, La Habana, 2001; p. 81 y ss.; FERNÁNDEZ BULTÉ Julio, *Siete Milenios de Estado y de Derecho*, tomo I, Ciencias Sociales, La Habana, 2008, p. 77 y ss.

¹⁶⁹ Véase BLUNSCHLI, M., *Théorie générale de l'Etat*, traducción al francés de M. Armand de Riedmatten, Librairie Guillaumin et Cie., Paris, 1877, p. 50 y ss.

impersonales a la relación poder-agente y el matiz jurídico que esta adquiere determina un giro conceptual de magnitudes extremas, que va dejando atrás la noción de deber y coacción para recolocar la legitimidad del orden político sobre la base de la igualdad y la legalidad.

El Estado moderno, ilustra NIETO, “disolviendo la organización feudal, había encarnado en el llamado Estado Absoluto, que, sin perjuicio de su corrupción, se legitimaba no tanto por derecho divino de naturaleza claramente ideológica como por su pretensión de racionalidad y eficacia a la hora de afrontar las necesidades sociales y que, a tal efecto, se veía impulsado a estructurarse sobre la base de una jerarquía funcional de tipo profesional, que resultaba más competente que el sistema señorial”.¹⁷⁰

Consecuentemente, la noción de funcionario público, como categoría jurídica, es solo coherente en el contexto de una diferenciación precisa de las funciones del Estado, con la presencia de un aparato administrativo jerarquizado y profesional. Y, de este modo, se conecta, ya no solamente con la existencia de ese tipo específico de poder organizado, sino también con el origen de la Administración Pública como organización y actividad, y su ordenación, con el nacimiento del Derecho Administrativo como subsistema jurídico.

Si para hablar de funcionario público es presupuesto hacerlo a la par de la propia evolución de la Administración Pública, el punto de inflexión se hallará, básicamente, en los mismos contornos del origen de esta. Esto, por tanto, en los siglos XVII y XVIII –con el Estado absoluto, donde pueden localizarse sus fundamentos más inmediatos–;¹⁷¹ con las revoluciones liberales de fines del XVIII y en la primera mitad del XIX –donde la Administración sufre profundas transformaciones en sus presupuestos teóricos y en su organización y funcionamiento, en el proceso de consolidación del Estado constitucional–. Es en este momento que se presenta con fuerza el rediseño administrativo del Estado en pos de lograr agilidad y preparación técnica en su gestión. Consecuentemente, las funciones

¹⁷⁰ Cfr. NIETO GARCÍA, Alejandro, *La burocracia...* ob. cit., p. 69.

¹⁷¹ Véase, a modo de ejemplo: MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, tomo I, *Parte General*, Traducción directa del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 3 y ss.; STOLLEIS, Michael, *Histoire du droit public en Allemagne. Droit public impérial et science de la police 1600-1800*, traduit de l'allemand par Michel Senellart, PUF, Paris, 1998, p. 553 y ss.; BURDEAU, François, ob. cit., pp. 25-45; BENEYTO PEREZ, Juan, *Historia de la Administración española e hispanoamericana*, Ed. Aguilar, Madrid, 1958, pp. 3313-324 y 335 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución francesa...*, ob. cit., p. 21 y ss.; MEYER, J., *La Administración y la organización administrativa en Inglaterra, Francia, Alemania y Austria. Exposición de la organización administrativa en España*, Ed. La España Moderna, s/a, p. 15 y ss.; Nieto García, Alejandro, *Estudios históricos sobre administración y Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986, pp. 69-73; SORIANO GARCÍA, José Eugenio, *Los fundamentos históricos del Derecho Administrativo en Francia y Alemania*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Rastrojo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, 1994, pp. 11-64, Colombia, s/a; GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 46 y ss.; DREYFUS, Françoise, *La invención de la burocracia. Servir al Estado en Francia, Gran Bretaña y Estados Unidos, siglos XVIII-XX*, traducción de, Biblos, Buenos Aires, 2012, p. 23 y ss.

públicas se van distinguiendo con mayor nitidez, los oficios públicos se diversifican y los juristas y clérigos pierden el monopolio de los cargos superiores. Estos se irán ocupando por personal técnico y expertos; lo que genera un considerable incremento del personal administrativo.¹⁷²

No se pretende desconocer el extenso proceso evolutivo de la Administración Pública y sus diferentes etapas. Sin embargo, un punto de quiebre importante en esa evolución inconclusa –en palabras de GORDILLO– lo es el nacimiento del constitucionalismo en los Estados Unidos, la eclosión de la Revolución Francesa y la Declaración de los derechos del hombre. Eventos históricos que aceleran a fines del siglo XVIII un proceso de cambio en la vida política ya iniciada anteriormente con la Carta Magna de 1215 y continuado en el *Bill of Rights* y en los fueros juzgos, pero que ahora afectará más radicalmente la relación entre el Estado y los habitantes.¹⁷³

Ahora bien, lo dicho precedentemente solo exonera de una búsqueda muy exhaustiva y distante, espacial y temporalmente, sin demasiada utilidad, mas no implica desechar la historia anterior desconociendo referentes cuya existencia no es posible obviar. En primer lugar, porque el Estado, la Administración Pública –como segmento de él–, el Derecho y el Derecho Administrativo –como rama jurídica– son productos históricos y, en consecuencia, históricamente condicionados.

Por otro lado, desde el punto de vista científico, omitir este enfoque sería un craso error. En las ciencias sociales –volviendo a NIETO–¹⁷⁴ “no se procede por sustitución, sino por superposición. Lo nuevo no reemplaza a lo viejo y los distintos sistemas conviven sin privilegios de ninguna clase”.

En el caso del funcionario público, este planteamiento tiene una connotación magna pues el producto que hoy puede obtenerse es el resultado de ese cúmulo de *superposiciones* contextuales que van sumando o mutando elementos. De tal modo, las concepciones disímiles del pasado –dice CARRASCO CANALS– “representan una corriente histórica y tienen en su tiempo una significación determinada y típica, el problema es si la historia determina la función pública o es la función pública la que orienta históricamente”.¹⁷⁵

¹⁷² Véase COMADIRA, Julio Rodolfo: “La profesionalización de la Administración Pública en la República Argentina” en AA.VV., *La Profesionalización de la Función Pública en Iberoamérica*, Ministerio de la Administración Pública, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002, pp. 15-56.

¹⁷³ Cfr. GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, ob. cit., p. II-3. Véase BREWER-CARIAS, Allan R., *Reflexiones...*, ob. cit., pp. 29 y ss., 83 y ss., 121 y ss.

¹⁷⁴ NIETO GARCÍA, Alejandro, *La burocracia*, ob. cit., p. 21.

¹⁷⁵ Sirva esta reflexión en el único y básico sentido de resaltar la importancia del enfoque histórico. Naturalmente es menester evadir –por alejarse de los propósitos investigativos– un análisis respecto del planteamiento de este autor. Baste decir, por un lado, que se corre el riesgo de caer en la clásica paradoja de la “gallina y el huevo” y, de otra parte, que el asunto requeriría partir de una valoración de lo que el autor entiende por función pública. Dicho sea de paso, dista de la postura propuesta en este estudio pues para él se trata de una relación jurídica. CARRASCO CANALS, Carlos, *La burocracia...*, ob. cit., p. 31.

De cualquier manera, se ocuparán estas líneas en esbozar, muy sucintamente, algunos de los principales condicionantes históricos que directamente fueron influyendo en la noción de funcionario público y las diferentes concepciones que se han tenido en su desarrollo doctrinal y práctico como categoría jurídica administrativa; ello, con el propósito de poner de relieve determinados contextos en los cuales se fueron incardinando los elementos fundamentales que se han considerado para la elaboración teórica de tales posturas, en función de sentar bases para evaluar en qué medida estos han evolucionado hasta la actualidad –lo cual es presupuesto para cualquier posicionamiento presente o proyección futura que se pretenda respecto a la elaboración teórica de una noción jurídica de funcionario público–.

En el ámbito de la antigüedad, como preludio, el referente romano merece una especial alusión, sin que ello constituya negación de los criterios esgrimidos previamente respecto del momento de colocación histórica que se ha considerado relevante como punto de partida. Es conocido que en Roma no es posible apreciar una noción de lo público ni una concepción de Estado –desde el punto de vista estructural y funcional– como las que pueden concebirse actualmente. Esto pudiese hacer tambalear cualquier conexión que se realice con la organización pública moderna. Sin embargo, no es tampoco necesario entrar en un debate demasiado profundo al respecto para reconocer el importante e indiscutible legado romano como base de la organización jurídica continental europea y los países de su influencia. Ello tiene fundamento, en parte, en la juridificación del fenómeno político-social que el Derecho romano muestra de un modo diferente y de tal magnitud –fundamentalmente a partir de la codificación justiniana– que facilita su recepción en el Derecho moderno al presentarse como un Derecho sistematizado y certero. Como apoyatura para el realce de su valor, es atendible la voz de una corriente de pensamiento que intenta resaltar el valor del Derecho público romano y su influencia para las instituciones políticas y jurídicas modernas, para la cual constituye eje de atención esencial la Administración Pública y el Derecho Administrativo.¹⁷⁶

En la etapa de la monarquía, el orden administrativo tenía gran complejidad, pero fue apreciable la existencia de determinadas personas llamadas a cumplir fines propios del poder político, entre ellos destacan el *praefectus urbi*, como colaborador inmediato del *rex*; el *tribunu celerum*, como auxiliar

¹⁷⁶ Véase MOMMSEN, Teodoro, *Compendio del Derecho Público Romano*, 1ª edición argentina, Ed. Impulso, Buenos Aires, 1942, p. 7, en su nota al lector, resalta la idea de un Derecho público romano vivo; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho Público Romano*, 17ª edición, Civitas, Madrid, 2014, p. 37 y ss.). A un nivel más concreto, relativo al tema en estudio, aunque no es posible hallar en la antigua Roma una noción verdaderamente jurídica de funcionario público, a partir de su formación administrativa es perceptible una estructura funcionarial con un diseño que, desde una perspectiva actual, muestra elementos imposibles de ignorar como referentes directos de lo concebido posteriormente como funcionario público.

militar; los *duoviri perduellionis* y los *quaestores parricidii*, como auxiliares judiciales; y los *pontifices*, los *fetiales*, las *vestales* y los *flamini*, como auxiliares religiosos. Ellos, eran nombrados directamente por el rey y ejercían potestades delegadas por este. La etapa republicana, por su parte, lega la figura del magistrado –como persona representante del pueblo para desempeñar los asuntos de interés público– y la importante institución de la magistratura y el *cursus honorum* –que puede resaltarse como germen de la carrera administrativa– (Denominación que recibía la carrera política escalonada de responsabilidades públicas, fundamentalmente en Roma), lo cual se verifica a partir de sus propios caracteres: la pluralidad de titulares, colegialidad, temporalidad de los cargos públicos como regla general, distinciones entre las clases de magistrados en correspondencia con su jerarquía y funciones y las propias potestades que ostentaban (potestad disciplinaria y correctiva, normativa, de dictar actos administrativos no normativos, potestades administrativas generales).¹⁷⁷

Durante el Imperio se evidencia una organización administrativa de los servicios del Estado y una estructura jerárquica formada por los diversos grados que componían la escala funcional y las corporaciones de funcionarios. Junto a los órganos republicanos surgen los funcionarios nombrados y regidos por el Emperador (Los *praefectus* adquieren atribuciones procedentes de las antiguas magistraturas republicanas y su esfera de actuación pública se concreta en la policía de ciudad –*praefecti urbi*–, abastecimiento –*praefecti annonae*–, cuidado de edificios públicos –curadores–, entre otros). Aspectos que se derivan de la discrecionalidad de este para intervenir en el funcionamiento y estructura de la Administración que paulatinamente fue configurándose mediante una organización de tipo racional, impersonal y sobre la base de criterios objetivos. De esta manera, es notable la influencia que la evolución de la organización política y jurídica romana ha tenido en las concepciones posteriores del orden burocrático administrativo. Además de lo planteado, pueden mencionarse otros ejemplos que luego fueron recepcionados por el Derecho moderno en materia de función pública como la concepción de que la resolución de los asuntos públicos debe estar en manos de personas especiales integradas al Estado. O la idea de distinción entre cargos políticos –de libre designación– y los puestos de empleados encargados de la gestión pública –caracterizados de a poco por la racionalidad, estabilidad y profesionalidad. Así –en época del Principado y el Imperio– llega a escindirse la responsabilidad penal, disciplinaria y civil de los funcionarios. Rasgos todos que, en cierta medida, tienen un impacto en las concepciones *iuspúblicas* contemporáneas.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Véase, ELLUL, Jacques, ob. cit., p. 262 y ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, ob. cit., p. 290 y ss.

¹⁷⁸ Véase, como referencia de estas ideas, para Roma: SERRIGNY, D., *Droit Public et Administratif Romain, ou Institutions politiques, administratives, économiques et sociales de l'Empire romain*, Aug. Durand, Libraire-Éditeur, Paris, 1862, p. 247 y ss.; HOMO, León, *Las instituciones políticas romanas: de la ciudad al Estado*, Ed. Cervantes, Barcelona, 1928; MOMMSEN, Teodoro, *Compendio...* ob. cit., p. 473 y ss.; Koschaker, P., *Europa y el Derecho Romano*, Ed. Revista de

II.1.1. La Iglesia católica: su influencia para la noción jurídica de funcionario público

Durante el periodo medieval,¹⁷⁹ la Iglesia adquiere un singular protagonismo en la vida social, lo que derivó en el gran poder que representó. Acerca de su presencia en la civilización medieval –dice

Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 193 y ss.; ROUGÉ, Jean, *Les institutions romaines*, 1er édition, Collection U2, Armand Colin, Paris, 1969, pp. 35-50; Guarino, Antonio, *Storia del Diritto Romano*, 6ª edizione, Editore Jovene, Napoli, 1981, p. 49 y ss.; MARGADANT, Guillermo F., *La segunda vida del Derecho romano*, Miguel Ángel Porrúa, Librero-Editor, México DF8, 1986, p. 83 y ss., 371 y ss., fundamentalmente (A través de la obra completa, puede tenerse una perspectiva de influencia histórica por época y países); FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio..., ob. cit., pp. 150-157, 162 y ss., 183. Un estudio sistemático del régimen jurídico de los distintos agentes públicos en Roma a través de sus diferentes etapas políticas, puede verse en VARELA GIL, Carlos, Luis RODRÍGUEZ ENNES, *El estatuto jurídico del empleado público en Derecho Romano*, Colección Monografías de derecho romano, Dykinson, Madrid, 2007, p. 219 y ss. Según considera este autor, durante el Bajo Imperio, la unificación burocrática crece y –desde el punto de vista jurídico– se dota al funcionario de un verdadero estatuto y se perfilan sus diferencias con el magistrado. Aquellos, se identifican como los oficiales imperiales que acceden a la función sin plazos, mediante nombramiento, con retribución e insertos en el sistema de carrera. Ídem., pp. 221-226, 389 y ss. En el ámbito cubano, puede consultarse: DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, Ernesto, *Derecho Romano*, tomo I, parte 1, Ed. Félix Varela, La Habana, 2006, obra completa; FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Separata de Derecho Público romano*, Universidad de La Habana, obra completa; FERNÁNDEZ CAMUS, Emilio, *Derecho romano*, T, I, 3ª edición, Universidad de La Habana, La Habana, 1946.

¹⁷⁹ La etapa histórica correspondiente a la Edad Media, de modo general, se caracteriza por la inexistencia de una organización y articulación territorial, por la presencia de un escenario político y jurídico donde los dominios de lo público son difusos. En tal sentido, no puede hablarse en este periodo de orden burocrático ni de elemento alguno que indique conjunción y uniformidad administrativa –únicamente en el contexto de estructuración de la Iglesia católica, al que se dedica un espacio posterior–. Sobre esa base, no hay un aporte significativo que pueda resaltarse como antecedente del fenómeno funcional debido a que las pautas que signan los modos de articulación del poder en la Edad Media discurren por otros cánones. En el contexto feudal, el único vínculo político existente era el vasallaje, sobre el fundamento de deber y coacción (FORSTHOFF, Ernst, *Tratado...*, ob. cit., p. 36 y ss.), donde las relaciones entre el poder y sus agentes no era una realidad política y jurídicamente ordenable. No obstante, esto no ha impedido que puedan identificarse en esta etapa determinado personal al servicio del soberano y que se integran a la organización monárquica. Si bien sometidos al príncipe por lazos de fidelidad personal, desempeñan funciones materialmente administrativas. Tal es el caso de los *prevot* en Francia, antecedentes directos de los *officiers*; los *baillis* en Italia (Sicilia), referentes importante para los *commissaires* franceses; el *sheriff* en Inglaterra y el *Vögte* y el *Amtsleute*, en Alemania. Véase NIETO GARCÍA, Alejandro, *El mito...*, ob. cit., p. 22 y ss. Sin embargo, se trata de un periodo donde aspectos como la fragmentación del poder por presencia de los poderes intermedios (Es notable ya desde el siglo XI la aparición de estamentos profesionales. HELLER, Hermann, ob. cit., p. 169), los estatutos de las ciudades, la creación de castas y privilegios y los derechos feudales (Desde el comienzo, el Renacimiento consagró la clasificación tripartita de derechos de la monarquía, derechos de los particulares y –entre ambos– una zona mixta de derechos señoriales. Esta concepción queda superada posteriormente, en los siglos XVII y XVIII, para volver a la división romana entre *ius publicum* y *ius privatum*. Véase, CHEVRIER, G., “Remarques sur l’introduction et les vicissitudes de la distinction du jus privatum et de jus publicum dans la œuvres des anciens juristes français”, en *Archive de Philosophie du Droit*, tome I, 1952, Sirey, París, pp. 5-78; LALINDE ABADÍA, J, ob. cit. p.8 y ss.); así como la patrimonialidad de los oficios públicos tienen un efecto catalizador para el proceso de transición hacia el Estado constitucional. Todos aquellos elementos terminarían alentando el debate sobre la forma de gobierno, los principios que debían regir la organización administrativa posterior y los vínculos entre el poder y sus agentes. (Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Administración Española...*, ob. cit., p. 180 y ss; NIETO GARCÍA, Alejandro, *Estudios Históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986, p. 298 y ss.; Tamayo y Salmorán, Rolando, *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de Occidente. Estudio histórico sobre a recepción de la ciencia jurídica y su impacto en las ideas políticas*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 238, México, 2005, p. 3 y ss.). A partir del Renacimiento, en el continente europeo, –como afirma HELLER– “las oligarquías, que hasta entonces tenían un carácter impreciso en lo territorial y cuya coherencia era floja e intermitente, se convierten en unidades de poder continuas y reciamente organizadas, con un solo ejército que era, además, permanente, una única y competente jerarquía de funcionarios y un orden jurídico unitario, imponiendo además a los súbditos el deber de obediencia con carácter general. Lo que aconteció en lo militar, termina por ocurrir también en el resto de los espacios administrativos, en los que se va haciendo necesaria la eliminación del carácter feudal mediante la racionalización técnica de la concentración del poder político. Esta realidad, influirá decisivamente en

GROSSI,¹⁸⁰ “nadie alberga dudas: esa civilización es, en buena parte, su criatura. En el vacío generado por la ausencia del Estado, vigorosa por su propio mensaje de salvación, vigorosa por la propia fuerza económica cada vez más creciente, vigorosa por las suplencias sociales, políticas, culturales a las que se veía abocada cada vez más intensamente, la Iglesia fue presencia viva, eficaz, capilar, gracias también a una articuladísima y universalmente difundida organización parroquial que acertaba a penetrar hasta en los más remotos rincones rurales”.

En el ámbito político-social, ello se manifiesta en la asunción por parte de la Iglesia del ejercicio de un cúmulo importante de las funciones públicas (asistencia, beneficencia, enseñanza, hospitales, cementerios, etc.).¹⁸¹ Todos los aspectos de la sociedad estaban influidos por la religión. Su trascendencia y la propia influencia que tuvo el Derecho canónico en materia administrativa son notables y así se evidencia de la recepción de las concepciones políticas y jurídicas eclesiales que impactaron poderosamente el desarrollo del Estado y la Administración modernos.¹⁸²

Solo por considerar algunos ejemplos, a modo de ilustración, puede mencionarse la noción canónica de *oficio* –con impacto directo en la teoría orgánica de la Administración–. Como ilustra GARCÍA DE ENTERRÍA, “la Iglesia romana aprende del imperio la técnica organizativa basada en los *Oficia* impersonales, de las magistraturas orgánicas concebidas centros abstractos de competencias totalmente independientes de las personas de sus titulares, técnica que es la que únicamente permite apoyar y trenzar un orden organizativo extenso y unitario –como el que había sido el imperio, como el que será y seguirá siendo hasta el fin de los tiempos la Iglesia de Pedro–.” El oficio, refiere el propio autor, será la “pieza técnica esencial a través de la cual va a trasladarse otra vez al mundo civil la tradición de las grandes organizaciones, de las extensas y abstractas estructuras, que parecerían haber sido el gran secreto del imperio romano. Así se inicia el proceso de burocratización”.¹⁸³

el orden administrativo, en general, y en el componente burocrático pues el mecanismo más eficaz para conseguir la unidad de poder del Estado fue la jerarquía de autoridades, ordenadas de modo regular, según competencias claramente delimitadas en la que funcionarios especializados nombrados por el superior y económicamente dependientes, consagran su actividad de modo continuo y principal a las funciones públicas. Mediante la burocracia se hace posible establecer el vínculo de súbdito con carácter general y unitario, sentándose las bases para la organización funcional moderna. Véase HELLER, Hermann, ob. cit., p. 170.

¹⁸⁰ Véase GROSSI, Paolo, *El origen jurídico medieval*, traducción de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 121 y ss.

¹⁸¹ Sobre las relaciones de la Iglesia y el Estado durante este periodo histórico, resulta ilustrativo el trabajo de TOUBERT, Pierre, *En la Edad Media. Fuentes, estructuras, crisis*, traducción de Antonio Malpica Cuello, Rafael G. Peinado Santaella y Bilal Sarr, EUG, Granada, 2016, p. 163 y ss.

¹⁸² Sobre esta idea, puede consultarse –por ejemplo– a KANTOROWICZ, Ernest H., “Mysteries of State. An Absolutist Concept and its late Mediaeval Origins”, en *The Harvard Theological Review*, Vol 48, No. 1, enero 1955, Cambridge University Press, London, pp. 65-91; ARQUILLIÈRE, Henri-Xavier, «Saint Grégoire VII. Essai sur sa conception du pouvoir pontifical», en *Revue d'histoire de l'Église de France*, n. 93, année 1935, Paris, pp. 552-561.

¹⁸³ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Administración española*, ob. cit, p. 103 y ss.

Pueden argüirse otros ejemplos como la idea del funcionario *de facto* o ciertas técnicas organizativas como la delegación, la avocación y la suplencia.¹⁸⁴ Todos estos elementos, que tienen una especial transcendencia para el ámbito burocrático, operan como conceptos de ordenación del personal de la Iglesia católica –desde los clérigos como funcionarios, hasta los trabajadores a su servicio– y constituyen un referente importante en materia de la organización funcionarial.

A los efectos que a este estudio interesa, resultan ilustrativas las palabras de LE BRAS : “*au service de l’Eglise, le clergé constitue un corps de fonctionnaires, dont le statut a été dès l’Antiquité défini avec une précision et une efficacité qui pourraient susciter, s’ils avaient quelque juste amour-propre, la jalousie des Etats. Aptitudes requises et modes de recrutement ; interdit de cumul et de simonie ; devoir de discrétion et d’obéissance ; subsistance et avancement ; responsabilité et sanctions : il n’est guère de chapitre que le droit classique ait omis de légaliser, et le docteur de commenter*”.¹⁸⁵

Es preciso considerar también que la Iglesia católica no solo fue un gran poder, sino que se reveló como una manifestación concreta y relevante de poder jurídicamente organizado. Por tanto, resalta de manera muy significativa su aspecto institucional,¹⁸⁶ en función de la consolidación de su autoridad política y social. Es notable, en este sentido, la preocupación por la determinación de sus estructuras y la ordenación del personal a su servicio, dentro de lo cual puede destacarse la jerarquía, como principio de organización, que primero se refería al cuidado de las cosas sagradas, luego alude a la gradación de los sujetos eclesiásticos y posteriormente tiene una presencia importante como principio de organización burocrático de la Administración Pública moderna.¹⁸⁷

II.1.2. Principal significación histórica de la etapa absolutista para la construcción teórica de la categoría funcionario público

Puede aseverarse con tranquilidad que el periodo absolutista reviste gran importancia para la historia de la Administración Pública y del Derecho Administrativo. Es en este periodo donde van sentándose las bases para la formación de las instituciones administrativas fundamentales en el proceso de

¹⁸⁴ Sobre la influencia en general del Derecho canónico para la Administración Pública moderna puede consultarse el trabajo de Carlos CARRASCO CANALS que –por su carácter de estudio preliminar– resulta sintético e ilustrativo. CARRASCO CANALS, Carlos, “Influencia de la Administración canónica y militar, en el derecho Administrativo, AA. VV., *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos*, Colegio Universitario de Estudios Financieros e Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982; GROSSI, Paolo, ob. cit., p. 121 y ss., 203 y ss.

¹⁸⁵ Véase LE BRAS, G., “Les origines canonique du droit administratif”, en MESTRE, Archille, *L’évolution du droit public*, Sirey, Paris, 1956, p. 399.

¹⁸⁶ Véase LIBERATORE MATHIEU, R. P., *Le Droit Public de l’Église*, traduit de l’italien par M. Aug. Onclair, Retaux-Bray Libraire-Éditeur, Paris, 1888, p.4.

¹⁸⁷ “L’organisation monastique doublait, en quelque sorte l’organisation séculière. Chaque maison, et à partir du X^e siècle chaque ordre, eut son administration techniquement divisée, rigoureusement hiérarchisée”. Véase LE BRAS, ob. cit., p. 397.

formación del Estado monárquico nacional. Ya a partir del siglo XV –que marca el inicio de la época moderna– se suscita un cambio en la concepción del Estado y se experimenta una transformación del aparato señorial en aparato estatal, que implicó la afirmación de la autoridad del Rey y el reforzamiento de instituciones centrales. Por medio de la política mercantilista el Estado deviene el más fuerte sujeto económico capitalista, monopoliza los medios de dominación política y despoja a los estamentos de sus privilegios públicos de autoridad. Aunque, por otro lado, dejó a los señores feudales su capital agrario y fomentó el nacimiento de un poder económico burgués muy potente, en la forma de capital móvil financiero, comercial e industrial, al que el Estado liberal daría luego casi absoluta libertad de acción.¹⁸⁸ A partir de este momento, el Estado implicará unidad de poder, de organización y de superación de la etapa de disgregación anterior; lo cual requiere –mínimamente– agentes más competentes, atribuciones mejor delimitadas y una ordenación jerárquica más efectiva.¹⁸⁹ En esta etapa se identifican, pues, puntos de quiebre de trascendental importancia para el posterior desarrollo de la Administración Pública y del Derecho Administrativo. En este contexto, naturalmente, no se puede hablar de Administración Pública, en el sentido contemporáneo, ni mucho menos de Derecho Administrativo, como tampoco se podía en el Estado medieval ni en el Estado feudal, puesto que no existía ningún límite preciso para los poderes de los agentes del Rey, ni procedimiento obligatorio para el ejercicio de sus funciones, ni libertades que los “súbditos” hubiesen podido hacer prevalecer sobre los mandatos dados en nombre del “soberano”.¹⁹⁰ Sin embargo, como señala VILLAR PALASÍ, la gran paradoja es que las técnicas básicas, las categorías jurídicas esenciales del Derecho Administrativo tienen un origen muy anterior a él mismo, son previas al constitucionalismo y la propia Administración Pública.¹⁹¹

A este efecto, la reconfiguración del Estado tiene un impacto consecuente en la articulación de las funciones públicas y un reflejo en la manera de desenvolverse las relaciones del poder con sus agentes. Las funciones que podrían llamarse públicas constituyen, pues, un género bajo el cual se integran todas las funciones que se refieren a la satisfacción del interés público. Existe entonces una pluralidad de funciones generales como las de gobierno, justicia, finanzas, policía. Otras, especiales, como la del

¹⁸⁸ Véase HERMMAN, Heller, ob. cit., p. 180 y ss.

¹⁸⁹ Puede consultarse el trabajo de BRANCOURT, J. P., “Des «etats» a l’État, évolution d’un mot”, *Archives de Philosophie du droit*, No. 21, 1976, Sirey, Paris, pp. 39-54; PAREJO ALFONSO, Luciano/ JIMENEZ-BLANCO, Antonio y ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, vol. I, *Parte General*, 5^a edición corregida, aumentada y puesta al día, Ed. Ariel, S.A., Barcelona, 1998, p. 3 y ss.

¹⁹⁰ Véase BERTHÉLEMY, H., en el prólogo a Mayer Otto, ob. cit., p. IX.

¹⁹¹ Véase VILLAR PALASÍ, José Luis, *El fin del Antiguo Régimen y los orígenes del Estado constitucional en España. La aparición del Derecho Administrativo*, conferencia pronunciada con motivo de la solemne inauguración del I Seminario de Historia de la Administración, 20 de febrero de 2001, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2001, pp. 4 y 5.

magistrado o la función principal de un oficio en particular. Igualmente, se distinguen algunas derivadas de una profesión o una actividad privada, como la de los cirujanos-médicos, por ejemplo. Por lo tanto, en principio, debe entenderse aquí cuando se habla de funciones públicas un significado muy general y vago que abarca todo el concepto de poder ejercido por el Estado. Tomando en consideración un sentido de lo público contextualizado en el escenario político, jurídico y social donde se asocia el interés público con los intereses de cuerpos intermedios, donde todo el poder del soberano es un poder ilimitado y los derechos individuales no existen.¹⁹²

De tal modo, el monarca encabeza la Administración y a su cargo está la dirección de sus agentes, a quienes nombra y distribuye a su arbitrio para la realización de ciertas actividades públicas. En sentido general, el desarrollo de determinadas estructuras administrativas permanentes estará relacionado con la intención de reforzar la centralización y unificar los mecanismos de intervención y de control del Estado monárquico.¹⁹³

En este periodo merecen destacarse dos aspectos de específico interés para el fenómeno funcional. Por un lado, el sistema de oficios desarrollado en Francia, por dos razones esenciales: la primera, porque los *officiers* y los *commissaires* devienen un antecedente muy directo de la figura funcional administrativa, y la segunda, porque los conflictos que entre ambos tipos de agentes se suscitaron influyeron, en cierta medida, en el debate sobre la forma de gobierno y los principios que debían regir la organización administrativa.

En este sentido, es atendible, de una parte, las funciones que materialmente le son encomendadas a estos agentes, verdaderas funciones públicas. En el caso de los *officiers*, mayormente relacionadas con asuntos de equidad y justicia y, en cuanto a los *commissaires*, se concentraron en la supervisión de los territorios, la ejecución de ciertos edictos y el enjuiciamiento de los abusos de los oficiales de finanzas. De otro lado, debe considerarse la influencia que desde el punto de vista semántico y conceptual tendrán los vocablos *offices* y *officiers* para la noción, cuanto menos genérica, de los servidores públicos. Durante este proceso el vocablo función pública adquirirá de a poco un sentido y alcance más concreto para abarcar los deberes vinculados a los cargos y empleos públicos que obliga

¹⁹² Véase GUYOT, Pierre-Jean-Jacques-Guillaume, *Traité des droits, fonctions, franchises, exemptions, prérogatives et privilèges*, Ed. Visee, Paris, 1787, livre II, chapitre LXXXII, p. 419 y ss ; DUPONT-FERRIER, G., "Les institutions francaises de Moyen Age vues à travers les institutions de l'Antiquité romaine", en *Revue historique*, CLXXI, 1933, pp. 281-298 ; KAFTANI Catherine, *La formation du concept de fonction publique...* ob. cit. p. 24 y ss.; GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *La Administración Española, última etapa del Rey Absoluto*, Ed. Alianza S.A, Madrid, 1972, p. 111 y ss.; GARCÍA-TREVIJANO FOS, José, *Tratado...*, ob. cit., pp. 1-39.

¹⁹³ Véase, PAGES, G., «Essai sur l'évolution des institutions administratives en France du commencement su XVI^e siècle à la fin du XVII^e», *Revue d'Histoire moderne*, t. 7e, No. 1, 1932, Paris, pp. 8-57; LALINDE ABADIA, J, *Iniciación Histórica al Derecho Español*, Ed. Civitas, Madrid, 1983, p. 8 y ss.; Renaut, Marie-Hélène, *Histoire du Droit administratif*, Ellipses, Paris, 2007, pp. 13-46.

a su titular a un modo de actuación particular y le impone una serie de servicios a cumplir. Los *officiers* representan, en cierto sentido, los intereses locales y los *commissaires*, al absolutismo real. Se trata del momento de máximo esplendor de la *vénalité des offices*. Sistema que fue organizado por la monarquía a partir del siglo XVI, con la finalidad de suplir sus gastos crecientes debido a las guerras. Ello trajo como consecuencia la fragmentación del poder a través de la venta de los cargos públicos, como medio de obtención de fondos. Ello, a la vez, devino en un importante mecanismo para la burguesía en ascenso, que con la compra de *offices* obtenía participación en el ejercicio del poder y las funciones públicas se convertirían en exclusividad de un reducido grupo de familias privilegiadas. Naturalmente, esto derivó en el debilitamiento de las instituciones centrales y de la autoridad real. Asimismo, el aparato administrativo se dispersó, conformándose estructuras lentas y engorrosas, incapaces de dar respuesta ante las tareas administrativas que iban ganando importancia. Ya es notable por ejemplo en la obra de Loyseau la conexión entre *offices* y función pública –en sentido material– asociados a la satisfacción del *intérêt public*. Asimismo, puede ilustrarse lo antes dicho con la distinción manejada mucho después entre las categorías *officier public*, *officier ministeriel* y funcionario público propiamente dicho, como analiza exhaustivamente LOUIS-LUCAS, en su estudio sobre la *vénalité des charges et fonctions publiques*.¹⁹⁴

Una segunda cuestión se presenta como una influencia indirecta, pero que en cierto modo, no se debe pasar por alto, porque acompaña uno de los puntos de modulación histórica en el proceso de formación de la noción de Administración Pública y del Derecho Administrativo. La referencia es a la cameralística como corriente de pensamiento fruto del contexto absolutista y que sentaría las bases para el surgimiento de la ciencia de la administración como evolución conceptual de la ciencia de la policía,¹⁹⁵ considerada parte integrante de las ciencias camerales.

¹⁹⁴ Véase LOUIS-LUCAS, Paul, *La vénalité des charges et fonctions publiques et sur celle des offices ministériels depuis l'antiquité romaine jusqu'à nos jours*, tomo I: préface - introduction générale - droit romain, Challamel Aîné, E. Thorin, Libraires-éditeurs, Paris, 1883, pp. 37, 58, 59, por ejemplo. Puede consultarse también LOYSEAU, Charles, *Du Droit des offices*, A. L'Angelier, Paris, 1610, pp 35-63 ; GUYOT, Pierre-Jean-Jacques-Guillaume, *Traité des droits, fonctions, franchises, exemptions, prérogatives et privilèges*, Paris, 1786, livre II, chapitre LXXXII, p. 419 y ss ; DUPONT-FERRIER, G., ob. cit., pp. 281-298.

¹⁹⁵ La nueva ciencia de la administración será la continuadora de la ciencia de la policía. Véase RUIZ DEL CASTILLO, Carlos, José GASCÓN Y MARÍN, Sabino ÁLVAREZ GENDÍN, Gregorio de PEREDA UGARTE, Eugenio PÉREZ BOTIJA, Segismundo ROYO-VILLANOVA, Carlos GARCÍA OVIEDO, Luis JORDANA DE POZAS, *Centenario de los iniciadores de la ciencia jurídico administrativa española*, Sesiones de estudios en conmemoración al centenario de la iniciación de los estudios administrativos en España, 15 y 17 de mayo de 1944, Publicaciones del Instituto de Administración Local, Madrid, 1944, obra completa; VON JUSTI, Juan Enrique, *Ciencia del Estado*, con estudio introductorio de Omar GUERRERO-OROZCO, Instituto de Administración Pública del Estado de México, A.C., México, 1996, p. 22 y ss; GUERRERO-OROZCO, Omar, “Los grandes maestros de la Administración Pública. Justi, Stein, Bonnin y González”, en *Revista de Gestión Pública*, vol. IV, No. 1, enero-junio, 2015, Centro de Estudios en Gestión y Política Pública, Chile, pp. 5-24; GARRIDO FALLA, F., “Las transformaciones del concepto jurídico de policía”, en *Revista de Administración Pública*, No. 11, mayo-agosto, 1953, Institutos de Estudios Políticos, Madrid, pp. 11-31; DEBBACH, Charles, ob. cit., p. 31 y ss.

Emergido desde la Europa germánica, el cameralismo es, esencialmente, una doctrina política-económica que se ocupó de los problemas generales del Estado y de repensar los modos de gobernar. Entre sus rasgos esenciales destacan la potestad absoluta del príncipe para nombrar y separar a sus funcionarios. En el ámbito económico, los cameralistas se oponían a la explotación directa de actividades por parte del Estado y propiciaban el cobro de subsidios y cánones a la industria y comercio privado. Los funcionarios –que debían ocuparse de la alta política– constituían una clase intermedia entre el pueblo y la aristocracia. Sin embargo, es evidente el cambio que genera en la dimensión ética y profesional de los agentes públicos, al preocuparse muy especialmente de propugnar un funcionario más diligente, honesto y fiel, en oposición al funcionario aristocrático medieval.

Lo anterior, devela inmediatamente la necesidad de que, además, se distinga por su preparación técnica y, en cierta forma, la experticia política y económica se prefiere para la ocupación de los empleos públicos. Como resultado de estas reformulaciones conceptuales comienzan a ser relevantes aspectos que irán determinando los rumbos de la administración monárquicas en cuanto a su organización y vínculos con sus agentes en el proceso iniciado de burocratización de las estructuras del poder. Entre los de mayor envergadura puede mencionarse la articulación de un aparato jerarquizado en virtud de una delimitación precisa de las obligaciones que se adquieren mediante el juramento de fidelidad; así como el paulatino cauce hacia la profesionalización. Esto último, a partir la progresiva incorporación de contraprestaciones dinerarias a los funcionarios.¹⁹⁶

La coyuntura económica mercantilista conduce a un replanteo de los modos de actuación del Estado. Ello genera, a su vez, un aumento considerable de las funciones administrativas y ponen de manifiesto la necesidad de una mejor organización en pos de un conocimiento más preciso de los elementos y factores de interés para la acción económica y administrativa del Estado, sus recursos financieros y problemas fiscales. Entre los factores de inminente atención para enfrentar tales preocupaciones, estaría, naturalmente, la educación, preparación técnica y disciplina de los funcionarios. No en balde, Prusia, uno de los territorios germánicos donde alcanza su máximo desarrollo el cameralismo, devine

¹⁹⁶ Véase JOHNSON, “The Concept of bureaucracy in Cameralism”, en *Political Science Quarterly*, vol. 79, No. 3, september 1964, PSQ’s Editor, New York, pp. 378-402; MOYA, Carlos, *Burocracia y sociedad industrial*, Editorial Cuadernos para el Diálogo, EDICUSA, Madrid, 1972, p. 14 y ss.

(FORSTHOFF, Ernst, *Tratado...*, ob. cit., p. 45 y ss.; KAMMERER, A., ob. cit., p. 28 y ss.). El instrumento principal a través del cual el Rey consolida su poder radica, en la instauración de una estructura burocrática que, aunque incipiente, supera con mucho la puramente doméstica del periodo altomedieval. A través de ella, el monarca se desembara de las limitaciones que a su poder y extiende su dominación. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, Vol I, 2^{da} edición, ed. Centro de Estudio Ramón Areces S.A., Madrid, 2000, p. 51 y ss. Sobre la influencia del mercantilismo en el proceso de burocratización y cambio en la forma de actuación del Estado, véase también: Weber, Max, *¿Qué es la burocracia?*, Ed. Coyoacan, México D.F., 2001, p. 52 y ss.; FORSTHOFF, Ernst, *Tratado...*, ob. cit., p. 37 y ss.; MAYER, Otto, ob. cit. p. 30 y ss.

con posterioridad la cuna del funcionariado moderno de la mano de Federico II.¹⁹⁷ El instrumento principal a través del cual el Rey consolida su poder radica, en la instauración de una estructura burocrática que, aunque incipiente, supera con mucho la puramente doméstica del periodo altomedieval. A través de ella, el monarca se desembaraza de las limitaciones que a su poder y extiende su dominación.¹⁹⁸

Entre los tantos aspectos que pueden referirse en torno a la influencia de las ciencias camerales, como primer gran momento de quiebre histórico para el origen y desarrollo posterior de la Administración Pública y el Derecho Administrativo, el impacto sobre el fenómeno funcional merece un realce particular porque, hasta la actualidad, el elemento técnico constituye talante consustancial a la concepción de funcionario público. La consideración de que únicamente aquellas personas que estén debidamente calificadas pueden prestar servicios al Estado, es básica a efectos de la organización administrativa en el contexto del Estado moderno en todas sus fases evolutivas.

II.1.3. Influencia del pensamiento revolucionario y posrevolucionario francés del siglo XIX

La evolución sociopolítica, a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, pone de manifiesto la búsqueda del poder por parte de la burguesía que emerge como la nueva y más poderosa clase de la época. En este contexto se verifica el surgimiento de teorías políticas y económicas, que analizan críticamente a la monarquía y su administración, sobre la base de implementar un sistema garante de las libertades. Así, las primeras manifestaciones en contra del mercantilismo, se producen todavía en la época del Estado Absoluto, con el advenimiento al poder, durante un corto periodo, de los teóricos de la fisiocracia o fisiócratas.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Véase FORSTHOFF, Ernst, *Tratado...*, ob. cit., p. 45 y ss.; KAMMERER, A., ob. cit., p. 28 y ss.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, Vol I, 2^{da} edición, ed. Centro de Estudio Ramón Areces S.A., Madrid, 2000, p. 51 y ss. Sobre la influencia del mercantilismo en el proceso de burocratización y cambio en la forma de actuación del Estado, véase también: Weber, Max, *¿Qué es la burocracia?*, Ed. Coyoacan, México D.F., 2001, p. 52 y ss.; FORSTHOFF, Ernst, *Tratado...*, ob. cit., p. 37 y ss.; MAYER, Otto, ob. cit. p. 30 y ss.

¹⁹⁸ Véase SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, Vol I, 2^{da} edición, ed. Centro de Estudio Ramón Areces S.A., Madrid, 2000, p. 51 y ss. Sobre la influencia del mercantilismo en el proceso de burocratización y cambio en la forma de actuación del Estado, véase también: Weber, Max, *¿Qué es la burocracia?*, Ed. Coyoacan, México D.F., 2001, p. 52 y ss.; FORSTHOFF, Ernst, *Tratado...*, ob. cit., p. 37 y ss.; MAYER, Otto, ob. cit. p. 30 y ss.

¹⁹⁹ Como obras de referencia puede verse: TURGOT, Anne-Robert, *Ecrits écomimique*, Ed. Calmann-Lévy, 11^{eme} édition, Paris, 2009; QUESNAY, François, *Physiocratie ou Constitution, naturelle du gouvernement le plus avantageux au genre humain*, A. Pekin et Trouve a Paris Editeurs, Paris, 1767.

La Revolución francesa, como otro de los momentos claves de la historia universal,²⁰⁰ tiene una influencia cardinal en la noción de la función pública y, consecuentemente, en la de funcionario público. Este momento no solo marcó el tiempo en que comenzó a crearse la ciencia de la administración,²⁰¹ a perfilarse los rasgos existenciales de la Administración Pública en su sentido moderno y el surgimiento del Derecho Administrativo, sino también encauza el proceso de formación del modelo de función pública francés, que devino referente en el resto de la Europa continental y en los países de su influencia.

La revolución francesa –concluye de modo muy ilustrativo GIANNINI– [completada por las revoluciones liberales sucesivas] eliminó las estructuras del absolutismo puro y del absolutismo ilustrado e introdujo una nueva estructura, que fue llamada desde sus comienzos "de derecho administrativo", esto es lo fundamental de dicho acontecimiento. A la experiencia nueva, fundada sobre el concepto de la autoridad del Estado, se adaptan las figuras e instituciones que conserva de su pasado: el funcionario de la corona pasa a ser, así, funcionario del Estado, el órgano de la corona se convierte en órgano del Estado, la jerarquía de los "oficiales" públicos en jerarquía de los departamentos, el acto del príncipe en disposición administrativa, la fuerza del acto pasa a ser la imperatividad de la disposición, la coercibilidad para el cumplimiento del acto del príncipe da vida a la autotutela administrativa, etc.²⁰²

En este escenario, la herencia napoleónica es pieza vital en materia de organización administrativa y el reflejo de la estructura militar, compleja y jerarquizada, tendrá una importante recepción en el sistema de función pública galo.²⁰³ Las propias nociones de *cadre* y *grade* son una manifestación de esto. De modo general, como expresara con matiz poético ORTIZ DE ZÚÑIGA,²⁰⁴ “al terminar aquella espantosa lucha, al caer de su eminente altura el hombre colosal que la dirigió y contuvo con sus manos, dejó éste a la Francia, el legado inapreciable de una Administración organizada con un cuerpo de leyes y reglamentos que la erigieron en ciencia”.

²⁰⁰ Véase, por ejemplo, BIGOT, Grégoire, ob. cit., p. 331 y ss.; GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 57 y ss.; Starck, Christian, « La Révolution française et le droit public en Allemagne », traducción al francés de Frédéric Weill, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, Année 1990, vol. 42, Núm. 1, Société de Législation Comparée, Paris, p. 251-272; GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Revolución francesa...* ob. cit., p. 35 y ss.; BREWER-CARIAS, Allan R., *Reflexiones...*, ob. cit., p. 121 y ss.

²⁰¹ BONNIN, Charles-Jean, *Principes d'administration publique*, Clement Frères, Libraires, Paris, 1809. En esta importante obra, considera a la Administración como ciencia.

²⁰² Cfr. GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 58.

²⁰³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución Francesa...*, ob. cit., p. 62 y ss.

²⁰⁴ ORTIZ DE ZUÑIGA, Don Manuel, *Elementos de Derecho Administrativo*, tomo I, Imprenta y Librería de Sanz, Granada, 1842, p. VIII.

De tal modo, la idea de un mejor gobierno, acompañada de la noción que ya se va gestando, de una función administrativa distinta e identificable en el conglomerado de funciones del Estado, al coadyuvar –según se analizó– a la identificación del vocablo función pública con el ámbito de los medios personales al servicio del Estado y de la Administración Pública naciente, también impactará la noción de funcionario público. En este sentido, tres son los aspectos fundamentales que inciden de manera decisiva:

El primero de ellos es el valor político-jurídico de la *igualdad* para la noción de funcionario público. La consagración del principio de igualdad es un asunto clave para el tema que se investiga. Sin dudas, marca otro de los momentos de cambios significativos en cuanto al fenómeno burocrático en sentido global. El punto de máxima connotación al respecto es la manifestación concreta de la igualdad –con expresión directa al acceso a los cargos públicos– en la Declaración de los derechos del hombre de 1879.²⁰⁵ La transición hacia una concepción de un Estado concebido diferente a la persona del Rey implica indefectiblemente que las funciones públicas dejen de ser monopolio de unos pocos privilegiados; ello con el propósito de garantizar que aquellas sean desempeñadas por personas con los conocimientos y talentos requeridos desde el punto de vista técnico y ético. Estas personas, que se desempeñan como agentes del poder son, en definitiva, las que influirán directamente en la administración de la cosa pública y tendrán un impacto significativo en la vida de los ciudadanos.²⁰⁶ Con fundamento en estas concepciones, es comprensible el afán de los revolucionarios franceses por eliminar todo lo que de alguna manera sugiriera el carácter patrimonial de las funciones públicas o la desigualdad del acceso a ellas. Consecuentemente, se va perfilando una noción de funcionario público basada, de inicio y con carácter efímero, en el amateurismo. En tal sentido, subyace, en cierta forma, el rescate de la antigua magistratura romana y la *virtud cívica* se erige como uno de los ejes cardinales para el funcionario.²⁰⁷ Este, recibe un mandato para ejercer una función pública y deviene responsable de su adecuada ejecución ante la Nación a la que se debe por completo.²⁰⁸

²⁰⁵ Artículo 6: La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente, o a través de sus representantes, a su formación. Debe ser la misma para todos, ya proteja o ya castigue. Al ser todos los ciudadanos iguales ante sus ojos, son por igual admisibles a todas las dignidades, plazas y empleos públicos, según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos. Véase Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano, ob. cit.

²⁰⁶ Véase, GODECHOT, Jacques, *La pensée révolutionnaire, 1780-1799*, Armand Collin, Paris, 1964, p. 94 y ss.

²⁰⁷ Véanse las reflexiones que al respecto hace KAFTANI con relación al sentido de *fonctionnaire* para los revolucionarios franceses: KAFTANI, Catherine, ob. cit., p. 66 y ss.

²⁰⁸ Véase WEBER, Max, *¿Qué es la burocracia?*, ob. cit., p. 73 y ss.; SAUTEL, Gérard, *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française*, administration-justice-finances, 5^e édition, Dalloz, Paris, 1982, p. 55 y ss.

Esta idea emerge desde el canon iluminista y la influencia teórica de la ciencia de *pólíce*, cuyo objetivo, se dice, era conducir al hombre “*a la plus parfaite félicité dont il puisse jouir en cette vie*”.²⁰⁹ La igualdad será uno de los principios vertebradores de todo el sistema de la función pública y será el prisma a través del cual se construyan pilares cardinales de las nociones de función pública y funcionario público, a saber, el reconocimiento de los derechos y las garantías funcionariales, su organización y funcionamiento en general, el mérito y la capacidad, como columna vertebral de la carrera administrativa, la estabilidad, etcétera.

La pertenencia a la clase funcionarial implicará entonces la delegación de una parte de la autoridad soberana de la Nación y el ejercicio del poder en su nombre. Cualquiera que fuera la actividad específica encomendada al funcionario en el ámbito de la distribución de poderes, este, como agente de la Nación, ostenta un deber de plena devoción a los asuntos públicos. La Nación soberana se estima un sujeto de derecho colectivo que dispone de los asuntos de interés público como considere conveniente y los funcionarios forman un cuerpo de gobierno que deriva de la autoridad y mandato de esta. Se reconoce entonces la necesidad de existencia de agentes que aseguren el funcionamiento adecuado del Estado y sus servicios públicos y es solo en ese contexto que se admitiría una gradación jerárquica. En cualquier otro sentido, solo existen ciudadanos iguales ante la ley.²¹⁰

Un segundo aspecto se refiere al cambio en la concepción en cuanto a la noción de *interés público* en el contexto del Estado liberal de Derecho. Uno de los grandes cambios que se generan bajo la influencia iluminista y la doctrina económica liberal²¹¹ es el redimensionamiento de la noción de lo *público* y lo *privado*, que se perfila en su sentido moderno a partir de las últimas décadas del siglo XVIII. Si hasta entonces el término público estuvo vinculado al Estado, a la *cosa de todos*, ahora se enarbola un nuevo razonamiento, en virtud del cual la primacía del interés público no lo coloca solo por encima de lo individual, sino que está concebido para garantizar el ejercicio armonioso de los propios intereses particulares en la sociedad, de la mano del Estado, en función del bienestar común.²¹²

²⁰⁹ Véase DE LA MARE, Nicolas, *Traité...ob. cit.*, p.3

²¹⁰ Véase SIEYES, Emmanuel, *Essai sur les Privilèges*, ob. cit., p. 16.

²¹¹ Como obra de referencia al respecto, véase: SMITH Adam, *La riqueza de las naciones*, Fondo de cultura económica, México, 1998. Puede consultarse además a: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico*, Cordillera S.A.C., Lima, 2003, p. 56. Puede consultarse, además, STIGLITZ, Joseph E., *La economía del sector público*, 2da edición, Antoni Bosch (ed.), Barcelona, 1995, pp. 63-90.

²¹² Véase BOLGAR, Vera, «L'intérêt général dans la théorie et dans la pratique», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1965, vol. 17, No. 2, Paris, pp. 329-363; CHEVALLIER, Jacques, “L'intérêt général dans la administration française”, en *International Review of Administrative Sciences*, december 1, 1975, disponible en <http://www.doi.org>; SIEYES, Emmanuel, *Qu'est-ce le Tiers État*, P.U.F, Paris, 1982, p. 66 y ss; SAINZ MORENO, Fernando, “Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 8, 1976, Ed. Civitas, Madrid, pp. 63-94.

De conjunto con la consideración de que el Estado es el único capaz de asumir la síntesis de los intereses sociales –que naturalmente revela la influencia hegeliana–, esta idea es notable en BONNIN: “para garantizar la armonía social, la autoridad estatal debe seguir siendo independiente y neutral con respecto a los diferentes grupos sociales, apropiarse del poder necesario para imponer su voluntad y hacer prevalecer el interés público que no es otro que la reunión de intereses privados para el beneficio común”.²¹³

En el ámbito del Derecho, la manifestación de esta nueva prospección se concreta, en general, en la diferenciación del Derecho Público y el Derecho Privado, no solo abandonando la concepción romanista, sino también que, en particular, nace la rama iusadministrativa perfilando su objeto; hasta ese momento asociado a la noción de policía, ahora abarcará la regulación del orden y la administración del gobierno para transformarse de a poco en un Derecho concebido para la utilidad común del pueblo, entendido como un cuerpo político.²¹⁴

Lo anterior sentó las bases para la distinción entre el gobierno y la administración, a partir, fundamentalmente, de que se fuera asociando el término gobierno, en un sentido material, con la política, y el de administración con la acción positiva del gobierno, encauzada a la gestión y satisfacción de las necesidades colectivas. Esta concepción se desarrollará durante todo el siglo XIX por las corrientes liberales para delimitar el aparato administrativo en relación al ámbito gubernamental.

Bajo estas concepciones, el gobierno representa un papel principal al frente de toda la acción política y la Administración se va transformando en el brazo que la ejecuta. Se concibe así como institución instrumental que, bajo la dirección y supervisión de aquel, mantiene el orden, resguarda las propiedades y su disfrute, pondera los intereses privados y los hace contribuir al interés general. La complejidad que denota el desarrollo del Derecho –en general– y de la ciencia de la administración y el Derecho Administrativo –en particular– va perfilando y acentuando gradualmente su aspecto científico. En este sentido, constituye un hito de especial significación la ley de 24 de mayo 1872, que atribuía la *justice déléguée* al Consejo de Estado francés, lo cual precisa un cambio en la concepción del Derecho Administrativo, cuya autonomía fue reconocida posteriormente con el fallo Blanco de 1873.²¹⁵

²¹³ Véase BONNIN, Charles-Jean, ob. cit., p. 84); KANT, Immanuel, *Qu'est-ce le lumière?*, ensayo disponible en <https://philosophie.cegepter.qu.ca>, consultado 5 de agosto de 2019.

²¹⁴ GORDILLO, Agustín, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, pp. 9-15; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo...*, ob. cit. p. 50 y ss.

²¹⁵ Véase BONNIN, Charles-Jean, *Principes d'administration publique*, Renaudière, Paris, 1812, p. 94 y ss.; CHEVALLIER, Jacques, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*,

El reflejo inmediato de lo anterior sobre la idea de funcionario público es contundente. Primeramente, porque si se experimenta un cambio de tal magnitud en el rol del Estado y en la manera de entender y ejercer el poder público, esto iría acompañado también de una modificación del modo de concebir a los agentes públicos. En este sentido, el eje fundamental de su actuación se enfocaría en el interés público y ya no en el compromiso con el poder absoluto del monarca y la arbitrariedad de la administración.²¹⁶ El Imperio Napoleónico consolida la Administración centralizada y jerarquizada. Los funcionarios –identificados plenamente con el Estado– no eran meros empleados, sino defensores del interés general, con capacidad y méritos para desarrollar eficazmente sus responsabilidades.²¹⁷ Los funcionarios devienen, bajo esta concepción, garantes del interés general; noción que se erigirá como principio cardinal de la Administración Pública y del Derecho Administrativo.²¹⁸

De tal modo, el interés público se asume igualmente como fundamento del particularismo jurídico de la función pública, en la medida en que se entroniza la idea de que la relación entre la Administración Pública y sus agentes es un vínculo especial y que la profesión de los funcionarios públicos se diferencia del resto de los oficios. Ello irradiará sus efectos al proceso de elaboración y consolidación de la concepción legal o reglamentaria y del abandono de las teorías civilistas e intermedias que explican la naturaleza de la relación de servicio entre el funcionario y la Administración Pública.

Todo ello, tuvo también un influjo en el componente axiológico de la función pública. El funcionario público se debe a la función que realiza y la salvaguarda del *interés público* tributará directamente a la justificación de todo el sistema de deberes, prerrogativas y garantías funcionariales que se van articulando. Es sobre esta base, por ejemplo, que se va modelando la idea de imparcialidad como parte del sistema de garantías de los funcionarios para contrarrestar la sumisión a la que estaban sometidos;

L.G.D.J, París, 1970, p. 48 y ss; MANNONI, Stefano, *Storia dell 'acentramento amministrativo in Francia*, vol. I, Giuffré, Milán, 1994, p. 13 y ss.; BURDEAU, François, ob. cit., p. 199 y ss.; COS-GAYÓN, Fernando, *Historia de la Administración Pública en España*, Imprenta de D. José Velletri, Madrid, 1851, p. 160 y ss.; MACAREL, M., *Cours de droit administratif*, Tome I, ob. cit. p. 12 y ss.; MAYER, Otto, *Derecho Administrativo...* ob. cit., p. 12; CASSESE, Sabino, “La costruzione dil Diritto Amministrativo: Francia e Regno Unito”, en AA.VV., Sabino CASSESE (curatore), *Tratato di Diritto Amministrativo*, DOTT. A. Giuffre editore, Milano, 2003, pp. 1-94; MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo I, *Historia de las instituciones jurídico-administrativas*, 4ª edición, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 20 y ss.

²¹⁶ Vid. MATTEUCCI, Nicola, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Trotta, Madrid, 1998, p. 39 y ss; MESTRE, Jean Louis, *Un Droit Administratif a la fin de l'ancien Régime. Le Contentieux des Communautés de Provence*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1976, obra completa.

²¹⁷ Véase ORTIZ DE ZUÑIGA, Don Manuel, *Elementos de Derecho Administrativo*, tomo I, Imprenta y Librería de Sanz, Granada, 1842, p. VIII.

²¹⁸ Véase CHEVALLIER, Jacques, “Les fondements...”, ob. cit., pp. 3-57. Según la concepción hegeliana, que influyó significativamente en el pensamiento jurídico francés y alemán del siglo XIX, el Estado es el único capaz de realizar la síntesis de la voluntad general y los intereses individuales porque frente al ámbito del derecho privado y del interés particular de la familia y la sociedad civil, el Estado constituye una necesidad externa y un poder superior, al que se subordinan sus leyes y sus intereses. HEGEL, Guillermo Federico, *Filosofía del Derecho*, traducción de Angélica Mendoza de Montero, 5ta edición, Ed. Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 212 y ss.

lo cual tiene una trascendencia posterior especial en el modo de entender y articular las relaciones entre los agentes y el Estado.

Por último, el tercer aspecto es el relativo a la delimitación de las situaciones jurídicas de los funcionarios públicos. Durante la primera mitad del siglo XIX, en la medida en que se acrecienta la influencia del liberalismo económico, y a partir del desarrollo de las Administraciones posrevolucionarias, la concepción del Estado como promotor de la riqueza y el bienestar común deriva necesariamente en un rediseño de la Administración que, como garante y gestora del interés público, requerirá un funcionamiento ágil y técnico en el tránsito por sus diferentes etapas.²¹⁹

El propio periodo histórico develará las transformaciones que la Administración Pública habrá de experimentar, sobre todo a partir de la asunción paulatina de cometidos públicos diversos. Una de las consecuencias de esta realidad es el aumento del personal burocrático, que ya no se identificaría únicamente con la realización de tareas intelectuales al frente de los principales cargos públicos del Estado, sino que asumiría sectores con predominio de la actividad manual y técnica.²²⁰

Por tanto, se manifestará un impacto en la noción de funcionario público, que ahora requiere ser distinguido del resto de las categorías de agentes del Estado. Durante este proceso es que se van incorporando determinados elementos que adquieren un rol primordial en el empeño definitorio de la figura en estudio, como el sistema de responsabilidades, la condición estatutaria, la imparcialidad, la permanencia, el sueldo a cargo de los fondos públicos; así como se van presentando también debates trascendentes que derivan en propuestas teóricas como las nociones de funcionarios de confianza política o la diferenciación de los funcionarios de autoridad y de gestión, por ejemplo. Este proceso de precisiones conceptuales en torno a la concepción de funcionario público tendrá como eje central la concreción legal de sus situaciones jurídicas, para lo cual sería indefectible sentar criterios sobre sus perfiles definitorios –ya como institución *iusadministrativa*– ante la disparidad adquirida en cuanto a su sentido y alcance.

Este proceso que, naturalmente, tiene expresiones diversas en la región continental europea, genera planteamientos similares con soluciones análogas, en algunos casos, y diferentes en otros. Sin embargo, las valoraciones son concordantes, a efectos de la relevancia que tiene la paulatina delimitación de las situaciones jurídicas de los *funcionarios públicos*, cuanto menos, para ser concebidos como un sector de especial atención *iuspública*. Consecuentemente, no es de extrañar que la preocupación y necesidad de ordenación del personal al servicio del Estado –en el contexto, además,

²¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Administración española*, ob. cit., p. 25 y ss.

²²⁰ CHEVALIER, Jacques y Daniels LOSCHAK, *Ciencia Administrativa*, tomo I, *Teoría General de la Institución Administrativa*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986, p. 196 y ss.

de la profesionalización de las funciones públicas— tome otra dimensión. De tal modo, se va poniendo de relieve la imperiosidad de dotar al funcionario público de un estatuto particular, sobre la base de considerar que sus situaciones jurídicas difieren sustancialmente de los trabajadores del sector privado.

Por un lado, los argumentos jurídicos de comienzos del siglo XIX ya afirmaban la integración del funcionario en las estructuras bien definidas del ejecutivo, al mismo tiempo que enfatizaban su responsabilidad civil y criminal, alrededor de la cual se construirá ulteriormente la red compleja de derechos y deberes del agente. Por otro lado, a través de la idea de un estatuto legislativo que establece los principios fundamentales de la función pública, surge un nuevo uso del término ‘funcionario’ para abarcar a todos los agentes, funcionarios y empleados que ejercen una función pública en el seno de la administración y perciben salario directamente de los fondos estatales.

A modo ilustrativo del momento inicial de delimitación de las situaciones jurídicas de los funcionarios públicos, pueden mencionarse algunos ejemplos significativos que constituyen antecedentes importantes. En Prusia, la Instrucción de 26 de diciembre de 1808, aunque con amplitud y cierta ambigüedad, establece un verdadero régimen disciplinario para proceder al despido de los funcionarios.²²¹ Por su parte, a mediados del siglo XIX, Inglaterra, independientemente de la supeditación del *Civil Service* a la Corona, presenta, desde la tradición, una concepción de permanencia del *civil servants* como parámetro de eficacia en la consecución de las políticas públicas. Si bien la concepción británica no se deja impregnar por el modelo francés, la doctrina de la *eficacia indiferente* se presenta como una derivación de la imparcialidad.²²² En España, el Reglamento de Instrucción pública de 26 de junio de 1821, reconoce la estabilidad en el puesto a los catedráticos universitarios. En el propio país, el Decreto de 3 de julio de 1824 (referido especialmente a los funcionarios de hacienda), establece como causa de desvinculación la mala conducta o la evidente ineptitud, lo cual constituye un antecedente destacable del criterio de objetivación de los motivos de terminación de la relación de servicio.²²³

²²¹ KAMMERER, A., ob. cit., p. 152 y ss.

²²² Véase ARMSTRONG, W. y E. GREBENIK, *El informe Fulton*, ob. cit., p. 155 y ss.; LASO VALLEJO, Gregorio, *La función pública en Inglaterra*, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Madrid, 1995, p. 27 y ss.

²²³ Véase ASENSIO JIMÉNEZ, Rafael, *Políticas de selección en la función pública española (1808-1978)*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1989; ASENSIO JIMÉNEZ, Rafael, “Los regímenes de función pública en Francia y España: evoluciones recientes (comentarios a un número monográfico de la revista francesa de función pública), en *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 17, 1987, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao; ARROYO LLANES, *La ordenación de la función pública contemporánea: la carrera administrativa (1808-1963)*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 1996, p. 130 y ss.; RINCÓN CÓRDOVA, Jorge Iván, *Derecho Administrativo Laboral, empleo público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2009, p. 63 y ss.

El contexto decimonónico descrito marcará definitivamente los destinos teórico-prácticos de la función pública, incluida la noción jurídica de la categoría funcionarial. Por un lado, en materia de organización, las alternativas que van surgiendo a partir de las experiencias de los diferentes Estados –europeos y americanos²²⁴– son las que finalmente sirven de fundamento a los sistemas jurídicos clásicos de ordenación de los medios personales al servicio de la Administración Pública que se desarrollan y consolidan durante este periodo. Por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia logran concretar las concepciones relativas al particularismo jurídico de la función pública, a la profesionalización, la imparcialidad y la estabilidad.

Uno de los grandes debates suscitados durante la primera mitad del siglo XIX que tuvo repercusión en la delimitación de las situaciones jurídicas de los funcionarios públicos, a partir de una nueva modulación conceptual, fue el generado en torno al artículo 75 de la Constitución francesa del año VIII.²²⁵ Este precepto propugnaba una garantía procesal en beneficio de los que denominaba con la expresión *agent du gouvernement*. Estos, solo podían ser procesados, por los hechos relacionados con sus funciones, en virtud de una decisión del Consejo de Estado.

La parte del resultado de la cuestión polémica, que a efectos de esta investigación interesa, es la relativa a la interpretación que se da la alocución *agent du gouvernement*. Ante el alcance genérico que ella tiene y ante la importancia de la garantía constitucional, emerge la necesidad de sentar pautas para distinguir a qué tipo de agentes se atribuía tal beneficio. De manera que la jurisprudencia del Tribunal de Casación y del Consejo de Estado convienen que, de todos los funcionarios que integran el poder ejecutivo, serían beneficiarios de la garantía administrativa establecida en este precepto, solo los depositarios de una parte de la autoridad gubernamental y administrativa y que actuaban en nombre del Gobierno en su mediata o inmediata dirección.

Al colocar la autoridad ejecutiva como rasgo de diferenciación, se excluye de plano a los agentes judiciales y se asiste a un replanteo de la concepción de funcionario público. No solo porque se perfilan concretamente sus contornos en la esfera de actuación política y administrativa, sino porque se sientan las bases jurídicas para la distinción con los auxiliares u otros agentes al servicio de la

²²⁴ En el modelo norteamericano de inicios del siglo XIX –resultado de su superestructura política y social– la organización administrativa no respondía a los esquemas de las Administraciones Públicas europeas. El funcionario no es nombrado con la finalidad de que realice toda su carrera en el servicio público, sino para que ocupe cierto cargo público durante un periodo de tiempo determinado o indeterminado, sin posibilidad de cambio o ascenso. Véase, MERTON, R.K., *Teoría y Estructuras Sociales*, Ed. Fondo Cultural, México, 1974, p. 25 y ss; JORDANA DE POZAS, L., “Situación y necesaria reforma del Estatuto de los Funcionarios Públicos”, en AA.VV, *El cincuentenario de su docencias*, Ed. Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1952, pp 65-92; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la Función Pública*, ob. cit., p.31 y ss.

²²⁵ Véase VIVIEN, *Études administratives*, 3e édition, Guillaumin, Paris, 1859, p. 267 y ss.; BURDEAU, François, ob. cit., p.79 y ss; KAFTANI, Catherine, ob. cit., p. 111 y ss.

Administración. Esto, a su vez, dará entrada a la polémica distinción entre *funcionarios públicos* y empleados –con los diferentes matices que adopta a partir de entonces y hasta la actualidad–. Estas notas coadyuvarán a la construcción teórica de la noción de funcionario público como servidor público especial, a partir de la delimitación de estas situaciones jurídicas –y otras que en su virtud se van estableciendo–; tomando como base el fundamento teleológico del interés público.²²⁶

II.1.4. Las influencias del siglo XX: un nuevo punto de quiebre conceptual

A principios del siglo XX, una nueva realidad socioeconómica impone otro cambio en el ámbito de la función pública y las relaciones de la Administración con sus agentes y con el propio sector privado, fortalecido hasta entonces por las concepciones liberales. En el contexto del Estado liberal de Derecho, las Administraciones posrevolucionarias eran por esencia abstencionistas. Sin embargo, en la medida en que el campo y los modos de intervención administrativa se desarrollan, el aparato estatal se convierte en una organización cada vez más compleja y diversificada, con nuevas tareas de gestión de actividades sociales.

La actuación de la Administración Pública comienza trascender el ámbito meramente ejecutivo y reglamentario, asumiendo cada vez más cometidos –fundamentalmente actividades de índole social, relativas a la beneficencia, educación, sanidad, etcétera–. De hecho, una de las características relevantes de la economía política del naciente siglo XX fue el papel cada más importante del gobierno y del sector público, constituyendo uno de los síntomas del retroceso de la economía de mercado. La mano oculta de Adam SMITH era cada vez más visible. Asimismo, la democratización de la política impulsó a los gobiernos a aplicar estrategias de reforma y bienestar social y a encaminar acciones de índole proteccionista para la defensa de determinados intereses económicos.²²⁷

Esta coyuntura fáctica –que comienza a notarse desde finales del siglo XIX– también empieza a generar cambios en el orden de las ideas políticas y sociales. Se perfila entonces el nuevo giro político, económico y social, caracterizado por el nacionalismo, los monopolios públicos y la intervención estatal.²²⁸ Este escenario se mantiene con el desarrollo del Estado social de Derecho o Estado de

²²⁶ Al respecto puede verse lo expuesto por KAFTANI, Catherine, ob. cit., p. 111 y ss.

²²⁷ Véase HOBBSBAWM, Eric, *La Era del imperio (1875-1914)*, 6ta edición, Crítica, Buenos Aires, 2009, p. 62.

²²⁸ Vid. VILLAR PALASÍ, J. L., “La actividad industrial y comercial del Estado en el Derecho Administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, No. 3, 1950, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 53-130.; LANGROD, George, *L'Entreprise Publique en Droit Administratif Comparé*, RIDC, París, 1956, p. 217 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, en *Revista de Administración Pública*, No. 17, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p.118 y ss.; BREWER CARIAS, Allan Randolph, *Las empresas públicas en el Derecho comparado. Estudio sobre el régimen de las actividades industriales y comerciales del Estado*, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967, obra completa; MUÑOZ MACHADO, Santiago,

bienestar, cuya consolidación se apreciará luego de la segunda guerra mundial; momento en el que vuelve a recolocarse la intensidad del intervencionismo estatal y el protagonismo del sector público.²²⁹ La consecuencia inmediata de este panorama será una proliferación de técnicos y especialistas en el aparato burocrático estatal, lo cual acentúa los conflictos internos del personal administrativo en expansión. Se evidencia, pues, cierta oposición a la concepción estatutaria, en favor de las posturas contractuales por estimarse que la función pública es un empleo como cualquier otro –aunque finalmente termina imponiéndose la estatutaria–. Por tanto, los agentes públicos deben disponer de iguales derechos para defender sus intereses frente al Estado que opera como empleador. Esta realidad va acompañada –y en parte se explica– por el desarrollo del movimiento obrero que también adquiere protagonismo en reclamo de derechos laborales y de participación política; esto último, a través de la acción sindical. La consagración del trabajo como derecho fundamental (Constitución de Querétaro –1917– y Weimar –1919–) y las conquistas laborales paulatinas en virtud del Desarrollo del Derecho del Trabajo, comenzarán a ser reclamadas al ámbito funcionarial.²³⁰

De esta manera, se va abandonando la idea de que la relación Estado-funcionario es una expresión de lealtad personal del agente para con el ente de poder político. Se imprime en este sentido un nuevo matiz, colocando dicha relación en un plano impersonal y ordenada por normas jurídicas generales y objetivas, relativas a la organización de todas las funciones públicas. Consecuentemente, la autoridad ejercida por el funcionario se independiza de su persona, reconfigurándose como una labor al servicio de la sociedad. Se evidencia un primer golpe de gracia a la concepción de las relaciones de especial sujeción, pues el replanteo de la relación entre el Estado y sus funcionarios comenzará a transitar por otros cánones, en la medida en que se va introduciendo la idea de reconocimiento de derechos subjetivos a los funcionarios públicos.²³¹

De modo general, las modulaciones en cuanto a la noción de funcionario público estarán signadas por estas coyunturas. Siempre que ha habido alteración del rol del Estado, el reflejo se hace perceptible en la manera de asumir la relación Estado-funcionario y en la forma de entender las relaciones

Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General I. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho, 2da. Edición, Iustel, Madrid, 2006, p. 877 y ss.

²²⁹ Influencia significativa para el desmembramiento del pensamiento liberal burgués tuvo también la ocurrencia de hechos históricos como las revoluciones rusa y mexicana, en la segunda década del siglo XX. Asimismo, en el ámbito legislativo, es imprescindible mencionar la Constitución de Weimar en la cual, además de los derechos económicos individuales y políticos tradicionales, se consagran derechos sociales. Véase Constitución del Imperio (Reich) alemán, de 11 de agosto de 1919, en *Textos constitucionales españoles y extranjeros*, Athenaeum, Zaragoza, 1930.

²³⁰ Véase CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, tomo II, 12^e, Ed. Montchrestien, París, 2000, p.10 y ss.; AUBY, Jean Marie (*et al*),... ob. cit., p.10 y ss; PALOMAR OLMEDA, Alberto, ob. cit., p.136 y ss.

²³¹ En este sentido es ilustrativo la admisión por parte de la jurisprudencia francesa de reparación pecuniaria del Estado, por destitución ilegal. Véase CE. Ass. 7 avr. 1933, *Deberles*, Rec. 439 en LONG, M., P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE y B. GENOVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15^e, Dalloz, 2005, pp. 286-288.

jerárquicas. En este sentido, dos son los momentos del siglo XX que muestran esta realidad. En primer lugar, el punto de ruptura con las concepciones políticas, económicas y jurídicas en virtud de la influencia de la escuela francesa del servicio público, que acompaña el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho y, en segundo lugar, el curso de los cambios sociopolíticos de las últimas tres décadas del propio siglo, que determinan el colapso del Estado benefactor y el replanteo de las fórmulas tradicionales de actuación pública.

Desde las primeras décadas del siglo XX surge un nuevo concepto, el *servicio público*,²³² sobre la base del cual la filosofía política construirá gradualmente el modelo de Estado social de Derecho. Por lo tanto esta idea anuncia un cambio completo en el modo de explicar la relación Estado-sociedad. Desde su perspectiva, el Estado es considerado –ante todo– una cooperación de servicios públicos; cuya intervención no se fundamenta sobre la base del ejercicio de un poder dominante, sino que tiene la principal finalidad de servir al interés colectivo.²³³

Esto determina un nuevo rol del ente político que ahora debe realizar su cometido a través de la prestación de un cúmulo creciente de servicios. Cualquiera que sea la opinión que se admita sobre la noción de Estado –dice DUGUIT²³⁴ –, no se puede negar que es esencial para que haya un Estado, la existencia de una fuerza vinculante, material e irresistible. Pero es importante señalar que esta fuerza material está limitada por la ley. Si el Derecho sin coacción es impotente y por lo tanto no es un poder del Estado, la coacción sin el Derecho es la barbarie. Del mismo modo, los actos de los gobernantes deben imponerse a sus gobernados no para que experimenten el poder público, sino en la medida en que constituyen los servicios públicos, es decir, las actividades que garanticen la existencia permanente del Estado. La base y límite del poder de los gobernantes debe ser entonces la ley del servicio.

En este escenario, los tres aspectos enunciados en el acápite anterior –la especialidad, profesionalidad y estabilidad en la órbita del ejercicio de las funciones públicas– adquieren un grado especial de concreción y relevancia. El realce de la especialidad de la situación jurídica del funcionario público – identificado de manera plena y constante con el servicio público– evidencia la necesidad cada vez mayor de un estatuto jurídico particular que regule la condición funcional y las relaciones de los agentes públicos con el Estado. El ejercicio de la función pública es considerado una profesión especial destinada a satisfacer las necesidades colectivas, para garantizar un funcionamiento continuo

²³² DUGUIT, Leon, *Traité de Droit Constitutionnel*, tome II et III, ob. cit.; JEZE Gaston, *Les Principes*, ob. cit.; ROLLAND, Louis, *Précis*, ob. cit.; BONNARD, Roger, *Précis...*, ob. cit.

²³³ Véase DUGUIT, Léon, *Traité de Droit constitutionnel*, tome II, ob. cit., p. 59 y ss.

