

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

**ESCUELA DE POSGRADO**



**MAESTRÍA EN DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE MAGÍSTER

**Autor:**

**Kenny Díaz Roncal**

**TÍTULO:**

LOS PRINCIPIOS DEL EMPLEO PÚBLICO PERUANO: UNA PROPUESTA METODOLÓGICA PARA UBICARLOS EN BASE A LA HISTORIA SOCIAL DEL DERECHO Y UNA REFERENCIA A LA COLISIÓN CON LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

**Jurado:**

Guillermo Boza Pro - Presidente

Orlando De Las Casas De La Torre Ugarte

Asesor: Javier Neves Mujica

**Lima, marzo de 2017**

## ÍNDICE

<b>Introducción</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO I:</b>	<b>10</b>
<b>MARCO TEÓRICO</b>	<b>10</b>
1. Acercándonos preliminarmente a los principios del Empleo Público	10
1.1. El Empleo Público: ¿una disciplina independiente?	14
1.1.1. Sobre la amplitud suficiente del Empleo Público	16
1.1.2. Sobre la doctrina homogénea	18
1.1.2.1. Teorías de derecho privado (contractuales).	21
1.1.2.2. Teorías de derecho político (unilaterales).	24
1.1.2.3. Teorías de Derecho Público	27
1.1.2.4. Las tesis sobre el Empleo Público que al día de hoy están vigentes	32
1.1.3. La difícil tarea de ubicar los principios del Empleo Público, requisito para sustentar la autonomía de esta disciplina	33
<b>CAPÍTULO II:</b>	<b>49</b>
<b>LOS PROCESOS HISTÓRICOS QUE CONTEXTUALIZAN LOS PRINCIPIOS DEL EMPLEO PÚBLICO</b>	<b>49</b>
2. El método para acercarnos a los principios del Empleo Público	49
2.1. La historia social del derecho como herramienta para ubicar los principios del Empleo Público	49
2.1.1. Explicando el método empleado para rastrear los principios del Empleo Público en el Perú: el aporte de Jorge Basadre	50
2.1.2. Explicando el método empleado para rastrear los principios del Empleo Público en el Perú: el aporte de Fernando De Trazegnies	52
2.1.3. Explicando el método empleado para rastrear los principios del Empleo Público en el Perú: el aporte de Carlos Ramos	55
2.2. Los criterios para la justificación de los periodos históricos a estudiar, en búsqueda de los principios del Empleo Público	60
2.2.1. Primer criterio: la adscripción a la civilización occidental, valorando las particularidades latinoamericanas	61
2.2.2. Segundo criterio: la adscripción a la familia de Derecho romano-germánico	64
2.3. La función pública en la Antigua Grecia (Periodo Clásico y Periodo helenístico – 1100 a.C. a 146 a.C.): un servicio público remunerado y basado principalmente en el honor	68
2.3.1. Sobre la democracia, igualdad y libertad	68

## LOS PRINCIPIOS DEL EMPLEO PÚBLICO PERUANO

2.3.2.	La estructura de poder en Atenas _____	72
2.4.	La monarquía como sistema de gobierno paralelo a Atenas: la irrelevancia de las libertades sociales y políticas, sustento del sobredimensionamiento de la Administración Pública frente a sus servidores _____	77
2.5.	La esclavitud en la Roma republicana y formas de trabajo por cuenta ajena: estatutos diferenciados para el trabajo productivo y para el servicio público _____	80
2.6.	La influencia de Atenas en la construcción de las ideas políticas de la Roma republicana (siglo III al II a.C.): servicio público basado en el interés general y no intereses particulares _____	84
2.7.	Organización política y discriminación entre patricios y plebeyos en la Roma republicana (siglo III al I a.C.): progresivo acceso a la función pública en condiciones de igualdad y equilibrio en el reparto de las riquezas _____	87
2.7.1.	El efecto de la distinción entre plebeyos y patricios, en el plano social y político _____	88
2.7.2.	Del Senado y las Magistraturas _____	90
2.7.3.	La lucha de los hermanos Graco por el reparto equitativo de las riquezas _____	94
2.8.	Inicio del Imperio romano, anexión de provincias, extensión de la ciudadanía romana y delegación del poder del pueblo hacia el Príncipe: ejercicio de poder público de los gobernadores (por traslado de representación) y legitimidad del Príncipe para legislar _____	97
2.8.1.	La importancia de la milicia en el Imperio romano: de Cayo Mario a Octavio _____	97
2.8.2.	Las reformas de Augusto _____	99
2.8.3.	La extensión de la ciudadanía _____	100
2.9.	Caída del Imperio romano y reconocimiento del cristianismo (siglo III-siglo V): de la tetrarquía, la concentración del poder y el ensanchamiento de la burocracia _____	104
2.9.1.	El crecimiento del Imperio romano y el ensanchamiento de la burocracia _____	104
2.9.2.	Designación de personal de confianza _____	105
2.9.3.	Las invasiones bárbaras _____	106
2.10.	El feudalismo: traslado de función pública _____	108
2.10.1.	La caída del Imperio romano y su incidencia en el sistema económico (la sociedad carolingia y el vasallaje) _____	108
2.10.2.	Regulación diferenciada para la función pública y otras formas de trabajo por cuenta ajena _____	112
2.11.	El absolutismo monárquico: traslado de la función pública y sustento axiológico del sobredimensionamiento de la Administración Pública _____	113
2.11.1.	La influencia franco-germánica _____	114
2.11.2.	Consolidación de las Monarquías: expansión y traslado de representación del Rey hacia las autoridades locales _____	115
2.11.3.	El sustento dogmático para el sobredimensionamiento del Rey _____	116
2.12.	El liberalismo: dicotomía entre el Derecho Público y el Derecho privado _____	119

2.13.	El principio del Estado social y democrático: reorganización de la burocracia	125
2.13.1.	Tránsito del Estado liberal al Estado social y democrático	126
2.13.2.	La incidencia del principio del Estado social y democrático en la estructura burocrática	127
2.13.3.	La distinción entre funcionarios y servidores públicos	129
2.13.4.	El servidor público como un “sujeto social”	132

### **CAPÍTULO III: \_\_\_\_\_ 134**

#### **PRINCIPIOS DEL EMPLEO PÚBLICO EN EL PERÚ \_\_\_\_\_ 134**

3.	La regulación normativa del Empleo Público peruano: ¿cómo se asentaron los principios?	134
3.1.	La colonia española	134
3.1.1.	La influencia del Derecho germánico en España - Castilla	134
3.1.2.	La recepción del Derecho romano en las instituciones de Derecho Público y su influencia en la organización de la función pública: la imposición del modelo de Estado-Nación	137
3.1.3.	Traslado de función pública del Rey hacia nuevos funcionarios, ante el crecimiento territorial	139
3.1.4.	Recepción del Derecho de Castilla en las colonias americanas y el desarrollo posterior de un Derecho propiamente indiano	141
3.1.5.	El virreinato del Perú y la organización de los funcionarios: un sistema de “pesos y contrapesos” que afectará la profesionalización de los funcionarios y servidores públicos	144
3.1.6.	Los problemas económicos en el virreinato del Perú, la venta de cargos públicos y un intento de recopilación de las leyes de Indias	149
3.2.	La República del Perú	152
3.2.1.	El duro proceso de la independencia del Perú y el caos político que se generó una vez realizada	152
3.2.2.	Las primeras décadas de la República peruana, la discriminación en el acceso a la función pública, el caudillismo y las prebendas políticas	155
3.2.3.	La regulación normativa de mitad del siglo XIX: acceso a la función pública en condiciones de igualdad y responsabilidad administrativa	158
3.2.4.	La regulación normativa del siglo XX: Estado social y democrático, acceso a la función pública en condiciones de igualdad, personal de confianza, equilibrio presupuestal, igualdad, mérito y responsabilidad administrativa	162
3.2.5.	La regulación normativa del siglo XXI: hacia la propuesta de un régimen único y exclusivo	174
3.2.5.1.	La Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público	174
3.2.5.2.	Decreto Legislativo N° 1057 que regula el Contrato Administrativo de Servicios	182
3.2.5.3.	Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil	187
3.3.	Los principios vigentes del Empleo Público peruano	194
	<b>CONCLUSIONES</b>	<b>200</b>
	<b>EPÍLOGO: LOS RETOS DEL EMPLEO PÚBLICO</b>	<b>205</b>
	<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>215</b>

José Watanabe decía, con justa razón, que *“Las palabras no nos reflejan como los espejos, así exactamente, pero quisiera”*. Resumió una de las tareas más difíciles de la humanidad, comunicar fielmente nuestros sentimientos. A continuación, una lista de agradecimientos –*numerus apertus*, como dicen los abogados- que reproduzco con la exactitud en cada palabra:

- A mamá, por enseñarme que, por sobre todo, lo más importante en la vida es ser una mejor persona. Por batallar conmigo cada vez que era necesario, y por dejarme batallar con ella en su prueba más difícil.
- A mi papá, por sus gestos de cariño que, en la mayoría de los casos, no se expresan con palabras. Por estar, especialmente en los últimos días, muy cerca de mí.
- A tía Zoila, por confiar en mí desde que, al terminar el colegio, decidí empezar la odisea de estudiar en esta gran Universidad.
- Al maestro Neves, por ayudarme a descubrir mi vocación por la docencia y por las gratas conversaciones -evitando el Derecho-.
- A Pipo, por ayudarme a reforzar mi fe en la humanidad y, contra el estereotipo, enseñarme a cuestionar los dogmas.
- A Martín, mi hermano, por siempre ponerme la valla alta, por presentarme a Charly, por soñar conmigo -desde niños- con un mundo mejor.
- A mis hermanos y amigos, por su cariño infatigable, por demostrarme que puedo contar con cada uno de ustedes siempre.
- A Daiane, por contar conmigo las monedas que fuesen suficientes para llegar al destino que queríamos.

*“Además, mediante el estudio de la historia del Derecho será posible ver qué hubo de perecedero y qué hay de permanente en las instituciones, el origen, el significado y la evolución de ellas, el juego de las diversas influencias que en una vida nacional se suceden y en las que la realidad pone luego su sello propio. En fin, se aprende a conocer y a comprender mejor a un país y, si ese país es el propio, se aprende a amarlo con cariño más lúcido y consciente”.*

Jorge Basadre, Historia del Derecho peruano, 1937.

## Introducción

En el Perú, existen diversos regímenes que regulan derechos y obligaciones de servidores y funcionarios públicos. Distintas formas de vincularse con la administración pública para prestar servicios personales. Recientemente, en el año 2013, se emitió la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, que tiene como objeto superar esta dispersión normativa. Para ello, se propone establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios para el Estado.

Sin embargo, se trata de una norma de aplicación progresiva. Sólo algunos institutos jurídicos se encuentran vigentes, como el título referido a los derechos colectivos y el del procedimiento administrativo disciplinario<sup>1</sup>. Hasta que la nueva regulación se aplique plenamente, la Administración Pública seguirá atiborrada de regímenes diferenciados de derechos y obligaciones para servidores y funcionarios públicos. A tales regímenes, incluso, se suman las contrataciones fraudulentas de personal, para trabajo subordinado, vía locaciones de servicios<sup>2</sup>.

Esta regulación diferenciada ha sido cuestionada por décadas, en tanto se alega que vulnera el principio de igualdad, no sólo al interior de la Administración Pública, sino también en comparación con los beneficios de los trabajadores del sector privado. La discusión gira en torno a la posibilidad de establecer una regulación normativa uniforme para las relaciones jurídicas de trabajo humano, productivo, por cuenta ajena, libre y subordinado (indistintamente de la calidad jurídica del empleador).

Es un debate abierto al día de hoy, a pesar de haberse iniciado en las primeras décadas del siglo pasado. En buena cuenta, se trata del

---

<sup>1</sup> Salvo para los funcionarios públicos de elección popular, regulada, algunos funcionarios de libre designación, así como para algunos Directivos Públicos, el régimen de derechos y obligaciones aún no se encuentra vigente.

<sup>2</sup> Los antes denominados Servicios No Personales (SNP).

cuestionamiento de la doctrina del Derecho del Trabajo hacia las tesis del Empleo Público basadas en el sobredimensionamiento de la Administración Pública como contraparte.

En ese contexto, algunos autores presumen que el contrato de trabajo irradia los mismos efectos en cualquier ámbito en el que se celebre. Consideran que lo único determinante es que exista una relación jurídica en la que concurren los tres elementos esenciales de la relación laboral: prestación personal de servicios, remuneración y subordinación.

Bajo esta perspectiva, parecería irrelevante atender a la calidad jurídica del empleador, sea este una persona jurídica de derecho público o una de derecho privado, para efecto de establecer la naturaleza jurídica del vínculo y el respeto de todas las instituciones y principios del Derecho del Trabajo.

Pero, la aplicación directa de los principios del Derecho del Trabajo en la Administración Pública, ¿cuestionaría la existencia misma del Empleo Público como una disciplina autónoma? En tal caso, ¿qué peso<sup>3</sup> tienen los principios enumerados en las distintas normas que regulan los regímenes de derechos y obligaciones de los servidores y funcionarios públicos?, ¿son todos ellos los principios del Empleo Público?

La presente tesis busca reafirmar la autonomía del Empleo Público frente al Derecho del Trabajo, mediante el reconocimiento de los principios especiales de aquel. Para tal fin, repasaremos los momentos históricos más importantes en la construcción de nuestra familia jurídica, rastreando en cada etapa los valores que puedan traducirse deónticamente, hasta llegar al contexto colonial y republicano del Perú. Finalmente, como epílogo, se plantea una lista abierta que enumera la colisión de algunos principios del Empleo Público y del Derecho del Trabajo.

---

<sup>3</sup> La referencia al concepto de “peso” en relación a los principios jurídicos, viene dada por Ronald Dworkin, como se verá más adelante.



Para lograr el objetivo indicado de esta tesis, se ha utilizado la siguiente metodología:

- En primer lugar, hacemos nuestros los requisitos que Alfredo Rocco exige a una disciplina jurídica para considerarla autónoma. En ese sentido, se analiza si es que el Empleo Público cumple tales exigencias, hasta llegar a los principios especiales.
- En segundo lugar, tomamos postura por la definición de principios jurídicos de Robert Alexy. Así como la distinción que el autor realiza entre principios y reglas.
- En tercer lugar, utilizamos la historia social del Derecho para conocer los fundamentos históricos del Empleo Público. De esa manera, rastrear la génesis de los principios de esta disciplina, en el caso peruano.
- En cuarto lugar, para definir el punto de partida y los momentos históricos específicos, determinamos dos criterios en base a la adscripción del Perú: (i) al mundo occidental, con particularidades; y (ii) a la familia jurídica romano-germánica.
- En cuarto y último lugar, el presente trabajo concluye con una referencia a los retos que actualmente asume el Empleo Público, en relación al constante cuestionamiento del Derecho del Trabajo. Se presenta una lista abierta de los desencuentros o la colisión entre principios de una y otra disciplina.



## CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

### 1. Acercádonos preliminarmente a los principios del Empleo Público

Javier Neves, siguiendo a Alonso Olea y Casas Baamonde, enseña que los factores que el Derecho del Trabajo exige a una ocupación para considerarla dentro de su objeto de regulación son las siguientes: trabajo humano, productivo, por cuenta ajena, libre y subordinado (Neves, 2003: 15).

Al respecto, sobre cada uno de los elementos antes mencionados, Alonso Olea indica:

- En relación al trabajo humano, puede ser manual e intelectual. Respecto del primero, lo trascendental será la presencia del hombre al inicio de toda acción que se ejerza sobre el mundo exterior. En cuanto al segundo, la actividad deberá exteriorizarse, como trabajo “de acción” que es (Alonso, 1981: 20-21).

- En relación al trabajo productivo, lo esencial recae en su objetivo. La finalidad del trabajo humano es la subsistencia del trabajador. Eventualmente, podrá tener también una rentabilidad o productividad social (Alonso, 1981: 21-23).
- En relación al trabajo por cuenta ajena, todo lo que se origine como consecuencia del trabajo productivo (manual o intelectual), esto es, los frutos, desde el inicio, son ajenos al trabajador. Siendo que el ajeno adquirente de dichos frutos no debe ser un miembro de su comunidad familiar (Alonso, 1981: 24).
- En relación al trabajo libre, distingue dos tipos de trabajo en función de la causa determinante de la atribución de los frutos al tercero. Por actos independientes de la voluntad del trabajador, trabajo forzoso. Por acto voluntario del trabajador, trabajo libre (Alonso, 1981: 25).

A decir de Javier Neves, de los factores antes mencionados se pueden inferir los elementos esenciales de la relación laboral (Neves, 2003: 15). Es decir, se pueden abstraer tres conceptos importantes de lo enseñado por Alonso Olea, los mismos que definen a una prestación de servicios como laboral, y por tanto, al amparo del Derecho del Trabajo.

