

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO V – NÚMERO IX

2º SEMESTRE 2019

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO V, Nº IX, 2º SEM. 2019



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D’Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Home page: revistaconsinter.com

E-mail: internacional@juruia.net

ISSN: 2183-6396

Depósito Legal: 398849/15

DOI: 10.19135/revista.consinter.00009.00

Editor:

David Vallespín Pérez

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona. Su actividad docente abarca tanto los estudios de Grado como los de Doctorado. Ha realizado enriquecedoras estancias de investigación en prestigiosas Universidades Europeas (Milán, Bolonia, Florencia, Gante y Bruselas).

Diretores da Revista:

Germán Barreiro González

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Colaborador Honorífico en el Departamento de Derecho Privado y de la Empresa – Universidad de León (España).

Gonçalo S. de Melo Bandeira

Professor Adjunto e Coordenador das Ciências Jurídico-Fundamentais na ESG/IPCA, Minho, Portugal. Professor Convidado do Mestrado na Universidade do Minho. Investigador do CEDU – Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Doutor e Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho, UCM, de la que ha sido Vicedecana de Estudios, Espacio Europeo de Educación Superior y de Innovación Educativa y Convergencia Europea.

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Juruá Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação

ANO V – NÚMERO IX

2º SEMESTRE 2019

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

Porto
Editorial Juruá
2019

Instruções aos Autores

Revista Internacional CONSINTER de Direito

1. DAS PUBLICAÇÕES

Para publicação na Revista Internacional CONSINTER de Direito os artigos científicos serão avaliados pelo sistema *double blind review*, no qual dois Pareceristas do CONSINTER avaliarão os trabalhos sem nenhuma identificação de autoria.

O enquadramento dos textos avaliados e aprovados para fins de publicação na Europa pelo Editorial Juruá Lda., e no Brasil pela Juruá Editora Ltda., obedecerão aos seguintes critérios:

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO

Conforme as exigências das agências e instituições nacionais e internacionais de investigação e docência que avaliam a atividade acadêmica e investigadora das Pós-Graduações, a Coordenação Executiva do CONSINTER, ao seu melhor juízo, selecionará uma determinada quantidade de artigos aprovados que serão agraciados com a Publicação no Periódico “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, com ISSN de Portugal. Ainda:

- a) Para cada artigo selecionado para a “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, será atribuído um número de registro específico e único no Sistema DOI (*Digital Object Identifier*);
- b) Também será atribuído um registro no Sistema DOI (*Digital Object Identifier*) para a “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”.

OBS. 1: Em face das normas técnicas, para fins de qualificação do periódico, somente poderão ser selecionados para a Revista Internacional CONSINTER de Direito os artigos aprovados nos quais pelo menos um dos autores e/ou autor tenha a titulação de Doutor.

OBS. 2: Ficará a critério do Comitê Organizador a indicação e o número da Revista em que o artigo aprovado será liberado para publicação.

2. PERIODICIDADE

Semestral.

3. CONDIÇÕES

- a) A submissão do trabalho científico para análise está condicionada à confirmação da inscrição de todos os autores e coautores;
- b) Somente serão publicados os artigos aprovados pelo Corpo de Pareceristas/Conselho Editorial do CONSINTER.

4. DOCUMENTOS OBRIGATÓRIOS PARA SUBMISSÃO

- a) Inscrição;
- b) Comprovante de pagamento da submissão/inscrição;
- c) Cessão de direitos autorais assinada;
- d) Artigo completo seguindo as orientações do item 5;
- e) O artigo deverá ser encaminhado por um dos autores ao e-mail contato@consinter.org.

5. NORMAS — OS ARTIGOS ENVIADOS DEVEM CUMPRIR OS SEGUINTE CRITÉRIOS:

- a) Ser inédito (não publicado em livros, revistas especializadas ou na imprensa em geral) e apresentar propriedade técnico-jurídica; relevância nacional e internacional do tema abordado, fluência redacional, correção gramatical e respeito a aspectos éticos e científicos;
Obs.: Textos inseridos em documentos de circulação restrita nas universidades serão considerados inéditos.
- b) Ter sido produzido por Estudantes e/ou Professores de Pós-graduação *Lato Sensu* e/ou *Stricto Sensu* ou por Mestres, Doutores e Pós-Doutores;
- c) Serão aceitos trabalhos em coautoria, com limitação máxima de 03 (três) participantes devidamente inscritos;
- d) O artigo deverá estar identificado com um dos critérios de classificação conforme edital;
- e) O(s) autor(es) que submeter(em) o mesmo artigo científico (com o mesmo título e conteúdo ou apenas mudando o título) para mais de um dos ramos do Direito acima indicados terão ambos os artigos científicos automaticamente eliminados da avaliação;
- f) Conter no mínimo 15 páginas, e no máximo 25 páginas;
- g) Ser redigido em formato Word em dois arquivos distintos, um com e outro sem identificação, ambos completos, contendo: Título em língua portuguesa, espanhola, inglesa, italiana ou francesa; Sumário; Resumo e Palavras-chave em língua portuguesa ou espanhola e inglesa, respeitando as normas técnicas;
- h) Para o arquivo sem identificação é importante o autor certificar-se que no conteúdo do artigo a ser avaliado não conste nenhuma informação que possibilite a identificação do autor ou o Instituto ao qual esteja vinculado direta ou indiretamente;
- i) O artigo poderá ser apresentado em língua portuguesa, espanhola, inglesa, italiana ou francesa, observando que o título, resumo e palavras-chave precisam, obrigatoriamente, estar indicados em dois idiomas, sendo peremptoriamente uma indicação no idioma inglês;
- j) O texto deve estar salvo em arquivo Word, em versão recente, com as seguintes características: fonte Times New Roman; corpo 12; alinhamento justificado, sem separação de sílabas; espaço de 1,5 entrelinhas; parágrafo de 1,5 cm; não colocar espaçamentos especiais antes ou após cada parágrafo; margens superior e esquerda com 3 cm, inferior e direita com 2 cm; em papel tamanho A4; notas de rodapé explicativas na mesma página em que for citada a referência, sendo que as Referências deverão seguir as Normas Técnicas;
- k) As páginas deverão estar numeradas;
- l) Para cada título, subtítulos, todos alinhados à esquerda, deverá haver um texto correspondente;
- m) Devem ser escritos de forma clara e objetiva, evitando-se parágrafos prolixos ou extenuantes e privilegiando as orações na ordem direta como: sujeito – predicado – complemento;
- n) Não serão aceitos textos com figuras, ilustrações e/ou fotografias, à exceção de gráficos e tabelas que sejam imprescindíveis para a compreensão do trabalho e compatíveis com a impressão em preto e branco, sendo vedada a utilização de gráficos e tabelas se originarem de terceiros;

- o) Conter Resumo (entre 100 e 250 palavras) em língua portuguesa ou espanhola e em inglês, assim como a indicação de Palavras-chave (entre 3 e 10 palavras) também em português ou espanhol e inglês;
- p) Conter: Sumário a ser indicado na sequência da apresentação do Título, Resumo (entre 100 e 250 palavras – peremptoriamente com 02 idiomas), sendo um em Língua portuguesa ou espanhola e outro necessariamente em inglês, assim como a indicação das Palavras-chave (entre 3 e 10 palavras), obedecendo o mesmo critério de apresentação do Resumo;
- q) O texto deve obrigatoriamente vir acompanhado do termo de autorização para publicação – cessão de Direitos Autorais/Patrimoniais – conforme modelo anexo e/ou disponível no *site*;
- r) A qualificação do autor deverá ter no máximo 4 linhas, em nota especial de rodapé, indicando obrigatoriamente a formação acadêmica e citando a Instituição de Ensino Superior à qual esteja vinculado, quando for o caso;
- s) A taxa de inscrição é individual e única para cada autor. Assim, cada autor deverá efetuar a sua inscrição e o pagamento da respectiva taxa;
- t) Um autor poderá enviar quantos artigos desejar, no entanto, para cada artigo submetido deve haver o pagamento da taxa de inscrição/submissão;
- u) Observando as normas de qualificação, somente poderá ser liberado para publicação na Revista Internacional CONSINTER de Direito um artigo por autor. Em caso de aprovação de dois ou mais artigos do mesmo autor para a Revista, ao melhor juízo da comissão avaliadora, os demais artigos serão direcionados para publicação no Livro Direito e Justiça ou para o(s) próximo(s) número(s) da Revista.

6. DOS SISTEMAS PARA A INDICAÇÃO DAS FONTES DAS CITAÇÕES

Para a indicação das fontes das citações, os artigos deverão adotar os sistemas:

I) Trabalhos Estrangeiros:

Trabalhos estrangeiros poderão utilizar as normas técnicas compatíveis com o seu país de origem, respeitando as normas de publicação dispostas nesse edital, inclusive o Estilo Chicago se assim o autor entender cabível e adequado.

Estilo Chicago:

Último nome do autor, primeiro nome, título do livro. (Cidade: editora, ano), versão. Por exemplo: Ninguém, José, Livro Exemplo. (São Paulo: Universidade de São Paulo, 1992), edição Juruá e-Books.

II) Trabalhos Brasileiros:

Para artigos brasileiros recomenda-se seguir as Regras da ABNT (NBR 10.520/2002) para as citações, as quais podem ser diretas ou indiretas.

Para a indicação da fonte das citações, o autor poderá optar pelo sistema numérico (notas de rodapé) ou pelo sistema autor-data, não podendo, portanto, utilizar os dois sistemas concomitantemente.

A – Sistema Autor-Data

As Referências deverão seguir a NBR 6.023/2002.

No sistema autor-data, a fonte da citação é indicada junto à mesma e de forma sucinta. Devem ser evidenciados apenas: a autoria, o ano de publicação e a página do trecho citado.

Obs.: Se a opção for pelo sistema Autor-Data, pode-se utilizar o rodapé para as notas explicativas, conforme assim autoriza a NBR 6.022/2003.

B – Sistema em Notas de Rodapé

Ainda, adotando o sistema brasileiro de referência, se a opção de citação das referências for pelo sistema numérico, ou seja, **em notas de rodapé**, estas deverão seguir a NBR 10.520/2002.

7. DA AVALIAÇÃO DOS ARTIGOS

Os artigos científicos serão analisados pelo Corpo de Pareceristas do CONSINTER, formado somente por renomados juristas Doutores e Pós-Doutores, nacionais e estrangeiros especialmente convidados.

Os artigos científicos serão avaliados pelo sistema *double blind review*, no qual dois Pareceristas do CONSINTER avaliarão os trabalhos sem nenhuma identificação de autoria. A apreciação inominada dos artigos científicos afiança a imparcialidade do seu julgamento, diminui a subjetividade e as preferências ideológicas. Dessa forma, o autor deverá evitar referências diretas a si mesmo e citações que possibilitem extrair da leitura do texto a sua autoria.

Em caso de admissão do artigo científico por um dos Pareceristas do CONSINTER e reprovação por outro, o texto, ao melhor alvitre do conselho diretivo, poderá ser submetido à apreciação de um terceiro Parecerista.

- a) O conteúdo dos artigos científicos é de inteira responsabilidade dos autores e após submetido para avaliação não poderá sofrer qualquer substituição ou alteração, salvo solicitação do Corpo de Pareceristas;
- b) Não é permitido plágio ou inserção de cópias literais.

