

§ 6.º—*Deberes y derechos de los funcionarios.*

I.—*Deberes y responsabilidad de los funcionarios.*

El desarrollo de la relación de los funcionarios con el Estado, implica un orden jurídico en virtud del que el funcionario está *obligado* á proceder de una manera dada, estando por su parte el Estado *obligado* á prestar al funcionario las condiciones que hagan posible el desempeño de su empleo. La teoría que explica la ordenación de la relación jurídica de función y empleo, se resuelve en la de los *deberes y derechos del funcionario del Estado* (1).

1.—Los *deberes* de todo funcionario pueden reducirse «al exacto y fiel cumplimiento del cargo que desempeña (2)». Pero el desempeño de un cargo entraña dos clases de deberes: unos de carácter *técnico*, como exigencias impuestas al funcionario en razón de la índole del encargo, y otros de carácter general, como exigencias derivadas de toda función política ó administrativa. De las primeras no se trata aquí: la teoría de los deberes de los funcionarios públicos comprende sólo «las obligaciones generales que

(1) Loening, ob. cit., págs. 127 y siguientes.—Stein, ob. cit., I.—Goodnow, ob. cit., II, pág. 77.—Bonasi, *Della responsabilità penale e civile dei ministri e degli altri ufficiali pubblici*.—Vacchelli, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune* (1892).—Orlando, obras citadas.—Meucci, ob. cit., págs. 228 y 241.—Hauriou, páginas 93-89.—Cuesta, ob. cit.

(2) Orlando, *Prin. di D. a.*, pág. 101.

asume todo el que establece una relación de función ó empleo» (1).

2.—Ahora bien: los deberes generales de los funcionarios se diferencian desde el punto de vista *penal* y *jurisdiccional*. Hay deberes que implican las condiciones en que el funcionario debe desenvolverse como miembro de la *corporación administrativa (disciplinarios)*, y deberes que se refieren á la conducta del funcionario sin atender por entero á su situación jerárquica, implicando su infracción el desconocimiento de las leyes generales comunes: un *delito*, y, por tanto, una sanción penal.

3.—*Deberes de carácter disciplinario*: constituyen la condición total del régimen administrativo, y nacen: 1.º, de la existencia de un orden administrativo; 2.º, de la tradición burocrática; y 3.º, de la necesidad del régimen de *coordinación*, y en su caso del de *subordinación jerárquica*. Su infracción implica generalmente *incorrección*, falta de respeto al orden establecido, abandono: sólo en ciertos casos puede suponer delito.

4.—He aquí ahora una breve indicación de estos deberes:

a) Desempeñar *personal* y *directamente* la función del cargo. En principio toda función del Estado es personal: la delegación y la sustitución deben hallarse expresamente previstas, y cuando lo están, no implican que el funcionario *transfiera* el empleo: éste es por naturaleza *intransferible*.

5.—b) Desempeñar *plenamente* la función; es decir, sin excusa y con toda la amplitud legal.

6.—c) Deber de *residencia* y de *asiduidad*: el empleado debe desempeñar su oficio y no abandonarlo, salvo el oportuno

(1) Goodnow, ob. cit., II, pág. 77.

tuno permiso. El deber de residencia, sin embargo, difiere en los diversos Estados. Lo más común es el señalamiento de una *residencia fija* al funcionario. Pero hay Estados donde muchos empleos tienen carácter circulante —Inglaterra, por ejemplo,—y en todos hay ciertos cargos que piden al funcionario cambio de residencia. La *asiduidad* debe interpretarse como exigencia de atención suficiente en el momento en que la ley se la pide al empleado.

7.—En España la doctrina legal respecto del deber de residencia es la siguiente:

Principio general: todo funcionario está obligado á servir *residiendo* en el punto á donde fuese *destinado*, por razón del oficio. Pero este deber tiene distinto alcance, según que se trate de empleados trasladables ó no trasladables. Estos *deben residir* donde está previsto por la ley. Aquéllos contraen la obligación de residir en cualquier punto que se les señale en la Península é Islas adyacentes. Como consecuencia del deber de residencia, el funcionario que se ausentase sin la *licencia* de la autoridad competente, se entiende que renuncia su cargo y será declarado cesante, sin perjuicio de las demás responsabilidades á que haya lugar. Las licencias pueden ser *por enfermedad* ó para *evacuar asuntos* propios. Para todo lo referente á la duración de las licencias, repetición de las mismas, efectos en cuanto al sueldo y demás, rige el art. 48 de la ley de 21 de Julio de 1878.