Neves precisa que son tres los elementos esenciales y, necesariamente, deben presentarse para estar frente a una relación laboral. Así, de estar ausente alguno de ellos nos encontraríamos ante una relación jurídica de otra naturaleza<sup>4</sup>. Tomando en cuenta ello, los elementos esenciales de la relación laboral son los siguientes:

---

<sup>4</sup> Sobre la remuneración, consideramos que lo determinante no es que exista una contraprestación efectiva para completar la presencia de los tres elementos esenciales del contrato de trabajo. Ello expondría al trabajador a situaciones en donde no existiendo remuneración, se niegue la naturaleza del vínculo. Lo esencial es la obligación de remunerar

- Sobre la prestación personal de servicios, debe ser un trabajador determinado y no una persona jurídica. Por regla, dicha persona debe cumplir con ejecutar la prestación, sin asistentes. Asimismo, dicho encargo no puede ser transferido a un tercero (Neves, 2003: 29-31).
- Sobre la subordinación, es el vínculo jurídico que se constituye entre quien contrata una prestación de servicios y quien la ejecuta, en buena cuenta, acreedor y deudor de trabajo. Este último ofrece su actividad al primero, concediéndole la facultad de conducirla. En base a ello, el empleador tiene el poder de dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador. Los límites al ejercicio de dicho poder de dirección están referidos a: i) que se ejerza en el marco de la labor para la cual fue contratado; y ii) que se ejerza respetando los derechos fundamentales del trabajador (Neves, 2003: 31-33).
- Sobre la remuneración, es la retribución que el acreedor otorga al deudor por ofrecer su trabajo. Si bien tiene carácter contraprestativo, no se agota en él. La remuneración, en supuestos de suspensión de la prestación de servicios, no se deja de entregar. En dichos casos, el fundamento es la defensa de la vida y la salud del trabajador (Neves, 2003: 34-35).

Lo mencionado establecería una máxima en virtud de la cual toda persona que preste un servicio en tales condiciones, se encontraría necesariamente bajo el amparo del Derecho del Trabajo. Los derechos laborales, como derechos fundamentales que son, tendrían el mayor interés de protegerse por parte del ordenamiento jurídico laboral. Así, parecería irrelevante atender a la naturaleza del empleador para calificar a la relación jurídica dentro de los alcances del Derecho del Trabajo. Lo determinante sería validar la presencia de las características y elementos esenciales del Derecho del Trabajo.

---

que recae en el empleador, a propósito de la existencia de una puesta a disposición de la fuerza de trabajo.

Sin embargo, la constatación de regímenes de derechos y obligaciones diferenciados para funcionarios y servidores públicos pone en cuestionamiento la referida máxima. ¿Acaso no realizan un trabajo humano, productivo, por cuenta ajena, libre y subordinado? ¿Es relevante tomar en cuenta el interés general como finalidad de la Administración Pública, para justificar la regulación diferenciada de los derechos y obligaciones de los servidores y funcionarios públicos?

Tal parece que la presencia de la Administración Pública en el rol de empleador, trastoca la naturaleza del vínculo entre el acreedor y el deudor del trabajo. Este último se convertiría, así, en una pieza del engranaje que la Administración Pública monta para satisfacer el interés público, negándosele la calidad de interlocutor válido para negociar o cuestionar las condiciones de empleo. Así las cosas, el Derecho Administrativo que por naturaleza regula las acciones de la Administración Pública, ¿irradiaría sus efectos también en estos casos, desterrando al Derecho del Trabajo?, ¿qué está detrás de las prerrogativas estatales que parecen colocar al servidor y funcionario público en una situación de asimetría extrema frente a la Administración Pública?

Pues ya sea para justificar o cuestionar la presencia de estas prerrogativas, la doctrina se ha preocupado por brindar argumentos para responder a las preguntas planteadas. Ello ha servido de fundamento a los ordenamientos jurídicos para adoptar los modelos de Empleo Público que más se ajusten a sus intereses.

En el Perú, históricamente se ha asumido una regulación del tipo garantista de las facultades de la Administración Pública, por encima del reconocimiento de los derechos subjetivos de los funcionarios y servidores públicos. Sin embargo, como la realidad siempre desborda la norma jurídica, en las últimas décadas hemos presenciado claros cuestionamientos a dicha rigidez normativa. Desde la aplicación en la Administración Pública de la norma que regula el régimen laboral de la actividad privada, hasta el último pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional en reconocimiento del derecho a la negociación colectiva en materia económica de los servidores públicos.

Lo curioso es que ya sea que se sustente la autonomía del Empleo Público o se le incluya dentro del Derecho del Trabajo, en ambos casos se suele reconocer principios especiales a aquel. Nos cuestionamos, por tanto, ¿qué implica que el Empleo Público tenga principios especiales?, ¿eso podría distinguirlo como una disciplina autónoma?, ¿tales principios pueden convivir armónicamente con los principios del Derecho del Trabajo?

Consideramos que las tesis que se han desarrollado para explicar la naturaleza del Empleo Público, no han abordado seriamente el análisis de sus principios especiales. Cuestión que desde nuestro punto de vista resulta trascendente para reconocerle autonomía, ubicar correctamente la colisión con los principios del Derecho del Trabajo y, en tales circunstancias, tener elementos que sirvan para la ponderación.

En ese sentido, a continuación se analizará si es que el Empleo Público cumple con los requisitos que Alfredo Rocco exige a una disciplina jurídica para considerarla autónoma.

### **1.1. El Empleo Público: ¿una disciplina independiente?**

Para Alfredo Rocco, recurrir frecuentemente a principios y conceptos de otra ciencia no puede ser un argumento decisivo para cuestionar la autonomía de una disciplina (Rocco, 1931: 66-67). Indica el referido autor que para que un cuerpo de doctrina se considere como ciencia autónoma, necesita de tres componentes: (i) el primero, que tenga amplitud suficiente que justifique un estudio particular de la materia; (ii) el segundo, que posea doctrinas homogéneas, sustentadas por conceptos generales comunes que difieren de los de otras áreas del Derecho; finalmente, (iii) el tercero, que cuente con un método propio para conocer el objeto de investigación (Rocco, 1931: 66-67).

En relación a lo primero, Rocco hace alusión a los 926 artículos con que contaba el Código de Comercio italiano, lo que significaba casi la mitad del Código Civil, el doble del Código Penal y cerca del número de los del enjuiciamiento civil y penal. Con ello, Rocco justifica la amplitud suficiente del

Derecho Mercantil que dispondrá de un campo vasto, como pasa con cualquier otra disciplina jurídica (Rocco, 1931: 68).

En cuanto a lo segundo, Rocco señala que hay principios generales de Derecho Mercantil y enumera algunos que difieren de los del Derecho Civil (Rocco, 1931: 68). Pareciera que la característica de la doctrina homogénea se condensa en la referencia a los principios especiales de la disciplina. Finalmente, en relación al método, señala que el Derecho Mercantil requiere procedimientos especiales para el conocimiento sustancial de las normas (Rocco, 1931: 68).

Valorando los requisitos antes expuestos, Plá Rodríguez menciona que todos los laboristas, incluyéndole, coinciden al afirmar que el Derecho del Trabajo satisface dichos requerimientos para ser una disciplina autónoma. De lo cual deriva que el Derecho del Trabajo cuente con una serie de principios particulares (Plá, 1978: 1).

Como se ha adelantado, la presente tesis asume la propuesta de Rocco y no discute su aplicación al Derecho del Trabajo en los términos de Plá Rodríguez. No obstante, en relación al Empleo Público, el cuestionamiento sobre si forma parte del Derecho del Trabajo o si es una disciplina autónoma data de décadas atrás, la doctrina contradictoria que ello ha generado impide que concluyamos fácilmente sobre su autonomía, como en el caso del Derecho del Trabajo. Con mayor razón si es que no tenemos claridad en cuanto a sus principios peculiares, cuestión que, según Plá Rodríguez, termina siendo la parte medular de la propuesta de Rocco (Plá, 1978: 1).

Como vemos, entonces, el cumplimiento de las características propuestas por Rocco, para efecto de estar frente a una disciplina jurídica autónoma, puede conducirnos a sus principios especiales. En ese sentido, nuestro primer acercamiento a los principios del Empleo Público se centra en analizar si cumple con las condiciones propuestas por Rocco, prescindiendo de la tercera condición que nos resulta muy ambigua y, por tanto, difícil de satisfacer en cualquier caso.

### 1.1.1. Sobre la amplitud suficiente del Empleo Público

En el Perú, contamos con tres grandes regímenes de derechos y obligaciones de servidores y funcionarios públicos: i) el régimen de la Carrera Administrativa, regulado por el Decreto Legislativo N° 276; ii) el régimen del Contrato Administrativo de Servicios, regulado por el Decreto Legislativo N° 1057; y iii) el régimen de la actividad privada, regulado por el Decreto Legislativo N° 728. Cada uno de ellos con sus propias reglas, derechos y obligaciones.

La dispersión normativa mencionada se agrava si tomamos en cuenta otras modalidades de vinculación jurídica con la Administración Pública peruana, en virtud de las cuales se intercambia trabajo por dinero. Así, en atención a la naturaleza de algunas actividades, se reconoce la existencia de las llamadas Carreras Especiales. Se cuentan nueve en el ordenamiento jurídico peruano, cada una, como en el caso anterior, con sus propios derechos y obligaciones<sup>5</sup>.

Asimismo, a partir del año 2008 se contempla el régimen de los Gerentes Públicos regulado por el Decreto Legislativo N° 1024, el mismo que inicialmente tuvo por objeto el reclutamiento de un cuerpo gerencial que apoye en la implementación de ventajas del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y que sigue vigente hasta la fecha.

Por último, si queremos tener un panorama completo, debemos incluir en nuestra lista a dos modalidades que denominaremos *sui generis*, debido a que

---

<sup>5</sup> El Servicio Diplomático de la República regulado por la Ley N° 28091; los profesionales que se rigen por la Ley Universitaria regulados por la Ley N° 23733; los profesionales de la Salud regulados por la Ley N° 23536; los profesionales que se rigen por la Ley de la Reforma Magisterial, Ley N° 29944; la situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas, regulada por la Ley N° 28359; la Carrera y Situación del personal de la Policía Nacional del Perú, regulada por el Decreto Legislativo N° 1144; la Carrera Especial Pública Penitenciaria, regulada por la Ley N° 29709; los servidores regulados por la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Legislativo N° 052; y los magistrados adscritos a la Carrera Judicial regulada por la Ley N° 29277.



si bien permiten el ejercicio de función pública, utilizan el contrato civil de locación de servicios para formalizar el vínculo jurídico. En estos casos, se dice que prepondera la alta especialización de servidores públicos para vincularse a la Administración Pública sin concurso y con remuneraciones por encima de los topes remunerativos de cada entidad.

Se trata del Fondo de Apoyo Gerencial al Sector Público (FAG) y del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). El Decreto Ley N° 25650 creó el FAG con el objeto de compensar adecuadamente el asesoramiento calificado que se brinde a las diferentes reparticiones del Estado, disponiendo en su artículo 2 que los recursos financieros del mismo son los provenientes de donaciones y aquellos que destine el Tesoro para este fin. Se debe tomar en cuenta que dicho régimen se habilitó mediante la Ley N° 29806, Ley que regula la contratación de personal altamente calificado en el sector público y dicta otras disposiciones.

Por su parte, la vinculación por medio de PNUD se vino aplicando a partir de la habilitación establecida en diversas Leyes de presupuesto para la suscripción de convenios de administración de recursos con organismos internacionales<sup>6</sup>.

En ese contexto, en el marco de la llamada modernización del Estado peruano, en el año 2008 se creó la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, por medio del Decreto Legislativo N° 1023, con el objeto de mejorar la función pública por medio de un servicio civil meritocrático y eficiente.

En sintonía con tal objetivo, hacia julio del año 2013 se emitió la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, por medio de la cual se establece un nuevo régimen (único y exclusivo) para las personas que prestan servicios en el Estado, así como para aquellas personas que están encargadas de su gestión, del ejercicio de sus potestades y de la prestación de servicios.

---

<sup>6</sup> Ver Informe Legal N° 262-2010-SERVIR/GG-OAJ.

Según lo dispuesto por la Ley del Servicio Civil, el nuevo régimen se implementará progresivamente en un plazo máximo de 6 años. SERVIR seleccionará a las entidades que transitarán al nuevo régimen, emitiendo para tal fin una resolución de *“inicio de proceso de implementación”*. Desde dicho momento, las entidades, entre otras obligaciones e impedimentos, tienen prohibido incorporar personas bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276.

Consideramos que esta diversidad de normas que regulan el acceso de servidores y funcionarios a la Administración Pública, así como sus derechos y obligaciones, aplicables a todo aquel que preste servicios en los tres niveles de gobierno, ofrecen un campo muy vasto para el desempeño del Empleo Público como disciplina. En ese sentido, se cumple con el primer requisito exigido por Alfredo Rocco.

### **1.1.2. Sobre la doctrina homogénea**

Cuando Rocco se pronuncia sobre esta condición, se refiere a doctrinas homogéneas, en plural, sustentadas por conceptos comunes y generales. Nosotros hemos adelantado que, en relación al Empleo Público, existe una larga discusión acerca de su naturaleza autónoma o no. Esta discusión data de inicio del siglo XX, como lo podremos ver más adelante. Distintos autores se adhieren a una u otra tesis del Empleo Público, pero lo cierto es que en cada una de ellas existe una profusa literatura sobre la materia.

Si bien es cierto que, a diferencia de otras disciplinas del Derecho, como podrían ser el Derecho del Trabajo o el Derecho Administrativo, la doctrina mantiene una posición uniforme respecto de su autonomía como disciplina, en el caso del Empleo Público la doctrina se ve segmentada en función de la posición que asuman. En ese sentido, lo decisivo es la postura que asume el legislador nacional, influenciado por una u otra de las tesis que abordan el Empleo Público, para efecto de reconocerle autonomía o no.

De acuerdo con ello, consideramos que cada una de las tesis parte de conceptos comunes y generales en cada caso, conforme con la exigencia que Rocco establece. Asimismo, tales conceptos podrán consolidarse en el

ordenamiento jurídico, dependiendo de la postura que asuma el legislador. Tomando en cuenta ello, somos de la opinión que el Empleo Público también satisface este requisito, a pesar de no tener, en la consideración global de todas las tesis del Empleo Público, una doctrina homogénea.

Para efecto de clarificar el panorama respecto de la profusa doctrina que existe respecto del Empleo Público, a continuación se presentan las tesis que abordan esta disciplina, siguiendo la clasificación propuesta por el autor Rafael Bielsa (Bielsa, 1964). Consideramos pertinente partir de esta ordenación, toda vez que nos permite integrar a los autores que abordaron la problemática del Empleo Público desde inicios del siglo XX.

No obstante, a los autores propuestos por Bielsa, incorporaremos algunos otros que se pronunciaron con posterioridad y que, desde nuestro punto de vista, pueden calzar en una u otra tesis. Luego de ello, veremos el estado de la cuestión en tiempos recientes, haciendo referencia a las tesis que actualmente se encuentran vigentes. Antes de ello, es pertinente mencionar dos cuestiones previas.

Por un lado, para Bielsa, se deben separar las dos principales formas de la prestación de servicios para el Estado: la función (agente que representa al Estado, relación similar a la del mandato) y el empleo (prestación de servicios mediante un salario, existencia locación de servicios), con el objeto de analizar mejor la naturaleza jurídica de dicha prestación de servicios (Bielsa, 1964: 52).

Por otro lado, para comprender mejor algunas de las tesis del Empleo Público, consideramos pertinente hacer alusión a la llamada doctrina de la sujeción especial que buscaba sobredimensionar a la Administración Pública, cuando se entabla una relación jurídica con ella. Edgardo Balbín, siguiendo a Lasagabaster Herrarte, menciona que este fenómeno se deriva de la consideración de que el Empleo Público se encuentra dentro del Derecho Público (Balbin, 2005: 26). Así, según esta tesis, se debía reconocer la existencia de algunas relaciones jurídicas cuya característica central era el desequilibrio radical (Lasagabaster, 1994: 29, 30, 43).

Nos dice Balbín que a diferencia de las relaciones de sujeción general, esta teoría niega la posibilidad de un sometimiento abstracto y limitado de los ciudadanos a los poderes públicos (Balbin, 2005: 26). En ese sentido, indica que la teoría de la sujeción especial plantea el debilitamiento del principio de legalidad para que la Administración Pública cuente con más poder discrecional para incidir en los derechos subjetivos y la especialización de los mecanismos de tutela jurisdiccional de los ciudadanos (Lasagabaster, 1994: 25).

Siguiendo con Balbín, la aplicación de esta teoría en el terreno del Empleo Público supuso el detrimento de los derechos subjetivos de los prestadores del servicio, en virtud del ideal que persigue la Administración Pública (Balbin, 2005: 26). El sustento era que, a diferencia de lo mencionado en los primeros párrafos de este capítulo, en este ámbito la explotación del trabajo tenía por objeto el desarrollo de la función administrativa como mecanismo de consecución del interés general (Balbín, 2005: 26), descartando el fin productivo y, con él, el reconocimiento de intereses contrapuestos.

En ese sentido, como anota Ortega Álvarez, citado por Balbín (Balbín, 2005: 27), la finalidad de la Administrativa Pública terminó siendo el objeto mismo de la relación jurídica de Empleo Público. Siendo así, nos dice el autor, escudándose en la siempre loable consecución del interés público, se legitimaba la supremacía de la administración frente al funcionario o servidor público (Ortega, 1983: 22-24).

Por su parte, Guillermo Miranda, citando constantemente a Luis Ortega, señala que hay varios fundamentos especiales del Empleo Público que han generado que el Derecho Administrativo haya regido en ese campo durante buen tiempo. En ese sentido, reconoce que la consecución del interés público fue el pretexto que permitió que el Derecho Administrativo extienda sus efectos en el ámbito del Empleo Público, cuestión que “(...) eleva al Estado, en su posición de empleador, a una posición de dominio frente al trabajador, resultando una relación asimétrica no sólo económica (como lo es la relación de trabajo) sino también jurídica” (Miranda, 2004: 63).