CONSINTER – CONSELHO INTERNACIONAL DE ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS EM PÓS-GRADUAÇÃO

Coordenação Executiva contato@consinter.org

www.consinter.org

INDEXADORES DA REVISTA:

- Latindex
- Diadorim
- Sumários.org
- REDIB
- CAPES
- DOAJ
- LivRe
- Google Scholar
- Cite Factor
- Tribunal Superior Eleitoral
- RVBI

Instructions To Authors

1. ABOUT THE PUBLICATIONS

For publication in the Revista Internacional CONSINTER de Direito, the scientific articles shall be evaluated by the double-blind review system, in which two CONSINTER Referees shall evaluate the papers without any author identification.

The framework of the evaluated and accepted articles for the purpose of publication in Europe by the Editorial Juruá Lda., and in Brazil by Juruá Ltda, will follow the following criteria:

1. FOR THE JOURNAL “REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO”

According to the requirements of national and international agencies of investigation and teaching that evaluate the investigative and academic activity of Post-Graduation, the CONSINTER Executive Coordination, at the best of their judgment, will select a certain amount of articles approved that will be awarded with the Publication in the Journal “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, with ISSN from Portugal. Also:

- a) For each article selected for the journal “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, a number of the specific and unique register in the DOI (Digital Object Identifier) system will be assigned;
- b) A register in the DOI (Digital Object Identifier) system will also be assigned to the journal “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”.

NOTE 1: In the face of the technical rules, for the purpose of qualification of the journal, only the articles approved in which a least one of the authors and/or author has a doctorate degree will be selected for the journal “Revista Internacional CONSINTER de Direito”. The articles properly approved that do not fulfill this requirement will be published in the Book of CONSINTER.

NOTE 2: The Organizing Committee will be in charge of the nomination and the issue of the journal “Revista Internacional CONSINTER de Direito” in which the approved article will be authorized for publication.

2. PERIODICITY

Half-yearly

3. REQUIREMENTS

- a) The submission of the scientific work for analysis is conditioned to the confirmation of subscriptions of all authors and co-authors;
- b) Only articles approved by CONSINTER Referees Board/Editorial Board will be published.

4. REQUIRED DOCUMENTS FOR SUBMISSION

- a) Registration;
- b) Proof of payment of the Submission/registration;
- c) Assignment of copyrights signed;
- d) Full Article following the guidelines of item 5;
- e) The articles must be forwarded by one of the authors by e-mail contato@consinter.org

5. RULES — THE ARTICLES SENT MUST FULFILL THE FOLLOWING CRITERIA:

- a) Be original (not published in books, specialized journals or in the press in general) and present technical-legal property; national and international relevance of the theme approached, wording fluency, grammar correction, and respect to the ethical and scientific aspects;

Note: The texts inserted in documents of restrict circulation at universities will be considered original.

- b) Have been produced by students and/or professors of Lato Sensu and/or Stricto Sensu Post Graduation courses, or by Masters, Doctors, and Post-Doctors;
- c) Works in co-authorship will be accepted, up to the maximum of 3 participants properly registered;
- d) Be identified with one of the criteria of classification to be informed in public notice;
- e) The author (s) that submit the same scientific article (with the same title and content or only having the title changed) for more than one of the fields of Law above mentioned, will have both scientific articles automatically eliminated from the evaluation;
- f) Have a minimum of 15 pages, and a maximum of 25 pages;
- g) Be submitted in Word format in two distinct files, one with and the other without identification, both complete, containing: Title, Summary, Abstract and Keywords in Portuguese, Spanish, English, Italian or French; in Portuguese or Spanish and in English, respecting the technical rules;
- h) For the file without identification it is important for the author to make sure that, in the content of the article to be evaluated, there is no information that makes it possible to identify the author or the Institution they are directly or indirectly bound to;
- i) The article can be presented in Portuguese, Spanish, English, Italian, or French, observing that the title, abstract and keywords have to be written in two languages compulsorily, being one of them, peremptorily, English;
- j) The text must be saved in a word file, in a recent version, with the following characteristics: Times New Roman font, size 12; justified alignment, without hyphenation; 1.5 spacing between lines; 1.5 cm paragraph spacing; do not insert special spacing before or after each paragraph; top and left margins with 3 cm, bottom and right margins with 2 cm; A4 size document; explanatory footnotes on the same page the reference is cited, and the references must follow the technical rules;
- k) The pages must be numbered;
- l) For every title, subtitle, all of them aligned on the left, there must be a corresponding text;
- m) The text must be written in a clear and objective way, avoiding long-winded and strenuous paragraphs, giving priority to sentences in the direct order, such as subject-predicate – complement;
- n) Texts with figures, illustrations and/or photographs will not be accepted, except for graphs and tables which are indispensable for the understanding of the work, and compatible with black and white printing, being prohibited the use of graphs and tables if originated from a third party;

- o) It must contain an Abstract (between 100 and 250 words in Portuguese or Spanish and in English, as well as the Keywords (between 3 and 10 words), also in Portuguese or Spanish and in English;
- p) It must contain: a Summary to be indicated in the sequence of the presentation of the title, Abstract (between 100 and 250 words, peremptorily in 02 languages, being one of them in Portuguese or Spanish and the other in English, just as the Keywords (between 3 and 10 words), in accordance with the same criterion of the presentation of the Abstract;
- q) The text must be accompanied by the copyright form – according to the model attachment and/or available on the site;
- r) The author's qualification must have a maximum of 4 lines, in a special footnote, indicating their academic background and citing the Higher Education Institution which they are bound to if that is the case;
- s) Observing that CONSINTER is a non-profit organization, the submission/registration rate subsidize the articles' publication in the Revista Internacional CONSINTER de Direito. Submission/registration fee is individual and unique to each author. Therefore, each author must achieve the registration and make the payment of the respective fee. For example: For article submission in co-authorship with 02 authors – it will be mandatory the registration of the two authors and payment of 02 submission fees;
- t) An author may submit as many articles as he pleases, however, for each submitted article there must be made the respective submission/registration fee payment;
- u) Observing the qualification standards, only one article per author will be authorized for publication on the Revista Internacional CONSINTER de Direito. In case of one or more articles of the same author have been approved for publication on the Journal, to the better judgment of the evaluation commission, the other papers will be guided for publication on the Book Direito e Justiça or for future edition(s) of the Journal.

6. ABOUT THE SYSTEMS TO INDICATE THE SOURCES OF CITATIONS

To indicate the sources of citations, the articles must adopt the systems:

I) For Foreign Work:

Foreign works can use the same technical rules compatible with their country of origin, respecting the publication rules displayed in this notice, including the Chicago style, if the author finds it applicable and appropriate.

Chicago Style:

Author's last name, first name, title of the book. (City: Publisher, year), version. Example: Someone, José, book example. (São Paulo: Universidade de São Paulo, 1992), edição Juruá e-Books.

II) For Brazilian Works

For Brazilian articles, it is recommended to follow the ABNT rules (NBR 10520/2002) for the citations, which can be direct or indirect, by Author-Date or in Footnotes.

For citation source's indication, the author may choose the number system (footnotes) or by the author-date system, therefore he/she cannot choose to use both concomitantly.

A – Author-Date System

The references must follow NBR 6023/2002.

In the author-date system, the source of citations is indicated alongside with it and in summary form; Point out, only: authorship, publication year and page of the piece cited.

Note: If the choice is the Author-Date system, explanatory notes can be used as footnotes, as authorized by NBR 6022/2003.

B – Number System (Footnotes)

Still, adopting the Brazilian System of references, if the choice of citation of references is by the number system, or else, in footnotes, they should follow NBR 10520 /2002.

7. ABOUT THE ARTICLE REVIEW

The scientific articles are analyzed by the CONSINTER Referees Board/Editorial Board, formed only by renowned Doctors and Post-Doctors, jurists, Brazilian and foreigners, especially invited. The scientific articles will be evaluated by the double-blind review system, in which two CONSINTER members of the board will evaluate the works without any authorship identification. The assessment of scientific articles by anonymous authors guarantees the impartiality of judgment and decreases subjectivity and ideological preferences. This way, authors must avoid direct references to themselves and citations that make it possible to extract its authorship from the reading of the text.

If the scientific article is accepted by one of the CONSINTER members and failed by another, the text, at the suggestion by the Director Council, can be subjected to the assessment by a third party.

- a) The content of the scientific articles is the authors' full responsibility, and after subjected to assessment cannot go through any changes or replacements, except if requested by the Referees Board/Editorial Board;
- b) Plagiarism or the insertion of verbatim copies are not allowed.

INTERNATIONAL COUNCIL OF CONTEMPORARY IN POST-GRADUATE STUDIES CONSINTER – CONSELHO INTERNACIONAL DE ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS EM PÓS-GRADUAÇÃO

Executive Coordination contato@consinter.org

INDEXERS

- Latindex
- Diadorim
- Sumários.org
- REDIB
- CAPES
- DOAJ
- LivRe
- Google Scholar
- Cite Factor
- Tribunal Superior Eleitoral
- RVBI

COLABORADORES

Adelgício de Barros Correia Sobrinho
Adriano Fábio Cordeiro da Silva
Adriano Fernandes Ferreira
Alcir Gursen de Miranda
Alessandra Balestieri
Alexandre de Albuquerque Sá
Almir Santos Reis Junior
Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz
Ana Lúcia Seifriz Badia
Andrei de Oliveira Rech
Bruno Miragem
Carlos Francisco Molina del Pozo
Carlos José Cordeiro
Carlos Roberto Bacila
Claudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho
Daniel Blume Pereira de Almeida
Daniela Carvalho Almeida da Costa
Edimur Ferreira de Faria
Edna Raquel Hogemann
Eugênio Facchini Neto
Euvaldo Leal de Melo Neto
Fabiana Oliveira Bastos de Castro
Fabiana Ricardo Molina
Fábio Lins de Lessa Carvalho
Felipe Azzi Assis de Melo
Felipe Dutra Asensi
Fernanda Alves Vieira
Fernando Massardo
Fernando Rodrigues Martins
Glauca Maria de Araújo Ribeiro
Gonçalo S. de Melo Bandeira
Inês da Trindade Chaves de Melo
Isaac Sabbá Guimarães
Jaume Martí Miravalls

José María Lombardero Martín
José María Tovillas Morán
Josiane Becker
Judith Morales Barceló
Karina A. Denicol
Karine Silva Demoliner
Laís Alves Camargos
Leonardo David Quintiliano
Luciana Kellen Santos Pereira Guedes
Luis Bahamonde Falcón
Luiz Carlos Figueira de Melo
Marcus Elidius Michelli de Almeida
María Ángeles Pérez Marín
María Soledad Racet Morciego
Mário Luiz Ramidoff
Mayrinkellison Peres Wanderley
Miguel Horvath Júnior
Nancy Carina Vernengo Pellejero
Nancy de la C. Ojeda Rodríguez
Nicola Frascati Junior
Nilton Cesar da Silva Flores
Patrícia Fortes Attademo Ferreira
Paulo J. S. Bittencourt
Raphael Corrêa
Renata Martins de Carvalho
Renato Lopes Becho
Roberta Soares da Silva
Rogério Medeiros Garcia de Lima
Themis Eloana Barrio Alves G. de Miranda
Theodoro Vicente Agostinho
Thiago Serrano Pinheiro de Souza
Vânia Maria do P. S. Marques Marinho
Vitor Hugo Mota de Menezes
Wagner Balera

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Antonio García-Pablos de Molina

Catedrático de Direito Penal da Universidad Complutense de Madrid.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Fernando Santa-Cecilia García

Profesor Titular de Direito Penal e Criminologia da Universidad Complutense de Madrid.