²³⁴ Ídem, p. 47.

del propio servicio. La función es principalmente un ministerio de servicio público, es decir, una actividad que contribuye a la realización de un servicio. Desde este punto de vista, dada la especialización de los servicios, cualquier función tiene dos elementos, título y empleo. El título representa el tipo de función, el empleo representa la especie en particular.²³⁵

El fenómeno intervencionista creciente de la Administración Pública implica de inmediato la realización de tareas especializadas. Por lo tanto, el nivel técnico de aquellas va requiriendo personal más específico; lo cual genera la necesidad de consolidar su estabilidad –como forma de garantizar la existencia y funcionamiento regular de los servicios públicos–. Esto influye en la incorporación del rasgo de permanencia a la noción de funcionario público –como nota distintiva– y establece los cimientos para la concepción de una carrera administrativa estable que lo dote de un estatus profesional especial. El funcionario público se erige como el agente que participa de manera permanente y normal en el funcionamiento del servicio público.²³⁶

La importante influencia que ofrece la escuela del servicio público –con la que se llega a colocar esa categoría como piedra angular del Derecho Administrativo en este periodo– repercute en la concepción de funcionario público que se va apartando de su identificación con el ejercicio del poder público –en el sentido de autoridad– y se concreta en el ámbito del propio servicio –a través de la permanencia como rasgo definitorio. No obstante, debe tomarse en consideración que una parte de la doctrina mantuvo el criterio de la autoridad, a fin de pautar los límites de la acción del Estado y enmarcar el ámbito donde debe permanecer presente el ejercicio de dicha autoridad. Con base en la diferenciación teórica de los actos administrativos en actos de autoridad y actos de gestión, en el contexto de la función pública, esta concepción pretendió servir como criterio de distinción entre el funcionario –en sentido estricto– y los empleados o personal técnico en relación de empleo con la Administración Pública. La extrapolación teórica convoca a la distinción entre funcionarios de autoridad y funcionarios de gestión.²³⁷

La postura anterior encuentra su explicación en la propia expansión que experimentó el personal administrativo –fundamentalmente a lo largo del XX–. Este incremento y el aumento paulatino de sus

²³⁵ Véase HAURIU, Maurice, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929 d'après les notes d'arrêtes du Recueil Sirey réunies et classées par A. Hauriou*, tomo III, Sirey, Paris, 1929, p. 60.

²³⁶ Véase DUGUIT, Léon, *Traité de Droit constitutionnel*, ob. cit., tomo III, p. 7 y ss; HAURIU Maurice, *Précis de Droit...*, ob. cit. 11^{ème} édition, p. 733 y ss.; JEZE Gaston, *Les Principes généraux du droit administratif*, 3 vol., tomo II, 3^e éd., Giard, Paris, 1925-1930, p. 241 y ss.

²³⁷ Al respecto puede consultarse, por ejemplo, LAFFERRIERE, E, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tomo I, 2^e édition, Paris, 1896, p. 186 y ss; NEZARD, Henry, *Théorie juridique de la Fonction publique*, Ed. Librairie de la Société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1901, p. 460 y ss; BERTHELEMY, Henry, *Précis...*, ob. cit., p. 47 y ss.

actividades, difuminó la línea divisoria con el empleado privado. El impacto se hace sentir modulando la forma de concebir las relaciones de jerarquía pues –favorecido por el fenómeno contundente de la profesionalización– el funcionariado en aumento se siente más próximo al ámbito laboral común. En tal sentido –además– comienzan a exigir derechos que hasta el momento eran impensables en la esfera del ejercicio del poder. La pretensión de la distinción propuesta –con base material en el tipo de actos que se realizan– era preservar las particularidades del vínculo entre el funcionario y el Estado y salvaguardar la especialidad de la función pública. Al menos, de esta manera, podía considerarse solo a los funcionarios de gestión en condición de igualdad con los empleados del sector privado y reconocerse el disfrute de derechos laborales. Naturalmente –en el contexto dominante del servicio público– esta delimitación fue rechazada por ser contraria a la concepción respecto al rol del Estado –cuyo fundamento no era la autoridad, sino el bienestar social–.²³⁸

Al funcionario no le es dada entonces la posibilidad de apropiarse de la función, así como tampoco crear o modificar su estatuto legal. Es la propia ley del servicio la que debe reconocerle sus derechos y obligaciones a fin de evitar cualquier interrupción en la realización regular del servicio. Con base en la propia especialidad de la situación del funcionario, este ostenta derechos y deberes particulares. Sin embargo, tal condición emana del Derecho –con mayor precisión del derecho objetivo–. En tal sentido, las ventajas o beneficios que su estatus genera, se derivan de la propia articulación de un ordenamiento legal específico de la función pública. Este garantiza la adecuada organización y funcionamiento de la Administración, a favor del interés del servicio, favoreciendo también al funcionario. Así, el beneficio por la consagración del funcionario a las necesidades del servicio, es la garantía legal de carrera y seguridad laboral que le proporciona su incorporación a la función pública de las que no goza el empleado del sector privado.²³⁹

Los nuevos posicionamientos doctrinales tendrán además un reflejo en la consideración estatutaria de la relación funcional pues los autores del servicio público se oponen a las teorías contractuales. De hecho, en este periodo, es donde se generan los debates más importantes respecto del tema. Sobre todo, a partir de la validación jurisprudencial de la concepción contractual por parte del Consejo de Estado francés.²⁴⁰

²³⁸ Al respecto véase DUGUIT, Leon, *Leçons de Droit public général*, E. de Boccard Editeur, Paris, 1926, p. 150 y ss., JÈZE, Gastón, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, tomo III, Traducción directa de la 3^{ra} edición francesa por Julio N. San Millán Almagro, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 322 y ss.; POSADA, Adolfo, *Tratado de Derecho Administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, tomo I, 2da edición, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1923, p. 267 y ss.

²³⁹ DUGUIT, Leon, *Traité de Droit Constitutionnel*, tome III, ob.cit., p. 96 y ss.

²⁴⁰ Véase HAURIUO, Maurice, *La jurisprudence administrative...*, tomo III, ob. cit., comentarios al fallo Winkell, CE. 7 aout 1909, p. 154 y ss.

En otro orden de ideas, el magno alcance que, de inicio, da DUGUIT a la noción de servicio público provoca una amplitud del concepto para incluir –desde una perspectiva genérica– a todos los agentes que se desempeñen en cualquier ámbito relativo al funcionamiento de un servicio público. Debe aclararse que si bien DUGUIT presenta una noción de servicio público de dimensiones extremas, luego JÈZE la circunscribe solo a la actividad de la Administración Pública.²⁴¹

La profesionalización de las funciones públicas en toda su magnitud, sumado a la excelsa noción de servicio público, genera que se incluya en la función pública, concepto, a todos los empleados de los establecimientos públicos. De esta manera, se asimila, como afirma LEFAS, a la noción de empleo público.²⁴² Ello tendrá, desde luego, implicaciones al tiempo de distinguir las tipologías del personal al servicio de la administración y respecto a las interconexiones con el Derecho del Trabajo.

Respecto del otro momento enunciado, debe considerarse que para las tres últimas décadas del siglo XX, el Estado protector nacido de la postguerra se ve colapsado económicamente e imposibilitado de garantizar el bienestar presente y futuro de sus ciudadanos. Las fórmulas tradicionales de gestión administrativa se tornan obsoletas y, consecuentemente, la trascendencia e influencia de esta realidad sobre el Derecho Administrativo y la intervención pública no se hace esperar. Esto influye en los enfoques que comienzan a esgrimirse sobre la noción de lo *público* y lo *privado* y sobre la especialidad de la condición jurídica funcionarial como argumento teórico fundamental sobre el cual se construyó doctrinalmente la delimitación de la función pública del resto de las profesiones a principios de la centuria. Por lo tanto, el fundamento del modelo administrativo tradicional –expresado básicamente en principios de organización unitaria y jerárquica– se somete a cuestionamiento en favor de un acercamiento a la empresa privada y de la conciliación del ejercicio de ciertos derechos con la lealtad que se exige al funcionario como servidor del Estado y como miembro permanente de la jerarquía administrativa.²⁴³

En este contexto –inspirado en el pensamiento reformador de la *New Public Management* y por su concepto sustituto, *governance*– el Estado dejaría de ser el único responsable del desarrollo y funcionamiento de la sociedad para compartir este cometido con diferentes sujetos convocados a

²⁴¹ Véase JÈZE, Gastón, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, 6 tomos, traducción directa de la 3^{ra} edición francesa por Julio N. San Millán Almagro, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1948 – 1949 – 1950, pp. 4-38

²⁴² Véase LEFAS, Alexandre, *L'État et le fonctionnaire*, Paris, 1913, p. 20 y ss.

²⁴³ Véase MELLERAY, Fabrice, *Droit de la Fonction Publique*, 4eme édition, ECONOMICA, Paris, 2017, pp. 22-40. Sobre el proceso de abandono de la noción de servicio público y del poder público como fundamento del fenómeno estatal, resultan ilustrativas las consideraciones de MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado...*, tomo I, *Historia de las Instituciones...*, ob. cit., p. 49 y ss.

colaborar con el fin común de satisfacer el interés general.²⁴⁴ La noción de *governance* —proveniente de la cultura jurídica anglosajona—²⁴⁵ incide en la transformación de la concepción tradicional francesa de lo público, evidenciándose así un fenómeno que algunos autores han denominado *metamorfosis del interés general* que no afecta a las finalidades públicas sino a las técnicas de actuación, en virtud de la noción de corresponsabilidad en lo que se ha llamado *ideología del partenariado*.²⁴⁶ Todo esto integra un modelo de gestión donde el Estado interactúa necesariamente con el resto de los que se consideran también partícipes de la consecución del bienestar colectivo. En consecuencia, se ve necesitado de adoptar esquemas que concreten fórmulas colaborativas entre el sector público tradicional y el sector privado.

De esta manera, se devela una ruptura con aquella postura dicotómica entre ambas esferas y se introducen nociones verdaderamente revolucionarias como la de *privatización del Derecho público* o *publicación del Derecho privado*. Con independencia de criterios concordantes o no, en cuanto a la terminología empleada, lo cierto es que tales posturas tributan a concebir a lo público y lo privado como dos ámbitos de actuación que no se contraponen, sino que se complementan. Ello se deriva de la asunción instrumental de las técnicas y procederes *iusprivados* para la gestión de intereses colectivos y del cambio de paradigma en materia de intervención pública y gestión administrativa.²⁴⁷ La evolución descrita en el ámbito de las funciones públicas, determinará una fusión cada vez más profunda entre el aparato económico y el administrativo. El Estado se transforma en un verdadero líder económico que actúa en el mercado; la noción del servicio público se reconduce teóricamente hacia la actividad prestacional de la Administración y se admite su gestión en manos privadas. Esto

²⁴⁴ Véase OSBORNE, David y Ted GAEBLER, *Un nuevo modelo de gobierno. Cómo transforma el espíritu empresarial al sector público*; traducción de Ana Isabel Stelino, Gernika, México, 1994, obra completa;

²⁴⁵ Véase NORTH, D.C. *Instituciones, cambio, institucionalidad y desempeño económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, obra completa; CERRILLO I MARTINEZ, Agustí (Coordinador). *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, 1ra edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005, pp. 11 a 31; PRATS, Joan Oriol, “El concepto y el análisis de la gobernabilidad”, en *Instituciones y Desarrollo*, No. 14 y 15, 2003, Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya, Barcelona, pp. 239-269; SOLA, Amadeu, “La traducción de *governance*”, en *Punto y Coma* (Servicio de traducción de la Unión Europea), No.65, septiembre-octubre, 2005, pp. 1-10, disponible en <http://ec.europa.eu>, consultada el 15 de mayo de 2018; VILLORIA MENDIETA, Manuel, “Gobernanza económica y cohesión social tras el consenso de Washington: Institucionalidad, agenda, estrategias”, en VIDAL BELTRÁN, José María y Juan PRATS CATALÁ (coordinadores), *Gobernanza. Dialogo Iberoamericano sobre buen gobierno*, Colex, Madrid, 2005, pp.79-108; ALONSO, Juan Antonio, “Instituciones y Desarrollo económico: el caso de América Latina”, en VIDAL BELTRÁN, José María y Juan PRATS CATALÁ (coordinadores). *Gobernanza...* ob. cit. p. 109 a 120)

²⁴⁶ Véase GAUDEMET, Y., “Le partenariat public-privé en France dans la perspective de la métamorphose de l’intérêt general”, *Recueil Dalloz*, No. 44, 2007, París, p. 3084.

²⁴⁷ Véase MARALET I GARCÍA, Elisenda, “El derecho de la Administración Pública: Derecho Público y Derecho Privado; la relevancia de los principios constitucionales”, en Xavier PADRÓS CASTILLÓN, MALARET I GARCÍA, Elisenda, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, Baquer, Miguel SÁNCHEZ MORÓN y Eduardo ORTEGA MARTÍN, *Derecho Público y Derecho privado en la actuación de la Administración Pública, Seminario sobre Derecho Público y Derecho Privado en la Actuación de la Administración Pública*, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, Barcelona, 1997, pp. 9-32.

deriva en la consideración del ejercicio de funciones públicas por parte agentes que no se integran a las estructuras administrativas. Esta realidad supone nuevos retos teóricos y prácticos en el ámbito de las tipologías de los servidores públicos –que ya no se identifican exclusivamente a través de su vínculo estructural con el Estado–.

Por otro lado, se ponen de manifiesto las disfunciones de la organización burocrática. La imagen de una Administración burocrática inflexible y que opera sobre fundamentos autoritarios comienza a ser cuestionada. El modelo de organización administrativa experimenta entonces transformaciones tendentes a su adaptación, teniendo como referente los modos de gestión de la empresa privada. En este sentido, si la concepción weberiana concebía cierto distanciamiento entre el público y la acción administrativa, el nuevo contexto perfila a la Administración Pública hacia un modelo más abierto basado en la participación de los administrados y considerando sus demandas y necesidades.²⁴⁸

El efecto para la función pública, se notará por los intentos de limitar su especialidad jurídica en favor de técnicas de organización y gestión inspiradas en el sector privado. Su dimensión teórico-normativa se verá afectada por una axiología distinta –determinada por la necesidad de incrementar la eficiencia de la gestión administrativa.²⁴⁹ Consecuentemente, la noción estatutaria –tendente a la codificación unitaria del régimen jurídico de la función pública– cede, en cierta forma, ante la complejidad que alcanza el fenómeno administrativo pues es vista como elemento de rigidez y fortalecimiento de la centralización jerárquica que caracteriza a la burocracia.²⁵⁰ El escenario resulta propicio para el fenómeno de conjunción o mixtura entre los dos sistemas tradicionales de función pública –de carrera y de empleo– que transita desde el reconocimiento de derechos de naturaleza privada a los funcionarios públicos como ocurrió en Francia –exponente por excelencia del sistema de carrera– hasta la introducción de concepciones relativas a la profesionalización de los funcionarios en Estados Unidos de América –prototipo del sistema de empleo–.²⁵¹

Esta nueva colocación conceptual, además, dispone el camino hacia la denominada laboralización del régimen legal de la función pública –fundamentalmente a partir del reconocimiento al funcionario público de derechos sindicales y la posibilidad de negociación colectiva–; reivindicándose debates

²⁴⁸ Véase CHEVALLIER, Jacques, “La participation dans l’administration française”, en *Discours et pratique*, Bulletin de l’I.I.A.P., No. 37, 1976, Paris, pp. 85-142; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Nuevas formas de relacionamiento público-privado en el cumplimiento de cometidos del Estado”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, No.4, Montevideo, 2009, p.59-102.

²⁴⁹ Véase BREWER-CARIAS, Allan Randolph, *La interpelación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el Proceso de Huida y Recuperación del Derecho Administrativo*, II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carias”, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, p. 24 y ss; D’ATONA, Massimo, ob. cit., 17 y ss.; DEL SAZ, Silvia, ob. cit., p.67 y ss.

²⁵⁰ Véase, WEBER, Max, ¿Qué es la burocracia?, ob. cit., p. 4.

²⁵¹ Véase PALOMAR OLMEDA, Alberto, ob. cit., p. 136 y ss.

inacabados sobre la naturaleza jurídica del empleo público como una relación iuspública o como una relación laboral con un origen contractual de derecho común.²⁵²

II.2. Los medios personales de la Administración Pública: diversidad terminológica, precisiones de alcance y de contenido

El primer gran problema que ha de enfrentarse al abordar la temática global de la ordenación de los medios personales al servicio de la Administración Pública, es la diversidad de denominaciones que han aparecido en los últimos doscientos años en la legislación, la jurisprudencia y en la doctrina de diferentes latitudes, que se refieren a las tipologías de personas que integran las estructuras administrativas del Estado.

Así pueden encontrarse denominaciones como agentes, oficiales, funcionarios, servidores, autoridades, directivos, cada una de ellas adjetivadas, mínimamente, de cuatro maneras distintas: públicos, estatales, gubernamentales, administrativos(as). Suelen hallarse otras etiquetas como empleados del Estado, empleados públicos, personal administrativo, personal del Estado; y algunos usos menos frecuentes como agente oficial, servidor oficial, empleados oficiales, dependientes de Estado, cuadros.

Si además dentro de ello se mira el fenómeno subclasificadorio, emergerán algunos otros apelativos como funcionarios titulares, servidores de carrera, servidor civil de carrera. De tal modo, observar nada más el panorama del etiquetamiento que gravita en torno a los medios personales de la administración del Estado, incluso en un ámbito más concreto, al propio funcionario público, podría resultar agotador y, en ocasiones, desconcertante.

Este fenómeno encuentra una parte importante de su explicación en el carácter nacional que lo circunda, al estar estrechamente vinculado con la propia cultura política y jurídica de cada realidad estatal específica; lo cual tiene mucho que ver también con las influencias externas sobre esos contextos, sobre todo en las naciones americanas donde se entremezclan los influjos anglosajones y franceses, fundamentalmente. Ello explica el uso indistinto del vocablo *funcionario* y *servidor civil* o las expresiones *función pública* y *servicio civil* para nombrar las leyes que regulan la materia.

Este escenario variopinto determina una segunda vía de manifestación, referida al alcance, también muy dispar, que cada una de esas categorías puede llegar a tener. En este entendido, si bien es cierto que no existen tantos alcances como vocablos enunciados –porque varios de ellos, aunque diferentes

²⁵² Véase CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, ob. cit., p. 56 y ss; MOREU CARBONELL, Elisa, “Las Relaciones de Puestos de Trabajo en el proceso de reforma de las Administraciones Públicas”, en *Revista de Administración Pública*, No.144, 1997, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 391-436.

en su denominación, pueden tener exactamente el mismo alcance; puede presenciarse también el caso de otorgamiento de sentido distinto para un mismo apelativo, según el contexto nacional donde se emplee.

Consecuentemente, desde esa diversidad y complejidad, resulta muy difícil encarar cualquier análisis que pretenda una construcción más unitaria y sistémica. Por tanto, en la búsqueda de ese nivel de precisión, es necesario un ejercicio previo de descarte de un grupo de aquellas designaciones y alcances que, por una u otra razón, no son funcionales para la noción técnico-jurídica de funcionario público que se ha de construir como propósito de esta investigación.

El primer gran descarte apunta a la denominación. En este caso han de prescindirse de todas aquellas que por mera filología no tengan vocación para indicar la esencia del fenómeno socio-político al que se refieren; esto es, el ejercicio de las funciones del Estado por las personas físicas que le dan vida, con el componente axiológico que ello debe tener en la actualidad: la naturaleza servicial del Estado y, concretamente, de la Administración Pública. Con este criterio, las alternativas se reducen exclusivamente a los vocablos de *funcionario* y *servidor*.

Expresiones como las de *agente* u *oficial*, por ejemplo, además de que su propio sintagma impide el propósito enunciado, pueden ser asociadas en el lenguaje común al ámbito policial o, de modo más general, con un matiz coactivo. Otras de las denominaciones que han sido reflejadas tienen una prospección sobre realidades muy concretas, como pueden ser la autoridad o las facultades directivas o las indicativas de un vínculo laboral. En consecuencia, no resultan propicias por reduccionistas. Las primeras, por tratarse verdaderamente de cualificaciones de índole personal o material que no acompañan a todas las personas que se vinculan al aparato organizativo de la administración del Estado, y las segundas, por enfocarse únicamente en el Estado-empleador y, en algún sentido, en el *status* de dependencia laboral. Sin embargo, se pierde de vista, por ejemplo, que no todo el que presta servicio en la organización estatal lo hace a través de una relación de empleo; incluso, en el propio ámbito estricto de los funcionarios públicos hay quien actúa de forma honoraria sin percibir remuneración alguna.

En un segundo momento, el proceso de filtraje ha de direccionarse respecto del alcance que la expresión deba tener, según sea el uso que se le vaya a dar. En este caso, el espectro es más reducido, pero no menos importante, porque la adjetivación de los vocablos funcionario o servidor determina la primera condición de funcionalidad de la categoría, que es dotarla de un sentido y alcance lingüístico preciso.

En este caso, igualmente hay que tomar como punto de base las cuestiones esenciales que demandan la selección del vocablo adecuado. Al respecto, debe considerarse, en primer orden, los dos alcances fundamentales que han de determinarse: uno *amplio* y otro *estricto*. El primero, con el objetivo de identificar la categoría idónea como referente genérico de todas las personas que de cualquier manera ejercen o participan del ejercicio de las funciones del Estado; a su vez, también es necesario tener alocuciones aptas para designar los tipos o especies que se desgajan de ese género.

Esto es fundamental porque para poder realizar las construcciones teóricas correspondientes a la categoría funcionario público –eje principal de este estudio– es preciso establecer su conexión coherente dentro del esquema categorial que conforma el elemento personal que mueve la maquinaria estatal, dentro del cual se inserta aquel como un componente particular. De tal suerte, antes de diseñar el esquema básico de categorías que ha de considerarse en función del enfoque de esta investigación, como se hará más adelante, es preciso ahora referirse a la idoneidad de la terminología a utilizar.

Partiendo de lo anterior, ninguna voz que sugiera o identifique un ámbito funcional preciso del Estado tendrá vocación como género. En tal caso, expresiones como *civil* –como contrapartida de lo *militar*–, *gubernamental* o *administrativo* quedan automáticamente descartadas. Lo *oficial* o *estatal*, por su parte, sugieren una conexión con el Estado, en sentido de pertenencia y hasta con un matiz de solemnidad; por tanto, desvirtúan esa connotación axiológica de la que se hablaba, sin contar, además, que en términos de generalidad, la actividad de servicio al Estado no se agota solo en lo *estatal* u *oficial*. Los casos de ejercicio privado de funciones públicas son un ejemplo de ello.

Entonces, se tienen dos premisas y una conclusión. Para la primera premisa, se toma como apoyatura lo analizado en el primer epígrafe respecto de la noción de función pública, para rescatar aquí su acepción como expresión que singulariza todas las funciones y cometidos del Estado. La segunda premisa versa sobre la carga axiológica de la que se quiere dotar a la expresión que se use. Consecuentemente, si en el sintagma ‘función pública’, la *función* es *pública* porque aglutina al Estado todo en su despliegue funcional y estructural y, como se analizó, el vocablo idóneo para indicar el sentido axiológico pretendido es *servidor*, no ha de sorprender que se concluya a favor de ‘servidor público’ como el par más adecuado con vocación genérica.

En otra dirección, es cabal también, la utilización de términos que tengan alcances más restrictos. Su rol se encamina a ir completando el esquema de categorías para identificar espacios estructurales y funcionales más concretos. Si el patrón de referencia, en correspondencia con la lógica seguida, es el Estado y sus funciones, pues habrá tantos servidores públicos como esferas funcionales tenga el Estado. Existirán así servidores públicos en los ámbitos legislativo, judicial, administrativo y

gubernativo o político; términos estos que deben reservarse para adjetivar el vocablo ‘servidor’ cuando se quiera remitir su alcance a alguna de esas esferas.

Solo queda pues, en el orden terminológico, una última precisión. De las dos categorías seleccionadas inicialmente (servidor y funcionario), queda fundamentado la utilización de la primera en el entendido expuesto. De esta manera, se ha reservado la segunda para su uso con un sentido y alcance muy estricto, referido a un tipo especial de servidor administrativo, al que propiamente se concebirá como funcionario público. Los elementos de su identificación como figura jurídica administrativa serán argumentados más adelante. La cuestión a dilucidar en este momento tiene que ver con las razones por las cuales se prefiere este sintagma; sobre todo si se tiene en cuenta que tiende a romper con la lógica aplicada anteriormente.

En el plano de lo ideal pudiera considerarse simplemente un alcance amplio de lo que indica la expresión ‘funcionario público’, porque conecta de manera inequívoca con el ejercicio de una función que ejerce una persona física y que es pública porque es del Estado; lo cual, desde una perspectiva etimológica, sería una alternativa adecuada. El argumento definitorio de su descarte como género lo fue, hace un momento, el valor axiológico dado al vocablo ‘servidor’, en cuyo caso, lo que seguiría, según la dinámica expresada, es subclasificar a los servidores administrativos en cuanto tipología se requiera (servidor administrativo profesional o no profesional, honorario, interino, colaborador, entre tantas otras alternativas según los criterios que se utilicen).

Sin embargo, la razón de quebrar esta lógica, en principio, es de tipo cultural y jurídico. La voz ‘funcionario público’, como figura de interés jurídico, es de base francesa, que se va a ir extendiendo a los países de su influencia en Europa y América, donde se fue asentando culturalmente. Ha sido en su virtud que se han generado los grandes debates teóricos en el ámbito administrativo y fuera de este. Es la que ha tenido una identidad y valor jurídico-técnico propios; connotación que sin dudas se vería resentida si se postula con un alcance amplio, equivalente al que se acababa de dar a servidor público. Asimismo, perdería su naturaleza ingénita iusadministrativa para migrar a ámbitos más asociados a la fisonomía política del Estado, como las ciencias políticas o el Derecho Constitucional. A ello debe adicionarse que al ser una categoría jurídica más reciente, no ha tenido un asentamiento definitivo en la cultura jurídica europea continental, de donde es originaria, lo que es parte de las problemáticas que a su respecto se plantean. Consiguientemente, de lo que se trata es de consolidar a la categoría funcionario público desde el punto de vista científico en pos de su funcionalidad jurídica, que hoy no termina de cuajar. Ello, solo es posible reservando el uso de la expresión originalmente concebida con

un alcance restringido al ámbito administrativo y, dentro de este, como se verá después, a un tipo muy concreto de servidor público.

Por otra parte, como oda a la conservación de la figura del funcionario público, según lo argumentado, debe considerarse en este caso el sentido de lo público asociado a lo administrativo. Cuando se diga entonces que el *funcionario* ejerce una *función*, y esta es *pública*, hay que apelar a la segunda de las nociones de función pública –como función administrativa–, expuestas precedentemente. En tanto, ha descartarse cualquier otro apelativo que desvirtúe el alcance pretendido de expresión.

Así, por ejemplo, utilizar terminología como *funcionario estatal* o *gubernamental*, igualmente sería impropio. La primera, indicaría un alcance amplio, al referirse al Estado como realidad político-estructural de magnas dimensiones. En cuanto a la segunda, es cierto que *a priori* sugiere un marco más concreto identificado con el gobierno. También es una realidad que este dirige a la Administración Pública, pero, técnicamente, dentro de aquel no está contenida toda la función administrativa y por lo tanto continúa siendo una alocución imprecisa; además de tener una connotación muy política, que no se aviene a la idea de funcionario público (administrativo) pues este no es esencialmente político, sino técnico.

II.3. La noción de funcionario público: planteamiento y perspectivas diversas

Al abordar la temática relativa a la función pública y, concretamente, la noción jurídica de funcionario público, lo único común y de pacífica aceptación ecuménica es la inexistencia de alguna concepción que cuente con anuencia universal. Esta consideración constituye, quizás, el fundamento de la perenne necesidad de estudio del tema y de las polémicas que hasta la actualidad ha generado.

En palabras de NEZARD, “*Il est impossible de déterminer les sens du mot fonctionnaire. Il n'existe en effet, pour discerner qui est fonctionnaire, aucun critère général et absolu*”.²⁵³ O, más recientemente, dice PLANTEY, “*Nombreuses sont les définitions données suivant les époques par la doctrine, le droit positif ou la jurisprudence, de la notion de fonctionnaires. D'ailleurs, cette expression n'a pas été précisée par le législateur d'une manière générale*”.²⁵⁴

No existe, a criterio de ROYO VILLANOVA, “un concepto único de funcionario válido para todos los países. Es más, aun en cada país existen diversos conceptos de funcionarios según la rama del Derecho que lo considera. No hay, pues, una definición única del funcionario. Su situación no es la misma en todas partes. La situación jurídica del funcionario está siempre ligada a un Estado determinado y no

²⁵³ Véase NEZARD, Henry, *Éléments...*, ob. cit., p. 117.

²⁵⁴ Véase PLANTEY, Alain, *La fonction publique...*, ob. cit., p. 21

puede considerarse fuera de este Estado, de su historia, de su legislación y de la jurisprudencia de sus tribunales”.²⁵⁵

En esta misma línea, afirma GARCÍA TREVIJANO-FOS, que la palabra funcionario es de las más polémicas y anfibológicas del diccionario jurídico administrativo. Concuere con que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia han utilizado el vocablo para referirse a supuestos distintos, con alcance y eficacia diferentes.²⁵⁶

Esta realidad, además, es fácilmente verificable mediante el estudio de las diferentes definiciones que en el transcurso de la historia se han ofrecido de la figura funcional dentro y fuera del Derecho Administrativo. Las razones fundamentales ya han sido expuestas y se concentran en el propio aspecto lingüístico –referido al uso común del término y las diferentes acepciones jurídicas– y en el factor contextual, tantas veces aludido, que ha condicionado la inclusión o exclusión de elementos que varían el sentido y alcance del vocablo. Sin embargo, por complejo que resulte, la ilustración de este fenómeno es importante si se tiene alguna pretensión teórica que aporte determinada novedad en cuanto la delimitación conceptual de la categoría funcionario público. En primer lugar, porque parte de la complejidad del asunto es generada por las propias peculiaridades que las corrientes doctrinales y jurisprudenciales le han estampado en diferentes escenarios espacio-temporales. Luego, del análisis de las principales posturas emerge el catálogo de elementos que componen esos conceptos. Ellos son de básica atención pues, en sentido general, se trata de aspectos casi siempre presentes y en constante evolución.

La idea no es, sin embargo, avocarse a un ejercicio expositivo extenso de conceptos o definiciones. Tal emprendimiento constituye ardua tarea, que no concretaría ninguna finalidad científica útil; solo proporcionaría una enumeración dilatada de criterios doctrinales, lexicográficos, jurisprudenciales o normativos, que desviarían la atención del verdadero asunto de fondo que es, en definitiva, esclarecer los elementos esenciales para una construcción teórica de la noción de funcionario público, con una visión técnico-jurídica. Ello está dirigido a proponer, desde una perspectiva más global y pretenciosa, un esquema técnico-metodológico lo más universal posible y, desde una intencionalidad más concreta, proveer las bases teóricas para el diseño cubano.

Aun teniendo en cuenta lo anterior, no resulta sencillo la selección de un método o criterio para establecer el análisis a partir de la presentación de las diferentes definiciones. Esto se debe a que las opiniones doctrinales son tan variadas que –en las ya vetustas palabras de RUIZ Y GÓMEZ–: “más bien

²⁵⁵ Véase ROYO VILLANOVA, Segismundo, “El concepto de funcionario y la relación de función pública en el nuevo derecho español”, en *Revista de Administración Pública* núm. 44, 1964, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 9-23.

que un concepto general de funcionario suele ofrecerse una noción fragmentaria y acomodaticia, aplicable única y exclusivamente a los efectos del Código o Estatuto que la contiene”.²⁵⁷

Asimismo, los autores se han enfocado en distinguir la categoría funcional a partir de criterios disímiles, que conducen a formulaciones conceptuales de magnitudes dispares, construyéndola sobre la base de elementos objetivos, subjetivos, materiales o formales, indistintamente; sin dejar de mencionar la articulación de definiciones sectoriales que se han realizado, en lo fundamental, desde el ámbito penal, fiscal o tributario y hasta en el de la lucha contra la corrupción, esfera de más reciente preocupación.

Ante las dificultades expuestas, y siendo coherentes con la lógica explicativa seguida hasta aquí, debe retomarse la relación básica entre funcionario público y función pública que, en su esencia más elemental y entendida esta última en sentido material, es la que el funcionario ejerce. De las cuatro nociones de función pública valoradas previamente, las dos primeras se sustentaban en un criterio de esta índole: como función del Estado y como función administrativa. Igualmente, se aludía a que según fuera el contenido y alcance que a la función pública se le estableciera, así sería el considerado para la categoría funcional.

Con esta dinámica se visualiza de plano la idea de amplitud o reducción, en correspondencia con la concepción que se adopte y permite, con igual llaneza, identificar los ámbitos funcionales a los que hace referencia cada una. De esta manera, lo más factible es seguir esta lógica como patrón referencial, de tal suerte que pueda emplearse el propio criterio relativo al alcance –de mayor o menor apertura– para la agrupación de las diferentes definiciones que se analizarán.

Lo anterior proporciona una división metodológica de la exposición, partiendo de la noción de funcionario público para el Derecho Administrativo, con sus diversas perspectivas, que pueden agruparse en nociones amplias y restrictivas. Empero, la ilustración del fenómeno no estaría completa si no se incluye el análisis de las nociones de funcionario público presentes en ámbitos distintos al iusadministrativo. Estas, generalmente se inscriben como posturas amplias, sin embargo, su centro de gravitación fundamental no es la función administrativa y por tanto, merecen un espacio aparte por sustentarse sobre cánones y proyecciones diferentes.

II.3.1. La noción amplia de funcionario público para el Derecho Administrativo

Tomando como referente lo anterior, e intentando sortear el riesgo que supone cualquier sistematización, por mínima que sea, dentro del contexto evolutivo asimétrico de la concepción

²⁵⁷ RUIZ Y GÓMEZ, Julian M., *Principios Generales...* ob. cit., p. 35.

jurídica de funcionario público, una identificación primaria es la expresión de una noción amplia, que no necesariamente ha sido homogénea en todos los lugares y momentos.

En tal sentido, una primera manifestación se conecta con el punto de partida histórico que se ha fijado (finales del siglo XVIII francés) y que sirve de escenario a la más amplia concepción que se ha tenido de funcionario público como categoría de interés político-jurídico. En el campo lexicográfico, es ilustrativa a este respecto, como pone de manifiesto KAFTANI, la definición ofrecida por el *Dictionnaire de la Constitution et du Gouvernement français* de 1795. En una locuaz delimitación conceptual de funcionario público, lo cataloga como “título de quien sea elegido por el pueblo o designado por el rey para realizar una o más funciones del gobierno y que reciba sueldo del Estado. La palabra funcionario, dice el propio diccionario, es nueva en nuestro idioma: *functio* en latín, significa administración, ejercicio de un cargo o empleo. Miembro del cuerpo legislativo, rey, juez, administrador, alcalde, militar, embajador, obispo, cura, vicario, etc., en una palabra, todo hombre sostenido por la nación, por el lugar que ocupa y la atención que él da a la administración temporal o espiritual del reino es un funcionario público”.²⁵⁸

Las reformas administrativas implementadas en la primera mitad del siglo XIX europeo estuvieron encaminadas a la consecución de un diseño administrativo sólido, sobre el fundamento de la soberanía de la Nación, en el sentido revolucionario y la influencia filosófica del pensamiento rousseauiano del contrato social en Francia, y en Alemania, sobre los principios de la teoría del *Herrschaft*; a partir de los cuales se estima que el Estado posee el poder de dominación de manera absoluta, con un poder de coerción que es inalterable.²⁵⁹

Consiguientemente, esto tendrá un impacto en la modulación de la idea de funcionario público y comienza a ser relevante el elemento de autoridad, con manifestaciones más contundentes en el ámbito francés, germano y, en menor medida, el español; ya sea asociado a la idea misma del poder delegado por el Estado a quienes están llamados a ejercer sus funciones o asimilada a la perspectiva ejecutiva o de gobierno, en su sentido más amplio. Lo anterior encuentra una explicación en la influencia teórica de la doctrina de la doble personalidad del Estado, que primó durante el siglo XIX e hizo sentir también sus efectos en la concepción de funcionario público, donde tuvo un mayor impacto a partir de que BERTHÉLEMY la toma como fundamento para la distinción que realiza entre funcionarios de autoridad y funcionarios de gestión –criterio que es adherido y mantenido durante un tiempo por parte

²⁵⁸ En su obra, la autora devela el primer uso del sintagma funcionario público en un sentido moderno, según se tiene referencia. Lo atribuye a TURGOT en el año 1770, contenido en una instrucción relativa a la *Mendicité*. Véase KAFTANI, Catherine, ob. cit., pp. 67 y 68.

²⁵⁹ Véase, ROUSSEAU, Jean-Jacques, ob. cit., como referencia general de la idea planteada; JELLINEK, G., ob. cit., p. 201 y ss.

de la doctrina y que pretendió servir como parámetro de distinción entre el funcionario en sentido estricto y los empleados o personal técnico o auxiliar de la Administración Pública.²⁶⁰

Así, por ejemplo, en Francia es notable la incorporación del rasgo de autoridad en las definiciones de funcionario público de corte amplio, con fuerte arraigo durante el siglo XIX y principios del XX, aproximadamente. Afirmaba VIVIEN:²⁶¹ *“Les fonctionnaires publics, en donnant à ce titre son acception la plus large, sont le dispensateurs ou les instruments de la force sociale. Par leur entremise, la justice se rend, l’instruction se propage, la police est observée, l’impôt perçu, la fortune publique administrée, la richesse nationale accrue, sûreté, la dignité, la grandeur du pays sont maintenues et garanties. Ils occupent tous les degrés de l’échelle sociale; ils résident sur toutes parties du territoire y représentent sous ses aspects multiples la puissance publique”*.

Es notable la percepción previa de MACAREL²⁶² pocos años antes (1834) cuando utiliza el término *agents de execution* para referirse a *“la personne à laquelle est remise la puissance exécutive”*. A su vez, los clasifica en *directs* o *auxiliaire*. *“Les agents directs de l’administration sont ceux auxquels la puissance exécutive est directement confiée, à quelque degré qu’ils soient placés dans la hiérarchie administrative”*. Si bien, en principio, no utiliza el vocablo funcionario público, se infiere una noción genérica cuando cataloga al *ministre* como el *fonctionnaire public* que el jefe del gobierno por su confianza instituye para administrar una esfera cualquiera de los asuntos del Estado. En su obra de 1844, emplea la denominación genérica de *agents administratif*.²⁶³

Por su parte, BATBIE²⁶⁴ ilustra que *“Le mot fonctionnaires est une expression générique par laquelle on désigne toutes les personnes qui, à un titre quelconque, sont préposées à un service permanent, général ou spécial de l’administration, de l’État, du département ou de la commune. Il y a plusieurs catégories de fonctionnaires. Les uns sont investis d’une portion de l’autorité et ont le droit de donner*

²⁶⁰ Al respecto puede consultarse –por ejemplo– BERTHELEMY, Henry, *Précis...*, p. 47 y ss.; LAFFERRIERE, E, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tomo I, 2e édition, Paris, 1896, p. 186 y ss; NEZARD, Henry, *Théorie juridique de la Fonction publique*, Ed. Librairie de la Société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1901, p. 460 y ss.

²⁶¹ El propio autor afirma que *“Les fonctionnaires tiennent une grande place dans toute organisation politique. En France, leur nombre est immense et leur part d’action considérable : conséquence nécessaire d’un système administratif qui conféré à l’autorité centrale les plus vaste attributions.”* Véase VIVIEN, M., *Études administratives*, première édition, Guillaumin Libraire, Paris, 1845, pp. 43 y 44.

Véase MACAREL, A. M., *Éléments de Droit Politique*, Libraire de jurisprudence de H. Tarlier, Bruxelles, 1934, p. 107 y ss.; MACAREL, A. M., *Cours de Droit Administratif*, Tome premier, première partie, Organisation et attribution des autorités administratives, Gustave Thorel Libraire, Paris, 1844, p. 70 y ss.

²⁶² Véase MACAREL, A. M., *Éléments de Droit Politique*, Libraire de jurisprudence de H. Tarlier, Bruxelles, 1934, p. 107 y ss.

²⁶³ Véase MACAREL, A. M., *Cours de Droit Administratif*, Tome premier, première partie, Organisation et attribution des autorités administratives, Gustave Thorel Libraire, Paris, 1844, p. 70 y ss.

²⁶⁴ Véase BATBIE, A., *Traité théorique et pratique de Droit Public et Administratif*, vol. III, Deuxième édition, L. Larose et Forcel Librairies-Éditeurs, Paris, 1885, p. 206 y ss.

des ordres. Leur signature ou celle des subordonnés, auxquels ils délèguent leurs pouvoirs, est indispensable pour que le commandement qu'ils donnent soit exécutoire. Le droit de commander appartient, en principe et pour le tout, au chef de l'État; mais la plus grande partie des attributions de l'autorité est déléguée à des autorités secondaires”.

Asimismo, NEZARD²⁶⁵ considera que “*les fonctionnaires sont des citoyens qui reçoivent de la loi le pouvoir de faire des actes d'autorité publique ou de concourir par des services manuels ou intellectuels a la gestion des intérêts collectifs des personnes administratives”.*

En Alemania, por su parte, no se considera determinante la autoridad como tipo o especie de función. Sin embargo, la idea de autoridad como poder se manifiesta como fundamento de uno de los elementos claves que históricamente han sustentado la noción germánica de funcionario público: la relación especialísima entre el Estado y el funcionario. Con poderosas raíces en el vínculo de fidelidad de raigambre feudal y la supremacía del poder público sobre sus agentes, la relación de servicio marca un centro de atención cardinal.

Para LABAND,²⁶⁶ por ejemplo, el funcionario público es aquella persona que desempeña una función del Estado y se encuentra incorporada al servicio de este mediante una relación de servicio que constituye la característica fundamental de su condición.

Por su parte, MAYER,²⁶⁷ por ejemplo, define al servicio profesional como la creación de una obligación de servir según el Derecho público en virtud del consentimiento del obligado y con el fin de diferirle una función pública. En tal sentido, clasifica la obligación de servir al Estado en servicio obligatorio, servicio de honor, servicio profesional y el mixto.²⁶⁸

En el caso alemán, el tratamiento de la noción de funcionario público se manifiesta de manera más uniforme sobre la base de estos fundamentos y hasta la actualidad se ha mantenido, en sentido general, la consideración bifurcada de la concepción funcional en un sentido amplio y otro más restricto, reservando esta última para los que ejercen función pública con carácter profesional.

En cuanto a España, en este mismo periodo, es menos común encontrar definiciones precisas de funcionario público; sin embargo, en cierto modo, se hace notar la influencia francesa y germánica al respecto de lo antes expresado.

²⁶⁵ Véase NEZARD, Henry, *Éléments...*, ob. cit., p. 117.

²⁶⁶ Véase LABAND, Paul, ob. cit., pp. 104, 108 y 114.

²⁶⁷ MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, tomo IV...ob. cit., p. 44 y ss.

²⁶⁸ En este entendido, y sobre la delimitación entre funcionarios –*Beamte*– y empleados y obreros –*Angestellten y Arbeiter*–, WOLFF distingue *Personalrechts* de Derecho público –funcionario en sentido amplio–, *Dienstverhältnis*, que da lugar al *Dienstrecht* –en un sentido más estricto asociado a la relación de servicio– y un sentido todavía más restringido se refiere a los servidores de la Administración –excluyendo en este último caso el ámbito judicial–. Citado por GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A., *Tratado...*, ob. cit., p. 399.

En OLIVAN, si bien no se halla un concepto propiamente de funcionario y se evidencia un uso indistinto de los vocablos funcionario, agente administrativo o empleado, es visible la idea de la particular vinculación fiel de los funcionarios con el Estado, basado en su poder supremo.²⁶⁹

En sentido general, puede apreciarse cierta diversidad en el uso de diferente terminología en autores como GÓMEZ DE LA SERNA,²⁷⁰ por ejemplo, que habla de “autoridades administrativas”, equiparable por su tratamiento a una noción amplia de funcionario. Asimismo, SARALEGUI Y MEDINA²⁷¹ utiliza de manera aleatoria “agente” o “empleados del Estado”, sin ofrecer precisiones en cuanto a sus sentidos y alcances. Resalta la estimación del poder o autoridad superior de la Administración al considerar “que la organización administrativa debe fundarse en el principio de que la Administración es única e indivisible y que la autoridad emana de un poder central al que deben estar subordinados todos los agentes subalternos, como miembros de un mismo cuerpo, como ruedas de un mismo mecanismo”. También con un cariz genérico POSADA²⁷² indicaba que “la idea de funcionario público abarca a cuantos ejercen una función del Estado. El carácter común es el ser representantes del mismo”.

En el caso de la doctrina italiana, el vocablo *funzionari* aparece en un sentido más genérico, por el peculiar uso histórico de la categoría *impiegato* para referirse propiamente al funcionario profesional. Es perceptible también, en algunos casos, la asimilación de expresiones *funcionario* o *funzionari* con otras como *impiegato* u *ufficiali*, lo que dificulta un poco la homogenización del análisis en función de la ilustración que se pretende.

En este sentido, BOCARDI, afirma que “*Gli Agenti, Ufficiali, Funzionari ed Impiegati pubblici sono, nel più lato senso, gli strumenti della macchina amministrativa, ed i dispensatori della forza sociale*”.²⁷³ MANNA, por su parte, emplea *agenti* como categoría genérica²⁷⁴ y SCOLARI, utiliza, con igual sentido la voz *ufficiali*.²⁷⁵ ORLANDO, en tanto, adopta la denominación de *impiegato pubblico* en un sentido amplio para identificar al que asume la obligación de prestar su actividad al Estado mismo, mediante una retribución con cargo al presupuesto del Estado, haciendo del servicio su

²⁶⁹ OLIVAN, Alejandro, ob. cit., p. 400 y ss.

²⁷⁰ Véase GÓMEZ DE LA SERNA, D. Pedro..., ob. cit., p. 29 y ss.

²⁷¹ Véase SARALEGUI Y MEDINA, Leandro, *Nociones Generales de Administración, de Derecho Administrativo y de Economía política*, Establecimiento tipográfico de Estrada, Díaz y López, Madrid, 1865, p. 15 y ss.

²⁷² Véase POSADA, Adolfo, *Tratado de Derecho Administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, tomo I, *Introducción, La función y organización administrativa*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1897, p. 303.

²⁷³ Véase BOCARDI, Gerolamo, ob. cit., p. 205 y ss.

²⁷⁴ Véase MANNA, Gio, *Diritto Amministrativo*, 2ª edizione, Estabilimento Tipografico del CAV Caetano Nobile, Napoli, 1860, p. 96 y ss.

²⁷⁵ Véase SCOLARI, Saveiro, *Del Diritto Amministrativo*, Edizione corretta ed accresciuta, Presso I Fratelli editori, Pisa, 1866, p. 244 y ss.

profesión, esto es, dedicándole permanentemente su actividad física e intelectual con el fin de obtener los medios de subsistencia económica.²⁷⁶

A partir del siglo XX, las nociones de funcionario público fueron modulándose con matices y perspectivas variables. La tendencia será, como se explica en breve, a reducir su alcance sobre la base de la incorporación de elementos de disímil naturaleza. No obstante, tomando como patrón de amplitud o estrechez, la conexión con el Estado o la Administración Pública, las concepciones amplias continuaron presentes a los tiempos actuales.

En el contexto de la escuela francesa del servicio público, DUGUIT²⁷⁷ considera al funcionario propiamente como el agente que participa de una manera permanente y normal en el funcionamiento de un servicio público, ya sea centralizado, descentralizado o concedido; *servicio* que se encuentra dentro de lo que él estima las misiones obligatorias del Estado. De esta manera es que el funcionario se identifica directamente con el poder del Estado y su ejercicio; lo cual lo diferencia del resto de los ciudadanos.

En cambio, GIRIODI²⁷⁸ precisa la diferencia entre el *funzionario* y el *impiagato*, colocando el punto distintivo en la remuneración y entendiendo al primero como una noción más amplia, “algo más noble y elevado, vemos (en el funcionario) únicamente al ciudadano que participa en la gestión de los asuntos públicos”. SANTI ROMANO,²⁷⁹ por su parte, distingue la figura del *funzionario pubblico* como aquel que representa al ente público y concurre a la formación de voluntad de este.

En sentido similar expresa ZANOBINI que funcionario público es quien ejerce una función pública al servicio del Estado o de otro ente público o quien, al servicio de un ente público, forma o contribuye para la formación de su voluntad, o manifiesta esa voluntad o la conduce a ejecución.²⁸⁰ En igual dirección, por ejemplo, lo define VITTA como “*persone fisiche preposte all’amministrazione dell’ente*

²⁷⁶ Véase ORLANDO, V. E., *Principios de Derecho Administrativo*, traducción de Álvaro Rodríguez Bereijo, 1ra edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1978, p. 71.

²⁷⁷ DUGUIT, León, *Traité de Droit constitutionnel*, Tome II, *La théorie générale de l’État*, 2eme édition, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Éditeurs, Paris, 1928, p. 36.

²⁷⁸ GIRIODI, L. M., “Il pubblici ufficio e la gerarchia amministrativa”, en *Primo trattato completo del diritto amministrativo italiano*, vol. I, a cargo de V. E. Orlando, Milano, Ed. Società Editrice Libreria, Milano, 1900, p. 228.

²⁷⁹ Véase SANTI ROMANO, *Principii di Diritto Amministrativo italiano*, seconda edizione riveduta ed ampliata, Società Editrice Libreria, Milano, 1906, p. 83.

²⁸⁰ Véase ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritti Amministrativo*, Dott. A. Giuffé-Editore, 6e, 1949, tomo III, p. 192 y ss. Véase VITTA, Cino, *Diritto Amministrativo*, vol. I, 4ª edición aggiornata, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1954, p. 188. Asimismo, puede consultarse D’ALESSIO, Francesco, *Intituzioni di diritto amministrativo*, tomo I, 4ª edición, Unione Tipografica-Edsitrice Torinence, 1949, p. 273 y ss. En el propio ámbito de la doctrina italiana puede consultarse, entre otros, a SANDULLI quien, partiendo de lo general a lo específico, identifica al vocablo funcionario público como categoría de amplio alcance. Véase SANDULLI, Aldo M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, 15ª ed., tomo I, Jovene Editore, Nápoles, 1989, p. 255.

pubblico, insediato nel pubblico ufficio, delle quali la volontà e l'attività materiale sia ritenuta come volontà ed attività materiale dell'ente".²⁸¹

Otro grupo diverso de definiciones claramente extensas puede esgrimirse a modo de ilustración. Así, por ejemplo, ROYO-VILLANOVA²⁸² advierte que "el término funcionario público es demasiado amplio, pues en él van comprendidos todos los que realizan una función de esta clase". Sobre ese mismo fundamento, GUAITA MARTORELL²⁸³ opina que funcionario público es toda persona individual incorporada al Estado o a cualquiera otra Administración Pública, a la que presta sus servicios en un régimen de Derecho Público. Según Ángel Marín DIEZ-QUIJADA, los funcionarios y los empleados públicos "son esos órganos personas u órganos individuos de los cuales el Estado se vale para el cumplimiento de sus funciones esenciales y específicas, para el cumplimiento de los fines públicos de él".²⁸⁴

En el ámbito latinoamericano pueden destacarse como emblemáticas, en este eje de razonamiento, algunas definiciones como la ofrecida por SAYAGUÉS LASO,²⁸⁵ quien afirma que funcionario "es todo individuo que actúa en las entidades estatales, todo el que trabaja para una administración pública". BIELSA,²⁸⁶ a su vez, entiende como funcionario público a "toda persona que realice o contribuya a que se lleven a cabo funciones esenciales y específicas del Estado es decir, fines públicos propios de este". Con criterio similar, FRAGA²⁸⁷ coloca el énfasis, además, en el carácter representativo que postula, según su opinión, la condición funcional.

²⁸¹ Véase VITTA, Cino, *Diritto Amministrativo*, vol. I, 4ª edizione aggiornata, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1954, p. 188. Asimismo, puede verse D'ALESSIO, Francesco, *Intituzioni di diritto amministrativo*, tomo I, 4ª edizione, Unione Tipografica-Editrice Torinese, 1949, p. 273 y ss. En el propio ámbito de la doctrina italiana puede consultarse, entre otros, a SANDULLI quien, partiendo de lo general a lo específico, identifica al vocablo funcionario público como categoría de amplio alcance. Véase SANDULLI, Aldo M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, 15ª ed., tomo I, Jovene Editore, Nápoles, 1989, p. 255.

²⁸² Véase ROYO-VILLANOVA, Antonio, ob. cit., p. 136.

²⁸³ Véase GUAITA MARTORELL, Aurelio: "Funcionario público", en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo X, Francisco Seix Editor, Madrid, 1960, p. 96 y ss. Del mismo corte que la anterior, incluye toda persona que contribuya o realice funciones públicas desde la estructura orgánica del Estado.

²⁸⁴ Véase DIEZ-QUIJADA, Ángel Marín: "La remuneración de los funcionarios públicos", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No.39, Ed. CIVITAS S.A, Madrid, 1962, p.153.

²⁸⁵ Véase SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., p.262. En esta propia línea también: NUÑEZ BORJAS, Humberto, *Breve tratado de Derecho Administrativo del Perú*, 3ª edición, primera parte, Arequipa, Perú, 1971, p. 204; RONDÓN DE SAN SO, Hildegard, *El sistema Contencioso-Administrativo de la Carrera Administrativa*, Ediciones Magón, Caracas, 1974, p. 60; FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, Emilio, ob. cit., p. 340; LARES MARTÍNEZ, Eloy, ob. cit., p. 421 y ss.

²⁸⁶ Distingue funcionario y empleado. Este último, a diferencia del primero, no representa al Estado ni exterioriza su autoridad y voluntad. En correspondencia con lo anterior, acepta la clasificación de funcionario de autoridad y de gestión. Véase BIELSA Rafael, *Derecho Administrativo...*, ob. cit., p.14 y ss.

²⁸⁷ Distingue alto funcionario, funcionario y empleado. Siguiendo a BIELSA, acepta la distinción entre el concepto de funcionario y el de empleado a partir de considerar que el primero supone un encargo especial transmitido en principio por la ley, que crea una relación externa y da al titular un carácter representativo; mientras que el segundo sólo supone una vinculación interna que hace que su titular sólo concurra a la formación de la función pública. Véase FRAGA, Gabino, ob. cit., p. 130 y ss.

Como se aprecia, la existencia de nociones amplias de lo que por funcionario público se entiende ha sido perdurable y forma parte del fenómeno de la diversidad que antes se describió. La conexión con el ámbito funcional íntegro del Estado pudo tener sentido en el contexto originario de la categoría, bajo el ropaje de la filosofía liberal que, por principio, presenta una dinámica pública abstencionista donde, además, las funciones de gobierno, de justicia y de administración se funden en el concebido como poder ejecutivo.

Un alcance de este tipo es solo operativo en realidades políticas donde el sector público tenga dimensiones estrechas o, en sentido general, la gestión pública esté en manos privadas, sea mediante mecanismos privatizadores o a través de modos administrativos de gestión indirecta o en colaboración público-privada. Sin embargo, en un escenario estatal más diverso, heterogéneo y complejo, no es funcional una perspectiva de esta índole.

A ello debe adicionarse que no resulta atendible, a efectos de los propósitos de tecnificación que aquí se persiguen, porque, inevitablemente, la sitúa en un plano de indeterminación y discurre en dirección opuesta a lo que se quiere. De lo que se trata, en gran medida, es de singularizar, al amparo de la categoría funcionario público, un grupo muy estrecho de servidores administrativos que por su relevancia técnico-profesional y su vínculo especial con la Administración Pública requieren una secularización de su régimen jurídico. Esta pretensión no es alcanzable si se engloba en ese particularismo a toda persona que trabaje para el Estado o que ejerza o participe del ejercicio de funciones públicas, en su connotación más amplia.

II.3.2. La noción restrictiva de funcionario público para el Derecho Administrativo

Siguiendo un criterio más estricto, existen concepciones que parten de identificar al funcionario público con la estructura y el funcionamiento de la Administración Pública concretamente; en cuyo caso, el vínculo estructural se establece con la organización administrativa y no con el Estado genéricamente. Estas posturas han sido consecuencia de las coyunturas sociopolíticas que fueron determinando un cambio en el rol del Estado y de la Administración Pública, fundamentalmente desde los primeros años del siglo XX.

Sin desconocer lo relativo al contexto espacio-temporal –acotado al abordar el tema de los condicionantes históricos de la noción de funcionario público– es preciso acotar que resulta complejo encontrar un momento común o universal en el que se van manifestando aquellos cambios sociopolíticos en cada país. Consecuentemente fijar un tiempo exacto de recepción de las concepciones relativas a la categoría funcionario público, es igual de complicado. Es por ello que las

fechas a las que pudiera hacerse mención deben ser apreciadas con un carácter más o menos aproximado.

Los principales factores que al efecto han influido son, como se examinó oportunamente, la amplitud de la esfera funcional del Estado y de la Administración Pública –en la medida en que fue exterminándose la concepción liberal– y el aumento considerable que naturalmente experimentó el personal técnico y auxiliar al servicio del Estado. En el plano jurídico destaca la evolución conceptual de la Administración Pública, que se perfila en sus aspectos orgánico y material; su diferenciación precisa y definitiva del resto de las funciones del Estado como ámbito funcional concreto e identificable con autonomía, encargado de la gestión del interés público; el desarrollo del Derecho del Trabajo y del Derecho Constitucional, que trajo aparejado el reconocimiento de derechos fundamentales a los funcionarios y su acercamiento al régimen jurídico laboral; entre otros.

Muchos de los elementos mencionados favorecieron, igualmente, el proceso que va conectando el sentido de lo público con lo administrativo y, como consecuencia, se coadyuva también a la sinonimia de función pública con función administrativa. Naturalmente, estas circunstancias irán recolocando los debates en cuanto la especialidad jurídica del régimen funcionarial. En tal sentido, se irá haciendo necesaria una delimitación más específica de ese creciente conglomerado de personal al servicio del Estado, cuya cuantía y esferas de desenvolvimiento, además, serán considerablemente mayores que en el resto de sus ámbitos funcionales, incrementándose, asimismo, la importancia política, técnica, práctica y jurídica de los agentes administrativos; ya no solo para establecer diferencias con el sector privado, sino también para concretar particularidades entre los que propiamente están vinculados al ejercicio de la función administrativa.

En este contexto, no solo se evidencia cierta concreción en las definiciones de funcionario público por la incorporación de algunos elementos ya apreciables en las concepciones expuestas como *amplias*; sino también se percibe una recolocación de la noción hacia los predios específicos de la Administración Pública, sea desde una perspectiva estructural –identificando al funcionario público vinculado directamente con la organización administrativa– o desde una óptica funcional –considerando que este, materialmente, ejerce o participa del ejercicio de función pública o, más precisamente, de función administrativa–.

A tal efecto, resultan ilustrativas, por ejemplo, posturas como la de BERTHELEMY,²⁸⁸ para quien “*les fonctionnaires sont, en général, et sauf exception, ceux qui, ayant accepté une nomination de la*

²⁸⁸ Es justamente a este autor que se debe la distinción de funcionarios de autoridad y de gestión, con basamento en la otrora teoría de los actos de autoridad y de gestión. La diferencia radica en la clase de actos que se emiten. Véase BERTHELEMY, Henry, *Traité...*, ob. cit., p. 43 y ss.

administration a un poste déterminé, collaborent d'une manière continue à la gestion de la chose publique".

Asimismo, HAURIU²⁸⁹ entiende como funcionario a todo aquel que en virtud de nombramiento por autoridad pública, bajo la denominación de funcionario, empleado, agente o subagente, pertenece al cuadro de los empleados permanentes de una Administración Pública. A partir de un criterio material realiza una distinción entre autoridad administrativa –es quien tiene potestad para tomar decisiones jurídicas– y agente de ejecución –quien las prepara o ejecuta–. La existencia y pertenencia a los cuadros, así como el requisito de permanencia, excluye del concepto al personal auxiliar y todo asalariado que no esté incluido en el cuadro; así como los casos de actividades concedidas.

En tanto, JEZE parte de la diferenciación entre gobernantes –dentro de los que incluye los colegios electorales, diputados, senadores y ministros–; auxiliares –aquellos que no forman parte de los cuadros permanentes, su actividad es temporal, excepcional y ocasional y puede ser de derecho público o privado– y los requisados –ingreso a la función pública con carácter obligatorio– para definir al funcionario público como aquel que desarrolla sus funciones de manera permanente, normal y ordinaria adscriptos a un servicio público.²⁹⁰ ROLLAND, por su parte, distingue al funcionario público a partir de la actividad material y por elementos objetivos y formales como la investidura por autoridad competente, ocupación de un empleo en cuadros organizados de un servicio público y la permanencia o cuasi-permanencia del empleo ocupado. Parte de la categoría genérica de agentes públicos – autoridades, funcionarios públicos y agentes no funcionarios– que los distingue del personal colaborador.²⁹¹ En esta misma línea de pensamiento, BONNARD considera funcionario público a aquellas personas incorporadas voluntariamente a un servicio público, investidos de un empleo permanente y que ejerzan su función a título de profesión principal y de carrera y no ocasional o suplementariamente.²⁹²

Los tres autores anteriores (JEZE, ROLLAND y BONNARD), representantes de la escuela francesa del servicio público, se distancian de la concepción duguiniana al circunscribir la noción de servicio público al ámbito administrativo. Por tanto, también la idea de funcionario público. Sin embargo, debe notarse que en cuanto a JEZE, es claramente visible la inclusión de supuestos de ejercicio privado de funciones públicas como los notarios, procuradores, etcétera.

²⁸⁹ HAURIU Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public, Onzième édition, Société Anonyme du Recueil Sirey, Paris, 1927*, p. 589 y ss.

²⁹⁰ Véase JEZE, Gastón, *Principes...* ob. cit., tomo II, vol. I, p. 146.

²⁹¹ Véase ROLLAND, Louis, *Précis de Droit Administratif*, Neuvième édition, Librairie Dalloz, Paris, 1947, p. 71 y ss.

²⁹² Véase BONNARD, Roger, *Précis de Droit Administratif*, 6^{ème} édition, ob. cit., p. 440.

DE LAUBADÉRE, por su parte, utiliza una sistemática similar a JEZE y destaca al funcionario como una especie de agente público que, además de mantener una relación de Derecho público con la Administración y participar directamente en la ejecución de un servicio público, tiene permanencia en el empleo y se integran en la jerarquía administrativa. Distingue al personal que trabaja para los entes públicos en: Gobernantes –detentores de la autoridad política–, colaboradores externos –contratistas, concesionarios, requisados, notarios, procuradores, etcétera– y personal de la Administración Pública –agentes públicos, que mantienen relación de derecho público con la Administración y participan directamente en la ejecución de un servicio público–.²⁹³

Otros autores, aunque con meridiana claridad, sitúan al funcionario público en los contornos administrativos, refieren acercamientos conceptuales de perfiles más generales que denotan cierta ambigüedad. Así, por ejemplo, GASCÓN Y MARÍN plantea que “la función exige al funcionario, siendo necesario que la Administración Pública actúe con personas físicas que le presten sus servicios y ejerzan sus funciones”.²⁹⁴

Más recientemente, con un enfoque análogo, PALOMAR OLMEDA entiende que “el complejo organizativo que componen las instituciones públicas, especialmente la Administración Pública, es animado por un conjunto muy numeroso de personas físicas que en ella trabajan constituyendo la organización pública y que son los empleados públicos y su conjunto, la función pública.” Asimismo centra la atención en el carácter permanente que debe tener el funcionario público y que su actividad “debe estar consagrada a un servicio público”. Utiliza empleado como género y establece que estos son los encargados de reglamentar, dirigir, ejecutar, asesorar y prestar servicios materiales.²⁹⁵

Por su parte, ROYO-VILLANOVA,²⁹⁶ a través de un prisma formal, también restricto, refiere que funcionario público es “toda persona que ocupe un puesto público en virtud de una adscripción legal hecha por el nombramiento o elección”. En cambio, desde una perspectiva funcional, Eugenio PÉREZ BOTIJA²⁹⁷ establece una relación directa entre el funcionario público, el tipo de servicio que presta y la entidad desde donde la realiza. Hace depender la situación jurídica del individuo, en lo fundamental, del servicio que preste –público, en este caso– y del carácter estatal de la entidad donde lo realiza, según refiere.

²⁹³ Véase DE LAUBADERE, André, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3^{ème} édition, tomos I y II, Libraire générale de droit et jurisprudence, Paris, 1963, p. 17 y ss.

²⁹⁴ Véase GASCÓN Y MARÍN, José, *Tratado...*, ob. cit., tomo I, 12^a edición, p. 285.

²⁹⁵ Véase PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la Función Pública* ob. cit., p. 17 y ss.

²⁹⁶ Véase ROYO-VILLANOVA, Segismundo, ob. cit., p. 9.

²⁹⁷ Véase PÉREZ BOTIJA, Eugenio, “El problema de los no funcionarios en las entidades públicas”, en AA.VV., *Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín en el cincuentenario de su docencias*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1952, p. 128 y ss.

ENTRENA CUESTA, con óptica semejante a ROYO-VILLANOVA, sustenta su criterio sobre la legalidad del nombramiento; permanencia en los servicios –inamovilidad y pertenencia a la plantilla del cuerpo–, y agrega la retribución a cargo del presupuesto general del Estado.²⁹⁸ Concepción muy específica que solo parece incluir al funcionario profesional o de carrera y excluye tipologías como el funcionario honorario o situaciones como la eventualidad y la prestación de servicio con carácter interino.

En el entorno latinoamericano, la diversidad en el uso de vocablos diferentes para referirse al fenómeno funcional es incluso mucho más notable que en los principales países del continente europeo. Esto se debe, en parte, a que resultan más perceptibles los efectos de la mixtura entre los sistemas de ordenación de la función pública y las influencias de tradiciones jurídicas diferentes. En tal sentido, al ser mayormente utilizadas las expresiones *servicio civil* o *empleo público* en lugar de función pública, es también más frecuente el uso de los términos *servidor público*²⁹⁹ y *empleado público*,³⁰⁰ con acepción extensa.

De manera menos usual, pueden hallarse concepciones de índole restrictiva de la categoría, como por ejemplo, la ofrecida por MARIENHOFF, que considera funcionario público a toda persona que “con alguna de las modalidades establecidas en ley, realice funciones o contribuya a que se realicen funciones esenciales y específicas de la Administración Pública”. Sin embargo, debe decirse que este autor analiza también una noción amplia de funcionario público –como toda persona que realice o contribuya a que se lleven a cabo funciones esenciales y específicas, es decir, fines públicos propios–. La diferencia entre estos puntos de vista radica justamente en el elemento formalista –en este caso la estipulación legal–. A partir de esta consideración establece como elementos la profesionalidad del funcionario, la pertenencia a un cuerpo y la incorporación a un órgano administrativo.³⁰¹

Como se aprecia de lo antes expuesto, las concepciones restrictas que se han construido son parte de un proceso, incluso, de tecnificación de la figura en estudio, durante el cual va dotándosele de

²⁹⁸ ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso...*, ob. cit., p. 271 y ss.

²⁹⁹ Véase, por ejemplo, PAREJA, Carlos H., *Curso de Derecho Administrativo teórico y práctico*, 2ª edición, El Escolar, Bogotá, 1939, p. 237 y ss.; RODRÍGUEZ R., Libardo, ob. cit., p. 464 y ss.; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Érika URIBE VARGAS (colaboradora), *Derechos de los Servidores Públicos*, Instituto Nacional de Administración Pública, UNAM, México, 2002, p. 4 y ss.; MARTÍNEZ BRAVO, Juan Alberto, *Derecho Administrativo boliviano*, Santa Cruz de la Sierra, 2010, p. 115 y ss.; CAVALCANTE FILHO, Joao Trindade, *Regime jurídico dos servidores públicos federais*, 2ª ed. Revisada, ampliada e atualizada, Jus POIVM, Brasil, 2010, p. 15 y ss.; LÓPEZ OLIVA, Miguel Alejandro, *Responsabilidad Administrativa de los servidores públicos en México*, UNAM, México, 2013, p. 59 y ss.;

³⁰⁰ Véase, por ejemplo, SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., p. 263 y ss.; CRETILLA JUNIOR, José, ob. cit., vol. IV, p. 79; VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Administrativo*, 10ª edición, Legis, Bogotá/México/Buenos Aires/Caracas/Lima/Santiago, 2008, p. 450 y ss.; CABRAL, Pablo O. y Marcelo J. SCHREGINGER, ob. cit., p. 84 y ss.; YOUNES MORENO, Diego 2015, ob. cit. p. 174;

³⁰¹ MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., p.14 y ss.

elementos disímiles para distinguir propiamente al funcionario público dentro del conglomerado de agentes del Estado y de las especies que conforman subjetivamente la función pública.

Es en este aspecto donde radica el valor principal que tiene la noción restringida de funcionario público. Aquellos elementos son puntos de mira inexcusable para cualquier análisis que se realice. Consecuentemente, a los fines de deslindar ese particularismo que se ha defendido a lo largo de este estudio, y como parte de él, para dotar de perfiles técnicos más precisos a la categoría funcionario público solo resulta viable apostar por una perspectiva estricta. Así podrán establecerse parámetros más específicos para una construcción teórica que permita a la figura en cuestión desplegar toda su funcionalidad jurídica; para, de ese modo, coadyuvar al diseño de su régimen legal adecuado y enfocado a contemplar, como alude RINCÓN CÓRDOBA,³⁰² “los cambios operados en el sistema de fuentes que intervienen en la determinación de los derechos y deberes, y también la preponderancia que ha tomado en los últimos años el funcionario como verdadero sujeto de derecho que, si bien unido de manera estrecha a la organización, se considera parte activa de una relación jurídica pública”.

II.3.3. La noción de funcionario público en ámbitos diferentes al Derecho Administrativo

Con determinada tranquilidad puede afirmarse que la mayor relevancia del funcionario público como categoría jurídica se concreta en el Derecho Administrativo. Ello se debe, fundamentalmente, a que le es propia como parte de su objeto y contenido. Sin embargo, es importante resaltar que se trata de una figura que no orbita solo en predios iusadministrativos como noción con valor de uso, sino que se proyecta sobre otros subsistemas jurídicos como el Penal, Laboral, por ejemplo y, en menor medida puede tener alguna implicación en el Derecho Tributario y otros ámbitos más específicos como el Derecho Internacional Público, fundamentalmente asociado al proceso de “internacionalización” de los ordenamientos jurídicos nacionales que en los últimos años se ha ido verificando. En esos propios escenarios se ven involucrados asuntos como las relaciones de empleo público con la Administración y la lucha contra la corrupción, en cuyos marcos aparecen concepciones sectoriales de funcionario público.

El planteamiento anterior no tiene como propósito analizar este fenómeno en su interioridad porque traería aparejado profundizar en las particularidades propias de cada uno de estos segmentos jurídicos, sin que tribute en modo alguno al objetivo general y tema central de la presente investigación –al menos no desde ese ángulo abarcador–. El principal interés que se persigue con éstas líneas es presentar la problemática general de la existencia de este tipo de definiciones que le son ajenas al

³⁰² *Cfr.* RINCÓN CÓRDOBA, Iván, ob. cit. p. 275

Derecho Administrativo, pero tienen una influencia muy directa en la elaboración teórica que se pretende en este estudio de la categoría funcionario público.

Ese influjo está dado, de un lado, porque plantea la posibilidad real de coexistencia de varias nociones en un mismo ordenamiento jurídico, con las consecuencias de interpretación y aplicación del Derecho que ello acarrea. De otra parte, porque es una manifestación también de la diversidad terminológica, pero que en este caso trasciende las fronteras iusadministrativas y, por tanto, la solución del problema implica una línea de pensamiento más sistémica. A tales efectos, lo fundamental, entonces, es establecer determinadas pautas generales en pos de la unidad y coherencia del sistema jurídico y de la funcionalidad de la categoría funcionario público construida teóricamente desde el Derecho Administrativo.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que estas nociones vectoriales o finalistas, como las denomina GARCÍA TREVIJANO-FOS, se dan para una finalidad determinada, por lo general no sirven para definir y obtener lo que sea funcionario público más allá del ámbito para el que se dan y han de interpretarse restrictivamente, puesto que *per se* ya suponen una ampliación de los conceptos típicos.³⁰³ En tal sentido, ante un concurso conceptual en un mismo contexto legal de lo que se estima por funcionario público, es importante que, en el plano normativo, se prevean las soluciones correspondientes. Sobre la base de tener, como premisa general, la inaplicabilidad de las definiciones no administrativas fuera de los contornos de su procedencia.

Como ilustración de la situación planteada, baste ceñirse a dos esferas concretas que, por su importancia, son las que pudieran generar las mayores dificultades. La referencia es al ámbito Penal y a las definiciones contenidas en instrumentos internacionales que tienen un impacto en los ordenamientos internos –con mayor o menor fuerza, según los mecanismos de recepción de los Tratados internacionales que se adopten–.

En el caso del Derecho Penal, la categoría funcionario público –o denominaciones con alcance análogo– orbita de modo inalterable en cualquier realidad estatal. Esto se debe a la presencia invariable de figuras delictiva cuyo sujeto especial es el funcionario público. Lo anterior no quiere decir que en la totalidad de los códigos penales se inscriban conceptos propios. Pueden existir, por ejemplo, llamados a la integración jurídica como en el Código Penal alemán –Título II, *Terminología*, artículo 11, apartado 2, inciso a: [...] en el sentido de esta ley es titular del cargo, quien de acuerdo con el derecho alemán, es funcionario público [...];³⁰⁴ definiciones expresas como en el Código Penal

³⁰³ GARCÍA TREVIJANO-FOS, José Antonio, *Tratado...* ob. cit., p. 405 y ss.

³⁰⁴ Véase Código Penal alemán, de 15 de mayo de 1871, actualizado hasta el 30 de agosto de 2002, disponible en <https://jurcom5.juris.de/bundesrecht/stgb/index.html>, consultado el 4 de agosto de 2019.

español –artículo 24, apartado 2: se considera funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas–;³⁰⁵ o construcciones más específicas referidas a cada figura delictiva, como el Código Penal argentino –Título XIII, *Significación de conceptos empleados en el código*, artículo 77, párrafo tercero: por los términos funcionario público y empleado público, usados en este código, se designa a todo el que participa accidentalmente o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente–. De manera muy específica incluye luego en esta definición, al particular que tratare de aprehender o hubiere aprehendido a un delincuente en flagrante delito, en los casos de los delitos de atentado y resistencia contra la autoridad.³⁰⁶

Con independencia de los análisis que teóricamente puedan realizarse sobre las elaboraciones teóricas penalistas de la noción de funcionario público –tópico hacia el cual no puede desviarse la atención aquí–, debe tenerse como percepción general que aquellas parten, esencialmente, de argumentos de política criminal. De tal modo su finalidad es más represiva sobre una lógica de protección de la función pública desde una visión más global. Ello hace comprensible su tendencia a la amplitud, dada por el propósito de hacer más extensivo el elemento subjetivo de determinados tipos penales.³⁰⁷

³⁰⁵ Véase Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Código Penal y legislación complementaria, España, 2019, publicación digital, disponible en <https://boe.es/legislación/codigo>, consultado el 4 de agosto de 2019.

³⁰⁶ Título XI, *Delitos contra la Administración Pública*, Capítulo I, Atentado y resistencia contra la autoridad, artículo 240. Véase Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.179 (T. O. 1984 actualizado), disponible en <https://www.oas.org>, consultado el 4 de agosto de 2019.

³⁰⁷ Sobre el tema de la definición de funcionario público en el ámbito penal, puede consultarse, a modo de ilustración mínima a: BERNAL PINZÓN, Jesús, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, Ed. Temis, Bogotá, 1965, p. 421 y ss.; PREDEL, Jean., Michel DANTI-JUAN, *Droit Pénal spécial*, 7^e édition, Cujas, París, 1995, p. 206 y ss.; VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho Penal Parte Especial*, 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia 1996, p. 701 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal Parte Especial*, 14^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 863 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, Ed. Comares, Valencia, 1999, p. 169 y ss.; RODRÍGUEZ PUERTA, M^a José, *El delito de Cohecho, Problema Jurídico-Penal del Soborno de Funcionarios*, Arazandi, Navarra, 1999, p. 170 y ss.; ALONSO PÉREZ, Francisco, *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el Código penal Legislación, Comentarios, Jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 236 y ss.; VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *Delitos contra la Administración Pública, Estudio crítico del delito de Cohecho*, Ed. Comares, Granada, 2003, p. 58 y ss.; JAVATO MARTÍN, Antonio M^a, *El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Granada, 2005, p. 18 y ss.; VALEJE ÁLVAREZ, Inma, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública”, en *Cuadernos de Política Criminal*, No. 62, 1997, Dykinson, Madrid, pp. 435-498 y ss.; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. “Problemas generados por el difuso concepto de funcionario público en el Derecho penal”, en *Revista de Derecho Penal*, No.28, septiembre de 2009, Lex Nova, España, pp. 31-69; DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., “El funcionario Público ante el Derecho Penal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, No.20, 2010, pp. 17-78; JAVATO MARTÍN, Antonio M^a, “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, No.23, enero 2011, Junta de Castilla y León, España, pp. 145-172; RIBAS, Eduardo Ramón, “La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (Concepto de funcionario público)”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, Universidad de Santiago de Compostela, España, pp. 173-223; KINDHÄUSER, Urs, *Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán*, disponible en <https://www.politicacriminal.cl>, consultada el 20 de septiembre de 2019.