Tomando en cuenta todo lo mencionado, de acuerdo con Bielsa<sup>7</sup>, a continuación presentamos y resumimos la posición de los autores que se adhieren a las diversas tesis que abordan el Empleo Público.

#### 1.1.2.1. Teorías de derecho privado (contractuales).

Bielsa sostiene que estas teorías buscan asimilar los contratos que se celebran en el marco del derecho privado y los que lo hacen en el contexto del Empleo Público, cuestión que para el autor resulta insostenible, dado que existen “*diferencias irreductibles*” (Bielsa, 1964: 59-60), como las siguientes:

- La condición jurídico-política de la Administración Pública como una de las partes del contrato (Bielsa, 1964: 59).
- El principio de organización jerárquica, existente sólo en el marco de la Administración Pública, lo que manifiesta una desigualdad jurídica entre los contratantes (Bielsa, 1964: 60).
- Las condiciones especiales del personal administrativo, como su elección que se encuentra restringida al cumplimiento de determinados preceptos que el Estado verifica. Por ejemplo, no haber sufrido condenas por delito, entre otros (Bielsa, 1964: 61).

Otro crítico de la teoría contractual es Gastón Jèze, quien resaltaba la importancia del interés general para descalificar esta tesis. En ese sentido, cuestionaba que exista verdaderamente un contrato entre el “*agente*” y la Administración Pública, pues ello significaría una falta de flexibilidad que

---

<sup>7</sup> Vale aclarar que para Bielsa, existen algunas teorías que no calzan en las previamente expuestas y se podrían clasificar como teorías intermedias. Al respecto, indica el autor que estas teorías apelan a conceptos “*sui generis*”, pero que parecen no solucionar los problemas pues no ayudan a advertir cuál es la naturaleza de la relación entre Estado y funcionario o empleado. Por la confusión a la que nos llevan, dada su similitud con las otras teorías, hemos preferido no considerarla en nuestro recuento.

impediría o limitaría a esta buscar el interés general, ya que el régimen contractual no responde a exigencias sociales como sí la organización del servicio público (Jèze, 1928: 448).

Por su parte, desde una posición menos agresiva ante esta teoría, Royo Villanova consideraba que si bien podríamos hablar de una coincidencia de voluntades que aparente la forma de un contrato, siempre tendremos dificultad para saber a qué figura contractual se haría alusión o se asemejaría (Royo, 1915: 63). Adicionalmente, resaltaba que la relación que se constituye entre el funcionario y el Estado se enmarcaba en el Derecho Público y no en el derecho privado, con lo cual a pesar de que se establezcan derechos del empleado, éstos, así como la relación jurídica misma, se subordinan al interés general (Royo, 1915: 63-64).

Los autores citados hasta aquí, se han pronunciado en contra de la tesis contractualista. A continuación enumeraremos a los autores que, por el contrario, sostienen que la presente tesis debería primar. Vale señalar que la siguiente lista de autores no es originaria de Bielsa, es una inclusión que hemos realizado nosotros.

Así, siguiendo a Edgardo Balbín, la doctrina del Derecho Laboral, que nosotros enmarcamos dentro de la clasificación de Bielsa referida a la tesis contractual del derecho privado, se pronunciará en tres grandes sentidos. En un primero momento, para destacar la parte contractual del servidor y funcionario público, de la siguiente manera (Balbin, 2005: 46-48):

- Helios Sarthou, quien indica que el Estado debe someterse a su propio derecho objetivo, ya que el matiz “absoluto y absolutista” de su llamada soberanía se ve ahora contextualizada por la democratización que alcanza al Estado mismo (Balbín, 2005: 45)<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Balbín toma la referencia a Sarthou que realizan Barbagelata y Plá, en: BARBAGELATA, Héctor y PLÁ RODRIGUEZ, Américo (coords.). Cursillo sobre el derecho del trabajo y los funcionarios públicos. Montevideo: Biblioteca de Derecho Laboral, 1977. P. 67.

- Héctor Hugo Barbagelata, apunta que el Estado no puede ir más allá de la posición y capacidad que el ordenamiento jurídico le brinda, en el marco de una relación jurídica de trabajo subordinado (Barbagelata, 1977: 22).
- Luis Ortega Álvarez, quien plantea que la juridificación del Estado hace que éste se someta a las reglas del ordenamiento, ya que las relaciones convencionales pueden darse entre sujetos cuya personalidad jurídica sea pública o privada (Barbagelata & Plá, 1977: 22).

El segundo gran sentido en que se pronunció la doctrina del Derecho del Trabajo, fue con el objeto de rescatar la posición contractual del empleado en el marco de una verdadera relación de intercambio, planteando que los prestadores de servicios tienen intereses particulares y distintos (Balbín, 2005: 46). A decir de Balbín, se buscó reivindicar el trabajo humano como objeto del Derecho del Trabajo para cuestionar la llamada comunión entre intereses del Estado y de los empleados públicos (Balbín, 2005: 46). En ese sentido, los autores citados por Balbín son los siguientes:

- Salvador Del Rey Guanter, para quien el reconocimiento de que existen intereses contrapuestos en el seno de la Administración Pública, trae como consecuencia la admisión de distintas formas de regular los conflictos, además de las administrativas, debido a que el Estado tendrá una faceta de empleador a quien oponer los intereses de categoría (Del Rey, 1989: 35-36). Balbín agrega que en tales formas de regulación se debe incluir a la negociación colectiva, lo que a su vez supone una nueva consideración del papel de la Ley y el Reglamento en el Empleo Público (Balbín, 2005: 47).
- Ortega Álvarez, quien indica que el principio de legalidad también alcanza a la actuación administrativa en su faceta de empleadora, sin exclusión de los mecanismos de regulación convencional (Ortega, 1983: 35-36). Balbín agrega que con ello se quebranta el monopolio legal y reglamentario en la relación del empleo público, pues se habilita la vía

de los derechos colectivos como instrumento regulador (Balbín, 2005: 47).

En tercer y último lugar, la doctrina laboral abogará por la especialidad del Derecho del Trabajo, para efecto de determinar su competencia en la regulación de las prestaciones de servicio en el marco de la Administración Pública (Balbin, 2005: 47):

- Antonio Grzetich, indica que debido a que ya existe una disciplina autónoma que se ocupa de las relaciones jurídicas del trabajo subordinado, hablamos del Derecho del Trabajo, será esta la encargada de regular todas las relaciones de este tipo, indistintamente de la calidad jurídica del empleador (Grzetich, 1985: 277-278).
- Octavio Racciatti, indica que los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, que suponen el proceso de internacionalización de los derechos laborales, dan muestra de que es el Derecho del Trabajo el llamado a regular las prestaciones de servicios en el marco de la Administración Pública, toda vez que se aplicaron extensivamente dichos convenios a algunos sectores de dependientes estatales (Racciatti, 2002: 735).
- Alfredo Montoya, precisa que ya sea que se preste un servicio para una empresa privada o para la Administración Pública, la calificación del prestador de servicios será la de *trabajador*, por las notas de ajenidad y dependencia, siendo que deberá estar sujeto a los principios rectores del Derecho del Trabajo (Montoya, 1996: 91).

#### **1.1.2.2. Teorías de derecho político (unilaterales).**

Siguiendo a Bielsa, esta teoría se funda en el deber que el ciudadano tiene respecto del Estado, en virtud del cual se obliga a prestarle los servicios que éste le exija, siendo el Empleo Público solo una emanación de la soberanía del Estado (Bielsa, 1964: 62).



Así, de acuerdo con el referido autor, debido a que el Estado sólo puede realizar los servicios públicos que necesita mediante personas, en salvaguarda de que el Estado mismo funcione, éste tiene derecho a compeler a los ciudadanos para que realicen el empleo o función que se le requiera de forma obligatoria. Lo contrario implicaría que los agentes puedan rehusarse, lo que pone en riesgo la existencia del Estado (Bielsa, 1964: 62).

La consecuencia es que el Estado crea y reglamenta (de manera unilateral) la función o Empleo Público, existiendo para él derechos y para el funcionario solo deberes (Bielsa, 1964: 63).

En igual sentido, Carlos Lozano Pardo precisa que la presente tesis se sostiene sobre la base de que todo ciudadano tiene la obligación de servir al Estado, siendo facultad de este obligar a los ciudadanos a prestar la función y obrar en su carácter de entidad política. Indica el mencionado autor que esta tesis se vio desarrollada en la doctrina alemana por autores como Mayer, Gerber, Seuffert (Lozano, 1944: 45).

Justamente, Otto Mayer pone énfasis en la constitución del vínculo por medio del nombramiento y señala que desde este acto fundacional, el agente tiene el deber de servir a la Administración Pública (Mayer, 1982: 44-47). Detrás de esta relación de subordinación especial se encuentra, siguiendo a Mayer, la concepción del régimen de policía del Estado, en virtud del cual se encuentra facultado a demandar a sus súbditos lo que sea necesario para lograr los fines (incluyendo la prestación de servicios). Bajo este prisma, el consentimiento del súbdito es irrelevante, significando sólo un reconocimiento de su condición de tal (Mayer, 1982: 44).

En ese sentido, Mayer, citado por Bielsa, precisa que el funcionario público tiene una obligación esencialmente moral frente al Estado, cuestión que termina siendo lo que le caracteriza (Bielsa, 1964: 3). En cuanto al nombramiento, indica que este manifiesta la decisión de la Administración Pública de incorporar al súbdito, surtiendo efecto de manera inmediata, no se

trata por tanto de una oferta condicionada a la aceptación (Mayer, 1982: 45-46).

En consecuencia, podríamos afirmar, junto con Mayer, que para la teoría de derecho político la designación para el ejercicio de la función, así como todos los actos posteriores, son unilaterales y, por tanto, no necesitan de consentimiento del prestador del servicio, se trata de un deber de la función (Mayer, 1982: 50-51). En cuanto a las condiciones bajo las cuales se prestará la función, Mayer señala que han de haber sido predeterminadas según lo establecido en el nombramiento, el mismo que también crea o establece los derechos subjetivos del funcionario (Mayer, 1982: 57).

Quien considera que este régimen unilateralista podría mantenerse de manera excepcional, es Gastón Jèze, no obstante puntualiza que el carácter fragmentario del régimen en que se sostiene, la teoría de la requisición<sup>9</sup>, termina siendo insuficiente para garantizar el desarrollo regular de los servicios públicos (Jèze, 1928: 447)

Royo Villanova sí se muestra crítico de esta teoría. Esencialmente, en relación a la ausencia de reconocimiento de los derechos de los empleados, indica que no puede aceptarse que solo se le reconozcan derechos al Estado, dado que existen ejemplos, como el caso del servicio militar obligatorio, en que la organización constituye derechos en favor de todos aquellos que se relacionan con ella (Royo, 1915: 63).

Por su parte, Alejandro García se remonta a la teoría inicial de la burocracia para explicar el rol meramente instrumental de los agentes que la conforman:

*“La teoría política inicial de la burocracia tiene una impronta liberal y responde a un modelo ingenuo de la sociedad política: las cortes en representación del pueblo dictan las leyes y al ejecutivo le corresponde ejecutarlas. En ese modelo, la burocracia es un mero instrumento del Estado, con dos claras pautas: eficacia y fidelidad.”* (García, 2002: 724).

<sup>9</sup> Unilateralismo entendido como teoría que plantea que el Estado tiene la facultad de obligar a los ciudadanos a la prestación de servicios.

### 1.1.2.3. Teorías de Derecho Público

#### a) Contractuales

Bielsa se adhiere a esta teoría. Si bien reconoce la existencia de “*diferencias irreductibles*” entre el derecho privado y el público, considera que confluyen elementos en común en el caso del contrato en el Empleo Público. A pesar de reconocer la competencia del Estado para establecer los derechos y obligaciones de sus empleados, no puede negarse el carácter de contrato que tiene dicha relación jurídica, dado que se necesita el consentimiento de estos para formalizar el vínculo (Bielsa, 1964: 69).

Por un lado, el autor antes citado distingue entre contrato de derecho público y contrato de derecho privado, en virtud de la contraparte de que se trate (Estado y empresa privada, respectivamente), se trata inicialmente de una diferencia en atención a la naturaleza de las partes contratantes (Bielsa, 1964: 66). Por otro lado, se muestra de acuerdo con que se persiguen finalidades distintas, interés público versus interés particular (Bielsa, 1964: 66).

Asimismo, para justificar que la relación con los agentes de la administración (llama así a los empleados) se enmarca dentro del Derecho Público, indica que nombramiento es un acto administrativo debido a que (i) la retribución es fijada por el presupuesto en ejercicio del poder público y (ii) el régimen administrativo comprende a todos los empleados de la Nación (Bielsa, 1964: 66).

Finalmente, Bielsa sustenta la similitud y la diferencia sutil entre el empleo privado y el público, de la siguiente manera:

*“(...) los derechos del empleado y el régimen disciplinario de la empresa privada, es análoga a la del estatuto de funcionarios públicos [el autor señala que en las empresas privadas se generan reglamentos sobre condiciones, obligaciones y derechos del empleado formando como un «estatuto» de trabajo y, al momento de contratar, el empleado acepta en bloque todo ello por lo que es un contrato de adhesión]. Sólo el fin de la reglamentación difiere esencialmente: en la empresa privada es el*

*interés privado; en la empresa pública es el interés público”* (Bielsa, 1964: 67).

Por tanto, siguiendo al autor, lo planteado tiene en común con la teoría de derecho político el hecho de que el contenido de la relación obligatoria lo determina unilateralmente el Estado, pero la diferencia se encuentra en el hecho de que la instauración de dicha relación es consensual, por lo que requiere consentimiento del empleado (Bielsa, 1964: 66-69).

En ese mismo sentido, Alberto Ruiz Eldredge (Ruiz, 1990: 143) y Rafael Entrena Cuesta (Entrena, 1976: 383), citados por Balbín, entienden que la relación de Empleo Público debe su origen a un acto contractual que podría denominarse “*contrato de función pública*” o “*contrato de derecho público*”, en donde se rescata la voluntad individual del empleado, pero que se diluye una vez que ingresa al marco de la relación de subordinación radical frente a la Administración Pública (Balbín, 2005: 31).

Vemos la importancia de resaltar la bilateralidad en la constitución del vínculo, así como la trascendencia que tiene para esta teoría enmarcar la relación jurídica en el ámbito del Derecho Público, por la relación de subordinación radical en la que ubica al prestador del servicio. Reforzando esta noción, Carlos Ferrari, citado por Josefa Cantero (Cantero, 2001: 29), sostiene que el nombramiento de los empleados públicos por parte del Estado no es sino una manifestación del poder de este para organizar y satisfacer las necesidades que tiene de servicios personales, por lo que se trata de una relación de Derecho Público (Ferraris, 1923: 203).

Sin embargo, en la línea de Cantero, el obstáculo que esta teoría debe superar está relacionado con la facultad con que cuenta la Administración Pública para modificar de manera unilateral las condiciones de la prestación del servicio, por medio de leyes y reglamentos, negando con ello la alegada naturaleza consensual del vínculo (Cantero, 2001: 29).

Desde otra perspectiva crítica, Carlos Lozano afirma que se debe partir de entender que las necesidades colectivas prevalecen sobre las necesidades del

privado, en ese sentido, si bien es una relación de Derecho Público, no es un contrato (Lozano, 1944: 48). Someter las decisiones del Estado a discusión – asumir que se trata de un contrato- con sus subordinados, entorpece la movilidad del Estado para cumplir con sus fines (Lozano, 1944: 48-62). De acuerdo con dicho autor, los representantes de esta teoría pretenden dotar a la función pública de la estabilidad con que cuentan los contratos, sin tomar en consideración que fuera de una institución contractual, se pueden encontrar otras fórmulas igual de estables (Lozano, 1944: 62).

De igual modo, Lozano indica que no se encuentran presentes los elementos para que se forme un contrato, a saber (Lozano, 1944: 48-62):

- No hay capacidad civil del Estado, ya que este, en cambio, actúa como soberano.
- Se trata de naturalezas jurídicas distintas. Una persona de derecho público y un particular plantean la imposibilidad de la existencia de un vínculo en común.
- El Estado es soberano para fijar las condiciones de empleo de manera unilateral. Ello es así debido a que el fin del Estado es satisfacer una necesidad de carácter público. En consecuencia, las condiciones no se discuten.
- No es verdad que exista libertad de consentimiento en la formalización del vínculo. La función se desempeña no debido al libre ofrecimiento sino siguiendo un proceso previo.
- No existe verdadera determinación del objeto de la prestación del servicio, puesto que este objeto puede variar de acuerdo a las necesidades de la Administración Pública. Por ejemplo, enumera el aumento o disminución del sueldo, los traslados, etc.

#### **b) Estatutarias**

De acuerdo con Bielsa, para esta teoría la relación jurídica no tiene carácter contractual, ya que el estatuto legal es un acto unilateral de autoridad del Estado (Bielsa, 1964: 78). Por su parte, Edgardo Balbín, siguiendo a Octavio Racciatti (Racciatti, 1994: 55) precisa que:

*“(...) la noción de estatuto identifica a un conjunto normativo distinto del que rige las prestaciones de servicios subordinadas en el ámbito privado, cuyo cometido es la regulación de la relación jurídica del empleo en la administración pública, determinando su objeto y contenido, las formas de organización, desarrollo, modificación y extinción”* (Balbín, 2005: 29).