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca.

Joan J. Queralt

Catedrático de Direito Penal da Universitat Barcelona.

Jordi García Viña

Catedrático de Direito do Trabalho e Seguridad Social da Universitat de Barcelona.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

María Amparo Grau Ruiz

Catedrática Acreditada de Derecho Financiero y Tributario – Universidad Complutense de Madrid.

María del Carmen Gete-Alonso y Calera

Catedrática de Direito Civil da Universitat Autònoma de Barcelona.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

ESSA OBRA É LICENCIADA POR UMA LICENÇA *CREATIVE COMMONS*

Atribuição – Uso Não Comercial – Compartilhamento pela mesma licença 3.0 Brasil.

É permitido:

- copiar, distribuir, exibir e executar a obra
- criar obras derivadas

Sob as seguintes condições:



ATRIBUIÇÃO

Você deve dar crédito ao autor original, da forma especificada pelo autor ou licenciante.



USO NÃO COMERCIAL

Você não pode utilizar esta obra com finalidades comerciais.



COMPARTILHAMENTO PELA MESMA LICENÇA

Se você alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta, você somente poderá distribuir a obra resultante sob uma licença idêntica a esta.

– Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro para outro, os termos da licença desta obra.

- Licença Jurídica (licença integral):
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/br/legalcode>

Esta revista proporciona acesso público livre e imediato a todo seu conteúdo em ambiente virtual.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos selecionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de seleção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

SIETE MODELOS COMPARADOS DE FUNCIÓN PÚBLICA: ANÁLISIS JURÍDICO, TENDENCIAS Y RETOS DEL EMPLEO PÚBLICO EN EL MUNDO

SEVEN COMPARATIVE MODELS OF PUBLIC FUNCTION: LEGAL ANALYSIS, TRENDS AND CHALLENGES OF PUBLIC EMPLOYMENT IN THE WORLD

DOI: 10.19135/revista.consinter.00009.27

Recibido 20.02.2019 / Aprobado 05.09.2019

*Fábio Lins de Lessa Carvalho*¹ – <https://orcid.org/0000-0002-3621-7290>
E-mail: fabiolinslc@hotmail.com

Resumen: El presente artículo analiza las características de siete modelos distintos de empleo público (función pública, en español), con el objetivo de realizar un estudio de derecho comparado respecto al trato conferido a los funcionarios públicos en diversos países (Francia, Inglaterra, España, Italia, Alemania, Estados Unidos y Brasil). En el artículo en comento, se aprecian las tendencias y los principales desafíos enfrentados por las Administraciones Públicas de diversos países, como la precarización, privatización, tercerización, flexibilización, entre otros fenómenos derivados de la introducción de un nuevo modelo de Estado. En este proceso, se apuntan características propias de cada modelo, y, en algunos casos, situaciones que aproximan los ordenamientos jurídicos en temas como la selección de los servidores, régimen jurídico, estabilidad, carrera, remuneración, entre otras cuestiones.

Palabras clave: Derecho de la función pública. Empleo público. Privatización. Precarización. Relaciones de empleo en la Administración Pública. Tendencias en el derecho comparado. Tercerización. Flexibilización. Acceso al cargo público. Retos.

Abstract: This article analyzes the characteristics of seven different models of public employment (public function, in Spanish), with the objective of conducting a comparative law study regarding the treatment conferred on public officials in various countries (France, England, Spain, Italy, Germany, the United States and Brazil). In the article in comment, the tendencies and the main challenges faced by the Public Administrations of diverse countries are appraised, like the precarization, privatization, outsourcing, flexibilization, among other phenomena derived from the introduction of a new model of State. In this process, specific characteristics of each model are pointed out, and, in some cases, situations that approximate the legal systems in topics such as the selection of servers, legal status, stability, career, remuneration, among others.

Keyword: Public function. Administrative law. Public servants. Seven legal systems. Comparative law. access to public positions. Rights and duties of public servants in the world.

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, Profesor de Derecho Administrativo de la Universidade Federal de Alagoas – UFAL (Brasil), Abogado del Estado.

INTRODUCCIÓN

Las relaciones jurídicas entre la Administración Pública y sus empleados se sujetan a distintas reglas y principios que varían en cada país, aunque existan sistemas generales que sirven como modelos para varios ordenamientos jurídicos. Antes de todo, hay que subrayar que el reconocimiento de las dificultades de un estudio comparado en esta materia² no elimina su relevancia, sino que la potencia.

También se puede añadir que todos los modelos de función pública siempre están sujetos a cambios que les permitan acompañar la evolución de la sociedad en cada momento histórico. En las palabras de Ricardo Rivero Ortega, “nunca se enfatizará lo suficiente la importancia de las personas en el buen funcionamiento de las instituciones. A fin y al cabo, estas son creaciones humanas, reflejos simbólicos de la cultura y el pensamiento de las sociedades en un tiempo y lugar determinado”³.

Es relevante subrayar que, actualmente y de forma general, los modelos de función pública más tradicionalmente cercanos al régimen privado, como el inglés y el estadounidense, vienen incorporando institutos propios del régimen jurídico del derecho administrativo, mientras los modelos publicistas de función pública, como el francés y el alemán, en diferentes medidas, han sufrido constantes influencias del régimen contractual, propio del Derecho Privado.

En efecto, se puede señalar, como lo hizo un Grupo de investigación para el estudio del empleo público del INAP (España)⁴, los siguientes rasgos comunes en los países del OCDE⁵: a) carácter mixto y no homogéneo de los modelos de función pública; b) incorporación de técnicas gerenciales procedentes del mercado; c) implementación de las tecnologías de la información y comunicación (TIC); d) impulso de la movilidad; e) exigencia de mayor coordinación entre las unidades encargadas del empleo público; f) mejora de los sistemas de formación.

Por su parte, los problemas compartidos son: a) dualidad existente entre los funcionarios públicos y el personal laboral; b) excesiva temporalidad del empleo público; c) criterios dispares para discernir los puestos ocupados por funcionarios o laborales y los destinados a proveerse por mérito o por confianza política; d) reclutamiento, selección y carrera del personal directivo público y profesional.

² Sobre esto: “*El estudio comparado de la función pública presenta dificultades metodológicas. La definición de servicio público, estatus jurídico, empleado público o funcionario incorpora acepciones diversas en muchos países, que no han sido sistematizadas*” (REDONDO LEBRERO, Juan Carlos. **La función pública en el ámbito internacional. Últimas reformas y tendencias.** *En Crisis y reinención de la función pública en un escenario de gobernanza multinivel* (Director Jorge Crespo González), Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, Madrid, 2015, p. 63)

³ RIVERO ORTEGA, Ricardo. **La necesaria innovación en las instituciones administrativas. Organización, procedimiento, función pública, contratos administrativos y regulación.** Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, Madrid, 2012, p. 87.

⁴ CRESPO GONZÁLEZ, Jorge. **La función pública ante un escenario de gobernanza multinivel: crisis y reinención.** *En Crisis y reinención de la función pública en un escenario de gobernanza multinivel* (Director Jorge Crespo González), Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, Madrid, 2015, p. 54.

⁵ La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico abarca todos los países de este análisis (Francia, Inglaterra, Alemania, Estados Unidos, España, Italia), a excepción de Brasil, que solicitó su participación en 30 de mayo de 2017.

Así, se puede reconocer una verdadera aproximación teórica de los modelos de función pública, lo que hace aún más importante el estudio de las peculiaridades y distinciones que aún permanecen.

1 MODELOS EUROPEOS

Desde muchos siglos, los sistemas jurídicos adoptados en los principales países europeos siempre han servido como referencia teórica para innumerables ordenamientos de países de los cinco continentes, sean aquellos excolonias o no.

Los sistemas de función pública de Francia, Inglaterra, España, Italia y Alemania tienen muchas distinciones que cubren los más variados aspectos, como los sistemas de acceso, la naturaleza del vínculo entre Administración y sus agentes públicos (estatutario o contractual), la presencia o no de estabilidad, las formas de remuneración y las categorías de empleados públicos.

Sin embargo, cabe añadir que los modelos europeos de función pública, aunque sean muy diferentes entre sí, han sufrido todas las influencias del derecho comunitario y, especialmente, del fenómeno de la contractualización del empleo público, que también será objeto de investigación del presente análisis.

1.1 Modelo francés

Además del Derecho Administrativo francés ser considerado como el que más influenció otros ordenamientos jurídicos en varias partes del mundo, también se puede afirmar que, en materia de función pública, el modelo francés también ha aportado muchas y valiosas contribuciones que hasta hoy están presentes.

Respecto a esta constatación, Ramón Parada y Jesús Fuentetaja confirman que “el sistema francés de función pública es, como otras tantas instituciones del Derecho Administrativo, un referente seguido por otras administraciones europeas (España, Italia, Bélgica) y en numerosos países surgidos de las colonias francesas”⁶

Aunque la historia de la función pública en Francia merecía consideraciones más profundas, lo más importante es destacar la creación, en el tiempo de Napoleón⁷, de grandes cuerpos de funcionarios permanentes, sometidos a estatutos específicos, de forma similar a lo que ya sucedía con las carreras militares. Por lo tanto, cada grupo de funcionarios, como los diplomáticos, los profesores universitarios y los funcionarios de finanzas, pasó a tener su propio estatuto y carrera.

Además, en Francia, desde estos tiempos, hubo la creación de normas propias para los funcionarios públicos, muy distintas de las creadas para los trabajadores de la iniciativa privada. Las referidas normas de función pública fueron creadas por el

⁶ PARADA, Ramón, y FUENTEJADA, Jesús. **Derecho de la función pública**, Civitas, Thomson Reuters, 1ª ed., 2017, Pamplona., p. 54.

⁷ Napoleón expresó ante el Consejo de Estado francés su preocupación con la apatía que alejaba muchas personas de los puestos de la función pública y entregaba “*el gobierno a los imbéciles y a los intrigantes... Yo quiero sobre todo una Corporación porque una Corporación no muere nunca... Una Corporación que no tenga otra ambición que ser útil y otro interés que el interés público. Es necesario que este cuerpo tenga privilegios y que no sea demasiado dependiente de los ministros y del Imperador*” (Apud PARADA, Ramón, y FUENTEJADA, Jesús. *Op. cit.*, p. 27).

Consejo de Estado, órgano jurisdiccional del Poder Ejecutivo, que concibió un derecho especial para la Administración Pública y, consecuentemente, para sus funcionarios.