8.—*d*) Deber de *observar buena conducta*: se impone como condición para el decoro de la persona que ha de representar al Estado. Consecuencia de este deber es el proceder con la debida educación en las relaciones con el público (1).

(1) Meucci, ob. cit., pág. 224.

9.—*e*) Deber que nace de la imposibilidad de acumular un mismo empleado varios empleos. Implica una prohibición que entraña dos supuestos: 1.^o, que el empleado debe dedicar su actividad al servicio de un modo especial; y 2.^o, que el Estado remunera al empleado de modo que pueda éste subvenir á sus necesidades. La incompatibilidad puede tener dos sentidos: ó bien se trate de prohibición para poder tener *dos* empleos del Estado, ó bien de la prohibición de desempeñar con el empleo otra profesión social. La primera de las incompatibilidades se explica. Sin embargo, no puede ser absoluta. La última prohibición es difícil de razonar de un modo general: únicamente puede aplicarse á determinadas profesiones y á determinados empleos, de hecho incompatibles. (Véase antes *c*), núm. 12.)

10.—*d*) Deber de *obediencia*: en él se funda la *jerarquía* como orden de subordinación. Cuando el funcionario depende *únicamente* de la ley, sólo debe obediencia á la ley; pero cuando el funcionario además, por razón del oficio, depende de un superior jerárquico, surge el *deber de obediencia* con toda su fuerza. En efecto, mientras se trate de un simple subordinado, mero agente, la obediencia es clara: el agente cumple su función haciendo lo mandado; pero cuando el funcionario no es mero agente (1), el deber de obediencia entraña tres elementos: 1.^o, debe administrar su cargo según su fin; 2.^o, debe conformar su acción á las órdenes superiores; 3.^o, debe obrar siempre según los principios fundamentales de la Constitución. Ahora bien: el primero y el tercero de estos elementos, pueden hallarse en

(1) *La scienza della pubblica amministrazione secondo Stein*, pág. 190 (Biblioteca de Brunialti).

contradicción con el segundo. La contradicción del primero con el segundo, resultante de un mandato del superior fuera del contenido del empleo, no ofrece dificultad; no hay deber: «fuera del empleo no hay superior ni inferior jerárquico (1)». La contradicción más grave es la que puede resultar entre el segundo y el tercero, esto es, cuando el superior ordena algo del empleo que está en contradicción con las leyes ó la Constitución. En efecto, ¿cuál es el *deber* del funcionario, obedecer al superior ó negarse á infringir la orden recibida? En primer término, para que el conflicto exista, es preciso que la orden del superior tenga los requisitos formales necesarios. Pero ¿y si los tiene? (2). En Inglaterra la orden dada contra la Constitución es nula: el funcionario que la ejecuta es responsable. En cambio, en Francia todo empleado debe obedecer la orden superior sea cual fuere el contenido: la responsabilidad es del superior. En Alemania no está la cosa clara: el funcionario inferior no puede desobedecer al superior; pero debe y puede hacer observaciones sobre la ilegalidad de la orden (3). Las escuelas tampoco están conformes. Unas sostienen el carácter absoluto de la obediencia debida: el inferior debe ejecutar la orden, siendo el superior responsable; otras distinguen entre ilegalidad manifiesta de la orden é ilegalidad dudosa, considerando que en el primer caso no há lugar á la obediencia. Ambas opiniones nos parecen erróneas (4). En el supuesto de la ordenación jerárquica, el deber de obediencia

(1) Orlando, ob. cit., pág. 104.

(2) Goodnow, ob. cit., II, pág. 82.—Ob. cit. sobre Stein, pág. 191.

(3) Idem.

(4) Ob. cit., págs. 105-106.

es elemental; pero esta obediencia no puede ser absoluta, porque el funcionario inferior no es un mero instrumento mecánico, sino una persona capaz; además, por encima de él y del inferior está la ley, que á nadie es lícito violar á sabiendas. La distinción entre ilegalidad manifiesta é ilegalidad dudosa, es muy arbitraria y no podría servir de límite fijo. Realmente dentro del criterio político del régimen representativo, todo funcionario debe tener la facultad de negarse á obedecer una orden que implique una infracción legal.