Asimismo, Balbín precisa que son dos los rasgos característicos de la tesis estatutaria, por un lado la unidad de la organización y, por otro, la rigidez de su régimen jurídico (Balbín, 2005: 29). En cuanto a la primera característica, alude a la unicidad de la función desarrollada, esto es, el ejercicio de la función destinada a la consecución del interés general (Balbín, 2005: 29). De esta forma, indica que el estatuto plantea una regulación igualitaria para todo aquel que preste servicios para la Administración Pública, uniformizando sus condiciones de empleo al punto de permitir el desplazamiento de trabajadores con idéntica calificación entre diversos organismos estatales, consolidando la idea de *“un único centro de regulación y gobierno de la relación de empleo y de imputación de la posición de contraparte”* (Balbín, 2005: 29).

En relación a la segunda característica de la tesis estatutaria, Balbín apunta que se la puede ver desde las siguientes dos perspectivas: una rigidez externa que se refiere a la imposición de mecanismos de acceso y extinción fundados en causalidad objetiva; y una rigidez interna que alude a la posibilidad con que cuenta la Administración Pública para regular las condiciones de la prestación del servicio, el recurso a la norma estatal (Balbín, 2005: 29-31).

En cuanto a los elementos que componen ese estatuto, Maurice Hauriou, citado por Bielsa, indica que el nombramiento de los funcionarios entraña:

*“(…) un estatuto legal o reglamentario de funcionarios, constituido por dos elementos: por una parte, el hecho de pertenecer a los cuadros de la institución administrativa, y por la otra, la posesión de un empleo público”* (Bielsa, 1964: 53).

De otro lado, Jèze, otro de los representantes de esta teoría, se pronuncia sobre el régimen al cual están sometidos los agentes o funcionarios públicos, indicando que es el Derecho Administrativo el que se ocupa de ellos (Jèze, 1928: 428). Asimismo, en cuanto a la definición del concepto de agentes públicos, el autor citado indica que son aquellas personas investidas de *“(…) un empleo permanente, normal, mediante el cual se satisface un servicio público”*, (Jèze, 1928: 446). En cuanto a la determinación de los derechos y obligaciones de los empleados, Jèze indica que *“(…) la situación de los agentes públicos será unilateralmente regulada por los jefes del servicio o por los gobernantes. Ningún contrato intervendrá en ningún momento”* (Jèze, 1928: 448). Resalta también la importancia de la satisfacción del interés público por sobre los particulares (que pueden representarse por los derechos de los agentes), según el siguiente razonamiento:

*“Una buena organización del servicio público es la que asegura la satisfacción de las necesidades de interés general sin imponer sacrificio de alguno de los agentes. Y es posible lograr este resultado sin recurrir al sistema contractual, si antes de que se adopte una resolución tocante a los empleados del servicio les consultan sus jefes sobre su opinión y sus deseos”* (Jèze, 1928: 448-449).

Con todo ello, siguiendo a Balbín, se determina un modelo de gestión sobre la base de actos administrativos, lo que trae necesariamente la aplicación inmediata de las instituciones del Derecho Administrativo y, con ello, la eliminación de la fuerza vinculante de la voluntad del empleado, negándoles capacidad para establecer el contenido de la relación de empleo (Balbín, 2005: 32-33).

#### **1.1.2.4. Las tesis sobre el Empleo Público que al día de hoy están vigentes**

Josefa Cantero Martínez, refiriéndose a la doctrina del siglo XX sobre el Empleo Público, indica que los autores se preocuparon por explicar y justificar la especialidad de la prestación de trabajo en la Administración Pública, configurándola como una modalidad distinta de la relación sometida a las normas laborales (Cantero, 2001: 28). Así, de todas las teorías que han abordado esta materia, indica que la teoría estatutaria es la que ha gozado de mayor aceptación (Cantero, 2001: 31). Vale precisar que para Cantero, es indiferente hablar de teoría estatutaria o unilateralista, las utiliza como sinónimos.

A esta conclusión habría que agregar otra tesis que, al igual que la estatutaria, ha gozado de amplia aceptación en la doctrina. Nos referimos a la tesis contractualista de derecho privado, o dicho de otro modo: la tesis que plantea someter las prestaciones de servicios en la Administración Pública al Derecho del Trabajo.

La referencia al caso español ayuda a consolidar la vigencia de las dos tesis antes referidas. Cantero menciona que se experimentó una incursión del Derecho del Trabajo en el ámbito estatal, existiendo una permisión al personal laboral dentro de la Administración Pública, a pesar de que el régimen que se instaló en el ordenamiento jurídico español para regular el Empleo Público fue el estatutario, constituyendo ahora un sistema dual (Cantero, 2001: 66).

En el escenario latinoamericano sucedió algo similar. Guillermo Miranda indica que el Derecho Administrativo rigió durante buen tiempo en el Empleo Público debido a que la burocracia hasta finales de la década de 1980, gozó de un relativo estado de “bienestar”. Recién con los procesos de privatización, llevados a cabo a inicios de la década de 1990, es que el laboralismo latinoamericano se empieza a preocupar por el empleo público (Miranda, 2004: 63-69). Esta situación ha dado como resultado que, al día de hoy, el Decreto Legislativo N° 728, que inicialmente se emitió para regular las relaciones



laborales en el sector privado, se apliquen también para las que se constituyan en el marco de la Administración Pública.

### **1.1.3. La difícil tarea de ubicar los principios del Empleo Público, requisito para sustentar la autonomía de esta disciplina**

Recordemos que, a decir de Rocco, una de las características para determinar la independencia de una disciplina jurídica es que se posean doctrinas homogéneas, sustentadas por conceptos generales comunes que difieran de los de otras áreas del Derecho. Para el cumplimiento de tal requisito, el autor citado alude a la existencia de principios generales de, por ejemplo, el Derecho Mercantil y enumera algunos que difieren de los del Derecho Civil (Rocco, 1931: 68).

Sin embargo, consideramos que ordenamientos jurídicos como el nuestro tornan compleja la tarea de ubicar los principios especiales del Empleo Público y, así, cumplir con el requisito propuesto por Rocco. Al margen de regular de manera independiente el Empleo Público y el Derecho del Trabajo, ofrecen una dispersión normativa al interior de la Administración Pública que incluyen listados independientes de principios, incluso reconociendo la incursión de los del Derecho del Trabajo.

En ese sentido, para efecto de cumplir con el requisito planteado por Rocco, consideramos que, en el orden de temas, corresponde en primer lugar definir nuestra posición en relación a la idea de principios jurídicos. Bajo tal definición, en segundo lugar, hurgar en la normativa peruana (entendida como toda conducta bajo una lógica deóntica) cuáles son los principios del Empleo Público.

Existen diversas posiciones acerca de la definición y funciones de los principios jurídicos<sup>10</sup>. No obstante, si en algo coinciden los autores es en la existencia de

---

<sup>10</sup> Si bien no es objeto de la presente tesis abrir una discusión acerca de las distintas definiciones del concepto estudiado, ya que partimos de la concepción de Alexy, puede verse un ejemplo cercano, de manera referencial. Así, por ejemplo, desde el Derecho del Trabajo, Plá

dichos principios y en su incidencia en la aplicación del Derecho. En ese sentido, superando la discusión, en la presente tesis nos adherimos a la definición propuesta por Robert Alexy, no sin antes hacer una breve referencia a Marcial Rubio y a Ronald Dworkin, como justificación previa.

Nuestro ordenamiento jurídico nos plantea dos grandes pautas para la aplicación de los principios, de las cuales podemos inferir algunas ideas para su definición. Así, por un lado, el artículo VIII del Título Preliminar de Código Civil peruano de 1984, regula la obligación de suplir los defectos o deficiencias de la ley en el siguiente sentido:

*Artículo VIII.- Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los*

---

Rodriguez, armonizando definiciones de Alonso García, De Castro, Couture y Real, nos propone la siguiente definición:

*“Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”.* (Plá Rodríguez, 1978: 8).

Por su parte, Ricardo Herrera, tomando de referencia de otros autores, presenta las distintas funciones que, desde su perspectiva, tendrían los principios jurídicos:

- La función integradora: para cubrir las lagunas del ordenamiento jurídico, este ofrece dos recursos, la analogía y la aplicación de los principios generales del Derecho, siendo estos últimos residuales del primer recurso (Herrera, 1991: 93-94).
- Función informadora: por un lado informan la estructura de las normas y del sistema, configurando ideas de contenido axiológico o juicios de valor; por ejemplo, la noción de democracia representativa y Estado social de derecho. Por otro lado, informan sobre la forma de operar de las normas y del sistema, mediante una óptica jurídica que ayude a interrelacionar las diversas normas entre sí; por ejemplo, mediante el principio de legalidad. Finalmente, informan el contenido de las normas jurídicas, inspirando al legislador (Herrera, 1991: 97-98).
- Función interpretadora: pautas orientadoras para el aplicador del Derecho, herramientas con que cuenta el intérprete en su método interpretativo (Herrera, 1991: 102).

*principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.*

Por su parte, el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución Política de Perú de 1993, establece como uno de los principios de la función jurisdiccional:

*8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.*

El ordenamiento jurídico se sincera mediante la normativa citada y reconoce que no es pleno, por el contrario, acepta sus vacíos y deficiencias, para luego ofrecer a los operadores del Derecho métodos de corrección que los ayuden a superar tales situaciones. En ese sentido, no hay duda que los principios en el ordenamiento jurídico peruano tienen una función práctica, como recurso para superar las imperfecciones de la ley.

Esta referencia es trascendente para nuestro análisis. En el seno de dicha afirmación descansa una idea de principios que, consideramos, nos permite un primer acercamiento a la definición del concepto. En efecto, que las normas establezcan que los principios sirven para suplir los defectos, vacíos o deficiencias de la ley, quiere decir –necesariamente– que estamos frente a categorías distintas, de tal forma que: siempre que “X” no funcione, se aplica “Y”.

En ese sentido, autores como Marcial Rubio hacen alusión a esta aplicación supletoria de principio a Ley. Indica Rubio que la presencia de principios en el ordenamiento jurídico no es una cuestión novedosa, ya que han tenido un reinado importante en la concepción del Derecho a lo largo de la historia, mientras que la legislación se ha posicionado progresivamente recién en los últimos doscientos años (Rubio, 2009: 281). Como ejemplo, el autor menciona el caso del Derecho Romano (antecedente de nuestro sistema jurídico, como se verá más adelante), que no fue constituido sobre la base de leyes por el emperador, sino conducidos en virtud de principios (Rubio, 2009: 281).

De igual forma, siguiendo a Rubio, otro suceso importante en la historia que grafica la vigencia de principios del Derecho es la revolución liberal en Europa, en donde resaltan los grandes principios que la inspiraron, los mismos que fueron con posterioridad incorporados a los textos legislativos (Rubio, 2009: 282). Sin embargo, con el paso de los años los principios parecerían haber cedido terreno ante las normas positivas, concluye Rubio:

*“Así, los principios generales, de ser sumamente importantes en la concepción del Derecho, pasaron a un plano secundario frente a la importancia creciente y definitoria de la legislación. La escuela positiva, liderada por Hans Kelsen, no es sino la expresión más lograda de este fenómeno que encuentra su explicación en la historia, sobre todo en su último tramo.”* (Rubio, 2009: 283)

La idea preliminar, entonces, queda demarcada. Cuando la Constitución y el Código Civil se refieren a Ley y a principio, abordan cuestiones diferentes. Tanto es así que cuando la primera falle, recurrimos al segundo. En este contexto, otro autor que consideramos delimita bien esta diferencia es Ronald Dworkin, quien conceptualiza la idea de “principios jurídicos” como estándar distinto al de las normas jurídicas, en el marco de su crítica al positivismo jurídico<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Tampoco es objeto de esta tesis, pero debido a que se toma la referencia de Dworkin en el marco de su crítica al positivismo jurídico, debe considerarse que el autor mencionado especialmente pone la mira en la obra de H. L. A. Hart, para efecto de plantear su crítica. En ese sentido, corresponde mencionar de manera referencial que Hart, citado por Dworkin, plantea una distinción entre normas primarias y secundarias. Las primeras tienen por objeto asegurar derechos o imponer obligaciones; mientras que las segundas establecen cómo y quiénes pueden formar, reconocer, modificar o extinguir normas primarias (Dworkin, 1984/2012: 65-70).

Asimismo, para Hart una norma puede ser obligatoria debido a que es aceptada o porque es válida, siendo que sólo cuando exista una norma secundaria que regule la manera en que se identificarán las normas jurídicas, recién entonces nacerá la idea del derecho en determinada sociedad. Hart llama a esta norma secundaria la “regla de reconocimiento” (Dworkin, 1984/2012: 65-70).

Señala el autor que cuando los juristas discuten derechos y obligaciones jurídicas, especialmente casos difíciles, se valen de estándares que no funcionan como normas, sino como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas (Dworkin, 1984/2012: 72). Esta visión, a decir del autor, se contrapone a la del positivismo jurídico que plantea un modelo para un sistema de normas que tiene como fuente única la actividad legislativa, negando los estándares que no son normas (Dworkin, 1984/2012: 72).

No obstante, consideramos oportuno realizar una precisión. Cuando Dworkin alude al concepto de norma jurídica, creemos que lo hace en el mismo sentido en que Rubio y nuestra legislación entienden el concepto de Ley. Es decir, un producto normativo emitido por el ente competente. Frente a este producto normativo, Dworkin se revela, aportando la vigencia de estándares distintos, como los principios, en la aplicación del Derecho<sup>12</sup>.

Con mayor claridad, Robert Alexy centra el problema de los principios y ofrece una mejor caracterización de los mismos. De su doctrina, rescatamos cuatro importantes ideas que nos servirán para darle sentido al concepto: i) norma, ii) enunciado normativo, iii) regla y iv) principio. Alexy plantea una relación de género y especie entre algunas de ellas. Así, para el autor, el concepto de

---

<sup>12</sup> En ese sentido, precisa Dworkin que entre los principios jurídicos y las normas jurídicas hay una diferencia lógica. En el caso de éstas últimas, se aplican de manera disyuntiva: si los hechos que regula la norma se presentan, ésta podrá ser válida –siendo la respuesta aceptada- o inválida –en cuyo caso no aporta nada a la decisión- (Dworkin, 1984/2012: 74-77).

Mientras que en el caso de los principios jurídicos, a diferencia del caso de las normas, afirma el autor que tienen una dimensión de peso o importancia que no tienen las primeras, de tal forma que cuando colisionen dos principios:

*“(...) quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia.”* (Dworkin, 1984/2012: 77-78).

norma es uno de tipo genérico que engloba, a su vez, las ideas de regla y principio (Alexy, 1986/1997: 81).

En segundo lugar, acerca del concepto de enunciado normativo, el autor entiende que se trata de una forma de expresión de la norma, de tal manera que *“Una norma es, pues, el significado de un enunciado normativo”* (Alexy, 1986/1997: 51). Enunciado normativo será, entonces, lo que nuestro Tribunal Constitucional entiende por “disposición normativa”:

*“34. La existencia de toda esta clase de sentencias del Tribunal Constitucional es posible sólo si se tiene en cuenta que, entre «disposición» y «norma», existen diferencias (Riccardo Guastini, ««Disposizione vs. norma», en Giurisprudenza Costituzionale, 1989, pág. 3 y ss.). En ese sentido, se debe subrayar que en todo precepto legal se puede distinguir:*

- a) El texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal (disposición) (...). FJ 34 de la Sentencia recaída en el Expediente Nº 010-2002-AI/TC.*

Sin embargo, debemos tomar en cuenta que, como precisa Alexy, no siempre las normas se expresan por medio de enunciados normativos, *“las normas pueden ser expresadas también sin recurrir a enunciados, por ejemplo, a través de las señales luminosas de un semáforo”* (Alexy, 1986/1997: 51). Esto es importante porque nos indica que las normas preexisten a los enunciados normativos. Pueden existir normas sin que éstas hayan sido reguladas por medio de alguna Ley. En palabras del mismo Alexy *“Esto pone de manifiesto que el concepto de norma es el concepto primario con respecto al concepto de enunciado normativo”* (Alexy, 1986/1997: 52).

¿De qué manera reconocemos una norma? Ya sea que se exprese o no mediante un enunciado normativo, Alexy nos dice que para tal fin, debemos recurrir a las modalidades deónticas que nos permiten abstraer que una norma es tal debido a que establece un mandato, una prohibición o una permisión, a

diferencia de los conceptos axiológicos y antropológicos (Alexy, 1986/1997: 52).

Al respecto, Von Wright, citado por Alexy, delimita las diferencias entre los conceptos antes señalados de la siguiente manera:

- Concepto deóntico: son aquellos que disponen mandatos, prohibiciones, permisiones y el derecho a algo, todas estas formulaciones, a su vez, pueden ser subsumidas en el concepto deóntico fundamental de mandato o de deber ser (Alexy, 1986/1997: 139).
- Concepto axiológico: su concepto fundamental no es el del deber ser, sino el de lo bueno, pudiendo recurrirse a conceptos como bello, valiente, seguro, económico, democrático, social, liberal, para perseguir la idea axiológica fundamental de lo bueno (Alexy, 1986/1997: 139-140).
- Concepto antropológico: son aquellos que están referidos a expresar la voluntad, interés, necesidad, decisión y acción (Alexy, 1986/1997: 140).