Entre las aportaciones del modelo francés de función pública, se destacan:

- a) el ingreso según los méritos y capacidades de los ciudadanos. Sobre esto, la propia Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establece en el artículo 6 que “(...) todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos”;
- b) la permanencia en el empleo;
- c) la existencia de expedientes disciplinarios rígidos para determinar faltas y eventual expulsión;
- d) el reconocimiento de la relación funcional como relación estatutaria, que solo puede modificarse por decisión unilateral de la Administración;
- e) la combinación del régimen jurídico del Estatuto General con un Derecho particular de los cuerpos y servicios;
- f) la idea que los derechos y obligaciones de los funcionarios están sometidos a las necesidades del servicio;
- g) los funcionarios están jerarquizados según su grado o categoría personal;
- h) en un cuerpo de funcionarios, todos los miembros tienen igualdad de oportunidades para acceder a las categorías o grados superiores;
- i) el ascenso de escalón se otorga sea por antigüedad, sea por méritos especiales;
- j) la previsión de que el ascenso en la carrera genera no solo un aumento de la remuneración, sino también en un cambio de complejidad y responsabilidad en las atribuciones del empleo;
- k) además del ascenso de posición vertical, también se reconoce una remuneración más elevada por el paso del tiempo (promoción meramente económica);
- l) el énfasis en la selección y la formación de los funcionarios².

Respecto a esta última característica, se puede añadir que el modelo francés es seguramente lo que produce los funcionarios más calificados en Europa:

La función pública francesa se distingue también por la atención que se presta a la formación de los funcionarios, que ha llevado a un nivel ciertamente extraordinario a sus cuerpos superiores. La formación es específica para cada cuerpo y se alcanza básicamente a través de un riguroso y exigente sistema de oposiciones o concursos orientados a seleccionar a los mejores, forzando al propio tiempo a los aspirantes a adquirir los conocimientos, tanto generales como específicos (jurídicos, económicos, técnicos), necesarios para el desempeño de las funciones atribuidas al cuerpo y al servicio o función pública que este tiene a su cargo. En muchos casos, tras la oposición se intercala un período de formación en una escuela de funcionarios, toda una carrera académica en el caso de los ingenieros politécnicos, bien a modo de gran suplemento formativo como el que se imparte en la Escuela Nacional de Administración (ENA). (...) los funcionarios, formados en la Escuela Nacional de

*Administración o en la Escuela Politécnica, según una tradición napoleónica todavía viva, ocupan la mayor parte de los puestos directivos de la Administración francesa, a la que dan un sentido de continuidad y eficiencia y se han acreditado como los mejores funcionarios de las Comunidades Europeas*⁸.

Otro aspecto que debe apuntarse es la tradición de utilización de las reglas del Derecho Administrativo incluso en la contratación temporal del personal externo. Estos trabajadores también están sometidos a la jurisdicción administrativa, aunque no tengan derecho a la permanencia indefinida.

Sin embargo, la doctrina señala que, en los últimos años, la función pública francesa también pasó por olas de reforma, que introdujeron cambios (aunque más tímidos y limitados que en otros países).

Entre estos cambios, se puede destacar la introducción, en la Ley n.2009-972, de 03 de agosto de 2009, del contrato laboral en las Administraciones Públicas, que solo se utiliza en determinadas situaciones no permanentes (“*misiones*”) y a través de empresas de trabajo temporal⁹.

1.2 Modelo inglés

Adepta del sistema jurídico del *common-law*, Inglaterra es uno de los países que más resistió la creación de un derecho especial para la Administración Pública y, de la misma forma, para sus funcionarios, que siempre han sido tratados de forma más similar con la prevista para los trabajadores de la iniciativa privada, que propiamente con los funcionarios públicos franceses y su peculiar régimen jurídico de prerrogativas.

Según Ramón Parada y Jesús Fuentejada:

*los principios jurídicos por que se rige el funcionariado británico siguen siendo los tradicionales que, de tomarlos al pie de la letra, impedirían hablar de la existencia de un régimen jurídico de función pública, pues nada, ciertamente, está más lejos de la estabilidad que sugiere el concepto de funcionario que la regla secular de que el Civil Servant depende enteramente de la Corona a la que debe el empleo, el cual puede serle revocado **at pleasure** por la simple voluntad del soberano, sin que pueda ser esgrimido ningún derecho contractual, ni ejercitada acción alguna ante los Tribunales*¹⁰.

Sin embargo, el presunto autoritarismo y rigidez que estas reglas traslucen “no preocupan a los funcionarios ingleses, ni pueden llevar a descalificar el sistema funcional inglés, porque, de hecho, su seguridad en el empleo es tan respetada, o más, que la de los funcionarios continentales”¹¹

La tradición “*civil service*” inglés, concebido aún en el siglo XIX, es un elemento muy importante para que se pueda comprender la función pública en el

⁸ PARADA, Ramón, y FUENTEJADA, Jesús. *Op. cit.*, p. 56.

⁹ PARADA, Ramón, y FUENTEJADA, Jesús. *Op. cit.*, p. 58.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 61.

¹¹ *Op. cit.*, p. 58.

Reino Unido. Incluso, hay quien sostiene que la tradición y las costumbres son más importantes que la técnica y el mérito. En este sentido, el dramaturgo Oscar Wilde ya decía a finales del siglo XIX que “Lo importante es que el funcionario sea un caballero; pues, si no lo es, cuanto más sepa, peor”.

- Pueden destacarse las siguientes características de la función pública inglesa:
- a) Creación de la Civil Service Commission en 1845. Este órgano tiene como finalidad realizar la selección de los funcionarios públicos sobre la base del principio del mérito¹²;
 - b) A pesar de las fuertes resistencias liberales contra la formación de un cuerpo de funcionarios permanente, los ingleses acabaron aceptando la necesidad y legitimación de una burocracia seleccionada en función del mérito y con vocación de permanencia;
 - c) En general, solía haber una preferencia por los funcionarios públicos (*public servants*) generalistas, pues se pensaba que lo importante era que el funcionario fuera un *gentleman*, sus cualidades humanas y valores morales, así como el grado de la formación general en cualquier materia, y no precisamente en un área determinado y el funcionamiento de un servicio concreto. “Partiendo de esa base, el funcionario según su formación académica ingresaba en una clase funcional y aprendía después su oficio a través de varias experiencias en diversas Administraciones, para lo que se le estimulaba a rotar en servicios distintos”¹³;
 - d) En la tradición del *civil service* inglés, los aspirantes no concurrían a un determinado puesto de trabajo, sino a tres diferentes cuerpos de funcionarios: la *Administrative Class*, la *Executive Class* y la *Clerical Class*. Cada una de estas clases abarcaba determinadas tareas, de mayor o menor complejidad (e.g., los de la *Administrative Class* eran los funcionarios con titulación universitaria y tenían tareas más complejas). Los funcionarios de una determinada clase no estaban vinculados a un determinado órgano;
 - e) Sin embargo, en los últimos años, hubo un cambio, con el reconocimiento del valor de los funcionarios especialistas. Según el Informe de la Comisión Fulton, de 1968, “hoy día no es bastante para el administrador el ser un experto en la marcha de la máquina administrativa. Deberá también poseer o adquirir los conceptos básicos y los conocimientos sociales, económicos, industriales y financieros relativos a un sector de Administración apropiados a su nivel de responsabilidad”;

¹² Sobre esto, se dijo que: “principio muy importante de buen gobierno es una institución popular es el de que ningún funcionario ejecutivo sea nombrado por elección popular por el Pueblo mismo. Se impone pues una selección y no una elección por medio de sus representantes, porque gobernar es obra por extremo delicada. Las cualidades requeridas para ejecutarla son cualidades especiales y profesionales, de que no pueden juzgar bien sino las personas que poseen en cierta medida o tengan alguna experiencia práctica” (STUART MILL, J. S. *Consideraciones on representative government*. Apud PARADA, Ramón, y FUENTEJADA, Jesús. *Op. cit.*, p. 26)

¹³ *Op. cit.*, p. 62.

- f) la Comisión Fulton propuso la ruptura del sistema de clases y de separación entre generalistas y especialistas, y una adscripción del funcionario a áreas o ministerios concretos, así como una mayor responsabilidad de estos en la gestión de su personal;
- g) también sucedió la descentralización funcional con la creación de las *Executive Agencies* o *Quangos* que responden al modelo de las Administraciones independientes, que llevan ahora directamente el peso de los servicios y la gestión de su propio personal;
- h) Según Ramos Parada y Jesús Fuentejada, en la función pública inglesa de los días de hoy, “El reclutamiento se hace por concurso, abierto e imparcial y en función del mérito de los aspirantes y con la publicidad suficiente, bajo la vigilancia de una Comisión Nacional ante la cual pueden apelar los aspirantes no admitidos. Al aspirante admitido se le remite un nombramiento (*letter of appointment*) equivalente a un contrato de trabajo que precisará su empleo, remuneración, horarios, condiciones de ascenso, derecho a pensión. El nombramiento es definitivo tras un satisfactorio período de prueba de dos años, aunque en teoría puede ser revocado ad nutum en virtud de la prerrogativa constitucional de la Corona, prerrogativa ya más bien teórica, pues las revocaciones pueden ser apeladas al Civil Service Appeal Board, en el que participan representantes sindicales”¹⁴;
- i) Hay que destacar la existencia de la alta función pública inglesa (*Senior Civil Service*), que constituye una categoría directiva, con 3700 miembros, que es tratada como los altos ejecutivos de una gran organización privada. Estos altos funcionarios proceden de tres lugares: de la propia Administración, mediante promociones, de la iniciativa privada y de un programa que selecciona los mejores talentos salidos de las universidades
- j) para garantizar la neutralidad de los funcionarios británicos, como regla general, están prohibidos de presentarse en las elecciones (especialmente los más altos), y tienen el deber de lealtad a los miembros del gobierno, independientemente del partido que está en el poder. Sobre esta fidelidad, el Manual del Funcionario inglés establece que: “Vosotros no podéis ser miembros del Parlamento y al mismo tiempo permanecer como servidores desinteresados e imparciales de ese Parlamento. El miembro del Parlamento debe tener la libertad de decir lo que piensa del Gobierno y de criticar sus acciones, cuando y como él quiera. El funcionario no puede tener esa libertad. Según los mismos principios, un funcionario no debe jugar abiertamente un papel en las luchas políticas, incluso si no tiene intención de presentarse como candidato en las elecciones. Esto no significa que no debáis tener opiniones políticas, que no debáis votar en las elecciones, sino simplemente que debéis absteneros de hacer cualquier cosa que pudiera hacer dudar a la opinión pública de vuestra imparcialidad en el ejercicio de vuestras funciones”;

¹⁴ *Op. cit.*, p. 64.

- k) En 1995 el Comité Nolan realizó un análisis ético de la actuación administrativa, afirmando una serie de principios que deben regir el comportamiento de aquellos que desempeñan cargos públicos (desinterés y correlativa capacidad de asumir el interés público como objetivo, la integridad, la objetividad, la responsabilidad, la transparencia, la honestidad y la capacidad de liderazgo¹⁵).

1.3 Modelo alemán

Sin duda, la eficiencia por la que Alemania es conocida en todo el mundo en gran medida se debe a sus funcionarios públicos. Es que la eficiencia se obtiene, entre otros factores, con la continuidad administrativa.

Sobre esto, se puede destacar la opinión de Salvador Parrado Díez, que, desde sus inicios, “la función pública alemana se concibió como un factor de equilibrio del poder político, por lo que la continuidad de la Administración debía ser un contrapeso a la inestabilidad y el continuo cambio de la política. De ahí que la configuración de la función pública se haya caracterizado por la independencia y autonomía frente al resto de los elementos del sistema”¹⁶.