11.—La doctrina legal en España acerca del deber de obediencia está en el Código penal. Según el art. 8.º, núm. 12 del mismo, es circunstancia eximente de responsabilidad criminal la de obrar «en virtud de obediencia debida». Pero ¿cómo se define ésta? Infiérese de los artículos 380 y 381 del referido Código. Dice éste: «Los funcionarios judiciales ó *administrativos* que se negasen abiertamente á dar el debido cumplimiento á sentencias, decisiones ú órdenes de la autoridad superior, dictadas *dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidos de las formalidades legales*, incurrirán»..... en responsabilidad criminal. Este es el principio que explica la circunstancia eximente señalada; pero añade el Código que, á pesar de lo dicho, «no incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos por *no dar cumplimiento á un mandato administrativo que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional*», ni tampoco «los funcionarios públicos *constituidos en autoridad* que no den cumplimiento á un mandato de igual clase en el que *se infrinja manifiesta, clara y terminantemente cualquier otra ley*». Después el art. 381 explica más el concepto legal, porque dice: «El funcionario que habiendo suspendido, por cualquier motivo que no fuese el de infracción manifiesta, clara y terminante de la Constitución, la ejecución de las ór-

denes de sus superiores, las desobedeciere después de que aquéllos hubieren desaprobado la suspensión», incurre en pena (1).

12.—*Deber de correspondencia.* Supone la obligación de los funcionarios de atender á las comunicaciones que se les dirijan por los de otras ramas administrativas. Responde este deber á la necesidad de la *coordinación* administrativa; combinada ésta con la subordinación jerárquica, la correspondencia no se establece directamente de funcionario á funcionario, sino por intermedio de los superiores jerárquicos respectivos (2).

13.—*Deberes de carácter penal.* No se presentan de un modo taxativo y afirmativo, sino que resultan de las prohibiciones impuestas á los funcionarios públicos, ó del influjo que puede tener la condición de funcionario en la comisión de determinados delitos. El funcionario *debe* acomodar su conducta á las exigencias legales generales; no *debe* prevalerse de su cargo para cometer ciertos actos, y *debe* abstenerse de realizar otros que implican infracciones legales de índole particular, todo ello bajo la amenaza de una *pena*. He ahí el principio jurídico que sirve de base á la teoría de los *deberes de los funcionarios sancionados con una pena*.

(1) La doctrina sobre la obediencia debida se ha definido repetidas veces por el Trib. Sup. En Sent. de 23 de Septiembre de 1872, 2 de Diciembre de 1875 y 29 de Noviembre de 1876 ha declarado que, para que la obediencia sea realmente *debida*, ha de recaer necesariamente sobre actos *lícitos y permitidos*, debiendo ser el mandato de la autoridad en materias de *su competencia*, y el medio empleado para llevarle á cabo *procedente*.

(2) Santamaría, ob. cit., pág. 97.

14.—La doctrina legal puede formularse de este modo:

1.^o El carácter de funcionario público impone el *deber* de no *prevalerse* de él para cometer un delito, pues se declara esto una circunstancia agravante general (1).

2.^o El funcionario público *debe* abstenerse de participar en la comisión de ciertos hechos criminosos con mayor razón que el particular, porque su condición de funcionario agrava su posición de delincuente. En el Código penal se alude expresamente á la condición de funcionario público del delincuente para señalar la pena en los artículos 146, 147 y 149 (delitos que comprometen la paz ó la independencia del Estado); 165, 177 (delitos contra las Cortes ó sus individuos); 183, 187 (delitos contra la forma de Gobierno); 260, 261 (rebelión y sedición); 266, 267 (desacato); 277, 278 (desórdenes públicos—ataques á la autoridad);—324, 328 (falsificaciones); 347 (usurpación de títulos ó de nombre).

15.—3.^o En el Código penal se señalan como infracciones especiales de los funcionarios públicos:

1.^o Los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos individuales sancionados por la Constitución (artículos 204 á 235).