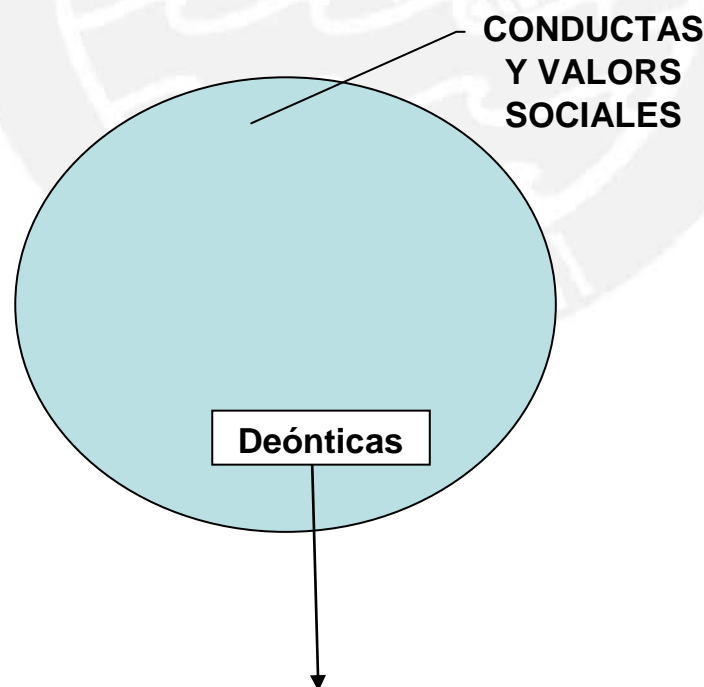
Ahora bien, de acuerdo con Alexy, la concepción de los principios (que se enmarcan dentro de los conceptos deónticos, como hemos visto) viene dada por oposición a la idea de regla, distinción que, según precisa, es la más importante de la teoría de los derechos fundamentales, ya que gracias a ella se tiene una teoría sobre la colisión y sobre el papel de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico (Alexy, 1986/1997: 81).

Alexy reconoce que la distinción entre reglas y principios no es novedosa, sin embargo a pesar de su antigüedad existe confusión y polémica (Alexy, 1986/1997: 81). Añade el autor, como adelantábamos, que ambas categorías, regla y principio, son parte de un mismo género llamado norma, toda vez que ambos *“dicen lo que debe ser”*, es decir, en ambos casos se pueden abstraer fórmulas deónticas básicas, del tipo mandato, permisión y prohibición (Alexy, 1986/1997: 83).

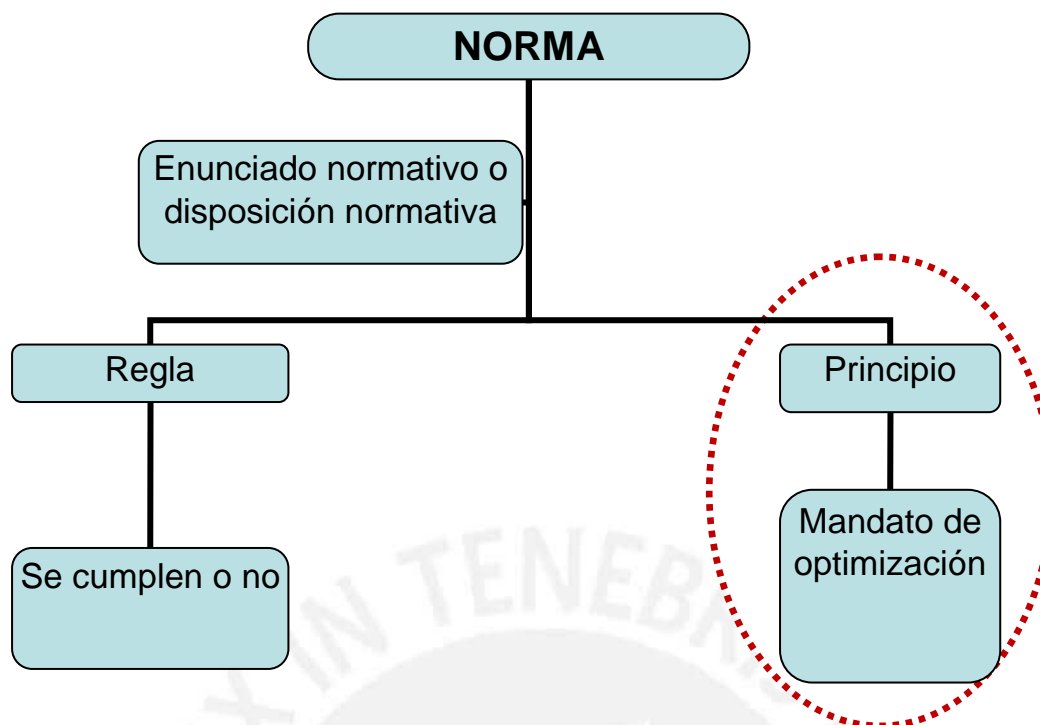
Así las cosas, Alexy centra el problema indicando que la distinción entre reglas y principios termina siendo una distinción entre dos tipos de normas (Alexy, 1986/1997: 83). En ese sentido, para distinguir entre una y otra, se debe recurrir a un criterio de diferencia gradual y de diferencia cualitativa (Alexy, 1986/1997: 86).

Sobre la base de este criterio de distinción, Alexy indica que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales (Alexy, 1986/1997: 86). En ese sentido, los principios terminan siendo mandatos de optimización, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos o no, dentro de las posibilidades reales y jurídicas, estas últimas caracterizadas por los principios y reglas a los que se oponen (Alexy, 1986/1997: 86).

Frente a ellos, indica Alexy, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no, siendo que si una regla es válida deberá ser cumplida ya que contiene una determinación fáctica, aquí la diferencia cualitativa entre regla y principio (Alexy, 1986/1997: 87).







De acuerdo a lo expuesto hasta aquí, podemos afirmar que en cada momento histórico, las sociedades se ven influenciadas por determinados valores que condicionan la interacción de las personas. Pero, no todos estos valores pueden ser considerados normas jurídicas. Algunos pondrán de manifiesto las creencias religiosas o morales de una sociedad. Otros podrán expresar prácticas sociales como, por ejemplo, hacer fila para comprar el ticket del cine. Pero, únicamente serán productos normativos aquellos valores que puedan ser traducidos a una lógica deóntica que nos permita inferir un mandato o un deber ser. Una vez ubicados tales mandatos, siguiendo a Alexy, podremos determinar cuáles son reglas o principios en función de si su aplicación permite algún grado de flexibilidad (mandatos de optimización que caracterizan a los principios).

En ese sentido, consideramos que el problema en la búsqueda de los principios especiales del Empleo Público peruano reside en la ausencia de un verdadero estudio de las conductas o valores sociales vigentes en la Administración Pública, especialmente en el marco del Empleo Público. No se ha logrado traducir a una lógica deóntica tales valores o conductas. En consecuencia, no

hay claridad respecto de cuáles son los mandatos de optimización (principios) que son de aplicación exclusiva en este ámbito.

Al día de hoy, existen 16 normas que regulan derechos y obligaciones de servidores y funcionarios públicos, determinan su modalidad de acceso y, en la mayoría de casos, establecen un listado independiente de principios especiales. Hasta la fecha no se ha analizado si es que tales principios expresan los valores normativos actualmente vigentes en el Empleo Público. ¿Son todos ellos los principios especiales del Empleo Público?

En el cuadro siguiente podemos observar los principios que cada uno de las normas regula:

Nº	NORMA	PRINCIPIOS
1	Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil	Título Preliminar  Artículo III.- Principios de la Ley del Servicio Civil  a) Interés general (...) b) Eficacia y eficiencia (...) c) Igualdad de oportunidades (...) d) Mérito (...) e) Provisión presupuestaria (...) f) Legalidad y especialidad normativa (...) g) Transparencia (...) h) Rendición de cuentas de la gestión (...) i) Probidad y ética pública (...) j) Flexibilidad (...) k) Protección contra el término arbitrario del Servicio Civil (...)
2	Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público	Artículo IV.- Principios  1. Principio de legalidad (...) 2. Principio de modernidad (...) 3. Principio de imparcialidad (...) 4. Principio de transparencia y rendición de cuentas (...) 5. Principio de eficiencia (...) 6. Principio de probidad y ética pública (...) 7. Principio de mérito y capacidad (...)

		<p>8. Principios de Derecho Laboral (...)</p> <p>9. Principio de preservación de la continuidad de políticas del Estado (...)</p> <p>10. Principio de provisión presupuestaria (...)</p>
3	Decreto Legislativo N° 276, Ley de bases de la Carrera Administrativa	<p>Artículo 4º.- PRINCIPIOS DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA.-</p> <p>a. Igualdad de Oportunidades;</p> <p>b. Estabilidad;</p> <p>c. Garantía del nivel adquirido; y</p> <p>d. Retribución justa y equitativa, regulada por un sistema único de remuneraciones.</p> <p>5º.- PRINCIPIOS DEL SISTEMA UNICO DE REMUNERACIONES.-</p> <p>a. Universalidad;</p> <p>b. Base técnica;</p> <p>c. Relación directa con la Carrera Administrativa; y,</p> <p>d. Adecuada compensación económica.</p>
4	Decreto Legislativo N° 728, TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral	Al ser una norma que nació para regular las relaciones laborales del sector privado, en principio, le son de aplicación todos los principios establecidos por la jurisprudencia y doctrina mayoritaria, los mismos que serán desarrollados más adelante.
5	Decreto Legislativo N° 1057	<p>Artículo 1.-</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Principios de méritos y capacidad,</li> <li>- Principio de igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública.</li> </ul>
6	Decreto Legislativo N° 1024, Decreto Legislativo que crea y regula el cuerpo de gerentes públicos	No cuenta con regulación expresa de principios.
		<p>Artículo 6.- Capacitación y perfeccionamiento El Estado (...) sobre la base del principio de igualdad de oportunidades.</p> <p>Artículo 9.- Deberes del funcionario</p>

7	Ley N° 28091 que regula el Servicio Diplomático de la República	<p>(...)</p> <p>a) Cumplir los principios<sup>13</sup> y normas que rigen el Servicio Diplomático y contribuir al fortalecimiento y defensa institucionales.</p> <p>Artículo 19 de su Reglamento: (...)</p> <p>Los funcionarios del Servicio Diplomático gozan de (...)</p> <p>i) (...) Los funcionarios Diplomáticos cónyuges serán nombrados a prestar servicio en el exterior en un mismo país. (...) los gastos de traslado e instalación que se otorgan a uno de ellos, en virtud del principio de la unidad familiar.</p> <p>Artículo 78.- La Comisión de Personal (...) realiza su labor (...) en estricto apego a los principios de legalidad y respeto del debido proceso.</p> <p>Artículo 200.- Conforme a las disposiciones constitucionales el ingreso a la Academia Diplomática se rige por los principios de no discriminación e igualdad de oportunidades.</p>
8	Ley N° 23733 que regula el régimen de los profesionales que se rigen por la Ley Universitaria	No cuenta con regulación expresa de principios.
9	Ley N° 23536 que regula el régimen de los profesionales de la Salud	Artículo 4.- La carrera pública de los profesionales de la salud, es el proceso mediante el cual se propicia la incorporación de personal idóneo, garantizando su estabilidad laboral y brindándole oportunidades de desarrollo y progresión en el ejercicio de la profesión.
		<p>Artículo 2.- El régimen laboral del magisterio público se sustenta en los siguientes principios:</p> <p>a. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: Los derechos y obligaciones que genera el ejercicio de la profesión docente se enmarcan dentro de lo establecido en la Constitución Política del Perú, la Ley 28044, Ley General de Educación, y sus modificatorias, la</p>

<sup>13</sup> El Reglamento no desarrolla cuáles serían tales principios, tampoco existe normativa adicional al respecto.

<p>10</p>	<p>Ley N° 29944 que regula el régimen los profesionales que se rigen por la Ley de la Reforma Magisterial</p>	<p>presente Ley y sus reglamentos.</p> <p>b. PRINCIPIO DE PROBIDAD Y ÉTICA PÚBLICA: La actuación del profesor se sujeta a lo establecido en la Constitución Política del Perú, la Ley del Código de Ética de la Función Pública y la presente Ley.</p> <p>c. PRINCIPIO DE MÉRITO Y CAPACIDAD: El ingreso, la permanencia, las mejoras remunerativas y ascensos en la carrera magisterial se fundamentan en el mérito y la capacidad de los profesores.</p> <p>d. PRINCIPIO DEL DERECHO LABORAL: Las relaciones individuales y colectivas de trabajo aseguran la igualdad de oportunidades y la no discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la interpretación más favorable al trabajador en caso de duda insalvable.</p>
<p>11</p>	<p>Ley N° 28359 que regula la situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas</p>	<p>Artículo 19.- Ascenso en el grado de militar</p> <p>El ascenso constituye un factor inherente al desarrollo de la línea de carrera militar en el personal de Oficiales de las Fuerzas Armadas, en estricta observancia de los principios rectores y lineamientos prescritos en la respectiva Ley de Ascensos.</p> <p>Ley N° 29108 “Ley de Ascensos de Oficiales de las Fuerzas Armadas”:</p> <p>Artículo 2.-</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Meritocracia (...)</li> <li>b. Legalidad (...)</li> <li>c. Objetividad y transparencia (...)</li> <li>d. Igualdad de derechos y oportunidades (...)</li> <li>e. Ética (...)</li> </ul>
		<p>Artículo 6º.- Principios y valores</p> <p>Para el ejercicio de sus funciones, atribuciones y facultades, la Policía Nacional del Perú se orienta por los siguientes principios:</p>

12	Decreto Legislativo N° 1148 <sup>14</sup> que regula la Carrera y Situación del personal de la Policía Nacional del Perú	<ol style="list-style-type: none"> <li>1) Primacía de la persona humana y sus derechos fundamentales (...)</li> <li>2) Unidad de la función policial (...)</li> <li>3) Unidad de Comando (...)</li> <li>4) Gratuidad (...)</li> <li>5) Acceso universal a los servicios (...)</li> <li>6) Transparencia y rendición de cuentas (...)</li> <li>7) Legalidad (...)</li> <li>8) Continuidad del servicio policial (...)</li> <li>9) Eficiencia, eficacia y mejora continua (...)</li> </ol> <p>Los valores que rigen al personal de la Policía Nacional del Perú son:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) Honor (...)</li> <li>2) Honestidad (...)</li> <li>3) Justicia (...)</li> <li>4) Integridad (...)</li> <li>5) Cortesía (...)</li> <li>6) Disciplina (...)</li> <li>7) Sacrificio (...)</li> </ol>
13	Ley N° 29709 que regula la Carrera Especial Pública Penitenciaria	<p>Artículo I. Principio de efectividad en el Sistema Penitenciario (...)</p> <p>Artículo II. Principio de meritocracia (...)</p> <p>Artículo III. Principio de probidad y ética pública (...)</p>
14	Decreto Legislativo N° 052 que regula el régimen de los servidores regulados por la Ley Orgánica del Ministerio Público	Artículo 4.- En los casos de deficiencia de la Legislación Nacional, el Ministerio Público tendrá en consideración los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano, en el ejercicio de sus atribuciones.
		<p>Título Preliminar</p> <p>PRINCIPIOS RECTORES DE LA CARRERA</p>

<sup>14</sup> En la referencia a la norma, hay una errata en la Ley del Servicio Civil que hasta la fecha no se enmienda. Consignan el Decreto Legislativo N° 1449, cuando debería ser el Decreto Legislativo N° 1048.

15	Ley N° 29277 que regula el régimen de los magistrados adscritos a la Carrera Judicial	<p>JUDICIAL</p> <p>Artículo I.- Independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional (...)</p> <p>Artículo II.- Permanencia e inamovilidad de los jueces (...)</p> <p>Artículo III.- Mérito (...)</p> <p>Artículo IV.- Eticidad y probidad (...)</p> <p>Artículo VI.- Especialización (...)</p> <p>Artículo VII.- Debido proceso, tipicidad y legalidad (...)</p> <p>Artículo VIII.- Organización funcional (...)</p>
16	Ley N° 29806, Ley que regula la contratación de personal altamente calificado en el sector público y dicta otras disposiciones	<p>Artículo 1. Finalidad</p> <p>La presente norma regula la contratación de profesionales altamente calificados para ocupar puestos en las entidades públicas del Poder Ejecutivo, bajo los principios de mérito y transparencia (...)</p>

Elaboración propia

Con esta dispersión normativa, por un lado, es difícil determinar cuáles de los principios establecidos en las distintas normas serían los que deberíamos considerar como los principios especiales del Empleo Público peruano. Por otro lado, también es válido preguntarse si es que estos serían los únicos principios o si es que los valores y conductas sociales, actualmente vigentes, nos permiten inferir algunos otros, no necesariamente expresos en cada norma.

En buena cuenta, ambas cuestiones nos llevan en una sola pregunta: ¿cuáles son los principios del Empleo Público? Pregunta para la cual, como hemos adelantado, no hemos encontrado respuesta en la doctrina. No obstante, dado que se trata de una pregunta trascendental para efecto de concluir en la autonomía o no del Empleo Público, consideramos necesario embarcarnos en la difícil tarea de ubicarlos.

Para ello, como se ha expuesto párrafos atrás, necesitaremos revisar, por un lado, las normas o institutos jurídicos<sup>15</sup> actualmente vigentes, con el objeto de determinar los principios sobre los cuales éstos se asientan. Pero, por otro lado, también debemos revisar los valores y conductas sociales que actualmente, sin ser derecho positivo, expresan normas del tipo de mandatos de optimización.