La función pública en Alemania pasó por varias fases, que van desde el militarismo del Estado prusiano, el liberalismo de la República de Weimar, la conversión de los funcionarios a hombres de partido del Nazismo.

Se debe resaltar que, en todas estas épocas, hay identidades y distinciones, pues “la historia de la Administración pública alemana está formada por una extraordinaria continuidad y por profundas transformaciones. No se trata de dos características necesariamente contrapuestas o excluyentes entre sí: la tradición y la novedad están, de hecho, fundidas y amalgamadas, a veces influenciándose recíprocamente”¹⁷.

En 1949, con la promulgación de La Ley Fundamental de Bonn, se exigió que el Derecho de la función pública fuera regulado “teniendo en cuenta los principios tradicionales de la función pública profesional¹⁸” y definió a los

¹⁵ **The Seven Principles of Public Life** (“Nolan principles”), redactados por el *Committee on Standards in Public Life* en su Primer Informe (1995) e incluidos en el Ministerial Code (extraídos de Fuentetaja, J., y Guillén, J., La regeneración de la Administración Pública en Gran Bretaña, Civitas, 1996, pp. 205-206)

¹⁶ DÍEZ, Salvador Parrado. **Sistemas administrativos comparados**, Tecnos, Madrid, 2002, p. 113.

¹⁷ POLI, Maria Daniela. **La Administración Pública en Alemania: principios, etapas evolutivas y sostenimiento del sistema frente a la crisis**, texto traducido del italiano por Susana Ruíz Tarrías, ReDCE núm. 20. Julio-Diciembre de 2013.

¹⁸ Sobre esta situación: “*Las fuerzas aliadas, de hecho, después de haber depuesto a las jerarquías nazis, fueron muy comprensivas en la “desnazificación” del personal administrativo, de tal modo que las élites del funcionariado (incluso aquellas que no podían considerarse “sin mancha” respecto al régimen) no fueron alteradas. Las razones de ello son fácilmente entendibles: tanto los aliados como la población alemana estaban interesados, por obvias razones, en disponer en poco tiempo de una administración pública en pleno funcionamiento, especialmente, a nivel municipal y de los «Länder». Los aliados y, sobre todo los americanos (sin duda apremiados por los emigrantes alemanes), intentaron, sin embargo, abolir y/o modificar algunos elementos y, en particular, el «das deutsche Berufsbeamtentum», que se conservaba debido a sus características (independencia, carácter vitalicio, privilegios, reclutamiento en base a la clase social y los méritos académicos así*

funcionarios como “los ligados a los entes públicos por una relación de servicio y fidelidad de carácter público”.

La Constitución también pasó a admitir la posibilidad de otro personal vinculado a la Administración por una relación de Derecho privado o laboral, si bien con reserva a los funcionarios propiamente dichos del ejercicio de aquellas funciones que implicasen “el ejercicio de prerrogativas de poder público a título de función permanente” (art.33).

Como la definición de lo que son “prerrogativas de poder público” es algo subjetivo, fluido y que comporta muchas interpretaciones, esto creó espacio para el surgimiento de distintos regímenes entre la Administración y sus empleados, mediante el reparto las tareas entre los funcionarios y otros agentes públicos sujetos al Derecho laboral.

Según los estudios, los funcionarios (Beamte) suponen 32% y los empleados (Angestellte) y los trabajadores manuales (Arbeiter) el 68%. Mientras los funcionarios adoptan el sistema de carrera definidos en el estatuto, los demás están sujetos al régimen del empleo público¹⁹.

La doctrina apunta que esta división generó, en el primero momento, tensiones entre el personal de la función pública y el laboral, pues cada uno de los regímenes ofrecía ventajas que el otro quería tener.

Sin embargo, en los últimos años, “cada colectivo reivindica e incorpora a su régimen jurídico las ventajas del otro, se ha gestado una nueva unidad, un nuevo Derecho de la función pública, a mitad de camino entre las reglas tradicionales propias del funcionariado alemán y de las del Derecho del trabajo”.

Sobre la función pública alemana, se puede destacar:

- a) Además de la presencia de la legislación federal, hay las leyes de los länder (estados federados);
- b) La función pública se divide en cuatro niveles (directivo, ejecutivo, administrativo y auxiliar) relacionados con los niveles educativos exigidos para el acceso. El órgano que va a acoger el funcionario es que decide cuales son los requisitos y los criterios de evaluación;
- c) El principio general es que la selección se hace en función del mérito de los aspirantes sobre una base documental. Los concursos están reservados para los cargos superiores. Se puede afirmar que “la entrevista es el procedimiento más empleado en la selección, a veces por una comisión,

como sobre la base del concurso y de la posterior productividad, el ejercicio de actividad política), y se consideraba corresponsable del naufragio de la República de Weimar y, en parte, comprometido con el nazismo, además de ser valorado como un factor de riesgo para los comienzos de una democracia. No solo no lo consiguieron, sino que la Ley Fundamental en el art. 33 GG, además de establecer una garantía de instituto respecto del empleo público, dispone expresamente que los «hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums» (los principios tradicionales de la categoría de los funcionarios públicos), que –entre paréntesis- se remontan al «Allgemeines Preussisches Landesrecht» de 1794, deberían ser tenidos en la debida consideración.” (POLI, Maria Daniela. Op. cit.)

¹⁹ A pesar de las distinciones, “la diferencia de estatus entre los tres grupos (funcionarios, empleados y trabajadores) no es importante, porque la legislación ha consolidado el contrato permanente para los que hayan estado en 15 años en el puesto” (DIEZ, Salvador Parrado. Op. cit., p. 114).

otras por el responsable de personal y del director general (...) Probablemente extrañe que no exista oposición en cultura tan legalista. Esta se celebra antes, como corolario de los estudios universitarios. Los juristas se someten a dos exámenes estatales (Staatexam), cuya superación los cualifica para desempeñar un empleo público entre otros empleos. Por tanto, una vez superado este segundo examen, solo se trata de ver quién es el mejor candidatos para el puesto vacante”²⁰

- d) Después de ser admitidos, los funcionarios pasan por un período de formación teórica y práctica de dos años, denominada de servicios preparatorios y, en fin, un examen de estado muy selectivo, para acceder a la categoría de consultor;
- e) A la formación continua de los funcionarios se atiende después por diversas escuelas de funcionarios de acceso limitado (Academia Federal de la Administración Pública, Academia Federal de Finanzas y la Escuela Superior de Sëller);
- f) A pesar de la autonomía de los estados federales (Länder), la ley federal impone remuneraciones comunes para el sueldo base de todas las categorías, sean de la Federación, de Municipios o los Länder y, asimismo, comprende a los magistrados y los militares. Al sueldo base se suman los complementos en razón de las específicas funciones desempeñadas;
- g) Las remuneraciones son objeto de negociación colectiva con los representantes sindicales;
- h) Según Salvador Parrado Díez, “el Estado de Derecho (Rechtstaat) y la cultura burocrático-legalista demandan especialmente juristas”²¹

1.4 Modelo italiano

En Italia, la función pública ha pasado por transformaciones bastante significativas en los últimos tiempos. Entre los citados cambios, no hay duda de que el principal fue la laboralización del empleo público.

En este sentido, la transformación del sistema de empleo público italiano que “llega a nuestros días, comienza en los 90 (...) responde a la tendencia ya iniciada de reforma de las Administraciones Públicas en el seno de las democracias occidentales, se caracteriza por una evidente dirección flexibilizadora y privatizadora de las relaciones jurídicas del personal al servicio de la Administración”²².

Sobre las características de este proceso de laboralización, se puede resaltar:

- a) En la reforma de 1983, se introdujo una separación entre las materias reservadas a la regulación unilateral (por la ley y regulaciones administrativas) y las materias sujetas a la regulación mediante negociación colectiva;

²⁰ DÍEZ, Salvador Parrado. *Op. cit.*, p. 115.

²¹ DÍEZ, Salvador Parrado. *Op. cit.*, p. 114.

²² ILDEFONSO HUERTAS. Rosa María. **Tres modelos comparados de función pública y sus procesos de selección.** Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2004, p. 44.

- b) Sin embargo, en 1993 se estableció la regla general de que cualquier materia puede ser incluida en los acuerdos colectivos (como régimen retributivo, horarios de trabajo, formación y perfeccionamiento del personal y garantías de los empleados públicos);
- c) A pesar de la previsión de la citada regla general, todavía hay algunas materias previstas en la Constitución Italiana que deben ser disciplinadas por ley, como es el caso de la selección de los funcionarios, responsabilidad disciplinaria, incompatibilidades, hipótesis de acumulación de cargos²³;
- d) Según Ramón Parada y Jesús Fuentejada: “A partir de este importante paso, la laboralización ha culminado con la aplicación lisa y llana del Derecho laboral a la práctica totalidad de los funcionarios, remitiéndose en consecuencia a la jurisdicción laboral el conocimiento de los conflictos que suscite la aplicación de aquel”²⁴;
- e) Solo exceptúan de la laboralización al funcionariado superior, magistrados y asimilados, abogados y procuradores del Estado, personal militar y fuerzas de Policía, diplomáticos y carrera prefectoral;
- f) A todos los demás empleados públicos se les aplican ahora las disposiciones del Código Civil sobre el arrendamiento de servicios y las normas sobre relaciones de trabajo subordinado en la empresa;
- g) Como en otros países, también se creó en Italia un cuerpo de dirigentes, que firman contratos de trabajo que establecen la duración (entre 2 y 7 años), los objetivos, la retribución). Estos contratos pueden ser revocados cuando se incumplan las directivas o cuando se obtengan resultados negativos como consecuencia de la gestión. En estos casos de revocación, las consecuencias van desde el descenso de función hasta la expulsión de la nómina de dirigentes;
- h) La experiencia italiana de negociación colectiva ha recibido muchas críticas, especialmente porque ha generado concesiones a los sindicatos que no siempre tienen en cuenta el interés público;
- i) En 2009, hubo la importación de nuevas técnicas de gestión para evaluar el rendimiento de los empleados públicos. Las citadas técnicas intentan evaluar tanto la productividad (cantidad de trabajo realizado en un determinado período de tiempo) como a la correspondencia entre los resultados obtenidos y los objetivos programados.

²³ Según la Constitución Italiana: “Art. 97 *Los cargos públicos se organizarán según los preceptos de la ley, de tal modo que se garanticen su buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración. En la disposición de los cargos se especificará su ámbito de competencia, las atribuciones y las responsabilidades propias de los funcionarios. Se entrará en los empleos de la Administración Pública mediante oposición salvo los casos que la ley establezca*” y “Art. 98 *Los empleados públicos estarán al servicio exclusivo de la Nación. Si son miembros del Parlamento, no podrán obtener ascenso alguno, a no ser por antigüedad. Se podrán establecer por ley limitaciones al derecho de inscribirse en los partidos políticos para los magistrados, los militares de carrera en activo, los funcionarios y agentes de policía y los representantes diplomáticos y consulares en el exterior*”.

²⁴ PARADA, Ramón, y FUENTEJADA, Jesús. *Op. cit.*, p. 71.

1.5 Modelo español

Aunque sea muy influenciada por el modelo francés y necesite aún muchos avances²⁵, la función pública española también ofrece diversas contribuciones al estudio del tema.