Desde la misma perspectiva de estipulaciones finalistas y, por ende, extensas, pueden valorarse aquellas que se hallan en instrumentos internacionales como la Convención Interamericana contra la corrupción, de 29 de marzo de 1996³⁰⁸ y la Convención de las Naciones Unidas (ONU) contra la corrupción, de 31 de octubre de 2003.³⁰⁹ El primero de estos documentos, define en su artículo uno, como funcionario público, oficial gubernamental o servidor público cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. El segundo instrumento establece en su artículo dos, que funcionario público es toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario. Incluye, además, a los que ejercen una función pública para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público.

A todas luces, se trata de criterios amplios que entienden la categoría función pública en su sentido más genérico como toda actividad realizada por el Estado. Responde, además, a patrones propios de un instrumento de esa naturaleza, dejando cobertura a las voluntades legislativas de los ordenamientos internos; lo que se deja expresamente dicho en la Convención de la ONU, al disponer que las consideraciones acerca de lo que se entenderá por funcionario público, están condicionadas por lo que se defina en el derecho interno del Estado parte. La amplitud de tales definiciones radica, además, en su propia conexión con el interés protegido por los instrumentos en cuestión. La corrupción es un fenómeno global que se evidencia en la generalidad del funcionamiento del Estado y, por tanto, involucra a todos sus medios personales, sin importar el ámbito funcional donde se desenvuelvan. Por otro lado, se fundamenta su perspectiva por la necesidad de inclusión en el documento jurídico internacional de todas las posibles nociones existentes en los ordenamientos internos.

Como se aprecia de lo anterior, tanto las penales como las contenidas en los instrumentos internacionales expuestos, son definiciones que exceden la noción administrativa por sustentarse sobre postulados o presupuestos muy diferentes. Su convivencia jurídica pacífica en los sistemas legales de los distintos países, dependerá del cuidado que se preste en su interpretación y concreción exclusiva al ámbito para el que fueron concebidas. Ante la inexistencia de una definición vectorial, desde otros espacios, es perfectamente posible y válida la integración con la noción provista por el Derecho

³⁰⁸ Véase OEA, *Convención Interamericana contra la Corrupción*, Caracas, Venezuela, 29 de marzo de 1996, disponible en <https://www.oas.org>, consultada el 18 de julio de 2019.

³⁰⁹ Véase Naciones Unidas, *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*, Resolución 58 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003, Naciones Unidas, Nueva York, disponible en <https://www.unodc.org>, consultada el 18 de julio de 2019.

Administrativo pues la categoría funcionario público es inherente a su objeto de estudio y por su connotación para el interés público, es esta disciplina jurídica a la que le son propias las herramientas para su construcción teórica.

Sin embargo, a la inversa, no es, en principio, permisible realizar la misma operación sin causar distorsiones teóricas y prácticas. Las concepciones finalistas, por sus tendencias expansivas, no son operativas de cara al ordenamiento jurídico general. Ellas, de existir, deben ajustarse a sus espacios concretos con sus respectivos alcances. Lo ideal, naturalmente, sería la consecución de la uniformidad de cada ordenamiento jurídico partiendo de reservar la definición de funcionario público al Derecho Administrativo y que el resto de los ámbitos ajusten sus perspectivas en correspondencia con ello para no romper la unidad del sistema.

II.3.4. Reflexiones finales

A modo conclusivo, se pueden esgrimir algunas consideraciones importantes sobre las perspectivas diversas con que ha sido tratado el tema de noción jurídica de funcionario público. El punto de base es tener conciencia de que aferrarse a soluciones universales llevaría a quien lo intente a un callejón sin salida. Empero, tener como variable el factor contextual no es óbice para reconducir los debates sobre bases técnicas que permitan dotar a la categoría en estudio de una identidad jurídica administrativa propia. El escenario político-jurídico puede determinar su alcance más o menos restricto, en función de los elementos que se consideren en un ordenamiento dado. Sin embargo, el sentido de la figura, como vocablo e institución jurídica, ha de conectarse de modo inequívoco con su identificación dentro del catálogo de agentes administrativos; razón por la cual se defiende un enfoque estricto.

De tal modo, es naturalmente importante el análisis de los diferentes elementos que en distinta época y lugar han sido considerados para integrar teóricamente la noción de funcionario público. No obstante, más allá del usual propósito de mostrar las divergencias teóricas de una de las categorías más polémicas y asimétricas del Derecho Administrativo, la utilidad del ejercicio está en la recapitulación de los aspectos fundamentales circundantes a esos acercamientos conceptuales; pues, desde la mirada actual, no son elementos que puedan tenerse como aislados o independientes ni descartables *per se*, sino como una acumulación de factores que han dado como resultado un fenómeno jurídico inconcluso.

Cada uno en sí mismo denota una construcción teórica con sus propias peculiaridades y todos, en lo individual y lo común, deben ser tratados desde una lógica evolutiva para comprender el valor que

cada cual puede tener al tiempo de integrar los perfiles definitorios de la categoría funcionario público. Es entonces, desde esta dinámica de pensamiento, que se expondrán brevemente algunas puntualizaciones respecto de los principales elementos que han aportado las posturas doctrinales antes expuestas.

El componente históricamente más común y prácticamente invariable que puede aludirse es el *ejercicio de función pública*, alternado posteriormente con la *participación en un servicio público*. La conexión con la realización de una función o cometido del Estado ha sido la base fundamental para la necesidad, importancia y consideración especial de la ordenación de los medios personales a su servicio. Sin embargo, función pública y servicio público –fundamentalmente el primero, a los efectos que interesan a este estudio– son conceptos jurídicos que cargan con una cuota importante de indeterminación. Consecuentemente, se ve disminuida su vocación como variables definitorias o, al menos, requerirían siempre de precisiones terminológicas previas.

Asimismo, su sola apreciación es insuficiente pues, aunque se tomaran en el sentido de lo *administrativo*, la definición resultante adolecería de ambigüedad y amplitud. El Estado puede cumplir sus cometidos públicos por medio de mecanismos disímiles, que pueden determinar relaciones directas con la esfera privada e incluso la realización de determinada prestación de manera coactiva. En tales casos se estaría en presencia de ejercicio de función pública o de participación en un servicio público –en este caso por mecanismos de gestión indirecta–. Sea asimilándolos en un sentido lato o en uno estricto, si aquellos elementos fueran suficientes, la noción de funcionario público tendría límites prácticamente imperceptibles.

Por su parte, centrar la atención en la relación estructural con el Estado, en general, o la Administración Pública, en particular, sin mayores precisiones, tampoco resulta coherente con la existencia de personal que puede ostentar la categoría funcional fuera de las estructuras administrativas –quedarían excluidos sectores donde se realiza actividad administrativa de modo secundario, como por ejemplo, el judicial, el legislativo, la defensoría del pueblo–, u otros ámbitos de funcionamiento estatal y aparatos públicos no precisamente administrativos, fundamentalmente, en esquemas descentralizados.

Dar valor preponderante a los elementos que, en definitiva, constituyen parte del contenido del régimen jurídico del funcionario público, igualmente torna vaga e inflexible cualquier definición que se proponga desde esa perspectiva. La estabilidad o permanencia en el puesto –que aparece, por ejemplo, como elemento definitorio en la concepción francesa, como se reflejó previamente– o el

suelo a cargo de los haberes públicos,³¹⁰ por ejemplo, son presupuestos que suelen esgrimirse con mucha fuerza. No obstante, la dinámica de la función pública ha demostrado en la práctica que estos aspectos son circunstanciales y pueden –o no– estar presentes como intrínsecos a la categoría funcional, según el diseño que se adopte. Del mismo modo, aun en un modelo de tendencia cerrada, son carices que pueden no ser exclusivos del *status* de funcionario público.

Por otra parte, al optar por un criterio de distinción de índole material, a partir de las actividades o tareas que se realizan, fundamentalmente tomando como eje la toma de decisiones, se pierde de vista que tal prerrogativa tampoco es inherente a la condición de funcionario público. No todos ellos tienen por imperativo entre su ámbito competencial la potestad decisoria ni, por tenerla, se excluyen de sus tareas acciones de ejecución. Razonamiento similar, en cuanto restrictivo, puede realizarse de los intentos definitorios sustentados en aspectos formales como el nombramiento. En tal caso quedarían excluidos, por ejemplo, los supuestos donde la relación funcional tiene naturaleza contractual.

II.4. Esquema categorial básico de los servidores públicos

La complejidad relativa a la diversidad terminológica, a la que se ha venido aludiendo, no solo se expresa en el caso concreto de la categoría funcionario público, sino que puede hacerse extensiva a la dimensión subjetiva íntegra de la función pública e, incluso, alcanza, en cierta medida, al sistema de medios personales al servicio del Estado. Partiendo de la consideración de que el funcionario público es un componente más dentro de ese conjunto de personal que ejerce o participa del ejercicio de funciones estatales, es indispensable su identificación y colocación precisa dentro de ese diseño subjetivo, a fin de lograr su individualidad gnoseológica.

Lo anterior supone, con una visión sistémica del asunto, la necesidad de establecer, previo a las subsiguientes consideraciones, un esquema básico partiendo de una categoría genérica que encabece la tipología del personal al servicio del Estado y de la Administración Pública, con el objetivo, además, de que cada una de esas especies tenga una denominación específica con un sentido y alcance unívoco. De tal modo, debe alertarse que no se tienen pretensiones clasificatorias exhaustivas; por el contrario, se apela a mecanismos de síntesis que permitan reducir al máximo el esquema de categorías fundamentales. Desde el punto de vista teórico, esta es la metodología más efectiva dada la diversidad de criterios y la imposibilidad de establecer y asumir concepciones únicas al respecto de esta temática. Desde una perspectiva utilitaria, al poner la mira en las esencias y partir de ellas, se contribuye a

³¹⁰ Es menos frecuente (por ejemplo ORLANDO, ob. cit. p. 71) e, incluso, prácticamente ignorada actualmente bajo el entendido de la profesionalización de las funciones públicas y la consideración del funcionario público también como un empleado cuya remuneración puede tener fuentes diversas.

reducir al máximo las ambigüedades y distorsiones al tiempo de diseñar el régimen jurídico de la función pública.

Este ejercicio constituye simplemente una necesidad metodológica para conseguir que en el orden lingüístico, teórico y jurídico el vocablo ‘funcionario público’ se reserve para un solo tipo subjetivo y evitar, consecuentemente, la existencia de un significado técnico-legal polisémico. De esta manera, se tomarán como guía tres niveles relacionales que se suscitan entre el Estado y las personas físicas que actúan sus funciones, lo cual tiene de trasfondo el esquema básico de funciones estatales. Ello permitirá visualizar los ámbitos de actuación de las personas que ejercen o participan del ejercicio de aquellas funciones y posibilitará concentrar el análisis en la esfera administrativa, que es la que aquí interesa.

A) Primer nivel relacional, determinante del vínculo con una función o cometido del Estado

Lo primero para articular el esquema tipológico elemental es partir de una categoría de matiz genérico, que incluya a toda aquella persona física que ejerza o participe en el ejercicio de las funciones o cometidos del Estado. Toda vez que los individuos son los que, concretamente, pueden realizar tales tareas, existen en realidad disímiles mecanismos mediante los cuales estos se ponen a disposición del ente de poder público, en ocasiones de modo obligatorio (servicio militar, ciertos casos de participación legítima en la impartición de justicia, determinadas actuaciones en procesos electorales, cumplimiento de determinadas sanciones penales o administrativas, entre otros casos); otras veces, de modo voluntario, ejerciendo, participando o colaborando del ejercicio de funciones públicas. Al abordar previamente el análisis de la diversidad terminológica, y realizadas las precisiones de alcance correspondientes, se justificaron las razones por las que se prefiere ‘servidor público’ como sintagma con vocación genérica.

Este punto de base se toma entonces para determinar la primera categoría del esquema y se considera entonces como servidor público a toda aquella persona física que preste un servicio a la colectividad, sea con carácter voluntario u obligatorio, remunerado o gratuito, a través del ejercicio o participación de cualquiera de las funciones y cometidos que tiene el Estado, incluidos todos sus ámbitos de actuación.

Luego, es necesario deslindar el servicio voluntario y el obligatorio para circunscribir el ámbito del análisis a las relaciones y situaciones jurídicas que se concretan entre el Estado y las personas físicas que se involucran en el ejercicio de las funciones estatales con carácter voluntario. A efectos de esta investigación, este último tipo de vínculo es el que ahora resulta de interés, pues en ese contexto es

donde se localiza la dimensión subjetiva de la función pública y, consecuentemente, el ámbito de actuación propio del funcionario público.

De tal modo, una segunda disensión se hará tomando como referencia las clásicas funciones a través de las cuales se ha considerado que el Estado realiza sus fines. Según lo anterior, habrá, pues, servidores públicos en los ámbitos legislativo, gubernativo, ejecutivo o político, judicial o administrativo. En la práctica, el régimen legal de todos ellos requiere de cierta especialidad, que puede manifestarse por la existencia de disposiciones propias que ordenan todo o parte de sus situaciones y relaciones jurídicas; sin embargo, con excepción de la esfera administrativa, el resto se trata de ámbitos específicos, con una delimitación constitucional precisa de las competencias de los entes que lo integran.

En el caso de la función administrativa, por su heterogeneidad, amplitud y dinamismo, no encuentra ese nivel de concreción y delimitación precisa. La esfera administrativa es considerablemente más abarcadora que el resto del catálogo de ámbitos funcionales del Estado. No es de extrañar entonces que la mayor parte de los servidores públicos se concentren sus predios. Esto justifica que su ordenación legal especial devese una necesidad y adquiera una complejidad significativamente mayor que para los casos restantes.

B) Segundo nivel relacional: el vínculo estatutario, determinante de la categoría funcional

Naturalmente, la determinación del ámbito de actuación de los servidores administrativos no es suficiente para distinguir al funcionario público dentro de ellos. Es claro que no todos aquellos servidores públicos se vinculan en iguales circunstancias jurídicas con el ejercicio de la función administrativa. Por ello, es necesario un segundo criterio filtro para determinar el próximo estadio del esquema que se propone. Es preciso distinguir claramente a partir de qué tipo de nexo se establecen las situaciones jurídicas de los servidores administrativos, a fin de concretar sobre la base de qué especie de relaciones concretas puede distinguirse la categoría funcionario público.

Este razonamiento resulta propicio pues, además de su ámbito de desenvolvimiento, otro de los aspectos medulares que permiten su distinción de otros servidores administrativos es la especialidad del vínculo que lo une a la Administración Pública. Dicha singularidad radica en su naturaleza estatutaria y desempeña un rol primordial porque permite distinguir dos grandes grupos de servidores públicos dentro de la propia esfera administrativa. De acuerdo con este nexo, por sus características peculiares, se determinará la fuente de las situaciones jurídicas principales de uno de esos subconjuntos, que es, precisamente, el de los funcionarios públicos *strictu sensu*.

Más adelante se examinarán las manifestaciones y peculiaridades del referido enlace. No obstante, a los efectos del tópico que ahora ocupa estas líneas, debe resaltarse que utilizar este criterio, cuya materialización pasa por un tamiz formal o legalista, asegura un encuadre técnico específico en uno u otro grupo de cualquier categoría de personal administrativo que se someta a consideración.

Al enfocarse en el tipo de relación y su naturaleza, y ser el ordenamiento positivo la fuente fundamental de emanación y ordenación de ese vínculo, resulta rápidamente identificable la categoría funcional. Ello se debe a que solo los funcionarios públicos entablan con la Administración Pública una relación de naturaleza estatutaria.

C) Tercer nivel relacional: el vínculo estructural con el ente público

Conectando con las ideas abordadas previamente en cuanto a la consideración de la función pública como técnica jurídica, vale recordar que aquella tiene por objeto la ordenación de las relaciones y situaciones jurídicas que se suscitan entre la Administración Pública y el personal que ejerce o participa del ejercicio de una función administrativa, unido al ente de su competencia por un vínculo estructural. De esto último se deriva que no todos los servidores públicos que se desempeñan en el ámbito de la función administrativa integran el componente subjetivo de la función pública. De él se excluyen aquellos que lo hacen mediante vínculos distintos a dicha relación con la estructura organizativa de la Administración Pública o del Estado, en su caso; esta es la situación propia de concesionarios, contratistas o la mayoría de las modalidades de ejercicio privado de funciones públicas (estatales).

A partir de los dos niveles establecidos anteriormente, se tienen ya dos segmentos grupales de servidores administrativos: aquellos unidos a la Administración Pública mediante un vínculo de naturaleza estatutaria y aquellos que no presentan este nexo. Sin embargo, todavía es necesario, a los efectos de mayor concreción, un tercer estrato, a partir de considerar la relación estructural con el ente público que ostenta el ámbito competencial administrativo donde se localiza la función que ejercerá el funcionario. En el caso del ya identificado grupo funcional, este vínculo estructural puede manifestarse a través de tres tipos de relaciones: de *servicio*, de *empleo* y *orgánica*. A ellas se dedicará un espacio posterior. Baste ahora resaltar el asunto desde su generalidad.

De las tres especies de relaciones enunciadas, la relación de empleo es la más general y la única que le es común tanto a los servidores administrativos con vínculo estatutario (funcionarios públicos), como a aquellos que no lo tienen; por tanto, es la que debe tomarse como criterio para una nueva

subclasificación. De esta manera, en el primer grupo (con vínculo estatutario) se encontrarán unos que tienen relación de empleo y otros que no la tienen.

En el primer caso, se origina, a su vez, otra división, tomando esta vez como parámetro distintivo la adscripción o no a la carrera administrativa. En correspondencia, existirán funcionarios públicos titulares (funcionarios de carrera) y no titulares (los que prestan su servicio de forma eventual o interina o los que ocupan cargos públicos de confianza, por ejemplo).³¹¹ Esta última bifurcación solo cobra sentido en la materialización de un modelo de función pública de tendencia cerrada, donde se articule como presupuesto de funcionamiento la carrera administrativa. En el caso de los funcionarios públicos sin relación de empleo se encuentran los denominados funcionarios honorarios, que no perciben remuneración por los servicios prestados a la Administración Pública, con la nota de que igualmente clasifican, en su caso, dentro del rubro de los no titulares.

Por otro lado, entre los servidores administrativos sin relación estatutaria, igualmente puede, o no, verificarse una relación de empleo. Cuando así fuere, se hace referencia a los trabajadores administrativos que no ostentan *status* funcional, categoría que se integra de modo residual. Por su parte, dentro de aquellos que no manifiestan ningún vínculo estructural con algún ente con competencias para la realización de función administrativa, pueden ubicarse, de manera general, los casos de ejercicio privado de funciones estatales.

En resumen, para una aproximación preliminar, el esquema categorial resultante, aunque no es suficiente para distinguir todos los elementos que sustentan teóricamente la noción jurídica de funcionario público, permite delinear ciertos límites para su identificación: el ámbito de actuación (función administrativa), la especialidad del vínculo con la Administración Pública (naturaleza estatutaria) y la relación estructural con el ente público donde ejerce concretamente sus funciones; tamices a través de los cuales se allana el camino para la determinación del sistema de elementos que deben sustentar la construcción teórica de la categoría funcionario público.

A partir de lo expuesto previamente, puede decirse que la clasificación general de los servidores administrativos es la siguiente:

1. Según la naturaleza de la relación con la Administración Pública, se clasifican en:

³¹¹ Esta clasificación tiene una base francesa, que se ha tomado como referencia por la utilidad práctica que presenta a los efectos de la identificación de funcionario público como categoría jurídica en sentido muy estricto. Los elementos sobre los que se considera que ella ha de construirse teóricamente, se analizarán más adelante y podrán apreciarse los distanciamientos que puedan existir en cuanto al alcance y contenido de la clasificación, respecto de la postulada por el contexto francés. Véase, por ejemplo, PLANTEY, Alain, *La fonction publique...*, op. cit., p. 30 y ss.; MELLERAY, Fabrice, ob. cit., p. 112 y ss.; AUBIN, Emmanuel, op. cit., p. 53 y ss.; DORD, Oliver, ob. cit., p. 111 y ss.

- a) Servidores administrativos con relación estatutaria (funcionarios públicos en sentido técnico-jurídico estricto).
 - b) Servidores administrativos sin relación estatutaria (resto del personal que ejerce o participa del ejercicio de función administrativa).
2. Con referente en la relación de empleo como eje común del vínculo estructural con el ente de cuya competencia es la función administrativa que se ejerce o se participa de su ejercicio, se clasifican en:
- a) Empleados públicos (funcionarios públicos con relación de empleo y personal empleado sin *status* funcionarial).
 - b) Personal no empleado (funcionarios públicos sin relación de empleo –honorarios por ejemplo– y la mayoría de los supuestos de ejercicio privado de funciones públicas). En este caso, como se dijo antes, debe significarse que los funcionarios honorarios clasifican también como funcionarios no titulares.
3. Según su adscripción o no a la carrera administrativa, los funcionarios públicos se clasifican en:
- a) Funcionarios públicos titulares: son aquellos que se inscriben en los cánones de la carrera administrativa y que dentro de su organización y estructura –además de los elementos que en breve se analizarán– ostentan determinado nivel y hacen de la función pública su profesión.
 - b) Funcionarios públicos no titulares: a contrario *sensu*, estos serían aquellos que no presentan el mencionado rasgo de profesionalidad ni se insertan en la carrera administrativa, sin embargo tienen el *status* funcionarial, según la relación de naturaleza estatutaria con la Administración Pública. Es el caso de los que cumplen sus funciones con carácter interino, eventual o los que ocupan puestos de confianza o los honorarios.

II.5. El funcionario público como categoría esencial dentro de la dimensión subjetiva de la función pública. Elementos que deben sustentar su noción jurídica

El presente acápite es más bien la concreción, con matiz conclusivo, de los aspectos que se han venido exponiendo y cada una de aquellos sirve de sustento a las consideraciones que se realizan en los siguientes párrafos respecto a los elementos que se proponen como base para la noción jurídica de funcionario público. Estos elementos proveen los pilares sobre los que puede sustentarse, de manera adecuada y suficiente, cualquier definición de funcionario público que se proponga en el ámbito teórico o legislativo de cada ordenamiento jurídico. Ellos deben fundamentarse con el rigor técnico

necesario y la capacidad de adaptación a los diversos contextos sociales, políticos, jurídicos y económicos, en los cuales deba articularse un modelo concreto de organización de la función pública. Como premisa del análisis es importante, además, el cuidado debido para la selección de los elementos que han de proponerse como esenciales. En este sentido, el resultado deseado es lograr que la confluencia de los que en tal condición se estimen, sea únicamente verificable en el funcionario público. Este propósito garantiza la tecnificación de la categoría, a partir de considerar aquellos elementos como presupuestos comunes para cualquier conceptualización que pueda adoptarse en los más diversos escenarios. La integración de sus contenidos, el sistema de relaciones que entre ellos se establezca y su sentido y alcance, aunque pueden variar, concretarán los particularismos de cada ordenamiento a partir de su concreción legislativa.

Como derivación y sustento de lo anterior, se necesita una visión integradora del sistema de componentes que ha de proponerse. Ninguno de ellos debe tener preponderancia ni sobredimensionarse respecto de los demás. Cada cual desempeña su rol en justa medida y solo la observancia de todos en su integralidad provee la noción de funcionario público, y únicamente en ese entendido aportan a perfilar los rasgos definitorios de la categoría en estudio.

En consonancia con lo expuesto, el modelo de función pública que se implemente podrá aproximarse o distanciarse de los sistemas de estructura cerrada o abierta; la influencia del Derecho del Trabajo será recepcionada en mayor o menor medida; las distinciones categoriales del personal al servicio de la función administrativa podrán restringirse o ensancharse; la esfera de actuación administrativa o de intervención estatal será más extensa o limitada. Sin embargo, en cualquier circunstancia, si en un ejercicio de confrontación se verifica que en la persona del servidor público de que se trate confluyen simultáneamente los elementos que se proponen, no habrá mayores inconvenientes para su identificación gnoseológica. Este será, pues, el funcionario público en sentido técnico-jurídico estricto. Por tanto, la propuesta que se realiza constituye la base del andamiaje teórico para la ordenación de la organización y funcionamiento del sistema de función pública.

A) El elemento objetivo

Al analizar los diferentes elementos de corte objetivo que se han esgrimido como definitorios de la noción de funcionario público, ya se han realizado determinadas precisiones terminológicas, de contenido y de alcance, que allanan el camino para las consideraciones que se darán; por lo que se toman como presupuestos teóricos sobre los que se erigen los aspectos que se refieren en los segmentos que siguen.

A modo de breve recapitulación, debe recordarse que se partía de la idea de que muchos de esos elementos todavía constituyen sostenes importantes para determinar la condición funcionarial, por lo que no pueden ser descartados en un sentido absoluto. Sin embargo, la validación de algunos –se explicaba– requería ciertas modulaciones desde una perspectiva técnica-metodológica para ser capaces de satisfacer las pretensiones de flexibilidad y adaptabilidad en correspondencia con las plataformas gnoseológicas que se proponen.

De modo general, la casi totalidad de aquellos elementos versaban sobre tres aspectos esenciales: la función que materialmente le es propia al funcionario público (el ejercicio de función pública, la prestación de la actividad en un servicio público, por ejemplo); el vínculo con la Administración Pública (su naturaleza contractual o estatutaria, el carácter permanente del cargo o la permanencia del funcionario, el objeto del servicio, entre otros) y el régimen jurídico al que dicha relación está sometido (iuspúblico o de derecho común, según se derive del resto de los postulados, o aspectos relativos a su contenido como la remuneración, el objeto del servicio, la articulación de carrera administrativa, la pertenencia a cuadros o cuerpos o la gradación dentro de la jerarquía administrativa, por ejemplo).

Con relación al primero de esos aspectos, también fueron expuestos los argumentos por los cuales no resultaba aconsejable la utilización de la expresión función pública o servicio público. Ello, sumado al carácter técnico-jurídico que a la categoría función pública se le ha reservado a efectos de este estudio, se estima de mayor precisión el sintagma *función administrativa*, cuyo significado, en el orden teórico-práctico es unívoco de manera más universal. En un sentido material, es esta la que el funcionario público ejerce propiamente y deviene, por tanto, un concepto capaz de abarcar todo su ámbito de intervención. Sobre todo, si se toma en consideración que la función administrativa no se agota en la Administración Pública y que funcionarios públicos podrán existir donde quiera que se ejerza actividad de esa naturaleza.

Por otro lado, respecto de los elementos que pretenden exaltar, de alguna manera, la especialidad del vínculo con la Administración Pública, es preciso partir de la cuestión esencial que determina ese particularismo que es su propia naturaleza. En este caso, su carácter estatutario, legal o reglamentario es pieza clave por las razones que se exponen en breve.

Asimismo, es cardinal la consideración de un régimen iusadministrativo para ser coherentes con la teleología propia de la Administración Pública, del Derecho Administrativo, de la función pública y del Derecho que la ordena, como se ha venido defendiendo. Por lo tanto, además, todos aquellos asuntos que se instrumentan en virtud de esa ordenación especial deben considerarse incluidos dentro

del régimen legal del funcionario público como parte de su contenido. Este se configurará atendiendo a las realidades concretas de cada Estado.

A.1) El ejercicio de función administrativa

Sobre la base de las ideas hasta aquí expuestas, no queda en este punto mucho más que agregar. El funcionario público, tal y como se ha localizado en el esquema categorial básico presentado, se inserta dentro de los servidores administrativos; por lo tanto, es de inmediata conclusión que, desde el punto de vista material, la función que ejercen es la *función administrativa*. En ella se localiza su ámbito de actuación y permite, además, identificarla en cualquier área del espacio público, sea en el seno de la organización administrativa, sea en entes descentralizados, en el ámbito de las funciones legislativa y judicial, etcétera. De tal manera, este resulta un aspecto de significativa importancia en cuanto a la determinación de las peculiaridades del vínculo estructural con la Administración Pública, que luego se analizará.

No existen mayores inconvenientes en afirmar entonces que el ejercicio de función administrativa es punto de partida y se erige como el primero del catálogo de elementos a tener en cuenta para perfilar conceptualmente al funcionario público. Sin embargo, no es ni puede estimarse suficiente para tal propósito, pues se trata de un elemento que le es común a todo servidor administrativo. Por consiguiente, todo funcionario público, como uno de ellos, ejerce función administrativa, pero no todo aquel que la ejerce ostenta necesariamente la condición funcional.

La función administrativa, como ya se ha aludido, por su contenido diverso y variable, no solo es realizada por el Estado, ni se localiza exclusivamente en entes de naturaleza pública. La dimensión actual del ámbito de actuación del Estado, sus modos de intervención económica y los acercamientos entre lo público y lo privado, bajo una concepción de cooperación y no de contraposición, ha generado mayor complejidad en el desarrollo del ejercicio de las funciones administrativas. La intervención del Estado en la esfera empresarial y la gestión indirecta de los servicios públicos o de interés general o la gestión de estos en régimen de asociación público-privada, por ejemplo, imprimen determinadas peculiaridades a las relaciones que se establecen entre la Administración Pública y los sujetos privados que acometen tales tareas donde no solo hay intervención del Derecho Administrativo.

En ese escenario, un contratista o un concesionario, por ejemplo, que gestionen un servicio público o de interés general, realizan función administrativa, pero no pueden ser considerados técnicamente funcionarios públicos.

Sobre este tema resultan ilustrativas las reflexiones de MATILLA CORREA cuando analiza el *status* o situación jurídica del concesionario.³¹² Señala el autor: “De ahí que, en consecuencia, pueda sostenerse con propiedad que la concesión no hace del concesionario (sea una persona privada o pública) un agente de la Administración Pública; ni sus empleados se convierten, por ella, en empleados públicos; ni sus actos característicos u ordinarios adquieren, por tanto, la cualidad de actos administrativos o de actos de la Administración.”

Si bien es compartido el criterio en cuanto a lo que se colige de la argumentación de las ideas del profesor MATILLA CORREA, es necesario acotar que, a efectos de la postura asumida en este estudio, tanto el concesionario como cualquier otro supuesto de ejercicio privado de función pública, no debe ser *a priori* estimado funcionario público en sentido técnico-jurídico estricto, empero es correcto considerarlo como un servidor público, por cuanto es innegable el ejercicio en sus manos de función administrativa pues, en estos ejemplos, no se discute la presencia de fines de interés público que, incluso, justifican determinadas potestades de intervención administrativa y, por lo tanto, el régimen jurídico al que se someten esas relaciones contiene normas y principios de Derecho público.

Es necesario tener en cuenta en este punto que no resulta trascendente la naturaleza pública o privada del ente o persona que realice la actividad, sino más bien la atribución de la función específica y la presencia de un presupuesto teleológico que determina su finalidad, enfocada a la satisfacción del interés colectivo como parte de los fines del Estado, cuya mano ejecutora es la Administración Pública.

A.2. La naturaleza de la relación entre la Administración y el funcionario público

Tomando en cuenta la insuficiencia del *ejercicio de función administrativa*, a los fines de una delimitación precisa de lo que ha de considerarse funcionario público, es necesario determinar un segundo elemento como parte del componente objetivo propuesto. En este caso, se trata del vínculo jurídico que une al funcionario público con la Administración Pública y que define la relación jurídica funcional. La naturaleza de ese nexo es determinante para establecer las distinciones con el resto de las modalidades de servidores administrativos, como se explicó al diseñar el esquema categorial básico de los servidores públicos.

Es usual al abordar este tema encontrar también diversidad de nomenclaturas para referirse al mismo fenómeno. Algunos autores aluden a la naturaleza jurídica del vínculo que une al funcionario con el

³¹² Véase MATILLA CORREA, Andry, *La concesión administrativa*, Librería Jurídica Internacional, Ángel Potentini Editor, Santo Domingo, 2018, pp. 243-247.

Estado,³¹³ o a la naturaleza de la relación entre el ente público y sus funcionarios,³¹⁴ o la denominan relación funcional³¹⁵ o relación de servicio.³¹⁶ Otros prefieren hablar de la teoría jurídica³¹⁷ o naturaleza jurídica³¹⁸ de la función pública. Asimismo, hay algunos que estudian el asunto como naturaleza jurídica del *empleo público* o relación jurídica entre empleados y el Estado.³¹⁹

Esta variedad referencial genera el principal inconveniente de no poder deslindar con exactitud los posibles vínculos jurídicos que pueden suscitarse entre el Estado, en general, y el funcionario público. Todos esos nexos son especiales, pero con características y efectos jurídicos diferentes. En tal sentido, es visible la presencia de tres tipos de relaciones que, de una forma u otra, son objeto del análisis de esta temática: la *relación de servicio*, la *relación orgánica* y la *relación de empleo*.

La diferencia entre ellas, con independencia de la nomenclatura que se adopte, es observable fácilmente en la configuración de los propios modelos de organización de la función pública, más marcada en unos que en otros, pero igualmente identificable. Se colige desde la propia existencia de algún espacio especial de regulación, por mínimo que sea, para la relación entre el funcionario público y la Administración Pública. Ello, *per se*, indica un reconocimiento de especialidad y por tanto también de un vínculo distinto.

Tener claridad, en lo fundamental, de la configuración jurídica de la relación de servicio y sus diferencias con las otras dos mencionadas constituye la base para las distinciones que se realizan, tanto en el momento de establecer la tipología básica del personal al servicio del Estado –para concretar la diferenciación entre los servidores administrativos–, como para sustentar las consideraciones que han de sostenerse respecto del carácter estatutario de la relación de servicio.

Es importante acotar que la denominación que se asume –relación de servicio–, no siendo la más habitual para designar al vínculo funcional o funcional, no sigue aquí la lógica de analogía con la relación de empleo que presentan algunos autores como GARCÍA-TREVIJANO FOS³²⁰ o la propia de la

³¹³ KAMMERER, A., p. 66; WALINE, Marcel, *Manuel élémentaire de droit administratif*, 9ª edición, Librairie de Recueil Sirey, Paris, 1963, p. 327; GASCON Y MARIN, José, *Tratado...*, tomo I, 12ª edición, p. 299.

³¹⁴ ALESSI, Renato, *Instituciones...*, ob. cit., p. 86 y ss.

³¹⁵ RUIZ Y GÓMEZ, p. 68 y ss.

³¹⁶ GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A., *Tratado...*, ob. cit., 443 y ss.; BATTINI, Stefano, “Il personale”, en CASSESE, Sabino, *Diritto Amministrativo*, tomo I, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 373.

³¹⁷ NEZARD, Henry, *Théorie...* ob. cit., pp. 482 y 564.

³¹⁸ BERTHÉLEMY, Henry, *Traité...*, ob. cit., p. 47 y ss.; FRAGA, Gabino, ob. cit., p. 242; BIELSA, *La función pública...*, ob. cit., p. 46;

³¹⁹ ORLANDO, V. E., *Principii...* ob. cit., p. 84 y ss.; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo III, Ed. TEA, Buenos Aires, 1951, p. 289 y ss.; PETROZZIELLO, Modestino, “Il rapporto de pubblico impiego”, en Orlando, V. E., *Primo trattato...*, vol. II, Parte III., ob. cit., p. LXV y ss.; BALDINI PAPINI, Ubaldo, ob. cit., p. 33 y ss.

³²⁰ GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A., “Relación Orgánica y Relación de Servicio en los Funcionarios Públicos”, en *Revista de Administración Pública*, No. 13, 1954, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p.53 y ss.

doctrina italiana³²¹ que concibe el modelo de función pública a partir de la distinción del *rapporto di ufficio* y el *rapporto di servizio*. La primera solo se verifica cuando hay identidad del titular del *ufficio* y el *ufficio* propiamente dicho y es esta relación la que tiene relevancia para la organización administrativa y por tanto, se justifica su sometimiento a un régimen iusadministrativo. La relación de servicio, en cambio, es asimilada como un vínculo de dependencia laboral y, consecuentemente, puede ser regulada por el Derecho público o privado.

Al hablar de relación de servicio, a los efectos de este estudio, no se aprecia solo un contenido prestacional, sino que, la fuente de inspiración para la elección de la nomenclatura ha sido más bien la noción alemana que imprime a este vínculo un cariz axiológico determinante.³²² Esto es coherente también con la etiqueta *servidor público* que ha sido justificada como categoría genérica para denominar a todos los que, de cualquier manera, sirven al Estado.

En el contexto de los medios personales al servicio del Estado, como se ilustró precedentemente, cuando se habla de relación de servicio, funcional o funcionarial suele asociársele al vínculo que se establece entre el funcionario público y la Administración Pública, de la cual emana el *status* de funcionario público. Sin embargo, para evitar confusiones al respecto, ante la categoría seleccionada para hacer referencia a este fenómeno, debe decirse que esta sería una acepción de relación de servicio en un sentido muy estricto. Ella, en correspondencia con los criterios que se manejan en esta investigación, resulta una concepción limitada de acuerdo a la línea de pensamiento que se sigue. En primer orden, porque la relación de servicio *per se* no es exclusivamente verificable en el caso del funcionario público. Este vínculo lleva implícito un componente prestacional que le es inherente a la propia idea de servicio, pero también tiene un elemento axiológico que se deriva del carácter servicial del servidor público para con la función que realiza y para con la sociedad.

Este enfoque, más general, permite afirmar que todos los *servidores públicos* están vinculados al Estado mediante una relación de servicio. Ella, puede ser obligatoria, voluntaria, onerosa, gratuita, generar un nexo estructural o no. Lo anterior es un punto de colocación imprescindible pues genera un cambio de perspectiva sobre la manera de encarar el asunto ya que el centro de atención, en este sentido, no gravita sobre la existencia de la relación en sí, sino sobre la naturaleza específica que la distingue para el caso del funcionario público. Ese carácter y su contenido son lo realmente definitorio y es el punto donde ha de concentrarse el análisis.

³²¹ Véase Giannini, Massimo Severo, *Derecho Administrativo...* ob. cit., p. 262 y ss.; Battini, Stefano, "Il personale"...ob. cit., pp. 373-586.

³²² Véase LABAND, Paul, ob. cit., p. 146; Mayer, Otto, ob. cit., p. 3 y ss.

Sobre esta lógica, no debe confundirse entonces la relación de servicio con la relación orgánica, ni ambas con la relación de empleo. Esta distinción tiene consecuencias prácticas de gran valía y permite resolver problemáticas que han formado parte de los debates sobre los regímenes jurídicos aplicables al funcionario público o la naturaleza jurídica del vínculo de servicio propiamente. De la adecuada distinción de ellas es posible conciliar las intervenciones de las ramas administrativa y laboral en el ordenamiento legal de la función pública. Estos debates se han enmarcado dentro del proceso de mixtura de los modelos de ordenación –a lo que se ha hecho referencia anteriormente– y en el ámbito de discusión sobre la naturaleza jurídica estatutaria o contractual de la relación de servicio –como se verá más adelante–.

Una adecuada construcción teórica y delimitación respecto del sistema de relaciones que se suscitan en el contexto de la función pública evita pugnas innecesarias con el Derecho del Trabajo. Este asunto debe ser atendido y las soluciones aportadas han de atemperarse a las realidades contemporáneas por la importante influencia que tiene la rama laboral en el ámbito de la función pública. De tal magnitud que, en determinados ordenamientos, como se abordó antes, prácticamente su noción ha sido reemplazada por la de empleo público.

Lo primero que ha de comprenderse es que cada una de estas relaciones tiene entidad y contenidos propios y, aunque puedan coincidir en el momento de su concreción, sus efectos jurídicos son igualmente diferentes. Para la relación de empleo, por ejemplo, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, es intrascendente la naturaleza consensual o unilateral de la técnica de asignación al puesto de trabajo. En este caso, el calificativo *público* se asocia más bien a la naturaleza de las actividades que lleva a cabo el servidor público; cuya publicación está identificada, en su sentido más general, con los cometidos estatales.³²³ En consecuencia, ‘empleo público’ deviene una categoría genérica que incluye las relaciones que se establecen, desde el punto de vista laboral, entre el Estado (sujeto empleador) y las personas físicas que laboran para él. Por tanto, para el Derecho del Trabajo, todos ellos son empleados por el mero hecho de prestar servicios remunerados por cuenta ajena a favor de un empleador.

De esta manera, la naturaleza de la relación de empleo público, si bien tiene matices especiales, para el caso de los funcionarios públicos, cumple con los postulados generales de cualquier relación de su

³²³ Véase, por ejemplo, BARBOSA RIGOLIN, Ivan, *O servidor público na constituição de 1988*, Saravia, São Paulo, 1989, p. 120 y ss.; IVANEGA, Miriam Mabel, ob. cit., p. 102 y ss.; DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, María, ob. cit., p. 137 y ss.; Ojeda Avilés, Antonio, “Las relaciones laborales especiales, una perspectiva unitaria”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, No. 1, 1990, La Ley, España, pp. 222-239; Martín Puebla, Eduardo, “Trabajadores al servicio de la Administración (La problemática aplicación del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración Pública)”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, No. 1, 1990, La Ley, España, pp. 83-106.

tipo –subordinación, ajenidad y remuneración– y los funcionarios, en ese entendido, son sujeto de protección de sus derechos en el trabajo como cualquier otro trabajador. Desde esta óptica, el empleo público es un tipo particular de relación de empleo y el funcionario público es un sujeto especial del Derecho del Trabajo.³²⁴ Como tal, sus relaciones y situaciones jurídicas deben encumbrarse con los principios constitucionales, los contenidos en los pactos y tratados de derechos humanos y las normas de la Organización Internacional del Trabajo.

Asimismo a esta rama jurídica corresponde regular su vínculo con el Estado exclusivamente en cuanto nexo laboral en aras del cumplimiento de su más elemental esencia que es garantizar la protección de la parte más débil ante una situación de desigualdad entre trabajador y empleador, a fin de salvaguardar los derechos fundamentales de la persona que trabaja, teniendo como presupuesto la axiología del trabajo en el Estado constitucional.³²⁵

Por su parte, la relación de servicio que une al funcionario público con la Administración Pública es objeto natural del Derecho Administrativo. A ella importa, además, la virtud cívica y el compromiso ético con la función.³²⁶ Al asumir su naturaleza legal o reglamentaria, le es exclusiva al funcionario público de entre el resto de los servidores administrativos y de ella dimana el *status* funcional. Su contenido es general y prevé asuntos que son ajenos a cualquier otra disciplina: los derechos y deberes que se adquieren por la condición de funcionario público –no por el *status* laboral–, los principios que rigen la organización y funcionamiento del sistema de función pública, el régimen de responsabilidad de los funcionarios –fundamentalmente disciplinaria–, los procedimientos y mecanismos de acceso al ejercicio de la función administrativa, las limitaciones a la intervención de otras disciplinas, por ejemplo.

Esta diferencia es apreciable de disímiles maneras en los contextos de organización de la función pública. En aquellos modelos, de influencia francesa, desde la propia distinción que se percibe entre el cuerpo y el grado; en el caso alemán, que se sustenta también sobre la gradación o el sistema inglés, donde el acceso ocurre a una de las clases del *Civil Service* y en correspondencia con esa calificación es que se concede el empleo a desempeñar por el funcionario. En estos ejemplos hay una clara

³²⁴ Véase BAYÓN CHACÓN, G., y F. PÉREZ BOTIJA, *Manual de Derecho del Trabajo*, vol. I, 3ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1962, p. 17 y ss.; GRISILIA, Julio A., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 11 y ss.; PESKINE, Elsa et Cyril WOLMARK, *Droit du Travail*, 11^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2017, p. 5 y ss.

³²⁵ Véase HUECK, Alfred y NIPPERDEY, H. C., *Compendio de Derecho del Trabajo*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 23 y ss.; BRICEÑO RUIZ, Alberto, *Derecho Individual del Trabajo*, Ed. Harla, México, 1985, p. 11 y ss.

³²⁶ Véase, por ejemplo, WELTER, Henri, *Le contrôle juridictionnel de la Moralité administrative*, Librairie Recueil Sirey, Paris, 1929, p. 27 y ss.; FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira, *O principio constitucional da Moralidade Administrativa*, CENESIS Editora, Curitiba, 1993, p. 12 y ss.; RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, *La dimensión ética de la función pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2013, p. 157 y ss.

diferenciación de estos tipos relacionales. La relación de servicio es la primera que se verifica (provee *status*) y, por tanto, es presupuesto de existencia de la relación de empleo, que determina *destino*.

Hay una tercera especie de vínculo que puede suscitarse entre el funcionario público y la Administración Pública, es la denominada relación orgánica. Para realizar cualquier consideración en torno a la relación orgánica es necesario referirse antes, mínimamente, a la noción de órgano administrativo. Su naturaleza jurídica y su propia definición han sido objeto de debate en el ámbito doctrinal. Sin embargo, en correspondencia con los propósitos de esta investigación, se prefiere entender al órgano, desde una postura unitaria, como aquella unidad estructural y abstracta, creada y regulada por normas jurídicas, integrada por un conjunto de medios o elementos personales y materiales y un campo competencial, cuya actuación produce efectos jurídicos *ad extra* o *ad intra*.³²⁷

En este caso, al igual que la relación de empleo, supone la incorporación del funcionario público a la estructura administrativa. Este aspecto no es necesario para que se verifique la relación de servicio pues su principal efecto jurídico no es dotar al funcionario público de tal condición. La relación orgánica introduce al funcionario en la organización administrativa ya no como mero empleado, sino también como elemento subjetivo (titular) del órgano administrativo, en tanto centro de imputación de voluntad. Consecuentemente, el principal efecto jurídico que este lazo tiene es que coloca al titular en el órgano en posición de actuar sus competencias. Al entablarse, la persona física desaparece dentro de ese centro competencial y no actúa *per se*, sino por el ente, a quien vincula jurídicamente los actos que el funcionario público realiza.³²⁸

La relación orgánica, al igual que la de empleo, implica destino, pero se refiere a un nivel muy específico al tratarse de un destino cualificado. Por lo tanto, es claro que todo funcionario público entabla una relación de servicio con la Administración Pública, que puede derivar en un vínculo de empleo cuando sea asignado a un puesto de trabajo concreto y, a la vez, puede devenir en un nexo

³²⁷ Véase, entre otros, ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, parte general, I, traducción de la 5ta edición italiana (1949) por Héctor MASNATA y actualizada con la 6ta edición (1950) por Francisco Humberto Picone, Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 133 y ss.; MERKL, Adolfo, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1995, pp. 375-383.; RUIZ Y GÓMEZ, Julián M., *Principios...* ob. cit., p.17.; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado...* ob. cit., p.181 y ss.; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, 3ª edición actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 493.; SANTAMARÍA PASTOR, Juan A., “La teoría del órgano en el Derecho Administrativo”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 40-41, enero/marzo, 1984, pp. 43-86.

³²⁸ Véase JELLINEK, G., *Sistema dei Diritti Pubblici subbietivi*, Traducida por Gaetano Vitagliano, revisada por el autor de la segunda edición alemana, Ed, Libreria, Milano 1912, p.151 y ss.; ROMANO; ALESSI, Renato, *Instituciones...*, ob. cit., p.75 y ss.; GIANNINI, Massino Severo, *Derecho Administrativo...*, ob. cit, p. 137 y ss.; CASSESE, Sabino, *Las bases...*, ob. cit., p. 133 y ss; ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso...* ob. cit. p. 50 y ss.; GALLEGO ANARBITARTE, Alfredo, *Conceptos y principios fundamentales del derecho de organización*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 30 y ss.; MARIENHOFF, Tratado...ob. cit., p. 537 y ss; RIZO OYANGUREN, Armando, *Manual...* ob. cit., p.202 y ss.; GARCÍA-TREVIJANO Fos, José A., “Relación Orgánica...” ob. cit., p.53 y ss; BARRA, Rodolfo, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 123 y ss.

orgánico si dicha asignación se realiza como titular de un órgano administrativo. Sin embargo, en cualquier caso ese *status* funcional provisto por la relación de servicio, subsiste con independencia de la materialización de alguno de los restantes nexos.

A.2.1) La naturaleza estatutaria de la relación de servicio

La naturaleza jurídica de la relación que une al funcionario público con la Administración Pública ha sido objeto de atención por parte de la doctrina y, en consecuencia, se han esgrimido diferentes concepciones para explicarla. Siguiendo la sistematización de RUIZ Y GÓMEZ,³²⁹ de vieja data, pero aún válida, apoyado en el propio tracto evolutivo del Derecho Público, es posible afirmar que las teorías que han tratado de explicar la naturaleza jurídica de la relación funcional pueden catalogarse en tres grupos: teorías de Derecho Privado, teorías transitorias y teorías de Derecho Público.³³⁰ Esta idea, naturalmente, se conecta con el propio proceso evolutivo del Estado, la Administración Pública y el Derecho Administrativo. De esta forma, pueden visualizarse las del primer grupo como propias de una noción premoderna del fenómeno y las otras como aquellas que se construyeron a la luz de la concepción contemporánea de lo público.

Las primeras explicaciones intentaron buscarse en el Derecho Civil, a partir de instituciones como la locación de cosas, el usufructo, la donación, el derecho hereditario, el mandato o la representación.³³¹ Sin embargo, en el estado actual de las cosas, resultan ya superadas las alternativas de corte civilista en la medida en que se acepta la teleología distinta del Derecho público y en virtud de las transformaciones del Estado, el redimensionamiento de sus cometidos y el carácter servicial que se atribuye a la Administración Pública. Por consiguiente, cualquier explicación que suponga un fundamento desde la propiedad de la función que se desempeña o cualquier otro que se sustente sobre bases iusprivadas, cae por su propio peso. Actualmente, ya no existen cuestionamientos para estimar inaplicables los principios del Derecho Civil en el contexto de la función pública; incluso se encuentran ya superadas las posturas intermedias que pretendieron explicar el nexo a partir de

³²⁹ RUIZ Y GÓMEZ, Julián M., *Principios...*, ob. cit., p. 69.

³³⁰ Sobre las diferentes teorías que han explicado la naturaleza del vínculo del funcionario público con el Estado, puede consultarse entre muchos otros: KAMMERER, A., ob. cit., p. 67 y ss.; NEZARD, Henry, *Théorie...* ob. cit., p. 235 y ss.; JORDANA DE POZAS, Luis, *Derecho Administrativo*, tomo II, Ed. CIVITAS, Madrid, 1924, p. 100 y ss.; CRETELLA JUNIOR, José. Ob. cit., vol. IV, p. 105 y ss.; SAYAGUES Laso, Enrique, ob. cit., p. 268 y ss.; VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Administrativo*, Legis, Bogotá, 2005, p. 369 y ss.; SERRA PIÑAR, Antonio, "Naturaleza Jurídica de la Relación Jurídica que une al funcionario con la Administración", en AA. VV., *Estudios dedicados al Profesor Gascón y Marín en el cincuentenario de su docencia*, Ed. Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1952, p.187 y ss.

³³¹ Véase JORDANA DE POZAS, Luis, *Derecho Administrativo...* ob. cit., p.194 y ss; MONACELLI, Gualterio, *Elementos de Derecho Administrativo y la legislación fiscal y aduanera*, 9ª edición, revisada y actualizada, El Ateneo Pedro García S.A, Buenos Aires, 1961, p.76 y 77; RENNELLA, María Paula, "Empleo Público. Naturaleza Jurídica de la Relación de Empleo Público y sus consecuencias", en *Organización Administrativa...*, ob. cit., p. 248 y ss.

modulaciones de aquellas como la teoría del contrato de servicio público, por ejemplo, que postulaba la existencia de un vínculo consensual libre a cuya aceptación no estaba obligada la persona física, parte en el acuerdo de voluntades. Sin embargo, una vez concertado el contrato, quien desempeñaba el cargo adquiriría derechos en virtud de la condición de funcionario y no podía ser revocado. Esta teoría admite que el servicio público existe en interés del Estado y no del príncipe y que este puede revocar a los funcionarios cuando son incapaces o de muy avanzada edad.³³²

Se han abandonado ya, decía ROYO VILLANOVA,³³³ “las doctrinas antiguas que configuraban la relación jurídica del funcionario con la Administración como un contrato privado. Todo el mundo está conforme en que la relación de función pública es una relación jurídico-pública y, por consiguiente, no puede estar regulada por un contrato de Derecho privado”. Existe, pues, consenso de que la relación de servicio engendra un vínculo jurídico en el que uno de los sujetos es la Administración Pública, personificada en un ente público, y cuya finalidad es el ejercicio de función administrativa, en el contexto de la satisfacción de una necesidad colectiva. Consecuentemente, sus elementos, desde su fundamentación teórica hasta la articulación de su régimen jurídico, escapan al Derecho Privado. El debate, pues, desde el pasado siglo, se ha concentrado en predios iusadministrativos, a partir de la consideración de concepciones que parten de fundamentarse con postulados propios de esta rama jurídica.

En este sentido, entre las principales teorías que explican la naturaleza de la relación de servicio han figurado: la *teoría basada en un fundamento político*, la *teoría contractual de Derecho público*, la *teoría de la concesión*, la *teoría bilateral de naturaleza no contractual* y la *teoría estatutaria, legal o reglamentaria*.

a) Teoría basada en un fundamento político

Como enfrentamiento inicial a las teorías de base privada, se esgrime una línea de pensamiento que se sostiene sobre un criterio coactivo. Esta, responde a una concepción autoritaria del Estado y se fundamenta en la obligación del ciudadano de servir a este. Su base filosófica se halla en la noción hegeliana del Estado, donde la fuerza constituía su fundamento.³³⁴ Consecuentemente sus principales exponentes se localizan, en lo fundamental, en la doctrina alemana decimonónica y tiene también cierto influjo en las ideas revolucionarias francesas proclamadas por la Asamblea Nacional al

³³² Véase KAMMERER, ob cit, p. 76 y ss.; GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A., *Tratado...* ob. cit., p. 443 y ss.; ORLANDO, V. E., *Principios de Derecho Administrativo*, traducción de la segunda edición italiana (1892) por Álvaro Rodríguez Bereijo, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1978, p. 72 y ss.; NEZARD, *Éléments...* ob. cit., p. 135 y ss.

³³³ Cfr. ROYO VILLANOVA, Segismundo, “El concepto...” ob. cit. p. 19

³³⁴ Véase HEGEL, Guillermo Federico, ob. cit., p. 212 y ss.

considerar que en un pueblo libre servir al Estado es un deber que todo ciudadano está obligado a cumplir.³³⁵

La oposición a toda idea de contrato es contundente ya que se considera que la relación se deriva exclusivamente de las normas y de la voluntad soberana del Estado. Por lo tanto, la aceptación de su *status* por parte del funcionario no constituye expresión de su libre voluntad, sino el reconocimiento de un deber de obediencia y prestación de la actividad. En caso de no aceptar, el Estado puede, mediante mecanismos de coacción, obligar a la prestación requerida. Esta concepción resulta inoperante y fue superada por opuesta al principio de voluntariedad que debe regir el ingreso a la función pública, al menos en situación de normalidad. Además se sustenta sobre criterios que colocan al ciudadano como súbdito del ente político, distante pues de la idea relativa al Estado que sirve y no que existe para ser servido.³³⁶

En los predios del Derecho Administrativo, en los contornos del Estado constitucional, al menos en sus vertientes más contemporáneas, no tienen cabida tales formulaciones. Los propios principios de organización y funcionamiento de la Administración Pública y su régimen jurídico especial, apuntan a que prevalezca la noción de una Administración Pública limitada y sujeta a la juridicidad y funcionarios públicos sujetos a un orden particular. Y si bien es cierto que se articulan mecanismos para garantizar determinado ámbito de actuación unilateral de la Administración Pública, esto es en correspondencia con la salvaguarda de principios tradicionales como la continuidad de los servicios públicos, jerarquía, igualdad, imparcialidad, entre otros.

Desde una perspectiva actual, se trata de un argumento inviable ante la consideración de una noción de función pública contemporánea enfocada al diseño de un modelo más democrático donde los servidores públicos, especialmente los funcionarios públicos, gozan de derechos como trabajadores y como ciudadanos. Ellos no se encuentran a merced del Estado, sino del interés colectivo y concretamente, en un entendido material, de la función específica que realizan.

³³⁵ Al estudiar el tema, CRETILLA ubica su surgimiento en Alemania, en la segunda mitad del siglo XVIII de manos de autores como MANZELN y MALACORD seguida en el siglo XIX por GÖNNER y HEFFLER. Véase CRETILLA JUNIOR, José, ob. cit., vol. IV, p. 112.; KAMMERER, A., ob. cit., p. 78 y ss.).

³³⁶ Sobre las críticas a esta postura puede verse: ORLANDO, V. E., *Principii...* ob. cit., p. 95 y ss.; BULLRICH, Rodolfo, *Nociones de Derecho Administrativo*, redactadas con base en las conferencias del profesor Rodolfo BULLRICH por Juan Bautista ARCIONI y José María GARCIAARENA, Librería de Derecho y Jurisprudencia, Restory & Doeste, Libreros Editores, Buenos Aires, 1925, p. 334 y ss.; VASCONCELOS, José Matos de., *Direito Administrativo*, vol. II, Imprensa Nacional, Río de Janeiro, 1937, p. 486 y ss.)

b) Teoría contractual de Derecho público

Esta concepción tiene su génesis teórica en la técnica contractual administrativa. Según sus postulados, el vínculo legal entre la Administración Pública y el funcionario es un contrato *sui generis* de derecho público; donde la Administración ejerce determinadas prerrogativas unilaterales para garantizar el funcionamiento y la continuidad del servicio público.³³⁷ Sin embargo, al erigirse sobre los principios consensuales, requiere el acuerdo de voluntades para que se perfeccione la relación jurídica.

En este sentido, se concuerda con la naturaleza pública de la relación y los debates se circunscriben en torno al valor de la voluntad del particular que acepta la condición funcionarial respecto de la voluntad de la Administración Pública que la concede. En este caso, se admite que la persona física designada puede libremente aceptar o rehusar el cargo sin que la Administración posea medios coactivos para obligarlo.³³⁸

Se trata de una postura que adquiere auge y suscita importantes debates teóricos en Francia a principios del siglo XX, cuando es validada por el Consejo de Estado francés con el fallo *Winkell* de 1909 – “[...] *ne commettent pas seulement une faute individuelle, mais qu'ils se placent eux-mêmes, par un acte collectif, en dehors de l'application des lois et des règlements édictés dans le but de garantir l'exercice des droits résultant pour chacun d'eux du contrat de droit, public qui les lie à l'Administration* ”–.³³⁹

Poco tiempo después el propio Consejo de Estado, retoma la tesis legal o reglamentaria con el fallo *Tichit* de 1912 – “*En d'autres termes, il se produit à notre époque, par rapport à la législation, un phénomène que nous apprécions encore mal, parce que nous en sommes trop les contemporains, mais*

³³⁷ Entre los sostenedores de esta tesis pueden verse: KAMMERER, A., ob. cit., p. 90 y ss.; NEZARD, *Théorie...* ob. cit., pp. 235 y ss., 598 y ss. (sobre la base de la distinción entre actos de autoridad y de gestión, admite para estos últimos la naturaleza contractual de derecho privado); BERTHÉLEMY, Henri, ob. cit., p. 46 y ss. (con un criterio similar); LABAND, Paul., ob. cit., p. 119 y ss. (Asimila la relación entre el funcionario y el Estado al contrato de servicio fiel, con la diferencia que las prestaciones que realiza el funcionario no son de índole personal, sino que son tareas propias del Estado y que, además, se distingue del servicio del súbdito porque este último debe ejecutarse sin que exista una decisión de su libre voluntad); MAYER, Otto, ob. cit., vol. I, p. 309 y ss.; FLEINER, Fritz, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, trad. Ch. Eisenmann, Librairie Delegrave, Paris, 1933, p. 132 y ss.; VITTA, Cino, ob. cit., V. I, p. 547 y ss.; MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., 3e edición actualizada, tomo III-B, p. 28 y ss.; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, ob. cit., tomo I, p. XIII-24; COMADIRA, Julio Rodolfo, ob. cit., p. 628 y ss.

³³⁸ Véase BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 56 y ss. Este último autor, planteaba la existencia de una modalidad especial de un contrato de adhesión.

³³⁹ Véase *Affaires Winkell*, Cons. D'Etat, 7 août 1909, en HAURIOU, Maurice, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, D'après les notes d'arrêts de Recueil Sirey, réunies et classées par André Hauriou, Tome III, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929 (Nouveage tirage 1931), p. 154.

*qui, avec plus de recul, apparaîtra dans toute son évidence ; c'est un phénomène de différenciation dans les lois, destiné à opérer le triage de celles qui sont statutaires".*³⁴⁰

En franco desacuerdo con la tesis contractual, decía HAURIOU que si alguna vez la jurisprudencia administrativa admitiera la tesis de la situación contractual del funcionario, sería renunciar a mantener su competencia en la relación jurídica de la Administración y sus funcionarios.³⁴¹

En la actualidad esta postura ha tenido cierta reivindicación en el contexto de la llamada laboralización de la función pública, proceso en el que se ha entendido inherente la vía contractual para materializar la relación entre el funcionario público y la Administración Pública.³⁴²

Como crítica general a la teoría contractual de Derecho público puede esgrimirse que el esquema consensual se sustenta sobre principios como el de igualdad de partes que, aunque en la contratación administrativa encuentran limitaciones, en el ámbito de la función pública resulta extremadamente difícil de conciliar con el principio de jerarquía.³⁴³ Es por ello que, aun reconociendo que la ejecución del contrato se rige unilateralmente por imperio de la voluntad administrativa, su carácter bilateral y los derechos subjetivos que nacen de este resultan un límite para modificar los elementos de la relación establecida, sobre todo si se toma en consideración que las necesidades colectivas están en constante mutación.

c) Teoría de la concesión

Esta teoría establece una analogía de la relación funcional con la institución jurídica de la concesión.³⁴⁴ En tal sentido, se entiende que el ente público encomienda a un particular la realización de un servicio público según condiciones previamente determinadas por aquel. Presupone el carácter voluntario de la relación pues el particular debe aceptar la encomienda realizada. Sin ser necesarias alusiones detalladas en cuanto a la técnica concesional, baste referir para descartar esta tesis, que en la concesión la obra a realizar o servicio a prestar se fija de manera precisa. Esto no es posible en cuanto al funcionario público pues este accede al servicio general de la Administración Pública o a la realización de una actividad administrativa desarrollada por un ente público concreto. Solo cuando se

³⁴⁰ Véase *Affaire Tichit*, Cons. D'Etat, 1er mars 1912, en HAURIOU, Maurice, *La jurisprudence...* ob. cit., p. 174.

³⁴¹ Ídem.

³⁴² Véase por ejemplo, DEL SAZ, Silvia, ob. cit., p. 21 y ss.; CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, ob. cit., p. 311 y ss.; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel, ob. cit., p. 57 y ss.; RODRÍGUEZ, María José, ob. cit., p. 311 y ss.; GARCÍA PULLÉS, Fernando (director), Viviana BONPLAND y Marcelo UGARTE (colaboradores), ob. cit., p. 26 y ss.

³⁴³ Véase VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, ob. cit., p. 316 y ss.; GARCÍA OVIEDO, Carlos, *Derecho Administrativo I*, 8ª edición, Ed. E.I.S.A, Madrid, 1962, pp. 715 y ss.

³⁴⁴ Véase SANTI ROMANO, *Principii...*, ob. cit., p. 87.; ORLANDO, V. E., *Principii...* ob. cit., p. 97 y ss. Alude que es un vínculo con forma de derecho privado y fines de derecho público.; MEUCCI, Lorenzo, ob. cit., p. 186 y ss.

establece el vínculo estructural es posible tener una idea de los concretos cometidos que realizará desde el punto de vista funcional.³⁴⁵

Por otra parte, a modo crítico, debe decirse que esta postura coloca como elemento material de base la realización de un servicio público que, entendido desde la noción prestacional, limita la esfera de actuación de los funcionarios públicos a una única forma de la actividad administrativa.

d) Teoría bilateral de naturaleza no contractual

Esta posición parte de considerar que no todo acuerdo de voluntades es un contrato. Este supone, además, la creación de una situación jurídica individual. Cuando un funcionario adquiere tal condición y la acepta, ya sea previa o posterior al nombramiento o elección, se verifica un concierto bilateral de voluntades. Sin embargo, no por ello se entiende creada una situación jurídica particular, sino que implica la aplicación al funcionario del régimen jurídico que ordena la función pública, el cual no es individual ni se concreta en exclusiva para este, sino que es impersonal, general y objetivo para todos los funcionarios y empleados. Se trata de una situación legal fijada de ante mano por ley, en la cual se coloca a la persona física mediante un acto-condición.³⁴⁶

Esta teoría, partiendo de la voluntariedad del acceso y reconociendo la objetividad de la relación, admite la colocación del funcionario en un *status* especial. Esto determina una manera particular de ser o estar que no puede ser mutable o cambiada.³⁴⁷ Al decir de GARCÍA-TREVIJANO FOS, no se trata de otra cosa que una evasión formalista de la teoría contractual, al desmeritar la voluntad del particular y considerar que no tiene entidad suficiente para engendrar un verdadero contrato.³⁴⁸

Más allá de discusiones vanas al respecto, que hoy no tienen sentido alguno, lo cierto es que el mérito de esta teoría puede hallarse en la intención de dotar de valor a la voluntad de quien es nombrado, sobre la base del reconocimiento de una plataforma legal preestablecida de sus situaciones jurídicas; fundamento, este último, que tributa también a la teoría estatutaria, legal o reglamentaria.

Además, esta postura es aprovechable como referente, teniendo en cuenta la premisa de la que parte, al entender que no toda relación jurídica bilateral es necesariamente un contrato. En tanto, la

³⁴⁵ Sobre la concesión administrativa puede consultarse MATILLA CORREA, Andry, *La concesión...*, ob. cit., p. 89 y ss.

³⁴⁶ Véase DUGUIT, Leon, *Traité...* ob. cit., p. 95 y ss.; DUGUIT, León, *Manual...* ob. cit. p. 125 y ss; GASCÓN Y MARIN, José, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, 12ª edición, C. Bermejo Impresor, Institutos de Estudios Políticos, Madrid, 1952, p. 290 y ss. Al respecto, coincide MAYER, al decir que “el consentimiento del súbdito para el cual se emite [el acto de nombramiento], sólo tiene el valor de una condición a observar, condición esencial, por otra parte, para la validez del acto. Véase MAYER, Otto, ob. cit., p. 45.

³⁴⁷ Véase HAURIOU Maurice, *Précis de Droit...*, ob. cit. 4^{ème} édition, p. 599 y ss.

³⁴⁸ Véase GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A., *Tratado...*, ob. cit., p. 446.

explicación de la naturaleza jurídica de la relación funcional y el rol de la voluntad de la persona que debe aceptar ese *status*, no requiere una conexión imprescindible con la técnica contractual.

e) **Teoría estatutaria, legal o reglamentaria**

Sobre la idea, como se ha planteado, de garantizar la continuidad del servicio público, la noción de función pública como institución jurídica y las diferencias con los empleados del sector privado, fue necesario cimentar sobre bases teóricamente más sólidas la especificidad de la relación de servicio. La teoría legal o reglamentaria entiende este vínculo, compuesto de obligaciones recíprocas, derivado únicamente del ordenamiento jurídico y no como una situación individual entre un empleador y un empleado, en la que media una compensación. Es, en palabras de JEZE, una situación legal general e impersonal, creada y organizada por leyes y reglamentos, modificables en cualquier momento por ellas mismas, bajo el fundamento de que el funcionario existe para la función y no a la inversa.³⁴⁹ El funcionario se encuentra, pues, en una situación de derecho objetivo o situación legal, ya que ninguno de los elementos del contrato existe en el nombramiento del funcionario, ni interviene ningún acuerdo entre el gobernante que nombra y el funcionario que es nombrado.

HAURIUO, por su parte, apunta que no existe en el acto de designación del funcionario elementos de fondo ni de forma del contrato. Falta un pliego de condiciones que se somete formalmente al consentimiento. La aceptación del funcionario no es sino una adhesión a un hecho jurídico y el contenido del vínculo se fija unilateralmente por el Estado y este puede modificarlo en el desarrollo de la función.³⁵⁰

Al respecto, SAYAGUÉS LASO expresa que “la opinión predominante es que el funcionario público se encuentra en una situación estatutaria, es decir, de carácter objetivo y general creada unilateralmente y, por lo tanto, modificable en todo momento para adaptarla a las necesidades de la Administración Pública”.³⁵¹

Esta tesis vence sobre la postura contractual en el contexto de los fundamentos del Estado de Derecho y el principio de legalidad, en correspondencia con lo que se entiende que el ejercicio legal del poder se efectúa en atención a un orden impersonal en el marco del cual no se genera obediencia a la persona que lo detenta en sí misma, sino al ordenamiento que establece los límites de la competencia objetiva de la función pública. De esta manera, tanto los gobernantes como sus agentes están sometidos a un mismo orden normativo que constituirá la ley de la función pública.

³⁴⁹ Véase JEZE, Gastón, *Les Principes...* ob. cit. p. 266 y ss.

³⁵⁰ Véase HAURIUO Maurice, *Précis de Droit...* ob. cit., p.737.

³⁵¹ SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo...*, ob. cit., p.261

Como sintetiza DEMARTIAL, se trata de incorporar a las relaciones del poder y los funcionarios, el espíritu y las reglas del Derecho; dar al funcionario los medios para defenderse contra el abuso de poder, al poder los medios para obtener del funcionario la obediencia; en definitiva, inspirarse no por sus intereses individuales, sino únicamente por el interés de la nación, por el servicio al que se deben.³⁵²

En consonancia con las postulaciones anteriores, como consecuencia natural de sus fundamentos iusfilosóficos, la mayoría de los adeptos³⁵³ de esta teoría concuerdan con el carácter unilateral del acto administrativo mediante el cual se instituye la relación funcional –relación de servicio, en el sentido que aquí se entiende– y, con ello, se adquiere el *status* de funcionario público. En este caso, existirán igualmente dos voluntades –de desigual valor–, que deben coincidir, mas no para que el acto tenga validez –que la tiene desde que es emitido por la Administración Pública–, sino para que despliegue toda su eficacia jurídica.

En el orden de las ideas que se defienden en este estudio, de aquellas teorías, la concepción legal o reglamentaria es la que engrana coherentemente con la construcción teórica que se sostiene en torno a la noción de función pública, pues fundamentos teóricos de esta postura la compatibilizan con los fines de la Administración Pública, como gestora del interés colectivo, y garantiza las prerrogativas de carácter unilateral que debe ostentar frente al funcionario público.

En tal sentido, son válidas también aquí las reflexiones de MATILLA CORREA³⁵⁴ cuando, refiriéndose a la concesión administrativa, alerta que “no debe perderse de vista, cuando se estudie la naturaleza jurídica de una institución como la que nos ocupa, que ella se inserta dentro del Derecho Administrativo y se presenta vinculada directamente con el Estado y con las necesidades de los integrantes de la colectividad en cuanto grupo social. Está en estrecha dependencia con las concepciones político-económicas que dominan a la formación estatal en un momento histórico dado y con la proyección social que tenga esa formación. En otras palabras, concesiones [aquí se diría, función pública, relación funcional, funcionario público], función administrativa, Estado, política, economía, relación poder público-ciudadanos, no pueden desvincularse si se desea buscar el porqué de cada posición sustentada sobre la naturaleza jurídica de las primeras”.

³⁵² Véase DEMARTIAL, Georges., ob. cit., pp. 536-542.

³⁵³ Véase, entre otros, BONNARD, Roger, *Précis de Droit Administratif*, 6^{ème} édition, ob. cit., p. 186 y ss.; ROLLAND, Louis, ob. cit., p. 73 y ss.; LAUBADERE, André, *Manuel de droit administratif*, 2^e édition, L.G.D.J., Paris, 1947, p. 663 y ss.; DIEZ, Manuel María, *Manual de Derecho Administrativo*, tomo II, 2^a edición, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, p. 84 y ss.; BANDEIRA DE MELO, ob. cit., p. 211 y ss.; BULLRICH, Rodolfo, *Principios Generales de Derecho Administrativo*, Guillermo Kraft editor, Buenos Aires, 1942, p. 290 y ss.; SAYAGUÉS LASO, ob. cit., tomo I, p. 271 y ss.

³⁵⁴ Cfr. MATILLA CORREA, Andry, pp. 87 y 88.

El planteamiento anterior no sugiere en modo alguno una filiación a tesis autoritarias que determinan la colocación del funcionario público en una posición de súbdito frente a la Administración Pública, partiendo del reconocimiento de la superioridad de esta como sujeto en la relación jurídica que se entable. Una concepción así se encuentra teóricamente superada y es de pacífica aceptación su inaplicabilidad actual. El reconocimiento en el ámbito iusadministrativo de la existencia de situaciones jurídicas activas y pasivas tanto de la Administración Pública como del administrado, es una muestra fehaciente de ello.³⁵⁵

Por tanto, el funcionario público es un administrado que, como todos, no es un mero sujeto pasivo en la relación que entabla con la Administración. El Derecho Administrativo está concebido sobre la base del equilibrio, consecuentemente, cualquier criterio que se sostenga sobre la naturaleza de la relación jurídica funcional debe erigirse sobre la base del sistema de garantías que el propio ordenamiento debe establecer para lograr dicho equilibrio, donde el Estado, a través de la ley, determina el contenido de esa relación, en correspondencia con el principio de interés público.

El funcionario público no es súbdito del Estado ni de la Administración, se debe al interés colectivo, al mismo que da su razón de ser a la Administración Pública que, también por principio, debe salvaguardar. Sobre ese fundamento es que ostenta sus potestades, bajo la égida de la juridicidad, y es únicamente en su virtud que pueden reconocérsele determinadas situaciones activas que la colocan, en ocasiones, en una posición subjetiva superior.

Esto determina una conexión ineludible con una idea esencial –y rescatable– del modelo weberiano de organización burocrática, que no debe perderse de vista en el análisis. El funcionamiento de la Administración supone el cuidado racional de los intereses previstos y enmarcados dentro de los límites de las normas jurídicas, los cuales han de ser observados tanto por el “soberano legal” como por el funcionario. Ni uno ni otro obedecen a un sistema arbitrario de relaciones y controles, sino que están sujetos a un marco competencial limitado, racional y objetivo desde el punto de vista normativo.³⁵⁶ Asimismo, las prerrogativas atribuidas y los cargos que ocupan los funcionarios no son individuales ni desempeñados en virtud de intereses propios, sino en el del servicio o, en un sentido más global, en pos del interés público.

Si se repasan rápidamente las posturas unilateralistas y contractuales, lo primero que salta a la vista es el posicionamiento de sus defensores en criterios de distinción divergentes. *A priori*, se ha tenido

³⁵⁵ JELLINEK fundamentó suficientemente la existencia de verdaderos derechos subjetivos emanados de relaciones entre el Estado y los particulares, aun en circunstancias de desigualdad. Es dable, entonces, la apreciación de defensa de intereses económicos y profesionales de los servidores públicos. Véase JELLINEK, G., *Sistema...*, ob. cit., p. 46 y ss, y 80 y ss.

³⁵⁶ WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002, p. 174 y ss.

muy claro lo *adjetivo*, no así lo *sustantivo*. En tal sentido hay que cuestionarse qué es lo *estatutario*, qué lo *contractual*, qué lo *unilateral* o qué lo *bilateral*. En ocasiones, pareciese que los autores se refieren a la misma cosa cuando se explica la naturaleza de la relación funcional.

Sin embargo, el análisis siempre se realiza explicando la dicotomía entre la teoría estatutaria y la contractual, con énfasis en el asunto de la unilateralidad o bilateralidad del acto que determina el inicio de aquella relación; lo que ha producido, más que soluciones, posturas de enfrentamiento o encasillamientos extremistas. Ello se debe, en parte, a que, en palabras de SAYAGUÉS LASO, hay una cuestión que suele pasar desapercibida: la naturaleza de la relación jurídica en que se encuentra el funcionario frente a la administración es una cuestión distinta de la naturaleza del acto por el cual se adquiere la investidura de funcionario; aquella supone un análisis material del vínculo, esta un examen formal del acto.³⁵⁷

Por tanto, tomando como sostén lo expuesto anteriormente, lo primero que ha de resolverse es la consecución de un nivel de precisión en cuanto a lo que realmente se quiere determinar. De tal modo, la apoyatura fundamental es la distinción previa que se realizó entre la relación de servicio y la de empleo, pues debe tenerse claro que cuando se habla de naturaleza estatutaria se refiere exclusivamente a la relación de servicio, que es previa e independiente al vínculo de empleo.

El objeto de la primera es la atribución o declaración del *status* funcional, lo que tiene origen en un *acto* de voluntad del Estado, con mayor precisión en este caso, de la Administración Pública. Consecuentemente, ese acto es unilateral por su origen ya que, como todo acto administrativo, la manifestación de voluntad de la Administración Pública es válida *per se*. Su aceptación por parte del destinatario es requisito de eficacia, mas no de validez.