En ese sentido, la pauta para esta revisión, como se desarrollará en el siguiente Capítulo, nos la da Carlos Ramos, quien indica que si queremos conocer completamente una institución jurídica no podemos prescindir de su historia (Ramos, 2013: 32).

---

<sup>15</sup> Al respecto, partiremos de la definición propuesta por Vincenzo Roppo en relación al concepto de *“instituto jurídico”*, toda vez que podría creerse que el objeto de este ejercicio es ubicar las normas que conforman determinado instituto jurídico.

En ese sentido, atendamos a la definición que Roppo plantea:

*“(...) [instituto jurídico] indica el conjunto de las normas jurídicas que regulan un determinado e importante fenómeno de la vida social: por ejemplo el instituto del matrimonio es el conjunto de las normas que regulan la unión estable y formalizada entre un hombre y una mujer; el instituto de la propiedad es el conjunto de las normas que disciplinan el uso de las cosas, y así por el estilo para los otros institutos como el contrato, la responsabilidad, el testamento, etc.”* (Roppo, 2015: 94).

Luego, un instituto jurídico podría asemejarse a un determinado principio de derecho, confundiéndose con tal debido a que este último soporta al primero o inspira a las normas que conforman el instituto. Sin embargo, en puridad hablamos de cuestiones diferentes.



## **CAPÍTULO II:**

### **LOS PROCESOS HISTÓRICOS QUE CONTEXTUALIZAN LOS PRINCIPIOS DEL EMPLEO PÚBLICO**

#### **2. El método para acercarnos a los principios del Empleo Público**

##### **2.1. La historia social del derecho como herramienta para ubicar los principios del Empleo Público**

Como se ha señalado en el Capítulo I, para sustentar la autonomía del Empleo Público, respecto del Derecho del Trabajo, uno de los requisitos que se debe cumplir es demostrar que tiene principios especiales. Sin embargo, en el Perú, la tarea se torna compleja debido a la vasta normatividad con que contamos en esta materia, en donde la mayoría de las normas enumera sus propios principios, derechos y obligaciones.

Con el objeto de ubicar tales principios y así demostrar la autonomía del Empleo Público, como disciplina independiente del Derecho del Trabajo, utilizaremos como herramienta metodológica el recurso de la historia social del Derecho. Para explicar el método utilizado, inicialmente nos remitiremos a i) Jorge Basadre y su alusión a la influencia de la “escuela histórica” en el Perú;

ii) con posterioridad haremos referencia a Fernando De Trazegnies, en relación a la historia de la idea del Derecho en el Perú y su vinculación con los procesos sociales y económicos; iii) finalmente llegaremos a Carlos Ramos quien, de la manos con Arnaldo Momigliano, enarbola la bandera de la historia social del Derecho como herramienta para entender las normas jurídicas dentro de una realidad cultural específica.

### 2.1.1. Explicando el método empleado para rastrear los principios del Empleo Público en el Perú: el aporte de Jorge Basadre

Jorge Basadre menciona que en el XVIII, la Historia había sido una simple narración de eventos memorables, sin embargo a partir del siglo XIX se convertirá en un verdadero medio para entender las relaciones sociales vigentes, tomando de referencia los fenómenos del pasado (Basadre, 1937: 14).

Indica que en este nuevo contexto, la ley ya no sería un fenómeno abstracto o estático, sino que se le vería como el resultado de un “devenir” (Basadre, 1937: 14). En ese contexto, aparece la escuela histórica, cuyo fundador Karl V. Savigny, citado por Basadre, afirmaba que:

*“El Derecho es un fenómeno de cultura, parejo en sus caracteres al lenguaje, al arte, etc., condicionado históricamente, producido por el espíritu nacional o popular (el cual es concebido como alma colectiva, real) de un modo como instintivo, misterioso, obedeciendo a recónditos impulsos y reacciones. Su origen radica en la convicción jurídica del pueblo, que es una emanación del espíritu nacional; y se manifiesta de un modo inmediato o tiene su fuente capital en la costumbre jurídica, testimonio de dicha convicción. La misión del jurisconsulto, por tanto, debe consistir exclusivamente en recoger, exponer y sistematizar los datos de la convicción jurídica popular, expresada en la costumbre, y en indagar la evolución y proceso histórico del Derecho para su mejor interpretación.”* (Basadre, 1937: 15).

El siglo XIX, entonces, será testigo de los primeros acercamientos del Derecho hacia la Historia, promoviendo la revisión no sólo de los productos normativos del pasado, sino ahora también el registro de la dinámica social que contextualiza la norma. Pero, la escuela histórica si bien tuvo origen en Europa, llegó a extenderse hasta el Perú.

No obstante, indica Basadre, durante las primeras décadas del siglo XIX no se ve influencia alguna de esta escuela en el Perú, lo que se evidencia con la inexistencia de cuestionamientos a la etapa preparatoria del Código Civil de 1852 (Basadre, 1937: 43). Será a partir del año siguiente al de la aprobación del referido Código, que aparecen manifestaciones lejanas de la escuela histórica en el Perú, como el trabajo de Toribio Pacheco (Basadre, 1937: 43). Basadre indica que el referido autor, recopiló sus artículos sobre las Constituciones del Perú, publicados en “El Heraldó” de Lima de 1853, en un folleto denominado *“Sin el conocimiento del carácter, de la índole y de las circunstancias de los hombres, una nación marcharía a la aventura”*, el mismo que sería el primer registro peruano en donde se constata la influencia de la escuela histórica (Basadre, 1937: 43).

Con posterioridad, se sucedieron otras publicaciones en donde también se puede percibir tal influencia, como en la “Revista de Lima” (1860 a 1863), el primer tomo del “Diccionario de la Legislación Peruana” de 1860, la obra “La Gaceta Judicial” de 1874, la obra de Manuel Atanasio Fuentes también de 1874, titulada “Derecho Constitucional Universal e Historia del Derecho Público Peruano” o la cátedra de Román Alzamora que se condensaría en el libro “Curso de Historia del Derecho Peruano”, en 1876 (Basadre, 1937: 47).

Entrado el siglo XX, Basadre reconoce el aporte de Eleodoro Romero, quien publicó en 1901 el curso de “Derecho Peruano”, siguiendo las lecciones brindadas en el curso de Román Alzamora. Sin embargo, después de él los aportes sobre la materia quedaron reducidos a apuntes de universitarios (Basadre, 1937: 48).

La investigación histórica jurídica en el Perú tuvo que esperar algunas décadas para volver a aparecer. Es el mismo Basadre quien hacia el año 1937, con su libro “La historia del Derecho peruano”, nos ilustra, entre otras cuestiones, acerca del sentido del Derecho Indiano, resaltando el divorcio entre el hecho y el Derecho, así como la aplicación del Derecho castellano en América. En esta oportunidad, como se desarrollará mejor más adelante, el autor no agota el análisis en el recuento normativo, sino que toma elementos de la realidad social de aquel entonces.

Así, por ejemplo, menciona que si bien todas las cédulas del Rey debían ser observadas, *“Sabido es que muchos funcionarios no las cumplieron en beneficio de sus intereses (...) quien era culpable de ello, la Corona al dar leyes fuera de la realidad o la corrupción colonial (...)”* (Basadre, 1937: 277). Cuestión que, incluso, lleva al autor a explicar un fenómeno contemporáneo, como el desprecio de la ley en la vida republicana del Perú: *“(...) solo cabe decir aquí que el divorcio entre el hecho y el derecho es la base de un fenómeno de nuestra vida republicana: el desprecio de la ley”* (Basadre, 1937: 277).

### **2.1.2. Explicando el método empleado para rastrear los principios del Empleo Público en el Perú: el aporte de Fernando De Trazegnies**

Por su parte, Fernando De Trazegnies, hacia 1980, desarrolla la “Idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX” apoyándose en lo que denomina una perspectiva jurídico-social, esto es, *“en su interrelación con una sociedad que se desenvuelve históricamente”* (De Trazegnies, 1992: 20).

Al respecto, De Trazegnies, al igual que Basadre en su momento, indica que para no caer en una mera cronología o *“álbum bien ordenado de instantáneas fotográficas sobre temas del recuerdo”*, la historia del Derecho requiere de un esquema explicativo (De Trazegnies, 1992: 25). Para efecto de la explicación social de los sistemas filosóficos (desde donde se acerca De Trazegnies a la “idea” del Derecho), menciona que resulta indispensable recurrir a modelos que

*“integren la totalidad de la praxis social dentro de la especificidad de cada situación histórica”* (De Trazegnies, 1992: 25).

Consideramos que esta referencia resulta relevante pues delimita bien el rol de la historia en el Derecho. Se nos plantea, ahora, como un medio para entender las manifestaciones sociales. Una herramienta o método para distinguir las reglas de conducta que podrían traducirse como verdaderas normas jurídicas (sin importar que se encuentren expresadas en derecho positivo o consuetudinario).

Para ello, se necesitará una mirada amplia de la situación histórica, evaluando todo registro que ayude a entender el contexto en que tales normas se constituyeron. En ese sentido, tomando de referencia la idea del Derecho peruano del siglo XIX, De Trazegnies plantea la problemática entre las teorías jurídicas y el contexto histórico, *“entre ideología y realidad social, entre la forma como los hombres creen que viven y la forma como realmente viven, entre la razón y la Historia”* (De Trazegnies, 1992: 339).

En consecuencia, no será suficiente con señalar que el Derecho interactúa con los procesos económicos de una sociedad determinada (la *praxis social*), sino que se deben indagar también las condiciones en las que dicha interacción se da (De Trazegnies, 1992: 442). En el caso de la idea del Derecho en el Perú del siglo XIX, indica el autor, se advierte que el concepto se plantea independiente de los procesos sociales y económicos, toda vez que dichas ideas no fueron elaboradas en el Perú, por el contrario, las filosofías y Códigos se importaron casi de manera literal (De Trazegnies, 1992: 343).

¿Por qué la burguesía peruana del siglo XIX buscó e importó las ideas liberales de Europa? El autor indica que hay factores independientes que contribuyen a la formación del Derecho, y ensaya algunas posibles respuestas: la primera es que el capitalismo internacional ofreció a los grupos dominantes beneficiarse económicamente, siempre que se “modernizaran”, adoptando los principios y organización liberal (De Trazegnies, 1992: 344, 347). La segunda posible respuesta plantea dicha adopción como un recurso de la burguesía para

desplazar a la aristocracia, con un fundamento ideológico distinto (De Trazegnies, 1992: 344).

Sin embargo, concluye que ninguna de las respuestas antes ensayadas satisface por sí mismas la adopción de la ideología liberal en el Perú, siendo que la explicación de la Independencia del Perú desde el plano netamente económico resulta insatisfactoria (De Trazegnies, 1992: 345). Indica que se percibe una motivación adicional, relacionada con anhelos no económicos:

*“El criollo de comienzos del S. XIX vive la dominación española como una ofensa; protesta contra ella con la misma vehemencia y por razones tan lejanas a lo económico como puede protestar contra un padre excesivamente rígido aquel adolescente que ya se siente capaz de pensar y decidir por sí mismo”.* (De Trazegnies, 1992: 345).

De Trazegnies concluye que son varios los elementos que se vinculan al momento de producir el Derecho de una época: ideales, azar, estructura económica, coherencia teórica (De Trazegnies, 1992: 351). De otro lado, añade que son hombres concretos los que se confrontan con estos elementos: legisladores, jueces, juristas o personas que usan el Derecho, quienes son libres de elegir la posición que adoptarán frente a cada uno de ellos, de acuerdo con las circunstancias económicas, sociales, teóricas, etc. (De Trazegnies, 1992: 351-352).

En nuestra tarea de ubicar los principios del Empleo Público, recorreremos alguna etapas históricas, tomando en cuenta el registro de estos distintos elementos. En ese sentido, partiremos esencialmente de la obra del politólogo e historiador francés, Jean Touchard, “Historia de las ideas políticas”, rescatando las ideologías, contexto económico y social de cada época. Adicionalmente recurriremos a otras fuentes que nos sirven para complementar el aporte de Touchard.

### 2.1.3. Explicando el método empleado para rastrear los principios del Empleo Público en el Perú: el aporte de Carlos Ramos

Finalmente, para perfilar el método utilizado para el presente trabajo, es necesario remitirnos a la obra de Carlos Ramos, quien nos permite ingresar al concepto de la historia social del Derecho, herramienta que, consideramos, deviene –en parte- como resultado de los aportes de autores Basadre o De Trazegnies, antes referidos.

Así, la primera remisión que haremos a Carlos Ramos será para distinguir el enfoque de los juristas y de los historiadores respecto del Derecho. Indica el autor que mientras los juristas apuestan por la exégesis de las normas, el historiador se muestra despreocupado de ellas y, más bien, se pregunta cómo el derecho, como parte de la cultura, aporta a explicar el pasado (Ramos, 2013: 33).

En ese sentido, la historia del derecho ofrece dos respuestas a la pregunta planteada hacia el final del párrafo previo: por un lado, la positiva, que muestra la historia del derecho a modo de desfile legislativo, haciendo un recuento de las normas, dando cuenta de las instituciones jurídicas del pasado (Ramos, 2013: 33-34).

Sobre esta primera respuesta de la historia del Derecho, Cortese, citado por Ramos, explica que esta alternativa plantea una realidad autosuficiente basada en un *“tecnicismo jurídico”* caracterizado por su neutralidad frente a la realidad político-social (Ramos, 2013: 34). Al respecto, Ramos agrega que esta visión positiva hace perder la noción de distancia entre el orden jurídico moderno y el antiguo, al punto de la irrelevancia entre la sucesión del “antes” y del “después” (Ramos, 2013: 34).

Cuestión que para nuestros efectos significaría extrapolar los valores que encontremos en algún periodo histórico determinado, sin ningún matiz, a nuestra realidad jurídica actual. Acto que descartamos debido a la importancia

del contexto social, político y económico en la constitución de los valores o principios de una sociedad determinada, en un periodo histórico específico.

Similar criterio se encuentra en la reflexión de Jorge Basadre acerca de los errores en los que algunos autores incurren al hacer historia del Derecho, tomando valores “actuales” (el autor plantea su reflexión en el año 1937) para explicar el Derecho histórico (Basadre, 1937: 28). Criterio que, para el autor citado, termina siendo más cuestionable en cuanto más remota sea la época comparada: *“Por ejemplo, no cabe estudiar la vida jurídica de los Incas a la luz de nuestra vida jurídica actual”* (Basadre, 1937: 28).

Frente a esta alternativa positivista, como respuesta, nos dice Ramos, la historia social del Derecho se levanta para plantear -valga la redundancia- al Derecho como un fenómeno social (Ramos, 2013: 36). En ese sentido, nos indica el autor bajo comentario, que:

*“El derecho es un producto social, tiene una dinámica social y tiene efectos sociales muy concretos. Esta relación entre derecho y sociedad tiene que ser conocida y estudiada por el historiador del derecho, de modo que las normas, los principios, las instituciones y las ideas jurídicas operen dentro de un contexto cultural específico. En esa atmósfera social tienen que encontrarse las respuestas del derecho (...)*

*La historia había girado en torno a lo anecdótico, la fecha precisa, el episodio histórico o infeliz. Hubo una especie de reacción contra esa forma de historiar, imponiéndose de golpe la descripción y el análisis de las estructuras y los intereses económicos, el papel de las masas y de las fuerzas sociales presentes en la coyuntura”* (Ramos, 2013: 36-39).

Nos animamos a decir, entonces, que la historia social del Derecho, planteada de tal forma, nos lleva a revisar literatura proveniente de otras ciencias, con el objeto de obtener un registro que no se agote en la legislación de un determinado periodo de tiempo, sino que tome en cuenta la cultura específica en su real contexto. Esto, con la finalidad de ampliar nuestra mirada y entender mejor los valores y principios que logremos ubicar. Del mismo modo, nos



permite encontrar la génesis de determinado valor o principio de nuestro Derecho actual.

Quizá por ello Carlos Ramos indica que el esfuerzo interdisciplinario termina siendo una de las características de la actualización científica de la historia jurídica (Ramos, 2013: 36). Al respecto, el autor citado señala que uno de los precursores de esta evolución fue el autor italiano Arnaldo Momigliano, quien motivó la *“extinción de la historia del derecho como rama independiente de la historia general”* (Ramos, 2013: 36). El efecto de su propuesta se sintió, nos relata Ramos, en los centros de estudios jurídicos más importantes. Así pasó en Estados Unidos con la *Critical Legal Studies* que, según indica Ramos:

*“(...) acogió su postura como bandera del movimiento. La disolución de la historia jurídica dentro de la historia general se conoce en los círculos académicos europeos y americanos como el “síndrome Momigliano”. Este síndrome, curiosamente signo de buena salud, ha dado lugar a una vasta e importante literatura. Creo que la adopción de tal síndrome aportará muchísimo al desarrollo de nuestra historiografía jurídica peruana. Debe entenderse, pues, que el derecho no es una disciplina que se construye y explica por sí misma”* (Ramos, 2013: 36).

Desde lo expresado por Ramos, podemos apreciar la trascendencia del trabajo de Arnaldo Momigliano para la historia jurídica. En ese sentido, consideramos importante referir algunas ideas de este último autor, tomadas del texto *“Consecuencias de la renovación historiográfica de los derechos de la antigüedad”*, extracto del libro *“La storia del Diritto nel quadro delle scienze storiche. Atti del primo Congresso Internazionale della società italiana di Storia del Diritto”*, el mismo que:

*“(...) es de fundamental importancia para la historiografía jurídica moderna. Robert Gordon, uno de los exponentes más notables de la Critical Legal Studies, en el campo de la historia del Derecho, ha reconocido las deudas de dicha escuela con las ideas reseñadas en ese artículo del historiador Momigliano («J. William Hurst and the Common Law Tradition in American Legal Histogriography»), en Law & Society,*

vol. 10, N° 1, 1975: 9-56)”. Nota a pie de página N° 1, del traductor (Momigliano, 1966: 95).