En este contexto, uno de los aspectos más relevantes que hay que subrayar es que el acceso meritatorio a la función pública está previsto en la Constitución española. El artículo 23, segunda parte, establece que los ciudadanos “tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”²⁶.

Sobre el acceso a la función pública²⁷, en España, hay una circunstancia que se conviene subrayar: la gran competitividad en las oposiciones y concursos:

para muchos, trabajar en la administración pública es como encontrar “El Dorado”. Hay personas muy capacitadas que están años y años estudiando y formándose para alcanzar el puesto de funcionario. Lo logran opositando – es decir, compitiendo a través de exámenes – con miles de personas como ellos. En estos casos, los que consiguen “el sueño”, ya sea a la primera o la segunda, encuentran su propósito de vida: disponen de un trabajo para siempre, un buen sueldo, una buena posición y un despacho donde pasar las jornadas laborales, normalmente de 8 a 3, excluyendo sábados y domingos. En muchas ocasiones, los estudios y la formación cursada por estos nuevos funcionarios no estaban enfocados inicialmente para formar parte de la administración pública – han estudiado para ser abogados, gestores, licenciados en químicas o biología, periodistas...- pero los condicionantes del puesto y la situación actual del mercado de trabajo provocan e inducen a estas personas a estudiar, y mucho, para poder conseguir una plaza pública²⁸.

²⁵ Sobre esto: “Respecto al empleo público en general, sin perjuicio del reconocimiento a la profesionalidad, dedicación, vocación de servicio y comportamiento ético de la inmensa mayoría de los agentes públicos españoles, cabe reconocer que sigue ofreciendo rasgos propios de un sistema burocrático clásico” (CRESCO GONZÁLEZ, Jorge. **La función pública ante un escenario de gobernanza multinivel: crisis y reinención**. In Crisis y reinención de la función pública en un escenario de gobernanza multinivel (Director Jorge Crespo González), Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, Madrid, 2015, p. 57.

²⁶ Según la doctrina española, el derecho previsto en el art. 23.2 CE concreta el principio general de igualdad en el ámbito de la función pública. (XAVIER FERREIRA FERNANDES, A. **La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado**. Madrid: Ministerio de las Administraciones Públicas, INAP, 2002. p. 56)

²⁷ No solo la Constitución española dispone sobre el acceso a la función pública. Como otros ejemplos, la Constitución italiana de 1947 establece: “Art. 97 (...) a los puestos de la Administración Pública se accede mediante concurso, salvo las excepciones establecidas por ley.”; la Constitución de 1949 de la República Federativa Alemana prevé en el art. 3 que: “...todos los alemanes tienen igual derecho de acceso a la función pública, según sus calificaciones, capacidades y aptitudes especiales...”; la Constitución brasileña de 1988 establece en el art. 37 -I que: “las funciones, empleos y cargos públicos son accesibles a los brasileños que reúnan los requisitos establecidos en la ley, así como a los extranjeros, según la ley.”; y el art. 37-II: “el nombramiento para los cargos y empleos públicos depende de la aprobación previa en concurso de pruebas o de pruebas y méritos, según la naturaleza y la complejidad del cargo o empleo, de acuerdo con el dispuesto en la ley, exceptuadas las hipótesis de libre nombramiento”.

²⁸ MARTÍNEZ VERGEL, Joan. **De 8 a 3, anécdotas de funcionarios**. Barcelona: Styria, 2008. p. 9.

Evidentemente, lo que la Constitución española busca es garantizar el acceso a la función pública a través de un procedimiento de selección conducido con objetividad (para respetar la igualdad) y que busque, consecuentemente, la admisión de futuros funcionarios públicos que dispongan de las condiciones técnicas y morales adecuadas para actuar con imparcialidad y para generar eficacia²⁹.

Se puede resumir el acceso igualitario y meritario en la función española en la siguiente forma: si todos los españoles son iguales ante la Ley (art. 14 CE), y si es imprescindible que las decisiones administrativas sean conducidas por criterios objetivos e imparciales (art. 103.1 CE) y que las preferencias personales de los gestores públicos no puedan caracterizar la acción de la Administración, es esencial que haya la exigencia general de que los Poderes Públicos, cuando tengan que seleccionar funcionarios públicos, conduzcan a un procedimiento administrativo que sea, simultáneamente, de carácter abierto al público, para garantizar la participación de los ciudadanos en condiciones de igualdad, pero caracterizado por el rigorismo, para que solamente sean aprobados aquellos postulantes que indudablemente ostenten efectivas condiciones técnicas de desempeñar con eficacia las actividades de su función³⁰.

El acceso a la función pública a través del mérito y la capacidad presenta distintas ventajas, siendo la sociedad su principal beneficiaria, ya que pasará a contar con funcionarios calificados para servirla. Las consecuencias directas de la selección meritatoria son muchas, lo que se puede percibir a continuación:

- a) la valorización de la función pública, ya que los seleccionados, después de un duro procedimiento de selección, pasarán a contar con la admiración social;
- b) la estima que el aspirante seleccionado tendrá por su actividad, que suele ser el resultado de muchos años de dedicación y esfuerzo;
- c) la posibilidad más amplia de selección de aspirantes aptos, lo que puede ser relativo, si el procedimiento selectivo no observa determinadas condiciones;
- d) el mayor estímulo a la participación ciudadana, una vez que aquel que tenga interés de influenciar en los destinos de la sociedad puede hacerlo en la condición de funcionario público;
- e) el respecto a la igualdad de oportunidades para todos, puesto que el principio general es el de la amplia accesibilidad a la función pública;
- f) la mayor independencia del funcionario debido a su no vinculación con la clase política; y
- g) la mayor resistencia a las tentaciones de la corrupción, debido a muchos de los factores antes ³¹mencionados.

Aunque se pueda afirmar que España ha consolidado un sistema de acceso igualitario a la función pública, no se puede negar que todavía hay muchos

²⁹ LINS DE LESSA CARVALHO, Fábio. **Acceso igualitario a la función pública: consideraciones sobre el modelo español de selección de los funcionarios**. Curitiba: Juruá, 2ª edición, 2016, p.101.

³⁰ LINS DE LESSA CARVALHO, Fábio. *Op. cit.*, p. 96.

³¹ LINS DE LESSA CARVALHO, Fábio. *Op. cit.*, p. 109.

problemas³², como los cargos de libre designación, especialmente porque hay muchos cargos de la citada naturaleza. Sin embargo, hay la previsión en la ley de que estos puestos de trabajo, “por su especial responsabilidad y confianza puedan cubrirse por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública” (artículo 80.2, del Estatuto Básico del Empleado Público de 2017).

Los sistemas selectivos de acceso al empleo público son la oposición (pruebas), concurso-oposición (pruebas y valoración de mérito), y, con carácter excepcional, el concurso (solo la valoración de méritos).

Otra característica de la función pública española es la garantía de permanencia de los funcionarios, que genera, por un lado, la continuidad y objetividad administrativas, y del otro, la independencia del funcionario en el ejercicio del cargo:

si la Administración pública actúa de acuerdo con el principio de eficacia, con sometimiento pleno a la ley y el Derecho y sirviendo con objetividad los intereses generales, resultaría que a la función pública y a los funcionarios públicos corresponden como notas la objetividad, la eficacia y el conocimiento del ordenamiento jurídico. Las notas anteriores conducen a otra nota que es la de la permanencia³³.

Según el artículo 63 del Estatuto Básico del Empleado Público (2017), la pérdida de la condición de funcionario de carrera puede tener como causa “la sanción disciplinaria de separación del servicio que tuviere carácter firme”, lo que supone que, si el funcionario no comete una falta disciplinaria muy grave, continuará ejerciendo su cargo, si así lo desea.

Sin embargo, el Estatuto también impone que “la continuidad en un puesto de trabajo obtenido por concurso quedará vinculada a la evaluación del desempeño de acuerdo con los sistemas de evaluación que cada Administración Pública determine, dándose audiencia al interesado, y por la correspondiente resolución motivada” (artículo 20.4).

Sobre las clases de personal, el Estatuto establece que “son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales”, y ellos se clasifican en: “a) Funcionarios de carrera; b) Funcionarios interinos³⁴; c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal; y d) Personal eventual. (artículo 8.1)

³² Ricardo Rivero Ortega señala que: “*los principios de mérito y capacidad valen para poco cuando por distintas vías, desde la sentencia judicial hasta la reorganización administrativa, se estabiliza empleo público precario o se incorporan personas sin concurso ni oposición. Demasiadas excepciones a la regla general*” (RIVERO ORTEGA, Ricardo. **La necesaria innovación en las instituciones administrativas. Organización, procedimiento, función pública, contratos administrativos y regulación**. Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, Madrid, 2012, p. 88).

³³ MOREY JUAN, Andrey. **La función pública: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación**. Madrid: INAP, 2004. p. 45.

³⁴ Sobre estos funcionarios: “*Bien conocido, recurrente y generalizado es el problema del abuso de las interinidades en prácticamente todos los niveles administrativos, así como sus consecuencias, hoy tan evidentes como fácilmente previsibles*” (RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Op. cit.*, p. 88).

También hay que destacar la figura del personal directivo, “que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración” (artículo 13.1 del Estatuto).

Sobre el personal directivo, Ricardo Rivero Ortega llama la atención de todos, denunciando que:

Contra una corriente predominante entre los expertos, no creo que el empleo público español deba evolucionar hacia el mayor reconocimiento o la consolidación de una función pública directiva, que por cierto no significa, a mi modo de ver, nada realmente nuevo. Los riesgos de convertir la función directiva en la coartada perfecta para hipertrofiar el sistema de confianza política, con todos sus excesos, son claros. Ningún poder político resiste fácilmente la tentación de situar en los puestos superiores de la Administración a las personas más próximas, ideológica o familiarmente. La función pública directiva podría incrementar estos peligros de patronazgo y ocupación³⁵.

Además, como advierte Alejandro Nieto, la corrupción ama las alturas y se encuentra más presente (o al menos, produce más daño) en los altos niveles de la clase política. Sobre a la corrupción, “hoy en España los niveles modestos se encuentra aceptablemente limpios; pero conforme se sube en la escala administrativa se va enrareciendo el ambiente y al llegar a los niveles políticos todo está corrompido: o por comisión o por complicidad o por encubrimiento”³⁶.

Como resumen de los problemas de la función pública española, se señala en la memoria final del grupo de investigación para el estudio del empleo público del INAP de 2009-2011 que:

a pesar de realizarse no pocas apuestas “modernizadoras” y diferentes ensayos de “reforma” del empleo público en nuestro país (cuyo paradigma hasta ahora inacabado en su desarrollo ha sido el Estatuto Básico del Empleado Público), el empleo público en España sigue ofreciendo muchos rasgos propios de un sistema burocrático de factura clásica. Es decir, con muy escasa cultura de gestión de resultados; baja productividad; bolsas de ineficiencia; una deficiente inversión en temas organizativos; una carencia prácticamente absoluta de una dirección pública profesional; una escasa o nula penetración de la cultura de la evaluación del desempeño; unos sistemas de encuadramiento de los funcionarios públicos de factura decimonónica; sistemas de selección de trazado muy tradicional y con contenidos escasamente predictivos; unos deficientes sistemas de carrera profesional anclados en premisas alejadas de las propias competencias de los empleados públicos; y, en fin, un sistema retributivo injusto que retribuye igual por el desempeño de tareas diferentes³⁷.