2.^o Los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos, comprendiendo entre ellos: *a) Prevaricación*, ó sea el hecho de dictar ó consultar un funcionario público providencia ó resolución injusta en negocio contencioso-administrativo ó meramente administrativo, ya á sabiendas, ya por negligencia ó ignorancia inexcusables (art. 369). *b) Infidelidad en la custodia de documentos*, ó sea sustracción, destrucción ú ocultación de documentos ó papeles confiados al funcionario mismo, ó bien el hecho de quebrantar ó consentir quebrantar los sellos de documentos confiados al funcionario, ó bien el de abrirlos ó consentir abrirlos (artículos 375, 376 y 377). *c) Violación de secretos*: entraña la prohibición impuesta al funcio-

(1) Código penal, art. 10, núm. 11.

nario de violar los secretos que supiese en razón de su empleo, ó de entregar indebidamente papeles ó copias de papeles que tenga en su poder (artículos 378 y 379, concordados con los artículos 417 y 425 de la ley de Enjuiciamiento criminal). *d) Desobediencia* (véase antes, números 10 y 11). *e) Denegación de auxilio*: refiérese á la negativa del funcionario requerido por autoridad competente para prestar la debida cooperación á la administración de justicia ú otro servicio público (art. 382). *f) Anticipación, prolongación y abandono de funciones públicas*: artículos 384 á 387. *g) Usurpación de atribuciones*: refiérese al funcionario que invadiere la esfera del Poder legislativo, al juez que invadiere la acción administrativa, y al funcionario administrativo que invadiere lo judicial (artículos 388 á 391). *h) Nombramientos ilegales*: nombramientos hechos á sabiendas en individuos sin las condiciones legales (art. 393). *i) Abusos contra la honestidad*, prevaliéndose de la condición de funcionario público (art. 394). *j) Malversación de caudales públicos*: sustraer ó consentir que otros los sustraigan, los caudales ó efectos públicos que el funcionario tiene á su cargo por razón de sus funciones, y otros determinados en los artículos 406 á 410. *k) Fraudes y exacciones ilegales*, ó sea el hecho de que un funcionario se interese directa ó indirectamente en cualquiera clase de contratos ú operaciones en que deba intervenir por razón de su cargo, sobre todo si median acuerdos con los interesados para defraudar al Estado, etc. (artículos 411 á 414). *l) Cohecho*: recibir un funcionario, por sí ó por persona intermedia, dádiva ó presente, ó aceptar ofrecimientos ó promesas por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo que constituya delito, ó que sea simplemente injusto, ó por omitir el cumplimiento de sus deberes, ó bien recibir regalos que le fueren presentados en consideración á su oficio (artículos 396 á 404). *m) Negociaciones prohibidas á los empleados*: refiérese á la intervención de ciertos empleados en operaciones de agio y otras, en los límites de su jurisdicción (art. 415).

16.—La teoría de los deberes del funcionario público tiene un complemento natural en la doctrina de su respon-

sabilidad. El funcionario, como persona, es agente capaz de deberes, y lo es por ser capaz de responsabilidad. En consonancia con esto, puede decirse que *todo funcionario* está obligado á *responder* del exacto y adecuado cumplimiento de sus deberes.

17.—Pero ¿cómo debe exigirse esta responsabilidad, y por quién? La tarea de depurar y exigir responsabilidad es *función judicial: civil*, cuando el funcionario, aunque haya producido un *daño*, no ha cometido un *delito*, y *penal*, cuando hubiese cometido un *delito* ó *falta*. Pero aunque dicha tarea sea *función judicial*, no siempre se atribuye al *Poder judicial*.

18.—En efecto, «cuando la Administración es totalmente centralizada y la disciplina tiene un poder fuerte, la violación de los deberes del empleo puede dar lugar á una responsabilidad administrativa (1)».

19.—De ahí las tres clases de responsabilidad á que en todo Estado que tiene una jerarquía administrativa están sujetos los funcionarios: la responsabilidad *civil*, la *penal* (judiciales) y la *administrativa* ó *disciplinaria*.

20.—Pero la responsabilidad de los funcionarios, considerada desde la Administración, puede ser *interna* y *externa*, y en sus efectos *directa* é *indirecta*. *Interna* es la que nace de las relaciones entre el funcionario y la Administración; *externa* la que nace de las relaciones entre ésta, ó los funcionarios, con los terceros; *directa* la que se contrae por la Administración ó el funcionario por acto propio, é *indirecta* la que contrae la Administración á consecuencia del acto de un funcionario.