En ese sentido, Arnaldo Momigliano nos dice que son pocas las áreas que, como la Historia del Derecho, pueden jactarse de su antigüedad y autoridad (Momigliano, 1966: 95). No obstante ello, indica que es difícil en la actualidad (el libro referido se publicó en el año 1966) distinguir entre la historia desarrollada por los juristas y la de los historiadores, propiamente (Momigliano, 1966: 96).

Acota el autor que la diferencia se mantiene de manera formal -exactamente desde el Renacimiento- debido a que los juristas utilizan el registro histórico político para realizar sus interpretaciones acerca de los mandatos legislativos (análisis de las razones y significado de los mismos), mientras que los historiadores toman las normas legales y desde ahí interpretan los advenimientos políticos (análisis de la legislación como expresión de la civilización que se estudiaba) (Momigliano, 1966: 96).

Al día de hoy (recordemos que el texto se publicó en el año 1966), nos dice Momigliano que la única distinción que perdura es la relacionada con la enseñanza universitaria (estilo, tradición literaria, formación), la misma que a decir del autor es cada vez más absurda (Momigliano, 1966: 96). Momigliano aboga por el reconocimiento de una misma identidad entre la labor de los historiadores y la de los historiadores juristas, de hecho afirma que tiene por descontada la eliminación de la historia del derecho como disciplina independiente (Momigliano, 1966: 96-97). En ese sentido, trata de demostrar la similitud entre ambos quehaceres llamando la atención en que el Derecho sería incomprendible sin tomar en cuenta las orientaciones sexuales, las creencias religiosas, la producción económica y el poderío militar (Momigliano, 1966: 96).

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, merece mayor atención incluso el planteamiento de Momigliano acerca de los efectos que se generan de “*la contraposición entre historia-historia e historia jurídica*”, que en palabras del autor son las que deben ser afrontadas (Momigliano, 1966: 98). Dentro de las consecuencias de carácter práctico que queremos resaltar, se encuentra la falta

de una adecuada educación de los futuros historiadores (Momigliano, 1966: 98).

Al respecto, el autor indica que la investigación histórica demanda comprender el derecho como la economía y la religión como la política; en ese sentido, cuestiona que, por ejemplo, los estudios de historia antigua –de la Facultad de Letras- no comprendan derecho romano ni, casi nunca, derecho griego. Del mismo modo, también discute que el historiador del derecho romano –de la Facultad de Leyes- no sepa de historia política o de investigación filológica (Momigliano, 1966: 98). Concluye que es necesaria una reforma de la enseñanza de la historia a nivel superior (Momigliano, 1966: 98).

Pero, recordemos que esta misma preocupación la encontramos ya en Jorge Basadre, quien hacia el año 1937 planteaba que:

*“(...) No basta el simple conocimiento de los códigos y de las prácticas judiciales para formar al jurista. El abogado y el estudiante de Derecho necesitan una base científica y no una mera información rutinaria y de expediente. La formación histórica como, en su esfera, la formación filosófica o principista, contribuyen a la aparición de una efectiva conciencia jurídica y a una integración entre el pensamiento, la vida real y la ciencia del Derecho”* (Basadre, 1937: 24).

En buena cuenta, creemos que la historia social del Derecho permite encontrar o determinar cuáles son los valores y productos normativos en una sociedad, gracias a su perspectiva omnicomprendiva que comprende la lectura del contexto desde lo social, político y económico. Como parte de nuestra metodología, la historia social del Derecho contribuirá a la determinación de los principios del Empleo Público peruano, para lo cual recurriremos a distintas fuentes que nos ayuden a construir el contexto histórico peruano. Esto nos develará una serie de valores sociales, de los cuales podremos tomar aquellos que puedan traducirse a una lógica deóntica.

## **2.2. Los criterios para la justificación de los periodos históricos a estudiar, en búsqueda de los principios del Empleo Público**

Elegir un periodo histórico determinado como punto de partida en nuestro recuento para rastrear los principios del Empleo Público, supone, necesariamente, descartar otros momentos de la historia. ¿Sobre la base de qué criterios elegir, entonces, trazar el inicio de nuestra tarea académica? Tal parece ser una tarea arbitraria. Sin embargo, para reducir o matizar ese grado de arbitrariedad, es importante tener claros los criterios de elección.

Para ello, en primer lugar, apelaremos al concepto de civilización de “Occidente”, revisando su origen, así como su extensión a tierras americanas, con el propósito de ir determinando los procesos históricos a estudiar. En segundo lugar, también incorporaremos la conceptualización de la idea de una “familia jurídica romano germánica”, categoría que junto con la anterior, converge y se aplica a nuestra realidad.

Para el primer caso, tomaremos una referencia específica del politólogo estadounidense Samuel P. Huntington, así como el aporte o precisiones de James Kurth, profesor fuertemente influenciado por el primero. Además, recurriremos a Marcello Carmagnani para dimensionar el concepto en la realidad latinoamericana.

En relación al segundo concepto, a la idea de una familia jurídica romano germánica, tomaremos al aporte del profesor francés de Derecho, René David, quien en “Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos” nos permite rastrear los antecedentes de nuestra realidad jurídica, cuestión que influirá sobremanera en nuestra determinación de los periodos históricos a analizar para ubicar los principios del Empleo Público.

### **2.2.1. Primer criterio: la adscripción a la civilización occidental, valorando las particularidades latinoamericanas**

Samuel P. Huntington ubica el origen de la civilización occidental entre los años 700 u 800 d.C., teniendo, según refieren algunos investigadores, un triple e importante componente: europeo, norteamericano y latinoamericano (Huntington, 2005: 55). No obstante, podemos encontrar algunas particularidades en el caso de Latinoamérica.

En efecto, el referido autor agrega que a diferencia de Europa y de Norteamérica, Latinoamérica ha tenido una vía de desarrollo bastante diferente (Huntington, 2005: 55). Las características que plantea son singulares, parte de ser una civilización vástaga de la europea, pero se diferencia en tanto incorpora elementos propios de las civilizaciones americanas indígenas, características que no se encuentran en Europa ni en Norteamérica (Huntington, 2005: 55).

Por su parte, James Kurth precisa que no existe discusión acerca de las tres tradiciones que formaron la civilización occidental, a saber: a) la cultura clásica en Grecia y Roma, b) el cristianismo, y c) la Ilustración de la modernidad (Kurth, 2004: 5). En relación con la primera tradición, Kurth indica que Grecia aportó las ideas de República y libertad, mientras que Roma lo hizo con las ideas de Imperio y Ley, estas ideas -combinadas- construyeron el importante concepto occidental de *liberty under law* (Kurth, 2004: 6).

En cuanto a la segunda tradición, nos dice Kurth que el Cristianismo estableció la obediencia a Cristo, por encima de cualquier gobernante, ideas que, perfeccionaron y apoyaron el concepto de *liberty under law* (Kurth, 2004: 6). Asimismo, la idea occidental de separación y limitación de poderes se instituirá gracias a las pugnas entre la Iglesia Católica y el Emperador, así como también por los conflictos entre los monarcas locales (Kurth, 2004: 6).

En cuanto a la tercera tradición, Kurth menciona que la Ilustración moderna contribuyó a la creación de los conceptos de: *“liberal democracy, the free market, and the belief in reason and science as the privileged means for making*

*sense of the world*” (Kurth, 2004: 6). Ideas consolidadas, añade el autor, en base a la Revolución "Gloriosa" de Gran Bretaña, en el año 1688 -abanderada de la libertad y el constitucionalismo-, y la Revolución Francesa, en el año 1789 –que instituye las ideas de democracia y racionalismo- (Kurth, 2004: 6).

Sin embargo, en relación a Latinoamérica, Kurth sigue a Huntington en el reconocimiento de características particulares. Así, nos dirá que América Latina plantea una adscripción ambivalente a la civilización occidental, toda vez que por ser “Latina” lleva las raíces occidentales, pero por ser “América” en el sentido de amerindia, *it is something else*<sup>16</sup> (Kurth, 2004: 13).

Al respecto, sobre estas características especiales de Latinoamérica, el mismo Huntington rescata otro elemento diferenciador de la civilización Latinoamericana frente a Europa y Norteamérica. Indica el autor que la primera, a diferencia de estas últimas, históricamente ha sido siempre católica, aunque reconoce la incorporación de las culturas indígenas (Huntington, 2005: 55).

Podemos profundizar más en las peculiaridades de Latinoamérica, centrándonos en las culturas amerindias antes de la colonización española, culturas complejas que mantendrán algunas estructuras aún después de dicho proceso. En ese sentido, siguiendo a Marcello Carmagnani:

*“Antes de ser invadidas y conquistadas por los ibéricos, las distintas sociedades amerindias contaban con una historia plurimilenaria, que comenzó hace casi veinte mil años con las migraciones de pueblos procedentes de Asia que entraron en el Continente Americano pasando por el estrecho de Bering, y de los pueblos de Oceanía, que llegaron cruzando el océano (...)”* (Carmagnani, 2004: 28-29)

Se trataba de una diversidad cultural que precedía a la conquista española, una compleja red de relaciones sociales que, sin embargo, como puntualiza Carmagnani, no venía acompañada de una sofisticada comunicación, por el

---

<sup>16</sup> Nota al pie de página N° 1 del texto citado.

contrario carecían de un adecuado sistema para ello, cuestión que los conquistadores españoles aprovecharon (Carmagnani, 2004: 29).

De hecho, la reducción de todo este abanico cultural a la denominación “población india”, indica el autor citado, no es otra cosa que un producto de la racionalidad ibérica que pretendía unificar los pueblos a pesar de sus diferencias (Carmagnani, 2004: 29).

Carmagnani precisa que hacia finales del siglo XV la mitad de la población americana vivían en organizaciones complejas que se ven graficadas en el siguiente cuadro:

*Población amerindia y tipo de organización antes de la invasión europea  
(circa 1490)*

<i>Población</i>			
Áreas	Millones	%	Organización
América del Norte	4.4	7.7	Grupos y tribus
México	21.4	37.3	Tribal y estatal
América Central	5.6	9.9	Tribal y estatal
Caribe	5.8	10.2	Tribal
Andina	11.5	20.1	Estatal
Llanos	8.5	14.8	Grupos y tribus
Sudamérica			
Total	57.5	100	

Fuente: W. M. Denevan (comp.), *The Native Population of the Americas in 1492*, University of Wisconsin Press, Madison, 1976, p. 291 (Carmagnani, 2004: 32).

Es interesante resaltar, de la mano con Carmagnani, que los grupos y tribus no fueron capaces de resistir el impacto de la invasión europea, como sí paso con los imperios y señoríos, como el andino (Carmagnani, 2004: 33). El autor citado refiere el caso del *ayllu* del mundo andino como ejemplo, organización que hasta el día de hoy, indica, sigue existiendo en regiones mexicanas, colombianas, ecuatorianas, peruanas y bolivianas (Carmagnani, 2004: 33).

En suma, este reconocimiento de Latinoamérica como una suerte de subclasificación dentro del concepto de civilización de Occidente, nos resulta muy acertada no sólo por la influencia de la cultura indígena, sino también por la aplicación de un Derecho indiano, en la época colonial, que difería sustancialmente al Derecho impuesto por la Corona española.

Si bien es cierto que con posterioridad, a la llegada del siglo XIX se habían ya importado las ideas liberales de Europa, que finalmente fueron las que influenciaron sustancialmente en la independencia del Perú, la etapa colonial marcada por la aplicación del Derecho indiano resulta trascendente en nuestro recorrido en búsqueda de los principios del Empleo Público. Razón por la cual coincidimos con Huntington en clasificar a Latinoamérica como parte de la civilización occidental, pero con peculiaridades como las descritas.

Hasta aquí, entonces, con el aporte de los textos citados, tenemos definido nuestro punto de partida en la cultura de la Grecia clásica, transitando posteriormente por Roma (absorbiendo parte de la cultura griega), pasando por la consolidación del cristianismo, la afirmación de la Corona española, el proceso de colonización de América por el reino español, hasta la influencia de las ideas liberales hacia el siglo XIX y siglo XX.

### **2.2.2. Segundo criterio: la adscripción a la familia de Derecho romano-germánico**

Ahora, si bien es cierto que debemos considerar las peculiaridades del caso latinoamericano antes descritas, no podemos negar nuestra esencia adscrita a la civilización occidental. En ese sentido, planteándolo en términos jurídicos, dentro de la civilización occidental recurriremos a lo que René David denomina la familia de Derecho romano-germánico (David, 1968: 21). A decir del referido autor, dicha familia de Derecho rebasó las fronteras del imperio romano y conquistó toda la América Latina (David, 1968: 21).

La importancia de la concepción de René David reside en que nos remitirá a periodos históricos específicos, en base a la tradición jurídica en la cual se enmarca nuestro ordenamiento. Veremos que dichas referencias históricas se



condicen con las que vimos anteriormente, en base a la tradición cultural que nos vino dada por la invasión española y la vigencia de las culturas amerindias.

En ese sentido, nos dice René David que el origen del sistema jurídico romano-germánico puede situarse en el siglo XIII, no obstante reconoce que antes de dicha fecha ya se podían observar los elementos que lo constituirían, de carácter esencialmente consuetudinario, refiriéndose a las leyes bárbaras y básicamente a sus costumbres (David, 1968: 23). Pero, también alude a las prácticas sociales que se generaron en el mismo imperio romano, a medida que se asentaba la invasión bárbara en Roma, incluso las compilaciones romanas de Justiniano fueron reemplazadas poco a poco por documentos más sencillos (David, 1968: 24-25).

Sin embargo, por qué no considerar la etapa previa al siglo XIII, esto es, casi toda la Edad Media, como génesis de la familia de Derecho romano-germánico. La respuesta a esta pregunta la encontramos en el mismo René David. El autor no está de acuerdo con denominar Derecho a las normas de comportamiento social medievales, debido a que no existía jurisdicción competente, autoridad social que imponga dichas normas y, además, el procedimiento mismo estaba gobernado por concepciones sobrenaturales (David, 1968: 26).

De esta forma, para el autor la creación de la familia de Derecho romano-germánico se da con el renacimiento, en todos los planos –incluyendo el jurídico-, del Occidente europeo entre los siglos XII y XIII (David, 1968: 27). Se distingue entre la sociedad laica y la sociedad religiosa, en otras palabras ya no se confunde religión y moral con el Derecho, a este último se le da ahora autonomía y un nuevo rol (David, 1968: 27).

Se retorna a la idea romana de que la sociedad y todas las relaciones que converjan en ella, debe ser regida por el Derecho, superando las arbitrariedades y buscando el fin del régimen de anarquía que existía hasta entonces (David, 1968: 27). Pero, es importante resaltar, como indica David, que esta eclosión del sistema romano-germánico no se debió a su afirmación por el poder político, ni a la voluntad de una autoridad soberana, a diferencia

del Common Law, de hecho esto sucede hacia los siglos XII y XIII en que Europa no era una unidad política (David, 1968: 28):

*“El sistema jurídico romano-germánico siempre se ha fundado exclusivamente sobre una comunidad de cultura. Nació y sigue existiendo con independencia de todo significado político”* (David, 1968: 28).

Por tanto, el análisis sobre la adscripción de nuestro ordenamiento jurídico a la familia de Derecho romano-germánica debe atender a los nuevos focos de cultura creados en el Occidente Europeo por esa época, constituido -según René David- por las universidades que, a su vez, tendrían incidencia directa en el sistema de justicia, pues los jueces serían formados por dichas casas de estudio (David, 1968: 28, 36). Añadimos nosotros que tal influencia se extenderá al Virreynato del Perú y se asentará en la República peruana, como se verá más adelante.

Las universidades, entonces, se convierten así en el centro de propagación de la idea de la familia de Derecho romano-germánica. Y son varias las razones que confluyen para eso suceda. René David precisa que las universidades se enfocarán en el Derecho desde el ideal de organización social, como un modelo del *deber ser* y no desde *lo que es*. Añade que en la Edad Media no hubiera sido posible estudiar el Derecho positivo como hoy lo entendemos, toda vez que la normativa era caótica, bárbara en ocasiones. No existía Derecho nacional, imperaba aún el régimen feudal (David, 1968: 29). Con todo ello, René David concluye, como consecuencia, que:

*“Si no querían convertirse en escuelas locales de procedimiento, sin prestigio, sin influencia y sin recursos, las Universidades estaban obligadas a enseñar algo que no fuera de ese Derecho local, de salir de un Derecho positivo anticuado, el que se produjera* (David, 1968: 29).

En ese sentido, como indica el autor antes citado, frente a la dispersión y a la barbarie, la elección del Derecho a enseñar en las universidades no fue una tarea difícil, se optó por el Derecho Romano que gozaba del prestigio y respeto de todos los profesores, Derecho que estableció una tendencia académica con

los glosadores que trataron de fijar el significado de la normativa romana (David, 1968: 29-31).

Por su parte, los posglosadores del siglo XIV sí apostaron por distorsionar el Derecho Romano, con tendencia a perfeccionarlo, planteando nuevas necesidades jurídicas como la del Derecho comercial e internacional privada, generando la enseñanza universitaria de un Derecho Romano modernizado (David, 1968: 30-31). Sobre la base de la tendencia impuesta por los posglosadores, se empieza a perfilar un Derecho racional o natural, vigente durante los siglos XVIII y XVIII (David, 1968: 32).