Cosa distinta es también, la formalización de la relación que incorpora al funcionario público –que ya lo es– a la organización administrativa, en un sentido estructural. Aquí es admisible cualquier mecanismo o técnica de asignación concreta al destino concebido. Puede ser un acto administrativo, que no tiene ya por objeto la creación del *status*, sino la determinación del vínculo estructural, puede materializarse concretamente la relación orgánica o la relación de empleo. Esta última, admite de manera muy natural un nexo consensual, en cuyo caso ambas voluntades tendrían igual peso en la perfección de esta relación.

Desde la perspectiva de la relación de empleo público para el caso del funcionario público, puede decirse que ella tiene origen en un acto de potestad pública (objeto de la relación de servicio, de configuración anterior) y puede formalizarse mediante un contrato bilateral (contrato de empleo

³⁵⁷ Cfr. SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit. tomo I, p. 270.

público), sin que ello interfiera con la naturaleza estatutaria, legal o reglamentaria de la relación de servicio, que apunta a la fuente de donde emanan las principales –no todas– relaciones y situaciones jurídicas de los funcionarios públicos.

En este orden de ideas, no hay por qué negar la tesis estatutaria que no solo resulta más consecuente con la teleología de la función pública, sino que deviene más garantista para el propio funcionario público. Únicamente en su contexto es que cobra verdadera virtualidad la carrera administrativa y principios como la imparcialidad y la estabilidad. No hay libre arbitrio para la Administración Pública, ni siquiera en su carácter de empleadora, es la ley la que establece las pautas, proveyendo así a la coherencia, sistematicidad y seguridad jurídica de la ordenación del ejercicio de las funciones administrativas. Ello no se logra desde la posición de parcialidad que tienen las partes en un acto contractual; y es por tal razón que debe existir un contenido propio de la relación de servicio, que será siempre determinado por la ley. Sobre esta lógica, la clásica pugna queda extinguida.

Así, por ejemplo, uno de los aspectos que suele aludirse por los seguidores de la tesis unilateralista en su defensa, y rebatido por los adeptos de la postura contractual, es la regla de comerciabilidad del objeto del contrato. Los primeros la anteponen con el fundamento principal de que las funciones públicas no son susceptibles de comercio; los otros defienden la existencia de contraprestaciones recíprocas desde la realidad de la profesionalización del ejercicio de esas funciones públicas, que conllevan una prestación personal a cambio de remuneración. En tal sentido, es visible un contenido económico propio de un contrato. Analizado desde la existencia de dos relaciones distintas, el enfoque de los unilateralistas es válido para la relación de servicio y la postura contractual es perfectamente viable en cuanto a la relación de empleo que es, a ciencia cierta, a lo que se refieren.

Una reflexión interesante al respecto realiza Luis ORTEGA, partiendo igualmente de considerar errada la construcción del instituto funcional sobre la base de un objeto (el ejercicio de potestades públicas), lo que niega como verdadero. Dice, entonces, que el objeto de la relación de empleo público lo constituye la relación de servicio y por tanto su comerciabilidad (contratación de servicio profesional a cambio de remuneración económica) está perfectamente justificada.³⁵⁸

Si bien, puede coincidirse con el punto de partida, se toma distancia, en propia opinión, en cuanto a la conclusión. En primer lugar porque resulta cuestionable determinar una relación como objeto de otra y en segundo término porque no existe claridad en sus planteamientos respecto a la identidad de ambos vínculos. Esta observación se confirma cuando plantea que donde se dilucida la naturaleza de

³⁵⁸ Véase ORTEGA, Luis, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 32 y ss.

la relación de empleo público es en el punto que se considera al funcionario bien como “un servidor” o bien como un “trabajador” o “empleado”.³⁵⁹

En realidad no hay que tomar partido por uno u otro *status*. El funcionario público es y siempre será un servidor público, para ello adquiere su condición, sin ese elemento teleológico no tiene razón de existencia. Ello no niega su condición de persona y ciudadano, con las implicaciones jurídicas de tales atributos, así como no obstaculiza su cualidad de trabajador o empleado cuando establezca un vínculo de empleo con un ente público. Los efectos jurídicos de todas esas situaciones y relaciones son distintos. Baste acudir al emblemático ejemplo del funcionario honorario, cuyo único nexo con la Administración Pública es la relación de servicio, lo que confirma que este es el vínculo medular. La relación de empleo es solo uno de los mecanismos de vinculación estructural.

Otro de los argumentos que habitualmente se arguye en el debate es que la regulación del contenido de la relación funcional debe hacerse por la ley. Al ser así se cercena la intervención de una de las partes (el funcionario público) en su determinación y formación. Desde los enfoques contractuales se alude que es posible dicha participación, que se concreta en el uso de técnicas consensuales como el propio contrato y la negociación colectiva. Nuevamente, la mirada se hace desde la perspectiva laboral y tomando como eje la relación de empleo. No existe un contrato de empleo ni negociación colectiva fuera de los predios del Derecho del Trabajo y los sujetos que intervienen en tales casos solo pueden ser trabajadores. Ya se esclareció que no todo funcionario público ostenta necesariamente la condición de empleado.

Por otro lado, ese ámbito de regulación especial es para la relación de servicio, cuyo contenido viene determinado *ex lege*. Pero no debe obviarse que ningún contrato, sea público o privado, está exento, en términos generales, de la legalidad, del apego al ordenamiento jurídico. La ordenación por la ley de determinados contenidos de uno u otro vínculo (relación de servicio y de empleo) no determina el posicionamiento en una u otra postura, porque no resulta un aspecto verdaderamente definitorio.

En tal sentido, cabría cuestionarse acerca de la real posibilidad de determinación de las condiciones contractuales que tiene el empleado frente al empleador en los contratos de empleo privado. Para ello, el ordenamiento jurídico reserva también una cuota de precisiones *ex lege*, encaminadas a la protección del trabajador frente a los desequilibrios en la relación con el empleador, sea de la naturaleza que sea.

³⁵⁹ Ídem.

A.3) Ordenación mediante un régimen jurídico de Derecho Administrativo

Otro de los elementos propuestos como esenciales para la construcción teórica de la noción jurídica de funcionario público, como parte también de su componente objetivo, se refiere al régimen legal al que deben estar sometidas las situaciones jurídicas relativas al funcionario público derivadas de la relación de servicio.

Como se ha venido sosteniendo, la función pública, en tanto técnica que se concreta en la esfera de funcionamiento de la Administración Pública, requiere un ordenamiento especial derivado de los intereses que debe satisfacer. Los argumentos que sostienen esta especialidad se han abordado desde el inicio de este estudio, por considerar que es un aspecto clave para el diseño de todo modelo que se pretenda establecer en cualquier contexto social, político y jurídico.

Un marco regulatorio eficaz provee el conjunto de principios y normas jurídicas que ordenan la implementación de la institución en función de garantizar la estabilidad, consistencia, armonía y transparencia del ordenamiento jurídico. Se trata de uno de los sostenes principales para el establecimiento y mantenimiento de la seguridad jurídica, en pos de la coherencia del orden legal e institucional del Estado.

Por otro lado, la conceptualización adecuada del régimen jurídico del funcionario público presupone la cimentación de este sobre determinadas nociones que permitan contextualizar la figura con criterios teóricos sólidos. El camino ha sido trazado con las precisiones realizadas en torno a la función pública, entendida como técnica iusadministrativa, cuya construcción teórica constituye pieza fundamental pues influye en todo el sistema legal. Igualmente, el vínculo singular que se establece entre el funcionario público y la Administración Pública, la axiología que la determina y la propia presencia subjetiva de ella en la relación imprimen peculiaridades a las situaciones jurídicas que se suscitan en el ámbito de actuación del funcionario público; todo lo cual fundamenta la necesidad y existencia de una ordenación especial iusadministrativa que se sustraiga del Derecho común. Se trata de una consecuencia natural de los criterios que hasta aquí se han sostenido.

El régimen jurídico administrativo estatutario debe alcanzar las principales situaciones jurídicas derivadas de la relación de servicio, es decir, del *status* funcional. Esto es, los modos de ingreso y egreso al sistema de función pública, los requisitos y procedimientos para ello, la distribución de competencia de los entes involucrados, las técnicas de ordenación de la función pública en general, los derechos y deberes de los funcionarios públicos, el régimen de responsabilidad, el esquema categorial básico que permita las distinciones con el resto de los servidores públicos y la regulación elemental de todo el sistema de situaciones jurídicas que puedan producirse en el ámbito del ejercicio

de sus funciones, los principios de la carrera administrativa, las posibles limitaciones de intervención del Derecho del Trabajo, los modos de extinción de la relación de servicio, la situación de los funcionarios irregulares, entre muchísimos otros aspectos que pueden ser más o menos extensos según el contexto político-jurídico de que se trate.

El tratamiento normativo diferenciado de la función pública y, dentro de esta, del funcionario público, es de cardinal importancia para la sociedad. Se han esgrimido argumentos desde varios prismas que sustentan tal afirmación y la necesidad de consagrar ese particularismo, así como la relevancia de la elaboración teórico-normativa de una noción jurídica de la categoría funcionarial que se acomode a cada contexto político y legal; sobre la base de un sistema de normas, principios y valores que garanticen tal singularidad y la capacidad de adaptación que la actualidad demanda en el contexto del fenómeno de mixtura de los sistemas de organización de la función pública.

B) El elemento subjetivo

El elemento subjetivo al que se hace referencia aquí surge de la presencia, por un lado, de la persona física que devendrá funcionario público y por otro, de la Administración Pública. Visto así, se está en presencia de una relación jurídico-administrativa que se suscita a partir de la relación de servicio. Es de ella que se desprenden las consecuencias más trascendentales para el funcionario público; en tanto relación jurídica, tiene también un elemento objetivo, constituido por el contenido del vínculo, y un elemento causal, materializado por la constitución del *status* funcionarial que genera la relación de servicio.

Como en toda relación jurídica, el elemento de la capacidad resulta trascendental en cuanto aptitud para ser sujeto de los derechos y obligaciones que del vínculo se desgajen. El catálogo de requisitos podrá variar según el ordenamiento jurídico dado e incluso, la configuración y alcance de alguno de ellos también pudiera resultar disímil. Sin embargo, de modo general, entre los más comunes pueden mencionarse la nacionalidad, la edad, la titulación o nivel educacional, la aptitud física y determinadas limitaciones de tipo ético o disciplinario, como la proscripción de acceso si se ha sido sancionado penal o administrativamente por ciertas conductas o si se ha impuesto alguna sanción específica.

Referido al otro sujeto que integra la relación de servicio, la Administración Pública, debe asimilarse, *a priori*, en su concepción amplia. Es decir, en toda la magnitud de su aspecto estructural, incluidos todos los entes con función administrativa, principal o accesorio, que se encuentren insertos en el aparato organizacional del Estado. No obstante, es dable aclarar que se trata de una consideración general que tributa con mayor precisión en cuanto a la relación de empleo público o la relación

orgánica, que implican necesariamente la inserción estructural en cualquier ente donde se localice función administrativa. A un nivel más específico, la capacidad como sujeto de la relación de servicio debe encontrar una visualidad exacta al fijarse con precisión las competencias de nombramiento en manos de los entes u órganos correspondientes.

C) El elemento formal

La relación de servicio tiene origen en un acto jurídico de nombramiento. Este puede traer causa en mecanismos de elección³⁶⁰ o de designación. Por la importancia del acto en cuestión y los efectos jurídicos que persigue, lo instituyen como un acto formal. Ello implica que se requiere la presencia de un instrumento que constituya la vía jurídica que permite a la Administración Pública expresar su voluntad. Las alternativas pueden ser de distinta índole, por ejemplo, una resolución, un acuerdo –si se trata de un órgano colegiado– o puede estar contenido en la propia técnica que se utilice para materializar la relación de empleo público o la orgánica.

Este último caso suele ocurrir en aquellos modelos más próximos al sistema abierto, donde los límites temporales de la relación de servicio, de empleo y orgánica, tienden a difuminarse o a coincidir. Sin embargo, aun cuanto esto suceda, es perfectamente distinguible, como se examinó antes, el ámbito teórico del práctico, así como los efectos jurídicos de cada una de aquellas relaciones. Aun en estos supuestos, siempre existirá una voluntad administrativa previa en el contexto del procedimiento de selección que haga visible la expresión de la potestad de la Administración Pública en cuanto al *status* funcional, sin lo cual no puede haber determinación de destino (relación de empleo y relación orgánica).

La forma, entonces, deviene también un elemento esencial para la constitución de la relación funcional. Por medio de ella, la Administración Pública manifiesta su voluntad de cara a la selección de su personal, que tiene, además, una esencia procedimental. Por tanto, al incardinarse el procedimiento administrativo correspondiente la Administración Pública debe observar formalidades concretas –oposición, concurso, provisión u oferta de puestos de trabajo, por ejemplo–. Todo lo anterior ofrece cauce a la conformación de la relación funcional o relación de servicio.

³⁶⁰ Al efecto, debe aclararse que, como modo de acceso al *status* funcional, el sistema de elección popular, sea directa o indirecta, ofrece riesgos que lo hacen menos propicio en el contexto de la Administración Pública. Esto se fundamenta en el componente técnico que debe impregnar la actuación de los *funcionarios públicos*. El cuerpo electoral, considera ORLANDO, bien por su composición, bien por su irresponsabilidad, no es en absoluto capaz de tener y expresar un juicio justo y fiable sobre la valía de los candidatos y el funcionario elegido, al deber todo a una mayoría o a un partido político, difícilmente podrá ser independiente. Y si lo es de derecho, las apariencias y la sospecha estarán siempre en contra suya. Véase ORLANDO, V. E., ob. cit., p. 76 y ss.

Sobre la base de lo expuesto en este capítulo, se formulan las conclusiones parciales siguientes:

- La noción jurídica de funcionario público tiene sus antecedentes e influjos históricos más directos localizables, fundamentalmente, en el proceso evolutivo de la Administración Pública y del Derecho Administrativo, como subsistema jurídico.
- La categoría jurídica funcionario público es un producto del Estado moderno –con una concreción más exacta en el Estado constitucional– y solo es coherente en el contexto de una diferenciación precisa de las funciones del Estado, con la presencia de un aparato administrativo jerarquizado y profesional.
- La percepción teórica de la categoría funcionario público ha estado signada por un factor contextual y un uso variable junto a otras expresiones afines, con sentidos y alcances diferentes – amplios o más estrictos–; lo cual ha constituido un límite para su conceptualización.
- Desde el punto de vista gnoseológico, el sistema categorial básico que integra la dimensión subjetiva de la función pública, debe conformarse –tomando como eje el esquema elemental de funciones estatales– a partir de la consideración de tres niveles relacionales que se suscitan entre el Estado y las personas físicas que actúan sus funciones: el primero, determinante del vínculo con una función concreta del Estado; el segundo, establecido a partir del vínculo estatutario, determinante de la categoría funcionarial y, el tercero, tomando como base el vínculo estructural con el ente público.
- Ante la diversidad y disparidad de elementos que se han esgrimido para la configuración jurídica de la noción de funcionario público, es preciso el establecimiento de una conciliación teórica que permita una construcción gnoseológica de la categoría con vocación técnica de universalidad y útil a efectos de su concreción en las diferentes realidades nacionales.
- La noción de funcionario público debe construirse teóricamente a partir de la presencia de un elemento objetivo –que permita delimitar el ámbito administrativo como su esfera concreta de actuación, identificar el vínculo estatutario como determinante de la condición funcionarial y orientar su ordenación mediante un régimen iuspúblico–; un elemento subjetivo –que posibilite determinar la naturaleza administrativa de la relación de servicio– y un elemento formal –que precise los mecanismos de formalización del vínculo con la organización administrativa–.

CAPÍTULO III: LA NOCIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN CUBA

III.1. Hitos históricos fundamentales de la función pública en Cuba

Contar la historia de la función pública en Cuba supone la observancia de las propias premisas que en el capítulo primero de esta investigación se tomaron en consideración, a efectos de los posicionamientos respecto de los puntos de colocación histórica. Con una proyección más ambiciosa, y en una perspectiva distinta a la que este estudio se propone, pudiera resultar interesante un punto de partida más antiguo, conectado con el establecimiento del Estado en el caso cubano.³⁶¹ Sin embargo, el estudio de la organización administrativa patria de los siglos XV al XVIII, así como se señalaba al abordar las bases históricas generales de la función pública y de funcionario público como categorías de interés jurídico, no ofrece más que determinados antecedentes materiales, contextualizados por una Administración colonial que recibe el influjo directo del orden de la metrópoli.

En el contexto de la colonización del *Nuevo Mundo*, son visibles los esfuerzos del Reino español para lograr la organización del Estado en las colonias. En el caso particular de la *Isla de Cuba*, en el orden normativo fundamentalmente, desde los primeros años del siglo XVI, aquellas tentativas tuvieron una vía de manifestación en las Órdenes de la Corona Española, por medio de las cuales se entregaban, por ejemplo, los títulos de virrey, gobernador, corregidor, alcalde mayor, capitán general y alcaldes de fortalezas, cargos vitalicios o hereditarios, cuya designación se realizaba por la voluntad del Rey y se formalizaba a través de la *Real Cédula de Gracia o Merced* que constituía un título jurídico. Si bien, el carácter vitalicio y hereditario era propio de las concepciones de la época relativas a la patrimonialidad de los oficios públicos, debe decirse que la capacidad y el mérito de la persona a la que se le atribuía el título, también se tomaba en cuenta.³⁶²

En esta etapa, es innegable que la propia organización de la administración colonial y su sistema de órganos muestra figuras funcionariales que van desde el mismo Capitán General, los procuradores, hasta otras que fueron surgiendo, gradualmente, para el siglo XVIII, como por ejemplo, el Teniente Rey, al Asesor Letrado (autoridad a la que se subordinaban los funcionarios civiles), el llamado Castellano del Morro (jefe militar), los intendentes. Asimismo, en la medida en que la sociedad y las

³⁶¹ Véase PINO SANTOS, Oscar, *Historia de Cuba. Aspectos fundamentales*, Ed. Consejo Nacional de Universidades, La Habana, 1964, p. 20 y ss.; CARRERAS COLLADO, Julio A., *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1983, p. 11 y ss.; FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2005, p. 1 y ss.

³⁶² Véase LUCIANO FRANCO, José, *Apuntes para una historia de la legislación y administración colonial en Cuba 1511-1800*, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1985, p. 63 y ss.; AA.VV., *Manual de Historia del Estado y el Derecho Americano y Africano*, ob. cit., p. 67 y ss.; LÓPEZ, Antonio Prudencio, *Reseña histórica del Derecho de Ultramar*, Imprenta "La Antilla", Habana, 1964, p. 91 y ss.

relaciones entre esta y el poder de la Corona en la Isla van adquiriendo otros matices más complejos, también es perceptible que la relación poder-agente vaya adquiriendo otro cariz, resultando importante la formación profesional, fundamentalmente respecto de aquellos que ocupaban los cargos más técnicos como oidores, fiscales de las audiencias y funcionarios pertenecientes a las distintas ramas de la Real Audiencia.³⁶³

Por otro lado, si bien es notable que la burocracia colonial fue aumentando paulatinamente desde el inicio de la colonización hasta finalizar el siglo XVI, y una serie de Reales Cédulas (de 1526 a 1600) regulaban las atribuciones de los funcionarios coloniales, también se aprecia que el control sobre ellos desde la metrópoli distaba mucho de ser efectivo. Esto permitió cierto clima de desorden que motivó la promulgación de la Ley XI de 26 de agosto de 1580, recibida en Cuba en marzo del año siguiente. En su Título VIII, que comprendía 40 leyes, se establecía que las designaciones y funciones de casi la totalidad de los funcionarios en Las Indias se realizaría desde la Corona, singularmente los dedicados a impartir justicia desde 1524 y ratificados por Real Cédula de 1645, ya que estos puestos eran objeto de venalidad.³⁶⁴

Todo lo anterior refuerza la dificultad de encontrar un *iter* evolutivo preciso de la función pública en general, y de *funcionario público* en particular, como categorías jurídicas en este periodo. Así se demuestra por su nula mención en las *Leyes de Indias* e, incluso, en las Ordenanzas de Cáceres, aprobadas por el Rey en 1640 (primera legislación que se dictó en Cuba, para regir en Cuba).³⁶⁵ Pero más allá del paulatino incremento del interés por ordenar las estructuras políticas de la colonia –lo que incluía, naturalmente, cierta organización de los agentes del poder real–, no puede percibirse una noción jurídica *de función pública ni de funcionario público* porque no era posible tampoco hacerlo en el escenario jurídico de la metrópoli.

Por su parte, el periodo colonial decimonónico, que transcurre hasta 1898, estuvo marcado por la tendencia a la asimilación del Derecho español que, con determinados matices, hubo de manifestarse en Cuba. Por consiguiente, aunque pueden hallarse determinados antecedentes del tema en estudio –

³⁶³ Véase LÓPEZ, Antonio Prudencio, ob. cit., p. 91 y ss; MORILLA, José María, “Reseña...”, ob. cit., p. 99 y ss.

³⁶⁴ Véase LÓPEZ, Antonio Prudencio, ob. cit., p. 24 y ss.

³⁶⁵ Debe observarse que, en el orden jurídico, los siglos iniciales de la colonia estuvieron caracterizados por una diversidad y dispersión de cédulas, ordenanzas, instrucciones, las llamadas Pragmáticas, Provisiones, Autos de gobierno y otras disposiciones destinadas para *Las Indias*, relativas a diferentes materias y carentes de organicidad o sistematicidad. No es hasta finales del siglo XVII que se promulgan *Las Leyes de Indias*. (Recopilación ordenada por Felipe II en 1570, cuya versión inicial vio la luz en 1680). Véase LUCIANO FRANCO, José, ob. cit., p.63 y ss.; MORILLA, José María, *Breve tratado de Derecho Administrativo español general del Reino y especial de la Isla de Cuba*, Tipografía de Don Vicente de Torres, Habana, 1847, p. 63 y ss; MORILLA, José María, “Reseña histórica de la Administración de la isla de Cuba”, en Morilla, José María, *Tratado de Derecho Administrativo español*, tomo II, Sobre la Administración de la Isla de Cuba, 2ª edición aumentada con arreglo a las últimas disposiciones, Imprenta de la Viuda de Barcina y Comp., Habana, 1865, p.7 y ss.; FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, ob. cit., p. 16 y ss.

que constituyen referentes culturales, teóricos y jurídicos–, no pueden tenerse, propiamente, como configuradores de un modelo de función pública con cuño patrio. De ello, solo es posible hablar desde el momento en que Cuba se erige como Estado independiente, espacio temporal que tiene su punto de inicio en los albores del siglo XX.

Si bien sobre finales del siglo XVIII es que sitúa el origen moderno y desarrollo de la función pública como categoría jurídica, su desarrollo transcurre en los contornos del periodo decimonónico de la Europa continental. Por lo tanto, el siglo XIX también ha de ser el punto de partida para el caso patrio, pues es a partir de ese momento que también Cuba –considerada en el orden gubernamental y administrativo como una provincia española o un territorio de ultramar– se adentra en la modernidad política y jurídica.

Como anota MATILLA CORREA: “Desde que en el siglo XIX el Derecho Administrativo –en el sentido moderno con el que lo conocemos [...] – comenzó su proceso de expansión en la Europa continental y, bajo el influjo franco-español (especialmente), por los territorios de la América Latina [...], empezó a labrarse su proceso histórico entre nosotros”.³⁶⁶

Ahora bien, a diferencia de otras instituciones del Derecho Administrativo, de antecedentes más concretos y de más vieja data, el *iter* evolutivo asimétrico y los dispares perfiles gnoseológicos de la función pública influyen en que su visualidad jurídica haya que encontrarla más recientemente, no solo en su escenario de origen, sino también en los predios de la colonias europeas en América. Los planteamientos anteriores, se confirman si se toma en consideración que, en el caso de la función pública hispánica, el primer punto de quiebre histórico de su particularismo, se localiza a finales de la segunda década del siglo XIX, cuando comienzan a realizarse los primeros intentos para su regulación, con el Estatuto López Ballesteros (1828), el Estatuto de Bravo Murillo (1852) y el Estatuto O’Donnell (1866). Y no es hasta más adelante, ya adentrado el siglo XX, que se consagra, con el Estatuto de Maura (1918), el régimen estatutario funcionarial sobre la base de los principios de la función pública moderna de influencia francesa. Por lo tanto, es posible tener una idea del espacio temporal en el que habría que ubicarse pues, naturalmente, los resultados de ese proceso y las concepciones que de él se derivan, se irán recepcionando en las colonias en fechas posteriores.³⁶⁷

Como señala GARRIDO FALLA, “Los principios que entonces [con Bravo Murillo] se sentaron vinieron a acogerse más tarde en la Ley de Bases de 22 de julio de 1918 y en el Reglamento para su ejecución

³⁶⁶ Véase MATILLA CORREA, Andry, *Los primeros pasos de la ciencia del Derecho Administrativo en Cuba*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2011, p.17.

³⁶⁷ *Up supra*, se ha hecho referencia a estos hitos de la historia de la función pública española y a la importancia que en ese territorio tuvieron. Para una perspectiva desde Cuba, véase, NUÑEZ NUÑEZ, Eduardo Rafael, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, 3ª edición, Imprenta Casa Girón, Habana, 1920, p. 14 y ss.

de 7 de septiembre del propio año. Ulteriores complementos legislativos significaron la Ley de Situaciones de 15 de julio de 1954, el Decreto-Ley sobre Incompatibilidades de 13 de mayo de 1955 y la Ley de 22 de julio de 1961 sobre derechos políticos sociales y profesionales de la mujer. Obsérvese, por de pronto, que con la legislación citada se había conseguido plenamente en España la configuración de la función pública como una auténtica «carrera» de carácter profesional y totalmente independiente de la política”.³⁶⁸

En adición a lo anterior, y como apoyatura de la colocación histórica, desde el ámbito constitucional español, por ejemplo, debe señalarse que no existen referencias que permitan identificar bases constitucionales precisas para un modelo de función pública todavía con sostenes teóricos y normativos inconcretos en España. Esta realidad es palpable en las constituciones del periodo de asimilación –como lo denomina HERNÁNDEZ CORUJO– y en las subsiguientes de vigencia para Cuba. Esto incluye la Constitución de Cádiz (1812), el Estatuto Real de 1834, la Constitución Española de 1845, la Constitución de 1869, la Constitución Política Española de 1876 –extensiva a Cuba por el Real Decreto de 7 de abril de 1881 y vigente hasta 1897– y la Constitución Autónoma para Cuba y Puerto Rico de 1897–.³⁶⁹

De otra parte, la historia de las constituciones cubanas, en el escenario bélico independentista iniciado en 1868, tiene su primera manifestación con la Constitución de Guáimaro, promulgada el 10 de abril de 1869. Esta contenía el diseño político propio de un contexto contingente, centrado en organizar el gobierno civil y sus relaciones con el poder militar. Aunque quedaba estructurado el poder ejecutivo y, consecuentemente, sus cargos, no se halla en su articulado una idea precisa sobre el diseño de un modelo de función pública. Sin embargo, es destacable que durante sus cerca de nueve años de vigencia el régimen constitucional de Guáimaro se hizo patente en los territorios republicanos, proyectándose en lo político, en lo social y en lo económico.³⁷⁰

³⁶⁸ Véase GARRIDO FALLA, Fernando, “La nueva legislación sobre funcionarios públicos”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 43, 1964, Institutos de Estudios Políticos, Madrid, pp. 375-401. Véase también lo apuntado en el epígrafe I.3 precedente.

³⁶⁹ Véase HERNÁNDEZ CORUJO, Enrique, *Historia Constitucional de Cuba*, tomo I, Compañía Editora de Libros y Folletos O'Reilly, La Habana, 1960, p. 72 y ss. La Constitución Autónoma española de 25 de mayo de 1897, estructuraba el Consejo de Administración de la *Isla de Cuba*, integrado por 35 funcionarios públicos, 18 elegidos y 17 designados por el Rey. Sin embargo, en su texto, más allá del uso del vocablo con un sentido genérico, tampoco aparece una referencia gnoseológica precisa de función pública y de funcionario público. Véase LAZCANO Y MAZÓN, Andrés María, “Historia y Texto de las Constituciones de la República de Cuba. Recopilación y estudios preliminares”, en *Las Constituciones Hispanoamericanas*, Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1952, pp. 55-59; HERNÁNDEZ MAS, Orestes, *Antología de Documentos para el Estudio de la Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Ed. Revolución, Instituto Cubano del Libro, s/a, p.10 y ss.

³⁷⁰ En cuanto al resto de las constituciones mambisas, la percepción respecto a Guáimaro es válida para la Constitución de Jimaguayú (1895) –aunque con una estructura de gobierno más depurada– y para la Constitución de la Yaya (1897) –considerada el texto constitucional más acabado entre las Constituciones mambisas. Véase LAZCANO Y MAZÓN, Andrés

Así, entre las varias disposiciones normativas que se emitieron con el propósito de organizar la naciente República en Armas, a efectos de lo que aquí interesa, estuvo la Ley de los Cargos Públicos de 12 de agosto de 1869 (con vigencia hasta febrero de 1878). Si bien, por su contenido y circunstancia, no puede considerarse un estatuto propiamente para la función pública, su existencia misma fue muestra de la relevancia que se dio la ordenación del desempeño de las funciones públicas desde aquellos tiempos. Esta idea se confirma si se observa la Ley de Organización Administrativa de 7 de agosto del propio año 1869, que dedica la Sección tercera de las Disposiciones generales del Capítulo I, a los funcionarios públicos. Varios de sus artículos regulaban los deberes y derechos de estos; así como el acceso para el desempeño de los cargos públicos. Esta realidad de precariedad respecto del tema en estudio es comprensible pues resulta coherente con la situación de contingencia en la que fueron dictadas las referidas normas constitucionales y demás disposiciones jurídicas.

Por su parte, la observación del sistema normativo configurado en Cuba en las últimas tres décadas del siglo XIX, permite identificar lo que pudiera ser el régimen jurídico de la función pública. Así por ejemplo, el primer aspecto a significar de dicho marco legal llega de la letra del Código Penal Español de 1870, vigente para Cuba a partir de 1879, donde se regulaba la responsabilidad penal de los funcionarios públicos (Título VII, Libro II, *Delitos sobre los empleados públicos en ejercicio de sus cargos*). En tanto, el Reglamento de las Carreras Civiles de Ultramar, puesto en vigor mediante la Real Orden de 22 de noviembre de 1885, deviene el cuerpo normativo principal para los *empleados de la Administración Civil* en Cuba. En él se regulan los modos de ingreso, los derechos y deberes de aquellos, los ascensos y las categorías en las que estos se organizaban.³⁷¹ Asimismo, otro hito legislativo importante lo constituye la Ley de Empleados Públicos de Ultramar, vigente para Cuba a partir de 1890, mediante el Real Decreto de 13 de octubre y su Reglamento Orgánico de Ultramar, que asumen el rol normativo que tenía la disposición anterior.³⁷²

María, "Historia y Texto de las Constituciones de la República de Cuba. Recopilación y estudios preliminares", en *Las Constituciones Hispanoamericanas*, Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1952, pp. 32-36 y 503 y ss., 48 a la 51 y el texto íntegro de Jimaguayú p. 512 y ss., pp. 52-56 y texto íntegro de La Yaya p. 519 y ss; RODRÍGUEZ SOLVEIRA, Mariano: "Cien años de derecho en Cuba (1868-1968)", en *Revista Cubana de Derecho*, Año 1, núm. 1, 1972, Instituto Cubano del Libro, La Habana, pp. 69-107; MATILLA CORREA, Andry y VILLABELLA ARMENGOL, Carlos M. (Compiladores), *Guáimaro, Alborada en la historia constitucional cubana*, Ed. Universidad de Camagüey, Cuba, 2009, p.17 y ss.

³⁷¹ Véase GOVIN Y TORRES, Antonio, *Elementos teórico-prácticos del Derecho Administrativo vigente en Cuba*, tomo I, s/e, La Habana, 1882-1954.

³⁷² Véase NOVO, Enrique, *Constitución Colonial de las islas de Cuba y Puerto Rico y leyes complementarias del régimen autonómico establecido por los Reales Decretos de 25 de noviembre de 1897*, Imprenta del Gobierno y Capitanía General por S.M., La Habana, 1897, p.32 y ss.

Este panorama legal va siendo influido por los referentes organizativos de la función pública española de ese periodo. En la propia Ley sobre el ejercicio de la jurisdicción contenciosa administrativa, aplicada a Cuba mediante Real Decreto Ley de 1888, ya se aprecia un lenguaje más propio del argot funcional contemporáneo. Aunque se trata del ámbito judicial, es clara la concepción de las carreras judicial y fiscal, los cuerpos de funcionarios en estas esferas, el régimen de ascensos, el principio de inamovilidad, por ejemplo.³⁷³

De acuerdo con lo antes dicho, y para facilitar la comprensión del proceso evolutivo de la función pública en Cuba, es coherente tomar como guía los periodos históricos fundamentales de la historia patria, y a efectos de una mejor sistematización, debe estimarse también el curso de formación y desarrollo de la Administración Pública y del Derecho Administrativo nacional, por constituir los predios del tracto evolutivo del modelo de función pública cubana. Teniendo en cuenta, además, que ese curso está determinado y condicionado por los diferentes escenarios sociales, políticos, económicos y jurídicos que se han revelado en Cuba desde el siglo XIX, el punto de referencia más idóneo, desde la retrospectiva histórica a partir de la realidad actual, lo constituye el triunfo de la Revolución cubana de 1959, como momento de ruptura política de radicales connotaciones para todos los ámbitos de funcionamiento social, con trascendencia muy especial en lo administrativo.

En tal sentido, ello determina la existencia de una *etapa prerrevolucionaria*, previa al primero de enero de 1959 y una *etapa revolucionaria*, que discurre desde esa fecha hasta la actualidad; sin perder de vista que cada uno de estos segmentos históricos refleja diversas realidades y matices, por lo que manifiestan, a su vez, diferentes momentos en cuanto a las formas de organización de la función pública en Cuba, que irán influyendo en su caracterización.

III.1.1. Etapa prerrevolucionaria (desde 1899 hasta 1959)

El 10 de diciembre de 1898, con la firma del Tratado de París, se pone fin a la guerra hispano-cubano-norteamericana y el primero de enero de 1899 toma el cargo de Gobernador General de la Isla de Cuba, el General John R. Brooke, lo que marcó el inicio de la primera ocupación militar norteamericana. Si bien no se estableció un aparato gubernativo complejo, se creó una estructura funcional con elementos del sistema estadounidense que, finalmente, fue algo temporal que atendía

³⁷³ Véase, por ejemplo, lo relativo a los Tribunales de lo contencioso-administrativo (Capítulo. II –artículos 12 y ss.–, Capítulo III –artículos 15 y ss.–) y al Ministerio Fiscal (Capítulo. IV –artículos 19 y ss.–), Ley sobre el ejercicio de la jurisdicción contenciosa administrativa de 1888, publicada en la Gaceta de Madrid de 14 de septiembre de 1888, año CCXXVII, Núm. 258, tomo III, p. 773.

al propio carácter de la ocupación militar norteamericana y tenía como fin básico atender las necesidades de organización y funcionamiento del país en virtud de esa coyuntura.³⁷⁴

Consecuentemente, no se avista en este momento ningún elemento de interés que permita identificar cuál sería el rumbo político-jurídico de la función pública ni sus posibilidades de articulación con identidad nacional. Las bases para ello se comenzarán a cimentar con la Constitución de 21 de febrero de 1901³⁷⁵ y luego con la Ley de Servicio Civil de 18 de enero de 1909³⁷⁶ –única de su tipo en la historia de la función pública cubana hasta la actualidad– y el Reglamento para su aplicación de 23 de noviembre de 1910.³⁷⁷

Respecto del tema en estudio, la Ley Fundamental de 1901 reviste gran importancia, por ser la primera que se concibió y rigió para Cuba como nación independiente.³⁷⁸ En tal sentido, marca el momento histórico en que verdaderamente puede comenzar a hablarse de un diseño de función pública patrio. No obstante, no se hayan en su texto fundamentos expresos del modelo de su organización y es solo posible encontrar determinados presupuestos que dan luz de las concepciones que se irán perfilando posteriormente.

A modo ilustrativo de esta idea puede partirse de los propios postulado de la división de poderes – Título VI, *Del Poder Legislativo*; Título VII, *Del Poder Ejecutivo*, Título X, *Del Poder Judicial* y de las facultades de nombramientos respecto de funcionarios y empleados en el ámbito potestativo del Presidente de la República (artículo 68.9 y 10), de los Consejos Provinciales (artículo 93.5), de los Ayuntamientos (artículo 105.4) y de los alcaldes (artículo 110.3) –. Lo anterior puede tomarse, en cierta medida como parte de los fundamentos de la función pública.

³⁷⁴ CARRERAS COLLADO, Julio A., ob. cit., p. 304 y ss.

³⁷⁵ Promulgada mediante la Orden Militar No. 181 del Cuartel General del Departamento de Cuba y publicada en la Gaceta de La Habana, el 20 de mayo de 1902.

³⁷⁶ Decreto No. 45 de 11 de enero de 1909 del Gobernador Provincial, Ley de Servicio Civil, de 18 de enero de 1909m publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, de 18 de enero de 1909. La LSC fue promulgada en el contexto de desorden político que gravitaba en el escenario de la segunda intervención militar norteamericana. El Gobernador Charles E. Magoon, mediante el Decreto No. 284 de 24 de diciembre de 1906, creó la *Comisión Consultiva*, integrada por miembros cubanos y norteamericanos (E. H. Crowder; M. Viondi; F. Carrera y Jústiz; Mario García Kohly; Rafael Montero; Otto Schoenrich; M. M. Coronado y Blanton Winship), con el propósito de estudiar, formular y proponer proyectos de leyes sobre la materia electoral, la organización municipal y provincial, del poder judicial y del servicio civil. Puede verse, Govin y Torres, Antonio, ob. cit., p. 2 y ss; LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio y Joaquín MARTÍNEZ SAENZ, *Ensayos de Derecho Administrativo*, tomo I, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y CA, La Habana, 1922, pp. 41-73.

³⁷⁷ Reglamento para la ejecución de la Ley de Servicio Civil, Decreto No. 1031 de 26 de noviembre de 1910, publicado en la Gaceta Oficial de la misma fecha.

³⁷⁸ Véase VIVANCO, José Clemente, *Constitución de la República de Cuba*, comentada, Imprenta y encuadernación San Ignacio Núm. 58, La Habana, 1909, obra completa.; BRAVO Y CORREOSO, Antonio, *¿Cómo se hizo la Constitución de Cuba?*, conferencias dadas en la institución de altos estudios de la asociación de maestros normales de oriente, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y Ca., 1928, obra completa; FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, “Inspiración, contenido y significado de la Constitución de 1901”, en *Estudios sobre Historia del Derecho en Cuba*, MATILLA CORREA, Andry (Coordinador), Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 2009, pp. 54-80.

El caso de la división de poderes, como se analizó en el segundo capítulo de este estudio, es uno de los elementos sobre los que se incardina la existencia de la función pública como categoría jurídica relativa a la ordenación de los medios personales al servicio del Estado. El resto del articulado mencionado, avizora la necesidad de ordenar las referidas facultades al establecerse que han de ser ejercidas según las disposiciones legales correspondientes, lo cual presupone la exigencia de leyes de desarrollo.

Aunque es sabido que en lo político la Constitución de 1901 tuvo una gran influencia norteamericana, en lo administrativo es notable el influjo de las bases históricas del sistema jurídico continental europeo. Este elemento explica la mixtura congénita del modelo de función pública, que se originará y se proyectará, fundamentalmente, con la LSC, en sus bases teóricas-conceptuales, sobre determinadas concepciones del modelo francés y norteamericano.

Debe tenerse en cuenta que, al tiempo de ser redactada la Constitución de 1901, era latente la expansión por el mundo de los principios clásicos del Estado de Derecho burgués bajo el halo de la filosofía política del siglo XVIII, doctrinas ya entronizadas en el desarrollo del constitucionalismo europeo y americano. El Derecho Público había adquirido otra dimensión y afianzaba los principios de soberanía nacional, separación de poderes y constituciones escritas. En especial, la Administración Pública y el Derecho Administrativo sentaban sus bases con un importante grado de universalidad bajo la influencia francesa que se hace sentir, desde luego, en gran parte de los países de la región, incluido España. Estos influjos, fundamentalmente a través del propio Derecho Constitucional español, determinaron, en parte, los horizontes políticos a los pueblos que habían sido dominados por España en América, entre ellos Cuba y, en palabras de PONTE DOMÍNGUEZ que hace suyas HERNÁNDEZ CORUJO “marcaron una huella francesa en nuestra historia política.”³⁷⁹

Por su parte, la LSC constituye el primer gran hito legislativo de la función pública cubana. En ella se establecía por primera vez un modelo de organización autóctono, se proveían las principales nociones teórico-jurídicas de los elementos que integraban ese sistema e iniciaba el ciclo de vida del Derecho de la función pública en Cuba como segmento especial de regulación.³⁸⁰

³⁷⁹ Cfr. HERNÁNDEZ CORUJO, Enrique, *Los fundamentos históricos y filosóficos de la Constitución de 1901*, Ed. Lex, La Habana, 1953, p. 7. Véase también. INFESTA, Ramón, *Historia Constitucional de Cuba*, Ed. Selecta, La Habana, 1942; p. 332 y ss.; VIVANCO, José Clemente, ob. cit. p. 42 y ss.

³⁸⁰ De conjunto con la Constitución de la República de 1901 y la LSC, como estatuto general, pueden identificarse como parte de ese régimen estatutario otras disposiciones normativas e instrumentos jurídicos que contienen un tratamiento legal en sus contenidos de cuestiones relativas a la ordenación de la función pública cubana en el periodo que transcurre desde 1901 a 1939. La Ley orgánica de los municipios de 1908 (Capítulo IV, De los funcionarios y empleados municipales, artículos 104-113); la Ley Orgánica de las Provincias de 1908 –publicada en la Gaceta Oficial de 2 de junio de 1908–; Ley Orgánica del Poder ejecutivo y su Reglamento; Código Electoral; la Ley de retiro civil, de 25 de junio de 1919; Instrucciones de la Comisión de Servicio Civil; Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia. Asimismo, continua

La peculiar amovilidad que el modelo de función pública tuvo en Cuba desde la promulgación de la LSC permite proveer una caracterización que abarca un extenso periodo, que tendrá su próximo punto de inflexión con la Constitución de 1940. Ello se debe a que la reforma constitucional de 1928 no trajo ninguna variación al diseño –salvo algún cambio de creación de estructura u órgano que no le repercute–³⁸¹ y, asimismo, la sucesión de normas constitucionales de la década de 1930 no implicó transformaciones al respecto, ya que fueron normas coyunturales que respondieron a las circunstancias políticas del momento. En el contexto de la “peripecias constitucionales” de 1933 a 1935, –como las denominara VEGA VEGA–, solamente en los Estatutos para el Gobierno Provisional de la República de Cuba de 1933 se hizo referencia (en el cuarto Estatuto) a la responsabilidad penal de los funcionarios públicos y empleados del Estado por cometer delitos en ocasión del ejercicio de la función o empleo que realizaban o prevaleciéndose de tal carácter, los cuales estarían sometidos al Tribunal de Sanciones.

Sin embargo, ni este ni ninguno de los textos constitucionales que se sucedieron en este lapso hicieron referencia alguna a los oficios públicos o la organización de la función pública, solo el de 1935 donde se aludía a los nombramientos en su artículo 105 apartado 4. Esta ausencia no debe extrañar, pues estos textos se caracterizaron por su contingencia y corta duración temporal, dada por el convulso escenario político-social de la década de 1930 debido a las pugnas por el poder y el despliegue del movimiento revolucionario. Por tanto, nada de interés aportan a la organización de la función pública.³⁸²

vigente en este trance el Código Penal español de 1887 (contiene los preceptos relativos a la responsabilidad penal de los funcionarios y empleados públicos) y la Ley sobre el ejercicio de la jurisdicción contenciosa administrativa, aplicada a Cuba mediante Real Decreto Ley de 1888, mediante la cual se regula el curso procesal de los asuntos atinentes a la función pública. En el orden jurídico durante esta etapa, puede mencionarse, a efectos del tema en estudio, la promulgación de algunas leyes que contenían referencias normativas sobre la función pública o sobre el empleo público. Así por ejemplo, la Ley de Retiro Escolar (1919), la Ley de pensiones y jubilaciones de los empleados y obreros al servicio de las empresas de ferrocarriles y tranvías (1923), la Ley de Retiro Ferroviario (1924) y el Código de Defensa Social (1936).

³⁸¹ Entre los cambios significativos que se promovieron estuvo la prohibición de reelección del Presidente –se establece un mandato de 6 años–; elimina el cargo de Vicepresidente, Crea un Consejo de Estado, que actúa como asesor del Poder Ejecutivo y crea un Distrito Central en La Habana que sustituye las Alcaldías de Marianao, Regla y Guanabacoa. Se fija para los senadores un término de 9 años y a los representantes y demás cargos electivos, 6 años.

³⁸² Véase Estatutos para el Gobierno Provisional de la República (1933) y las subsiguientes reformas y textos constitucionales: Constitución de 3 de febrero de 1934 (derogada por el gobierno provisional que el 11 de junio de 1935, restaura la Constitución de 1901, readaptada con un Ejecutivo mucho más fuerte; Decreto de 26 de diciembre de 1933; Ley Constitucional del Gobierno Provisional de la República (1934); Reformas de 23 de febrero, de 5 de marzo, de 2 de abril, de 10 de abril, de 27 de abril, de 30 de mayo, de 31 de julio, de 10 de noviembre, de 15 de noviembre, de 22 de diciembre, de 1934; Reformas de 4 de marzo de 1935; Resolución conjunta de 8 de marzo de 1935 del Gobierno Provisional, suspendiendo la Ley Constitucional de 1934 y acuerdos constitucionales del Gobierno Provisional; Ley Constitucional del gobierno Provisional de la República de Cuba de 1935; DL No. 419 de 22 de noviembre de 1935, declarando la vigencia integral de la Ley Constitucional de la República de Cuba de 1935; Reformas de 23 de enero de 1936 a la Ley Constitucional de la República de Cuba de 1935, en LAZCANO Y MAZÓN, ob. cit., pp. 614-774. También, VEGA VEGA, Juan, *Derecho Constitucional revolucionario en Cuba*, Ed. De Ciencias Sociales, La Habana, 1988, pp. 54 y 55.

Por tanto, los aspectos que se señalan a continuación son válidos para el periodo 1909-1940; etapa esta, en la que el modelo de función pública, a pesar de la notable influencia, en su diseño, del sistema norteamericano, presenta una tendencia a la estructura cerrada y revela características muy específicas, que son el resultado de las influencias teóricas que recibe de la Europa continental. Al menos, en virtud de una apreciación desde lo técnico, teórico y normativo,³⁸³ para ser el primer intento originario de ordenación de los medios personales al servicio de la Administración Pública, presenta elementos que pueden considerarse avanzados.

El primer rasgo que caracteriza al modelo cubano de función pública nacido en 1909 es su mixtura. Tal cuestión es muy comprensible y coherente con las circunstancias propias del proceso de formación del Estado cubano, influenciado por dos culturas jurídicas y políticas diferentes en ese momento, la europea continental y la norteamericana. Por tanto, si bien en cuanto a las concepciones teóricas de algunos elementos del modelo es notable una marcada influencia de la primera –fundamentalmente en relación con las propias nociones de funcionario público y empleado público–, el análisis en cuanto al diseño mismo del sistema es diferente. En tal caso, es más perceptible el influjo del esquema norteamericano, que ya para esa fecha discurría al amparo de los postulados del *Meryt System*, instaurado por el *Pendleton Act* desde 1883 y bajo la rectoría de la *Civil Service Commission*; por ello, no ha de extrañar la referida mixtura *ab initio*. De hecho, la propia denominación de la referida LSC deja entrever el influjo anglosajón de la noción de *Civil Service* y de su propio contenido y diseño del sistema, se lee muy claramente el referente estadounidense.

Lo anterior se corrobora por varios aspectos generales, como la propia incorporación a la ley del principio de mérito (artículos 1, 21 y 25 de la LCS), sin que ello haya significado la articulación de la carrera administrativa; la relevancia que se dio al *puesto de trabajo*, uno de los ejes fundamentales sobre los que gravitaba el sistema –las clasificaciones más importantes se hacen tomando como referentes los puestos o cargos, o el carácter del servicio que se presta en función de aquellos, o según el sueldo que ellos determinan (artículo 16, 17, 19, por ejemplo)–. Todo ello se refuerza por los mecanismos de provisión de los puestos de trabajo (artículos 28 y siguientes del Reglamento), para los que se evidencian más significativos los requerimientos específicos del propio cargo, en correspondencia con lo que se identifica la idoneidad de su ocupante.

Sin embargo, tomando como referencia los modelos clásicos de ordenación de la función pública, pueden señalarse en la concepción del modelo que se estableció, principios y mecanismos más propios

³⁸³ En la práctica, las valoraciones son de otra índole. Como expresa el precitado RUIZ Y GÓMEZ, “entre nosotros, el nombramiento ha pasado por los vicios de la *comendatio*, del favoritismo y del nepotismo, acentuándose estos vicios desde el segundo periodo presidencial de la República.” RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, ob. cit., p. 112.

del sistema de estructura cerrada, como la inamovilidad (artículo 51, apartado 1, LSC), la imparcialidad (artículo 64 del Reglamento) o el acceso con requerimientos previos de examen (artículo 22, LSC) u oposición (artículo 25, LSC)³⁸⁴ y el sometimiento a un régimen jurídico administrativo (artículo 10, LSC),³⁸⁵ por ejemplo.

Todo ello daba una idea general de que el modelo de función pública patrio, en su fundamento axiológico, marca desde el inicio la distancia con el esquema de estructura abierta y se evidencia la materialización de su particularismo jurídico. Puede hablarse con propiedad, a partir de este momento, del nacimiento de un Derecho de la función pública cubano.

Otro aspecto, en el que más adelante se profundizará, pero que ahora marca también el cariz de especialidad e influencia técnico-jurídica del modelo cerrado, es la provisión de una definición estricta de funcionario público, circunscrita al ámbito exclusivo de la Administración Pública y su diferenciación respecto a la noción de empleado público.

En cuanto al acceso a la función pública, debe partirse del pilar de igualdad que proclama con formulación general la Constitución de 1901, que en su artículo 11 establece que todos los cubanos son iguales ante la Ley y que la República no reconoce fueros ni privilegios personales; que tiene una vía de expresión en el propio principio de mérito que consagra la LSC, no solamente para acceder, sino para el otorgamiento de ascensos a partir de la procura, además, de la capacidad para ocupar los cargos públicos (artículos 43, 44 y 45, LSC).

Lo anterior tiene como fundamento elementos de base que la LSC prevé, como la distinción de los cargos de confianza, la clasificación de los puestos de trabajo, los requerimientos técnicos y la idea de participación popular en la designación de los principales cargos públicos mediante el sufragio universal; concepciones sobre las que se va articulando el sistema íntegro (artículos 38, 43, 45, 48, 66, 92, 103, LSC y 104 CR, de 1901).

También se reconoce la inamovilidad,³⁸⁶ como manifestación específica del principio de igualdad, como garantía de estabilidad en el puesto de trabajo, para la libertad política reconocida en la propia

³⁸⁴ Igualmente se prevé el ingreso libre o exento de examen u oposición (artículo 23 de la Ley).

³⁸⁵ Habilita el contencioso administrativo, al preceptuar que la decisión de la Comisión declarando que alguna persona ha sido nombrada o que ha continuado en algún puesto del Servicio Civil faltando a las disposiciones de esta Ley, causará estado y contra ella solo cabe recurso contencioso administrativo. (En relación con el artículo X de la Ley Santamaría Paredes). Asimismo, hay una vía de concreción de ese régimen jurídico especial en la regulación de la responsabilidad disciplinaria (artículos 61-70, LSC) y de los elementos principales del régimen laboral de los funcionarios y empleados públicos (artículo 53 –horas de trabajo–; artículo 55 –diversas clases de licencia–; artículo 57 –retiro y cesantías–; artículo 19 –sueldo, según la clase a la que pertenecen–, por ejemplo).

³⁸⁶ Las disposiciones transitorias de la LSC, hicieron extensivo, de inicio, el beneficio de inamovilidad a los funcionarios y empleados nombrados antes del 20 de mayo de 1902 (en la época de la Colonia y en la intervención norteamericana).

LSC (artículo 48) y para la imparcialidad, aunque esta última tiene una manifestación deficiente (artículo 64 del Reglamento de la LSC) al no ser expreso su reconocimiento.

Sin embargo, el precepto citado se encuentra formulado en función de reconocer la libertad de los funcionarios y empleados para intervenir en la vida política nacional, ejercitando sus derechos ciudadanos y cumplir con sus deberes cívicos, y establece como limitación a este ejercicio de derechos la de no prevalecerse del cargo que desempeñan para realizar acto alguno que favorezca o perjudique a ningún partido o candidato. Ello, al menos, resulta un llamado a la neutralidad política –que es una de las manifestaciones del principio aludido– a partir de un requerimiento más propio de un fundamento ético, el mismo que ha de sustentar la idea de imparcialidad.

En materia de control, este opera en el ámbito administrativo y judicial. Como máximo órgano competente, en el primer caso, se tiene a la Comisión de Servicio Civil (artículo 8, inciso 6, LSC) y en cuanto a la esfera judicial, la competencia era de los tribunales ordinarios en materia de nombramientos (contencioso administrativo, artículo 10, LSC); contra los resultados de una elección, los recursos se conocían por la Audiencia respectiva o ante el Juez de primera instancia del Partido Judicial, y contra las resoluciones de esta, correspondía recurso de apelación ante el Tribunal Supremo, en el primer caso, y ante la Audiencia en el segundo caso.³⁸⁷

Por su parte, se establecen en la LSC prerrogativas concretas de ejercicio unilateral por parte de la Administración Pública –en correspondencia con la especialidad del régimen legal–, como las propias potestades disciplinarias (artículos 61 al 67), el sistema de acceso (artículos, 22, 25, 26, 34, entre otros), ascensos (artículos 44 y 45), remociones (artículos 58, 59), traslados (artículos 18, 46), entre otros aspectos.

El panorama descrito comenzará a variar, al menos en lo formal, a partir de la cuarta década del siglo XX. Básicamente, como es conocido, la Ley Fundamental de 1940³⁸⁸ estuvo impregnada por las ideas progresistas emergidas de la lucha revolucionaria de los años treinta. En cuanto al diseño estatal que establecía, continuaba siendo de tipo democrático-burgués, en sintonía con las concepciones de la época, con el reconocimiento de un catálogo de derechos más amplio que su predecesora y una manera de concebir al Estado que trascendía el enfoque orgánico y visualizaba un cambio en la forma de entender la relación con la sociedad.³⁸⁹

³⁸⁷ Código Electoral, modificado por el Decreto Ley de 2 de julio de 1935, artículos 217-219.

³⁸⁸ Constitución de la República de Cuba de 1940, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba de 8 de julio de 1940.

³⁸⁹ Véase FERRARA, Orestes, *Las ideas jurídico-sociales en las constituciones cubanas*, Conferencia pronunciada en el ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 29 de enero de 1945, Talleres Gráficos Marsisga, Madrid, 1945, pp. 26-43; ÁLVAREZ TABÍO, Fernando, *Evolución Constitucional de Cuba (1928-1940)*, Conferencia leída en el ciclo organizado por

Sin dudas, debe resaltarse, a efectos de esta investigación, que uno de los grandes méritos de la Constitución de 1940 es el relativo a la función pública, y versa en torno a dos cuestiones principales. La primera es su constitucionalización (Título VII, “Del Sufragio y de los Oficios Públicos”, Sección Segunda, “Oficios Públicos”) y, la segunda, el mandato expreso para una ley de desarrollo que debía implementar la carrera administrativa (Disposición transitoria primera, de la Sección Segunda, al Título VII).³⁹⁰

En tal sentido, es destacable el hecho de que uno de los aspectos más controversiales –del único que se refleja algún debate en los Diarios de Sesiones de la Convención Constituyente de 1940– lo fue la creación del Tribunal de Oficios Públicos, suprimido del proyecto por la Comisión Coordinadora y que fue finalmente reincorporado y aprobado. La polémica radicó básicamente en la suplantación de la Comisión de Servicio Civil por el nuevo órgano de control en materia de función pública, generándose opiniones divididas –manifestadas, incluso, en posteriores proyectos de Ley– sobre la coexistencia o no de ambos entes. Tanto en los debates constituyentes, como la opinión mayoritaria –casi unánime– reflejada en las diversas propuestas legislativas sobre la carrera administrativa, conducían a la supresión de la Comisión de Servicio Civil, considerando su permanencia perjudicial y contraria al texto constitucional. No obstante, el mandato constitucional de implementar la carrera administrativa y el Tribunal de Oficios Públicos nunca fue ejecutado durante el tiempo de vigencia de la Constitución de 1940 y, por lo tanto, la Comisión de Servicio Civil continuó activa hasta la supresión de la LSC, a raíz de las nuevas proyecciones en el proceso de consolidación del Estado socialista, después del triunfo revolucionario de 1959.³⁹¹

Lo anterior constituye una muestra de la relevancia que tomaba el asunto de la ordenación de la función pública cubana, que ahora renacía jurídicamente con rango constitucional; y denotaba, además, un cambio en el uso del lenguaje,³⁹² que evidenciaba ya los distanciamientos pretendidos

el Colegio Nacional de Abogados, Talleres Gráficos O'Reilly, La Habana, 1953, pp. 20 y 21; ÁLVAREZ TABÍO, Fernando, *El constitucionalismo en Cuba*, Dirección de Publicaciones Universidad de La Habana, Unidad de impresión ligera, La Habana, s/a, pp. 6-12; HERNÁNDEZ CORUJO, Enrique, *Historia Constitucional de Cuba*, tomo II, Compañía Editora de Libros y Folletos O'Reilly, La Habana, 1960, p. 209 y ss.; BERNAL, BEATRÍZ, Cuba y sus Leyes, Estudios Históricos-jurídicos, serie de estudios jurídicos núm. 27, UNAM, México, 2002, p. 81 y ss. y 99 y ss.

³⁹⁰ Establece lo siguiente: Dentro de las tres legislaturas que siguen inmediatamente a la promulgación de esta Constitución, se aprobarán y pondrán en vigor las leyes necesarias para la implementación de la carrera administrativa, ajustándolas a las normas contenidas en los artículos correspondientes de la Sección de Oficios Públicos y en estas Disposiciones Transitorias, y a las demás que se estimen convenientes, siempre que no modifiquen, restrinjan o adulteren las establecidas en la Constitución.

³⁹¹ Véase Diario de Sesiones de la Convención Constituyente, vol. II, Núm. 74, Sesión extraordinaria de 6 de junio, La Habana, 1940, p. 2 y ss.

³⁹² Es notable también como en el lenguaje que se utilizará en los debates científicos que a partir de este momento comienzan a suscitarse en torno a la implementación de la carrera administrativa, ya aparece arraigada la expresión función pública asociada a la ordenación de los medios personales al servicio de la administración del Estado. Véase, por ejemplo,

respecto del modelo norteamericano. En tal sentido, si bien los fundamentos teóricos de base permanecen inalterables –y ya se ha dicho que denotaban una tendencia marcada a la estructura cerrada–, ahora, disponiendo explícitamente la articulación de la carrera administrativa, se aprecia una idea precisa y directamente enfocada a la configuración de un sistema de carrera que anuncia una perspectiva más apegada a las concepciones del modelo de influencia francesa.

Ello se debe a que en virtud del referido mandato, sería insuficiente la configuración del modelo de función pública con la noción del *Merit System* norteamericano, pues la implementación de la carrera administrativa requeriría ineludiblemente una ordenación más específica y articulada de los modos de acceso y ascenso, fundamentalmente; así como la imbricación de los principios que informan al modelo de estructura cerrada.³⁹³ Desafortunadamente, es todo cuanto puede significarse del texto constitucional de 1940 en materia de función pública –opiniones que no pueden más que quedarse en el plano de lo formal–, pues lo concebido en su texto no tuvo siquiera una operatividad práctica mínima.

Las circunstancias políticas, económicas y sociales que circundaron la etapa comprendida entre 1940 y 1958, como es conocido, no resultaron favorables para la eficacia jurídica de la Constitución de 1940 pues muchos de sus postulados no llegaron a realizarse. El modelo de función pública que promulgaba permaneció inerte en la letra constitucional, sin que pudiera cobrar vida en la práctica. El diseño de la función pública cubana siguió siendo un ideal normativo que poco tenía que ver con su articulación, donde seguía rigiendo en su funcionamiento un sistema de despojo, al estilo del antiguo *spoils system* norteamericano.

De tal modo, la implementación de la carrera administrativa se vio completamente frustrada. El ámbito legislativo, en este periodo, no ofrece relevancia en materia de función pública, salvo alguna disposición que regulaba algún aspecto puntual como la Ley de Fondos de Jubilación y Pensiones del Estado, Provincia y Municipio, de 22 de mayo de 1951 –que derogó la Ley de Jubilaciones y Pensiones de funcionarios públicos y empleados públicos de 25 de junio de 1919–. Por su parte, en el plano constitucional, la entrada en vigor de los Estatutos Constitucionales de 1952, durante la tiranía de Fulgencio Batista, no modificaron los textos legislativos relativos a la función pública en Cuba.³⁹⁴

AA. VV., *Conferencia y Debates sobre la Carrera Administrativa*, Colegio Nacional de Doctores en Ciencias Sociales y Derecho Público, Ed. LEX, La Habana, Cuba, 1949, obra completa, pero, en especial, el Estudio comparativo de los diversos proyectos de Ley de Carrera Administrativa, realizado por el Dr Jorge Luis MARTÍ, p. 72 y ss., donde usa con mucha precisión y reiteradamente el sintagma función pública en el sentido expuesto. Hace además una defensa del carácter técnico del Derecho Administrativo, en general y de la función pública, en particular.

³⁹³ Véase lo analizado en en I.4.1, A).

³⁹⁴ Para una idea de los debates suscitados en torno a la implementación de la carrera administrativa y detalles acerca de las cuestiones que los determinaron, véase LÓPEZ ROVIRA, Guillermo, *Homenaje a la futura ley de la carrera*

Con posterioridad a la Constitución de 1940, y con el propósito de dar cumplimiento a lo que esta disponía, se elaboraron varios proyectos de ley para la implementación de la carrera administrativa³⁹⁵ que, con excepción del primero, el cual fue aprobado por la Cámara de Representantes –aunque no llegó a promulgarse–, ninguno consiguió aprobación alguna del Congreso.³⁹⁶

Del estudio de estos proyectos se colige, en sentido general –aunque presentados con determinados matices, estructura y técnica diferente–, la idea de un diseño de carrera administrativa que parte de premisas, las cuales, de una forma u otra, son defendidas en todos ellos: a) mantener la distinción entre funcionario y empleado público; b) continuar destacando la importancia de la clasificación de los cargos públicos –tomando como válida la contenida en la LSC, aunque con base en la crítica de omitir la referencia a los haberes que se devengan, por no ser un asunto propio de un cuerpo normativo de esta índole–; c) la existencia de puestos políticos y de confianza exentos de requerimientos previos para el acceso a la función pública; d) la persistencia de la figura de la *lista de elegibles* –que cumplen un rol de reservorio para la ocupación de cargos públicos (artículo 31, LSC)–; e) preferencia del concurso y la oposición como métodos de acceso a los cargos administrativos; f) el reconocimiento de la inamovilidad como principio básico de la carrera administrativa –haciendo énfasis en la

administrativa, Imp. Belascoain, La Habana, 1942, obra completa; HERNÁNDEZ CARTAYA, Enrique, Discurso “La Carrera Administrativa”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Habana*, Año VI, Volumen. VI, No. 39, Colegio de Abogados de La Habana, La Habana, Septiembre, 1943, pp. 9-43; MARTÍNEZ, José Agustín, Discurso “La Carrera Administrativa”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Habana*, Año VI, Volumen. VI, No. 39, septiembre, 1943, p. 44 y ss.; FERNÁNDEZ SUPERVILLE, Manuel, ob. cit., p.37 y ss.; DE CASTRO-PALOMINO MOLINS, Rafael, ob. cit.; SEHWERT, Arnaldo, “Breves ideas en torno a la implantación de la Carrera Administrativa”, en *Revista Cubana de Derecho*, Año XXXI (Nueva Serie), No. I, enero-marzo, La Habana, 1959, p. 110 y ss.; AA. VV., *Conferencia y Debates sobre la Carrera Administrativa*, Ed. LEX, La Habana, Cuba, 1949, pp.71-117.

³⁹⁵ En tal sentido, pueden mencionarse: el Proyecto de Ley Orgánica de los Oficios Públicos (1940); el presentado por la Comisión Jurídica de la Asociación Nacional de Empleados Públicos de Cuba (1941); el Dictamen de la Comisión de Derecho Público y Constitucional del Senado (1943): Proyecto de Ley de los Oficios Públicos; el presentado por el Dr. Antonio Martínez Fraga al Senado de la República, bajo el rubro de Proposición Estableciendo la Carrera Administrativa y el Tribunal de Oficios Públicos (1948); el presentado por el Dr. Félix del Prado, emergido desde el propio seno de la Comisión de Servicio Civil (1949), denominado Proyecto de Ley Orgánica de la Carrera Administrativa; la proposición elevada al Senado por el Dr. Rogelio Regalado (1949); el elaborado por la Comisión Jurídica del Comité Nacional Pro-Carrera Administrativa (1950) y el Anteproyecto de la Ley de Carrera Administrativa y del Tribunal de Oficios Públicos (1951). Sobre estos proyectos, su contenido y algunas valoraciones puede verse: Martí, Jorge Luis, “Estudio comparativo de los diversos proyectos de Ley de Carrera Administrativa”, en AA. VV., *Conferencias y Debates sobre la Carrera Administrativa...*, ob. cit., p. 72 y ss.; LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio, “Anteproyecto de la Ley de la Carrera Administrativa y del Tribunal de Oficios Públicos”, en *Revista Cubana de Derecho Público*, Volumen. I, No. 1, enero-marzo, La Habana, 1951; CARMONA Y ROMAY, Adriano G., *La carrera administrativa...*, ob. cit., obra completa.

³⁹⁶ En 1944 fue promulgado el Decreto 2063 de 5 de julio, que contenía un reglamento para la carrera administrativa, tomando como base la LSC. Dicho decreto contiene, entre otros fundamentos, el que el proyecto que le sirvió de base fue informado favorablemente por respetables entidades del país, lo que fue ratificado por el Ministerio de Justicia en el prólogo del folleto que lo contiene. Sin embargo, fue denunciado este hecho como incierto por el Colegio de Abogados de La Habana, La Facultad de Ciencias Sociales y de Derecho Público de la Universidad de La Habana, el Colegio Nacional de Graduados Universitarios en Administración Pública –que a raíz de la publicación dio a conocer en un manifiesto su opinión contraria–. Véase CARMONA Y ROMAY, Adriano G., *La carrera administrativa...*, ob. cit., obra completa., p. 9.

regulación exhaustiva de sus excepciones o vías de afectación, como las cesantías (artículo 48, LSC), el traslado (artículo 46 de la LSC), la supresión o refundición de plazas (artículo 51.1, LSC)–; g) la consideración general de que dentro de la triada *funcionario, empleado, obrero* (servidores públicos) se encuentra comprendido todo el ámbito funcional del Estado.

Respecto de los derechos, los deberes, la responsabilidad y el cese en la función pública de los funcionarios, son insustanciales las novedades que presentan los proyectos –detalles más, detalles menos– respecto de la LSC, por lo que no ofrece valor alguno el análisis de este asunto, a los efectos de este estudio.

Por su parte, otro aspecto que caracteriza esta etapa es la permanencia de la LSC, con un diseño de función pública que no se aviene a los postulados de la nueva Constitución de 1940; fundamentalmente si se toma en consideración que sigue operando un modelo que ya no tenía amparo constitucional. En tal caso, por ejemplo, se encuentra la propia Comisión de Servicio Civil, como máximo órgano rector en lo Administrativo. Asimismo, puede aludirse la propia denominación y objeto de la LSC, pues se sustituía la noción de Servicio Civil por la de Oficios Públicos; y al incorporar la idea de carrera administrativa, lo previsible era una recolocación teórico-normativa en cuanto a las distinciones del personal. En tal sentido, el criterio de diferenciación seguido por la LSC –servicio clasificado y no clasificado– debía suplantarse por la pertenencia o no la carrera administrativa, de acuerdo con lo cual, era preciso articular todo el sistema.

Sin embargo, en la práctica, estas cuestiones no suscitaron debate alguno, pues tanto la LSC como el modelo previsto por ella siguieron operando de la misma manera y la Comisión de Servicio Civil continuó funcionando con todas sus prerrogativas, sin que en lo administrativo o judicial existiera pronunciamiento alguno sobre esta situación –al menos que se conozca de la documentación disponible–.

III.1.2. Etapa revolucionaria (desde 1959 hasta 2019)

Esta gran etapa está determinada en su interior por precisos momentos históricos, donde se localizan los ejes y quiebres políticos, jurídicos y económicos que fueron trazando el *iter* de la Revolución cubana. En este sentido, un breve periodo se localiza en la etapa de la provisionalidad, que discurre entre el primero de enero de 1959 y abril de 1961, cuando es enrumbado el curso del Estado revolucionario hacia el proyecto socialista. La fase posterior viene signada por la consolidación de

aquel, con un punto de concreción fundamental en la promulgación de la Constitución cubana de 1976,³⁹⁷ vigente hasta abril de 2019, con sus respectivas modificaciones (1978, 1992 y 2002).

En cuanto a la función pública y la evolución que tiene su modelo en esta dinámica histórica, no es necesario ni prudente realizar una subdivisión exacta de aquellos momentos. En primer orden, porque desde el punto de vista jurídico –y en cierto sentido práctico–, no es de las instituciones que sufre cambios de relevancia. Su ciclo de vida a partir del triunfo revolucionario de 1959 se resume en un periodo impasible –de prácticamente nula virtualidad–, que va manifestando su paulatina disgregación hasta 1976.

De tal modo, sin perder de vista el hilo conductor y los matices que pudieran determinar posibles subetapas, el análisis es más factible metodológicamente de forma más lineal, colocando el énfasis en el tracto que transcurre de 1976 hasta el 10 de abril de 2019, por ser el periodo donde se presencian los cambios relevantes en el sistema de función pública cubano revolucionario.

En este estendido, debe tomarse como planteamiento inicial que con las transformaciones políticas, económicas y sociales que vinieron aparejadas con el triunfo revolucionario de 1959, la función pública fue una de las tantas instituciones del Derecho Administrativo que se vio afectada por el cambio histórico. Al punto que, específicamente, lo relativo a la implementación de la carrera administrativa –pendiente desde la promulgación de la Constitución de 1940– ha constituido hasta los días corrientes una gran deuda histórica. Si alguna explicación hubiera de darse, podría encontrarse algún fundamento en la propia imagen desacreditada y desnaturalizada que la visualidad práctica del Servicio Civil cubano había tenido desde su creación en 1909, asociándosele con esquemas burgueses y con la conformación de una burocracia parasitaria y corrupta.³⁹⁸

Por otra parte, la nueva proyección del actuar administrativo que se implementaba, tenía sustento en cánones diferentes a los tradicionalmente imperantes en cuanto a la satisfacción de las necesidades colectivas y, específicamente, respecto del modo de organizar el poder público y sus vínculos con la

³⁹⁷ Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Especial de 24 de febrero de 1976.

³⁹⁸ Como obras de referencia que ilustran, desde una perspectiva histórica, el fenómeno de la corrupción administrativa en Cuba, durante la etapa republicana, pueden consultarse, entre otras, LE RIVEREND, Julio, *La República*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1973; LE RIVEREND, Julio, *Historia económica de Cuba*, Ed. Pueblo y Educación, 4ª edición, La Habana, 1974; RODRÍGUEZ, Rolando, *República angelical*, Ed. Letras cubanas, La Habana, 1988; Instituto de Historia de Cuba, *La República neocolonial: formación y crisis 1899 a 1940*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2004; FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2005; RODRÍGUEZ, Rolando, *República de corcho*, 2 tomos, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2010; RODRÍGUEZ, Rolando, *República de rigurosamente vigilada*, 2 tomos, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2011; RODRÍGUEZ, Rolando, *Rebelión en la República*, 3 tomos, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2012; LÓPEZ CIVEIRA, Francisca, MENCIA, Mario y ÁLVAREZ TABÍO, Pedro, *Historia de Cuba: Estado nacional, dependencia y Revolución*. Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 2013; LÓPEZ CIVEIRA, Francisca, *Siglo XX cubano. Apuntes en el camino 1899-1959*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2017.

sociedad. Ello no tardaría en canalizarse sobre las influencias políticas, económicas y jurídicas soviéticas, fundamentalmente a partir de 1961, luego de la declaración del carácter socialista de la Revolución cubana –asunto al que se hará alusión más adelante–.

Durante la primera etapa del gobierno revolucionario, permaneció el reconocimiento legal y práctico del régimen jurídico de los oficios públicos. La Ley Fundamental de la República de 7 de febrero de 1959,³⁹⁹ basada en la Constitución de 1940, mantuvo la referencia expresa y, por tanto, el rango constitucional de la función pública, sin que en esta materia se realizase modificación alguna. Incluso, como dato significativo, sostiene en la primera de las Disposiciones Transitorias de la Sección Segunda del Título VII, el mandato expreso para la implementación de la carrera administrativa.

Lo anterior permite afirmar, en principio, la voluntad política de seguir la línea teórica constitucional y legislativa determinada por el Mago Texto de 1940 y por la LSC, aún vigente en ese momento. Realizando una evaluación en retrospectiva, posicionándose desde la actualidad, esta proyección inicial de sostenimiento en lo formal y práctico de líneas de continuidad jurídica alcanzó, de modo general, a otras tantas instituciones iusadministrativas. Ello se debe a que, a la larga, como opina MATILLA CORREA: “no constituía más que un paso previo necesario que le propiciaría [al Gobierno Revolucionario], en ese momento, como medida de carácter político, ganar en tiempo, en solidez y marchar poco a poco –sin grandes traumatismos que atentaran contra su realización–, hacia la construcción de las bases que le permitirían enfrascarse de lleno, y sin distracciones, en el cumplimiento de los objetivos que, perspectivamente y a más largo plazo, se trazaba como nuevo proyecto político-social”.⁴⁰⁰

Esta idea se refuerza por la promulgación de la Ley No. 203 de 6 de abril de 1959 (*Gaceta Oficial Ordinaria* no.53 de 6 de abril de igual año), primera y única ley revolucionaria referida a la función pública. Esta disposición normativa no pretendió en modo alguno ordenar la carrera administrativa, más bien tuvo un matiz de provisionalidad a fin de impedir la remoción o separación de los empleados y funcionarios públicos “sin la debida e ineludible justificación, hasta tanto se realizaran los estudios correspondientes para la implementación de la carrera administrativa”, considerando que una práctica en contrario “atentaba contra los principios de la Revolución.” Así lo consignaba expresamente su último *Por cuanto*.

³⁹⁹ Véase D’ESTEFANO PISANI, Miguel A., *Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959, anotada y concordada con la Constitución de 1940. Sus leyes complementarias y jurisprudencia fundamental*, Jesús Montero Editor, La Habana, 1959, pp. 23-26.

⁴⁰⁰ Véase Matilla Correa, Andry, *Introducción al régimen jurídico de las concesiones administrativas en Cuba*, CEAP, Universidad de la Habana, 2009, p. 28.

Lo relevante de esta Ley no es su contenido, dedicado específicamente –sin derogar la LCS– a las cesantías de los funcionarios y empleados públicos, sino su propia fundamentación. Esta daba luces aparentes de la intención de solucionar los males de la práctica sin renunciar a la especialidad del régimen legal de la función pública ni a los principios de la carrera administrativa, con énfasis en la estabilidad, como mecanismos encaminados a la eficacia del funcionamiento administrativo. En su primer *Por cuanto* se denunciaba que la Administración pública en Cuba ha estado presidida siempre por la práctica viciosa y tradicional del viejo sistema en que se tenía más en cuenta el interés personal o político de los gobernantes que los altos fines que el Estado debe desarrollar.

Igualmente, se argumenta en el segundo *Por cuanto* que es notorio y evidente que los cambios de gobierno en la República traían aparejada la remoción masiva y arbitraria de los funcionarios y empleados al servicio del Estado, sin tener en cuenta en forma alguna la capacitación técnica y experiencia de los servidores públicos. En su tercer *Por cuanto* refiere: “asimismo, era práctica tradicional que la designación de los funcionarios y empleados públicos se determinara primordialmente por razones de nepotismo, amiguismo y favoritismo, sin atender en lo absoluto a la tecnificación y eficiencia para el mejor servicio administrativo”. Es propósito del Gobierno Revolucionario, dice el cuarto *Por cuanto*, “el abordar y resolver a fondo todas las cuestiones esenciales del Estado, entre las que se encuentra la instauración de la carrera administrativa para terminar con la burocratización y arbitrariedad en el servicio administrativo”.