(1) Goodnow, ob. cit., II, pág. 86.

21.—La responsabilidad civil interna se contrae por el funcionario respecto de la Administración, especialmente en materia de rendición de cuentas y de percepción de sueldos (1). La externa se contrae, como consecuencia de las relaciones de la Administración, por medio de los funcionarios, con los terceros. La definición y la efectividad de esta responsabilidad puede producir distintos efectos. En el fondo se trata siempre de un daño inferido á un particular por acto de la Administración, ejecutado á su nombre por un funcionario dentro de su competencia legal ó extralimitándose: si el daño es efectivo, la reclamación puede examinarse á obtener la indemnización de la Administración misma ó del mismo funcionario, según los casos (2).

22.—De la responsabilidad penal por delitos de los funcionarios públicos, ya hemos hablado (núms. 14 y 15).

23.—Conviene, sin embargo, examinar una cuestión íntimamente relacionada con la de la responsabilidad penal de los funcionarios del Estado: me refiero á la llamada *garantía administrativa* de la previa autorización para procesarlos. Constituída la Administración en jerarquía única sobre la base de la *obediencia debida*, se ha calculado que pudiera significar una ingerencia indebida del Poder judicial en la Administración, el hecho de que aquél proceda directamente contra el funcionario. Para evitarlo, en Francia (3)

(1) L. de 25 de Junio de 1870 en lo relativo á la jurisdicción del Tribunal de Cuentas del Reino y regl. de 28 de Noviembre de 1893.

(2) Véase Orlando en las dos obras citadas al principio de este estudio.—Meucci, ob. cit., cap. VI.

(3) Const. del año VIII, art. 75.

se ideó el recurso dilatorio de la necesidad de una especie de antejuicio, al efecto de que el funcionario acusado no pudiera ser procesado sin antes obtener una decisión conforme del Poder Ejecutivo. Ahora bien: ¿tiene esto fundamento? Realmente es una condición favorable para toda jerarquía centralizada; pero conviene advertir que la constitución de ésta según las exigencias del *deber de obediencia*, interpretado de una manera absoluta, es la negación del principio jurídico, según el cual *toda persona debe ser responsable de sus propios actos*. La previa autorización para procesar á los funcionarios públicos, implica una limitación perniciosa de la acción judicial: ésta es la llamada á apreciar, en función de investigación de las circunstancias del hecho, si éste fué ejecutado por el funcionario en virtud de obediencia debida, pudiendo estimar esto, si fuese legal, como circunstancia justificativa. Por otra parte, la autorización previa es un arma peligrosa del Poder Ejecutivo.

24.—En España se aceptó como principio regulador de las relaciones entre los Tribunales y la Administración—«para que no se destruya el de la recíproca independencia de los Poderes (1)»—la necesidad de la autorización previa en la ley de 2 de Abril de 1845 y en la de 25 de Septiembre de 1863. Como consecuencia de estas leyes, se dictó un reglamento en 25 de Septiembre de 1863. Pero la transformación sufrida por nuestras instituciones con la Revolución de 1868, echó por tierra el recurso indicado, declarándose expresamente por el art. 30 de la Constitución de 1869 no ser necesaria la previa autorización para procesar á los funcionarios del Estado.

(1) Palabras de la ley de 25 de Septiembre de 1863.

25.—Actualmente, según el art. 77 de la Constitución, se afirma la necesidad de la autorización previa para procesar «á las autoridades y sus agentes»; pero añadiendo que «una ley especial determinará los casos en que haya de exigirse». Como dicha ley no se ha dictado, no es necesaria tal autorización previa (1).

26.—La responsabilidad administrativa ó disciplinaria queda dicho que es, por un lado, una consecuencia de la existencia de una jerarquía (véase antes núm. 18); por otro, puede estimarse como una manifestación de la *facultad* jurisdiccional de la Administración (véase antes sec. II, capítulo III, § 3.º, núms. 14 y 15). Lo que hay es que no siempre esta facultad se mantiene en sus justos límites. En el caso presente, esta facultad implica el poder de exigir cierta responsabilidad á los funcionarios por virtud de *faltas ó incorrecciones en el desempeño de sus funciones*. Las condiciones exigidas para el ejercicio de esta facultad administrativa son: 1.ª, que sea funcionario público el agente; 2.ª, que la falta cometida sea contra deberes propios de su condición de funcionario; 3.ª, que dicha falta no constituya un delito.