Sobre este último punto señalado por el INAP, cabe subrayar que el Estatuto Básico dispone que las leyes que establezcan la remuneración de los funcionarios

³⁵ RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Op. cit.*, p. 89.

³⁶ NIETO, Alejandro. **Corrupción en la España democrática**, Ariel, Barcelona, 1997, p. 136.

³⁷ Apud CRESPO GONZÁLEZ, Jorge. *Op. cit.*, p. 57.

público lleve en cuenta, de entre otros factores, “el grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos” (artículo 24).

Sobre la estructura orgánica del empleo público, se puede decir que hay empleados públicos de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Entidades Locales y de las Universidades.

Corresponde al Estado la definición del estatuto base de los funcionarios públicos españoles, tratándose de temas como la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, situaciones administrativas, derechos y obligaciones, incompatibilidades, entre otros.

Otra relevante aportación del derecho español sobre función pública es la previsión de la Oferta de Empleo Público, que se aprobará anualmente por los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas y que tiene como objetivo servir de instrumento de planificación de los recursos humanos.

Según el Estatuto Básico del Empleado Público (2017), “las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos” (artículo 70.1).

2 MODELOS NO EUROPEOS

Entre los modelos de función pública no europeos, dos de los más representativos son el estadounidense y el brasileño. Aunque también sean en alguna medida sometidos a la influencia de los modelos europeos, los mencionados ordenamientos también ofrecen distintas soluciones a los problemas respecto a la función pública, como el acceso, los regímenes jurídicos y los derechos de los empleados.

2.1 Modelo estadounidense

El derecho da la función pública en los Estados Unidos de América ofrece matices muy distintos de las de Europa Continental. En realidad, como afirma Ramón Parada, la función pública estadounidense “ofrece escasas diferencias de régimen y de espíritu con el que es propio de las empresas privadas occidentales”³⁸

Mientras los modelos europeos suelen valorar el funcionariado permanente, los norteamericanos siempre han adoptado la ideología de que los partidos que ganan las elecciones deben ser recompensados con cargos (spoils system o sistema de botín).

En los Estados Unidos, hay una creencia que sostiene que es muy fácil desempeñar las tareas públicas. En este sentido, el Presidente Jackson dijo la famosa

³⁸ PARADA, Ramón, y FUENTEJADA, Jesús. *Op. cit.*, p. 71.

frase: “Los trabajos confiados a los agentes del Estado – al menos tal como están concebidas – son tan fáciles que todo hombre inteligente puede adaptarse a ellos sin demora”³⁹. Por esta razón, la sustitución de los empleados públicos nombrados por un Gobierno por los del otro siempre pareció algo muy normal y legítimo, ya sea por razones políticas o incluso técnicas.

Sin embargo, los cambios intensos en la titularidad de los cargos públicos generaron graves crisis en los servicios del Estado y otros problemas, como la existencia de organizaciones sin memoria institucional.

Según Mosher y Kingsley, los fines del gobierno se mezclaban a los fines del partido y se convertían en beneficios personales para el liderazgo político. En la época, Servicio Público significaba lo mismo que servicio al partido. Con cada cambio en el control de la máquina partidista, se cambiaba también todos los ocupantes de cargos públicos⁴⁰.

Solo después de muchas críticas, fue creada en 1883 la *Civil Service Comission*⁴¹, un organismo que fue encargado de eliminar (o reducir) el favoritismo político en el acceso a la función pública⁴².

A pesar de la creación del citado organismo, siguen existiendo nombramientos discrecionales para diversas situaciones, especialmente las relacionadas con las órdenes ejecutivas presidenciales.

A título de resumen, se puede destacar algunas de estas características de la función pública en los Estados Unidos:

- a) Los aspirantes no ingresan en carreras jerarquizadas, sino en puestos de trabajo;
- b) Según Rosa María Ildefonso Huertas, “su régimen jurídico se determina por una serie de leyes sobre el empleo público que se han ido dictando a

³⁹ En el Mensaje inaugural del Presidente de Jackson al Congreso de los Estados Unidos en 1829, la desconfianza hacia los servidores públicos era algo visible: “*Hay, quizá, pocos hombres que puedan por un largo periodo de tiempo disfrutar de sus cargos y de su poder sin caer de alguna manera bajo la influencia de los sentimientos desfavorables para el fiel desempeño de sus funciones públicas (...)* (Estos empleados) son propensos a adquirir el hábito de mirar con indiferencia a los intereses públicos y de tolerar conductas que cualquier persona rechazaría. Los empleos públicos son considerados como una especie de propiedad y el Gobierno más bien como un medio de promoción de los intereses individuales antes que un instrumento creado exclusivamente para el servicio de la gente. (...) Someto, por tanto, a su consideración si la eficiencia del Gobierno no sería promovida y la gestión e integridad pública mejor garantizadas por una ampliación generalizada de la ley que limita los nombramientos a cuatro años”

⁴⁰ MOSHER, William, KINGSLEY, J. Donald. **Public personnel administration**. New York: Harper & Brothers, 1941, p. 19.

⁴¹ Respecto a esta ley, “*esta legislação reorganizou o funcionalismo federal, instaurando um regime de recrutamento, promoção e carreira com base no mérito que pudesse concorrer para consolidar uma administração pública menos politizada e mais comprometida com a continuidade dos programas e ações do Governo*” (RODRIGUES, Ricardo José Pereira. **Regime jurídico do servidor públicos nos Estados Unidos**. Consultoria Legislativa, Brasília, 1995, p. 3).

⁴² Sobre esto: “*Con la Pendleton Act de 1883 se crea el sistema de función pública, erradicando así la práctica generalizada de las cesantías (spoils system) por el que los ganadores de las elecciones se quedaban con el botín y se repartían todos los puestos de la Administración. A partir de entonces, las cesantías solo se producirán en puestos determinados de la cúpula administrativa*” (DÍEZ, Salvador Parrado. *Op. cit.*, p. 201).

- lo largo de sucesivas décadas, pero que no han sido articuladas o compiladas en un código o texto único. Ahora bien, esto no quiere decir que el volumen de regulaciones sea escaso, muy al contrario, el servicio civil americano es uno de los más normatizados en el mundo”⁴³;
- c) La configuración actual de la función pública se debe a la reforma de 1978 por la que se forman tres categorías de empleados: los cargos de designación política⁴⁴, los funcionarios directivos y los funcionarios base;
 - d) Los puestos de trabajo se clasifican mediante una descripción y valoración (*job description*) de las tareas a desarrollar;
 - e) Los puestos de trabajo tienen 18 niveles, según la complejidad, responsabilidad y jerarquía;
 - f) Los funcionarios son seleccionados con base el principio de mérito. En realidad, las pruebas de concurso para admisión al Servicio Público básicamente habilitan el candidato a tener su nombre inscrito en un registro de candidatos habilitados;
 - g) En una misma organización, pueden coexistir funcionarios seleccionados por mérito y otros de origen político;
 - h) En general, los funcionarios tienen una baja formación profesional, si comparados con los europeos. Además, “la función pública estadounidense está caracterizada por la proliferación de especialistas y no de generalistas, así como las transferencias constantes entre el sector privado y el público”⁴⁵;
 - i) Solo en los últimos años comienza una preocupación con la selección y con la formación de los funcionarios. En este sentido, hay que destacar la relevancia del *Civil Service Reform Act* de 1978⁴⁶;
 - j) Hoy en día, ya hay un cambio de rumbo hacia un sistema corporativo de función pública, especialmente con la creación de cuerpos de funcionarios directivos que puedan garantizar la continuidad, la eficacia y la neutralidad de la Administración;

⁴³ ILDEFONSO HUERTAS, Rosa María. *Op. cit.*, p. 139.

⁴⁴ Sobre esto: “La mayoría de los puestos de designación política son ocupados por expertos del sector privado, por lo que acceden a la Administración sin haber formado parte de la función pública anteriormente” (DÍEZ, Salvador Parrado. *Op. cit.*, p. 203).

⁴⁵ DÍEZ, Salvador Parrado. *Op. cit.*, p. 202.

⁴⁶ Los principales avances de la ley fueron: “Abolición de la Comisión de Servicio Civil y creación de la Oficina de Administración de Personal (*Office of Personnel Management*), del Consejo de Protección del Sistema de Mérito (*Merit Systems Protection Board*) y de la Autoridad Federal de Relaciones Laborales (*Federal Labour Relations Authority*); dispositivos para protección de delatores (*whistleblowers*); creación de un sistema de evaluación de desempeño para aumentar la productividad y establecer un vínculo entre rendimiento y pago para los gerentes federales; creación de un sistema de pago por mérito para gerentes intermedarios, con la finalidad de premiar alto desempeño con bonos financieros; creación del Servicio de Ejecutivo Senior (*Senior Executive Service*). Este componente de la Reforma tenía por objetivo crear una élite de gerentes generalistas de alto nivel (gestores gubernamentales), imitando el sistema británico de alto servicio. Estos gestores podrían participar activamente en el proceso de formulación de políticas. El diez por ciento de esos cargos se reservaba a indicaciones políticas” (INGRAHAM, Patricia. *The reform game*. in: INGRAHAM, Patricia, ROSEBLOOM, David. (eds). **The promise and paradox of civil service reform**. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1992, p. viii).

- k) Sea en la Administración Federal o en las agencias, hay funcionarios del Servicio Ejecutivo Superior que están sometidos a una especial selección y que disponen de las mayores garantías;
- l) El derecho al mantenimiento en el empleo, de hecho, existe, pero su uso es flexible, permitiendo al Gobierno dispensar funcionarios tanto por razones disciplinarias como por razones no disciplinarias, como recortes presupuestarios y reestructuración de agencias o servicios;
- m) Se considera un funcionario “permanente” (la palabra estable ni siquiera existe en el texto de la ley) cuando el mismo cumple con éxito su período de prueba de un año. Si, a pesar de haber el funcionario pasado en las pruebas, se constata que no tiene condiciones para ejercer el cargo, puede ser fácilmente exonerado. La administración decidirá si efectiva o no el funcionario con base en una evaluación, por escrito y ampliamente justificada, sometida al superior inmediato del servidor. Incluso después de considerado “permanente”, el funcionario no goza de una garantía contra despidos, sobre todo si su rendimiento se considera débil para los estándares del sistema;
- n) El resultado de las evaluaciones de rendimiento constituye la base de la decisión sobre la concesión de premios y otros estímulos al buen desempeño. El Programa de Premios de Incentivo del Gobierno Federal (incentive awards) fue ampliamente ampliado con la ley de reforma del Servicio Público de 1978, pasando a incluir premios en efectivo⁴⁷;
- o) La ley de los funcionarios públicos federales alcanza a los departamentos, agencias y divisiones de los tres poderes, pero no alcanza la administración de personal de Estados y Municipios. Estos, en general, han promulgado legislación similar a la Civil Service Act y demás leyes que regulan el Servicio Público de la Unión.

Aunque se reconozca que el modelo estadounidense de función pública superó el modelo del *spoils system*, hay que subrayar que todavía hay muchos problemas. Para Osborne y Gaebler, el sistema americano “se convirtió en una camisa de fuerza en una era de funcionarios instruidos y preparados”⁴⁸.