Como colofón de la proyección anterior han de recordarse las palabras de Fidel Castro el 9 de abril de 1959: “Nosotros queremos que cuando las elecciones vengan haya una verdadera carrera administrativa y no se pueda hacer politiquería con los cargos del Estado”.⁴⁰¹

En el contexto político de la etapa en análisis, que inicia el primero de enero de 1959, el Estado revolucionario se avoca a consolidarse ideológicamente, a variar la base económica de la sociedad cubana y a procurar los medios de subsistencia, fundamentalmente económicos, para llevar a cabo sus pretensiones de eliminar los males del pasado y erigir un Estado democrático-popular y luego socialista. Ello, entre otras consecuencias, determinó encaminarse a un modelo político y administrativo de mayor estatización y centralización, que impactaría la organización estatal en toda su integridad. El horizonte descrito, explica, en principio, que la organización de la función pública y de la carrera administrativa no era –ni podía ser– una prioridad en medio de una situación tan convulsa

⁴⁰¹ Cfr. Castro Ruz, Fidel, *Discurso pronunciado en su condición de Primer Ministro del Gobierno Revolucionario, con motivo de conmemorarse el primer aniversario de la huelga del 9 de abril*, Alameda de Paula, 9 de abril de 1959, versión taquigráfica de las oficinas del Primer Ministro, p. 9, disponible en <https://www.cuba.cu/gobierno/discursos>, consultado el 4 de septiembre de 2019.

y ante tantas otras demandas sociales con mayores urgencias. El tema quedó relegado y los debates, naturalmente, fueron mermando.⁴⁰²

Esta realidad, sumada a los cambios radicales que se sucedieron después de 1961, hacía perceptible ya el futuro más inmediato del sistema de función pública y la carrera administrativa en el contexto patrio, que no era otro que su deshecho de la realidad política y jurídica, como parte del ámbito iusadministrativo cubano. Si bien durante los primeros años de la década de 1960, la función pública en Cuba, en el orden normativo, se sustentaba –en buena parte– sobre las bases perfiladas desde inicios del siglo XX, su realidad comenzó a cambiar en la práctica, paulatinamente, a partir de este momento. En el proceso de organización del nuevo Estado socialista, el gobierno revolucionario optó, como vía de extirpación de los vicios del sistema anterior, por apartarse del propio modelo de organización de la función pública.

Consecuentemente, el diseño preexistente se etiquetó ideológicamente impropio –como otras instituciones administrativas–. En tanto, debía ser transformado y despojado de cualquier atisbo burgués que se asociara a la idea de los grandes botines de cargos públicos a repartir entre la empoderada clase burocrática en absoluto descrédito. Así, la LCS es prácticamente inaplicada y para el ingreso a la Administración Pública se creaban comisiones especiales, encargadas de evaluar el mérito y condiciones éticas que tenía la persona para ocupar un cargo en específico.⁴⁰³ En algunos casos los titulares de cargos públicos eran designados especialmente, sin más trámite, al amparo de la idea que el pueblo trabajador tuviese protagonismo en la vida estatal.

De esta manera, incluso, la preparación profesional para desempeñar funciones públicas dejó de ser un elemento relevante. El propósito concreto era despojar de privilegios a la clase burocrática del país, con el presupuesto de que el funcionario público en Cuba no tuviese dispensas por formar parte de la Administración del Estado, sino una obligación de servicio con el pueblo, siendo considerado un trabajador como otro cualquiera.⁴⁰⁴

⁴⁰² El ocaso de los debates referidos a la implementación de la carrera administrativa y de cumplimiento del mandato constitucional que replicaba la Ley Fundamental de 1959, pueden identificarse en los trabajos de SEHWERT, Arnaldo Y DORTICÓS, Osvaldo, *Carrera Administrativa: Una contribución de la Universidad del Aire del Circuito CMQ*, La Habana, febrero 1959, obra completa y CARMONA Y ROMAY, Adriano G., *La carrera administrativa...*, ob. cit., obra completa.

⁴⁰³ La Resolución no.5798 de 1962 del Ministerio de Trabajo, crea las Comisiones de Evaluación, las cuales determinaban qué trabajador debía obtener el ascenso o la promoción, sistema que se implementó en todos los niveles y categorías, tanto en los órganos de la Administración Pública como para otras entidades públicas o privadas del país.

⁴⁰⁴ Si bien alguna normativa revolucionaria pudo mantener algún privilegio para los funcionarios y empleados públicos, constituyó excepción. Un ejemplo, lo fue la Ley No. 896 de 20 de diciembre de 1960, publicada en la *Gaceta Oficial* Extraordinaria de no.26 de ese propio día, que concedía el plus de navidad a los funcionarios, empleados, obreros, jubilados y personal de la Administración pública. Sin embargo, no hay dudas del sentido laboralizador si se toman en cuenta otras disposiciones, tendentes, entre ellas: Las Leyes no.767 y 781 ambas de 25 de abril de 1960, publicadas en la *Gaceta Oficial* Ordinaria no.60 de 27 de abril de igual año (la primera establecía el sistema de contribuciones de los funcionarios y empleados públicos a los planes de desarrollo industrial, fijado en el cuatro por ciento y la segunda

Es menester adicionar que para esta fecha ya era perceptible la influencia del socialismo soviético que, naturalmente, va trascendiendo al ámbito jurídico –teórico y práctico–, acudiéndose en la construcción social cubana a los referentes del desaparecido bloque socialista, encabezado por la URSS. El Derecho Administrativo no escapó a esta realidad, lo que comienza a evidenciarse desde este momento con la recepción de aquellas ideas que, en el caso específico de la función pública, tiene como vía de expresión el inicio del proceso de transferencia de sus contenidos al Derecho Laboral. Este aspecto es quizás el que devela mayor relevancia en este lapso histórico, que se traduce en el asentamiento de las bases del fenómeno de absorción por el Derecho Laboral de la ordenación del régimen jurídico funcional⁴⁰⁵

En correspondencia con lo dicho precedentemente, al finalizar el periodo de la provisionalidad política institucional –por las propias particularidades aludidas– no es posible identificar propiamente un modelo de función pública ni un ordenamiento jurídico que regule sus aspectos fundamentales. El régimen estatutario que proveía la LSC y la Ley Fundamental de 1959 (este último, inspirado en la Constitución de 1940) había sido desarticulado en la práctica. Asimismo, el acceso a los cargos públicos, en sentido general, va ocurriendo más bien sobre parámetros discrecionales. En el socialismo, decía GARCINI GUERRA, “la Administración requiere de un alto grado de confianza en sus agentes, por lo que el nombramiento de los dirigentes, por tratarse de un personal de confianza, tiene carácter discrecional, esto es, el órgano competente para designar no tiene que sujetarse a requisitos

modificaba el régimen de jubilaciones y pensiones de los funcionarios y empleados del Ministerio de las Comunicaciones); la Ley de 29 de junio de 1960, publicada en la Gaceta Oficial Ordinaria de 30 de junio de ese mismo año, modificó el artículo 116 de la Ley Fundamental de 1959 (sometió a la jurisdicción ordinaria los asuntos derivados del servicio público, que hasta el momento eran competencia del Tribunal de Oficios Públicos –en la práctica de la Comisión de Servicio Civil y de la jurisdicción contencioso-administrativa–); La Reforma Constitucional de 27 de septiembre de 1960 (modifica el artículo 107 de la Ley Fundamental de 1959, respecto a la nomenclatura de cargos que serían considerados de confianza o políticos); la Ley No.1023 de 27 de abril de 1962, publicada en la Gaceta Oficial Ordinaria No.86, de 4 de marzo de 1962 (reguló el descanso retribuido de los funcionarios, empleados y obreros de la Administración Pública que luego, en la Ley No. 1120 de 19 de julio de 1963, se regulaba para todos los trabajadores, sin distinción del sector en el cual laboraban o realizaban sus funciones); la Ley No. 1100 de 27 de marzo de 1963, “Ley de Seguridad Social” (con alcance a todos los trabajadores, sin distinción); la Ley 1077 de 4 de diciembre de 1962, publicada en la Gaceta Oficial Ordinaria No. 237, de 4 de diciembre de igual año (trataba el tema de los retiros, jubilaciones, seguros sociales, prestaciones, pagos en efectivo, igualmente sin distinciones, bajo las competencias del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social); la Resolución No. 5798 de 1962, del Ministerio de Trabajo (crea las Comisiones de Evaluación, encargadas de determinar los trabajadores que debían obtener el ascenso o la promoción, sistema que se implementó en todos los niveles y categorías, tanto en los órganos de la Administración Pública como para otras entidades públicas o privadas del país); la Ley No. 1166 de 23 de septiembre de 1964, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No.2 de 29 de septiembre de 1964, “Ley de justicia laboral, administración, procedimiento contravencional en relación con los derechos y obligaciones emanadas de la legislación laboral y violaciones de la disciplina laboral del trabajo” (igualmente tenía como destinatarios a todos los trabajadores, sin distinciones).

⁴⁰⁵ Véase GUILLEN LANDRIÁN, Francisco: “El Derecho Laboral Socialista” en Colectivo de Autores, *Derecho Laboral*, Parte General, Ed. ENSPES, Universidad de la Habana, Facultad de Derecho, 1985, p.17; REYES SALIÁ, Miguel, *Derecho Laboral*, Ed. André Voisin, Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, La Habana, 1987, p. 43; SANTIAGO ESPINOSA, Elia, “Derecho Laboral”, en Colectivo de Autores, *Derecho Laboral, Parte General*, ob. cit., pp. 44 y 45.

especiales, sino que pueden nombrar a aquel que a su juicio reúne las condiciones necesarias de capacidad para el desempeño del oficio o cargo.”⁴⁰⁶

En este entendido, aún vigente la LSC, reconocido el carácter cerrado del modelo de función pública, mandatada su implementación en la Ley Fundamental de 1959 y no disuelta formalmente la Comisión de Servicio Civil, es claro que el funcionamiento del sistema de función pública al iniciar la década de 1970 continuaba padeciendo un vicio de juridicidad, ahora en niveles más notables por el tiempo transcurrido sin implementarse lo dispuesto constitucionalmente. Esta realidad, hasta cierto punto justificada –como se explicó antes–, cambiaría con la promulgación de la Constitución cubana de 1976, momento cumbre que pondría fin a la provisionalidad revolucionaria y cerraría un primer ciclo del proceso de institucionalización del país –con un grado de madurez y solidez superior, alcanzado por el gobierno revolucionario–.

Con la Constitución socialista se verificó la extinción jurídica del modelo de organización de la función pública patria –al menos en su concepción como institución iusadministrativa–. La proyección de un sistema de oficios públicos, función pública o empleo público, no tuvo un reconocimiento constitucional y, por lo tanto, no fueron establecidos los principios y las características esenciales de su ordenación, como espacio particular y propio del Derecho Administrativo.

De tal modo, se certifica el desmonte del diseño que se había previsto constitucionalmente en 1940 y mantenido en 1959. Significó además la culminación del proceso de traslado de los contenidos de la organización y funcionamiento de los medios personales al servicio de la Administración Pública al ámbito del Derecho Laboral. Al perder su vigencia la LSC se hacen ausentes del ordenamiento jurídico cubano, desde el punto de vista gnoseológico, los principales elementos configuradores de un sistema de función pública que permitiera la articulación práctica del modelo pretendido, sea cual fuese. Así, no se cuenta tampoco con una noción de funcionario público de alcances precisos y útiles jurídicamente y comienzan a introducirse alocuciones diversas en el contexto burocrático para referirse al fenómeno funcional (*dirigentes, funcionarios, empleados, agentes del Estado*).⁴⁰⁷

Por otra parte, no se hace pronunciamiento alguno sobre el tema de la estabilidad en el empleo o inamovilidad como garantía funcional ni se establecen las bases para los procedimientos y mecanismos de acceso. En el artículo 43 constitucional se reconoce el principio general de la

⁴⁰⁶ Cfr. GARCINI GUERRA, Héctor, *Manual...*, ob. cit., pp. 137 y 138.

⁴⁰⁷ En este sentido, el texto constitucional de 1976, introduce las categorías *dirigentes* (artículo 10), *funcionarios* (artículo 10, 26, 68, inciso b, 98, inciso o, y 100, inciso o), *empleados* (artículo 10) y *agentes del Estado* (artículo 26). Sin entrar ahora en las prospecciones de estos vocablos que luego se analizarán, debe decirse que sugiere, *a priori*, una distinción cuyos criterios diferenciadores no son claros.

igualdad, con expresa referencia a su manifestación en materia de acceso a los cargos públicos,⁴⁰⁸ sin dudas, un gran acierto del constituyente.

Resulta extremadamente complejo caracterizar al modelo de función pública que deviene del periodo constitucional de 1976, pues, técnicamente, es incluso cuestionable si se trata de un verdadero modelo. Lo cierto es que, como resultado final, terminaría estableciéndose una regulación *sui generis* que quedaría en un *status* intermedio entre el Derecho Administrativo y el Laboral, sin lograr una adecuada y eficaz migración de los contenidos hacia esta última rama jurídica y con un tratamiento legal precario y deficiente en el ámbito administrativo.

La evolución posterior así lo demuestra, especialmente a partir de la consolidación de los fenómenos de traslados de contenidos del Derecho Administrativo en materia funcionarial hacia el Derecho Laboral y de un incremento paulatino de los niveles de politización de la función pública –principalmente en su dimensión directiva–, que traía cauce ya desde el final de la etapa anterior. Esto último, como manifestación del influjo de los principios propios de la organización estatal y administrativa soviética –como la dirección partidista del aparato administrativo–, que irá configurando un modelo burocrático donde el estricto cumplimiento del deber, la ética revolucionaria y el compromiso ideológico de los funcionarios públicos se erigirán elementos fundamentales y garantía principal de estabilidad en el cargo. Estas realidades caracterizan el sistema cubano de ordenación de los medios personales al servicio de la Administración del Estado hasta los días que corren.

A) El fenómeno de traslado de contenidos del Derecho Administrativo al Derecho Laboral

En una perspectiva jurídica, este cauce migratorio que se da en materia de ordenación de la función pública cubana (ver nota 312), no se condujo de manera adecuada. En tal sentido, no puede decirse que haya constituido un proceso completo que implicara la regulación del componente subjetivo del ámbito burocrático público por parte de la rama laboral.

Desde un punto de vista general, esto se fundamenta en que no debe interpretarse, al hablar del fenómeno de laboralización, la proyección de un efecto de suplantación del Derecho Administrativo

⁴⁰⁸ “El Estado consagra el derecho conquistado por la Revolución de que los ciudadanos, sin distinción de raza, color de la piel, sexo, creencias religiosas, u origen nacional y cualquier otra lesiva a la dignidad humana: tienen acceso, según méritos y capacidades, a todos los cargos y empleos del Estado, de la Administración Pública y de la producción y prestación de servicios.” Como se ha sostenido en segmentos anteriores, el principio de mérito no es exclusivo del modelo cerrado de función pública, empero, se trata de un pilar de la carrera administrativa. Naturalmente, su articulación normativa y práctica, es la que daría la medida de cuan cerca o distante de un esquema u otro se estructuraría el sistema.

por el Derecho Laboral. Con mayor precisión, lo que ocurre es una intervención de esta última rama en la regulación de determinados aspectos del ámbito funcional, integrándose en el sistema del Derecho de la función pública. De tal modo, en la práctica, lo que se verifica es la confluencia normativa de ambos subsistemas jurídicos en diferente medida, según sea concebido el esquema.

Por otro lado, en el caso cubano específicamente, ha existido siempre un espacio especial de regulación para un segmento del personal al servicio del Estado. Este aspecto se abordará posteriormente al ahondar sobre el sistema de categorías que integran el universo burocrático público patrio –*cuadros y funcionarios*, en lo fundamental (ver Epígrafe III.3.1) –.

Empero, a modo de planteamiento general, baste decir ahora que la preponderancia normativa que se pretendió desde el Derecho del Trabajo en la ordenación del régimen funcional cubano terminó configurándose de modo disfuncional. Esto se debió, en gran parte, a que ese proceso fue acompañado de la desconstrucción teórica de la tipología del personal al servicio del Estado; lo que ha provocado que no sea posible distinguir los diferentes niveles de intervención precisa de una rama jurídica u otra. Todo ello devela ciertos ámbitos de desprotección, tanto para el interés público –al no existir una regulación propia iusadministrativa– como para los derechos y garantías laborales de los servidores públicos –al no concebirse de modo suficiente su régimen jurídico laboral–.

B) El incremento paulatino de los niveles de politización de la función pública

Esta característica de la función pública cubana ya se hacía perceptible, principalmente, desde mediados de la década de 1970, con las proyecciones declaradas en el Informe del Comité Central del PCC al I Congreso y del documento contentivo de las Tesis y Resoluciones sobre la Plataforma Programática.⁴⁰⁹ Se trata de un fenómeno que se explica, en parte, por el propio contexto político de ese periodo y que, en líneas generales, encuentra un fundamento en la propia influencia del socialismo soviético⁴¹⁰ y en la estructuración –ya prevista constitucionalmente en 1976– del Estado socialista cubano.

⁴⁰⁹ Puede verse por ejemplo, en la Plataforma Programática, al definirse el papel del Partido Comunista de Cuba se establece entre sus proyecciones la de “asegurar la política de formación, superación y promoción de los cuadros, para lo cual debe desarrollarse el sistema de educación marxista-leninista y de capacitación de estos, y establecer un procedimiento de promoción que siga un orden adecuado desde los niveles de base y que tenga en cuenta las características político-morales y técnico-laborales de cada cuadro; su calificación, su grado de conciencia y responsabilidad ante el trabajo, sus cualidades políticas y su capacidad organizativa y dirigente. El documento íntegro está disponible en <https://www.pcc.cu>, consultada el 16 de mayo de 2019.

⁴¹⁰ Véase, por ejemplo VLASOV, V. y S. STUDENIKIN, “Derecho Administrativo soviético”, en AA.VV., *Fundamentos de Derecho Soviético*, traducción de José Echenique, Ediciones en Lenguas Extranjeras, Moscú, 1962, pp. 106-179; GRIGORIÁN, L. y Y. DOLGOPÓLOV, *Fundamentos del Derecho Estatal Soviético*, traducción de O. RAZINKOV y V. MAZURENKO, Ed. Progreso, Moscú, s/a, p. 262 y ss.; AA.VV., *Introducción al Derecho Soviético*, Instituto de Estado y Derecho de la Academia de ciencias de la URSS, traducción de Víctor Médnikov, Ed. Progreso, Moscú, 1988, p. 124 y

Un punto de partida más concreto, a efectos de lo que se pretende ilustrar, debe hallarse en el reconocimiento del carácter de “fuerza dirigente” del PCC, que ofrece el presupuesto constitucional de la intervención partidista en el sistema de organización funcionarial (artículo 5 del derogado Texto constitucional de 1976 y mismo numeral en la vigente Constitución de 2019).

Tomando en consideración que se trata de un asunto extremadamente complejo, de disímiles aristas y hasta incómodo de abordar, el propósito aquí no es otro que ilustrar el fenómeno enunciado, sin pretensiones de exhaustividad, sino solo en la medida que coadyuve a resaltar su trascendencia para entender la dinámica funcionarial nacional en la actualidad. Con ello, además, denotar su influencia directa para las nociones de función pública y de funcionario público, que para visualizarlas, es preciso rescatarlas entre ausencias y desnaturalizaciones categoriales desde el punto de vista técnico-jurídico.

La expresión más inmediata del fenómeno de politización fue la creación de la Comisión Central de Cuadros por Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 1976. Este órgano estaría encargado de dirigir y controlar el sistema de trabajo con los cuadros del Estado, con una estructura organizativa que preveía su representación en los diferentes niveles jerárquicos de la organización del Estado, donde se analizaría todo lo relativo al acceso a los cargos de dirección, incluyendo los cargos públicos de esta naturaleza.

Por su parte, un primer momento legislativo –medular en este asunto– lo determinó la promulgación del DL No. 82 de 1984, “Sobre el sistema de trabajo con los cuadros del Estado”, y su Reglamento, contenido en el Decreto No. 125 del propio año, precitados. Aunque a diferencia de su normativa sucesora, denota una marcada concepción técnica –sin expresas referencias de contenido ideológico–, el reconocimiento constitucional del papel dirigente del Partido Comunista de Cuba, en la práctica, condicionó la aplicación politizada de aquellas disposiciones jurídicas; hasta cierto punto con un fundamento válido, pues, a ciencia cierta, se trataba básicamente de la función estatal directiva que, en su dimensión administrativa, está asociada –en su más elemental concepción– a la ordenación de los cargos políticos o de confianza.

Empero, al extenderse la noción de cuadros a todo el ámbito funcional del Estado, también se incluía en el concepto a los puestos de la Administración Pública, cuyos titulares están, por esencia, llamados a una actuación más técnica e imparcial; esos a los que se refería el propio líder de la Revolución,

ss.; VASILYENKOV, P. T. (Director), *Derecho Administrativo Soviético*, traducción de José D. Peraza Chapeaux, Ed. Pueblo y educación, La Habana, 1989, p. 70 y ss.; EVGUENI Frolov, Yuri KOZLOV, *Los órganos de administración pública en la URSS*, traducción de Manuel Nebreda, Ed. Progreso, Moscú, 1990, p. 38 y ss.

Fidel CASTRO RUZ,⁴¹¹ en un pasaje de su histórico alegato conocido como *La historia me absolverá*, cuando decía: “Un gobierno revolucionario con el respaldo del pueblo y el respeto de la nación, después de limpiar las instituciones de funcionarios venales y corrompidos, procedería inmediatamente a industrializar el país [...] sometiendo la magna tarea al estudio, dirección, planificación y realización por técnicos y hombres de absoluta competencia, ajenos por completo a los manejos de la política”.

Como ejemplos que dan sustento a los planteamientos anteriores pueden mencionarse los propios principios rectores de la política de cuadros, que fueron resumidos en una publicación de la Comisión Central de Cuadros, de septiembre de 2005.⁴¹² Entre ellos, se destacan: “En cada cargo debe estar, en cada momento, el cuadro que más capacidad y condiciones tenga para desempeñarlo. *Firmeza revolucionaria*, integralidad, capacidad conocimiento y vínculo con las masas [...]”; “En los movimientos de cuadros deben tomarse en consideración todos los factores objetivos y subjetivos que incluye: *cualidades políticas, ideológicas*, morales, culturales, técnicas y profesionales, así como indispensable experiencia práctica”; “El *Partido* educa a nuestro pueblo en la íntima convicción de que un cargo rector es una honrosa misión de servicio a la causa de la *edificación socialista*, que se desempeña mientras se mantengan las condiciones y posibilidades para ello”; “Proceder a la reubicación de aquellos compañeros que se han quedado rezagados, que ya *no satisfacen en las posiciones que ocupan las exigencias del proceso revolucionario*”; “Es necesario partir de principios concretos de evaluación. Entre los fundamentales se señala: el grado de *madurez política*, de *nivel ideológico* y de *enfoque clasista* que manifiestan al enfrentar los problemas”.⁴¹³

Asimismo, puede señalarse el precepto del Código de ética de los cuadros del Estado que propugna: “[...] nuestros cuadros han de hacer suyo los siguientes preceptos: Fomentar y cumplir la disciplina, el respeto y la *lealtad consciente al Partido*, a la Constitución y demás leyes [...]”.

Más recientemente, en el segundo *Por cuanto* del Decreto-Ley No. 196 de 1999, “Sistema de trabajo con los cuadros del Estado y del Gobierno”, se establece: “POR CUANTO: El trabajo con los cuadros de Estado y del Gobierno forma parte del sistema de Dirección de nuestra Sociedad Socialista; toda su estrategia se fundamenta en los *principios y la política trazada por el Partido Comunista de Cuba*, dirigida a elevar la eficiencia de nuestro sistema, preservar y desarrollar los valores políticos y éticos de la Revolución y el Socialismo”.⁴¹⁴

⁴¹¹ Véase CASTRO RUZ, Fidel, *La historia me absolverá*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2007, p. 42.

⁴¹² Véase Comisión Central de Cuadros, Documentos Rectores, Sistema de Trabajo con los Cuadros del Estado y el Gobierno, La Habana, 2005, p. 3 y ss.

⁴¹³ El destaque en cursivas es del autor de este estudio.

⁴¹⁴ El destaque en cursivas es del autor de este estudio.

Por otra parte, en el Acuerdo sin número del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2010,⁴¹⁵ que contiene las disposiciones relativas al sistema de trabajo con los Cuadros del Estado y el Gobierno que hoy se aplican, igualmente se hallan elementos que confirman el cariz político de la función pública cubana. De tal modo, por ejemplo, se establece que: “Las entidades del Estado y del Gobierno se ajustarán a lo que el PCC establece en relación a la Nomenclatura de cargos que corresponda, a su facultad, controlar en cada instancia”. Por otro lado, el procedimiento previsto para los movimientos de los cuadros (ocupar un cargo de cualquier nivel, ascensos o traslados en general para ser designado en algún cargo) prevé una etapa de consulta que incluye al PCC y al *órgano de control* en diferentes instancias, según sea el cargo que se ocupará.

Si bien el término utilizado es el de *consulta* y no existe pronunciamiento legal alguno sobre los efectos jurídicos de la opinión de ambas instituciones, en la práctica un criterio negativo de cualquiera de ellas es invalidante para generar el movimiento. Asimismo, se reconoce la existencia de cargos que son nomenclatura del PCC, en sus diferentes niveles jerárquicos, en cuyo caso la intervención del órgano político es mucho más directa y definitiva.

La cuestión de la politización integral de la ordenación del personal directivo, que penetra todas las esferas de intervención estatal, trae como consecuencia que principios como el de mérito y capacidad, a pesar de encontrarse reconocidos normativamente, no puedan verse realizados de forma eficaz, por estar condicionado por la realidad descrita. La Constitución de 1976, como se aludió, reconocía expresamente en su artículo 43 los principios de mérito y capacidad para el acceso a los cargos públicos. Asimismo, el DL No. 196 de 1999, precitado, admite dicho principio en el ámbito del ascenso, al reconocer en su artículo 7, inciso a), el derecho al ascenso –proscripción legal que en la práctica ha pasado prácticamente inadvertida–.⁴¹⁶

En el ámbito cubano, este asunto requiere de una atención preeminente, empero, debe advertirse que la base de la problemática no es la politización del fenómeno burocrático en sí mismo. En una perspectiva teórica general, en pos de un funcionamiento imparcial y eficaz de la Administración Pública, ciertamente es inconcebible su proyección al servicio de la política. Ello atenta directamente

⁴¹⁵ *Instrucciones sobre el Perfeccionamiento del Sistema de Trabajo con los Cuadros del Estado y el Gobierno*, La Habana, julio de 2010, publicación interna, sin datos de publicación, archivo del autor, p. 30 y ss. Este acuerdo no fue publicado de modo oficial, se encuentra contenido en un documento confidencial que se distribuyó a todo el sistema de la organización estatal, bajo el título referido.

⁴¹⁶ Véase Artículo 7 DL No. 196 de 1999: Los cuadros tienen los derechos siguientes: a) ser promovidos, según sus méritos y capacidades, en correspondencia con las condiciones de idoneidad establecidas y los resultados de su trabajo, recibiendo siempre la preparación preliminar para el cargo que se destina. Todo ello se encuentra igualmente reflejados en los propios principios que rigen la política de cuadro, dispuestos y aprobados por el PCC. Puede verse el catálogo de principios completo en Comisión Central de Cuadros, Documentos rectores..., ob. cit., pp. 3-9.

contra la satisfacción adecuada de las necesidades colectivas, pues coadyuva a una actuación parcializada de los funcionarios públicos, en correspondencia con los intereses políticos, por un instinto elemental de conservación, si no se cuenta con determinadas garantías normativas que lo eviten.

Sin embargo, en la realidad político-jurídica específica de Cuba es impensable e inoperante una actuación funcional despolitizada. En primer término, por el propio escenario de funcionamiento estatal signado por las amenazas constantes que supone la complejidad de las relaciones con los Estados Unidos de América y las consecuencias de toda índole derivadas del bloqueo económico, comercial y financiero impuesto por este país a Cuba. Ello genera un clima de permanente tensión, que complejiza el proceso de dirección política y requiere de un nivel superior de intervención y control en la gestión administrativa que en otras realidades.

Por otra parte, el diseño político unipartidista y la preeminencia de la centralización como principio de organización administrativa determinan, en cierta medida, la proclividad a una conducción política más lineal sobre la base de una adhesión ideológica concreta. En este sentido, de lo que se trata es de establecer una plataforma teórico-normativa que, a partir de las diferenciaciones categoriales correspondientes –como se verá–, permita la gradación de los niveles de discrecionalidad política en los diferentes sectores de la función pública.

III.2. La función pública en el contexto cubano actual. Caracterización general

En la actualidad, aunque ha sido recientemente promulgada una nueva Constitución, y con ello modificado el marco constitucional del sistema jurídico nacional, el régimen legal de la función pública no ha sufrido variaciones sustanciales. Parte de ese espacio especial de regulación continúa enfocado en las categorías cuadro y funcionario. De tal modo, además de la Constitución cubana de 2019, las disposiciones jurídicas que se encuentran vigentes y conforman ese orden –de cierta especialidad– son los Decretos-Leyes 196 y 197 de 1999, precitados, y el mencionado Acuerdo sin número de Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2010, que contiene las disposiciones relativas al sistema de trabajo con los Cuadros del Estado y el Gobierno que hoy se aplican. De este modo, debe incluirse en este catálogo al Código de Trabajo vigente, la Ley No. 116 de 20 de diciembre de 2013;⁴¹⁷ la Ley No. 62/1987, el Código Penal⁴¹⁸ y el DL No. 249/2007,⁴¹⁹ “De

⁴¹⁷ Publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 29 de 17 de junio de 2014

⁴¹⁸ Publicado en la Gaceta Edición Especial 3 de 30 de diciembre de 1987.

⁴¹⁹ “Artículo 1: El presente Decreto-Ley establece el procedimiento para determinar y exigir la responsabilidad material a los trabajadores de todas las categorías ocupacionales, funcionarios, y dirigentes (...).” Publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 36, de 24 de julio de 2007.

la responsabilidad material”, que contienen la regulación sobre responsabilidad penal y –en parte– la administrativa, respectivamente.

Tomando como referencia este contexto normativo, así como lo antes expuesto, puede establecerse una caracterización del sistema cubano de función pública, que, de modo general, se presenta con los rasgos siguientes:

En cuanto al componente *gnoseológico* no existe una concepción técnica de lo que es función pública, sino que se ha entendido como un espacio de actuación del personal al servicio del Estado, siempre en una perspectiva amplia.⁴²⁰ También, el sistema categorial que compone su dimensión subjetiva adolece de imprecisiones conceptuales, que impiden una adecuada construcción teórica de cada una de aquellas categorías, principalmente, la de funcionario público, como la más relevante en el orden jurídico administrativo,⁴²¹ que se revierte, además, en una realización práctica problemática, como se irá ilustrando a continuación, en los aspectos fundamentales.

En materia de *acceso*, se parte del reconocimiento constitucional del principio de igualdad,⁴²² para observar una manifestación más concreta en los preceptos del DL No. 196/1999, en lo atinente a la observancia del principio de mérito para el proceso de selección de los cuadros (artículo 11)⁴²³ y lo

⁴²⁰ Como ejemplos del uso del vocablo en este sentido, pueden tenerse los siguientes: “No hubo ni habrá impunidad para los que violen la legalidad y perviertan la función pública (...)” Comisión Central de Cuadros, Documentos rectores, ob. cit., p. 8. “Son considerados cuadros, los trabajadores que (...) son designados o electos para ocupar cargos de dirección en la función pública (...)” Artículo 2, DL No.196/1999, precitado. “Los sujetos del presente decreto-ley se clasifican de la forma siguiente: a) dirigentes superiores del Estado y del Gobierno: Son los que en la función pública ocupan los cargos de dirección del más alto rango (...); b) dirigentes intermedios del Estado y Gobierno: Son los que en la función pública ocupan cargos de dirección en unidades organizativas de los órganos y organismos esta-tales de nivel nacional o local (...). Artículo 3, DL No. 196/1999, precitado. “A los fines de este decreto-ley se consideran: a) dirigentes: los designados para desempeñar cargos de dirección en la función pública (...); b) funcionarios: los designados para desempeñar cargos de carácter profesional de complejidad y responsabilidad en la función pública (...). Artículo, DL No.197/1999, precitado. “Las autoridades, órganos u organismos facultados para emitir los nombramientos para los cargos en la función pública son los que definen la ley, los reglamentos y los acuerdos del Consejo de Estado y del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros” Artículo 6, DL No.197/1999, precitado.

⁴²¹ Este tema se analizará más adelante con mayor detenimiento. Baste ahora decir que, actualmente, el esquema subjetivo se configura a partir de las categorías constitucionales directivos, funcionarios, empleados, autoridades y agentes de la autoridad. Por su parte, en el ámbito legislativo, mantiene su identidad jurídica la categoría *cuadro*, que se integra a la diversidad terminológica expuesta.

⁴²² Artículo 42 CR: Todas las personas son iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las autoridades y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, edad, origen étnico, color de la piel, creencia religiosa, discapacidad, origen nacional o territorial, o cualquier otra condición o circunstancia personal que implique distinción lesiva a la dignidad humana./Todas tienen derecho a disfrutar de los mismos espacios públicos y establecimientos de servicios./Asimismo, reciben igual salario por igual trabajo, sin discriminación alguna./La violación del principio de igualdad está proscrita y es sancionada por la ley.

⁴²³ Artículo 11: El proceso de selección de los cuadros designados y sus reservas se fundamenta en las cualidades y méritos individuales que deben poseer los propuestos, cumpliendo los requisitos generales y los específicos, determinados estos últimos por los objetivos, funciones y facultades establecidas para cada cargo.

relativo a los ascensos (artículo 7).⁴²⁴ Otra de las características a señalar en este rubro es la exigencia de requerimientos previos de control, de índole político⁴²⁵ y técnico-profesional.⁴²⁶

En lo que se refiere a los procedimientos de acceso, los métodos establecidos son el de elección⁴²⁷ y el de libre designación, con los límites que para la Administración establece el propio ordenamiento jurídico, los que emergen de los principios referidos en el párrafo anterior y de otros impuestos por la propia organización del proceso de selección y de movimientos de los cuadros y funcionarios.⁴²⁸

No se reconoce el principio de inamovilidad, estabilidad o derecho al cargo. Aunque su inexistencia expresa del ámbito constitucional y legislativo impide su operación como garantía de imparcialidad en el actuar de los funcionarios públicos, no debe considerarse su ausencia –al menos en un nivel de protección elemental–. En primer lugar porque la estabilidad en el empleo es una dimensión del derecho fundamental al trabajo⁴²⁹ y, por otra parte, porque tanto el DL No. 196/1999 como el DL No. 197/1999 establecen causales muy concretas para la terminación de la relación laboral de los cuadros y funcionarios, que ofrecen ciertos límites a la discrecionalidad administrativa.⁴³⁰

No se encuentra habilitado el control judicial y, por ende, todo el procedimiento recursivo en lo que respecta al régimen disciplinario u otras situaciones relativas a los cuadros y funcionarios se agota en la vía administrativa. No obstante, en virtud de los cánones de tutela judicial efectiva en materia de derechos y de responsabilidad ante sus vulneraciones,⁴³¹ esta realidad –al menos formalmente– puede

⁴²⁴ Artículo 7: Los cuadros tienen los derechos siguientes: a) ser promovidos, según sus méritos y capacidades, en correspondencia con las condiciones de idoneidad establecidas y los resultados de su trabajo, recibiendo siempre la preparación preliminar para el cargo que se destina.

⁴²⁵ Ver lo apuntado en el epígrafe III.1.2.

⁴²⁶ Véase, por ejemplo, los artículos 7, 12, 14 y 18 del DL No.196/99 y los artículos 7, inciso b) y 15 del DL No.197/1999.

⁴²⁷ Los cargos administrativos electivos están previstos en la letra constitucional. Véase, por ejemplo, los artículos 175 (Gobernador) y 180 (Vicegobernador).

⁴²⁸ En el caso de cuadros, depende fundamentalmente de la nomenclatura y de las facultades que se deriven de ella, según el nivel jerárquico del cargo a ocupar. Para los funcionarios, igualmente de las competencias legales de nombramiento que tenga el facultado para realizarlo. La designación puede ocurrir, en este caso, por un órgano unipersonal o colegiado. Este último caso, por ejemplo, se prevé para los altos cargos del Administración Pública, como el Primer Ministro (artículo 109, inciso d) CR) y los viceprimeros ministros (artículo 109, inciso e) CR). A ambos servidores públicos los designa la ANPP. Pero en ningún caso –referido a los que propiamente pudieran considerarse funcionarios públicos– se exige la realización de exámenes, concurso, oposición ni otro similar.

⁴²⁹ “El trabajo es un valor primordial de nuestra sociedad. Constituye un derecho, un deber social y un motivo de honor de todas las personas en condiciones de trabajar.” Artículo 31 CR 2019.

⁴³⁰ Véase Artículos 12 y 16, DL No.196/1999; artículo 16 DL No. 197/1999.

⁴³¹ Véase Artículos 92 (El Estado garantiza, de conformidad con la ley, que las personas puedan acceder a los órganos judiciales a fin de obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Las decisiones judiciales son de obligatorio cumplimiento y su irrespeto deriva responsabilidad para quien las incumpla.) y el artículo 99 (La persona a la que se le vulneren los derechos consagrados en esta Constitución y, como consecuencia sufre daño o perjuicio por órganos del Estado, sus directivos, funcionarios o empleados, con motivo de la acción u omisión indebida de sus funciones, así como por particulares o por entes no estatales, tiene derecho a reclamar ante los tribunales la restitución de los derechos y obtener, de conformidad con la ley, la correspondiente reparación o indemnización.), ambos de la CR.

ser interpretada de forma distinta respecto del marco constitucional de 1976. Sobre este asunto se volverá más adelante.

Por último, no por ello menos importante, es preciso considerar la existencia de un régimen jurídico especial de la función pública en Cuba. Con ello debe admitirse la presencia –aunque con deficiencias teórico-jurídicas– de un Derecho de la función pública, con su rasgo propio de particularismo; y además, debe estimarse igualmente, la naturaleza estatutaria de la relación de los funcionarios públicos –o, con mayor precisión, de quienes técnicamente debían serlo– con la Administración Pública. Este nexo, igualmente, tiene una vía de formalización unilateral mediante el acto de designación.⁴³²

En sentido general, la afirmación precedente puede fundamentarse en la existencia de una disposición expresa de sustraer del régimen jurídico laboral común a los trabajadores designados para ocupar cargos de dirección, funcionarios y otros, a los elegidos para ocupar cargos profesionales, a los trabajadores de los tribunales populares, la Fiscalía General de la República y la Aduana General de la República, tal como lo dispone el artículo 5 del Código de Trabajo.⁴³³ Se determina, pues, un ámbito que, aunque excede técnicamente a las nociones de función pública y funcionario público, en el caso cubano hay que entenderla materialmente contenidas dentro de ese gran perímetro. Sus situaciones y relaciones jurídicas, por tanto, se encuentran reguladas por ese segmento normativo especial.

Otra razón de peso para sostener lo anterior es que dentro de ese espacio jurídico se articula la potestad disciplinaria de la Administración Pública, que opera de modo diferenciado sobre parte de los sujetos excluidos de la esfera iuslaboral. Es cierto que dicha potestad adolece de determinadas insuficiencias teórico-jurídicas y que está conectada con la disciplina laboral,⁴³⁴ más que con las faltas derivadas de la relación de servicio, empero, su inadecuada articulación legal no la hace menos administrativa. El propio sistema de solución de conflictos en el contexto de la relación funcional así lo demuestra,

⁴³² “La relación laboral para ocupar cargos de dirigentes y de funcionarios se formaliza con el nombramiento mediante escrito fundamentado o en su caso resolución firmada por la autoridad facultada o el certificado del acuerdo del órgano u organismo correspondiente./La firma de la notificación del nombramiento expresa la aceptación por el designado, del cargo, de las atribuciones y funciones (...).” Artículo 5, DL No. 197/1999. En el DL No. 196/1999, no hay un precepto análogo, pero el propio artículo 2, deja claro los modos de adquisición de la condición de cuadro: *designados* o *electos*.

⁴³³ Artículo 5: La formalización, modificación y terminación de la relación de trabajo, así como la disciplina de los trabajadores designados para ocupar cargos de dirección, funcionarios, contralores, auditores y otros; los elegidos para ocupar cargos profesionales, de los trabajadores de los Tribunales Populares, la Fiscalía General de la República, Aduana General de la República y otras que se establezcan legalmente, se rigen por la legislación específica dictada para ellos./Las regulaciones de este Código y sus disposiciones complementarias son de aplicación a los sujetos del párrafo anterior, en lo que no se opongan a lo establecido en su legislación específica.

⁴³⁴ Véase Capítulo IV, Régimen disciplinario, DL No. 196/1999 y Capítulo VI, Régimen disciplinario DL No.197/1999.

pues discurre siempre en el ámbito iusadministrativo, sin acceso a ninguna vía de justicia laboral de las previstas en el Código de Trabajo.⁴³⁵

En resumen, si bien no puede hablarse en la actualidad política y jurídica cubana de un modelo de función pública propiamente dicho, esta –asociada, cuanto menos, a la regulación de los medios personales al servicio del Estado– tiene una existencia material. Su ordenación deficiente, con intervenciones inadecuadas del Derecho Administrativo y el Derecho Laboral, influye de manera negativa en su configuración como técnica jurídica y, consecuentemente, impide elaboraciones teóricas y asimilación práctica apropiadas de sus elementos, en especial, de su componente subjetivo. Como consecuencia, se genera la presencia y articulación de un régimen jurídico disfuncional.

III.3. La definición jurídica de funcionario público en Cuba: perspectiva evolutiva

En los propios contextos dentro los cuales se va desarrollando la concepción cubana de función pública, evoluciona también la noción de funcionario público. Ella se va configurando influenciada por cada uno de los hitos históricos descritos anteriormente, en conexión directa con el *iter* formativo de la Administración Pública y el Derecho Administrativo patrios. Con apoyatura imprescindible en la dinámica explicativa de las líneas precedentes, corresponde ahora analizar el proceso evolutivo de la noción de funcionario público como categoría jurídica en Cuba.

Es dable, en esta ocasión, tomar como referente específico la definición –o las definiciones– que han estado presentes en el ordenamiento jurídico cubano en todo este tiempo, porque ellas son una manifestación concreta de la recepción normativa de la idea que en cada momento histórico se ha tenido de la figura en estudio.

Esto es importante, no solo porque constituye reflejo de las influencias coyunturales, sino también porque permite examinar los elementos teóricos –y la operatividad que estos han tenido– para sustentar tales definiciones en los órdenes normativo y jurisprudencial. Esta cuestión es de obligatoria mirada, como base para cualquier estimación que se realice desde el presente y para el futuro.

Ya se ha fijado un punto de partida concreto en los inicios del siglo XX como momento de nacimiento de la función pública nacional y, por tanto, en este mismo encuadramiento temporal hay que delimitar

⁴³⁵ Se evidencia del propio diseño del régimen disciplinario previsto en los decretos leyes mencionados, por su especialidad y de la propia exlución que de los dirigentes, funcionarios y cuadros se realizaba como sujetos de regulación del Código de Trabajo por por el DL No.36, “Sobre la Disciplina de los dirigentes y funcionarios administrativos estatales” (Gaceta Oficial Ordinaria No. 18, de 2 de abril de 1980), por el DL No.82 de 1984, “Sistema de Trabajo con los Órganos del Estado” (Gaceta Oficial Extraordinaria no.13 de 14 de septiembre de 1984) y en la actualidad, de manera expresa por el artículo 5 del vigente Código de Trabajo, Ley 116 de 20 de diciembre de 2013 (Gaceta Oficial de la República de Cuba No. 29 Extraordinaria, de 17 de junio de 2014).

el análisis de la noción de funcionario público. Sin embargo, no debe obviarse en este aspecto, una alusión mínima a disposiciones normativas del escenario colonial español decimonónico. Algunas, como la del Código Penal español de 1870, porque proveía una definición específica de la categoría y se trató de una disposición legislativa que postergó su vigencia luego del fin de la dominación hispánica en Cuba. Otras, por su parte, porque aunque no tuvieron una influencia directa en la elaboración de una concepción propiamente de funcionario público, constituyen antecedentes de ordenación del fenómeno funcional y en tal sentido ejercen una influencia en la conformación del modelo de función pública, por ser el referente español más cercano.

La primera referencia normativa que se tiene de una definición de funcionario público –con operatividad en el ordenamiento jurídico cubano– la provee el Código Penal Español de 1870 (vigente para Cuba a partir de 1879). En el artículo 412 se reputa como funcionarios públicos a “todos los que por disposición inmediata de la Ley, por elección popular o por nombramiento de autoridad competente participan del ejercicio de funciones públicas”.⁴³⁶

Se trata de una definición de perceptible amplitud, no solo desde su configuración normativa, sino también desde el ámbito jurisprudencial, donde en virtud de su interpretación, solo se consideran dos elementos propios de la condición funcional, uno material y otro formal; el primero, la *participación en el ejercicio de funciones públicas* y, el segundo, el *modo de ingreso o acceso* a la Administración Pública (disposición inmediata de la ley, elección popular o nombramiento por autoridad competente).

En este sentido se encuentran incluidos dentro de este concepto los funcionarios del orden judicial, los administrativos, los que participan accidentalmente en funciones públicas. Es destacable también que en el articulado del propio Código se aprecia la utilización de varias categorías para referirse al fenómeno funcional.

Además de *funcionario* y *empleado*, figuran *autoridad* y *agente de la autoridad* (“Se reputará autoridad al que por sí solo o como individuo de alguna corporación o Tribunal ejerciere jurisdicción propia y también los funcionarios del Ministerio Fiscal”, Capítulos IV, V, VI y VII y artículo 273); así como *funcionarios militares*, *funcionarios administrativos*, *funcionarios judiciales* y *funcionarios fiscales* (artículos 387 y 411).

⁴³⁶ Véase Código Penal español de 1870, Título VII, Libro II, *Delitos sobre los empleados públicos en ejercicio de sus cargos*, publicación oficial realizada como Código Penal para las provincias de Cuba y Puerto Rico y Ley provisional de enjuiciamiento criminal, mandado a observar por Real Decreto de 23 de mayo de 1879, Edición Oficial, Imprenta Nacional, Madrid, 1879, p. 107 (artículo 412).

Se infiere entonces una cierta intención clasificatoria que deja entrever dos criterios diferentes. Un primer criterio parece diferenciar a los funcionarios, propiamente, de los empleados. Aunque debe decirse que este aspecto es dubitativo, pues en la denominación del Título se refiere a los *empleados públicos*; lo que, *a priori*, puede entenderse como un uso genérico para dicha categoría. Sin embargo, la mayoría de los preceptos que se incluyen en este segmento del Código Penal aluden al funcionario público, sin que sea precisa su distinción respecto del empleado público. Un segundo criterio de clasificación puede inferirse a partir de las menciones a los funcionarios según su esfera de actuación, sea militar, administrativa, judicial, fiscal.

De cualquier manera, la importancia que tiene aquí la referencia al ámbito penal se fundamenta únicamente por la primicia conceptual normativa que ofreció. Esto se debe a que la trascendencia teórico-jurídica de esta definición queda circunscrita a los estrechos marco del Derecho Penal, como naturalmente corresponde por su carácter sectorial.

Por su parte, dentro de la etapa colonial decimonónica, el Reglamento orgánico de los empleados civiles de 3 de junio de 1866, sin definir, establece clasificaciones según jerarquía: Jefe superior de la Administración, Jefe de la Administración, Oficiales y Aspirantes a Oficiales (artículos 14, 15 y 19) y esclarece que los denominados subalternos no se consideran empleados públicos (artículos 14 y 15). En tanto, el posterior Reglamento de las Carreras Civiles de Ultramar (puesto en vigor mediante la Real Orden de 22 de noviembre de 1885), igualmente sin proveer definición alguna, utiliza en su articulado la expresión *empleado de la Administración Civil* y regula los modos de ingreso, sus derechos y deberes, los ascensos y las categorías en las que estos se organizaban. En tal sentido, carece de delimitaciones conceptuales precisas y denota una concepción en una perspectiva estructural, al colocar el énfasis en el nexo de empleo y, por tanto, entender la categoría de empleado como genérica.⁴³⁷

Igualmente, la Ley de Empleados Públicos de Ultramar, vigente para Cuba a partir de 1890 (mediante el Real Decreto de 13 de octubre de 1890), regulaba los derechos y deberes de los empleados públicos, utilizando esta denominación como análoga a la de funcionario, en una noción genérica que no contemplaba la permanencia en el cargo como requisito para ser considerado como tal. En tanto, su Reglamento Orgánico de Ultramar, en el artículo 14, trataba solamente de *empleados y subalternos*, equiparando igualmente las categorías de empleado público y funcionario público.⁴³⁸

⁴³⁷ Véase GOVIN Y TORRES, Antonio, *Elementos...*, ob. cit., tomo I, s/e, La Habana, 1882, p. 39 y ss.

⁴³⁸ Véase RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, ob. cit. p. 46 y ss.; LÓPEZ, ANTONIO PRUDENCIO, *Reseña histórica...* ob. cit., p.31 y ss.; NOVO, Enrique, *Constitución Colonial de las islas de Cuba y Puerto Rico y leyes complementarias del régimen autónomo establecido por los Reales Decretos de 25 de noviembre de 1897*, Imprenta del Gobierno y Capitanía General por S.M., La Habana, 1897, p.32 y ss.

A su vez, la Constitución Autonómica de 25 de mayo de 1897 (artículo 5) –que estructura el Consejo de Administración de las islas de Cuba y Puerto Rico–, como parte de su contenido, regula la organización y el funcionamiento de los agentes que desempeñan los cargos públicos que igualmente contempla. Sin embargo, no incluye en su texto una definición de funcionario público, ni se utiliza esta denominación, refiriéndose a los sujetos que ordena, como “individuos”.⁴³⁹

Presentado el asunto como precede, el propósito fundamental de este segmento se concreta en analizar el proceso de desenvolvimiento de la categoría jurídica funcionario público en el caso cubano, desde su nacimiento con identidad nacional con la LSC de 1909 hasta la Constitución de 1976.

El ciclo constitucional iniciado en 1901 determinó un momento de quiebre político y jurídico para Cuba. Su instauración y organización como Estado independiente tuvo un impacto natural para la función pública –como se analizó precedentemente– y lo tendría también para la noción de funcionario público, a pesar de no contener una definición concretamente ni evidenciarse distinciones con el resto de las categorías de usos afines. Esta indeterminación se colige de la utilización indistinta de los términos funcionario⁴⁴⁰ y empleado⁴⁴¹, e incluso, otros como autoridad o agentes de la autoridad.⁴⁴²

Del mismo modo, si tuviera que advertirse alguna noción de funcionario público, no pudiera ser otra que una de matiz muy genérico, acorde con la perspectiva constitucional, globalizada a toda la organización del Estado, lo cual es perceptible por la aparición del vocablo en el texto de la Constitución, sin el adjetivo ‘público’, referido a todas las esferas de funcionamiento estatal,⁴⁴³ salvo una excepción. Esta última, no obstante su singularidad, tiene un valor destacable a efectos del tracto histórico de la noción de funcionario público como categoría jurídica en el contexto patrio. El apartado 15 del artículo 68, entre las facultades del presidente de la República, dispuso la de “indultar a los delincuentes con arreglo a lo que prescriba la Ley, excepto cuando se trate de funcionarios públicos penados por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones”.

Esta referencia, por la importancia que revestía el tema del indulto, y de acuerdo con la amplitud del concepto que propugnaba el Código Penal español de 1870 (vigente en Cuba en ese momento), condicionó las precisiones conceptuales incorporadas al articulado de la LSC de 1909. Muestra de

⁴³⁹ Sobre las leyes promulgadas en la última década del siglo XIX en Cuba, consultar a HERNÁNDEZ MAS, Orestes, ob. cit., p.73 y ss.; LAZCANO Y MAZÓN, Andrés María, ob. cit., p.477 y ss., texto íntegro de la Constitución Autonómica de 25 de mayo de 1897, hecha extensiva a Cuba el primero de mayo de 1898.

⁴⁴⁰ Artículos 68, apartado 9 y 10, 15; artículo 81; artículos 87-89, por ejemplo.

⁴⁴¹ Artículos 93, apartado 5; artículo 105, apartado 4; artículo 110, apartado 3, por ejemplo.

⁴⁴² Artículos 68, apartado 15, por ejemplo.

⁴⁴³ Por ejemplo, en el artículo 68, apartado 9, se refiere como *funcionarios* al Presidente y magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, a los representantes diplomáticos y a los agentes consulares; los artículos 81, 87 al 89, se refieren a los *funcionarios* del orden judicial.

ello es lo que expresamente se dice al respecto en el informe de la Comisión Consultiva de 29 de diciembre de 1908, destinado al Gobernador Provincial, sometiendo a su aprobación el Proyecto de la LSC.⁴⁴⁴

Con estas consideraciones se establece en el artículo 11 de la mencionada LSC una definición de funcionario público cuya construcción teórica tenía, por vez primera, una base iusadministrativa.⁴⁴⁵

“A los efectos de esta Ley, se reputan funcionarios públicos; (1) Las personas que por razón de sus deberes como depositarios u órganos del Poder, concurren con autoridad o jurisdicción propia o delegada al servicio de la Administración Pública; (2) Los que por razón de la índole profesional o técnica, de sus deberes, ejerzan el cargo para que son nombrados sin la inmediata dirección del jefe o superior del Departamento al que pertenecen”.

Asimismo, en el artículo 12 del precitado cuerpo normativo, “se reputan empleados, las personas destinadas al servicio del Estado, Provincia o Municipio, que auxilien, sin autoridad ni jurisdicción, a la Administración Pública, ejecutando las órdenes y cumpliendo los deberes que, por ministerio de la Ley o mandato de sus superiores, se les asignen”.

De lo anterior se pueden realizar varias observaciones, las cuales dan una idea de los elementos que fueron integrándose a la noción jurídica de funcionario público que se proyectó, por primera vez con perfiles autónomos, en la primera normativa cubana específica en la materia, lo cual refuerza su valor jurídico trascendental. A ello debe adicionarse la relevancia de haberse provisto una definición estricta de la categoría en estudio, circunscrita al ámbito exclusivo de la Administración Pública. Esta concepción de funcionario público, además, es en sí misma un punto de partida porque no presenta conexiones de continuidad con nociones previas. Ello se debe a que no era verificable una presencia normativa o doctrinal al respecto, más allá del Código Penal español de 1870.

En cuanto a la apoyatura teórica, se evidencia una influencia clara en la distinción de actos de autoridad y actos de gestión,⁴⁴⁶ lo que se colige de las dos especies de funcionarios públicos que

⁴⁴⁴ “Fue el pensamiento de los Constituyentes (y las palabras pronunciadas al votar este inciso –se refiere al artículo 68, apartado 15– autorizan a aseverarlo así) que la gracia del indulto que al Poder ejecutivo se autorizaba conceder, no pudiera ser ejercida en beneficio de aquellos altos funcionarios del Estado que delinquiesen en el ejercicio de sus cargos, acaso en provecho del propio Ejecutivo y de sus intereses ya personales, ya políticos. No obstante, dada la redacción literal del precepto y la extensión que al concepto de funcionario público otorga el artículo 412 de nuestro Código Penal, que equiparándolo con el de empleado comprende bajo esta última denominación hasta los funcionarios del Orden Judicial, preciso ha sido dar a la limitación constitucional del mencionado inciso quince, una interpretación y un alcance que no responden al previsor espíritu que la Constitución traduce.” Véase El informe de la comisión Consultiva contenido en la Ley de Servicio Civil de Cuba, de 18 de enero de 1909, anotada y comentada por Luis CARMONA Y CASTAÑOS y José E. MERESMA Y DÍAZ, Establecimiento Tipográfico editorial de Arturo Meresma Editor, La Habana, 1911, pp. 12 y 13.

⁴⁴⁵ Sus influencias fueron expresamente declaradas por los miembros de la Comisión Consultiva al hacer mención en el referido informe a autores como MEUCCI, NEZARD, CHAUTE, GRELLET, PICHAT, POSADA y GOVÍN. Ídem.

⁴⁴⁶ Ver lo apuntado en la nota 197.

distingue la Ley: los del artículo 11, apartado 1, claramente instituidos con el rasgo de autoridad como elemento esencial; y los del apartado 2, con menos nitidez, parecieren ser funcionarios de gestión, cuya diferencia con los primeros estaría dada por la ausencia de los elementos de *autoridad* o *jurisdicción*. Asimismo, según el propio precepto, conservan cierto poder de decisión, competencia para crear actos administrativos y autonomía en el desempeño del cargo, lo que los distancia de los empleados públicos.

Ello, además de las insuficiencias teóricas que tales criterios acarrearán —a lo que se ha hecho referencia en el capítulo precedente—, denota un matiz de imprecisión en cuanto a los elementos definitorios de la categoría. Según el concepto dado, el rasgo autoridad o jurisdicción es solo esencial para una especie de funcionarios, empero, la segunda clase no ostenta dicha cualidad y no por ello deja de ser catalogada con la condición funcionarial; por lo tanto, pudiera entenderse que no se trata de un elemento determinante.⁴⁴⁷

La interrogante entonces versa sobre cuáles son las características esenciales de la definición de funcionario público que ofrecía la LSC de 1909. En tal sentido, no ha de encontrarse respuesta solo en los preceptos que expresamente conceptúan esta categoría. De ahí solo emerge la *prestación de la actividad al servicio de la Administración Pública*, pudiéndose entender por tal, la presencia de un vínculo estructural —por la relevancia que da el precepto al nexo orgánico y la inserción en un cargo de la estructura administrativa—. Ello, supone, además, el *carácter permanente del cargo* como otro componente gnoseológico.

Un tercer elemento determina una noción mucho más estricta, tanto de funcionario público, como de empleado público: el *sueldo con cargo a los presupuestos del Estado, Provincia o Municipio* (artículo 15) que es el criterio clasificatorio para distinguir los cargos del *servicio clasificado* y del *servicio no clasificado*. Solo los funcionarios y empleados adscritos al primero son sujetos de la Ley.

Otra observación importante es la distinción entre funcionarios públicos y empleados públicos, sobre la base de un criterio diferenciador de índole material, con presencia subyacente del principio de jerarquía. En tal sentido, la categoría de empleado se equipara a la de auxiliares y se reserva a una labor de mera ejecución (artículo 12, LSC).⁴⁴⁸

⁴⁴⁷ Al respecto de este asunto, no se colige demasiada atención —más bien nula— por la doctrina cubana a partir de entonces. Dentro del ínfimo tratamiento de la temática relativa al funcionario público, NÚÑEZ NÚÑEZ deja entrever que el rasgo de autoridad no constituye un elemento esencial de la definición, al menos en su sentido más genérico. Véase, por ejemplo, NÚÑEZ Y NÚÑEZ, Eduardo Rafael, *Tratado de Derecho Administrativo*, Con arreglo al Programa del Profesor de la Asignatura en la Universidad Nacional Dr. Enrique HERNÁNDEZ CARTAYA, 3ª edición, Imprenta Casa Girón, La Habana, 1920, pp. 42 y 43.

⁴⁴⁸ Al respecto son ilustrativas las palabras de NÚÑEZ NÚÑEZ: “[...] la diferencia está en la iniciativa propia. Es funcionario el que actúa por sí mismo sin necesidad de consulta, ni de la acción de otro funcionario [...]. No se concibe el empleado,

Todo ello es coherente con las propias influencias doctrinales declaradas por la Comisión Consultiva, que finalmente dan origen a dos nociones de funcionario público dentro de la propia Ley: una menos estricta –cuyos elementos son la prestación de la actividad al servicio de la Administración Pública y el carácter permanente del cargo–, y otra más específica que se determina por el *sueldo a cargo del presupuesto estatal*, sin que sea relevante la forma de ingreso, ni el tipo de servicio que se presta.⁴⁴⁹

En el orden jurisprudencial, la definición de funcionario público ofrecida por la LSC no generó debates en cuanto a sus elementos constitutivos durante su vigencia. Los pronunciamientos se suscitaron como resultado de la delimitación que la propia disposición jurídica realizaba, al estimar que solo los funcionarios públicos del servicio clasificado son destinatarios del régimen jurídico en ella previsto (artículo 13, LSC). Ello no supone discrepancias en cuanto a la consideración de funcionarios públicos –desde el punto de vista teórico– de los que no se insertan en el servicio no clasificado, pues el punto de discusión gravitó sobre la interpretación de los postulados de los artículos 14 y 15, a fin de determinar en algunos casos concretos si se pertenecía a una u otra clasificación; sobre todo porque el principal efecto jurídico de catalogarse dentro del servicio clasificado aseguraba al funcionario su inamovilidad.⁴⁵⁰

La jurisprudencia refleja, en primer lugar, una continuidad gnoseológica que se venía construyendo previo a la LSC, que tomaba como elemento definitorio la participación en un servicio público –en su concepción extensa como toda actividad prestada por el Estado–.⁴⁵¹ Esta línea conceptual, se trasladó

sin el funcionario, pero este último si puede existir aisladamente.” Véase NÚÑEZ Y NÚÑEZ, Eduardo Rafael, *Tratado...*, ob. cit. p. 43.

⁴⁴⁹ Aunque no ofrece ninguna definición específica de funcionario público –lo cual es comprensible por su promulgación coetánea con la LSC– la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, contenida en el Decreto No. 78 de 12 de enero de 1909, dedica parte importante de su articulado a la ordenación del personal al servicio de este segmento funcional del Estado, dentro del cual se encontraba la Administración Pública. En este sentido, es coherente con lo que dispuso la LSC. Son perceptibles algunas distinciones, entre líneas, como partir de disponer determinado tipo de personal con carácter *facultativo*, *profesional* o *técnico* (artículos 28, 70, 71-76, por ejemplo). En el caso de los *empleados públicos*, los escinde en *de plantilla* o *temporeros* (según la permanencia del vínculo de empleo) y *subalternos*, *operarios* y *jornaleros* (Artículo 75 y 237). Se utilizan aquí tres juicios distintos: la posición jerárquica, las tareas que se realizan –perspectiva material– y la periodicidad o cálculo de la remuneración –según sea sueldo o jornal que, en cierta medida, también se relaciona con la eventualidad del servicio prestado. En todo caso, debe entenderse una clasificación utilitaria, interpretada en consonancia con el artículo 12 de la LSC, para el cual el criterio principal es el rol secundario (como auxiliar) que asume el empleado público respecto del funcionario. Distinciones estas que solo tienen sentido a efectos de la administración laboral ya que la jerarquía y la naturaleza de la actividad son notas secundarias para la LSC. Véase Decreto No. 78 de 12 de enero de 1909, “Ley Orgánica del Poder Ejecutivo”, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición extraordinaria de 26 de enero de 1909. Sobre las disposiciones normativas relativas al Poder Ejecutivo, véase como referencia a LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio, *Legislación orgánica del Poder Ejecutivo*, recopilada, concordada y comentada, Ed. Lex, La Habana, 1947.

⁴⁵⁰ Véase, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1915; Sentencia No. 127 de 16 de julio de 1929; Sentencia No. 6 de 1929; Sentencia No. 16 de 12 de febrero de 1934. Puede consultarse, RAMÍREZ OLIVELLA, Gustavo, ob. cit., pp. 31 y 32.

⁴⁵¹ Véanse, por ejemplo: Sentencia de 15 de agosto de 1900, relativa a los empleados encargados de liquidar, formar las nóminas y pagar los haberes de obreros empleados en trabajos públicos; Sentencia de 2 de mayo de 1902, respecto de los

a la interpretación de la definición dada por el artículo 11 de la LSC, entendiéndose *servicio de la administración pública* como *servicio público*. De esta manera se consideró funcionarios públicos, a los efectos del precepto de la LSC, a los servidores públicos de cualquier clase, nombrados por autoridad competente para prestar un servicio público.⁴⁵²

Asimismo, de modo general, el Tribunal Supremo, dejó sentado, mediante la sentencia No. 90 de 15 de noviembre de 1915, el criterio que se estima pertenecientes al servicio público clasificado los funcionarios y empleados públicos que perciben sueldos con cargo a los presupuestos del Estado, la Provincia o el municipio, en las Secretarías de Despacho, y sus respectivas dependencias, y en las Administraciones Municipales y Ayuntamientos, cualquiera que sea la especialidad de sus funciones y deberes, y de los que se atribuyan por una disposición reglamentaria, siempre que los cargos no estén comprendidos entre las excepciones del artículo 14 de la LSC.

De esta manera no se hace más que reafirmar lo previsto en el artículo 15 de la LSC. Ya en la Sentencia No. 20 de 5 de septiembre de 1923, el Tribunal Supremo, asume el carácter restrictivo del artículo 14 de la LSC por estimar que dicho precepto “establece excepciones y constituye privación de derechos, por tanto no es lícito interpretarlo en sentido amplio, sino aplicándolo únicamente en los casos a los cuales, de modo evidente, se refiere.” Una lectura a contrario *sensu* de este pronunciamiento conduce a la interpretación en sentido amplio del artículo 15, que debe incluir, por principio, la mayor parte de los funcionarios y empleados públicos.⁴⁵³

Por su parte, la Ley de jubilaciones y pensiones de funcionarios y empleados públicos del Estado, la Provincia y el Municipio, de 25 de junio de 1919, establece en su artículo segundo que se entenderá por tales, a sus efectos, “todos los funcionarios y empleados del Estado, la Provincia y el Municipio, sean o no de carácter electivo, tanto del servicio clasificado, los de no clasificado, y aunque sean

maestros de escuela; Sentencia de 13 de marzo de 1903, respecto de los ejecutores de apremio; Sentencia de 2 de mayo de 1908, sobre los inspectores de rastro.

⁴⁵² Véase, por ejemplo, Sentencias No. 11 y 74 de 3 de abril de 1916, excluye a los Administradores de aduanas del servicio clasificado; Sentencia de 14 de febrero de 1917, considera como tal a los maestros de escuela; Sentencia de 19 de marzo de 1919, considera a los ordenanzas de las oficinas públicas; Sentencia No. 60 de 15 de agosto de 1927, excluye del servicio clasificado a los Vistas de aduana, a tenor de la modificación del artículo 14 de la LSC por la Ley de 6 de octubre de 1922; Sentencia No. 7 de 8 de enero de 1942). Es interesante el criterio discrepante que sobre los Vistas de aduanas la Comisión de Servicio Civil planteó posteriormente (Resolución 381 de 20 de noviembre de 1940). No obstante el Tribunal Supremo se había pronunciado con anterioridad en la Sentencia No. 20 de 2 de julio de 1916, dejando establecido que la condición de empleado (lo usa en sentido lato) como del Servicio Clasificado, se deriva de la concurrencia de los requisitos y circunstancias que al efecto determina la Ley y no del criterio que sobre el particular tenga la Comisión del Servicio Civil. Asimismo, la Sentencia No. 79 de 17 de agosto de 1915, considera incluidos dentro del servicio clasificado a los Catedráticos de Granjas Agrícolas; Sentencia No. 260 de 11 de octubre de 1929, estima a los empleados de la Comisión de Ferrocarriles como parte del servicio clasificado.

⁴⁵³ Las sentencias citadas pueden consultarse en RAMÍREZ OLIVELLA, Gustavo, *Legislación contencioso-administrativa*, con toda la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo de Cuba desde su creación hasta la fecha, 2ª edición notablemente aumentada, Jesús Montero, Editor, La Habana, 1943.

temporeros, siempre que perciban sueldo o dotación, quedarán comprendidos en las disposiciones de esta Ley”.⁴⁵⁴

Aunque la referida normativa se inserta dentro del ordenamiento jurídico de la función pública –en este caso, relativo a parte del régimen iuslaboral de los funcionarios y empleados públicos–, es claro que esta definición pasa por los cánones de un concepto sectorial, válido y útil solo en el contexto para el que fue concebido, donde, por obvias razones de finalidad de la citada Ley, el elemento fundamental no podía de ser otro que la remuneración a cargo del presupuesto del Estado.

En el periodo que transcurre hasta la promulgación del Código de Defensa Social en 1938, ninguna de las disposiciones normativas que se dictaron, referidas directa o indirectamente a la función pública, contenían delimitaciones conceptuales de la categoría funcionario público. Este último cuerpo jurídico tampoco lo hacía, pero en su Título V, relativo a los “Delitos contra el Orden Público”, en las disposiciones comunes (artículo 262) definía el concepto de autoridad.⁴⁵⁵

Tomando como referente lo analizado previamente al respecto de la noción de autoridad, como idea más amplia y diferente a la de funcionario público, puede estimarse que el Código de Defensa Social, lejos de atender a las alertas que la propia Comisión Consultiva había realizado durante el proceso de formulación de la LSC, generó mayores interferencias interpretativas, principalmente porque el uso de la expresión funcionario público continuó visible en la letra del Código, en varias figuras delictivas. Sin embargo, se elimina su definición para el ámbito penal y se coloca otra categoría –

⁴⁵⁴ En el segundo párrafo del propio precepto, “se reputan funcionarios y empleados civiles a los efectos de esta Ley, los miembros de los cuerpos electivos que devenguen sueldo o dotación, los funcionarios y empleados del Congreso, los individuos pertenecientes a los demás Cuerpos de Policía de la República, y los Catedráticos y Profesores de la Universidad, Institutos de Segunda Enseñanza y demás establecimientos de enseñanza oficial, y todos los individuos empleados en los mismos que perciban sueldo del Estado.” Véase LAZCANO Y MAZÓN, Andrés María, *Ley de jubilación de funcionarios y empleados públicos*, 2ª edición, Editorial Librería Selecta, La Habana, 1948, p. 17 y ss.; D’ ESTÉFANO PISANI, Miguel A., *Retiro Civil, Ley de Retiro Civil con las modificaciones introducidas hasta el 15 de julio de 1959*, anotada y comentada, con la jurisprudencia atinente. Formularios y apéndice de legislación, Jesús Montero Editor, La Habana, 1955, p. 9 y ss.; CÓRDOVA Y ÁLVAREZ, Luis, ob. cit, p. 14 y ss.

⁴⁵⁵ En los últimos años de vigencia del Código de Defensa Social, el Tribunal Supremo Popular, dictó una Instrucción proveyendo una definición de funcionario público a los efectos del delito de Malversación. La cual no aporta utilidad alguna para el Derecho Administrativo por estar determinada exclusivamente para esta figura delictiva y constituir una noción utilitaria a sus efectos. Véase Instrucción. No. 55 de 19 de noviembre de 1975: Ante consulta realizada por el Tribunal Provincial Popular de Matanzas, el Tribunal Supremo Popular, estableció que sobre concepto de funcionario público, a los efectos de la calificación del delito de malversación de caudales públicos, previsto en los artículos 420 y siguientes del Código de Defensa Social, debe entenderse “a la persona que entre las actividades concernientes al cargo que desempeña, se encuentra la administración, recaudación, custodia, uso, depósito o disposición de caudales o efectos pertenecientes o destinados a organismos del Estado o institutos creados por éste y a sus empresas o unidades de producción o de servicios, a sus distintos niveles”. Asimismo, en su segundo Por cuanto, remite a pronunciamientos, en la misma línea interpretativa, a sentencias de la Sala de lo Criminal del propio Tribunal Supremo Popular (Sentencias, Núm. 68 de 24 de enero de 1975; 310 y 311 de 14 de marzo de 1975, dictadas, respectivamente en los rollos 1024 de 1974 y 136 y 100 de 1975.

autoridad– con un alcance de extrema extensión, que nada tiene que ver con bases teórico-legales iusadministrativas, lo cual refuerza las contradicciones con la LSC.

La designación para un cargo previsto en un cuerpo legal a cualquier nivel de competencia e incorporados a una corporación oficial o tribunal, es uno de los elementos que postula el artículo 262 del Código de Defensa Social para conceptuar lo que estima por autoridad. Ello sugiere –dentro de las insuficiencias teóricas que sustentan esa definición– un rasgo de especialidad y unilateralidad en los mecanismos de acceso a dichos cargos. Sin embargo, es notable que su alcance se sale de los marcos de la Administración Pública y de la función administrativa, al emplear expresiones como *corporación oficial* –la oficialidad no es sinónimo de estatalidad– y al contemplar a los Tribunales de justicia. Asimismo, el apartado segundo del mismo artículo 262 incluye dentro del concepto a los funcionarios del Ministerio Fiscal y culmina con la asimilación de los Jefes de Estado de las naciones amigas o aliadas, sus agentes diplomáticos y los extranjeros que según los tratados debieran ser considerados como tales.⁴⁵⁶

El próximo análisis recaerá en una definición contenida en la Constitución de 1940, que en su artículo 105 establecía que: “Son funcionarios, empleados y obreros públicos los que, previa demostración de capacidad y cumplimiento de los demás requisitos y formalidades establecidos por la Ley, sean designados por autoridad competente para el desempeño de funciones o servicios públicos y perciban o no sueldo o jornal con cargo a los presupuestos del Estado, la Provincia o el Municipio, o de entidades autónomas”.

La primera observación que ha de hacerse es que la Constitución de 1940 no establece una definición de funcionario público propiamente, pues en un mismo concepto se incluyen tres categorías diferentes –dos de ellas, funcionarios y empleados, delimitadas normativamente en una disposición legislativa previa (LSC)–, sin que sea perceptible el criterio de distinción en el caso del texto constitucional. En tal sentido, es presumible que la prevista en la Constitución haya sido una definición de otra categoría más general –que no se enuncia–, correspondiente a los agentes o servidores del Estado.

Ello se evidencia del alcance de la noción que se ofrece, manifiestamente amplio, al desplegarse sobre toda la esfera funcional estatal. De tal modo, se construye sobre la base de tres elementos fundamentales: un elemento *formal*, integrado por dos componentes –el cumplimiento de requisitos legales preestablecidos y la designación como técnica de acceso–; un elemento atinente al sujeto –la

⁴⁵⁶ Puede consultarse a CASASÚS, Juan J., *Apéndice a la segunda edición del Código de Defensa Social*, Ed. Librería Martí, La Habana, 1960, p. 442 y ss.

capacidad demostrada– y otro elemento *objetivo o material*, concretado en el ejercicio de funciones o servicios públicos.

Es notable que el mayor peso en la definición constitucional lo tiene el elemento subjetivo de capacidad demostrada que se coloca en orden secular. Ello es producto, en parte, del anhelo por la idoneidad y la eficacia funcional en esta etapa marcada por la corrupción administrativa patológica, como se ha aludido previamente.

En una perspectiva crítica puede decirse que el constituyente, en aras de establecer un concepto de magno alcance, generó determinadas imprecisiones que, en definitiva, terminaban por tener efectos restrictivos. En este sentido, es cuestionable que se absolutice para todos los empleados u obreros públicos el acceso por designación. Ello implicaría asumir la negación de la técnica contractual en las relaciones de empleo del sector público íntegro.

Por otro lado, respecto a su alcance, se trata de una concepción muy amplia, que al considerar el elemento material –desempeño de funciones o servicios públicos– a todas luces se entiende la expresión funciones públicas como *funciones estatales*. Luego entonces, muy poca utilidad aporta, pues en todo caso habría que considerar que establece un concepto general de servidores públicos sin ninguna trascendencia jurídica ya que abarcaba a todo aquel que prestara servicios al Estado. La gran interrogante que quedó pendiente fue si la carrera administrativa que la propia constitución mandaba a implementar incluiría a todo ese personal o a solo una parte de él.

La Constitución de 1940, si bien acierta al prever un diseño de función pública basado, fundamentalmente, en la articulación de la carrera administrativa –como último gran momento de visibilidad jurídica del Derecho de la función pública nacional–,⁴⁵⁷ introduce contradicciones importantes con la incorporación de la definición del artículo 105, sobre todo porque se distancia de los elementos definatorios que establecía la LSC. Ello no habría tenido demasiada significación si se hubiese concretado el modelo previsto. Sin embargo, en lo sucesivo continuaron vigentes y operando las concepciones normativas anteriores, más precisas y de mayor aplicabilidad técnica que la definición constitucional, que integraron el régimen jurídico funcionarial durante la vigencia de la LSC, que logra sobrevivir los diferentes contextos que se suscitan entre 1909 y 1976, aportando al ordenamiento jurídico cubano una definición de funcionario público perdurable durante 67 años sin grandes controversias, única existente en esta esfera hasta los días que corren.

⁴⁵⁷ Por las razones expuestas previamente a su respecto, la Ley Fundamental de 1959, no requiere detenerse de modo particular, pues, en lo que a la definición de funcionario público importa, no aporta elemento alguno, más que la reproducción del contenido del artículo 105 de la Constitución de 1940 que, en el Margo Texto revolucionario se corresponde con igual numeral. Puede consultarse, D' ESTEFANO PISANI, Miguel A., *Ley Fundamental...*, ob. cit., p. 23 y ss.