27.—En España la Administración hállase revestida de autoridad suficiente para *corregir por sí* las *faltas* de sus miembros *en el servicio*, definiéndolas é imponiendo las oportunas *correcciones disciplinarias*. La iniciativa de la acción disci-

(1) Véase la R. O. de 6 de Mayo de 1881 declarando, respecto de Ultramar, que *no es necesaria* la autorización previa para procesar á los funcionarios públicos mientras no se publique la ley á que se refiere el art. 77 de la Constitución.

plinaria corresponde á los *jefes* de las distintas oficinas (1): al efecto, debe éste instruir el oportuno expediente en averiguación de la falta, para poder *clasificarla y declarar* la responsabilidad, que podrá ser meramente disciplinaria ó podrá implicar la remisión del expediente al Tribunal correspondiente para los efectos penales. La responsabilidad disciplinaria se exige cuando los empleados en general faltaren á sus deberes, no sancionados con una pena. Las *correcciones* que pueden imponerse por la Administración son: 1.º, reprensión privada; 2.º, reprensión pública en la forma que establezcan los reglamentos de las respectivas oficinas; 3.º, suspensión de sueldo; 4.º, suspensión de empleo y sueldo; y 5.º, cesantía ó separación del servicio (2).

(1) Art. 262 de la L. de Enj. crim. de 1882 y R. O. de 17 de Abril de 1881 y 11 de Marzo de 1892.

(2) Véase el R. D. de 18 de Junio de 1852; L. de 19 de Octubre de 1889; D.-L. de 13 de Junio de 1890; regl. de procedimiento administrativo de la Presidencia del Consejo (27 de Agosto de 1892, cap. V), del Ministerio de Fomento (23 de Abril de 1890, cap. VI), del de Gobernación (22 de Abril de 1890, cap. VII), etc.

II.—*Derechos de los funcionarios.*

a).—EL DERECHO AL EMPLEO.

1.—Como al entrar al servicio del Estado la persona, no pierde su carácter de tal, sino que lo conserva y afirma, de la relación de función ó de empleo nacen derechos á favor del funcionario, que naturalmente han de tener su base en la condición particular del servicio, y en las exigencias que éste le impone para su desempeño.

2.—La base fundamental de la teoría de los derechos de los funcionarios está en el valor que tiene la relación que se establece directamente entre el funcionario y su empleo ó cargo. Ahora bien: ¿se trata sólo de una relación precaria, resoluble á voluntad del Gobierno? Por otra parte, ¿qué situación jurídica se crea al funcionario designado respecto del ejercicio del cargo? Estas dos preguntas implican la grave cuestión del *derecho al empleo* (1) y *de su contenido*.

3.—Ahora bien: la determinación del *derecho al empleo* por parte del funcionario, se puede formular preguntando si el funcionario designado adquiere un derecho á ejercer el empleo de una manera regular y estable, hasta el punto de que deba ser garantido, por una acción judicial ó administrativa en caso de revocación arbitraria. Tomada la cuestión como derecho á la función, no puede ser resuelta sin hacer muy

(1) Goodnow, ob. cit., II, pág. 62.—Stein, *Handbuch*, I, págs. 36-55.—Hauriou, ob. cit., pág. 425.—Orlando, ob. cit., pág. 118.—Meucci, ob. cit., pág. 203.

diversos distingos. En principio, no cabe obligar al Estado á tener y mantener perpetuamente un funcionario que *no necesita*. La cuestión debe ser considerada atendiendo á la relación inmediata del funcionario con el Gobierno.

4.—Pero aun tomado así el asunto, la solución depende: 1.^o, de la condición del servicio; y 2.^o, de la naturaleza de la función en el organismo del Estado. Desde luego el Estado puede establecer relaciones de servicios de índole efímera, transitoria: respecto de éstos apenas hay cuestión; pero al lado de estos servicios, hay los permanentes: ¿qué pensar del derecho al empleo en éstos?