Para los citados autores, con respecto a la contratación, por ejemplo, las críticas residen en el hecho de que los administradores se vean obligados a seleccionar empleados desde una lista de candidatos que se sometieron al concurso del servicio público. “Generalmente, tienen que quedarse con aquellos de más alta puntuación en la prueba – poco importando si tal persona está motivada para el trabajo o si sus habilidades serían mejor aprovechadas en otro sector”⁴⁹.

⁴⁷ Según James Perry, los dispositivos que establecen premios en efectivo del *Civil Service Reform Act* constituyeron la innovación más radical en la historia de las prácticas de personal del Gobierno de los Estados Unidos. “Estos dispositivos representaron una ruptura con la larga tradición de aumentos salariales automáticos basados solo en el tiempo de servicio” (PERRY, James L. **The merit pay reforms**. In: INGRAHAM, Patricia W., ROSENBLUM, David H. Ibid, p. 199).

⁴⁸ OSBORNE, David, GAEBLER, Ted. Reinventando o governo; como o espírito empreendedor está transformando o setor público. Brasília: MH Comunicação, 1994, p. 134.

⁴⁹ Ibidem.

En cuanto a la dimisión, Osborne y Gaebler critican las dificultades de efectuar dispensas. Según ellos, “un servidor público federal no puede ser despedido hasta que un gerente haya gastado meses (si no años) en el levantamiento cuidadoso de sus incapacidades y rendimiento indeseable. Y solo es realmente despedido después de que tres recursos hayan sido rechazados”⁵⁰.

2.2 Modelo brasileño

En Brasil, como en general, en los demás países latinoamericanos, subsisten factores históricos y culturales que dificultan la efectividad de valores como la igualdad, el mérito y la eficiencia administrativa.

La manutención de determinadas prácticas patrimonialistas es una realidad innegable⁵¹, que, aunque esté presente en todos los países del mundo, suele ser más grave en los países no desarrollados. En verdad, lo que puede diferenciar los países en su grado de inquietud respecto a los mencionados problemas y la eficacia de las medidas utilizadas para combatirlos:

*Es preciso reconocer que el clientelismo no es una patología de la acción política cuyo espacio de acción se reduzca a Latinoamérica. El clientelismo existe en todas las democracias. Lo que diferencia cierto tipo de clientelismo débil y difuso de un clientelismo patrimonialista y sistémico es, precisamente, la presencia de un servicio civil de carrera fuertemente asentado como institución del régimen. (...) La existencia de un servicio civil de carrera y una Administración profesionalizada y con sistemas de controles internos y externos desarrollados es una de las barreras más importantes contra la corrupción*⁵²

Así, aunque todavía existan elementos patrimonialistas en la Administración Pública brasileña, también se puede afirmar que, en el contexto latinoamericano, “Brasil es el mejor ejemplo de una Administración burocrática consolidada, con rasgos muy avanzados del modelo ideal de servicio civil profesional, que desde ese trampolín se lanza de la implantación de rasgos postburocráticos en su gestión de recursos humanos. Por lo analizado, el modelo brasileño tiene, además, una alta capacidad de automejora”⁵³.

Otro rasgo relevante de la función pública brasileña es la gran cantidad de normas constitucionales sobre los funcionarios públicos. En este sentido, la Constitución de 1988 tiene normas sobre el acceso por concurso público a los

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ En este sentido: “*Não se pode dizer, assim, que o ciclo patrimonialista da Administração Pública tenha sido superado com uma revolução democrática instantânea. Persistem formas autoritárias e privilégios institucionalizados e, além disso, é freqüente ainda hoje o direcionamento da administração, ostensiva ou disfarçadamente, para atender a interesses pessoais, privados (ex.: eleitores), como se o administrador dele (patrimônio) proprietário fora, o que transparece em grande medida no provimento de cargos públicos*” (BATISTA GOMES MOREIRA, João. **Princípios constitucionais da legalidade e da eficiência nos concursos públicos**, en Concurso público e Constituição, Fabrício Motta (Cordinador), Editora Fórum, Belo Horizonte, 2005, p. 124).

⁵² VILLORIA MENDIETA, Manuel. **El servicio civil de carrera en Latinoamérica: diagnóstico, causas y propuestas**. Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, Madrid, 2007, p. 110.

⁵³ VILLORIA MENDIETA, Manuel. *Op. cit.*, p. 40.

puestos de trabajo en la Administración Pública, sobre la remuneración, como la que impone un techo para los sueldos y sobre la prohibición de acumulación de cargos y empleos públicos.

Como resumen, se puede destacar las siguientes características de la función pública brasileña:

- a) Así como en el modelo francés, hay la garantía de la permanencia de los servidores públicos estatutarios en el cargo público (después de tres años) y expedientes disciplinarios rígidos para determinar faltas y eventual expulsión;
- b) el reconocimiento de dos regímenes jurídicos para los agentes públicos⁵⁴: el estatutario, para los servidores públicos (que, en general, están en las Administraciones de la Unión, Estados y Municipios), que solo puede modificarse por decisión unilateral de la Administración (a través de la ley, del Derecho Administrativo), y laboral, para los empleados públicos, cuyas relaciones con la Administración son de naturaleza contactual, estando sometidos al Derecho del Trabajo;
- c) Todos los puestos de trabajo (cargos y empleos públicos) son provistos por concurso público⁵⁵, de pruebas o de pruebas y mérito. La única excepción a la regla que impone el concurso público es la posibilidad de nombramiento de los cargos de libre designación, para funciones de dirección, jefía y asesoramiento. Desgraciadamente, hay un gran abuso en el uso de este expediente;
- d) Millones de personas están preparándose para realizar los concursos públicos. La búsqueda por el empleo público es tan intensa en Brasil que, en este país, hay más facultades de Derecho que en la suma de todos los demás países del mundo;
- e) Los salarios de los funcionarios públicos brasileños reflejan los grandes desequilibrios de este país, pues en cuanto una gran parte recibe salarios bajos (como los profesores y policías), los altos cargos, especialmente del área jurídica, tienen salarios muy elevados;
- f) En los últimos años, así como en otras partes del mundo, hay un proceso de precarización de los empleados públicos en Brasil, especialmente con la adopción de la figura de la tercerización;
- g) La Unión, el Distrito Federal, los 26 Estados y los más de 5 mil Municipios brasileños tienen competencia legislativa sobre función

⁵⁴ Hay que destacar que “*o regime jurídico formulado para o servidor público revela e traduz o modelo de Estado adotado, sua ideologia e suas opções, inclusive sociais*” (ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**, Editora Saraiva, São Paulo, 1999, p. 80).

⁵⁵ Se puede destacar que: “*Se é verdade que ainda assistimos a um quadro estatal cujas estruturas ostentam índices alarmantes de corrupção, vaidade e desmandos, no mais das vezes imputados à cúpula dos Poderes da República, decorrente de um passado histórico marcado por diversos desvios e opções políticas equivocadas, cuja feição remonta a uma estrutura colonial subserviente e patrimonialista, também é certo que presenciamos um movimento paulatino, impessoal e moralizador de novos atores sociais, os quais têm orgulho de ostentar o status de agente público, provenientes, marcadamente, da classe média e das camadas mais pobres da população brasileira, recrutados democraticamente graças ao concurso público*” (BARBOSA MAIA, Márcio, y PINHEIRO DE QUEIROZ, Ronaldo. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**, Editora Saraiva, São Paulo, 2007, p. 1-2).

pública. A diferencia de otros países, la Unión no tiene competencia para crear leyes generales;

- h) Las Administraciones Públicas brasileñas tienen gran dificultad para evaluar el desempeño de los funcionarios públicos, para remunerar mejor los más productivos y para despedir a los ineficientes.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*, Editora Saraiva, São Paulo, 1999.
- BARBOSA MAIA, Márcio, y PINHEIRO DE QUEIROZ, Ronaldo. *O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdiccional*, Editora Saraiva, São Paulo, 2007.
- BATISTA GOMES MOREIRA, João. *Princípios constitucionais da legalidade e da eficiência nos concursos públicos*, en *Concurso público e Constituição*, Fabrício Motta (Cordinador), Editora Fórum, Belo Horizonte, 2005.
- Committee on Standards in Public Life en su Primer Informe The Seven Principles of Public Life (“Nolan principles”), incluidos en el Ministerial Code (extraídos de Fuentetaja, J., y Guillén, J., La regeneración de la Administración Pública en Gran Bretaña, Civitas, 1996.
- CRESPO GONZÁLEZ, Jorge. *La función pública ante un escenario de gobernanza multinivel: crisis y reinención*. En Crisis y reinención de la función pública en un escenario de gobernanza multinivel (Director Jorge Crespo González), Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, Madrid, 2015.
- DÍEZ, Salvador Parrado. *Sistemas administrativos comparados*, Tecnos, Madrid.
- LINS DE LESSA CARVALHO, Fábio. *Acceso igualitario a la función pública: consideraciones sobre el modelo español de selección de los funcionarios*. Lisboa: Juruá, 2ª edición, 2016.
- ILDEFONSO HUERTAS, Rosa María. *Tres modelos comparados de función pública y sus procesos de selección*. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2004.
- INGRAHAM, Patricia. The reform game. in: INGRAHAM, Patricia, ROSEBLOOM, David. (eds). *The promise and paradox of civil service reform*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1992, p. viii
- MARTÍNEZ VERGEL, Joan. *De 8 a 3, anécdotas de funcionarios*. Barcelona: Styria, 2008.
- MOREY JUAN, Andrey. *La función pública: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación*. Madrid: INAP, 2004.
- MOSHER, William, KINGSLEY, J. Donald. *Public personnel administration*. New York: Harper & Brothers, 1941,
- NIETO, Alejandro. *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997.
- OSBORNE, David, GAEBLER, Ted. *Reinventando o governo; como o espírito empreendedor está transformando o setor público*. Brasília: MH Comunicação, 1994.
- PARADA, Ramón, y FUENTEJADA, Jesús. *Derecho de la función pública*, Civitas, Thomson Reuters, 1ª ed., 2017, Pamplona.
- POLI, Maria Daniela. *La Administración Pública en Alemania: principios, etapas evolutivas y sostenimiento del sistema frente a la crisis*, texto traducido del italiano por Susana Ruiz Tarrías, RedCE núm. 20. Julio-diciembre de 2013.
- REDONDO LEBRERO, Juan Carlos. La función pública en el ámbito internacional. Últimas reformas y tendencias. En *Crisis y reinención de la función pública en un escenario de gobernanza multinivel* (Director Jorge Crespo González), Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, Madrid, 2015, p. 63)
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. *La necesaria innovación en las instituciones administrativas*. Organización, procedimiento, función pública, contratos administrativos y regulación. Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, Madrid, 2012.
- RODRIGUES, Ricardo José Pereira. *Regime jurídico do servidor públicos nos Estados Unidos*. Consultoria Legislativa, Brasília, 1995.
- VILLORIA MENDIETA, Manuel. *El servicio civil de carrera en Latinoamérica: diagnóstico, causas y propuestas*. Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, Madrid, 2007.
- XAVIER FERREIRA FERNANDES, A. *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*. Madrid: Ministerio de las Administraciones Pública, INAP, 2002. p. 56)