III.3.1. La definición de funcionario público en el ámbito doctrinal cubano

La doctrina administrativista cubana no fue demasiado inquieta en la temática relativa a la función pública y no hace grandes aportes a la definición de la categoría funcionario público. Este aspecto se explica, en parte, por la escasa relevancia jurídica que el asunto tuvo desde la propia etapa colonial. La primera obra donde puede ubicarse la temática de la ordenación de los medios personales al servicio del Estado, data de 1847. Se trata de *Breve tratado de Derecho Administrativo Español General del Reino y especial de la Isla de Cuba*, de José María MORILLA.⁴⁵⁸ Naturalmente, el estado jurídico-doctrinal respecto del tema de la función pública no es propicio para encontrar en este texto un tratamiento conceptual de la categoría funcionario público ni una noción precisa de ella. Sin embargo, en el orden organizativo, puede hallarse una perspectiva clara de los cargos públicos y empleados de la administración de la Isla, sus titulares y facultades de estos. Casi una década después (1882), ANTONIO GOVÍN Y TORRES publicó el tomo I de *Elementos teórico-prácticos del Derecho Administrativo vigente en Cuba*, y en 1883 los tomos II y III. En este trabajo se compilaba toda la legislación administrativa vigente hasta ese momento, incluida la relativa a la organización funcional de la época sin tratamiento teórico específico de la categoría funcionario público.⁴⁵⁹ Asimismo, esa pasividad doctrinal se explica, en parte, por la virtualidad que tuvo después la concepción de la LSC que, de conjunto con la sistematización clasificatoria que realiza, permitió una aceptación pacífica de sus conceptos. En 1910, en la segunda edición de su obra, *Elementos de Derecho Administrativo* –que no tiene referencias en su contenido a la función pública–, el propio GOVÍN Y TORRES incorpora un análisis de la Ley del Servicio Civil y específicamente de las facultades de la Comisión de Servicio Civil.⁴⁶⁰ Sin embargo, no es hasta la década de 1920 que comienzan a figurar, en el ámbito doctrinal, estudios específicos sobre este tema y puede apreciarse entonces un tratamiento teórico concreto sobre el funcionario público como categoría jurídica.

De tal modo, la primera obra con estas características es la de Eduardo Rafael NÚÑEZ NÚÑEZ. Este autor define al funcionario público como el elemento personal de la Administración y el segundo de los factores –además del territorio como elemento físico– que sirven de base a la Administración o a

⁴⁵⁸ Véase MORILLA, José María, *Breve tratado de Derecho Administrativo Español General del Reino y especial de la Isla de Cuba*, ob. cit., p.74 y ss. Sin variaciones sustanciales al respecto, puede verse también, del propio autor, su obra de 1865, MORILLA, José María, *Tratado de Derecho Administrativo español*, tomo II, *Sobre la Administración de la Isla de Cuba*, ob. cit., p. 3 y ss.

⁴⁵⁹ Véase GOVÍN Y TORRES, Antonio, *Elementos...*, tomo I, ob. cit. p. 39 y ss; GOVÍN Y TORRES, Antonio, *Apéndice a los Elementos teórico-prácticos de Derecho Administrativo*, M. Alorca Editor, Librería “La Enciclopedia”, Habana, 1887.

⁴⁶⁰ Véase GOVÍN Y TORRES, Antonio, *Elementos de Derecho Administrativo*, tomo I, Imprenta Avisador Comercial, Habana, 1903; GOVÍN Y TORRES, Antonio, *Elementos de Derecho Administrativo*, tomo I, Parte I, 2ª edición, Imprenta y Librería de M. Ricoy, La Habana, 1910, p. 23 y ss.

la organización administrativa. Para esta altura del siglo XX ya es perceptible el conocimiento y estudio de las teorías que habían intentado definir al funcionario público y sobre los elementos que se insertaban en los debates doctrinales sobre el tema como la naturaleza de la prestación, el sueldo, el nombramiento, el ejercicio de poder público y la distinción clásica entre funcionario público y empleado público.

También es natural que para ese momento se aborde el asunto desde una perspectiva teórica más concreta, tomando en consideración que ya se encuentra vigente la LSC de 1909, que contiene preceptos definitorios. Aunque debe decirse que este autor no manifiesta una concordancia absoluta con las definiciones que la LSC ofrece, al poner énfasis en la iniciativa propia que atribuye al funcionario en su actuación, con un amplio nivel de libertad, lo cual devela un criterio muy amplio y absoluto que no se aviene a las manifestaciones del principio de jerarquía que alcanza a toda la estructura administrativa y, en consecuencia, ningún funcionario público está exento de una actuación regida por un superior.⁴⁶¹

En 1922, Antonio LANCÍS Y SÁNCHEZ y Joaquín MARTÍNEZ SÁENZ, publicaron *Ensayos de Derecho Administrativo* donde, donde no hay aportes mayores que el análisis correspondiente, sin distanciamientos teóricos, de los conceptos recogidos en los artículos 11 y 12 de la Ley del Servicio Civil.⁴⁶²

El primer –y único– texto destinado en su totalidad al fenómeno de la función pública en Cuba, viene de la mano de Julián Modesto RUIZ Y GÓMEZ en 1935.⁴⁶³ El autor realiza un análisis integral teórico y práctico del régimen jurídico de la función pública nacional hasta ese momento, entrelazando las cuestiones doctrinales comparadas con la realidad que presentaba el Derecho positivo cubano vigente. Su definición de funcionario público incluye a “toda persona física designada con carácter estable, que presta su actividad en un cargo permanente de un servicio público, regulado por la Administración Pública”.⁴⁶⁴

Esta definición, más allá de los elementos que la sustentan –que son claros y cuyo sentido, alcance y valor teórico han sido analizados previamente, desde lo general– tiene dos peculiaridades a destacar. En primer término, el propio autor la encuadra dentro de la noción amplia o genérica de funcionario público y, de otra parte, la construcción que RUIZ Y GÓMEZ realiza parte de la localización y conciliación de los elementos que, hasta ese momento, aporta el ordenamiento positivo patrio. En

⁴⁶¹ Véase NÚÑEZ NÚÑEZ, Eduardo Rafael: ob. cit., pp. 42-44.

⁴⁶² Véase LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio y MARTÍNEZ SÁENZ, Joaquín: ob. cit., p.27 y ss.

⁴⁶³ Véase RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, *Principios...*, ob. cit.

⁴⁶⁴ Ídem., p.52.

otras palabras, la definición que ofrece busca ser más coherente con el Derecho positivo vigente que con la teoría iusadministrativa, la que acomoda a efectos de su pretensión.⁴⁶⁵

El panorama bibliográfico posterior presenta como característica su cariz compilatorio y de comentario del orden legal vigente con diferentes niveles de actualización y profundidad en las anotaciones, sin que se sustancien análisis doctrinales que trasciendan las concepciones contenidas en la propia normativa ya analizada, más allá de la enunciación –en algunos casos– de las principales posturas presentes en el ámbito jurídico comparado.⁴⁶⁶

Esta realidad vuelve a cambiar, brevemente, con la publicación en 1963, de la obra de Héctor GARCINI GUERRA y Miguel REYES, ya en el contexto socialista revolucionario. Debe decirse que en el periodo revolucionario GARCINI –que fue asistente de cátedra de Julián Modesto RUIZ Y GÓMEZ, por tanto una parte de lo que enseñaba era su programa de estudio, razón por la cual hay una influencia importante de sus ideas– es el referente más importante como autor de los principales libros de Derecho Administrativo, seguido en sus concepciones –con un nivel doctrinal muy inferior, por Homero Rodríguez Pérez.⁴⁶⁷

Así, GARCINI GUERRA define como funcionarios públicos a “los que participan en la formación de la voluntad de la Administración como órganos de ella y poseen autoridad y competencia para producir actos administrativos, ya porque la ley se las otorga o, porque las delegare en ellos”.⁴⁶⁸ Esta definición no logra fundamentar un sentido técnico adecuado de la categoría. Como consecuencia, devela determinadas imprecisiones que restringen su alcance a un grupo específico de funcionarios públicos: aquellos con poder decisorio o autoridad; posicionamiento que resulta comprensible dado el escenario de cambios e incertidumbre jurídica –fundamentalmente de los destinos de la función pública– propios del periodo en el que se publica la obra.

El análisis integral de los elementos que sustentan la concepción aludida no estaría completo si no se observa el concepto ofrecido de empleado público: “Los que careciendo del carácter representativo

⁴⁶⁵ Estos criterios permanecen, esencialmente, en sus obras subsiguientes. Véase RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, *Elementos de Administración Pública*, Instituto de Administración Pública, Universidad de La Habana, *sin año*, pp. 58-81. Régimen del personal de la Administración Pública; RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, *Derecho Administrativo*, Primer curso, copias de clases, Universidad de La Habana, curso 1950-1951, pp. 120-154; RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, “Progreso del Derecho Administrativo en Cuba”, en *Anuario de la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho Público*, Universidad de La Habana, La Habana, 1952, pp. 27-32.

⁴⁶⁶ En tal sentido, puede verse, SÁNCHEZ BEATO, Carlos, *Manual de funcionarios y empleados*, Imprenta Arroyo Fernández y Ca., La Habana, 1925; ÁLVAREZ MENA, Máximo, *Servicio Civil*, tomo I..., ob. cit.; ÁLVAREZ CASTELLÓN, Wilfredo y Carlos SÁNCHEZ BEATO, *Deberes y Derechos de funcionarios y empleados públicos*, s/e, La Habana, 1942; LAZCANO Y MAZÓN, A.M., *Ley de jubilación de funcionarios y empleados públicos*, 2ª edición, Editorial Librería Selecta, La Habana, 1948; D'ESTÉFANO PISANI, Miguel A., *Servicio y Retiro Civil*, Jesús Montero Editor, la Habana, 1951; D'ESTÉFANO PISANI, Miguel A., *Retiro Civil*, Jesús Montero Editor, la Habana, 1959; CÓRDOVA Y ÁLVAREZ, Luis, ob. cit.

⁴⁶⁷ Véase RODRÍGUEZ PÉREZ, Homero, *Manual...*, ob.cit.

⁴⁶⁸ Véase GARCINI GUERRA, Héctor y Miguel REYES, *Manual...*, ob. cit., pp. 127 y 128.

que ostentan los funcionarios, actúan bajo las órdenes e instrucciones de estos y realizan actos preparatorios o de ejecución de los actos administrativos que producen los funcionarios, y en esa forma participan de modo secundario en la formación de la voluntad del organismo”.⁴⁶⁹ Dejando de lado, por irrelevante ahora, la distinción entre funcionarios y empleados públicos –propia de las influencias doctrinales de la época, pero ya inútil, como se examinó con anterioridad–, la postura teórica de GARCINI GUERRA deja entrever los matices propios de la relación orgánica al centrar la atención en el matiz representativo, consecuencia de la subsunción del titular en el órgano, cuya voluntad es la que el funcionario público actúa.

Lo anterior, recuerda, en este sentido, a la doctrina italiana, de la cual se percibe cierta influencia en los postulados teóricos de este autor. Esta valoración es más evidente en su texto de 1983, por el manejo que hace de la expresión oficio público, aplicado al contexto funcional: “La legislación vigente entre nosotros distingue, clasificándolos, a los agentes de la Administración Pública y para ello atiende a los efectos jurídicos producidos al ejercer las funciones que desempeñan en virtud del oficio público de que son titulares. [...] Su fuerza de trabajo la dedican a las tareas administrativas de modo permanente puesto que si cumplen con los deberes que la ley les señala, mantienen la titularidad del oficio público que desempeñan en tanto el oficio subsista”.⁴⁷⁰

Con posterioridad a la obra GARCINI GUERRA, la cuestión relativa a la noción de funcionario público y cualquier debate a su respecto quedó silenciada del ámbito doctrinal del Derecho Administrativo patrio.

III.3.2. El sistema de categorías en el marco constitucional y legislativo desde 1976 hasta 2019. Precisiones de contenido y alcance

Difuminado el particularismo iusadministrativo de la función pública, a partir de la Constitución cubana de 1976, el análisis exige recolocar el hilo conductor en cuanto al tratamiento de la definición de funcionario público por el Derecho positivo, la jurisprudencia y la doctrina, pues la categoría se desnaturaliza, cambia su sentido, su alcance y adquiere una concepción híbrida, a medio andar entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo.

De cualquier manera, no será localizable en ninguno de los dos ámbitos jurídicos una definición de funcionario público hasta la actualidad, porque en la nueva perspectiva se suprimiría el adjetivo ‘público’, con el manejo de un esquema categorial previsto en la propia Constitución de 1976 y

⁴⁶⁹ Véase GARCINI GUERRA, Héctor y Miguel REYES, *Manual...*, ob.cit., p.135.

⁴⁷⁰ Véase GARCINI GUERRA, Héctor, *Derecho Administrativo*, ob. cit. pp. 156 y 159.

complementado por la legislación posterior, conformado por los sintagmas agentes del Estado⁴⁷¹ (presunto género) y dirigentes,⁴⁷² funcionarios,⁴⁷³ empleados,⁴⁷⁴ autoridades⁴⁷⁵ y cuadros (como especies). En la actualidad, solamente tienen operatividad, en lo fundamental para los ámbitos administrativo y laboral, las categorías funcionario y cuadros –aunque formalmente coexisten todas ellas–. Lo cierto es que se trata de etiquetas que no responden, ni siquiera, a una clasificación precisa, pues se establecen sobre la base de criterios diferentes y técnicamente no se excluyen entre sí. Ello impide establecer su diferenciación teórica en virtud de juicios uniformes. Dirigente, por ejemplo, se erigía sobre un criterio material; funcionario, en virtud de un fundamento técnico-laboral y cuadros, sobre un basamento objetivo y político.

El análisis de la categoría dirigente arroja observaciones interesantes en cuanto al tema en estudio. Tomando como eje al funcionario público –en una perspectiva teórica y técnica–, ambos conceptos no son equiparable. La noción de dirigente –en cuanto es una cualidad que puede ostentar el funcionario público, pero no le es exclusiva a este– siempre será más amplia en su alcance y más estricta en su contenido pues solo incluiría a los funcionarios públicos cuya función sea de esa índole. Conceptúan esta categoría el precitado Reglamento General de los Organismos de la Administración Central del Estado de 1978;⁴⁷⁶ el DL No. 36 de 1980⁴⁷⁷ y el DL No. 197 de 1999.⁴⁷⁸ Adicionalmente, el DL No. 196 de 1999, relativo al Sistema de trabajo con los cuadros del Estado y el Gobierno, contiene también una definición de la voz dirigente y añade el vocablo directivo que reserva para los cargos de dirección fuera de la estructura organizativa estatal y gubernamental.⁴⁷⁹ Sin embargo, la

⁴⁷¹ Artículo 26: Toda persona que sufre daño o perjuicio causado indebidamente por funcionarios o agentes del Estado con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos, tiene derecho a reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización en la forma que establece la ley.

⁴⁷² Artículo 10: Todos los órganos del Estado, sus dirigentes, funcionarios y empleados, actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias y tienen la obligación de observar estrictamente la legalidad socialista y velar por su respeto en la vida de toda la sociedad.

⁴⁷³ Artículos 10, 26, 68, inciso b, 98, inciso o y 99, inciso ch.

⁴⁷⁴ Artículo 10.

⁴⁷⁵ Artículos 18, 32, 34, 60, 63, 106. El uso del vocablo está asociado al poder decisorio en varias material.

⁴⁷⁶ En su artículo 281 considera dirigente de un organismo “a su jefe, a los vicepresidentes o viceministros, a los jefes de las unidades organizativas mayores, a los delegados y subdelegados de las delegaciones territoriales, a los que desempeñan la jefatura de las restantes unidades organizativas y a quienes participan con el jefe de la unidad organizativa en la dirección de la misma”.

⁴⁷⁷ En su artículo 1, define dirigente como “los trabajadores que en cualquier instancia de aquella [de la Administración estatal] ocupan un cargo de dirección permanente o provisionalmente, definido como tal en la estructura orgánica correspondiente y responden por determinadas facultades de decisión y mando, con las correspondientes funciones, atribuciones, obligaciones y, por consiguiente, se encuentran dentro de la referida categoría ocupacional”.

⁴⁷⁸ En el inciso a) de su artículo segundo, estima dirigente a “los designados para desempeñar cargos de dirección en la función pública que cumplen los órganos estatales de niveles superior e intermedios, los organismos de la Administración Central del Estado, entidades nacionales y en las uniones, empresas, entidades empleadoras, otras organizaciones económicas estatales y unidades presupuestadas, con independencia de la denominación que en cada lugar se utilice”.

⁴⁷⁹ Artículo 3: Los sujetos del presente decreto-ley se clasifican de la forma siguiente: a) *dirigentes superiores* del Estado y del Gobierno: Son los que en la función pública ocupan los cargos de dirección del más alto rango, definidos como tales

clasificación tripartita que termina por hacer este decreto de lo que podría denominarse, en términos genéricos, la función directiva estatal, deja entrever una diferenciación jerárquica-funcional que permite asociar a los dirigentes superiores con los gobernantes o servidores públicos políticos—; a los dirigentes intermedios, con funcionarios públicos que desempeñan, dentro de la actividad directiva, funciones de índole técnica-ejecutiva, y a los directivos, con los funcionarios públicos que pudieran encabezar los entes de la Administración instrumental.

Merece especial atención también el vocablo cuadros que comienza a adquirir relevancia con la creación de la Comisión Central de Cuadros del Estado Cubano, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 1976. Su despliegue jurídico como categoría inicia con el DL No. 82 de 1984, “Sobre el Sistema de Trabajo con los Cuadros del Estado” y su Reglamento, puesto en vigor por el Decreto No. 125 del propio año. Desde ese momento, se erige elemento medular en la esfera de la organización del personal administrativo —y estatal, en general—.

En este caso, debe decirse, que la alocución cuadro no está asociada a uno de los elementos típicos del modelo de función pública francesa, sino que se configura, *ab initio*, como una condición, que podía —o no— ostentar el dirigente. En cuyo caso podían existir dirigentes no cuadros y cuadros no dirigentes, pues el propio precepto del DL No.82 de 1984, matizaba el concepto con la expresión: “como regla general, ocupan cargos de la categoría ocupacional de dirigente”.

Con la ordenación posterior, el rol de la categoría se invirtió. Así, en la actualidad, ‘cuadro’ es considerada una categoría ocupacional⁴⁸⁰ y, además, subsumió a la de dirigente. Por lo tanto,

en la Constitución de la República, en las leyes y en las disposiciones del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros sobre la organización, atribuciones y funciones de los organismos de la Administración Central del Estado y demás órganos subordinados al Consejo de Estado y al Consejo de Ministros. Son los electos por la Asamblea Nacional del Poder Popular para ocupar cargos profesionales dentro del aparato del Estado y del Gobierno, y los designados por este órgano y por los consejos de Estado y de Ministros para ocupar similares responsabilidades. Los dirigentes superiores tienen la representación del Estado y del Gobierno según el caso, y autoridad propia y amplias facultades de decisión y mando en el ejercicio de las atribuciones y funciones asignadas al organismo u órgano que corresponda./b) *dirigentes intermedios* del Estado y Gobierno: Son los que en la función pública ocupan cargos de dirección en unidades organizativas de los órganos y organismos estatales de nivel nacional o local, cuya función es la instrumentación y ejecución, en lo que les compete, de la política aprobada. Son los designados por los jefes de los órganos estatales y de los organismos de la Administración Central del Estado y los electos o designados, por las asambleas provinciales y municipales del Poder Popular. Artículo 3, inciso c) *directivos*: Son los que en las empresas y uniones de empresas de la producción y los servicios u otras organizaciones económicas estatales, con personalidad jurídica propia; en las unidades presupuestadas, y en las entidades empleadoras de las inversiones extranjeras, ocupan los cargos de dirección de mayor responsabilidad, adoptan las decisiones más importantes sobre la actividad fundamental, la gestión económica o las finanzas, y la utilización de los recursos materiales y humanos de la entidad o institución que dirigen. Tienen autoridad y ostentan la representación de la entidad o institución de que se trate. Son los designados como jefes o integrantes de los órganos colectivos de dirección de las organizaciones empresariales estatales y unidades presupuestadas, por los jefes de los organismos de la Administración Central del Estado, de las entidades nacionales, por las asambleas provinciales y municipales del Poder Popular o por quienes en éstos deleguen.

⁴⁸⁰ Reglamento del Código de Trabajo, puesto en vigor por el Decreto 326 del Consejo de Ministros, de 12 de junio de 2014, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 29 de 17 de junio de 2014. Artículo 118: [...] Las categorías ocupacionales son: operarios, trabajadores administrativos, trabajadores de servicios, técnicos y cuadros.

presupone que también asume en su alcance y contenido las esferas de actuación en la que aquellos se desenvolvían.

El tracto conceptual evolutivo de la categoría ‘cuadro’ tiene una dimensión normativa que se manifiesta, de inicio, en el precitado DL No. 82 de 1984⁴⁸¹, luego en el DL No.196 de 1999⁴⁸² y en el precitado Acuerdo del CECM de 2010.⁴⁸³ Sin embargo, la expresión igualmente tiene una arista que se evidencia en el propio discurso político que, de apoco, va permeando su materialización jurídica. La expresión fundamental de esta idea, encuentra un punto preciso en el concepto dado por Ernesto *Che* Guevara:

“Un cuadro es un individuo que ha alcanzado el suficiente desarrollo político como para poder interpretar las grandes directivas emanadas del poder central, hacerlas suyas y transmitir las como orientación a la masa, percibiendo además las manifestaciones que ésta haga de sus deseos y sus motivaciones más íntimas. Es un individuo de disciplina ideológica y administrativa, que conoce y practica el centralismo democrático y sabe valorar las contradicciones existentes en el método para aprovechar al máximo sus múltiples facetas; que sabe practicar en la producción el principio de la discusión colectiva y decisión y responsabilidad únicas, cuya fidelidad está probada y cuyo valor físico y moral se ha desarrollado al compás de su desarrollo ideológico, de tal manera que está dispuesto siempre a afrontar cualquier debate y a responder hasta con su vida de la buena marcha de la Revolución. Es, además, un individuo con capacidad de análisis propio, lo que le permite tomar las decisiones necesarias y practicar la iniciativa creadora de modo que no choque con la disciplina”.⁴⁸⁴

Por otro lado, la definición aportada por el Acuerdo del CECM de 2010 –además de incorporar un elemento axiológico idéntico al que previó para los funcionarios y la capacidad demostrada– amplía el alcance de la categoría. En este sentido, el DL No.196 es absoluto al asociar cuadro a función

⁴⁸¹ En su artículo 3, define cuadros como aquellos “trabajadores que, como regla general, ocupan cargos de la categoría ocupacional de dirigente en una entidad del Estado, desde determinado nivel.

⁴⁸² En su artículo 2, considera cuadros a “los trabajadores que por sus cualidades, capacidad de organización y dirección, voluntad y compromiso expreso de cumplir los principios establecidos en el Código de Ética de los Cuadros del Estado, son designados o electos para ocupar cargos de dirección en la función pública, así como en los sistemas de las organizaciones económicas y unidades presupuestadas del Estado y del Gobierno.

⁴⁸³ Estima que cuadro “es el trabajador que posee la capacidad técnico-laboral requerida, una sólida preparación y habilidad de dirección, disciplina administrativa, constante exigencia, vela por el uso concreto de los recursos puestos a su disposición, cuenta con un conjunto de cualidades político ideológicas y éticas, a sume los principios consagrados en la constitución y el programa del Partido; es elegido o designado para ocupar cargos de dirección u otros que por la importancia de las funciones que cumple lo requieran, en los órganos superiores, demás órganos estatales, entidades presupuestadas y el sistema empresarial”.

⁴⁸⁴ Véase GUEVARA DE LA SERNA, Ernesto, “El cuadro, columna vertebral de la Revolución”, en *Revista Cuba Socialista*, septiembre de 1962, disponible en <https://www.archivo.juventudes.org>, consultada el 5 de septiembre de 2019.

directiva. Sin embargo, el referido Acuerdo prevé la posibilidad de que esta categoría pueda ostentarse por trabajadores que se desempeñan en “otros” cargos que no son propiamente de dirección.

El rol de los cuadros del Estado y el Gobierno, así como el desarrollo que alcanzó su estructura y funcionamiento, ha constituido un segmento de regulación significativo de lo que pudiese considerarse parte del régimen jurídico de la función pública en Cuba. El sistema de ordenación que al respecto se articula deleva gran importancia, fundamentalmente por las particularidades de su régimen legal –que denota acercamientos con postulados propios de una ordenación especial en el contexto de un esquema de carrera funcional. Lo anterior se sustenta en que se define sobre principios de jerarquización, escalas salariales, estructuras y plantillas, competencias, régimen laboral, movimientos, régimen disciplinario particular, formación especializada, estimulación, entre otras. Esto es perceptible en la propia normativa que para ordenar la materia se fue estableciendo. Desde el inicio, se singularizó un espacio de regulación especial para los cuadros y, luego para los llamados funcionarios.⁴⁸⁵

⁴⁸⁵ Véase, a modo ilustrativo, con una perspectiva evolutiva: En el ámbito propio de la organización de la Administración del Estado: Ley No.1323 de 1976, “Ley de Organización de la Administración Central del Estado” (modificada por los Decretos Leyes: 8/77, 10/77, 31/80); el Decreto No. 1 del Consejo de Ministros de 23 de junio de 1978 –*Gaceta Oficial Ordinaria* No. 26. de 17 de agosto de 1978– (aprueba el Reglamento General de los Organismos de la Administración Central); DL No.67, “De la organización de los Organismos de la Administración Central del Estado”, de 19 de abril de 1983 –*Gaceta Extraordinaria* 9 del propio día– (Modificado por los Decretos Leyes: 79/84, 114/89, 115/89, 117/89, 118/90, 119/90, 129/91, 146/93, 257/07, 272/10, 282/11.); el DL No. 78 de 1984, “Reglamento General de los Organismos de la Administración Central del Estado” (*Gaceta Oficial Extraordinaria* No.6 de 29 de marzo de 1981); DL No.147/94, “De la reorganización de los Organismos de la Administración Central del Estado” de 21 de abril de 1994 –*Gaceta Extraordinaria* 2 del propio día– (Modificado por los Decretos Leyes: 188/98, 193/93, 204/00, 219/01, 272/10, 281/11, 287/11, 296/12, 299/12, 301/12, 303/12, 324/14). En todos los casos contienen preceptos referidos a los dirigentes y funcionarios. Asimismo, puede verse: El DL No.36 “Sobre la Disciplina de los dirigentes y funcionarios administrativos estatales”, mediante el cual comienzan a recibir un tratamiento especial sobre régimen disciplinario. (*Gaceta Oficial Ordinaria* no. 18 de 2 de abril de 1980); Resolución No. 681 del Comité de Trabajo y Seguridad Social, que dispuso los cargos considerados como dirigentes que debían ser médicos (*Gaceta Oficial Ordinaria* No.75 de 30 de julio de 1981); DL No. 34 de 12 de marzo de 1981 respecto a los dirigentes y funcionarios técnicos de la docencia o que trabajaban en contacto con los educandos; Decreto No. 84/81 de 19 de marzo de 1981 “Procedimiento para exonerar a funcionarios y dirigentes de medidas disciplinarias indebidamente impuestas” –*Gaceta Edición Especial* 7 de 8 de abril de 1981 (derogado por el DL No.268/09 de 26 de junio de 2009 y este, a su vez, por la Ley No. 116/14, “Código de Trabajo”); Decreto No. 93/81, Reglamento del DL No.36/80 sobre la disciplina de los dirigentes y funcionarios administrativos estatales”, de 18 de junio de 1981 –*Gaceta Ordinaria* 76 de 31 de julio de 1981–; DL No.82 de 1984 Sistema de Trabajo con los Órganos del Estado. (*Gaceta Oficial Extraordinaria* no.13 de 14 de septiembre de 1984) y su reglamento, DL No. 125 de 1984; el DL No.92 de mayo de 1986, Sobre la Responsabilidad material de los dirigentes, funcionarios y demás trabajadores (establece que son sujetos del mismo los dirigentes, funcionarios y demás trabajadores del sector estatal entendiéndose por ello que se aplica a los trabajadores en general, cualquiera que sea su categoría ocupacional en las distintas entidades del país, excepto las que laboran en el sector privado); DL No. 196 de 1999, “Sistema de trabajo con los cuadros del Estado y del Gobierno” y el DL No. 197 de 1999, “Sobre las relaciones laborales del personal designado para ocupar cargos de dirigentes y funcionarios” (Ambos textos derogaron respectivamente el DL No.36 y el DL No.82 de 1984 y se encuentran vigentes con modificaciones en la actualidad); la Resolución No.15 de 2000, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; La Resolución no.16 de 18 de Abril del 2000, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (establece los cargos que tendrán la condición de funcionarios en Cuba). Véase también VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia, *Derecho Laboral cubano...*, ob. cit., p.327).

De tal modo, la condición de funcionario público, en el contexto descrito, solo tendrá una existencia material,⁴⁸⁶ subyacente de concepciones jurídicas deformadas, localizable en el ámbito normativo del Derecho Laboral y bajo postulados, esencialmente propios de esta rama.⁴⁸⁷ Ello se colige a partir de un ejercicio de integración, tomando el marco constitucional de 1976 –que develaba la existencia de solo cinco categorías integrante del aparato burocrático cubano– y la normativa que posteriormente fuera definiendo el contenido y alcance de algunas de ellas.

Puede entenderse, entonces, como esquema básico, que la categoría agentes del Estado, es la que tenía vocación de género por su sentido gramatical y contexto en el que fue utilizada. Ello, sorteando las interferencias que puede generar la redacción del precepto que la contenía (artículo 26) –al referirse a funcionarios o agentes del Estado sugiriendo que se trata de nociones distintas–. Por lo tanto, si se asume una noción amplia de función pública –sea en sentido material o, incluso, técnico– entendiéndola como función del Estado y asociándola al personal a su servicio, incluidos todos sus

⁴⁸⁶ Ello se colige a partir de un ejercicio de integración, tomando el marco constitucional de 1976 –que develaba la existencia de solo cinco categorías integrante del aparato burocrático cubano– y la normativa que posteriormente fuera definiendo el contenido y alcance de algunas de ellas. Puede entenderse, entonces, como esquema básico, que la categoría *agentes del Estado*, es la que tenía vocación de género por su sentido gramatical y contexto en el que fue utilizada. Ello, sorteando las interferencias que puede generar la redacción del precepto que la contenía (artículo 26) –al referirse a *funcionarios* o *agentes del Estado* sugiriendo que se trata de nociones distintas–. Por lo tanto, si se asume una noción amplia de función pública –sea en sentido material o, incluso, técnico– entendiéndola como función del Estado y asociándola al personal a su servicio, incluidos todos sus ámbitos funcionales, ello conduce a la idea que los *agentes del Estado* cubano son, en este caso, los dirigentes, funcionarios o empleados. Diseñándose, de a poco, un régimen especial para los dos primeros y quedando la última categoría regulada exclusivamente por el Derecho Laboral. Luego, la normativa especial que regula los tipos dirigente y funcionario, ha sido asumida, en cierta medida, como parte de la ordenación de los cuadros –categoría que surge con posterioridad y termina por absorber a todos los dirigentes y a los funcionarios que realicen función directiva–. De tal modo, que lo que pudiera tenerse técnicamente como funcionario público y función pública, está contenido dentro de estas tres figuras (dirigente, funcionario y cuadros) y en su ámbito de regulación. Es por ello que, inevitablemente, debe ararse en esos campos, para escrutar los elementos actuales –más o menos adecuados, con mayor o menor identidad técnica y eficacia– del sistema de las nociones de función pública y funcionario público en Cuba.

⁴⁸⁷ En este sentido la intervención del Derecho Administrativo ha sido, cuanto menos, difusa y es desde el Derecho Laboral que, con mayor o menor intensidad, y de modo más o menos directo, se ha regulado el asunto. La Ley No. 49 de 1984, “Código de Trabajo” (Gaceta Oficial Extraordinaria, No. 3 de 3 de abril de 1985, en su artículo 3, al regular los principios fundamentales que rigen el Derecho Laboral cubano, se pronunciaba expresamente sobre los *funcionarios*, a los que asumía como sujetos destinatarios de sus normas. A partir del reconocimiento general del apartado ch) del propio artículo tercero (dispone como principio que: “las personas tienen acceso, según sus méritos y capacidades, a los cargos y empleos y perciben igual salario por igual trabajo”), considerando los artículos 62 (La relación laboral para ocupar cargos de dirección, funcionarios y otros de características similares, se inicia mediante la designación del trabajador por la autoridad u órgano facultado para ello) y 63 (La relación laboral para ocupar cargos que conforme con la ley son electivos y que además requieren un desempeño a tiempo de trabajo completo, se inicia mediante la elección del trabajador.), así como la Sección Quinta (Infracciones de la disciplina laboral y aplicación de medidas disciplinarias a los dirigentes y funcionarios administrativos estatales), se ofrece luces acerca del sometimiento de los funcionarios y dirigentes al régimen jurídico laboral. Véase, por ejemplo, VIAMONTE GUILBEAUX, Eulalia: *Elementos de Derecho Laboral Cubano*, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1987, obra completa-. De la misma autora, “El Derecho Laboral como rama autónoma del Derecho”, en Colectivo de Autores, *Derecho Laboral*, Parte General, ob. cit., p.72, al referirse a los sujetos de la relación laboral en Cuba: “...tiene como sujetos de la relación a obreros y empleados que desarrollan su actividad laboral en la esfera de la producción o los servicios, trabajo que puede ser indefinido, temporal o estacional y los funcionarios y dirigentes que organizan y dirigen el trabajo” y a p.83, “Las instituciones del Derecho Laboral son aplicables en su totalidad a los trabajadores de la Administración Pública”.

ámbitos funcionales, ello conduce a la idea que los agentes del Estado cubano son, en este caso, los dirigentes, funcionarios o empleados.

De esta manera se fue diseñando, de a poco, un régimen especial para los dos primeros, quedando la última categoría regulada exclusivamente por el Derecho Laboral. Luego, la normativa especial que regula los tipos ‘dirigente’ y ‘funcionario’ ha sido asumida, en cierta medida, como parte de la ordenación de los cuadros –categoría que surge con posterioridad y termina por absorber a todos los dirigentes y a los funcionarios que realicen función directiva–. De tal modo, que lo que pudiera tenerse técnicamente como funcionario público y función pública, está contenido dentro de estas tres figuras (dirigente, funcionario y cuadro) y en su ámbito de regulación. Es por ello que, inevitablemente, debe ararse en esos campos para escrutar los elementos actuales –más o menos adecuados, con mayor o menor identidad técnica y eficacia– del sistema de las nociones de función pública y funcionario público en Cuba. Es, por tanto, dentro de este escenario donde es preciso analizar cómo se define en el Derecho positivo la categoría funcionario sobre la base de los nuevos fundamentos que se van sosteniendo, en lo fundamental, a partir del marco constitucional de 1976.

En este sentido han sido cuatro las disposiciones normativas que han delimitado conceptualmente la categoría funcionario: el Decreto No. 1 del Consejo de Ministros de 23 de junio de 1978, que contiene el Reglamento General de los Organismos de la Administración Central del Estado;⁴⁸⁸ el DL No. 36 de 2 de abril de 1980, “Sobre la disciplina de los dirigentes y funcionarios administrativos estatales”; el DL No. 197 de 1999, “Sobre las relaciones laborales del personal designado para ocupar cargos de dirigentes y funcionarios”, y el Acuerdo sin número del CECM de 22 de julio de 2010.

El referido Reglamento General de los Organismos de la Administración Central del Estado, en su artículo 31, consideraba funcionarios “a aquellos trabajadores con atribuciones específicas y que tienen a su cargo actividades de asesoría, elaboración de dictámenes y otros documentos, estudios, investigación, inspección, supervisión u otras, o que tienen alguna esfera de decisión propia”.

El citado DL No. 36 de 1980⁴⁸⁹ utiliza una formulación similar: “Aquellos trabajadores que poseen atribuciones específicas, tienen a su cargo actividades como las de asesoría, estudios, investigación, inspección, supervisión y otras análogas o que tienen alguna esfera de decisión propia”.

En ambos casos, la definición tiene una base material, donde lo más relevante son las actividades que realiza el funcionario en el puesto de trabajo que desempeña; se percibe además, el contenido técnico de esas labores. En palabras de GARCINI GUERRA, “la definición proyecta la condición de *funcionario*,

⁴⁸⁸ Decreto No. 1 del Consejo de Ministros de 23 de junio de 1978 –*Gaceta Oficial* Ordinaria No. 26. de 17 de agosto de 1978– (aprueba el Reglamento General de los Organismos de la Administración Central).

⁴⁸⁹ Artículo 1, segundo párrafo.

principalmente en la competencia referida a la realización de funciones técnicas, puede estimarse que su ámbito está ceñido a actividades internas del organismo sin alcanzar a la emisión de actos administrativos y por exclusión, el resto del personal que trabaje en un organismo de la Administración Central del Estado, se incluye en el rubro de los demás trabajadores”.⁴⁹⁰

Por su parte, el DL No. 197 de 1999 ofrece luego una definición más compleja: “Los designados para desempeñar cargos de carácter profesional de complejidad y responsabilidad en la función pública o en las entidades de producción, servicios, administración y otras, teniendo atribuciones específicas y alguna esfera de decisión limitada. Pueden organizar, distribuir y controlar la labor de un pequeño grupo de trabajadores. Ocupan cargos como los de asesores, auditores, inspectores, supervisores, especialistas principales y otros análogos, así aprobados en la legislación específica”.

Aquí puede acotarse la existencia de un elemento formal –la designación como técnica de acceso– y de uno objetivo o material –ejercicio de una actividad estatal y determinadas facultades decisorias–. De manera indirecta –porque no se colige de la definición– debe considerarse la especialidad del régimen jurídico⁴⁹¹ y el vínculo estructural con una entidad estatal, cualquiera que sea la naturaleza de sus funciones.

Lo primero es consecuencia de la derogación que esta disposición normativa realiza de la Sección quinta,⁴⁹² “Infracciones de la disciplina laboral y aplicación de medidas disciplinarias a los dirigentes y funcionarios administrativos estatales”, y la Sección décima,⁴⁹³ “Rehabilitación de los dirigentes y funcionarios administrativos estatales”, ambas del Capítulo VI, relativo a la Disciplina laboral, de la Ley No. 49, Código de Trabajo, de 24 de abril de 1985. El efecto inmediato se manifestó en el retorno a la ordenación, fuera de los predios iuslaborales, de las principales relaciones y situaciones jurídica de los funcionarios, que había tenido una experiencia previa con el DL No. 36 de 1980. Esto idea se refuerza si se toma en cuenta que la posibilidad de solución de conflictos discurrirá solo en el ámbito administrativo, como se ilustró al abordar el tema del modelo de función pública cubano.

El segundo aspecto se evidencia por la propia finalidad de esta normativa y la esencia de la categoría funcionario que propone, que no deja alternativa a que pueda operar en ningún ámbito privado. Así

⁴⁹⁰ GARCINI GUERRA, Héctor, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p.160 y ss.

⁴⁹¹ La línea analítica seguida respecto del modelo de función pública, se sostiene también aquí para considerar que ese régimen jurídico especial es preminentemente administrativo por el contenido de su regulación, la naturaleza y efectos de las relaciones y situaciones jurídicas que prevé para sus destinatarios.

⁴⁹² Artículos del 171 al 178

⁴⁹³ Artículos del 193 al 195.

queda claro en el artículo primero cuando se expresan de manera taxativa las estructuras estatales donde pueden ser ocupados los cargos de funcionario.⁴⁹⁴

Por último, el Acuerdo sin número del CECM de 22 de julio de 2010, si bien tiene como objetivo establecer indicaciones para el perfeccionamiento del sistema de trabajo con los cuadros del Estado y el Gobierno, contiene una definición de funcionario que incorpora nuevos elementos a la prevista en el DL No. 197 de 1999. En tal sentido considera que el funcionario es: “El trabajador de la categoría ocupacional de técnico que realiza labores de complejidad y responsabilidad en la función pública y en las entidades de producción, servicios y administrativas, posee cualidades políticas-ideológicas y éticas, y un nivel de preparación acorde a las funciones que realiza”.⁴⁹⁵

El referido Acuerdo no solo tiene un matiz modificadorio de una norma de superior jerarquía, sino que tiene un efecto similar respecto a otra disposición legal ajena a su objeto y contenido de regulación. En este caso, adiciona a la definición de funcionario ofrecida por el DL No. 197 de 1999, un componente que complementa su elemento subjetivo –capacidad demostrada– y le coloca un *elemento axiológico* expreso, al considerar las cualidades *políticas-ideológicas* y éticas. Esto último es expresión del incremento del nivel de *politización* de la noción de funcionario que se inserta en el fenómeno descrito, más general, con respecto a la función pública.⁴⁹⁶

De acuerdo con lo anterior, a modo conclusivo, puede decirse que, a la luz del ordenamiento jurídico vigente, el funcionario público en Cuba puede definirse como: el trabajador que pertenece a la categoría ocupacional de técnico o cuadro, sea designado o electo (elemento formal) para desempeñar cargos de dirección o de carácter profesional de complejidad y responsabilidad en la función pública,

⁴⁹⁴ Artículo 1: El presente decreto-ley tiene como objetivo, establecer las disposiciones generales que rigen las relaciones jurídico-laborales de los ciudadanos cubanos y los extranjeros residentes permanentes en Cuba, cuyos vínculos de trabajo se formalizan mediante designación por la autoridad u órgano facultado, para desempeñar cargos de dirigentes y de funcionarios, en:

- a) los órganos estatales, incluidos los órganos locales del Poder Popular, los organismos de la Administración Central del Estado; las dependencias administrativas de éstos y las entidades nacionales;
- b) las empresas, uniones, otras organizaciones económicas estatales con personalidad jurídica propia, las unidades presupuestadas y las empresas y unidades dependientes de las organizaciones políticas, sociales y de masas;
- c) las entidades empleadoras de la inversión extranjera;
- d) otras entidades con capacidad jurídica para establecer relaciones laborales que sean determinadas por el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros.

⁴⁹⁵ Antecede a esta definición una introducción que presenta los funcionarios como “trabajadores que pertenecen a la categoría ocupacional de técnicos, por la naturaleza de sus funciones, una parte de ellos, se encuentran próximos a las categorías de cuadros y constituyen la principal cantera para la selección de la reserva de los cuadros ejecutivos”.

⁴⁹⁶ Distanciándose de la definición contenida en el DL No.197 de 1999, Sobre las relaciones laborales del personal designado para ocupar cargos de dirigentes y de funcionarios, el precitado Acuerdo del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, establece la siguiente definición de funcionario: “Es el trabajador de la categoría ocupacional de técnico que realiza labores de complejidad y responsabilidad en la función pública y en las entidades de producción, servicios y administrativas, posee cualidades políticas-ideológicas y éticas, y un nivel de preparación acorde a las funciones que realiza”.

con un nivel de preparación acorde con las funciones que realiza, con atribuciones específicas, alguna esfera de decisión y sometido a un régimen jurídico preeminentemente administrativo (elemento objetivo o material) y que posee cualidades político-ideológicas y éticas, acordes con los principios consagrados en la Constitución y el programa del Partido (elemento axiológico).

Una última precisión se impone en correspondencia con lo anterior. Sin dudas, uno de los desmanes que plantea el ejercicio de construcción teórica acometido –y que de hecho frustra cualquier intento de sostener una noción precisa de funcionario público en el orden técnico, en virtud del ordenamiento jurídico cubano actual– es que presupone, como punto de partida, una delimitación conceptual de lo que se entiende por función pública. Se trata de una categoría que únicamente aparece en el contexto normativo de los decretos leyes 196 y 197, asociado de alguna manera al ámbito funcional. Sin embargo, su acepción es dubitativa y cualquier interpretación que se realice a tenor de lo preceptuado en las referidas disposiciones, conduce a una encrucijada teórica.

Por un lado, pareciese que se trata de una acepción restringida a la esfera funcional de la estructura organizativa central del Estado –al emplear la fórmula “en la función pública o en las entidades de producción, servicios, administración y otras”–. La conjunción disyuntiva “o” deja entrever dos grandes espacios del funcionamiento estatal y, teniendo en cuenta la especificidad del segundo grupo –que excluye de la función pública, al parecer, hasta la esfera administrativa–, pudiera entenderse que función pública se refiere a la organización política del Estado o, al menos, a lo que en su momento incluyeron las categorías de dirigentes superiores (gobernantes) e intermedios (germen gnoseológico de los funcionarios políticos o de confianza).

Empero, una interpretación así, conduciría a una concepción muy estricta de funcionario público que no contemplaría al cuerpo técnico de funcionarios que, en definitiva, es el de mayor relevancia iusadministrativa. En otro sentido, contemplar en la definición ambas esferas de funcionamiento –organización política del Estado y las entidades de producción, servicios, administración, etcétera–, sin mayores precisiones, extendería su alcance de modo tal que contemplaría otro personal ajeno a la condición técnica de funcionario público. Por tanto, innegablemente, ello refuerza la idea defendida *up supra* de que la expresión función pública no es útil en pos de una noción precisa y adecuada de funcionario público como categoría jurídica administrativa, mucho menos en el contexto cubano tal y como se presenta.

III.3.3. Comentario sobre la definición de funcionario público en el Código Penal cubano

La temática relativa a la definición de funcionario público que figura en el Código Penal cubano vigente⁴⁹⁷ ha suscitado disímiles problemáticas en el orden teórico y práctico durante su vigencia, fundamentalmente al tiempo de determinar, en casos concretos, la condición de sujeto especial respecto de algunas figuras delictivas. Tal asunto es ajeno en su profundidad y extensión a la materia y propósito que ocupa la presente investigación. No obstante, existe un punto de conexión con el tema en estudio que no debe obviarse. Esto es, la definición de funcionario público que proyecta la ley sustantiva penal en su artículo 173 es, desde la promulgación de este cuerpo normativo, la única localizable en el ordenamiento jurídico cubano.⁴⁹⁸ Por tal razón, su análisis adquiere una significación particular para la presente investigación.

Este precepto, que contiene la disposición complementaria del Título II, Libro II, Parte Especial, “Delitos contra la Administración y la jurisdicción”, del Código Penal, establece que: “A los efectos de este Título, se entiende por funcionario público toda persona que tiene funciones de dirección o que ocupe un cargo que implique responsabilidad de custodia, conservación o vigilancia en organismo público, institución militar, oficina del Estado, empresa o unidad de producción o de servicio”.

En el Derecho comparado es harto conocido el debate que ha generado la inclusión en la legislación penal de una definición propia de funcionario público, lo que excusa de hacer referencias bibliográficas que ni siquiera resultarían ilustrativas a los efectos que aquí interesan. Sin embargo, los autores cubanos no se han pronunciado demasiado en ese sentido, salvo algunos criterios interpretativos en torno a las definiciones que han existido en el ámbito penal o sobre la consideración de sujeto especial en determinadas figuras delictivas.⁴⁹⁹

⁴⁹⁷ Ley No. 62 de 29 de diciembre de 1987, “Código Penal”, publicada en la Gaceta Oficial Edición Especial, de 3 de diciembre de 1987.

⁴⁹⁸ Se concentra el análisis directamente en la definición de funcionario público provista por el Código Penal vigente, pues se trata de la misma que figuraba en el artículo 194 de su predecesora, la Ley 21 de febrero de 1979, publicada en la Gaceta Oficial Ordinaria No. 3 de 1ro de marzo 1979 (Copia Corregida, Gaceta Oficial Ordinaria No. 4 de 5 de marzo de 1979).

⁴⁹⁹ En una perspectiva evolutiva puede verse el escaso tratamiento al respecto de algunas de las referencias bibliográficas cubanas fundamentales en la materia. Véase MARTÍNEZ AGUSTÍN, *Código de Defensa Social vigente en la República de Cuba*, Jesús Montero editor, La Habana, 1939, p. 54 y ss.; RAGGI Y AGEO, Armando M., *Derecho penal Cubano, Código de Defensa Social, Estudio Teórico y Práctico*, tomo II, Cultural S.A, La Habana, 1939, p. 119 y ss.; TEJERA GARCÍA, Diego Vicente, *Comentarios al Código de Defensa Social*, tomo V, Jesús Montero editor, La Habana, 1946, p. 307 y ss.; MENÉNDEZ, EMILIO, *Código de Defensa Social concordado y anotado*, Librería Selecta, La Habana, 1952, p. 64 y ss.; VEGA VEGA, Juan, *Los delitos*, Instituto Cubano del libro, La Habana, 1968, p. 121 y ss., GRILLO LONGORIA, José A., *Los delitos en especie*, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1983, p. 147 y ss.; RIVERO, Danilo, “Delitos contra la Administración y la Jurisdicción” en Colectivo de Autores, *Derecho penal especial*, tomo I, Félix Varela, La Habana, 2003, p. 111 y ss.; MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, “El concepto...”, ob.cit., obra completa; YIN CABRERA, Yéldiz, “Para una definición...”, ob. cit. pp. 58-81; MEDINA CUENCA, Arnel, “Comentarios al Código Penal. Concordado y

Ahora bien, el nudo gordiano del asunto, ya desde hace algún tiempo, no es la presencia o no de definiciones específicas en la esfera penal, sino el alcance que ellas deben tener. En tal sentido, es necesario tomar como punto de partida que el valor jurídico de cualquier definición sectorial –como lo es esta– es limitado y opera solo en el ámbito de ordenación que la provee, en este caso la rama penal. Ello se debe, como se explicó precedentemente,⁵⁰⁰ al matiz específico y restringido propio de ese tipo de conceptos, lo cual explica y justifica su amplio alcance.

De tal modo, la atención que merece este asunto, para la presente investigación, se direcciona puntualmente hacia las problemáticas que genera su concepción y articulación, ajenas en sus bases teóricas a presupuestos iusadministrativos. Esta es una de las posibles aristas, de tantas, que puede tener la construcción teórica y virtualidad práctica de la aludida definición –la mayor parte de ellas, de interés para la doctrina penal–.

En tal sentido, la primera complejidad que devela el asunto es que al ser esta definición única en el ordenamiento jurídico cubano supone mayores riesgos, principalmente en materia de interpretación, en cuanto a posibles interconexiones entre las esferas penal y administrativa. Por un lado, a lo externo del Derecho Penal, por no existir otros referentes normativos, pudiera ser utilizada con fines ajenos a los de esta disciplina; por otro, a lo interno del propio ámbito jurídico penal pudiera también resultar insuficiente el concepto –como de hecho lo es– y derivar en interpretaciones extensivas puestas en función de criterios de política penal.

El planteamiento anterior tiene causa, en parte, en las propias insuficiencias del concepto. Este último, en primer lugar, se encuentra provisto técnicamente solo para el referido Título II, “Delitos contra la Administración y la jurisdicción”, del Código Penal, sin embargo, no es el único segmento donde se alude a la categoría funcional.⁵⁰¹ En segundo lugar, no ofrece criterios de distinción precisos que permitan distinguir las nociones de funcionario público y empleado público; ambas igualmente aludidas en algunas figuras delictivas del propio Título.⁵⁰²

En correspondencia con lo anterior, los elementos sobre los que se estructura la idea de funcionario público para el Código Penal cubano, son: la persona física (uno de los componentes del elemento

actualizado”, en MEDINA CUENCA, Arnel (Coordinador), Comentarios a las Leyes penales cubanas, Ed. UNIJURIS, La Habana, 2014, p. 114 (no se comenta el artículo 173, relativo a la definición de funcionario público).

⁵⁰⁰ Véase lo apuntado en II.3

⁵⁰¹ Véase Artículos: 250.1.3; 251.1.3; 252.1.3; 255, incisos d y e (relativos los delitos de Falsificación de documentos); 279.1, inciso c; 280.1.2 (relativos al delito de Privación de libertad); 291.1.2 (delito contra la libre emisión del pensamiento); 292.1.2 (Delitos contra los derechos de reunión, manifestación, asociación, quejas y petición); 293 (Delito contra el derecho de propiedad); 294.1.2 (Delito contra la libertad de cultos).

⁵⁰² Véase, por ejemplo artículos: 129. 1 (Revelación de Secreto Administrativo, de la Producción o de los Servicios); 132.1 (Revelación de Pruebas para la Evaluación Docente); 152.1 y 6 (Cohecho).

subjetivo); el ejercicio de funciones de dirección, de custodia, conservación y vigilancia, así como el nexo estructural con un ente estatal (elemento objetivo) y la ocupación de un cargo público en organismo público, institución militar, oficina del Estado, empresa o unidad de producción o de servicio (completa el elemento subjetivo al determinar la otra parte de la relación jurídica que implica el referido nexo).

En otro orden, si bien es claro que la construcción teórica de la definición del Código Penal excede fundamentos y contenidos iusadministrativos, su elaboración y aplicación no es del todo ajena a cimientos técnicos de esta rama jurídica. Muestra de ello es la necesidad que ha ido surgiendo de tener referentes administrativos al momento de la interpretación del artículo 173 del Código Penal y la visibilidad de resultados impropios que refuerzan la exigencia de contar con un referente conceptual único y de alcance general en el Derecho positivo, en pos de la coherencia y sistematicidad del ordenamiento jurídico. Esta concepción debe ser propuesta con sostenes teóricos iuspúblicos, sin apropiaciones por parte de otras ramas jurídicas que los desvirtúen.

Con meridiana claridad, la idea anterior se percibe ante la existencia de nociones iusadministrativas como parte de los elementos de la definición penal que, ineludiblemente, influyen en la interpretación del precepto y que no encuentran concepciones precisas en este ámbito. Ello, de cierta manera, puede generar interpretaciones inadecuadas –relacionadas, en lo fundamental, con el elemento subjetivo y parte del elemento objetivo aludidos–; cuestiones que implican atender a presupuestos gnoseológicos respecto a expresiones como *organismo público* o funciones de *custodia*, *conservación* o *vigilancia*, por ejemplo.

Estas últimas pueden estar vinculadas con verdaderos cometidos derivados de la función administrativa, principalmente, relativas a la actividad de control, con un trasfondo axiológico importante conectado con la moralidad pública, el prestigio de la Administración Pública y su normal funcionamiento –colegido especialmente del bien jurídico, protegido por el Título donde se encuentra inserta la definición de funcionario público: “Delitos contra la Administración y la jurisdicción”–.⁵⁰³ En esta línea de pensamiento, la jurisprudencia penal cubana no ha desgajado demasiado las características de la noción penal de funcionario público. Lo poco de lo que se dispone más bien denota cierta desorientación de los jueces a la hora de determinar la condición funcionarial en casos concretos. En este sentido puede considerarse como tal a quienes técnicamente para el Derecho

⁵⁰³ Véase VEGA VEGA, Juan, ob. cit., p. 121 y ss., GRILLO LONGORIA, José A., ob. cit., p. 147 y ss.; RIVERO, Danilo, ob. cit., p. 111 y ss.

Administrativo no lo serían⁵⁰⁴ y, aunque ocurre en menor medida, no estimarse otros que para la rama iusadministrativa ostentarían esta categoría.⁵⁰⁵

⁵⁰⁴ A modo de ejemplo, puede ilustrarse este planteamiento con la Sentencia No. 62 de 2014, causa No. 230 de 2013, Sala Segunda de lo Penal, Tribunal Provincial Popular La Habana, seguida por los delitos de Cohecho y Actividades económicas ilícitas. En este caso, debe advertirse que el tribunal omite la argumentación relativa a la condición de funcionario público, sin que puede colegirse de sus consideraciones qué elementos fácticos tuvo en cuenta para encuadrar a los acusados en dicho *status*, en consonancia con la definición del artículo 173. Sin embargo, es perceptible que el asunto controversial aquí radicaría en la naturaleza de “custodia, conservación o vigilancia” de sus funciones. Teniendo en cuenta que el tribunal consideró en sus valoraciones que las funciones descuidadas (omitidas) por los acusados versaban sobre “el procedimiento de solicitud de oferta, elaboración del pliego de concurrencia, análisis de precios, la elaboración de estudios de diferencia y la proposición de las mejores evaluaciones de desarrollo de la actividad comercial”, no se colige *per se*, que ellas estuviesen relacionadas con la custodia o conservación de *algo*. Ello solo deja espacio a la apreciación de la “vigilancia” y, como alternativa, únicamente sería atendible en una línea de interpretación que la vincule, en un sentido general, con la actividad administrativa de control –ya que también es evidente que ninguna de las tareas funcionales de los acusados estaban relacionadas directamente con recursos materiales o financieros–; postura que no podría estimarse por tratarse de una empresa estatal donde los acusados fungían como especialistas B en gestión comercial y ni las funciones de la entidad, ni de los encartados se corresponden con la función administrativa en ninguna de sus manifestaciones. Este asunto no suscitó atención por parte de los jueces, lo que conduce a interrogarse sobre la base de qué fundamentos el tribunal dio por sentado el *status* funcional. Al parecer, tuvieron un peso relevante las resoluciones de nombramiento de los encartados, lo que se aprecia por la alusión mínima, pero contundente, que de ellas se realiza en la sentencia como elemento probatorio documental. Este aspecto resulta interesante, sobre todo si se tiene en cuenta que este elemento no integra la definición de funcionario público del Código Penal. De tal modo que constituye, además, un ejemplo en el que nociones iusadministrativa son tomadas por los tribunales como sustrato teórico para sus valoraciones en casos como esto. Asimismo, la Sentencia No.2 de 2014, causa No.163 de 2013, Tribunal Provincial Popular La Habana, seguida por los delitos de Actividades económicas ilícitas y Cohecho, considera funcionarios públicos a especialistas comerciales de una agencia de turismo estatal; siendo igualmente parca la argumentación del tribunal y, por tanto, dubitativa en cuanto a la naturaleza de custodia, conservación y vigilancia que de sus funciones pudiera estimarse. Puede tomarse como ejemplo también la Sentencia No.123 de 2016, causa No. 42 de 2016, Sala Segunda de lo Penal, Tribunal Provincial Popular, La Habana, seguida por los delitos de falsificación de documentos públicos, cohecho, entre otros. Aunque, en este caso ha de hacerse una salvedad. El delito de falsificación de documentos públicos (artículos 250.1.3) se enclava en el Título VII, Delitos contra la fe pública y el artículo 173 es claro cuando define al funcionario público “a los efectos de este título”, refiriéndose a aquel donde se encuentra preceptuado como disposición complementaria (Título II, Delitos contra la Administración y la jurisdicción). Dejando de lado el interesante debate que esta sistemática del Código Penal pudiera suscitar en el ámbito del Derecho Penal, en cuanto a lo que aquí interesa –y toda vez que en la práctica la definición del artículo 173 es atendida para cualquier figura delictiva que tenga como sujeto especial al funcionario público– lo destacable en esta sentencia es la atribución –cuestionable desde la perspectiva de la propia definición precitada– de tal condición al notario. En la Sentencia No. 131 de 13 de agosto de 2015, causa No. 51 de 2015, Sala Segunda de lo Penal, Tribunal Provincial Popular La Habana, seguida por el delito de cohecho y otros, se considera funcionario público al especialista encargado de rectorar la actividad comercial de la Asociación Nacional de Agricultores Pequeños (ANAP). A diferencia de los demás ejemplos, en este el tribunal destina un espacio, principalmente en el PRIMER CONSIDERANDO de la sentencia a ofrecer argumentos sobre la estimación del *status* funcional para el acusado, en virtud del artículo 173 del Código Penal: “No por reiterados los pronunciamientos en esta propia resolución, respecto al tema de la condición de la ANAP como organización de masas según lo dispuesto en nuestro texto constitucional, debemos dejar de explicar que en la práctica operaba, funcionaba como entidad estatal [...]”. “En relación a la condición de funcionario del encartado, es claro el artículo 173 del Código Penal y teniendo en cuenta la argumentación anterior respecto a la condición de la ANAP, no cabe duda de que la condición de funcionario público de este directivo de la ANAP, está contenida en este precepto”. El tribunal sustenta sus criterios, además, en el hecho de que “el acusado fungiera en ese cargo no por elección de los asociados [...], sino por una designación realizada por la máxima dirección del país [...]”. Asimismo, el tribunal, refuerza su argumento mediante la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, haciendo un llamado específico a la definición de funcionario público que este instrumento jurídico internacional aporta en su artículo 2 inciso a), como “toda persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, como es sin duda la actuación del acusado”. Finalmente, no resulta comprensible cómo catalogan los jueces a la ANAP: entidad estatal, organismo público o empresa pública. En el caso de esta sentencia, ha sido imprescindible para el tribunal determinar –o al menos intentarlo– la naturaleza de la ANAP para poder considerar a uno de sus directivos como funcionario público. Para ello ha hecho un esfuerzo innegable, sin embargo

Una solución, *a priori*, de este problema, la aportaría la noción que en esta investigación se propone. En primer lugar, al redefinir el esquema categorial del personal al servicio del Estado se reserva la categoría funcionario público para un tipo específico de servidor administrativo. Siguiendo esta lógica, cualquier rama jurídica debe beber de esa construcción teórica y tomar de allí las mismas categorías con idéntico sentido y alcance. Si la preocupación del Derecho Penal es procurar un

el resultado ha sido poco feliz desde el punto de vista técnico. Es presumible, por las reiteradas alusiones a la carta magna (aunque sin referir precepto específico) que los jueces siguieron la línea conceptual del texto original de la Constitución de 1976, donde se enumeraban las organizaciones sociales y de masa (artículo 7) ya que en la reforma de 1992, dicho listado fue suprimido. Partiendo de esta consideración, es cuestionable el fundamento del tribunal al estimar una naturaleza jurídica diferente para el ente en cuestión a la que el propio ordenamiento legal le reserva, principalmente arguyendo para ello una realidad que denota una malformación jurídica en el funcionamiento de las organizaciones sociales y de masas. La trascendencia es peligrosa, a la luz del principio de legalidad para el Derecho Penal, si se adiciona esta interpretación extensiva que se ha hecho de la definición del artículo 173, complementada con la llamada a la Convención de la ONU contra la Corrupción –cuya aplicación realiza el tribunal de modo incompleta pues, al tomar uno de los apartados (ii) del artículo 2, inciso a), obvió lo que se consigna inmediatamente después: “[...] según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte”. En correspondencia con ello, los jueces solo cuentan con la estipulación del artículo 173 del Código Penal y con la estimación teórica –y pudiera decirse constitucional– de que las asociaciones sociales y de masas no son entidades estatales, ni organismos públicos, ni mucho menos empresas. Por último, la Sentencia No.67 de 2013, causa No. 168 de 2013, Sala Segunda de lo Penal, Tribunal Provincial Popular La Habana, seguida por el delito de Cohecho, considera funcionario público al gerente de una entidad gastronómica de una sociedad anónima estatal, manifestándose similares carencias argumentativas.

⁵⁰⁵ Válido es mencionar, por ejemplo, el Dictamen 218 de 19 de marzo de 1985 del Tribunal Supremo Popular que, aunque en el contexto de vigencia de la derogada Ley No. 21 de 1979, no es ajeno al análisis en cuestión pues, como se aludió antes, en aquella normativa figuraba una definición idéntica a la actual. Ante la consulta sobre si los inspectores de las Direcciones Municipales de Arquitectura y Urbanismo o a los inspectores de Vectores de la Dirección de Salud Pública, podían ser sujetos pasivos del delito de desacato previsto en el artículo 160, apartado 1 del Código Penal (Ley No. 21, de febrero de 1979), el Tribunal Supremo Popular, dictaminó que “Los inspectores de las Direcciones Municipales de Arquitectura y Urbanismo y los inspectores de vectores de Salud Pública debidamente identificados como tales y en el ejercicio de las actividades propias de su cargo, como agentes o auxiliares de funcionario público, al ser objeto de amenazas, calumnias, difamación, insultos, injurias o de cualquier modo ultraje u ofensa, de palabra o por escrito, en su dignidad o decoro, son sujetos pasivos del delito de desacato, previsto en el artículo 160, apartado 1, del Código Penal.” En este sentido, no los estima funcionarios públicos a efectos penales. Igualmente, para esta idea, puede ejemplificarse con la Sentencia No. 163 de 2015. Causa No. 71 de 2015, Sala Segunda de lo Penal, Tribunal Provincial Popular La Habana, seguida por el delito de Cohecho. En este caso, parte del debate se suscitó en cuanto a la condición de funcionario público de uno de los acusados que se desempeñaba como auxiliar de aduana, a quien finalmente el tribunal estima empleado público. En la sentencia referida, no se argumenta el razonamiento del tribunal, por lo que es presumible que –siendo evidente que el acusado ocupaba un cargo en un organismo público– consideró que el auxiliar de aduana no tenía dentro de sus funciones “responsabilidad de custodia, conservación o vigilancia”. En este caso, resulta cuestionable la estimación respecto a la “vigilancia” pues el propio tribunal afirma en la narración fáctica que tenía, entre otras, “las funciones de chequear mediante la técnica radiológica todas las cargas que le correspondan y plasmar los datos de las cargas chequeadas en los modelos establecidos; reflejando en los casos correspondientes el carácter comercial de la carga según sus características, de lo que debía dejar constancia en el documento establecido e informar al inspector superior de aduana la detección de cualquier incidencia con la carga supervisada.” Ello forma parte, a todas luces, de una función administrativa de inspección, que lleva implícita la “vigilancia”. Asimismo, sirva de ejemplo, la Sentencia No.100 de 2016, causa No. 33 de 2016, Sala Segunda de lo Penal, Tribunal Provincial Popular La Habana, seguida por los delitos de falsificación de documentos públicos como medio a fin para cometer el delito de extracción ilegal del país de bienes del patrimonio cultural de carácter continuado y cohecho. Sobre fundamentos similares –sin consideraciones argumentativas al respecto– se niega la condición de funcionario público, a un acusado que desempeñaba el cargo de controlador de documentos en una oficina pública registral y que tenía entre sus funciones, llevar el archivo de certificados de exportación, sus autorizaciones emitida y canceladas, así como tramitar su emisión y firma y registrar en los archivos de la institución, los certificados que confeccionados. De ello no queda duda alguna sobre la naturaleza de custodia, conservación y vigilancia de tales registros y, por tanto, es atendible su condición de funcionario público –en virtud del Código Penal–.

segmento subjetivo más amplio, en virtud de la protección de bienes jurídicos específicos que demandan esta postura, puede utilizar categorías que tributen a ese cometido, como servidor público, en un sentido genérico, o lograr mayor especificidad en cada figura de delito refiriendo expresamente la especie de servidor que integra el elemento subjetivo del tipo penal: servidor judicial, administrativo, legislativo, político. El Derecho Penal no debe enfocarse en conceptualizar al funcionario público, sino, con mayor precisión, identificar y definir a la clase de sujeto que requiere para cada especie de delito, de acuerdo con lo cual dará luego una denominación precisa.

Asimismo, si en algún sentido se requiriera considerar más reprochable la conducta delictiva por ostentar el autor la condición de funcionario público (en sentido estricto administrativo), puede emplearse, por ejemplo, la vía de configurarla como una circunstancia agravante de la responsabilidad penal o como tipo agravado, según se pretenda un carácter general o más específico de la agravación. Tales perspectivas refuerzan el valor de las postulaciones teóricas que se han defendido en este estudio y sustentan su utilidad para el sistema jurídico íntegro. Permite, incluso, zanjar la polémica que versa en torno a la necesidad de inclusión, o no, de una definición de funcionario público de carices propios para el ámbito penal, que está determinada, en gran medida, por la inexistencia de una noción de la categoría en estudio aceptada universalmente y de su elaboración teórica inconsistente por parte del Derecho Administrativo. Como es natural, dar solución a esto último es paso inicial para cualquier replanteo que desde otras ramas jurídicas se realice al respecto, en especial la penal, por la singular trascendencia que en sus predios tiene este asunto.

De cualquier manera, en el caso cubano debe quedar claro que la definición de funcionario público que ofrece el Código Penal no tiene utilidad jurídica –en lo teórico y en lo práctico– para el Derecho Administrativo. Su existencia es, por tanto, intrascendente para esta disciplina. Pero a la inversa el análisis es distinto: las disfuncionalidades que plantea el concepto penal pueden solucionarse a partir de una construcción que, aunque se sostenga en lo sectorial, tenga como bases presupuestos gnoseológicos iusadministrativos.

III.4. Aspectos jurídicos que deben sustentar la noción de funcionario público en Cuba

Las consideraciones precedentes han pretendido cumplir el complejo cometido de allanar el camino para el cumplimiento final del objetivo general de la presente investigación. De tal modo, a partir de la problemática inicialmente atendida, en relación con la elaboración teórica de la noción jurídica de funcionario público, el propósito que debe cumplimentarse en este momento versa sobre un ejercicio de concreción de aquellos elementos teóricos propuestos con matiz de generalidad, que deben

enfocarse ya no solo en la elaboración teórica de una noción de funcionario público para la realidad cubana, sino –ahora sí– en pos de la construcción de una definición con bases iusadministrativas para operar en el ordenamiento jurídico patrio. En tal sentido, los párrafos que siguen se proponen demostrar la aplicabilidad y utilidad que las propuestas científicas precedentes pueden tener en un escenario concreto.

De tal modo, tres son los aspectos jurídicos que se consideran para sustentar la noción de funcionario público en Cuba, en pos de la configuración posterior de su régimen jurídico sobre bases teórico-normativas sólidas: la articulación de la función pública como técnica de ordenación de los medios personales al servicio de la Administración Pública, el diseño de un marco regulatorio especial y la delimitación de funcionario público como categoría iusadministrativa.

III.4.1. La articulación de la función pública como técnica jurídica de ordenación de los medios personales al servicio de la Administración Pública

Este aspecto constituye el paso inicial para la implementación de un sistema de función pública para Cuba y una noción de funcionario público que le tribute a su contexto, pues de acuerdo con sus postulados, se proveen las bases para la elaboración de una concepción jurídica propia de aquella categoría. Ella, como se ha dicho, es parte de la dimensión subjetiva de la función pública y debe integrarse a ella procurando cohesión y sistematicidad.

De modo preliminar, ya se ha demostrado la importancia y conveniencia del enfoque técnico que se propone en cuanto a la función pública, aplicable en lo general y en la particularidad de cualquier escenario, incluyendo lo atinente a las características y principios sobre los que se sustenta. Con esta apoyatura, se destina este segmento a dos cuestiones fundamentales, de índole más bien práctica: la primera, relativa a las premisas esenciales que deben establecerse en cuanto a la proyección organizativa de la función pública en Cuba; y, por otra parte, es cardinal reflexionar sobre la pertinencia de la implementación de la carrera administrativa, por estimarla eje primordial del sistema de función pública patrio.

A) La proyección organizativa de un sistema de función pública. Premisas esenciales

La organización de un sistema de función pública, naturalmente, no convoca solo al Derecho Administrativo, el carácter heterogéneo y transdisciplinario de la técnica así lo determina. Por lo tanto, al momento de su diseño e implementación son diversos los factores que deben tenerse en cuenta, cuyo análisis excede, por mucho, los objetivos de esta investigación. Empero, propositivamente,

pueden esgrimirse algunas consideraciones mínimas que, desde la ciencia administrativa, operen como premisas en un plano básico. Todas ellas, en el orden particular, también constituyen sostenes esenciales para la elaboración teórica de la noción de funcionario público que ha de proponerse para Cuba, pues determinan los postulados organizativos y funcionales sin los cuales no tendría razón de existencia la pretendida individualidad técnica de la categoría en estudio.

El punto de inicio es, sin dudas, considerar que los aspectos genéricos de la organización y ordenación jurídica de la función pública deben ser competencia de órganos centrales que coordinen la política del personal al servicio de la Administración Pública, mediante los respectivos mecanismos de gestión y control. Ello implica, por una parte, la determinación de las estructuras organizativas rectoras y de gestión del personal, y, por otra, la adecuada delimitación de sus facultades en la materia (potestad organizatoria, reglamentaria, distribución territorial, de designación, entre muchas otras).

En una perspectiva sistémica, es previsible y necesaria la intervención de diferentes organismos de la Administración Central del Estado, que tendrán competencias en determinados aspectos, fundamentalmente, económicos y laborales (Ministerio de Economía y Planificación, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), lo cual es natural consecuencia de la aludida participación multifactorial, devenida de los diversos componentes que estructurarían el sistema.

Desde un prisma más específico, en los modelos de tendencia cerrada suele existir un órgano, por lo general administrativo, que se configura como ente central de ordenación, control y gestión de todo el sistema de función pública, incluido su personal. En el plano deontológico, dicho órgano ha de erigirse sobre los postulados de independencia e imparcialidad que deben informar el ejercicio de la función administrativa. Ello justifica su propia razón de ser y, toda vez que se propone para Cuba la articulación de un modelo de este tipo, la presencia de dicho ente es elemental.

No tiene caso en este espacio detenerse en la cuestión de su denominación, en tanto el objetivo de estas líneas no es más que parametrizar la dimensión jurídico-organizativa del modelo, con miras en la inserción coherente de la noción de funcionario público que ha de construirse. Empero, en aras de facilitar la explicación de las propuestas posteriores, debe sentarse algún criterio elemental al respecto. En tal sentido, tomando como referente las dos alternativas históricas localizables en el contexto cubano (*Comisión* –artículo 2, LSC de 1909– y *Tribunal* –artículo 116, CR de 1940), el criterio preferente –a juicio propio– es la primera etiqueta. Ello se explica, de inicio, por el imperativo de ser coherentes con el contexto constitucional actual y, en tal caso, reservar el vocablo tribunal al ámbito judicial para evitar innecesarios equívocos.

Luego, el referido ente no tendría únicamente una naturaleza deliberativa en el marco de la solución de conflictos, sino que, por esencia, también sería un órgano consultivo. De esta manera, a modo propositivo, podría denominarse Comisión Nacional de la Función Pública (CNFP). La CNFP debe tener entre sus competencias fundamentales las siguientes:

- 1) Elaborar y proponer al Consejo de Ministros los Reglamentos correspondientes, a fin de ejecutar las disposiciones del Estatuto general de la función pública, ejecutar los procedimientos de acceso que se establezcan en el Estatuto general de la función pública y en los Reglamentos que la complementan (convocatoria pública, confección de exámenes, calificaciones, publicación de resultados, conformación de las listas de elegibles, entre otras).
- 2) Evacuar consultas y resolver conflictos referentes a destituciones, suspensiones, traslados, ascensos, aplicación de medidas disciplinarias y otras situaciones que se sometan a su consideración.
- 3) Llevar el control de la provisión de los puestos destinados a ser ocupados por funcionarios públicos titulares y velar porque la realización de los nombramientos se realice en correspondencia con lo establecido en la Ley.
- 4) Coordinar la estructuración y funcionamiento de las agrupaciones profesionales.
- 5) Rectorar la adecuada implementación de las técnicas de gestión, control y reclutamiento del personal, en especial de los funcionarios públicos.
- 6) Ejercer la potestad reglamentaria en el marco de sus competencias.

Puede resultar muy tentador ahondar en un tema como este, medular de cara a la organización de la función pública; sobre todo porque recuerda el controversial debate suscitado durante la sesiones de trabajo de la Asamblea Constituyente de 1940 –y que continuó posteriormente– acerca del Tribunal de Oficios Públicos. Razones metodológicas no permiten profundizar demasiado en el asunto, sin embargo, pueden colocarse aquí algunas ideas fundamentales. Al tiempo de la creación de la CNFP, y con miras en su funcionamiento eficaz, existen determinadas pautas a tener en cuenta en el contexto cubano actual:

- 1) El número de miembros debe ser impar y debe determinarse por la ley.
- 2) La CNFP debe ser un órgano colegiado, deliberativo y consultivo, subordinado al Consejo de Ministros.
- 3) Las determinaciones acordadas en virtud de su carácter consultivo, o en correspondencia con sus potestades de instrucción, deben tener carácter vinculante.
- 4) La designación de sus miembros debe corresponder a la ANPP.

- 5) Ser miembro de la CNFP debe ser incompatible con cualquier otra actividad profesional, con excepción de las de carácter científico y docente.
- 6) Los miembros de la CNFP deben seleccionarse de entre las *agrupaciones funcionariales* o de entre los funcionarios públicos no titulares que se encuentren activos al momento de la selección ocupando algún puesto.
- 7) La composición profesional de la CNFP debe ser representativa en función de criterios profesionales.
- 8) Dadas las competencias jurisdiccionales que tendría, debe garantizarse que al menos un tercio de sus miembros sean juristas en ejercicio al momento de ser designados.
- 9) Todos los miembros de la CNFP deben tener cuanto menos 5 años de ejercicio en sus profesiones y un nivel dentro de la carrera administrativa que asegure su experiencia.
- 10) Para la selección de los candidatos deben establecerse procedimientos democráticos, transparentes e imparciales, que garanticen la representatividad profesional aludida y que respondan a criterios objetivos y a los principios de mérito y capacidad.
- 11) La CNFP debe renovarse cada 5 años, periodo durante el cual sus miembros serán inamovibles, no pudiendo ser separados de sus cargos salvo por causas justificadas, según establezca la Ley.
- 12) Las inconformidades con el procedimiento de selección o cualquier resolución relativa a las relaciones y situaciones jurídicas de los miembros de la CNFP deben someterse a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En otro orden de ideas, es básica también la implementación de determinados mecanismos de gestión y control que se integren al sistema, en lo fundamental, en el orden registral, encuadramiento del personal y de provisión de puestos de trabajo. Lo primero, en función de garantizar el adecuado control de la información relativa al personal (componente subjetivo íntegro de la función pública), incluida la concerniente a sus situaciones jurídicas fundamentales (laborales, carrera administrativa – nombramientos, ascensos, demociones–, entre otras); constituye, además, un elemento de publicidad importante, rasgo de singular valía para un sistema de función pública transparente. Todo ello aconseja que la inscripción del personal que lo integra sea requisito obligatorio como parte del cauce procedimental que ordena el acceso; y en el caso particular de los funcionarios públicos, debe constar como uno de los requerimientos previos para el despliegue pleno de la eficacia jurídica del *status* funcional.