5.—En el Estado constitucional, hay que distinguir por razón de la índole del servicio: 1.^o, los cargos representativos, honoríficos, con plazo de tiempo determinado; 2.^o, los cargos indeterminables en cuanto á su duración (de opinión pública); y 3.^o, los cargos reconocidamente técnicos, profesionales—jurídicos ó administrativos.

6.—La cuestión del derecho al empleo ó al cargo, tiene un alcance muy distinto con relación á estas tres clases de cargos. Con respecto de los primeros, el derecho del funcionario es indudable, en virtud del principio de la representación *expresa y específica*. El representante designado por elección, con la capacidad legal necesaria, *tiene derecho á la función*. Estos cargos son temporales, con lo cual dicho se está que el derecho tiene su limitación en el tiempo.

7.—Esta doctrina tiene un valor positivo dentro de nuestras leyes con relación á los cargos electivos. Los diputados y senadores electivos reciben su función con arreglo á la Constitución (artículos 27 á 30, y 20, tercero), y según el procedimiento de las leyes electorales respectivas; la integridad del derecho al cargo hállase garantida especialmente según el Có-

digo penal (artículos 173 á 177). Los concejales y diputados provinciales reciben su función con arreglo á la Constitución (artículos 82 y 83), y según la ley electoral y las leyes municipal (artículos 37, 38, 41 á 48) y provincial (artículos 7.º á 11), estando determinado el alcance del derecho al cargo, respecto de los concejales, en los artículos 179 á 198 de la ley municipal, y respecto de los diputados en el tít. III, cap. XI de la ley provincial. (Véanse artículos 388 y 389, Código penal.) (1).

8.—En cuanto á los funcionarios que señalamos en segundo término, el derecho al empleo, en principio, dura mientras el funcionario es encarnación viva de la opinión; ahora, ¿cómo se puede determinar esto? No hay manera taxativa de decidirlo. Hállanse en ese caso, dentro del régimen parlamentario, los *ministros* y demás funcionarios que desempeñan funciones de dirección política. En el régimen representativo, *no* parlamentario, los ministros suelen tener el carácter de funcionarios *de confianza* personal del Presidente ó Jefe del Estado: su situación es otra. En Inglaterra se ha hecho prácticamente una distinción, en virtud de la cual los funcionarios *políticos* (parlamentarios) (2) son funcionarios que siguen en general la suerte de los cambios de la opinión, renovándose á cada crisis ministerial, y permaneciendo los técnicos. En Francia hay también cargos, pero en mayor número que en Inglaterra, de carácter amovible por razones políticas—ministros, secretarios, prefectos, etc.—En los Estados Unidos predomina el sistema electivo, y además los cambios periódicos políticos—de

(1) Véase la S. T. S. de 18 de Marzo de 1885.

(2) Goodnow, l. c.

Presidente—implican cambios muy generales del personal sin derecho al empleo (1).

9.—En cuanto á España, rige el principio del sistema parlamentario: los ministros, subsecretarios, directores generales y gobernadores de provincia, constituyen entre nosotros el organismo político variable por exigencias capitales del régimen; dado esto, no cabe plantear en rigor la cuestión del derecho al empleo.

10.—Queda, por último, la tercera clase de funcionarios: los *empleados* en sentido estricto. ¿Tienen derecho éstos al empleo? Stein se inclina á la afirmativa: el empleado y el Gobierno se ligan por una relación bilateral, constitucional, por la que aquél no puede ser *depuesto* sin previa decisión judicial (2). Orlando dice: «La regla general es que el empleado no tiene derecho á ser mantenido en su cargo. Sin embargo, esta solución ha de ser templada por razones de *equidad*. Estas razones estriban en que, á diferencia de la locación de obras y servicios del derecho común, el empleado dedica al Estado por entero, y de un modo exclusivo, su actividad, con lo que el hecho de declarar cesante á un empleado implicaría su ruína económica (3)». Hauriou rechaza en absoluto el principio del derecho al empleo. «El funcionario puede ser revocado de una manera intempestiva para él». El nombramiento es un acto discrecional (4).

11.—En las legislaciones positivas, el empleado profes-

(1) Bryce, ob. cit., VII.

(2) Resumen de las ideas de Stein en la Bibl. Brunialti, página 192.

(3) Ob. cit., pág. 119.

(4) Ob. cit., pág. 426.