Además de la técnica registral, es cardinal la concepción de mecanismos adecuados de encuadramiento del personal. En tal sentido se considera que deben establecerse agrupaciones

funcionariales, concebidas como unidades organizativas no personificadas que se integran a la gestión del reclutamiento de los funcionarios públicos desde la base del sistema de función pública, en pos de lograr uniformidad y garantizar una selección ordenada, conforme a criterios estrictamente técnico-profesionales, únicamente en el sentido de permitir la identificación y selección de los funcionarios con aptitudes para ocupar los puestos provistos.

De acuerdo con lo anterior, debe valorarse que, en los tiempos actuales, cualquier postulación en materia de ordenación de la función pública ha de atemperarse a las tradiciones culturales y políticas de cada país. Consecuentemente, en el caso cubano se considera –a propósito de los mecanismos de reclutamiento d personal– que no es pertinente proyectar una noción de *cuervo* –al menos no en su concepción original francesa⁵⁰⁶ pues, en virtud de la axiología constitucional patria, no es dable la sostenibilidad jurídica de un ente, al margen de la estructura de la administración central del Estado, al que se le atribuyan competencias de gestión y responsabilidad de funciones públicas en abstracto, como es característica esencial de la noción de cuerpo.

Una postura de esta índole traería como consecuencia la concentración de determinadas funciones administrativas en ciertos sectores profesionales y pudiera atentar contra los principios de igualdad de acceso a los cargos públicos (artículo 80, inciso h, CR), los postulados de la democracia socialista (artículo 101, CR) y el propio diseño de la Administración Pública que se colige de la Carta Magna, con el Consejo de Ministros a la cabeza (artículo 133, CR).

Por otra parte, ignorar la importancia de la preparación técnico-profesional de los funcionarios públicos al momento del reclutamiento y la asignación a los puestos públicos, tampoco es una opción, en pos de garantizar que el proceso se realice acorde con los principios de mérito y capacidad, como manifestación particular de la igualdad constitucional. En ese entendido, el establecimiento de requisitos previos es un parámetro esencial que exige, por supuesto, mecanismos idóneos de reclutamiento.

Otro aspecto a considerar, en este asunto, es la tradición de la función pública cubana desde su consagración en 1909 hasta su *status* sinuoso entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo, que la ha caracterizado en las últimas cinco décadas. Todo lo anterior aconseja un ejercicio de ponderación que conduce a determinar un punto medio, donde se atienda la necesidad del

⁵⁰⁶ En la concepción clásica francesa, como se aludió precedentemente, las nociones de *cuadro* y *cuervo*, se articulaban como elementos esenciales del sistema de reclutamiento de los *funcionarios públicos*. En el extremo opuesto, el modelo clásico norteamericano se sustentaba sobre el protagonismo de la técnica de la provisión de puestos de trabajo y, el esquema británico proponía como centro de atención la preparación técnico-profesional del propio *civil servant* que condicionaba la determinación del puesto a ocupar. (Véase lo apuntado en I.4).

encuadramiento ordenado de los funcionarios y el requerimiento de una eficaz provisión de los puestos públicos a ocupar por estos.

De lo anterior se deriva la virtualidad de rescatar la técnica de la *lista de elegibles*, prevista en la otrora LSC,⁵⁰⁷ que, renovada en su concepción, deviene un medio de innegable utilidad práctica al tiempo de cubrir los puestos públicos correspondientes. Se trata de relaciones clasificadas y ordenadas de funcionarios pertenecientes a las agrupaciones funcionariales, que permiten visualizar los candidatos susceptibles de designación para un puesto concreto. Ellas se confeccionan a partir de la labor de gestión de las propias agrupaciones y sobre la base de los registros de personal habilitados.

Asimismo, otras prescripciones deben enarbolarse en correspondencia con los principios propuestos, que deben informar a la función pública y que han de ser consideradas a la luz de la coexistencia de algunos aspectos de la realidad político-jurídica cubana, que no desaparecería en caso de implementación de un sistema de función pública como se propone. A saber:

- 1) Los *funcionarios públicos titulares* no deben ocupar la categoría político-ocupacional de *cuadros* –se explica porque uno de los principales ejes de la propuesta que se realiza es la reducción de los niveles de despolitización de la función pública, fundamentalmente en su dimensión más técnica–.
- 2) La catalogación de cargos públicos políticos y de confianza debe ser exclusivamente sobre los puestos de trabajo, no sobre los funcionarios. Ello coadyuva a una selección del personal sobre criterios más objetivos, posibilita la configuración previa *ex lege* de estos puestos y garantiza un control de legalidad más eficaz.
- 3) El acceso a los cargos públicos que deban ser ocupados por funcionarios públicos titulares debe prever requerimientos previos –mecanismos competitivos de concurso u oposición–. Con esto se pretende asegurar la materialización y observancia del principio de mérito y capacidad desde los mecanismos de ingreso al sistema de función pública.

B) Pertinencia de la implementación de la carrera administrativa

La implementación de la carrera administrativa no escapa a los requerimientos técnico-organizativos por los que transita el sistema de función pública del cual es parte; y por tanto es, con mayor precisión, materia de estudio de otras disciplinas y conecta con técnicas más propias de la ciencia de la administración. Ella no es otra cosa que una de las expresiones técnicas –quizás la más importante– del sistema de función pública. En sí misma constituye un subsistema técnico o método, que tiene por

⁵⁰⁷ Véase LSC de 1909, artículos 30 y 31, por ejemplo.

objeto la gestión del personal funcional, ordenando –en una perspectiva progresiva– su permanencia dentro del sistema de función pública. Tiene, a su vez, como pilar de funcionamiento, coadyuvar a la eficacia de la actuación de la Administración Pública, a partir de la materialización de la estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y ascenso dentro del sistema.

En tal sentido, a efectos de este estudio, lo que es menester abordar no es su organización y funcionamiento, sino la pertinencia de su implementación en el caso cubano. Esta cuestión es trascendental para la noción de funcionario público que se propone, pues ella tiene como proyección, dentro de la categoría funcionario público, *strictu sensu*, una concepción más específica relativa a los funcionarios públicos titulares, cuya existencia es inviable si no es el contexto de la carrera administrativa.

Otra razón, de índole histórica, aconseja dedicar un espacio a esta idea, que no ha sido, desde la Cuba independiente, ajena a su realidad. Aun en el escenario neocolonial, con fuertes influencias políticas y jurídicas norteamericanas, el modelo de función pública nacido en 1909 tendía a una concepción cerrada y estructuraba –en cierta medida– la carrera administrativa de los funcionarios públicos del servicio civil clasificado. Por otra parte, subsiste una deuda histórica ante la frustración constitucional de 1940, con la meritoria incorporación al magno texto, ya con una expresión más concreta, de la carrera administrativa y del sistema de oficios públicos en general.

El punto de arranque ha de ser la consideración de que el escenario político-social después de seis décadas de Estado *revolucionario*, es completamente distinto.

El contexto político, económico y social, de sobra conocido, que circundó el descrédito de la Administración Pública cubana hacia 1959 condicionó –y justificó– el cercenamiento que la propia Administración Pública y el Derecho Administrativo sufrieron y, por ende, sus instituciones. Sin embargo, la sociedad cubana actual es más diversa, inclusiva, de intereses más variados. Las necesidades colectivas son cada vez más crecientes y mutables. Por tanto, la complejidad de la gestión pública también se ha acrecentado y la relación Estado-sociedad es mucho más compleja.

La función administrativa se hace más visiblemente abarcadora, los modos de intervención del Estado se modifican sin perder su protagonismo y la Administración Pública penetra todo el ámbito de funcionamiento estatal, ya no desde la lógica de la suplantación de la noción de lo *público* por la de lo *estatal*,⁵⁰⁸ sino a partir de una diferenciación cada vez más evidente –al menos desde el punto de vista material– entre lo *público* y lo *privado*. Todo ello reivindica el rol técnico de la Administración

⁵⁰⁸ Sobre las nociones de lo público y sobre la idea de su superposición con lo estatal en el ámbito de las concepciones socialistas, puede verse GARCINI GUERRA, Héctor y Miguel Reyes, *Manual...*, ob. cit., p. 49 y ss.; GARCINI GUERRA, Héctor, *Derecho Administrativo*, ob. cit., pp. 181, 191, 206 y ss.

Pública, que debe enfrentar una gestión que requiere, además, ser eficiente y atemperada a las nuevas tecnologías. Por tanto, funcionarios públicos preparados en ese sentido, son cada vez más necesarios. En otro orden, el nuevo marco constitucional establece límites importantes al ejercicio del poder, especialmente por el coto temporal que dispone al mandato presidencial, por lo que son previsibles cambios más frecuentes del gobierno, entendido este en un sentido amplio. Ello denota la necesidad de considerar la estabilidad o inamovilidad como principio, derecho y garantía de imparcialidad y continuidad técnico-profesional del funcionamiento administrativo, para que los funcionarios públicos titulares no puedan ser separados de sus puestos en cada renovación política.

La necesidad de la carrera administrativa se inscribe en la urgencia mayor de reivindicar a la Administración Pública y al Derecho Administrativo cubanos –segmentos que han sido durante la etapa revolucionaria, de los menos definidos y articulados– para que puedan cumplir con eficacia su cometido esencial de gestionar el interés colectivo. No el individual, no el de la mayoría, no el del Estado, sino –en toda su compleja magnitud– el *interés público*.

Ningún ámbito social escapa al Derecho Administrativo; así como no lo hace ningún sector donde el Estado cubano intervenga de manera directa –intervención que tiene indudablemente un alcance extraordinario–. Por lo tanto, la carrera administrativa, despojada del mito de la burocracia patológicamente corrupta e ineficaz, opera como garantía de transparencia, de democracia y límite a la injerencia desproporcionada de la política sobre los predios de la Administración Pública. Ella es, a todas luces, un segmento del poder y, por ende, parte de su naturaleza es política. Sin embargo, por su razón de existencia y su esencia técnica, no ha de ser un mero instrumento al servicio de esta última y, consecuentemente, debe conservar determinada independencia funcional.

III.4.2. El diseño de un marco regulatorio especial para la función pública

Este elemento se deriva de las consideraciones generales que fundamentan la necesidad del particularismo jurídico de la función pública, que tiene una vía de expresión en la configuración de un espacio especial de regulación, constituido por el Derecho de la función pública. Ello, como planteamiento de base, es de cardinal importancia, pero la existencia misma de ese marco regulatorio singular no asegura su efectividad si este no se diseña y articula de modo adecuado en cada escenario concreto.

En lo que a Cuba respecta, las insuficiencias del ordenamiento jurídico que contiene los atisbos de la función pública patria constituyen un impedimento para acoger una concepción de funcionario público construida sobre las bases teóricas propuestas. Por lo tanto, el diseño de un marco regulatorio

adecuado es, entonces, uno de los sostenes principales para lograr la inserción coherente de esa noción de funcionario público en el sistema jurídico cubano y conseguir la colocación de su definición como categoría iusadministrativa en el Derecho positivo. Ello supone, naturalmente, la estimación de determinados presupuestos que se analizan a continuación.

A) Panorama normativo a partir de la Constitución de 2019

El texto constitucional de 10 de abril de 2019, en materia de función pública no ofrece una proyección diferente a la de su predecesor de 1976.⁵⁰⁹ No es perceptible un cambio sustancial en el diseño, que se presenta igual de difuso y con las mismas disfuncionalidades. No es de extrañar, entonces que las bases para una noción de funcionario público sea también una notable ausencia. En este sentido, la idea de funcionario, que figura como parte del esquema categorial que emerge del texto constitucional, mantiene su concepción amplia –al encontrarse asociada a todo el ámbito competencial del Estado– y continúa siendo impreciso el sentido y alcance del resto de las categorías utilizadas.⁵¹⁰ Esto último continúa entorpeciendo la claridad respecto de los criterios de diferenciación.

Por su parte, en el ámbito legislativo, mantienen su vigencia disposiciones normativas concebidas en el contexto constitucional anterior a 2019. Esta realidad genera problemáticas que pudieran parecer mayores si el texto constitucional se apartara más del anterior en materia de función pública. Sin embargo, no por ello deja de tener relevancia el asunto. En este caso, las disfuncionalidades que pueden proyectarse no derivan tanto del modo que se enfrenta la categoría en la Constitución, sino por otras connotaciones adyacentes, como el efecto del reconocimiento del carácter normativo de la Constitución,⁵¹¹ del debido procedimiento⁵¹² y de la tutela judicial de los derechos.⁵¹³

⁵⁰⁹ Desde el punto de vista categorial, conservan sus identidades jurídicas las categorías *cuadro* (DL No.196/1999, precitado) –que se integra a la diversidad terminológica expuesta– y *funcionario* (DL No.197/1999, precitado), cuya definición adolece de importantes padecimientos teóricos y no es coincidente con la noción perceptible del texto constitucional, como ya se analizó. Asimismo, la Ley No.116 de 2013, “Código de Trabajo”, refuerza la idea de retroceso en el proceso laborizador de la función pública, manteniendo la idea de sustraer a los cuadros y a los denominados funcionarios del régimen jurídico laboral común (artículo 5).

⁵¹⁰ El esquema subjetivo de los servidores públicos se configura esencialmente igual al de la Constitución de 1976, a partir de las categorías constitucionales *directivos* (antes, *dirigente*), *funcionarios* y *empleados* –artículos 7, 9, 10, 98, 99, 101, incisos b) y h), 137, inciso u), 144, inciso j), 145, inciso g), 179, inciso f) y 216)–; *autoridades* –artículos 38, 42, 61, 80, inciso i), 90, inciso e), 91, incisos d) y e), 121, 169, 179, inciso j), 191, incisos k) y l), 200, inciso e) y 214– y *agentes de la autoridad* (artículo 90, inciso e).

⁵¹¹ Véase artículo 7 CR 2019. La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado. Todos están obligados a cumplirla. Las disposiciones y actos de los órganos del Estado, sus directivos, funcionarios y empleados, así como de las organizaciones, las entidades y los individuos se ajustan a lo que esta dispone.

⁵¹² Véase artículo 92 CR 2019. Toda persona, como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso tanto en el ámbito judicial como en el administrativo [...].

⁵¹³ Véase artículo 94. El Estado garantiza, de conformidad con la ley, que las personas puedan acceder a los órganos judiciales a fin de obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos [...]. Que se complementa con el artículo 99: La persona a la que se le vulneren los derechos consagrados en esta Constitución y, como consecuencia sufre

Lo anterior es de suma relevancia, sobre todo si se toma en cuenta lo insensato que sería pensar en lo inmediato de una reforma constitucional que ofreciera un marco idóneo –en el plano de lo ideal– para la función pública. Por lo tanto, apostar en esa única dirección frustraría cualquier pretensión urgente sobre la implementación de la carrera administrativa –que lleva implícita la noción de funcionario público propuesta–. De tal modo, la proyección que se realice en cuanto al marco regulatorio de la función pública en Cuba, no solo debe realizarse en una perspectiva de *lege ferenda*, sino también ha de enfrentarse de *lege data*, en virtud de los fundamentos constitucionales contenidos en el texto vigente.

B) Perspectiva para un modelo de función pública de tendencia cerrada en el contexto constitucional actual

Cinco fueron los principios considerados, en la primera parte de este estudio, como pilares de un sistema de función pública como el propuesto: *especialidad, igualdad, mérito y capacidad, imparcialidad y estabilidad*. Para ser coherentes con aquellos planteamientos es indispensable que todos ellos encuentren un fundamento constitucional que, aun en ausencia de un reconocimiento expreso de la función pública y de un mandato explícito para la elaboración de una ley complementaria, habilite su implementación legislativa y reglamentaria.

Un punto de partida sustancial para el presente análisis hay que encontrarlo en el artículo primero de la Constitución de 2019, que establece a Cuba como un Estado socialista de derecho y justicia social. Particularmente, es observable el reconocimiento como *Estado de Derecho*, pues opera como condición esencial de funcionamiento, como valor y como principio que informa toda la concepción del Estado cubano. Si se toma en consideración que toda la elaboración teórica y práctica de la categoría funcionario público se ha ido asentando sobre los postulados propios del Estado de Derecho, se encuentra, de manera muy precisa, un primer –y principal– fundamento constitucional del sistema de función pública.

Como se ha explicado, la inmaterialidad del Estado –y, como parte de él, de la Administración Pública– determina la presencia de personas físicas que lo actúan y ejercen sus funciones. Por consiguiente, los servidores públicos están vinculados por los fines esenciales que fija la Constitución para el Estado, cuya correspondencia con la noción de Estado de Derecho es inexorable. Asimismo, debe adicionarse el principio democrático –y la democracia como valor– que informa el sistema

daño o perjuicio por órganos del Estado, sus directivos, funcionarios o empleados, con motivo de la acción u omisión indebida de sus funciones, así como por particulares o por entes no estatales, tiene derecho a reclamar ante los tribunales la restitución de los derechos y obtener, de conformidad con la ley, la correspondiente reparación o indemnización.

político y social patrio,⁵¹⁴ a lo que la ordenación de la función pública no está ajena, y la implementación de la carrera administrativa deviene expresión de su concepción democrática –al garantizar el ejercicio de la función administrativa sobre bases de igualdad, juridicidad, responsabilidad y control.

El alto grado de compromiso que lo anterior genera para los servidores públicos, en especial para los servidores administrativos –por su participación cuantitativamente mayor en la gestión pública–, es un hecho innegable, perceptible de modo general del articulado constitucional; y ha sido, implícitamente, el fundamento que ha terminado por impedir la concreción definitiva del proceso jurídico migratorio de la función pública al Derecho Laboral. Aun en su momento cumbre, con la Ley No. 49 de 1985, “Código de Trabajo”, se mantuvo un espacio especial de regulación, que discurría en el ámbito administrativo, con la vigencia del DL No. 36 de 1980, “Sobre la disciplina de los dirigentes y funcionarios administrativos estatales”, y el DL No. 82 de 1984, “Sistema de Trabajo con los Cuadros del Estado”. Este particularismo jurídico se consolidó con la promulgación de los Decretos-Leyes No. 196 de 1999 y 197 de 1999, precitados, que ordenan los regímenes legales –ya no solamente disciplinarios– de los cuadros y funcionarios, respectivamente.

En cuanto al principio de igualdad, el reconocimiento es expreso⁵¹⁵ y su materialización para la función pública es explícita al establecer como un derecho de los ciudadanos cubanos, el desempeño de funciones y cargos públicos. De tal modo, de lo anterior se desprende el derecho de acceso en condiciones de igualdad.⁵¹⁶

⁵¹⁴ Véase, especialmente, el Preámbulo constitucional de 2019: “[...] inspirados en el heroísmo y patriotismo de los que lucharon por una Patria libre, independiente, soberana, democrática, de justicia social y solidaridad humana, forjada en el sacrificio de nuestros antecesores.” Asimismo, el artículo 1: “Cuba es un Estado socialista de derecho y justicia social, democrático, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos como república unitaria e indivisible, fundada en el trabajo, la dignidad, el humanismo y la ética de sus ciudadanos para el disfrute de la libertad, la equidad, la igualdad, la solidaridad, el bienestar y la prosperidad individual y colectiva”. Véase también el artículo 13 CR 2019: El Estado tiene como fines esenciales los siguientes: a) encauzar los esfuerzos de la nación en la construcción del socialismo y fortalecer la unidad nacional; b) mantener y defender la independencia, la integridad y la soberanía de la patria; c) preservar la seguridad nacional; d) garantizar la igualdad efectiva en el disfrute y ejercicio de los derechos, y en el cumplimiento de los deberes consagrados en la Constitución y las leyes; e) promover un desarrollo sostenible que asegure la prosperidad individual y colectiva, y obtener mayores niveles de equidad y justicia social, así como preservar y multiplicar los logros alcanzados por la Revolución; f) garantizar la dignidad plena de las personas y su desarrollo integral; g) afianzar la ideología y la ética inherentes a nuestra sociedad socialista; h) proteger el patrimonio natural, histórico y cultural de la nación; y i) asegurar el desarrollo educacional, científico, técnico y cultural del país. Igualmente, el artículo 101 CR 2019: Los órganos del Estado se integran y desarrollan su actividad sobre la base de los principios de la democracia socialista [...].

⁵¹⁵ Véase artículo 42 CR 2019: Todas las personas son iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las autoridades y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades [...].

⁵¹⁶ Véase artículo 80 CR 2019: Los ciudadanos cubanos tienen derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder del Estado; en razón a esto pueden, de conformidad con la Constitución y las leyes: h) desempeñar funciones y cargos públicos.

Por su parte, aunque el constituyente de 2019 haya determinado la exclusión del principio de mérito y capacidad –de ejemplar formulación en el texto de 1976–, no por ello ha de estimarse desechado de la axiología constitucional como un modo de garantizar la igualdad. La apoyatura que ofrece al respecto el mandato de transparencia⁵¹⁷ en la actuación de los órganos del Estado, como principio de la democracia socialista, no ofrece alternativa a otro sistema que no sea el de mérito para acceder a la función pública y transcurrir en ella.

El propio fundamento constitucional de la transparencia habilita cualquier consideración y desarrollo legislativo que pueda realizarse sobre la imparcialidad y la estabilidad, que operan como presupuestos de una actuación transparente. Ello se refuerza con tres de las grandes novedades de la Carta Magna de 2019: el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución, del debido procedimiento y de la tutela judicial de los derechos.

Lo precedente tiene una trascendencia cardinal para la función pública y, en especial, para el régimen jurídico funcional, pues obliga de inmediato a desbloquear el acceso a la justicia que hoy tienen los cuadros y funcionarios, en virtud de la normativa especial vigente que manifiesta hoy, con meridiana claridad, un vicio de constitucionalidad.⁵¹⁸

En materia de principios, entonces, nada obsta para el desarrollo legislativo del sistema de función pública y en especial de la carrera administrativa. Y en una perspectiva de *lege data*, son atendibles también otros preceptos constitucionales que hacen un llamado indirecto a la promulgación de leyes de desarrollo, relacionados con la designación de los funcionarios públicos.

En tal sentido, puede observarse la potestad que el artículo 137, inciso u), otorga al Consejo de Ministros para designar a los funcionarios –según las facultades que le confiere la ley–. Teniendo en cuenta que dicho órgano es la máxima autoridad ejecutiva y administrativa y constituye el Gobierno de la República (artículo 133, CR de 2019), es evidente que se refiere a los funcionarios del Gobierno y de la Administración que no son elegidos y cuyas designaciones no son competencia de otro ente superior. Entre ellos se encuentran aquellos que entrarían en la categoría de funcionario público, tal

⁵¹⁷ Véase artículo 101 CR 2019: Los órganos del Estado se integran y desarrollan su actividad sobre la base de los principios de la democracia socialista que se expresan en las reglas siguientes: h) los órganos del Estado, sus directivos y funcionarios actúan con la debida transparencia.

⁵¹⁸ Artículo 27 DL No.197/1999: [...] Cuando la medida haya sido impuesta por el jefe máximo del órgano, organismo o entidad nacional, sólo puede establecerse reforma ante la propia autoridad que la impuso, en igual término. Artículo 64 DL No.196/1999: Cuando la medida haya sido impuesta por la autoridad u órgano facultado máximo del órgano, organismo o entidad nacional, el cuadro inconforme puede únicamente impugnar la misma mediante la interposición de un recurso de reforma, ante la propia autoridad u órgano que le impuso dicha medida, para lo cual dispone de un término de diez días hábiles siguientes a la fecha de su notificación. Artículo 66 DL No.196/1999: Los cuadros que ocupen cargos en virtud de nombramientos de los Ministros o Jefes de organismos de la Administración Central del Estado o realizados por las Asambleas del Poder Popular, según el caso, quedan excluidos de la posibilidad de solicitar el inicio de un procedimiento de revisión.

como se propone. En tal caso, se requiere necesariamente de su ordenación jurídica, en virtud de la cual se otorgarían las competencias de nombramiento específicas al Consejo de Ministros.

El mismo análisis puede hacerse respecto del artículo 144, inciso, j), relativo la facultad de designación del Primer Ministro; el 145, inciso g), en cuanto a las que ostentan los Ministros; el 179, inciso f), las del Gobernador y artículo 191, inciso f), las facultades de las AMPP para designar a los miembros del Consejo de la Administración Municipal.

En este orden de ideas, queda claro que ni la implementación de la función pública como técnica iusadministrativa, ni la articulación de la carrera administrativa como uno de sus componentes esenciales, ni la incorporación de la noción de funcionario público propuesta presentan contradicción alguna con el contenido axiológico de la Constitución cubana vigente. Tales asuntos son perfectamente admisibles en el actual contexto político-jurídico patrio, a partir, básicamente, de la propia exigencia de juridicidad, que conduciría a una ordenación más específica, tendente además a disminuir los márgenes de discrecionalidad en cuanto a la ocupación de los cargos administrativos.

C) Proyección regulatoria para el modelo de función pública de tendencia cerrada en Cuba

Como parte del enfoque bidireccional planteado respecto al diseño del marco regulatorio de la función pública en Cuba, es preciso referirse ahora a su prospección en una perspectiva de *lege ferenda*, según los parámetros que se estiman para el diseño adecuado de su régimen jurídico.

En tal sentido, el punto de inicio vuelve a ser el ámbito constitucional, donde la función pública –y todo lo que ella encierra– debe tener su consagración primera y máxima. Es fundamental la idea de que todo análisis, argumento o explicación que se pretenda esgrimir sobre cualquier institución o categoría jurídica –y especialmente administrativa– debe pasar insoslayablemente por el tamiz constitucional. “Hoy –en palabras de SCHMIDT-ASSMAN⁵¹⁹– la constitucionalización se ha convertido en una de las más notables fuerzas de desarrollo del Derecho”.

En esta línea, hay un grupo de aspectos que deben constar en la Carta Magna, con el fin de establecer las bases del régimen jurídico del sistema de función pública en Cuba. A modo muy sucinto, ellos son: los principios de organización y funcionamiento de la función pública (especialidad, igualdad, mérito y capacidad, imparcialidad, estabilidad de los funcionarios públicos); la inclusión en el texto constitucional de las bases para la ordenación de la función pública, que han de tributar, además, a la elaboración normativa de la noción de funcionario público que se materializaría y operaría en el

⁵¹⁹ Cfr. SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, “El concepto de la constitucionalización del Derecho Administrativo”, en MONTAÑA, Alberto y Andrés OSPINA, Editores, *La constitucionalización del Derecho Administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 23.

ordenamiento jurídico cubano; la adecuación, en correspondencia con lo anterior, del esquema categorial básico, partiendo del uso de la categoría genérica de servidor público; la creación de un órgano rector como ente administrativo, superior e imparcial, en el sistema de función pública; el mandato expreso para la implementación de la carrera administrativa; las garantías procedimentales y procesales de los funcionarios públicos; el establecimiento explícito de los cargos políticos y de confianza; las limitaciones a las excedencias forzosas, y que quede dispuesto el control judicial vía contencioso-administrativa.

A su vez, ello debe ir acompañado, en el plano legislativo y reglamentario, de la configuración del estatuto básico de la función pública –y estatutos especiales, si así se requiriera–; de la reconfiguración de la función directiva estatal, en términos generales, para deslindar de ella el campo propio de intervención de la función pública –a ella solo compete la ordenación del personal que ejerce función administrativa, unido al ente de su competencia por una relación de servicio y/o de empleo– y redefinir el régimen jurídico de los denominados funcionarios, diferenciando el campo relativo a los funcionarios públicos en sentido técnico-jurídico estricto, del correspondiente al ámbito de los trabajadores *designados*. Para ellos puede reservarse un régimen de responsabilidad diferenciado por la connotación que pueden tener sus funciones de trabajo, pero siempre sobre la égida iuslaboral porque, además, esta realidad no se manifiesta en el contexto del ejercicio de la función administrativa.

III.4.3. La delimitación de funcionario público como categoría iusadministrativa en Cuba

La presentación de este aspecto es el punto de culminación del presente estudio y pone de relieve la materialización teórica de las ideas hasta aquí expresadas; igualmente, constituye un ejercicio de verificación de la propuesta relativa a los elementos que configuran la noción jurídica de funcionario público, pues el propósito final de este último segmento es proponer una definición de esta categoría para operar en el ordenamiento jurídico cubano, de acuerdo con su contexto político, jurídico y económico. La atención debe colocarse, además, en determinadas pautas que han de verificarse en el escenario cubano, sin las cuales resultaría infructuosa la materialización teórica y práctica de las proyecciones de todo cuanto se ha dicho.

Es menester atender en este punto a la construcción teórica que de modo general se realizó de la categoría funcionario público en el Capítulo II del presente estudio; lo que exonera de reiterar cuestiones que en su momento se esgrimieron y constituyen presupuesto para cualquier análisis que se realice.

En cuanto al elemento objetivo de la concepción de funcionario público (ejercicio de función administrativa, la *naturaleza estatutaria* de la relación de servicio y su *ordenación mediante un régimen iuspúblico*), la concreción de *lege data* y *lege ferenda* de los dos últimos componentes ha quedado explicada en líneas precedentes. Por su parte, la naturaleza estatutaria de la relación de servicio es parte esencial de la noción de funcionario público y debe manifestarse como elemento de la definición que se proponga. Se desprende, en gran medida, de la propia especialidad jurídica de la función pública que se manifiesta, en parte, a partir de la existencia del marco legal específico iusadministrativo de ordenación de las relaciones y situaciones jurídicas de los funcionarios públicos. De tal manera, el nexo estatutario debe reglarse como parte integrante del ordenamiento jurídico cubano de la función pública, sobre la base del establecimiento de los derechos y las obligaciones recíprocas entre el funcionario público y la Administración Pública, surgidas en virtud de la relación de servicio, cuya verificación otorga el *status* funcionarial. Por tanto, fijar *ex lege* esa situación general e impersonal, que establece pautas a ambos sujetos de la relación jurídica suscitada, es vía de manifestación de la axiología democrática constitucional y del principio de legalidad que la propia Ley Fundamental establece.⁵²⁰

En lo relativo al ejercicio de función administrativa, se trata de identificarla concretamente y localizarla en el entramado funcional del Estado con las previsiones que se han considerado *up supra*. Sin embargo, tal cuestión no debe dejarse al azar, pues, según se examinó, no todo aquel que se desenvuelva en el contexto del ejercicio de la función administrativa tiene necesariamente que considerarse funcionario público. La atribución de dicho *status* no depende solo del componente teórico, sino que es determinante, como se ha explicado, la intervención normativa.

En este sentido, deben estimarse determinadas premisas esenciales para una precisa configuración normativa de la noción de funcionario público, en pos de su virtualidad práctica. De tal manera, en el caso cubano –y con apoyatura en el contexto constitucional vigente– debe realizarse una primera exclusión, que tiene base en las propias consideraciones que sirvieron de sustento al momento de elaborar el esquema categorial básico y que permitieron la identificación precisa de la categoría funcionario público dentro de la diversidad de personal vinculado con el ejercicio de la función administrativa.

⁵²⁰ Artículo 9: Cumplir estrictamente la legalidad socialista es una obligación de todos. Los órganos del Estado, sus directivos, funcionarios y empleados, además, velan por su respeto en la vida de toda la sociedad y actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias. Artículo 10: Los órganos del Estado, sus directivos, funcionarios y empleados están obligados a respetar, atender y dar respuesta al pueblo, mantener estrechos vínculos con este y someterse a su control, en las formas establecidas en la Constitución y las leyes.

Por tanto, un primer gran descarte se refiere a los servidores públicos que no ejerzan función administrativa con carácter voluntario o que se rijan por normativas especiales, distintas al estatuto general de la función pública que requiere diseñarse, o que ejerzan función administrativa a título privado, o que no tengan vínculo de servicio o empleo con la Administración Pública.

En un plano más específico, esta línea de exclusión se refiere, en sentido general, al personal que presta servicios en las estructuras administrativas de la Asamblea Nacional del Poder Popular, del Consejo de Estado, de la Presidencia de la República, del Consejo de Ministros, de la Gobernación, de la Intendencia y del Consejo de la Administración Municipal, o cualquier otro ente constitucional superior de la organización del Estado, la Provincia o el Municipio. Asimismo, el personal al servicio de la Fiscalía General de la República; de la Contraloría General de la República; del sistema judicial (jueces y personal auxiliar y subalterno de los tribunales populares); el personal militar de los cuerpos armados; el personal policial; los jefes de misiones diplomáticas y demás personal diplomático de Cuba ante otros Estados, organismos u organizaciones internacionales; los directivos y el personal de las organizaciones de base asociativa de Derecho público que realizan actividades de interés general; los notarios públicos; los concesionarios o los que, por cualquier título, gestionen indirectamente servicios públicos, bienes de dominio público o ejecuten obras públicas; el personal directivo del sector empresarial estatal o de entidades estatales, excepto los de aquellas cuya función principal sea el ejercicio de funciones administrativas relativas a la gestión de intereses públicos o generales. En general, el personal sin vínculo estatutario.

Siguiendo la lógica del propio esquema de categorías diseñado previamente, es previsible un segundo nivel de exclusión, ya en el contorno de los servidores públicos administrativos, donde se encuentran los funcionarios públicos en sentido técnico-jurídico estricto, con sus dos subclasificaciones – funcionarios públicos no titulares y funcionarios públicos titulares–. Los no titulares estarán asociados, por un lado, al carácter honorario, interino o eventual con el que pueden prestar sus servicios o, por otra parte, con su incorporación al sistema de función pública en puestos políticos y de confianza o los honorarios. Las primeras situaciones tienen que ver con situaciones jurídicas que estarán previstas normativamente y que dependen de los modos en que se fijen para la prestación de servicio en cuanto a su forma y contenido. Más relevante resulta dedicar atención a la configuración de los cargos políticos y de confianza, por resultar el talón de Aquiles del sistema de función pública si no se determinan sobre bases de excepcionalidad.

No por azar es uno de los aspectos que se proponen con rango constitucional y deben quedar estrictamente concebidos, pues el efecto jurídico de su estimación es que los funcionarios públicos

que ocupen los puestos considerados políticos y de confianza, no son acreedores del derecho-garantía de estabilidad o inamovilidad. De tal modo, para el caso cubano, ellos deben ser, en principio, todos los funcionarios públicos cuya designación corresponde constitucionalmente a la Asamblea Nacional del Poder Popular (Primer Ministro, Viceprimeros Ministros); los Viceministros, Ministros –y miembros del Consejo de Ministros y máximos jefes de los Organismos de la Administración Central del Estado, en general (no se incluyen las entidades adscriptas ni tuteladas); los funcionarios públicos que constitucionalmente deban ser elegidos (Gobernador y Vicegobernador); el intendente; los directores o presidentes de las Organizaciones Superiores de Dirección Empresarial⁵²¹ –ente administrativo fundamental de la Administración Pública económica instrumental– y los funcionarios públicos que tengan como función principal el manejo de recursos financieros públicos, o la adquisición, recepción, custodia, conservación o distribución de bienes públicos, o los que tengan como función principal o anexa a su cargo la fiscalización, investigación, vigilancia, recaudación y pago de toda clase de tributos del Estado, la Provincia o el Municipio.

Consecuentemente con lo anterior, es posible entonces determinar, de modo general, cuáles funcionarios públicos integrarían la categoría de titulares; en cuyo caso serían aquellos que se insertarían en la carrera administrativa y que dentro de su organización y estructura transitarían y ostentarían determinado nivel, haciendo de la función pública su profesión. En este rubro se incluirían todos los funcionarios públicos que constitucionalmente, o por disposición del estatuto de la función pública (*lege ferenda*) deben ser designados para puestos públicos que no estén catalogados como *cargos políticos y de confianza*; dentro de ellos, los funcionarios públicos de la Administración Pública a los que se refieren los artículos 137, inciso u), 144, inciso j) y 145, inciso g) de la CR de 2019; los funcionarios públicos de la Administración provincial a los que se refiere el artículo 179, inciso f), de la CR de 2019; los miembros del Consejo de la Administración Municipal a los que se refiere el artículo 191, inciso f), de la CR de 2019; los miembros del órgano rector superior de la función pública (*lege ferenda*); el personal médico profesional que presta servicio en el sistema de Salud Pública; el personal docente de todos los niveles de enseñanza –estos dos últimos casos por estar asociados a prestaciones directas de servicios públicos, con especial trascendencia, además, para el caso cubano–; el personal directivo y técnico de los entes reguladores –con independencia de su naturaleza autónoma o dependiente– y el personal directivo y técnico de las entidades empresariales estatales cuya función principal sea la gestión de servicios públicos o de interés general, bienes de dominio público o ejecución de obras públicas.

⁵²¹ La referencia es al ente en su estructura central, no se incluyen las empresas y entidades tuteladas por este.

Otro de los aspectos a evaluar es el elemento subjetivo. Al respecto, en el orden teórico, las precisiones se corresponden con lo analizado en el capítulo precedente, y en el ámbito práctico, los criterios relativos a la capacidad o aptitud de la persona física para ser sujeto de la relación jurídica de servicio deberán determinarse por el legislador. Los parámetros pueden variar según el puesto público a ocupar –o de otros tantos factores– y depende de la organización del sistema de función pública que, como se ha dicho, no es misión exclusiva del Derecho Administrativo.

En el caso cubano, es cardinal prestar especial atención a la temática de la organización administrativa que impacta directamente en la identificación de la Administración Pública como sujeto de la relación jurídica de servicio y su identificación clara –en su aspecto estructural– permite una articulación más precisa del sistema de función pública, de la carrera administrativa y de la inserción coherente de la noción de funcionario público.⁵²²

Por su parte, en cuanto al elemento formal, el criterio que se sostiene para Cuba es que este debe traer causa en mecanismos de *designación*, concretado en un instrumento jurídico contentivo del acto administrativo de nombramiento. De tal modo, su naturaleza es unilateral, como expresión de la voluntad de la Administración Pública. Lo anterior no implica –por los argumentos que en su momento se esgrimieron– un desmérito de la voluntad del funcionario público como parte de la relación jurídica suscitada. Ella constituye elemento de eficacia y así debe ser reglada como parte del procedimiento de formación del vínculo de servicio, asegurando el equilibrio jurídico debido. Sin embargo, el mecanismo unilateral coadyuva a asegurar la protección del interés público –eje medular de la función pública–, en pos de su funcionamiento eficaz. El acceso por elección es propicio para los puestos políticos de carácter representativo que tienen un valor más relevante dentro de la estructura constitucional del Estado. Sin embargo, al momento de dotar a la Administración Pública de funcionarios competentes, los criterios de representación se vuelven impropios, en tanto difuminan –incluso anulan– las valoraciones técnico-objetivas que deben imperar en este tema.

⁵²² Naturalmente, se trata de un tema que escapa a los objetivos de este estudio, empero, mínimamente, debe insistirse en la concepción más amplia del fenómeno de la organización administrativa, desde su mayor y más certera visualidad constitucional hasta la superación de las insuficiencias de la noción contenida en la LPCALE, lo cual es requisito *sine qua non* para la materialización de muchas de las consideraciones precedentes. Ley No. 7/77, “Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico” de 19 de agosto de 1977, modificada por el DL No.241 de 26 de septiembre de 2006, Gaceta Oficial Ordinaria 34, de 20 de agosto de 1977 y Gaceta Oficial Extraordinaria 33 de 27 de septiembre de 2006. ARTICULO 655.- Se entenderá por Administración a los efectos de esta Ley: 1. los organismos de la Administración Central del Estado así como sus delegaciones territoriales. 2. los Comités Ejecutivos de los órganos provinciales y municipales del Poder Popular. Después de la adopción de la "Ley de Reforma Constitucional" de 12 de julio de 1992 (Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6 de 13 de julio de 1992, pág. 23) los órganos de administración de las Asambleas Provinciales y Municipales del Poder Popular se denominan "Consejos de la Administración".

De esta manera, toda vez que el modo de acceso que se prevé es el de designación –sea por órganos unipersonales o colegiados–, el instrumento jurídico que debe emplearse para formalizar el nexo de servicio es la *Resolución*, para el primer tipo de ente, y el *Acuerdo* para el segundo.

Otro aspecto importante, según el componente formal, es el ámbito procedimental del Derecho de la función pública. Es imprescindible establecer, como parte del marco regulatorio, las formalidades específicas de los procedimientos de oposición, concurso, provisión u oferta de puestos de trabajo, entre otros, ya que son parte integrante del tracto formativo de la relación de servicio.

Luego entonces, solo resta, como colofón de lo antes expuesto, considerar que la noción jurídica de funcionario público, en el contexto cubano, puede concretarse en la elaboración de la siguiente definición, que sirva de base al ordenamiento jurídico iusadministrativo y tenga alcance al sistema jurídico íntegro:

Funcionario público es la persona física designada para ejercer función administrativa, unida al ente de su competencia mediante una relación de servicio de naturaleza estatutaria, cuyas relaciones y situaciones jurídicas, derivadas de ese vínculo, se encuentran sometidas a un régimen jurídico de Derecho Administrativo.

Sobre la base de lo expuesto en este capítulo, se formulan las conclusiones parciales siguientes:

- El sistema de función pública cubano tiene su origen a inicios del siglo XX, en el contexto de la primera etapa neocolonial. Sus influjos más directos, en el proceso de cimentación de sus bases, fueron el continental europeo –en sus concepciones teóricas, principalmente– y el norteamericano –en su articulación y organización, esencialmente–
- Desde la Ley de Servicio Civil de 1909 –momento inicial de la función pública cubana– hasta la Ley Fundamental de 1959, el modelo de función pública –de tendencia cerrada– y la noción de funcionario público, descansaron en los postulados teóricos contenidos en la propia LSC que les dio origen y permanecieron, prácticamente, invariables –con independencia de los cambios en sus bases mandados, tres décadas después, por la Constitución de 1940, que quedaron exclusivamente a nivel formal–.
- A partir de la década del sesenta del siglo XX y hasta el presente, la ordenación de la función pública en Cuba y la noción de funcionario se han caracterizado por su regulación *sui géneris*, a medio andar entre el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral, así como por el progresivo incremento del grado de politización –principalmente en la dimensión directiva de la función pública–; lo que ha generado un tratamiento legal disfuncional.

- A partir de la Constitución cubana de 1976, las nociones jurídicas de función pública y funcionario público se difuminan. Las categorías jurídicas que han operado en el contexto de la organización del personal al servicio de la Administración Pública hasta la actualidad son: agente del Estado, dirigente (o directivo), funcionario, empleado, autoridad, cuadros, funcionario público, funcionario administrativo, fundamentalmente. Estas nociones son insuficientes en sus bases teóricas para identificarse con una concepción precisa de función pública y funcionario público. Sin embargo, esa variedad categorial y el régimen jurídico que las ha ordenado contiene, materialmente en su conjunto, a la categoría funcionarial ausente y al Derecho estatutario de la función pública.
- La definición de funcionario público que opera en el ordenamiento jurídico cubano se encuentra contenida en el Código Penal vigente. Por su carácter sectorial está elaborada sobre bases ajenas al Derecho Administrativo; lo cual impide que pueda ser asumida con alcance general.
- La articulación de la función pública como técnica jurídica de ordenación de los medios personales al servicio de la Administración Pública, su especialidad jurídica, la implementación de la carrera administrativa y la delimitación de funcionario público como categoría iusadministrativa son admisibles en Cuba, al no presentar contradicción alguna con el contenido axiológico de la Constitución vigente.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La función pública, asumida como técnica de ordenación de los medios personales al servicio de la Administración Pública, es una premisa esencial para el buen funcionamiento administrativo, al coadyuvar a una mejor organización del factor humano que ejerce las funciones del Estado, en especial la función administrativa. En este sentido, constituye un presupuesto para la construcción teórica de la noción de funcionario público.

SEGUNDA: La noción de función pública que se propone debe concebirse sobre la base de una dimensión subjetiva –determinada por la Administración Pública y las personas físicas que ejercen función administrativa mediante una relación de servicio o de empleo–; una dimensión objetiva –que se concreta en la ordenación y funcionamiento del personal a cuyo cargo se encuentra el ejercicio de la función administrativa– y una dimensión teleológica –que se devala por el propósito de coadyuvar a la satisfacción de las necesidades colectivas–.

TERCERA: La categoría funcionario público puede delimitarse teniendo en cuenta un elemento objetivo –integrado por el ejercicio de función administrativa, la naturaleza estatutaria de la relación de servicio y la ordenación mediante un régimen de Derecho Administrativo–; un elemento subjetivo –determinado por la presencia de la Administración Pública y la persona física que ostenta el status funcional– y un elemento formal –que se compone de los mecanismos jurídicos mediante los cuales puede concretarse el vínculo, sean unilaterales o consensuales–.

CUARTA: Los fundamentos jurídicos sobre los que se articula actualmente la organización del personal al servicio de la Administración Pública en Cuba actúan como límite a la tutela del interés general y al canon de protección de derechos previsto en el nuevo marco constitucional de 2019. Ello resulta de los siguientes aspectos:

- a) Construcciones teóricas ajenas al Derecho Administrativo, emergidas, de modo insuficiente, desde el Derecho Laboral, el Derecho Penal o con sobredimensionamiento de criterios políticos.
- b) Concepciones limitativas de la tutela judicial, concretadas en las restricciones de acceso a la justicia para tutelar las situaciones jurídicas derivadas de la relación de la Administración Pública y los funcionarios públicos que se mantienen en el régimen legal vigente.

- c) La configuración del vínculo funcional sobre un esquema de desequilibrio jurídico, generado por la ausencia de garantías procedimentales y procesales.
- d) Un régimen de acceso y permanencia en los cargos administrativos que se sustenta a partir de elevados niveles de discrecionalidad; lo cual limita el funcionamiento técnico de la Administración Pública y la virtualidad del principio de mérito y capacidad.

QUINTA: La noción de funcionario público en Cuba debe sustentarse tomando en consideración la articulación de la función pública como técnica jurídica –que asegure una perspectiva sistémica y transdisciplinaria–; la configuración de un marco regulatorio especial –que garantice su particularismo jurídico– y su delimitación como categoría iusadministrativa –para que opere legalmente con un sentido y alcance general y unívoco–. Todo ello, a partir de nuevos fundamentos que le permitan erigirse como categoría idónea para designar el *status* jurídico de las personas con mayor responsabilidad técnica en el ejercicio de la función administrativa.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: En el ámbito constitucional se recomienda la inclusión expresa de las bases para la ordenación de la *función pública* a partir de los principios que orientan su organización y funcionamiento (especialidad, igualdad, mérito y capacidad, imparcialidad y estabilidad) y la adecuación del esquema categorial del personal al servicio del Estado –reservando la categoría funcionario público para la persona física designada para ejercer función administrativa, unida al ente de su competencia mediante una relación de servicio de naturaleza estatutaria, cuyas relaciones y situaciones jurídicas, derivadas de ese vínculo, se encuentren sometidas a un régimen jurídico de Derecho Administrativo–.

SEGUNDA: Asimismo, en el plano legislativo-reglamentario, se recomienda la reforma integral de la normativa relativa a los funcionarios y cuadros, de manera que se articule a partir de la reconfiguración de la función directiva estatal, reservando la categoría política-ocupacional de cuadros para este ámbito, con base en su delimitación respecto del régimen jurídico de la función pública.

TERCERA: Se propone establecer un régimen jurídico especial para la función pública que se concrete, en lo fundamental, en una Ley de la Función Pública, con base en las siguientes pautas:

- Determinar las estructuras organizativas rectoras y de gestión del personal al servicio de la Administración Pública y la delimitación de sus competencias.
- Instituir un ente administrativo superior e imparcial en la cúspide del sistema de función pública.
- Implementar mecanismos de control administrativo, fundamentalmente en materia registral y de encuadramiento del personal.
- Articular las garantías procedimentales y procesales de los *funcionarios públicos*.
- Establecer normativamente los cargos políticos y de confianza; catalogación que debe ser sobre los puestos de trabajo, no sobre los funcionarios.
- Posibilitar el acceso a la justicia administrativa en materia de solución de conflictos surgidos en el contexto de la relación de servicio entre la Administración Pública y el funcionario público.
- Asumir, como principio, que el acceso a los cargos administrativos que deban ser ocupados por *funcionarios públicos* titulares debe prever requerimientos previos competitivos, en pos de la concreción del principio de mérito y capacidad.

- Diferenciar el régimen jurídico laboral de los *funcionarios públicos* en sentido estricto del referido a los trabajadores designados.
- Implementar la carrera administrativa.

CUARTA: En el plano académico, que se promuevan investigaciones sobre la temática relativa a la función pública en Cuba, tanto desde la perspectiva general como en lo referido al funcionario público, en particular, a los fines de proponer pautas para el constante perfeccionamiento de su régimen jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

A.A.V.V., *Manual de Historia del Estado y el Derecho americano y africano*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Ministerio de Educación Superior, La Habana, 1984.

AA. VV., *Conferencias y Debates sobre la Carrera Administrativa*, Colegio Nacional de Doctores en Ciencias Sociales y Derecho Público, Ed. LEX, La Habana, Cuba, 1949.

AA.VV., *Administración Pública y Función Pública en Iberoamérica*, Actas del II Seminario de antiguos alumnos iberoamericanos del Instituto Nacional de Administración Pública (3 a 6 de mayo de 1988), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1989.

AA.VV., *Introducción al Derecho Soviético*, Instituto de Estado y Derecho de la Academia de ciencias de la URSS, traducción de Víctor Médnikov, Ed. Progreso, Moscú, 1988.

AA.VV., *Manual de Historia General del Estado y del Derecho I*, Primera Parte, Ed. Félix Varela, La Habana, 2001.

AGÜERO TORRES, María Teresa, “Acerca de la ética del servidor público en la Administración Pública cubana”, en *Folletos Gerenciales*, Agosto de 2005, Centro Coordinador de Estudios de Dirección, Ministerio de Educación Superior, Ciudad de La Habana.

ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, tomo II, Traducción de la 3ª edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1970.

ALONSO PÉREZ, Francisco, *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el Código penal Legislación, Comentarios, Jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000.

ALONSO, Juan Antonio, “Instituciones y Desarrollo económico: el caso de América Latina”, en VIDAL BELTRÁN, José María y Juan PRATS CATALÁ (coordinadores), *Gobernanza. Diálogo Iberoamericano sobre buen gobierno*, Ed. Colex, Madrid, 2005.

ÁLVAREZ CASTELLÓN, Wilfredo y Carlos SÁNCHEZ BEATO, *Deberes y Derechos de funcionarios y empleados públicos*, s/e, La Habana, 1942.

ÁLVAREZ MENA, Máximo, *Servicio Civil*, tomo I, Seane Fernández y Cia. Editor, La Habana, 1942.

ÁLVAREZ TABÍO, Fernando, *El constitucionalismo en Cuba*, Dirección de Publicaciones Universidad de La Habana, Unidad de impresión ligera, La Habana, s/a.

_____, *Evolución Constitucional de Cuba (1928-1940)*, Conferencia leída en el ciclo organizado por el Colegio Nacional de Abogados, Talleres Gráficos O'Reilly, La Habana, 1953.

ARIAS MARTÍNEZ, Ma. Antonia, “El principio de objetividad en el empleo público II: la objetividad como deber de los empleados públicos”, en *Documentación Administrativa*, No. 289, enero-abril 2001, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico*, Cordillera S.A.C., Lima, 2003.

ARMSTRONG, W. y E. GREBENIK, *El informe Fulton: tres estudios sobre el Servicio Civil Británico*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1973.

ARQUILLIERE, Henri-Xavier, «Saint Grégoire VII. Essai sur sa conception du pouvoir pontifical», en *Revue d'histoire de l'Église de France*, n. 93, année 1935, Paris.

ARROYO LLANES, *La ordenación de la función pública contemporánea: la carrera administrativa (1808-1963)*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 1996.

ASENSIO JIMÉNEZ, Rafael, “Los regímenes de función pública en Francia y España: evoluciones recientes (comentarios a un número monográfico de la revista francesa de función pública)”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 17, 1987, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao.

_____, *Políticas de selección en la función pública española (1808-1978)*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1989.

Aspen Institute Italia, *Rapporto, Le riforme della pubblica amministrazione nella XVII Legislatura. I motivi ispiratori, i risultati conseguiti, gli obiettivi da raggiungere*, coordinamento scientifico Sabino Cassese, Roma, 26 de settembre de 2018, disponible en <http://www.aspeninstitute.it>.

AUBIN, Emmanuel, *Droit de la Fonction publique*, 3^e édition, Gualino éditeur, Paris, 2007.

AUBY, Jean Marie, Jean Bernard AUBY, Didier JEAN-PIERRE y Antony TAILLEFAIT, *Droit de la Fonction Publique*, 7^e édition, Dalloz, Paris, 2012.

AUOC, Leon, *Introduction à l'étude du Droit Administratif*, première conférence faite à l'École impériale des ponts et chaussées, Imprimerie Administrative de Paul Dupont, Paris, 1865.

AYOUB, Elíane, *La fonction publique en vingt principes*, 2^eme édition, Frison-Roche, Paris, 1998.

BACIGALUPO, M., “Reducción y laboralización de la función pública alemana en el marco del proceso de privatización de servicios públicos de los años noventa (en particular, la privatización del control aéreo, los ferrocarriles, el correo y las telecomunicaciones)”, en *Documentación Administrativa*, No. 243, 1995, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.

BALDINI PAPINI, Ubaldo, *Il rapporto d'impiego pubblico*, CEDAM, Padova, 1942.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Curso de Direito Administrativo*, 31^a edición, revista e atualizada até a Emenda Constitucional de 28.11.2013, Malheiros Editores, Brazil, 2014.

BARATA Y GODOY, Rogelio, *Ley Orgánica de los Municipios*, Adicionada con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y comentada, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y CA, Habana, 1925.

BARBOSA RIGOLIN, Ivan, *O servidor público na constituição de 1988*, Saravia, São Paulo, 1989.

BARÓN DE MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, *El espíritu de las leyes*, tomo I, traducción de Siro GARCÍA DEL MAZO, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1906.

BARRA, Rodolfo, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2003.

BATBIE, A., *Traité théorique et pratique de Droit Public et Administratif*, vol. III, Deuxième édition, L. Larose et Forcel Librairies-Editeurs, Paris, 1885.

BATISTA TORRES, Jennifer, “La designación de los funcionarios públicos en Cuba”, en MATILLA CORREA, Andry (coordinador), *Tendencias actuales del Derecho Administrativo*, Libro Homenaje a Héctor GARCINI GUERRA, Ed. UNIJURIS, La Habana, 2017.

BATTINI, Stefano, “Il personale”, en CASSESE, Sabino, *Diritto Administrativo*, tomo I, DOTT. A. Giuffrè Editore, Milano, 2003.

BAYÓN CHACÓN, G., y F. PÉREZ BOTIJA, *Manual de Derecho del Trabajo*, vol. I, 3ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1962.

BÉJAR RIVERA, Luis José y Alejandro ORRICO GÁLVEZ, *Régimen de la Función pública y régimen de responsabilidades administrativas de los servidores públicos*, Universidad Panamericana, ESPRESS, México, D.F, 2014.

BENEYTO PÉREZ, Juan, *Historia de la Administración española e hispanoamericana*, Ed. Aguilar, Madrid, 1958.

BERNAL PINZÓN, Jesús, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, Ed. Temis, Bogotá, 1965.

BERNAL, BEATRÍZ, *Cuba y sus Leyes*, Estudios Históricos-jurídicos, serie de estudios jurídicos núm. 27, UNAM, México, 2002.

BERTHELEMY, Henry, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 7^e édition, Arthur Rousseau Editeur, Paris, 1913.

_____, *Traité élémentaire de droit administratife*, 9^a édition, Rousseau & Cie., Éditeurs, Paris, 1920.

BETANCOURT, Ángel C., *Jurisprudencia cubana. Prontuario, por orden alfabético, de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo de la República de Cuba. Parte civil y contencioso-administrativa*, tomo I (1899 a 1908) y tomo II (1909-1918), Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y C^A, Habana, 1912 y 1929.

BIELSA Rafael, *Derecho Administrativo*, 3ª edición, tomo II, Roque Depalma, Buenos Aires, 1938.

_____, “Conceptos jurídicos y terminología”, en *Revista jurídica argentina La Ley*, tomo 56, 1949, La Ley, Buenos Aires.

_____, *La función pública*, Ed. Buenos Aires, Argentina, 1966.

- BIGOT, Grégoire, *L'Administration française, Politique, droit et société, 1789-1870*, tomo I, 2^eme, édition, Lexis Nexis, Paris, 2014.
- BISCHOFFE, G., *Qu'est-ce qu'un fonctionnaire ?*, *Fonction publique et contrat*, Sirey, Paris, 1927.
- BLANC, Louis, *La fonction publique*, 2^e édition, Sirey, Paris, 1978.
- BLAU, Peter Michael, *Burocracia en la sociedad moderna*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1962.
- BLUNSCHLI, M., *Théorie générale de l'Etat*, traducción al francés de M. Armand de Riedmatten, Librairie Guillaumin et Cie., Paris, 1877.
- BOBBIO, Norberto, *La gran dicotomía público/privado*, traducción de José F. Fernández Santillán, Editorial Universidad de Antioquia, Medellín, 2015.
- BOCCARDO, Gerolamo, *Diritto Amministrativo*, Tipografia Scolastica, Torino, 1863.
- BODIN, Jean, *Los seis libros de la República*, 3^a edición, traducción de Pedro Bravo Calá, Tecnos, Madrid, 1997.
- BODIQUEL, Jean-Luc, *Les fonctions publiques dans l'Europe des douze*, L.G.D.J, Paris, 1994.
- BOLGAR, Vera, «L'intérêt général dans la théorie et dans la pratique», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1965, vol. 17, No. 2, Paris.
- BONFANTE, P., “La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato”, in Id., *Scritti giuridici vari*, vol. 4, 1925, Tipografico-editrice torinese, Torino.
- BONNARD, Roger, *Précis de Droit Administratif*, 4^{eme} édition, L. G. D. J., Paris, 1943.
- BONNIN, Charles-Jean, *Principes d'administration publique*, Clement Frères, Libraires, Paris, 1809.
- BOQUERA OLIVER, José María, *Derecho administrativo*, 10^a edición, Civitas, Madrid, 1992.
- BOUCHENE-LEFER, A. G. D., *Droit Administratif français*, Gustave Pissin, Libraire, Paris, 1835.
- DELBOUSQUET, Jules, *De l'organisation des administration centrales des divers ministeres; des droit et devoir des s employés*, Hingray, Paris, 1843.
- BOURCIER, Daniele, “Argumentation et définition en Droit”, in *Langages*, 10^e année, No. 42, 1976, Paris.
- BRANCOURT, J. P., “Des «etats» a l'État, évolution d'un mot”, *Archives de Philosophie du droit*, No. 21, 1976, Sirey, Paris.
- BRANDAO CAVALCANTI, Themistocles, *O funcionario público e o seu regime jurídico*, 2^a edición, Livraria Editora Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1946.
- BRAVO Y CORREOSO, Antonio, *¿Cómo se hizo la Constitución de Cuba?*, conferencias dadas en la institución de altos estudios de la asociación de maestros normales de oriente, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y Ca., 1928.

BREWER CARIAS, Alan R., "La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho", en *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 57, 1976, Universidad Central de Venezuela, Caracas.

_____, *Las empresas públicas en el Derecho comparado. Estudio sobre el régimen de las actividades industriales y comerciales del Estado*, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967.

_____, *El estatuto del funcionario público en la Ley de carrera administrativa*, Comisión de Administración Pública, Caracas, 1971.

_____, *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 2ª edición, Universidad Externado de Colombia-Editorial Jurídica Venezolana, Colombia, 2007.

_____, *La interpelación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el Proceso de Huida y Recuperación del Derecho Administrativo*, II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carias", Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996.

BRICEÑO RUIZ, Alberto, *Derecho Individual del Trabajo*, Ed. Harla, México, 1985.

BUFETE RUIZ-SIERRA FERNÁNDEZ, *Legislación vigente en materia de jubilaciones y pensiones de funcionarios y empleados públicos de la República de Cuba*, Anotada y concordada hasta el día 30 de noviembre de 1936, Publicación del Bufete Ruiz-Sierra Fernández, La Habana, 1936.

BULLRICH, Rodolfo, *Nociones de Derecho Administrativo*, redactadas con base en las conferencias del profesor Rodolfo BULLRICH por Juan Bautista ARCIONI y José María GARCIAARENA, Librería de Derecho y Jurisprudencia, Restory & Doeste, Libreros Editores, Buenos Aires, 1925.

BULLRICH, Rodolfo, *Principios Generales de Derecho Administrativo*, Guillermo Kraft editor, Buenos Aires, 1942.

BURDEAU, François, *Histoire de l'administration française. Du 18^e au 20^e siècle*, 2^{eme} édition, Montchrestien, Paris, 1994.

BUTELER, Alfonso, "Los medios de selección de empleados público", en *Revista de Derecho Público*, 2012-1: *Empleo Público I*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires.

CABALLERO ORTIZ, Jesús, *El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público*, 1ª reimpresión, Ediciones Paredes, Caracas, 2008.

CABRAL, Pablo O. y Marcelo J. SCHREGINGER, *El régimen de empleo público en la Provincia de Buenos Aires*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.

- CAMPBELL, George. A., *The Civil Service in Britain*, 2ª edición, Penguin-Book, G. Duekworth, 1965.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *El empleo público entre el Estatuto Funcionario y el Contrato Laboral*, Universidad de Castilla- La Mancha, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- CAÑIZARES ABELEDO, Diego Fernando, *Teoría del Estado*, Capítulo 1, Imprenta Universitaria André Voisin, La Habana, s/a
- CARINGELLA, Francesco y Raffaele Marino, *La riforma del pubblico impiego. Verso la privatizzazione*, Esselibri Simone, Milano, 1994.
- CARMONA Y CASTAÑOS, Luis y José E. MERESMA Y DÍAZ, *Ley de Servicio Civil de Cuba, de 18 de enero de 1909*, anotada y comentada por Luis, Establecimiento Tipográfico editorial de Arturo Meresma Editor, La Habana, 1911.
- CARMONA, Adriano G., “La Carrera Administrativa, proyecto de Ley de Oficios Públicos”, en *Revista Cubana de Derecho Público*, No. 1, vol. I, enero-marzo de 1951, La Habana.
- CARPACI, Alfredo, “Reformas en la laboralización de la relación de empleo público en Italia: aspectos constitucionales y referencia a la normativa más reciente”, *Documentación Administrativa*, núm. 243, 1995, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.
- CARRASCO CANALS, Carlos, “Influencia de la Administración canónica y militar, en el derecho Administrativo, AA. VV., *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos*, Colegio Universitario de Estudios Financieros e Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982.
- CARRASCO CANALS, Carlos, *La burocracia en la España del siglo XIX*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1975.
- CARRE DE MALBERG, Raymond, *Teoría general del Estado*, traducción de José Lión Depetre, 2ª edición (2da reimpresión), Fondo de Cultura Económica de México, D.F., 2001.
- CARRERAS COLLADO, Julio A., *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1983.
- CARRIÓ, Genaro R., *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Astrea, Buenos Aires, 1973.
- Carta Iberoamericana de la Función Pública, aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 26-27 de junio de 2003, disponible en [www.http://old.clad.org](http://old.clad.org).
- CASASÚS, Juan J., *Apéndice a la segunda edición del Código de Defensa Social*, Ed. Librería Martí, La Habana, 1960.
- CASSANGE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, tomo I, 6ª edición actualizada (reimpresión), Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

CASSESE, Sabino, *Las bases del Derecho Administrativo*, 1ª edición en español, traducción de Luis Ortega, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1994.

_____, “La costruzione dil Diritto Amministrativo: Francia e Regno Unito”, en AA.VV., Sabino CASSESE (curatore), *Tratato di Diritto Amministrativo*, DOTT. A. Giuffre editore, Milano, 2003.

CASTILLO BLANCO, Federico, “Management y Derecho Administrativo: ¿Hacia una necesaria evolución del Derecho de la Función Pública y de la Gestión de los recursos humanos?”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 26, 1996, Universidad de Sevilla, Sevilla.

_____, “Reflexiones en torno a la construcción de un nuevo sistema de empleo público”, en CASTILLO BLANCO, Federico (director) y Ana OLMEDO GAYA (coordinadora), *Lecciones de Función Pública*, CEMCI, Granada, 2002.

CASTRO RUZ, Fidel, *La historia me absolverá*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2007, p. 42.

CAVALCANTE FILHO, Joao Trindade, *Regime jurídico dos servidores públicos federais*, 2ª ed. Revisada, ampliada e atualizada, Jus POIVM, Brasil, 2010.

CERRILLO I MARTINEZ, Agustí (Coordinador). *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, 1ª edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005.

CLARKE ADAMS, John, *El derecho administrativo norteamericano, Nociones institucionales de derecho administrativo comparado*, traducción de Dionisio Petriella, EUDEBA, Buenos Aires, 1964.

CLARKE, William Harrison, *Civil Service Law*, third edition re-revised, M. T. Richardson Company, New York, 1897.

COLMEIRO, Manuel, *Derecho Administrativo español*, tomo I, Librería de Don Ángel Callejas editor, Madrid, 1850.

COLMEIRO, Manuel, *Elementos de Derecho Político y Administrativo*, Librerías de Don Ángel Callejas Editor, Madrid, 1858.

COLÓN, Eduardo, *Ley del Retiro Civil de 25 de junio de 1919 y modificaciones introducidas por la de 23 de junio de 1921 con apéndice que le afecta*, 2ª edición, corregida y aumentada, Habana, 1924.

COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo*, 2ª edición actualizada y ampliada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

_____, “La profesionalización de la Administración Pública en la República Argentina” en AA.VV., *La Profesionalización de la Función Pública en Iberoamérica*, Ministerio de la Administración Pública, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002.

CÓRDOVA Y ÁLVAREZ, Luis, *Nueva Legislación del Retiro Civil*, Editorial Selecta, La Habana, 1960.

COSCULLUELA MONTANER, Luis y Mariano LÓPEZ BENITEZ, *Derecho Público Económico*, 2ª edición, Iustel, Madrid, 2008.

COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de derecho administrativo I*, 20ª edición, Civitas, Madrid, 2009.

COS-GAYÓN, Fernando, *Historia de la Administración Pública en España*, Imprenta de D. José Velletti, Madrid, 1851.

CRETELLA JUNIOR, José, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, *O pessoal da administração pública*, Ed. Forense, Río-Sao Paulo, 1967.

CROZIER, Michel, “La transición del paradigma burocrático a una cultura de gestión pública”, *Revista del CLAD*, núm. 7, enero 1997, CLAD, Caracas.

CHAMPEIL-DESPLATS, Veronique, *Methodologies du Droit et des sciences du Droit*, 2e edition, Éditions Dalloz, Paris, 2016.

CHAPMAN, Brian, *The profession of government*, Unwin University Press, London, 1970.

CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, tomo II, 12^e, Ed. Montchrestien, París, 2000.

CHARVAT, Petr, *The birth of the State: Ancient Egypt, Mesopotamia, India and China*, traducción al inglés de Daniel Morgan, 1th English edition, Karolinum, Prague, 2013.

CHEVALIER, Jacques y Daniels LOSCHAK, *Ciencia Administrativa*, tomo I, *Teoría General de la Institución Administrativa*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986.

CHEVALLIER, Jacques, “La participation dans l’administration française”, en *Discours et pratique*, Bulletin de l’I.I.A.P, No. 37, 1976, Paris.

_____, “Les fondements idéologiques du droit administratif français”, *Variations autour de l’idéologie de l’intérêt général*, P.U.F., vol. 2, 1979, Paris.

CHEVALLIER, Jacques, “L’intérêt général dans la administration française”, en *International Review of Administrative Sciences*, december 1, 1975, disponible en <http://www.doi.org>.

CHEVALLIER, Jacques, *L’élaboration historique du principe de séparation de la jurisdiction administrative et de l’administration active*, L.G.D.J, París, 1970.

CHEVRIER, G., “Remarques sur l’introduction et les vicissitudes de la distinction du jus privatum et de jus publicum dans la œuvres des anciens juristes français”, en *Archive de Philosophie du Droit*, tome I, 1952, Sirey, París.

D’ALESSIO, Francesco, *Intituzioni di diritto amministrativo*, tomo I, 4ª edizione, Unione Tipografica-Edsitrice Torinence, 1949.

D’ATONA, Massimo, “Federalismo administrativo y privatización del empleo público en Italia”, disponible en <http://idus.us.es>.

- D'ESTÉFANO PISANI, Miguel A., *Retiro Civil*, Jesús Montero Editor, la Habana, 1959.
- _____, *Servicio y Retiro Civil*, Jesús Montero Editor, la Habana, 1951.
- _____, *Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959*, anotada y concordada con la Constitución de 1940. Sus leyes complementarias y jurisprudencia fundamental, Jesús Montero Editor, La Habana, 1959.
- _____, *Retiro Civil*, Ley de Retiro Civil con las modificaciones introducidas hasta el 15 de julio de 1959, anotada y comentada, con la jurisprudencia atinente. Formularios y apéndice de legislación, Jesús Montero Editor, La Habana, 1955.
- D'ORTA, Carlos, “Legge quadro sul pubblico impiego e qualifiche funzionali sette anni dopo: una riforma *strabica*”, en *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 3, 1990, A. Giuffrè editore, Milano.
- DABIN, Jean, *Doctrina General del Estado. Elementos de Filosofía política*, traducción de la primera edición francesa (1939) de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, UNAM, México D.F, 2003.
- DACOSTA, Arístides, M., *Apuntes de Derecho Administrativo*, adaptados de la explicaciones de clases, Imprenta y papelería La Universal, La Habana, 1927.
- DE CASTRO-PALOMINO MOLINS, Rafael, “La Carrera Administrativa y los Graduados Universitarios”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Habana*, Año VII, Volumen VII, No. 49, Colegio de Abogados de La Habana, La Habana, julio, 1944.
- DE FORGES, Jean-Michel, *Droit de la Fonction publique*, 2^e édition mise à jour, PUF, Paris, 1997.
- DE GERANDO, *Institutes du Droit Administratif français*, tomo I, Palais de Justice, París, 1829.
- DE LA MARE, Nicolas, *Traité de la Police*, tomo I, 2e édition, Aux dépens de la Compagnie, Amsterdam, 1729.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., “El funcionario Público ante el Derecho Penal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, No.20, 2010, Junta de Castilla y León, España.
- DE LA OLIVA, A., y GUTIERREZ REÑÓN, A., “Los cuerpos de funcionarios”, *Documentación Administrativa*, núm. 124, 1968, Madrid.
- DE LAUBADERE, André, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 4^{eme} édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1967.
- DE MIGUEL, Raimundo, *Diccionario etimológico latino-español*, 23e, s/e, Madrid, 1974.
- DE PEDRO FERNÁNDEZ, Antonio, *Derecho de la Función Pública. La experiencia venezolana*, Vadel Hermanos Editores, Caracas, 2004.
- DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, María, *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Lex Nova, Madrid, 2006.

DEBBACH, Charles, *Ciencia Administrativa. Administración Pública*, traducción de la 2ª edición francesa por José Adntonio Colás Leblanc, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1981.

Declaración de los Derecho del hombre y del ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, disponible en http://www.es_ddhc.pdf.

DEGEN, Manfred, “El sistema de carrera en la República Federal Alemana”, en *Documentación Administrativa*, No. 210-211, 1987, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.

DEL REY GUANTER, Salvador, *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la Función Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986.

DEL RÍO HERNÁNDEZ, MIRTHA ARELY, “La investigación jurídica en opción a grados científicos”, en *Revista Cubana de Derecho*, No. 39, enero-junio, 2012, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana.

DEL SAZ, Silvia, *Contrato laboral y función pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

DELAPORTE, Louis., *La Mesopotamia: las civilizaciones babilónicas y asiáticas*, Ed. Cervantes, España, 1925.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, *El Derecho disciplinario de la Función Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, México D. F., 1990.

DEMARTIAL, Georges., “Le statut des fonctionnaires”, en *Revue politique et parlementaire*, avril-mai-juin, 1907, Paris.

DEUTSCHER, Isaac, *Las raíces de la burocracia*, traducción de José Cano Tembleque, Ed. Anagrama, Barcelona, 1970.

Diario de Sesiones de la Convención Constituyente, vol. II, Núm. 74, Sesión extraordinaria de 6 de junio, La Habana, 1940.

DICEY, A.V., *Introduction to the study of the law of the constitution*, eight edition, MacMillan and Co., Limited, London, 1915.

DIEZ DEL VALLE, Manuel, *La Administración Pública en Cuba, Principales problemas y posibles soluciones*, Editorial Lex, La Habana, 1953.

DIEZ, Manuel María, *Manual de Derecho Administrativo*, tomo I, con la colaboración de Tomás Hutchinson, 5ª edición, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1990.

DIEZ, Manuel María, *Manual de Derecho Administrativo*, tomo II, con la colaboración de Tomás Hutchinson, 2ª edición, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1981.

DIEZ-QUIJADA, Ángel Marín: “La remuneración de los funcionarios públicos”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No.39, Ed. CIVITAS S.A, Madrid, 1962.

DIHIGO Y LÓPEZ, Ernesto, *Derecho Romano*, tomo I, Parte 1, Ed. Félix Varela, La Habana, 2006.

DO COUTO MONTEIRO, A. M., *A garantía dos funcionarios administrativos*, Typographia Franco-Portuguesa, Lisboa, 1866.

DOCOBO, Jorge J., “La relación jurídica de empleo público”, en AA VV, *El Derecho administrativo argentino hoy*, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996.

DOMAT, Jean, *Les Quatre livre du Droit Public 1697*, Centre de philosophie politique et juridique, URA-CNR, Université de Caen, Paris, 1989.

DORD, Oliver, *Droit de la fonction publique*, 3^{ème} édition mise à jour, Themis droit PUF, Paris, 2007.

DREYFUS, Françoise, *La invención de la burocracia –servir al Estado en Francia, Gran Bretaña y Estados Unidos, siglos XVIII-XX–* Biblos, Buenos Aires, 2012.

DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 12^a edición, Ciudad Argentina, Hispania Libros, Buenos Aires-Madrid-México, 2009.

DUBOS, Oliver, “L’exorbitance du droit de la fonction publique”, en AA.VV., *L’exorbitance du droit administratif en question (s)*, LGDJ, Paris, 2004.

DUGUIT, LEON, *Études de Droit Public – I - L’État, le droit objectif et la loi positive*, Ancienne Librairie Thorin et Fils, Albert Fontemoing, Éditeur, Paris, 1901.

_____, *Las Transformaciones del Derecho Público*, Traducción con estudio preliminar de Adolfo Posada y Ramón Jaén, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1915.

_____, *Leçons de Droit public général*, E. de Boccard Editeur, Paris, 1926.

_____, *Manual de Derecho Constitucional*, Traducción de José G. Acuña, 2^a edición española. Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1926.

_____, *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome I, *La Règle de Droit - Le Problème de L’Etat*. 3^{ème} édition, Ancienne Librairie Fontemoing & C^{ie} Éditeurs, Paris, 1927.

_____, *Traité de Droit constitutionnel*, Tome II, *La théorie générale de l’État*, 2^{eme} édition, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Éditeurs, Paris, 1928.

_____, *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome III, *La Thèorie Générale de L’Etat (suite et fin)*, 3^{eme} édition, Ancienne Librairie Fontemoing & C^{ie}, Éditeurs, Paris, 1930.

_____, *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome III, *La Thèorie Générale de L’Etat (suite et fin)*, 2^{ème} édition, Ancienne Librairie Fontemoing & C^{ie}, Éditeurs, Paris, 1923.

DUPONT-FERRIER, G., “Les institutions francaises de Moyen Age vues à travers les institutions de l’Antiquité romaine”, en *Revue historique*, Tome cent soixante-et-onzième, Janvier-Juillet, 1933, Paris.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Nuevas formas de relacionamiento público-privado en el cumplimiento de cometidos del Estado”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, No.4, Montevideo, 2009, p.59-102.

- E. H. de S., *Exposé du Droit Public de L'Allemagne*, J. J. Paschoud Imprimeur-Libraire, Paris, 1821.
- ENGELS, Friedrich., *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Fundación Federico Engels, Madrid, 2006.
- ENTRENA CUESTA, Rafael, “Consideraciones sobre la teoría de los contratos de la Administración”, en *Revista de Administración Pública*, Año VIII, No. 24, septiembre-diciembre, 1957, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- _____, *Curso de Derecho Administrativo*, 11ª edición, tomo 1/2, Organización administrativa, Ed. Tecnos, Madrid, 2001.
- ETKIN, Jorge y Aníbal PETRINI, *Diagnóstico curricular de instituciones de formación e investigación en gerencia pública en Argentina*, Red Iberoamericana de Instituciones de Formación e Investigación en Gerencia Pública, CLAD, Caracas, 1990.
- EVGUENI Frolov, Yuri KOZLOV, *Los órganos de administración pública en la URSS*, traducción de Manuel Nebreda, Ed. Progreso, Moscú, 1990.
- FABRE-ALIBERT, J., “Le principe d'égal accès aux emplois publique dans la jurisprudence constitutionnell”, en *Revue du Droit Public*, avril, 1992, LGDJ, Paris.
- FAVRE, Henri, *Los incas*, Que sais-je? No. 108, traducción de Jordi García Jocas, 1ª edición en lengua castellana, Vikos-tam, S. A.-Ediciones, Barcelona, 1979.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Siete Milenios de Estado y de Derecho*, tomo I, Ciencias Sociales, La Habana, 2008.
- _____, “Inspiración, contenido y significado de la Constitución de 1901”, en *Estudios sobre Historia del Derecho en Cuba*, MATILLA CORREA, Andry (Coordinador), Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 2009.
- _____, *Historia del Estado y del Derecho en la Antigüedad*, tomo I, Edición Revolucionaria, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1971.
- _____, *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2005.
- _____, *Historia General del Estado y el Derecho II*, Félix Varela, La Habana, 2000.
- _____, *Teoría del Estado y del Derecho*, tomo I, Ed. Félix Varela, La Habana, 2001.
- FERNÁNDEZ CAMUS, Emilio, *Derecho romano*, T, I, 3ª edición, Universidad de La Habana, La Habana, 1946.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho Público Romano*, 17ª edición, Civitas, Madrid, 2014.
- FERNÁNDEZ SUPERVILLE, Manuel, “La Carrera Administrativa”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Habana*, Año VII, Volumen. VII, No. 43, enero, 1944, Colegio de Abogados de La Habana, La Habana.

FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, Emilio, *Diccionario de Derecho Público*, Ediciones Astrea-Depalma, Buenos Aires, 1981.

FERRARA, Orestes, *Las ideas jurídico-sociales en las constituciones cubanas*, Conferencia pronunciada en el ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 29 de enero de 1945, Talleres Gráficos Marsisga, Madrid, 1945.

FIELD, Oliver P., *Civil Service Law*, The University of Minnesota Press, Minneapolis, 1939.

FINER, Hernan, *The british Civil Service*, The Fabian Society and George Allen & Unwin LTD., London, 1937.

FLEINER, Fritz, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, trad. Ch. Eisenmann, Librairie Delegrave, Paris, 1933.

FORONDA, Valentín, *Cartas sobre la Policía*, Imprenta de Ramón Domingo, Pamplona, 1820.

FORSTHOFF, Ernest, *Tratado de Derecho Administrativo*, Traducción de la 5ª edición alemana por Legaz y Lacambra, Garrido Falla y Ortega y Junge, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

FOSTER, W. E., *Civil-Service Reform Movement*, Press of Geo. H. Ellis, Boston, 1882.

FOUCART, Émile-Victor, *Éléments de Droit Public et administratif, des principes de Droit Public positif*, tomo I, 4^{me} édition, A. Maresco et E. Dujardin, Libraires-Editeurs, Paris, 1855.

FOUGERE, Louis, *La fonction publique*, Institut international des Sciences administratives, Bruxelles, 1966.

FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 40ª edición, revisada y actualizada por Manuel Fraga, Porrúa, México, 2000.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira, *O principio constitucional da Moralidade Administrativa*, CENESIS Editora, Curitiba, 1993.

FUKUYAMA, Francis, *La construcción del Estado. Hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*, traducción de Maria Alonso, Ediciones B, S.A., Barcelona, 2004.

GALEANO, Juan José, “El régimen jurídico del personal contratado de la Administración pública. La situación jurisprudencial”, en AA. VV., *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, 1ª edición, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005.

GALLEGO ANARBITARTE, Alfredo, *Conceptos y principios fundamentales del derecho de organización*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

GALLEGOS FEDRIANI, Pablo Oscar, “Ius variandi en el empleo público”, en *Revista de Derecho Público*, 2012-1: Empleo Público I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires.

GÁNEVA, Iveta, *Diagnóstico curricular de instituciones de formación e investigación en gerencia pública en Costa Rica*, Red Iberoamericana de Instituciones de Formación e Investigación en Gerencia Pública, CLAD, Caracas, 1990.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, *Revista de Administración Pública*, No. 17, 1955, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

_____, “La figura del contrato administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, Año VI, Número 41, mayo-agosto, 1963, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

_____, *La Administración Española, última etapa del Rey Absoluto*, Ed. Alianza S.A., Madrid, 1972.

_____, *La administración y sus agentes, la administración española*, Ed. Alianza, Madrid, 1972.

_____, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 15ª edición, Thomson-Civitas, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2011.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 53ª edición (reimpresión), Porrúa, México, 2002.

GARCÍA OVIEDO, Carlos, *Derecho Administrativo*, tomo I, 8ª edición, Ed. E.I.S.A, Madrid, 1962.

GARCÍA Pelayo, Manuel, *Burocracia y Tecnocracia*, Ed. Alianza, Madrid, 1974.

GARCÍA PULLÉS, Fernando (director), Viviana BONPLAND y Marcelo UGARTE (colaboradores), *Régimen jurídico del empleo público en la Administración Nacional*, 3ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Érika URIBE VARGAS (colaboradora), *Derechos de los Servidores Públicos*, Instituto Nacional de Administración Pública, UNAM, México, 2002.

GARCÍA-TREVIJANO Fos, José A., “Relación Orgánica y Relación de Servicio en los Funcionarios Públicos”, en *Revista de Administración Pública*, No. 13, 1954, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

GARCÍA-TREVIJANO Fos, José A., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, Volumen I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970.

GARCINI GUERRA, Héctor y Miguel REYES, *Manual de Derecho Administrativo*, tomo I, Parte General, Escuela de Ciencias Jurídicas, Facultad de Humanidades, Universidad de La Habana, La Habana, 1963.

_____, *Derecho Administrativo*, segunda parte, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 1978.

- _____, *Derecho Administrativo*, 2ª edición, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1986.
- GARRIDO FALLA, F., “Las transformaciones del concepto jurídico de policía”, en *Revista de Administración Pública*, No. 11, mayo-agosto, 1953, Institutos de Estudios Políticos, Madrid.
- _____, “La nueva legislación sobre funcionarios públicos”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 43, 1964, Institutos de Estudios Políticos, Madrid.
- _____, *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1950.
- GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, tomo I, 12ª edición, Tecnos, Madrid, 1994.
- GASCÓN Y MARIN, José, *Tratado de Derecho Administrativo. Principios y legislación española*, tomo I, 7ma edición revisada, C. Bermejo impresor, Madrid, 1941.
- _____, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, 11ª edición, C. Bermejo Impresor, Madrid, 1950.
- _____, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, 12ª edición, C. Bermejo Impresor, Institutos de Estudios Políticos, Madrid, 1952.
- GAUDEMET, P. M., “La eficacia en el Servicio Civil británico”, traducción de J. G. H., *Revista de Administración Pública*, núm. 11, 1953, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- GAUDEMET, Y., “Le partenariat public-privé en France dans la perspective de la métamorphose de l’interet general”, *Recueil Dalloz*, No. 44, 2007, París.
- GAZIER, Francois, *La fonction publique dans le monde*, Cujas, París, 1972.
- GIANNINI, Massimo Severo, *Premisas sociológicas históricas del Derecho Administrativo*, traducción de M. Baena de Alcázar y J. M. García Madaria, 2ª edición en español, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987.
- _____, *Derecho Administrativo*, 1ª edición en español, traducción de Luis Ortega, vol. I, MAP, Madrid, 1991.
- GIERKE, Otto Von, *Political Theories of the Middle Age*, 1th edition, Traslated by Frederic W. Maitland, LL.D, D.C.L, Cambridge at University Prss, London, 1900, reprinted 1913.
- _____, *Las raíces del contrato de servicios*, traducción y comentario crítico por Germán Barreiro González, Civitas, Madrid, 1982.
- GIRIODI, L. M., “Il pubblici ufficio e la gerarchia amministrativa”, en ORLANDO, V. E., *Primo trattato completo dei diritto amministrativo italiano*, vol. I, Ed. Società Editrice Libreria, Milano, 1900.
- GODECHOT, Jacques, *La pensée révolutionnaire, 1780-1799*, Armand Collin, Paris, 1964.
- GÓMEZ ARANGUREN, Gustavo, *Derecho Administrativo*, ABC editores librería, Bogotá, 2004.

GÓMEZ DE LA SERNA, D. Pedro, *Instituciones de Derecho Administrativo español*, tomo I, Imprenta de D. Vicente de Zalama, Madrid, 1843.

GOODNOW, Frank J., *Derecho Administrativo comparado, análisis de los sistemas administrativos de los Estados Unidos, Inglaterra, Francia y Alemania*, tomo I, Organización, La Española Moderna, Madrid, s/a.

_____, *Politics and Administration*, Macmillan, New York, 1900.

GORDILLO, Agustín, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984.

_____, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, *Parte General*, 8ª edición, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003.

GOVIN Y TORRES, Antonio, *Elementos teórico-prácticos del Derecho Administrativo vigente en Cuba*, 3 vol., s/e, La Habana, 1882-1883.

_____, *Elementos de Derecho Administrativo*, tomo I, Parte I, 2ª edición, Imprenta y Librería de M. Ricoy, La Habana, 1910.

GRANET, Marcel., *La civilización china. La vida pública y vida privada*, Colección Evolución de la Humanidad, Síntesis colectiva, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana (U.T.E.H.A), vol. 29, México, 1958.

GREGOIRE, Roger, *La Fonction Publique*, Libraire Armand Colin, Paris, 1954.

GRIGORIÁN, L. y Y. DOLGOPÓLOV, *Fundamentos del Derecho Estatal Soviético*, traducción de O. RAZINKOV y V. MAZURENKO, Ed. Progreso, Moscú, s/a.

GRILLO LONGORIA, José A., *Los delitos en especie*, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1983.

GRIMAL, Nicolás, *Historia del Antiguo Egipto*, traducción de Blanca García Fernández-Albalat y Pedro López Barja de Quiroga, Ediciones Akal, Madrid, 1996.

GRISILIA, Julio A., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1999.

GROSSI, Paolo, *El origen jurídico medieval*, traducción de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Marcial Pons, Madrid, 1996.

GUAITA MARTORELL, Aurelio, “Funcionario público”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo X, Francisco Seix Editor, Madrid, 1960.

GUARINO, Antonio, *Storia del Diritto Romano*, 6ª edizione, Editore Jovene, Napoli, 1981.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. “Problemas generados por el difuso concepto de funcionario público en el Derecho penal”, en *Revista de Derecho Penal*, No.28, septiembre de 2009, Lex Nova, España.

GUERRERO, Omar, *La Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Ferderal, Una apreciación administrativa, Análisis y Comentarios*, UNAM, México, 2003.

_____, “Los grandes maestros de la Administración Pública. Justi, Stein, Bonnin y González”, en *Revista de Gestión Pública*, vol. IV, No. 1, enero-junio, 2015, Centro de Estudios en Gestión y Política Pública, Chile.

GUEVARA DE LA SERNA, Ernesto, “El cuadro, columna vertebral de la Revolución”, en *Revista Cuba Socialista*, septiembre de 1962, disponible en <http://www.archivo.juventudes.org>.

GUILLEN LANDRIÁN, Francisco: “El Derecho Laboral Socialista” en Colectivo de Autores, *Derecho Laboral*, Parte General, Ed. ENSPES, Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, La Habana, 1985.

GUILLÉN-CARAMÉS, Javier y Jesús FUENTETAJA PASTOR, “El principio de objetividad en la función pública, un análisis desde la jurisprudencia”, en *Documentación Administrativa*, No. 289, enero-abril 2001, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.

GUY PETERS, B., *La política de la burocracia*, traducción de la 4ª edición en inglés por Eduardo I. Suárez Galindo, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, A. C., Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

GUYOT, Pierre-Jean-Jacques-Guillaume, *Traité des droits, fonctions, franchises, exemptions, prérogatives et privilèges*, Ed. Visee, Paris, 1787.

HAMON, Francis, *Droit des fonctions publiques*, 1. Organisation et gestion, L.G.D.J., Paris, 2002.

HART, James, *An Introduction to Administrative Law*, 2ª edición, Appleton-Century-Crofts, New York, 1950.

HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 4^{ème} édition, L. Larose et Forcel Editeurs, Paris, 1900.

_____, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 11^{ème} édition, Société Anonyme du Recueil Sirey, Paris, 1927.

_____, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929 d'après les notes d'arrêtes du Recueil Sirey réunies et classée par A. Hauriou*, tomo III, Sirey, Paris, 1929.

HEGEL, Guillermo Federico, *Filosofía del Derecho*, traducción de Angélica Mendoza de Montero, 5ª edición, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968.

HELLER, HERMANN, *Teoría del Estado*, traducción de Luis Tobio, 2ª edición en español de la primera edición alemana (1934), Fondo de Cultura Económica, México, D. F, 1998.

HERNÁNDEZ CARTAYA, Enrique, Discurso “La Carrera Administrativa”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Habana*, Año VI, Volumen. VI, No. 39, Colegio de Abogados de La Habana, La Habana, septiembre, 1943, La Habana.

HERNÁNDEZ CORUJO, Enrique, *Los cargos técnicos y prácticos en las Administraciones democráticas*, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y CA, Habana, 1933.

_____, *Los fundamentos históricos y filosóficos de la Constitución de 1901*, Editorial Lex, La Habana, 1953.

_____, *Historia Constitucional de Cuba*, 2 tomos, Compañía Editora de Libros y Folletos O'Reilly, La Habana, 1960.

HERNÁNDEZ DE LA GUARDIA, DIANA, “Los métodos de la investigación sociojurídica”, en AA.VV., *Metodología e investigación al servicio del Derecho*, Centro de Investigaciones Jurídicas, MINJUS, La Habana, 2013.

HERNÁNDEZ MAS, Orestes, *Antología de Documentos para el Estudio de la Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Ed. Revolución, Instituto Cubano del Libro, s/a.

HOBBS, Thomas, *El Leviatán*, edición preparada por C. Moya y A. Escohotado, Editora Nacional, Madrid, 1980.

HOBBSAWM, Eric, *La Era del imperio (1875-1914)*, 6ª edición, Crítica, Buenos Aires, 2009.

HOMO, León, *Las instituciones políticas romanas: de la ciudad al Estado*, Ed. Cervantes, Barcelona, 1928.

HOOGENBOOM, Ari, “The Pendleton Act and the Civil Service”, in *The American Historical Review*, vol. 64, No. 2, January, 1959, Oxford University Press/American Historical Association, London, disponible en <http://www.jstor.org/stable/1845445>.

HUART, Cl. y Louis DELAPORTE, *El Irán antiguo (Elam y Persia) y la civilización irania*, Colección Evolución de la Humanidad, Síntesis colectiva, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana (U.T.E.H.A), vol. 28, México, 1957.

HUECK, Alfred y NIPPERDEY, H. C., *Compendio de Derecho del Trabajo*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

ILDEFONSO HUERTAS, Rosa María y Pilar ROJAS MARTÍNEZ DEL MARMOL, “Los instrumentos de ordenación de la burocracia pública”, en CASTILLO BLANCO, Federico (director) y Ana OLMEDO GAYA (coordinadora), *Lecciones de Función Pública*, CEMCI, Granada, 2002.

INFIESTA, Ramón, *Historia Constitucional de Cuba*, Ed. Selecta, La Habana, 1942.

Instituto de Historia de Cuba, *La República neocolonial: formación y crisis 1899 a 1940*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2004.

IVANEGA, Mirian Mabel, *Empleo público*, Astrea, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2019.

JAVATO MARTÍN, Antonio M., *El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Granada, 2005.

_____, “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, No.23, enero 2011, Junta de Castilla y León, España.

JELLINEK, G., *Sistema dei Diritti Pubblici subbietivi*, Traducida por Gaetano Vitagliano, revisada por el autor de la segunda edición alemana, Ed, Libreria, Milano 1912.

_____, *Teoría General del Estado*, tomo I, traducción de la segunda edición alemana por Fernando de los Ríos Urruti, Librería General de Victoriano Suárez, 1914.

JEZE Gastón, *Les Principes généraux du droit administratif*, 3 vol., 3^e éd., Giard, Paris, 1925-1930.

_____, *Cours de Droit Public, Théorie générale de la fonction publique*, Marcel Giard Libraire-Editeur, Paris, 1927.

_____, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, 6 tomos, Traducción directa de la 3^a edición francesa por Julio N. San Millán Almagro, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948 – 1949 – 1950.

JIMÉNEZ SERRANO, Pablo, *Metodología para las investigaciones jurídicas*, Ed. Jurismestre, Rio de Janeiro, 2015.

JOHNSON, Hubert C., “The Concept of bureaucracy in Cameralism”, en *Political Science Quarterly*, vol. 79, No. 3, september 1964, PSQ’s Editor, New York.

JORDANA DE POZAS, L., “Situación y necesaria reforma del Estatuto de los Funcionarios Públicos”, en AA.VV, *El cincuentenario de su docencias*, Ed. Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1952, pp 65-92.

JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de direito administrativo I*, 10^a edição revista e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.

JUSTI, Juan Enrique Gottlob, *Elementos Generales de Policía*, traducción de la edición francesa de 1769 por Eulalia Piferrer, Barcelona, 1784.

_____, *Ciencia del Estado*, con estudio introductorio de Omar GUERRERO-OROZCO, Instituto de Administración Pública del Estado de México, A.C., México, 1996.

KAFTANI, Chaterine, *La formation du concept de fonction publique en France*, Bibliothèque de Droit Public, Tome 196, Paris, 1998.

KAMMERER, A., *La fonction publique d’après la législation allemande*, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Arthur Rousseau Éditeur, Paris, 1898.

KANT, Immanuel, *Qu’est-ce le lumière?*, ensayo disponible en <http://philosophie.cegepter.qu.ca>.

KANTOROWICZ, Ernest H., “Mysteries of State. An Absolutist Concept and its late Mediaeval Origins”, en *The Harvard Theological Review*, Vol 48, No. 1, enero 1955, Cambridge University Press, London.

KELSEN, Hans, *Compendio de Teoría General del Estado*, traducción de Luis Recaséns Sichés y Justino de Azcárate, Colofón, S.A., México D.F, 1992.

KINDHÄUSER, Urs, *Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán*, disponible en <http://www.politicacriminal.cl>.

- KOSCHAKER. P., *Europa y el Derecho Romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- KRIELE, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, traducción de Eugenio Bulygin, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.
- LABAND, PAUL, *Le Droit Public del Empire Allemand*, tomo II, traducción de C. Gandilhon et de Th. Lacuire, edición francesa, V. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, Paris, 1901.
- LAFFERRIERE, E, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tomo I, 2e édition, Paris, 1896.
- LALINDE ABADÍA, J, *Iniciación Histórica al Derecho Español*, Ed. Civitas, Madrid, 1983.
- _____, *Los medios personales de gestión del poder público en la historia española*, IEA, Madrid, 1970.
- LALOUETTE, M, *Eléments de l'Administration pratique*, Le Normant imprimeur-libraire, Paris, 1812.
- LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio y Joaquín MARTÍNEZ SÁENZ, *Ensayos de Derecho Administrativo*, tomo I, Imprenta y papelería de Rambla, Bouza y Ca., La Habana, 1922.
- _____, *Sumario de las Lecciones de Derecho Administrativo explicadas en la Academia de Derecho*, recopiladas por Juan Antonio Mendoza, La Habana, 1923.
- _____, “Anteproyecto de la Ley de la Carrera Administrativa y del Tribunal de Oficios Públicos”, en *Revista Cubana de Derecho Público*, Volumen. I, No. 1, enero-marzo, La Habana, 1951.
- _____, “La renuncia de los cargos públicos”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Habana*, Año II, vol. II, Nos. 9-10, julio-diciembre, 1939, Colegio de abogados de La Habana, La Habana.
- _____, *Legislación orgánica del Poder Ejecutivo*, recopilada, concordada y comentada, Ed. Lex, La Habana, 1947.
- LANGROD, George, *L'Entreprise Publique en Droit Administratif Comparé*, RIDC, París, 1956.
- LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, 11ª edición revisada y puesta al día, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998.
- LASO VALLEJO, Gregorio, *La función pública en Inglaterra*, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Madrid, 1995.
- LAUBADERE, André, *Manuel de droit administratif*, 2^e édition, L.G.D.J., Paris, 1947.
- LAZCANO Y MAZÓN, Andrés María, *Ley de jubilación de funcionarios y empleados públicos*, 2ª edición, Editorial Librería Selecta, La Habana, 1948.

_____, “Historia y Texto de las Constituciones de la República de Cuba. Recopilación y estudios preliminares”, en *Las Constituciones Hispanoamericanas*, Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1952.

LE BRAS, G., “Les origines canonique du droit administratif”, en MESTRE, Archille, *L'évolution du droit public*, Sirey, Paris, 1956.

LE RIVEREND, Julio, *La República*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1973.

_____, *Historia económica de Cuba*, Editorial Pueblo y Educación, 4ª edición, La Habana, 1974.

LEFAS, Alexandre, *L'État et les fonctionnaires*, 5^e, M. Giard & É. Brière, Libraires-Éditeurs, Paris, 1913.

LEROY, Maxime, *Les transformations de la puissance publique. Les syndicats de fonctionnaires*, V. Giard & E. Briere, Libraires-Editeurs, Paris, 1907.

LEYVA SOCARRÁS, Silvia, “Sobre el Decreto Ley 36 de 29 de marzo de 1980”, en *Revista Información Jurídica*, Año I, No. 1, Enero-Marzo, 1989, Dirección Provincial de Justicia y Buró Provincial de la U.N.J.C., Santiago de Cuba.

LIBERATORE MATHIEU, R. P., *Le Droit Public de l'Église*, traduit de l'italien par M. Aug. Onclair, Retaux-Bray Libraire-Éditeur, Paris, 1888.

LINDE PANIAGUA, Enrique, *Fundamentos de Derecho Administrativo. Del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos*, 2ª edición, Colex, Madrid, 2010.

LOCKE, John The second *Treatise of Government*, with an introduction by Joseph Carrig, Barnes & Nobles Books, New York, 2004.

LONG, M., P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE y B. GENOVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15^e, Dalloz, 2005.

LÓPEZ CIVEIRA, Francisca, MENCIA, Mario y ÁLVAREZ TABÍO, Pedro. *Historia de Cuba: Estado nacional, dependencia y Revolución*. Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 2013.

_____, *Siglo XX cubano. Apuntes en el camino 1899-1959*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2017.

LÓPEZ HENARES, J. L., “Cuerpos y estructuras de la función pública en España”, en *Documentación Administrativa*, núm. 4, 1958, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.

LÓPEZ OLIVA, Miguel Alejandro, *Responsabilidad Administrativa de los servidores públicos en México*, UNAM, México, 2013.

LÓPEZ ROVIRA, Guillermo, *Homenaje a la futura ley de la carrera administrativa*, Imp. Belascoaín, La Habana, 1942.

LÓPEZ, Antonio Prudencio, *Reseña histórica del Derecho de Ultramar*, Imprenta “La Antilla”, Habana, 1964.

LOSCHAK, Daniels., *Le fonction publique en Grande-Bretagne*, Dossier Thémis, PUF. Paris, 1972.

LOUIS-LUCAS, Paul, *La vénalité des charges et fonctions publiques et sur celle des offices ministériels depuis l'antiquité romaine jusqu'à nos jours*, tomo I: préface - introduction générale - droit romain, Challamel Aîné, E. Thorin, Libraires-éditeurs, Paris, 1883.

LOYSEAU, Charles, *Du Droit des offices*, A. L'Angelier, Paris, 1610.

LUCIANO FRANCO, José, *Apuntes para una historia de la legislación y administración colonial en Cuba 1511-1800*, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1985.

LLACA Y ARGUDÍN, Francisco, *Legislación sobre jubilaciones y pensiones de funcionarios y empleados públicos*, Compilación de disposiciones oficiales, concordadas y anotadas, tomo I, La Habana, 1926.

_____, *Legislación sobre jubilaciones y pensiones de funcionarios y empleados públicos*, Compilación de disposiciones oficiales, concordadas y anotadas, tomo II, La Habana, 1936.

MACAREL, A. M., *Cours de Droit Administratif*, Tome premier, première partie, Organisation et attribution des autorités administratives, Gustave Thorel Libraire, Paris, 1844.

_____, *Éléments de Droit Politique*, Libraire de jurisprudence de H. Tarlier, Bruxelles, 1934.

_____, *Cours de droit administratif*, Tome I, première partie, *Organisation et attributions des autorités administratives*, 2eme edition, Libraire de jurisprudence de Plon Fréré, Paris, 1852.

MAHILLO SANTOS, Juan, *La función pública local española y sus problemas actuales*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1976.

MANNA, Gio, *Diritto Amministrativo*, 2ª edizione, Stabilimento Tipografico del CAV Caetano Nobile, Napoli, 1860.

MANNA, Gio, *Diritto Amministrativo*, 2ª edizione, Stabilimento Tipografico del CAV Caetano Nobile, Napoli, 1860.

MANNONI, Stefano, *Storia dell 'acentramento amministrativo in Francia*, vol. I, Giuffré, Milán, 1994.

MARALET I GARCÍA, Elisenda, “El derecho de la Administración Pública: Derecho Público y Derecho Privado; la relevancia de los principios constitucionales”, en Xavier PADRÓS CASTILLÓN, MALARET I GARCÍA, Elisenda, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, Baquer, Miguel SÁNCHEZ MORÓN y Eduardo ORTEGA MARTÍN, *Derecho Público y Derecho privado en la actuación de la Administración Pública*, Seminario sobre Derecho Público y Derecho Privado en la Actuación de la Administración Pública, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, Barcelona, 1997.

- MARGADANT, Guillermo F., *La segunda vida del Derecho romano*, Miguel Ángel Porrúa, Librero-Editor, México DF8, 1986.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, 3ª edición actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965.
- MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho Administrativo*, 3ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1974.
- MARTÍN PUEBLA, Eduardo, “Trabajadores al servicio de la Administración (La problemática aplicación del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración Pública)”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, No. 1, 1990, La Ley, España.
- MARTÍNEZ, José Agustín, *Código de Defensa Social vigente en la República de Cuba*, Jesús Montero editor, La Habana, 1939.
- _____, Discurso “La Carrera Administrativa”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Habana*, Año VI, Volumen. VI, No. 39, septiembre, 1943, La Habana.
- MARTÍNEZ BRAVO, Juan Alberto, *Derecho Administrativo boliviano*, Santa Cruz de la Sierra, 2010.
- MARTÍNEZ MARÍN, Antonio, *Derecho Administrativo, La organización administrativa*, Tecnos, Madrid, 1986.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “De la simplificación de la Administración Pública”, *Revista de Administración Pública*, núm. 147, 1998, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- MARTÍNEZ MARÍN, Antonio, *Régimen jurídico de los funcionarios*, 2ª edición actualizada y completada, Tecnos, Madrid, 2001.
- MASSON-QURSELL, P. y H. de WILLMAN-GRABOWSKA y Ph. STERN, *La india antigua y su civilización*, Colección Evolución de la Humanidad, Síntesis colectiva, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana (U.T.E.H.A), vol. 31, México, 1957.
- MATILLA CORREA, Andry, “Consideraciones mínimas sobre el contrato administrativo y el Derecho Administrativo cubano”, en FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y SANTIAGO SÁNCHEZ, Javier (Coordinadores), *Contratos administrativos. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2007.
- _____, *Los primeros pasos de la ciencia del Derecho Administrativo en Cuba*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2011.
- _____, *La concesión administrativa*, Librería Jurídica Internacional, Ángel Potentini Editor, Santo Domingo, 2018.

MATILLA CORREA, Andry y VILLABELLA ARMENGOL, Carlos M. (Compiladores), *Guáimaro, Alborada en la historia constitucional cubana*, Ed. Universidad de Camagüey, Cuba, 2009.

MATTEUCCI, Nicola, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Trotta, Madrid, 1998.

MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo*, traducción de la 16ª edición alemana por Gabriel Domenech Pascoal (coordinador de la traducción); UNAM, Mexico, 2012.

MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, tomo I, 1ª edición, Traducción directa del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949.

MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, tomo IV, 2ª edición, Traducción directa del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982.

MAZZA, Mauro, “El empleo público”, en FRANCO FERRARI, Giuseppe (coordinador), *Derecho Administrativo italiano*, UNAM, México, 2013.

MEDINA CUENCA, Arnel, “Comentarios al Código Penal. Concordado y actualizado”, en MEDINA CUENCA, Arnel (Coordinador), *Comentarios a las Leyes penales cubanas*, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2014.

MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, “El concepto de funcionario público en Cuba. Un punto de contacto entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal”, publicación *on line*, de 30 de mayo de 2010, disponible en <https://derechopenalonline.com>.

MELGOSA ARCOS, Francisco Javier, “Los inspectores de Turismo en Castilla y León”, en DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel y Emmanuel JIMÉNEZ FRANCO (directores), *Los empleados públicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2006.

MELLERAY, Fabrice, *Droit de la Fonction Publique*, 12^{ème} édition, Ed. Economica, Paris, 2012.

MENÉNDEZ, EMILIO, *Código de Defensa Social concordado y anotado*, Librería Selecta, La Habana, 1952.

MERKL, Adolfo, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.

MERTON, R.K., *Teoría y Estructuras Sociales*, Ed. Fondo Cultural, México, 1974.

MESTRE, Jean Louis, *Un Droit Administratif a la fin de l’Ancien Régime. Le Contentieux des Communautés de Provence*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1976.

MESTRE, Jean-Louis, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, Paris, 1985.

MEYER, J., *La Administración y la organización administrativa en Inglaterra, Francia, Alemania y Austria. Exposición de la organización administrativa en España*, Ed. La España Moderna, s/a.

MOMMSEN, Teodoro, *Compendio del Derecho Público Romano*, 1ª edición argentina, Ed. Impulso, Buenos Aires, 1942.

MONACELLI, Gualterio, *Elementos de Derecho Administrativo y la legislación fiscal y aduanera*, 9ª edición, revisada y actualizada, El Ateneo Pedro García S.A, Buenos Aires, 1961.

MONTENEGRO DUQUE, Ángel, *La china de Confucio*, en Cuadernos Historia 16, no. 229, Madrid.

MONTERO, Gregorio, *Régimen jurídico y profesionalización de los funcionarios públicos*, 3ª edición, revisada y ampliada, MAP, Santo Domingo, 2015.

MONTORO CHINER, María de Jesús, *La función pública en el federalismo alemán*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987.

MONZÓN PÁEZ, Fernando, “Algunos apuntes sobre la definición de funcionario público en Cuba”, en Andry Matilla Correa (Coordinador), *Tendencias actuales del derecho administrativo*, Libro Homenaje al profesor Dr. Héctor J. Garcini Guerra, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2017.

_____, “Algunas reflexiones teóricas sobre la noción jurídica de función pública”, en *Revista Derechos en Acción (REDEA)*, otoño 2019, año 4, No. 11, La Plata, Argentina.

MORÉ, Armando P., Discurso “La Carrera Administrativa”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Habana*, Año VI, vol. VI, No. 39, septiembre, 1943, La Habana.

MORET, A y G. DAVY, *De los clanes a los imperios (la organización social entre primitivos y en el Oriente Antiguo)*, Colección Evolución de la Humanidad, Síntesis colectiva, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana (U.T.E.H.A), vol. 6, México, 1962.

MORET, A., *El nilo y la civilización egipcia*, Colección Evolución de la Humanidad, vol. 7, Ed. Cervantes, Barcelona, 1927.

MOREU CARBONELL, Eloisa, “Las Relaciones de Puestos de Trabajo en el proceso de reforma de las Administraciones Publicas”, en *Revista de Administración Pública*, No.144, 1997, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

MORILLA, José María, *Breve tratado de Derecho Administrativo español general del Reino y especial de la Isla de Cuba*, Tipografía de Don Vicente de Torres, Habana, 1847.

_____, “Reseña histórica de la Administración de la isla de Cuba”, en Morilla, José María, *Tratado de Derecho Administrativo español*, tomo II, Sobre la Administración de la Isla de Cuba, 2ª edición aumentada con arreglo a las últimas disposiciones, Imprenta de la Viuda de Barcina y Comp., Habana, 1865.

MORO SERRANO, Sebastián, “Ley alemana de funcionarios federales”, *Revista de Administración Pública*, núm. 22, 1957, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

MOSES, Robert, *The Civil Service of Great Britain*, Faculty of Political Science of Columbia University, New York, 1914.

MOYA, Carlos, *Burocracia y sociedad industrial*, Editorial Cuadernos para el Diálogo, EDICUSA, Madrid, 1972.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal Parte Especial*, 14ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo I, *La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, 2da. Edición, Iustel, Madrid, 2006.

_____, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo I, *Historia de las instituciones jurídico-administrativas*, 4ª edición, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

_____, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo X, 2ª edición, Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales-Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017.

Naciones Unidas, *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*, Resolución 58 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003, Naciones Unidas, Nueva York, disponible en <http://www.onudc.org>.

NANDY, Ashis, *Imágenes del Estado. Cultura, violencia y desarrollo*, traducción de Guillermina Cuevas, Fondo de Cultura Económica, México, 2012.

NEZARD, Henry, *Théorie juridique de la Fonction publique*, Editorial Librairie de la Société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1901.

_____, *Éléments de Droit Public, Principes du Droit Public, Droit Constitutionnelle et Droit Administratif*, 3ème édition, Rousseau et Cie., Paris, 1922.

NIETO GARCÍA, Alejandro, “La condición política de los funcionarios federales en Alemania occidental”, *Revista de Administración Pública*, núm. 30, 1959, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

NIETO GARCÍA, Alejandro, *El mito de la Administración prusiana*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1962.

_____, *La burocracia. El pensamiento burocrático*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976.

_____, *Estudios históricos sobre administración y Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986.

NORTH, D.C. *Instituciones, cambio, institucionalidad y desempeño económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

NOVO, Enrique, *Constitución Colonial de las islas de Cuba y Puerto Rico y leyes complementarias del régimen autonómico establecido por los Reales Decretos de 25 de noviembre de 1897*, Imprenta del Gobierno y Capitanía General por S.M., La Habana, 1897.

NUÑEZ BORJAS, Humberto, *Breve tratado de Derecho Administrativo del Perú*, 3ª edición, primera parte, Arequipa, Perú, 1971.

NÚÑEZ Y NÚÑEZ, Eduardo Rafael, *Tratado de Derecho Administrativo*, Con arreglo al Programa del Profesor de la Asignatura en la Universidad Nacional Dr. Enrique HERNÁNDEZ CARTAYA, 3ª edición, Imprenta Casa Girón, La Habana, 1920.

OEA, *Convención Interamericana contra la corrupción* de 29 de marzo de 1996, disponible en <http://www.oecas.org>.

OJEDA AVILÉS, Antonio, “Las relaciones laborales especiales, una perspectiva unitaria”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, No. 1, 1990, La Ley, España.

OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, Ed. Comares, Valencia, 1999.

OLIVAN, Alejandro, *De la Administración Pública con relación a España*, Nueva Edición, Madrid, 1843.

ORLANDO, V. E., *Principii di Diritto Costituzionale*, G. Barbéra Editore, Firenze, 1889.

_____, *Principios de Derecho Administrativo*, traducción de la segunda edición italiana (1892) por Álvaro Rodríguez Bereijo, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1978.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis Ignacio, “Reflexiones en torno a una revisión de los planteamientos generales de la relación de empleo público”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 26, julio-septiembre, 1980, Ed. Civitas, Madrid.

_____, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tecnos, Madrid, 1983.

_____, “La carrera administrativa en Italia”, en *Documentación Administrativa*, No. 210-211, 1987, Madrid, disponible en: <http://dx.doi.org/10.24965/da.v0i210-211.4957>

ORTIZ DE ZUÑIGA, Don Manuel, *Elementos de Derecho Administrativo*, tomo I, Imprenta y Librería de Sanz, Granada, 1842.

ORTIZ DÍAZ, José, “Los entes instrumentales de las administraciones locales”, en AA. VV., *Administración Instrumental, Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Civitas S.A., Madrid, 1994.

OSBORNE, David y Ted GAEBLER, *Un nuevo modelo de gobierno. Cómo transforma el espíritu empresarial al sector público*; traducción de Ana Isabel Stelino, Gernika, México, 1994.

OYHANARTE, Julio, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Paidós, Buenos Aires, 1969.

PAGES, G., «Essai sur l'évolution des institutions administratives en France du commencement su XVI^e siècle à la fin du XVII^e», *Revue d'Histoire moderne*, tomo 7, No, 1, 1932, Paris, p. 8-57.

PAISER, Gustave, *Droit de la fonction publique*, 18^e édition, Dalloz, Paris, 2006.

PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la Función Pública*, 4^a edición, Dykinson, Barcelona, 1997.

_____, "Ordenación de la actividad profesional", en Miguel SÁNCHEZ MORÓN (director), Federico A. CASTILLO BLANCO, Alberto PALOMAR OLMEDA, Tomas SALA FRANCO, *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleo Público*, 2^a edición, Lex Nova, 2008.

PARADA, Ramón, *Sindicatos y asociaciones de funcionarios públicos*, Tecnos, Madrid, 1968.

_____, *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, 18 edición, Marcial Pons, Madrid, 2005.

_____, *Concepto y fuentes del Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.

_____, *Derecho Administrativo I, Introducción, organización administrativa y empleo público*, 23^a edición, revisada y reestructurada, OPEN, Madrid, 2013.

PAREJA, Carlos H., *Curso de Derecho Administrativo teórico y práctico*, 2^a edición, El Escolar, Bogotá, 1939.

PAREJO ALFONSO, Luciano/ JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio y ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, vol. I, *Parte General*, 5^a edición corregida, aumentada y puesta al día, Ed. Ariel, S.A., Barcelona, 1998.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo, Instituciones generales*, Ed. Ariel, Madrid, 2003.

_____, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 3^a edición revisada y actualizada, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

PAVÓ ACOSTA, ROLANDO, *La investigación científica del Derecho*, Ed. Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2009.

PÉREZ BOTIJA, Eugenio, "El problema de los no funcionarios en las entidades públicas", en AA.VV, *Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín en el cincuentenario de su docencias*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1952.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "El notario: función de autoridad pública", en MATILLA CORREA, Andry y Ana María ÁLVAREZ TABÍO (Coordinadores), *El Derecho Público en Cuba a comienzos del siglo XXI*, Libro Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío, Editorial UH, La Habana, 2011.

PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette, “Algunas consideraciones a debate sobre la ciencia jurídica y sus métodos”, en *Revista Cubana de Derecho*, No. 38, julio-diciembre, 2011, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana.

PESKINE, Elsa et Cyril WOLMARK, *Droit du Travail*, 11^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2017.

PETROZZIELLO, Modestino, “Il rapporto de pubblico impiego”, en ORLANDO, V. E., *Primo trattato completo dei diritto amministrativo italiano*, vol. II, parte III, Ed. Società Editrice Libreria, Milano, 1900.

PINET, Marcel (coordinador), *Histoire de la Fonction Publique en France*, tomo I, *Des origines au XV siècle*, Nouvelle Librairie de France, G-V Labat Editeur, Paris, 1993.

PINO SANTOS, Oscar, *Historia de Cuba. Aspectos fundamentales*, Ed. Consejo Nacional de Universidades, La Habana, 1964.

PLANTEY, Alain, *Traité pratique de la fonction publique*, 3^e édition, L.G.D.J., Paris, 1971.

POSADA, Adolfo, *Tratado de Derecho Administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, tomo I, 2^a edición, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1923.

POSADA, Adolfo, *Tratado de Derecho Administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, tomo I, Introducción, La función y organización administrativa, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1897.

PRAT, Julio A., “De la función pública. Esquema de derecho comparado”, en *Revista de la Facultad de Derecho y ciencias sociales*, No. 1, año VII, enero-marzo, Montevideo, 1956.

PRATS I CATALÁ, Joan, “Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obliga distinción entre función pública y empleo público”, en *Documentación Administrativa*, No. 241-242, 1994-1995, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.

PRATS, Joan Oriol, “El concepto y el análisis de la gobernabilidad”, en *Instituciones y Desarrollo*, No. 14 y 15, 2003, Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya, Barcelona.

PREDEL, Jean., Michel DANTI-JUAN, *Droit Pénal spécial*, 7^e édition, Cujas, París, 1995.

PRIETO ÁLVAREZ, T., “La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción”, *Revista de Administración Pública*, 178, enero-abril 2009, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

QUESNAY, François, *Physiocratie ou Constitution, naturelle du gouvernement le plus avantageux au genre humain*, A. Pekin et Trouve à Paris Editeurs, Paris, 1767.

RAGGI Y AGEO, Armando M., *Derecho penal Cubano, Código de Defensa Social, Estudio Teórico y Práctico*, tomo II, Cultural S.A, La Habana, 1939.

RAGGI, L., “Ancora sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato”, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, LV, 1915, Milán.

RAMÍREZ OLIVELLA, Gustavo, *Legislación contencioso-administrativa*, con toda la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo de Cuba desde su creación hasta la fecha, 2ª edición notablemente aumentada, Jesús Montero, Editor, La Habana, 1943.

RANELLETTI, Oreste “Il concetto di ‘público’ nel diritto”, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXXIX, 1905, Milán.

Real Academia Española, *Diccionario del Español jurídico*, versión electrónica, entrada *función pública*, disponible en <http://dej.es>.

REBOLLO PUIG, Manuel, “Juridicidad, Legalidad y Reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno”, *Revista de Administración Pública*, No.125, 1991, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

RENAUT, Marie Hélène, *Histoire du droit administratif*, Ellipses, Paris, 2007.

RENNELLA, María Paula, “Empleo Público. Naturaleza Jurídica de la Relación de Empleo Público y sus consecuencias”, en *Organización Administrativa, función pública y dominio público*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ed. RAP. S.A, Buenos Aires, 2005.

REYES SALIÁ, Miguel, *Derecho Laboral*, Ed. André Voisin, Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, 1987.

RIBAS, Eduardo Ramón, “La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (Concepto de funcionario público)”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, Universidad de Santiago de Compostela, España.

RIDLEY, Frederick. “La carrera administrativa en Gran Bretaña”, en *Documentación Administrativa*, No. 210-211, 1987, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.

RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván, *Derecho Administrativo laboral, Empleo Público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2009.

RIVERO, Danilo, “Delitos contra la Administración y la Jurisdicción” en Colectivo de Autores, *Derecho penal especial*, tomo I, Félix Varela, La Habana, 2003.

RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, 13^{eme} édition, Dalloz, Paris, 1990.

RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, *La dimensión ética de la función pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013.

RODRÍGUEZ PÉREZ, Homero, *Manual de Derecho Administrativo*, edición provincial, Edición de Capacitación MINJUS-CETSS, La Habana, 1989.

RODRÍGUEZ PÉREZ, Orlando, “El asesor jurídico en las entidades estatales”, en *Revista Jurídica*, No. 23, Año VII, Abril-Junio, 1989, Departamento de Divulgación del Ministerio de Justicia de la República de Cuba, La Habana.

RODRÍGUEZ PUERTA, M^a José, *El delito de Cohecho, Problema Jurídico-Penal del Soborno de Funcionarios*, Arazandi, Navarra, 1999.

RODRÍGUEZ R., Libardo, *Derecho Administrativo general y colombiano*, tomo I. 20^a edición, Temis, Bogotá, 2017.

RODRÍGUEZ SOLVEIRA, Mariano: “Cien años de derecho en Cuba (1868-1968)”, en *Revista Cubana de Derecho*, Año 1, núm 1, 1972, Instituto Cubano del Libro, La Habana.

RODRÍGUEZ, María José, “La laboralización del empleo público. Sentido y consecuencias”, en AA. VV., *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, 1^a edición, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005.

RODRÍGUEZ, Rolando, *República angelical*, Ed. Letras cubanas, La Habana, 1988.

_____, *República de corcho*, 2 tomos, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2010.

_____, *República de rigurosamente vigilada*, 2 tomos, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2011.

_____, *Rebelión en la República*, 3 tomos, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2012.

ROLLAND, Louis, *Précis de Droit Administratif*, Neuvième édition, Librairie Dalloz, Paris, 1947.

RONDÓN DE SANZO, Hidelgard, *El sistema Contencioso-Administrativo de la Carrera Administrativa*, Ediciones Magón, Caracas, 1974.

ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción de los gobiernos - causas, consecuencias y reformas*, Siglo Veintiuno de Argentina Editores, Madrid, 2001.

ROUGE, Jean, *Les institutions romaines*, 1er édition, Collection U2, Armand Colin, Paris, 1969.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El Contrato social*, Imprenta Herederos de Roca, Barcelona, 1836.

ROYO VILLANOVA, Segismundo, “El concepto de funcionario y la relación de función pública en el nuevo derecho español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 44, 1964, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

ROYO-VILLANOVA, Antonio, *Elementos de Derecho Administrativo*, tomo I, 20^a edición, corregida y aumentada por Segismundo Royo-Villanova, Librería Santarén, Valladolid, 1948.

RUIZ CARRILLO, Jorge y CASTILLO, Gloria, *Diagnóstico curricular de instituciones de formación e investigación en gerencia pública en Perú*, Red Iberoamericana de Instituciones de Formación e Investigación en Gerencia Pública, CLAD, Caracas, 1990.

RUIZ DEL CASTILLO, Carlos, José GASCÓN Y MARÍN, Sabino ÁLVAREZ GENDÍN, Gregorio de PEREDA UGARTE, Eugenio PÉREZ BOTIJA, Segismundo ROYO-VILLANOVA, Carlos GARCÍA OVIEDO, Luis JORDANA DE POZAS, *Centenario de los iniciadores de la ciencia jurídico administrativa española*, Sesiones de estudios en conmemoración al centenario de la iniciación

de los estudios administrativos en España, 15 y 17 de mayo de 1944, Publicaciones del Instituto de Administración Local, Madrid, 1944.

RUIZ Y GÓMEZ, Julián M., *Principios Generales de Derecho Administrativo. El personal de la Administración Pública. Exposición Doctrinal y de Derecho Positivo y Jurisprudencia cubana*, Cultural S.A, La Habana, 1935.

RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, “La Carrera Administrativa en Cuba”, en *El Abogado*, Año I, No. I, 7 de agosto de 1939, La Habana.

_____, “Progreso del Derecho Administrativo en Cuba”, en *Anuario de la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho Público*, Universidad de La Habana, La Habana, 1952.

_____, *Derecho Administrativo*, Primer curso, Conferencias mimeografiadas, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, La Habana, s/a.

RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, *Derecho Administrativo*, Primer curso, copias de clases, Universidad de La Habana, curso 1950-1951.

_____, *Elementos de Administración Pública*, Instituto de Administración Pública, Universidad de La Habana, s/a.

RUSCIANO, Mario, *L'impiego pubblico in Italia*, Il Molino, Bologna, 1978.

SAINZ MORENO, Fernando, “Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 8, 1976, Ed. Civitas, Madrid.

SÁNCHEZ BEATO, Carlos, *Manual de funcionarios y empleados*, Imprenta Arroyo Fernández y Ca., La Habana, 1925.

SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, “La Función pública de los Secretarios e Interventores de la Administración Local”, en DOMÍNGUEZ-BERRUETA de Juan, Miguel y Emmanuel JIMÉNEZ FRANCO (directores), *Los empleados públicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2006.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo*, Parte General, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2010.

_____, *Derecho de la Función pública*, 7ma edición, Tecnos S.A., Madrid, 1996.

SÁNCHEZ, Alberto M., “La profesionalización de la Administración Pública”, AAVV, *Organización Administrativa, Función pública y Dominio público*, Jornada organizada por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004.

SANDULLI, Aldo M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, 15ª ed., tomo I, Jovene Editore, Nápoles, 1989.

SANTAMARÍA PAREDES, Vicente, *Curso de Derecho Administrativo*, 7ª edición, Imprenta Española, Madrid, 1911.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan A., “La teoría del órgano en el Derecho Administrativo”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm 40-41, enero/marzo, 1984, Ed. Civitas, Madrid.

_____, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, 1ª reimpresión, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, Madrid, 1991.

_____, *Principios de Derecho Administrativo General*, tomo I, 2ª edición, Iustel, Madrid, 2009.

SANTI ROMANO, *Principii di Diritto Amministrativo italiano*, seconda edizione reveduta ed ampliata, Società Editrice Libreria, Milano, 1906.

_____, *Corso di Diritto Amministrativo. Principi Generali*, 6ª edición, Cedam-Padova, Milano, 1958.

SANTIAGO ESPINOSA, Elia, “Derecho Laboral”, en Colectivo de Autores, *Derecho Laboral*, Parte General, Ed. ENSPES, Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, La Habana, 1985.

SAPPA, José Roberto, “Capacitación y evaluación del mérito o desempeño –profesionalización– como garantía del derecho a la carrera en materia de empleo público”, en *Revista de Derecho Público*, 2012-1: Empleo Público I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires.

SARALEGUI Y MEDINA, Leandro, *Nociones Generales de Administración, de Derecho Administrativo y de Economía política*, Establecimiento tipográfico de Estrada, Díaz y López, Madrid, 1865.

SARAVIA, Enrique, *Diagnóstico curricular de instituciones de formación e investigación en gerencia pública en Brasil*, Red Iberoamericana de Instituciones de Formación e Investigación en Gerencia Pública, CLAD, Caracas, 1991.

SAUTEL, Gérard, *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française*, administration-justice-finances, 5ª édition, Dalloz, Paris, 1982.

SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, s/e, Montevideo, 1953.

SCOLARI, SAVEIRO, *Del Diritto Amministrativo*, Edizione corretta ed accresciuta, Presso I Fratelli editori, Pisa, 1866.

SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, “El concepto de la constitucionalización del Derecho Administrativo”, en MONTAÑA, Alberto y Andrés OSPINA, Editores, *La constitucionalización del Derecho Administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

SEHWERERT, Arnaldo Y DORTICÓS, Osvaldo, *Carrera Administrativa*, Una contribución de la Universidad del Aire del Circuito CMQ, La Habana, Febrero de 1959.

SEHWERERT, Arnaldo, “Breves ideas en torno a la implantación de la Carrera Administrativa”, en *Revista Cubana de Derecho*, Año XXXI (Nueva Serie), No. I, enero-marzo, La Habana, 1959.

SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel, “Entre el sistema de carrera y el del empleo: el modelo español de empleo público”, en DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel y Emmanuel JIMÉNEZ FRANCO (directores), *Los empleados públicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2006.

SERRA PIÑAR, Antonio, “Naturaleza Jurídica de la Relación Jurídica que une al funcionario con la Administración”, en AA. VV., *Estudios dedicados al Profesor Gascón y Marín en el cincuentenario de su docencia*, Ed. Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1952.

SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo*, tomo I, 8ª edición, Ed. Porrúa, México, 1977.

SERRIGNY, D., *Droit Public et Administratif Romain, ou Institutions politiques, administratives, économiques et sociales de l'Empire romain*, Aug. Durand, Libraire-Éditeur, Paris, 1862.

SIEYES, Emmanuel, *Qu'est-ce le tiers État*, P.U.F, Paris, 1982.

SKINNER, Quentin, *El nacimiento del Estado*, traducción de Mariana Gainza, con estudio preliminar de Eunice Ostrensky, Editorial Gorla, Buenos Aires, 2003.

SMITH Adam, *La riqueza de las naciones*, Fondo de cultura económica, México, 1998.

SOLA, Amadeu, “La traducción de *governance*”, en *Punto y Coma* (Servicio de traducción de la Unión Europea), No.65, septiembre-octubre, 2005, disponible en <http://ec.europa.eu>

SORIANO GARCÍA, José Eugenio, *Los fundamentos históricos del Derecho Administrativo en Francia y Alemania*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Rastrojo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994.

SOUVIRON MORENILLA, José María, “El régimen de la función pública docente”, en DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel y Emmanuel JIMÉNEZ FRANCO (directores), *Los empleados públicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2006.

STANLEY, David. T., *The higher Civil Service, an evaluation of federal personnel practices*, Brookings Institution, Washington, 1964.

_____, *Changing administration*, Brookings Institution, Washington, 1965.

STARCK, Christian, « La Révolution française et le droit public en Allemagne », traducción al francés de Frédéric Weill, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, Année 1990, vol. 42, Núm. 1, Société de Législation Comparée, Paris, p. 251-272.

STERN, Klaus, *Derecho de la República Federal alemana*, traducción parcial del tomo I por Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

STIGLITZ, Joseph E., *La economía del sector público*, 2ª edición, Ed. Antoni Bosch, Barcelona, 1995.

STOLLEIS, Michael, *Histoire du droit public en Allemagne. Droit public impérial et science de la police 1600-1800*, traduit de l'allemand par Michel Senellart, PUF, Paris, 1998.

SUÑÉ LLINÁS, Emilio, “Sobre el concepto de potestad”, en GÓMEZ-FERRER MORÁNT, Rafael (Coordinador), *Libro homenaje a Villar Palasí*, 1ª edición, Civitas S.A., Madrid, 1989.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de Occidente. Estudio histórico sobre la recepción de la ciencia jurídica y su impacto en*

las ideas políticas, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 238, México, 2005.

TEJERA GARCÍA, Diego Vicente, *Comentarios al Código de Defensa Social*, T. V, Jesús Montero editor, La Habana, 1946.

TOQUEVILLE, Alexis de, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, traducción de Jorge Ferreiro, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1996.

TOUBERT, Pierre, *En la Edad Media. Fuentes, estructuras, crisis*, traducción de Antonio Malpica Cuello, Rafael G. Peinado Santaella y Bilal Sarr, EUG, Granada, 2016.

TURGOT, Anne-Robert, *Ecrits écomimique*, Ed. Calmann-Lévy, 11eme édition, Paris, 2009.

U.S. Merit Systems Protection Board, *The Practice of Merit, A Symposium, A Report to the President and Congress of the United States*, Washington, DC, september, 2006, disponible en <http://www.mspb.gov>

ULE, Carl H., “La función pública en Alemania”, *Documentación Administrativa*, No. 29, 1967, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.

ULPIANO, *Instituciones*, Libro I, Título I, § 4, en *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano del latín, publicado por los hermanos KRIEDEL, HERMANN Y OSENBRÜGGEN, por D. Ildelfonso L. GARCÍA DEL CORRAL, Primera Parte, *Instituta-Digesto*, Jaime Molinas, Editor, Barcelona, 1889.

VALEJE ÁLVAREZ, Inma, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública”, en *Cuadernos de Política Criminal*, No. 62, 1997, Dykinson, Madrid.

VALRRIVERAS SANZ, Ángel, “Funcionarios policiales: Cuerpo nacional de policía”, en DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel y Emmanuel JIMÉNEZ FRANCO (directores), *Los empleados públicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2006.

VARELA GIL, Carlos y Luis RODRÍGUEZ ENNES, *El estatuto jurídico del empleado público en Derecho Romano*, Colección Monografías de derecho romano, Dykinson, Madrid, 2007.

VASCONCELOS, José Matos de., *Direito Administrativo*, vol. II, Imprensa Nacional, Río de Janeiro, 1937.

VASILYENKOV, P. T. (Director), *Derecho Administrativo Soviético*, traducción de José D. Peraza Chapeaux, Ed. Pueblo y educación, La Habana, 1989.

VEGA VEGA, Juan, *Los delitos*, Instituto Cubano del libro, La Habana, 1968.

_____, *Derecho Constitucional revolucionario en Cuba*, Ed. De Ciencias Sociales, La Habana, 1988.

VERNANT, J. Pierre, *Les origines de la pensée grecque*, 12eme édition, PUF, Paris, 2013.

VIAMONTE GUILBEAUX, Eulalia, “El Derecho Laboral como rama autónoma del Derecho”, en Colectivo de Autores, *Derecho Laboral*, Parte General, Ed. ENSPES, Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, La Habana, 1985.

_____, *Elementos de Derecho Laboral Cubano*, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1987.

_____, *Derecho Laboral cubano, teoría y legislación*, tomo I, 2ª edición, Ed. Félix Varela, La Habana, 2007.

VIAMONTE GUILBEAUX, Eulalia y Félix Pedro DE ARMAS MACHADO, “La saga del trabajador designado en el Derecho Laboral cubano”, en *Anuario 2016-2017*, Centro de Investigaciones Jurídicas, Ministerio de Justicia, La Habana.

VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Administrativo*, 10ª edición, Legis, Bogotá/México/Buenos Aires/Caracas/Lima/Santiago, 2008.

VILLABELLA ARMENGOL, CARLOS MANUEL, *Investigación y comunicación científica en la ciencia jurídica*, Ed. Universitaria Félix Varela y Ediciones Universidad de Camagüey, La Habana, 2012.

_____, “*Prosiguiendo el debate: los métodos en la investigación jurídica*”, en *Revista Cubana de Derecho*, No. 40, julio-diciembre, 2012, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana.

VILLAR PALASÍ, José Luis, *Derecho Administrativo*, tomo I, Introducción y Teoría de las normas, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1968.

_____, *El fin del Antiguo Régimen y los orígenes del Estado constitucional en España. La aparición del Derecho Administrativo*, conferencia pronunciada con motivo de la solemne inauguración del I Seminario de Historia de la Administración, 20 de febrero de 2001, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2001.

_____, “La actividad industrial y comercial del Estado en el Derecho Administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, No. 3, 1950, Instituto de Estudios Políticos, Madrid

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo III, Ed. TEA, Buenos Aires, 1951.

VILLORIA MENDIETA, Manuel, “Gobernanza económica y cohesión social tras el consenso de Washington: Institucionalidad, agenda, estrategias”, en VIDAL BELTRÁN, José María y Juan PRATS CATALÁ (coordinadores), *Gobernanza. Dialogo Iberoamericano sobre buen gobierno*, Colex, Madrid, 2005.

VITTA, Cino, *Diritto Amministrativo*, vol. I, 4ª edizione aggiornata, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1954.

VIVANCO, José Clemente, *Constitución de la República de Cuba*, comentada, Imprenta y encuadernación San Ignacio Núm. 58, La Habana, 1909.

VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho Penal Parte Especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 1996.

VIVIEN, M., *Études administratives*, 1^{er} édition, Guillaumin Libraire, Paris, 1845.

_____, *Études administratives*, 3^e édition, Guillaumin, Paris, 1859.

VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *Delitos contra la Administración Pública, Estudio crítico del delito de Cohecho*, Ed. Comares, Granada, 2003.

VLASOV, V. y S. STUDENIKIN, “Derecho Administrativo soviético”, en AA.VV., *Fundamentos de Derecho Soviético*, traducción de José Echenique, Ediciones en Lenguas Extranjeras, Moscú, 1962.

WALINE, Marcel, *Manuel élémentaire de droit administratif*, 9ª edition, Librairie de Recueil Sirey, Paris, 1963.

WEBER, Max, *Economía y sociedad, Esbozo de sociología comprensiva*, traducción de José MEDINA ECHAVARRÍA, Juan ROURA FARELLA, Eugenio ÍMAZ, Eduardo GARCÍA MAYNEZ y José FERRATER MORA, 2ª edición en español de la 4ª alemana (2da reimpresión), Fondo de Cultura Económica, México, D.F, 2002.

_____, *¿Qué es la burocracia?*, Ediciones elaleph.com, 2000, libro digital disponible en www.elaleph.com.

WELTER, Henri, *Le contrôle juridictionnel de la Moralité administrative*, Librairie Recueil Sirey, Paris, 1929.

WHITE, Leonard D., *Introduction to Public Administration*, 4ª edition, Macmillan, New York, 1954.

YAÑEZ, Rosa María, *Historia General del Estado y del Derecho I*, ENSPES, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Ministerio de Educación Superior, La Habana, 1983.

YIN CABRERA, Yéldiz, “Para una definición de funcionario público”, en *Justicia y Derecho*, No. 16, Año 9, junio de 2011, Tribunal Supremo Popular, La Habana.

YOUNES MORENO, Diego, *Curso de Derecho Administrativo*, 10ª edición, actualizada, Temis, Bogotá, 2016.

ZAMBRANO, Pedro L., “Las potestades disciplinarias de la Administración desde una perspectiva contractual”, en AA. VV., *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, 1ª edición, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005.

ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritti Amministrativo*, tomo III, 6ª, Dott. A. Giuffé-Editore, Milano, 1950.

_____, *Curso de Derecho Administrativo*, parte general, I, traducción de la 5ª edición italiana (1949) por Héctor MASNATA y actualizada con la 6ª edición (1950) por Francisco Humberto Picone, Arayú, Buenos Aires, 1954.

ZILLER, Jacques, *Administrations compareés*, Montchrestien, Paris, 1993.

Fuentes normativas

Históricas

Constitución Autónoma de 25 de mayo de 1897. (Texto íntegro en LAZCANO Y MAZÓN, Andrés María, “Historia y Texto de las Constituciones de la República de Cuba. Recopilación y estudios preliminares”, en *Las Constituciones Hispanoamericanas*, Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1952).

Constitución de Jimaguayú (1895). (Texto íntegro en LAZCANO Y MAZÓN, Andrés María, “Historia y Texto de las Constituciones de la República de Cuba. Recopilación y estudios preliminares”, en *Las Constituciones Hispanoamericanas*, Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1952).

Constitución de la Yaya (1897). (Texto íntegro en LAZCANO Y MAZÓN, Andrés María, “Historia y Texto de las Constituciones de la República de Cuba. Recopilación y estudios preliminares”, en *Las Constituciones Hispanoamericanas*, Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1952).

Constitución de la República de Cuba de 1901, promulgada mediante la Orden Militar No. 181 del Cuartel General del Departamento de Cuba y publicada en la Gaceta de La Habana, el 20 de mayo de 1902.

Constitución de la República de Cuba de 1940, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba de 8 de julio de 1940.

Constitución de la República de Cuba de 1976, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición especial de 24 de febrero de 1976.

Constitución de la República de Cuba de 2019, publicada en la Gaceta Oficial No. 5 Extraordinaria de 10 de abril de 2019.

Reglamento de las Carreras Civiles de Ultramar, puesto en vigor mediante la Real Orden de 22 de noviembre de 1885.

Ley sobre el ejercicio de la jurisdicción contenciosa administrativa de 1888, publicada en la Gaceta de Madrid de 14 de septiembre de 1888, año CCXXVII, Núm. 258, tomo III, p. 773.

Ley de Empleados Públicos de Ultramar, vigente para Cuba a partir de 1890 mediante el Real Decreto de 13 de octubre de 1890.

Ley Orgánica de las Provincias de 1908, publicada en la Gaceta Oficial de 2 de junio de 1908.

Ley de Servicio Civil, de 18 de enero de 1909, dictada mediante el Decreto No. 45 de 11 de enero de 1909 del Gobernador Provincial, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, de 18 de enero de 1909.

Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, contenida en el Decreto No. 78 de 12 de enero de 1909. Decreto No. 78 de 12 de enero de 1909, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria de 26 de enero de 1909.

Ley de retiro civil (1919), Ley de Retiro Escolar (1919), Ley de pensiones y jubilaciones de los empleados y obreros al servicio de las empresas de ferrocarriles y tranvías (1923) y Ley de Retiro Ferroviario (1924), en LLACA Y ARGUDÍN, Francisco, Legislación sobre jubilaciones y pensiones de funcionarios y empleados públicos, Compilación de disposiciones oficiales, concordadas y anotadas, tomo I, La Habana, 1926.

Estatutos para el Gobierno Provisional de la República (1933) y las subsiguientes reformas y textos constitucionales: Constitución de 3 de febrero de 1934 (derogada por el gobierno provisional que el 11 de junio de 1935, restaura la Constitución de 1901, readaptada con un Ejecutivo mucho más fuerte; Decreto de 26 de diciembre de 1933; Ley Constitucional del Gobierno Provisional de la República (1934); Reformas de 23 de febrero, de 5 de marzo, de 2 de abril, de 10 de abril, de 27 de abril, de 30 de mayo, de 31 de julio, de 10 de noviembre, de 15 de noviembre, de 22 de diciembre, de 1934; Reformas de 4 de marzo de 1935; Resolución conjunta de 8 de marzo de 1935 del Gobierno Provisional, suspendiendo la Ley Constitucional de 1934 y acuerdos constitucionales del Gobierno Provisional; Ley Constitucional del gobierno Provisional de la República de Cuba de 1935; Decreto Ley No. 419 de 22 de noviembre de 1935, declarando la vigencia integral de la Ley Constitucional de la República de Cuba de 1935; Reformas de 23 de enero de 1936 a la Ley Constitucional de la República de Cuba de 1935. (Textos en LAZCANO Y MAZÓN, Andrés María, "Historia y Texto de las Constituciones de la República de Cuba. Recopilación y estudios preliminares", en *Las Constituciones Hispanoamericanas*, Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1952).

Ley No. 203 de 6 de abril de 1959, Gaceta Oficial Ordinaria no.53 de 6 de abril de igual año.

Ley de 29 de junio de 1960, publicada en la Gaceta Oficial Ordinaria de 30 de junio de ese mismo año.

Ley No. 896 de 20 de diciembre de 1960, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria de no.26 de ese propio día.

Leyes No.767 y 781 ambas de 25 de abril de 1960, publicadas en la Gaceta Oficial Ordinaria no.60 de 27 de abril de igual año.

Ley No. 1077 de 4 de diciembre de 1962, publicada en la Gaceta Oficial Ordinaria No. 237, de 4 de diciembre de igual año (trataba el tema de los retiros, jubilaciones, seguros sociales, prestaciones, pagos en efectivo, igualmente sin distinciones, bajo las competencias del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social).

Ley No. 1023 de 27 de abril de 1962, publicada en la Gaceta Oficial Ordinaria No.86, de 4 de marzo de 1962 (reguló el descanso retribuido de los funcionarios, empleados y obreros de la Administración Pública).

Ley No. 1100 de 27 de marzo de 1963, Ley de Seguridad Social.

Ley No. 1166 de 23 de septiembre de 1964, “Ley de justicia laboral, administración, procedimiento contravencional en relación con los derechos y obligaciones emanadas de la legislación laboral y violaciones de la disciplina laboral del trabajo”, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No.2 de 29 de septiembre de 1964.

Ley No. 1323 de 1976, “Ley de Organización de la Administración Central del Estado” (modificada por los Decretos Leyes: 8/77, 10/77, 31/80), publicada en Gaceta Oficial Ordinaria No. 15 de 10 de Diciembre de 1976.

Ley No. 21 de febrero de 1979, publicada en la Gaceta Oficial Ordinaria No. 3 de 1ro de marzo 1979 (Copia Corregida, Gaceta Oficial Ordinaria No. 4 de 5 de marzo de 1979).

Ley No. 49 de 1984, “Código de Trabajo”, Gaceta Oficial Extraordinaria, No. 3 de 3 de abril de 1985.

Decreto Ley No. 802, “Código de Defensa Social, de 4 de abril de 1936, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 108, de 11 de abril de 1936.

Decreto No. 1 del Consejo de Ministros de 23 de junio de 1978 –Gaceta Oficial Ordinaria No. 26. de 17 de agosto de 1978– (aprueba el Reglamento General de los Organismos de la Administración Central).

Decreto Ley No. 36 “Sobre la Disciplina de los dirigentes y funcionarios administrativos estatales” (Gaceta Oficial Ordinaria No. 18, de 2 de abril de 1980).

Decreto No. 84/81 de 19 de marzo de 1981 “Procedimiento para exonerar a funcionarios y dirigentes de medidas disciplinarias indebidamente impuestas” –Gaceta edición especial 7 de 8 de abril de 1981.

Decreto No. 93/81, “Reglamento del DL 36/80 sobre la disciplina de los dirigentes y funcionarios administrativos estatales”, de 18 de junio de 1981, Gaceta Ordinaria 76 de 31 de julio de 1981–.

Decreto Ley No. 34 de 12 de marzo de 1981 respecto a los dirigentes y funcionarios técnicos de la docencia o que trabajaban en contacto con los educandos, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5 de 14 de marzo de 1980.

Decreto Ley No. 67, “De la organización de los Organismos de la Administración Central del Estado”, de 19 de abril de 1983, Gaceta Oficial Extraordinaria de 9 del propio día, modificado por los Decretos Leyes: 79/84, 114/89, 115/89, 117/89, 118/90, 119/90, 129/91, 146/93, 257/07, 272/10, 282/11.)

Decreto Ley No. 82 de 1984, “Sistema de Trabajo con los cuadros del Estado”, Gaceta Oficial Extraordinaria no.13 de 14 de septiembre de 1984 y su reglamento, Decreto Ley No. 125 de 1984.

Decreto Ley No. 78 de 1984, “Reglamento General de los Organismos de la Administración Central del Estado”, Gaceta Oficial Extraordinaria No.6 de 29 de marzo de 1981.

Decreto Ley No. 92 de 22 mayo de 1986, “Sobre la Responsabilidad material de los dirigentes, funcionarios y demás trabajadores”, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6 del propio día.

Resolución No. 5798 de 1962, del Ministerio de Trabajo (crea las Comisiones de Evaluación, encargadas de determinar los trabajadores que debían obtener el ascenso o la promoción, sistema que se implementó en todos los niveles y categorías, tanto en los órganos de la Administración Pública como para otras entidades públicas o privadas del país).

Resolución No. 681 del Comité de Trabajo y Seguridad Social, que dispuso los cargos considerados como dirigentes que debían ser médicos, Gaceta Oficial Ordinaria No.75 de 30 de julio de 1981.

Resolución No.15 de 2000, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Gaceta Oficial Ordinaria No. 36 de 20 de abril de 2000.

Resolución No.16 de 18 de abril del 2000, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (definía los cargos que tenían la condición de funcionarios en Cuba), Gaceta Oficial Ordinaria de 28 de abril de 2000.

Código de ética de los cuadros del Estado, Acuerdo 1996 del Consejo de Estado, de 2 de octubre de 1996, Gaceta Oficial Ordinaria 31 de octubre de 1996.

Cubanas

Ley 7/77, “Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico” de 19 de agosto de 1977, modificada por el DL 241 de 26 de septiembre de 2006, Gaceta Oficial Ordinaria 34, de 20 de agosto de 1977 y Gaceta Oficial Extraordinaria 33 de 27 de septiembre de 2006.

Ley No. 62 de 29 de diciembre de 1987, “Código Penal”, publicada en la Gaceta Oficial edición especial, de 3 de diciembre de 1987.

Decreto Ley No. 147/94, “De la reorganización de los Organismos de la Administración Central del Estado” de 21 de abril de 1994, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 2 del propio día, modificado por los Decretos Leyes: 188/98, 193/93, 204/00, 219/01, 272/10, 281/11, 287/11, 296/12, 299/12, 301/12, 303/12, 324/14.

Decreto Ley No. 196 de 1999, “Sistema de trabajo con los cuadros del Estado y del Gobierno”, de 15 de octubre de 1999, publicado originalmente en la Gaceta Oficial No. 4 Extraordinaria de

18 de octubre de 1999. La versión actualizada en Gaceta Oficial No. 54 Extraordinaria, de 20 de noviembre de 2007.

Decreto Ley No. 197 de 1999, “Sobre las relaciones laborales del personal designado para ocupar cargos de dirigente y de funcionarios”, de 15 de octubre de 1999, publicado originalmente en la Gaceta Oficial No. 4 Extraordinaria de 18 de octubre de 1999. La versión actualizada en Gaceta Oficial No. 54 Extraordinaria, de 20 de noviembre de 2007.

Ley 116 de 20 de diciembre de 2013, “Código de Trabajo”, Gaceta Oficial de la República de Cuba No. 29 Extraordinaria, de 17 de junio de 2014.

Decreto No. 326 del Consejo de Ministros, de 12 de junio de 2014, “Reglamento del Código de Trabajo”, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 29 de 17 de junio de 2014.

Acuerdo sin número del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2010, “Instrucciones sobre el Perfeccionamiento del Sistema de Trabajo con los Cuadros del Estado y el Gobierno”, La Habana, julio de 2010, publicación interna, sin datos de publicación, archivo del autor.

Dictamen 218 de 19 de marzo de 1985 del Tribunal Supremo Popular.

Extranjeras

Constitución del Imperio (Reich) alemán, de 11 de agosto de 1919, en Textos constitucionales españoles y extranjeros, Athenaeum, Zaragoza, 1930.

Constitución italiana, disponible en <http://www.prefettura.it>.

Código Penal alemán, de 15 de mayo de 1871, actualizado hasta el 30 de agosto de 2002, disponible en <http://jurcom5.juris.de/bundesrecht/stgb/index.html>.

Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.179 (T. O. 1984 actualizado), disponible en <http://www.oas.org>.

Código Penal español. Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Código Penal y legislación complementaria, España, 2019, publicación digital, disponible en <http://boe.es/legislación/codigo>.

Decreto Ley No. 507, Ley de Servicio Civil, de 24 de noviembre de 1961 (El Salvador), disponible en <https://www.asamblea.gob.sv>.

Decreto No. 126, Ley de Servicio Civil, de 1 de octubre de 1993 (Honduras), disponible en <https://www.oas.org>.

Decreto No. 1748, Ley de Servicio Civil, de 10 de mayo de 1968 (Guatemala), disponible en <https://www.sie.gob.gt>.

Loi No. 84-11 du janvier 1984, contentiva de las disposiciones estatutarias de la función pública del Estado francés, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr>.

Ley 25.164, “Ley Marco de regulación de empleo público nacional”, de 15 de septiembre de 1999 (Argentina), disponible en <https://www.oas.org>.

Ley 30, “Medidas para la reforma de la función pública”, de 2 de agosto de 1984 (España), disponible en <https://www.boe.es>.

Ley del Estatuto de la función pública, de 5 de septiembre de 2002 (Venezuela), disponible en <http://www.mppp.gob.ve>.

Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949, disponible en <http://www.btg-bestellservice.de>.

Ley marco de la función pública, Beamtenrechtsrahmengesetz, de 3 de enero 1977 (Alemania).

Ley No. 93/1983, “Ley Marco sobre Empleo Público” (Italia).

Ley No. 20.880 de 21 de diciembre de 2015, “Sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos intereses” (Chile), disponible en <https://www.svs.cl>.

Ley No. 30057, “Ley de Servicio Civil”, de 3 de julio de 2013 (Perú), disponible en <https://www.leyes.congreso.gob.pe>.

Ley No. 35 de 20 de junio de 2014, “Ley general del trabajo en la función pública” (Portugal), disponible en <https://www.ilo.org>.

Ley No. 41, “Ley de Función Pública”, de 16 de enero de 2008 (República Dominicana), disponible en <https://map.gob.do>.

Ley No. 382 de 1975 y la Ley Marco de 29 de marzo de 1983, “Sobre Empleo público”, modificada por la Ley de 8 de agosto de 1985, Gaceta Oficial No. 93 de 6 de abril de 1983 (Italia).

Ley Orgánica de servicio civil y carrera administrativa”, de 12 de mayo de 2005 (Ecuador), disponible en <http://www.oas.org>.

Sentencias

Sentencia de 15 de agosto de 1900 del Tribunal Supremo.

Sentencia de 2 de mayo de 1902 del Tribunal Supremo.

Sentencia de 13 de marzo de 1903 del Tribunal Supremo.

Sentencia de 2 de mayo de 1908 del Tribunal Supremo.

Sentencias No. 11 y 74 de 3 de abril de 1916 del Tribunal Supremo.

Sentencia de 14 de febrero de 1917 del Tribunal Supremo.

Sentencia de 19 de marzo de 1919 del Tribunal Supremo.

Sentencia No. 60 de 15 de agosto de 1927 del Tribunal Supremo.

Sentencia No. 7 de 8 de enero de 1942 del Tribunal Supremo.

Sentencia No. 20 de 2 de julio de 1916 del Tribunal Supremo.

Sentencia No. 79 de 17 de agosto de 1915 del Tribunal Supremo.

Sentencia No. 260 de 11 de octubre de 1929 del Tribunal Supremo.

Sentencia No. 90 de 15 de noviembre de 1915 del Tribunal Supremo.

Sentencia No. 20 de 5 de septiembre de 1923 del Tribunal Supremo.

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1915 del Tribunal Supremo.

Sentencia No. 127 de 16 de julio de 1929 del Tribunal Supremo.

Sentencia No. 6 de 1929 del Tribunal Supremo.

Sentencia No. 16 de 12 de febrero de 1934 del Tribunal Supremo.

Sentencias, No. 68 de 24 de enero de 1975 de la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo Popular.

Sentencia No. 310 de 14 de marzo de 1975 de la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo Popular.

Sentencia No. 311 de 14 de marzo de 1975 de la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo Popular.

Sentencia No. 163 de 2015 de la Sala Segunda de lo Penal, Tribunal Provincial Popular La Habana.

Sentencia No.67 de 2013 Sala Segunda de lo Penal, Tribunal Provincial Popular La Habana.

Sentencia No.2 de 2014 de la Sala Segunda de lo Penal Tribunal Provincial Popular La Habana.

Sentencia No. 62 de 2014 de la Sala Segunda de lo Penal, Tribunal Provincial Popular La Habana.

Sentencia No. 131 de 2015 de la Sala Segunda de lo Penal, Tribunal Provincial Popular La Habana.

Sentencia No.100 de 2016 de la Sala Segunda de lo Penal, Tribunal Provincial Popular La Habana.

Sentencia No.123 de 2016 de la Sala Segunda de lo Penal, Tribunal Provincial Popular, La Habana.