La Escuela del Derecho natural conceptualiza la idea de los derechos subjetivos que no tenía reconocimiento en el Derecho Romano (David, 1968: 32). Asimismo, David nos da luces sobre la influencia de esta escuela en la configuración de los principios de la familia romano-germánica, en dos áreas específicas:

- En el Derecho privado: en este aspecto, ciertamente, la Escuela del Derecho natural no significa una amenaza para el Derecho Romano, existe identidad entre ambos, sólo plantea la derogación de ciertos métodos, planteando la vigencia de este último siempre que pase el filtro de la “razón escrita” (David, 1968: 33).
- En el Derecho público: en este aspecto sí se marca una distancia frente al Derecho Romano, toda vez que Roma nunca desarrolló el Derecho Constitucional ni el Derecho Administrativo, por el contrario el gobierno romano siempre estuvo al margen del Derecho. Este aporte vino por inspiración del *Common Law*, del cual se tomó la experiencia entre la Corona y los particulares para conciliar las necesidades de la administración con las libertades de sus súbditos (David, 1968: 34).

Finalmente, nos dice René David que –como era lógico- los países que se integraron a la familia de Derecho romano-germánico son aquellos cuyos juristas pasaron por la formación en las universidades, con las particularidades

antes descritas (David, 1968: 41). Y, específicamente, sobre el caso de Latinoamérica, el autor menciona:

*“El Derecho positivo más próximo al Derecho romano lo encontramos en aquellos países en que la población, de origen latino o latinizada, ha vivido siempre bajo el imperio de las costumbres romanas: es el caso de Italia, del sur de Francia, de España y de Portugal (...) Las colonias españolas, portuguesas, francesas y holandesas de América, fundadas en países prácticamente desiertos o en los que la civilización autóctona estaba condenada a desaparecer, han aceptado de modo completamente natural las concepciones jurídicas propias de la familia romano-germánica (David, 1968: 43, 57).*

Sobre la base de los criterios antes expuestos, a continuación realizaremos el recuento histórico (bajo el prisma de la historia social del Derecho) con objeto de ratrear los principios del Empleo Público peruano.

### **2.3. La función pública en la Antigua Grecia (Periodo Clásico y Periodo helenístico – 1100 a.C. a 146 a.C.): un servicio público remunerado y basado principalmente en el honor**

La doctrina del Derecho del Trabajo ha tomado como punto de partida la Roma clásica para el análisis del trabajo por cuenta ajena en las sociedades pre capitalistas, centrándose en el trabajo forzoso. Si bien es una referencia importante en la construcción de la historia o fundamento del Derecho del Trabajo, antes de remitirnos a dicho periodo, consideramos oportuno resaltar la función pública en la Antigua Grecia, en tanto trabajo por cuenta ajena realizado por el hombre en –aparente- régimen de libertad, e incluso remunerado.

#### **2.3.1. Sobre la democracia, igualdad y libertad**

Inicialmente, importa referirnos a la idea de Ciudad, la *polis*, que, como bien puntualiza Jean Touchard, viene conceptualizada por la vida política de la época (Touchard, 1969: 25). Si bien en este contexto histórico los sistemas de

gobierno variaban en función de la *polis* de que se trate, despierta nuestra atención el pensamiento político en Atenas en torno a las ideas de democracia, igualdad y libertad.

En primer orden, entonces, si vamos a referirnos la idea de democracia ateniense, debemos remitirnos necesariamente a la obra del influyente político ateniense Clístenes (570 a 507 a.C.). De conformidad con Claude Mossé, si bien Clístenes no fue el artífice de la creación de la democracia ateniense, cimentó las condiciones para que dicha institución aparezca, volviendo semejantes a todos los ciudadanos ante la Ley (Mossé, 1987: 28). La autora indica que el mismo Aristóteles reconoció que esta medida, la imposición de la llamada "*isonomía*", resumía lo esencial de las reformas impuestas por Clístenes, al haber integrado a nuevos ciudadanos al cuerpo cívico (Mossé, 1987: 28).

Pero, siendo justos con la historia, debemos de indicar que Clístenes realizó un aporte adicional para la democracia ateniense. En ese sentido, con cargo a ser reseñado más adelante, Mossé nos dice que la creación de la nueva *bulé* termina siendo la obra política más importante de Clístenes, toda vez que se convertirá en el "*órgano esencial de la democracia ateniense, preparando las sesiones de la Asamblea, redactando decretos, y haciendo por lo demás el papel de un alto tribunal de justicia (...)*" (Mossé, 1987: 27). Para ello, Clístenes organizó política y militarmente a los ciudadanos en diez grandes tribus, cuyos miembros combatirían juntos y designarían a los cincuenta *buleutas* – representantes ante la *bulé*– (Mossé, 1987: 27).

Así, tomando en cuenta las bases establecidas por Clístenes, podemos ahora tomar en cuenta la referencia de Jean Touchard respecto de la idea democracia ateniense. Nos indica el referido autor que dicha concepción significó el estado político que prevaleció en Atenas durante el siglo V (Touchard, 1969: 30). Sin embargo, el concepto adoptó distintas acepciones, ya sea por la época, los distintos pensadores –los partidos– o por su oposición a los términos tiranía y oligarquía (Touchard, 1969: 30).

Una primera acepción del concepto, nos dice Touchard, la encontramos en los demócratas de la época, en donde resalta la figura de Pericles (495 a 429 a.C.) e incluso la del historiador Heródoto (484 a 425 a.C.), quienes llevaron la definición hacia la idea de la igualdad política (Touchard, 1969: 30). De tal modo que un Estado democrático era aquel en donde la Ley era la misma para todos (*isonomia*), era igual la participación en los negocios públicos (*isegoria*) y también lo era en el poder (*isocracia*) (Touchard, 1969: 30).

La razón sobre la cual reposaba esta concepción, precisa Jean Touchard, era el temor relacionado, por un lado, a que la clase popular se vea expuesta a una reacción oligárquica que les impida el acceso a las asambleas; y, por el otro, a que las grandes familias sean anuladas políticamente por una tiranía apoyada por el pueblo (Touchard, 1969: 30-31).

Otra acepción del concepto estudiado, nos dice Touchard, era la que manejaba el partido democrático, cuyos representantes influyeron en la adopción de medidas de carácter social como la *mistoforia* o incentivo económico que se instituyó para promover la participación de los ciudadanos en la vida pública, así como también en el establecimiento de otras medidas como la asistencia pública a los indigentes (Touchard, 1969: 31). En ese sentido, teniendo en cuenta la importancia del partido democrático para la configuración de esta acepción, conviene referir algunos pasajes importantes de la obra del ya citado Pericles en la Antigua Grecia, toda vez que fue el jefe de dicho partido ateniense.

Claude Mossé contextualiza la figura de Pericles en Atenas indicando que pertenecía a una familia aristocrática que continuaba monopolizando los cargos públicos, a pesar de las reformas de Clístenes<sup>17</sup> (Mossé, 1987: 37). Asimismo, respecto del establecimiento de la *mistoforia* como medida de fomento para la participación ciudadana en la cosa pública, añade Mossé que fue una medida instaurada por Pericles (Mossé, 1987: 38).

<sup>17</sup> Hay que anotar que aparte de sentar las bases para la aparición de la idea de democracia en Atenas, Clístenes también adoptó medidas para hundir a la aristocracia tradicional y socavar las bases de su potencia (Mossé, 1987: 27).

Sin embargo, plantea que la motivación tendría un doble contenido. Por un lado, una reacción frente a su opositor Cimón, quien aristócrata como él, peleaba palmo a palmo por ganarse la clientela del pueblo (Mossé, 1987: 38). Por otro lado, sin embargo, todos los escritores políticos del siglo IV coinciden en que la mistoforia fue uno de los rasgos más característicos del sistema democrático, toda vez que hizo realidad la participación del pueblo en la vida política *“para permitir a los pobres consagrar a la ciudad una parte de su tiempo sin el temor de perder una jornada de trabajo”* (Mossé, 1987: 38).

Finalmente, añade Touchard, otra acepción que se manejaba sobre la idea de democracia era la del gobierno del pueblo, en donde incluso ser ciudadano es ya una función (Touchard, 1969: 31). Al respecto, indica el autor que el ciudadano ateniense, en el ideal de Pericles, debía estar comprometido con los negocios de la *polis*, ya sea para mandar o para obedecer (Touchard, 1969: 31). Dicho en negativo, quien no participaba de la cosa pública era un inútil, ya que el pueblo constituía la asamblea con poderes omnipotentes:

*“(...) el poder judicial está en sus manos; ningún cuerpo intermedio equilibra su poder, aunque los demócratas más conservadores, inquietos por esta libertad sin freno, tratan de resucitar lo que la evolución democrática ha desmontado, el Areópago, por ejemplo (...) El poder ejecutivo no sirve en modo alguno de contrapeso. La rotación acelerada de magistrados y la colegialidad de las funciones lo debilitan; el ostracismo permite desterrar a cualquier personalidad que parezca cobrar demasiada importancia. La preocupación esencial parece ser defender el régimen contra la influencia particular de un individuo o de una camarilla”* (Touchard, 1969: 32).

En relación a la regulación del ostracismo que, de acuerdo con la cita de Touchard parece ser una medida política contra cualquier tipo de amenaza al régimen democrático, es pertinente mencionar que se instituyó por obra de Clístenes. Efectivamente, Claude Mossé precisa que con el objeto de solidificar

la constitución democrática, Clístenes innovó con la regulación del ostracismo<sup>18</sup> en virtud de la cual se estableció la pena de exilio temporal por diez años de Atenas, para aquel que pretenda utilizar la tiranía en beneficio propio (Mossé, 1987: 28).

Por otro lado, sobre la idea de libertad, añade Touchard que nuestra concepción moderna le debe mucho a la noción griega, por diferente que sea (Touchard, 1969: 33). La libertad era conceptualizada como un estatuto de doble aspecto, por un lado independencia frente a la sujeción personal (libertad mediante la Ley) y, por otro lado, obediencia o sujeción a la Ley (Touchard, 1969: 33). No obstante, fue inevitable la referencia al concepto de libertad ateniense por oposición a la noción de esclavo, de quien sea o de la forma que sea. (Touchard, 1969: 33).

### 2.3.2. La estructura de poder en Atenas

En cuanto a la forma en la que se ejercía el poder en Atenas, nos dice Héctor Rodolfo Orlandi que hacia el siglo V a.C., los miembros de la Asamblea del pueblo o *ecclesia* ejercían poder supremo, manteniéndolo durante los dos siglos de democracia. Lo particular era que tales funcionarios ejercían funciones legislativas, constituyentes, electivas, además de tomar todas las decisiones en materia de exterior e interior, sin ningún tipo de responsabilidad (Orlandi, 1971: 73).

Asimismo, nos refiere Orlandi que la Asamblea era la encargada de elegir a los magistrados, bajo el sistema de mano alzada, confirmando el voto de confianza de manera anual. La conformación de la *ecclesia* comprendía a todos los ciudadanos atenienses mayores de 18 años, inscritos en el registro del *demos* de su domicilio, sin sentencia judicial en su contra y que habían cumplido con hacer dos años de servicio militar (Orlando, 1971: 74).

---

<sup>18</sup> Mossé refiere que el mismo Aristóteles le atribuye dicha innovación a Clístenes (Mossé, 1987: 28).



Hasta aquí, en relación a la Asamblea ateniense, llamamos la atención, por un lado, en la especial regulación de la responsabilidad funcional de sus miembros. Al parecer, por el solo hecho de su condición, les asistía una inmunidad aplicable para todos los actos que, en el ejercicio de sus funciones, realicen. Regulación especial que, salvando las grandes diferencias, nos recuerda la inmunidad parlamentaria de la que gozan los congresistas en el ordenamiento jurídico peruano.

Otro aspecto llamativo está relacionado con los requisitos que se exigían a los miembros de la Asamblea. Una edad determinada que puede presumir madurez en el juicio personal, así como encontrarse inscritos en el *demos* daba luces de la procedencia del ciudadano, identificándolo con un territorio específico. Mientras que no tener sentencia judicial en contra podría hablar de una condición relacionada con la honorabilidad del miembro de la Asamblea, cuestión que se complementaba con la exigencia de haber realizado el servicio militar.

En suma, encontramos un filtro importante para considerar a un ciudadano como miembro de la Asamblea ateniense, exigencias que encuentran su sentido en el hecho de la trascendencia de la función, en las competencias que recaían en sus miembros, las mismas que han sido antes comentadas. Interesante referencia que hace inevitable recordar los requisitos exigidos para ejercer un cargo público en la Administración Pública peruana, en la actualidad, toda vez que se parecen.

Por otro lado, según nos indica Orlandi, el consejo de *bulé* o consejo de los quinientos, sobre el que nos pronunciamos párrafos atrás en cuanto a su relación con el sistema democrático ateniense, era el órgano colegiado de la *ecclesia* encargada de prepararle los decretos y asignar los asuntos del orden del día. Los integrantes del consejo de *bulé* juraban ejercer su función de acuerdo a la ley y al interés del pueblo, en virtud de lo cual debían guardar secreto en asuntos públicos y honrar la libertad. Tenían derecho a dieta, acceso privilegiado en el teatro y estaban exonerados del servicio militar (Orlandi, 1971: 97-100).

En base a las obligaciones que asumían, la *ecclesia* tenía poder disciplinario sobre los miembros del consejo de la *bulé*. Así, podía aplicarles sanciones y separarlos por indignidad. Los acusados tenían derecho, a su vez, de apelar la sanción ante la propia *bulé* (Orlandi, 1971:100). Cuestión que –nuevamente– nos transporta a nuestra legislación nacional, respecto de la responsabilidad administrativa disciplinaria de los servidores y funcionarios públicos. Tanto para la acusación, la aplicación de sanciones por haber obrado en contra del interés público –indignidad–, así como en el respeto de las garantías del debido proceso, nuestra legislación vigente establece un catálogo de sanciones que se puede aplicar en función de la gravedad de la falta (desde la amonestación verbal hasta la destitución con inhabilitación por 5 años).

En relación a los tribunales en Atenas, precisa Orlandi que éstos buscaban el equilibrio entre la autoridad y la libertad, depositando la competencia en la justicia popular (Orlandi, 1971: 140-141). Así, el pueblo no sólo sesionaba como *ecclesia* política, sino también como justicia popular. Efectivamente, nos índice Orlandi que los tribunales de justicia atenienses se clasificaban, por un lado, en tribunales penales de carácter religioso. Y, por otro lado, en tribunales democráticos y jurados populares (Orlandi, 1971: 141).

Con todo ello, podemos encontrar una particular concepción de la función pública en la Atenas de esta época, servicio del hombre –aparentemente– libre en favor de la *polis*, al cual se podía acceder democráticamente, en tanto derecho de todo ciudadano el postular al cargo público (para ser magistrado, por ejemplo). Génesis importante de los pilares de la función pública moderna.

Como vemos, entonces, no podemos negar que se trataba de un servicio personal realizado en favor de la Ciudad, la *polis*, que a decir de Jean Touchard, desempeñó en el mundo de los griegos la misma función que en el Estado moderno (Touchard, 1969: 25). Pero, era el servicio público, entonces, ¿un servicio por cuenta ajena?

Como se ha adelantado, bajo la concepción de la Antigua Grecia, la *polis* aludía a una organización política compleja sobre la cual giraba la actividad del

griego, el hombre era lo que su papel cívico le imponía. En ese sentido, por ejemplo, podemos recordar el ideal de Pericles, citado párrafos atrás, que consistía en el hombre comprometido en los negocios de la Ciudad, ya sea para mandar, ya sea para obedecer. De tal modo que quien no participaba de la “cosa pública” era considerado un inútil (Touchard, 1969: 31).

Aparentemente, la motivación para el ejercicio de la función pública venía impuesta por vocación. Pero, ¿eso sería suficiente para negar que sea un servicio para un tercero? ¿La *polis* no podría ser el *ajeno* a quien se destina el servicio y, por tanto, también los frutos del mismo? Desde nuestro punto de vista, si para la época la función pública era casi un deber y traía como consecuencia un beneficio directo en los ciudadanos, podría cuestionarse que sea un trabajo en régimen de verdadera libertad y que los frutos sean para un tercero, respectivamente. En otras palabras, sería difícil aplicar la actual lógica del Derecho del Trabajo para incluir esta prestación de servicios dentro de su ámbito.

Por otro lado, como se ha adelantado, hay registro de una motivación adicional para el ejercicio de la función pública en la época: la económica, que podría dar cuenta de un trabajo productivo, como lo entendemos ahora. En las ciudades griegas democráticas como Atenas, se remuneraba a los ciudadanos por el ejercicio de funciones públicas. Efectivamente, podemos ver en la *República de los atenienses*, texto atribuido a Pseudo Jenofonte, una referencia adicional e igual de importante sobre este tema particular.

Si bien se trataba de un crítico del sistema democrático ateniense, exponía algunas virtudes de dicho modelo. Así, Pseudo-Jenofonte en La república de los atenienses, hablando de la participación en los cargos públicos por sorteo y por votación a mano alzada, indica que el pueblo distinguía dos tipos de cargos públicos: i) aquellos respecto de los cuales dependía la seguridad o eran de alto riesgo para quien los desempeñaba (estratega o jefe de caballería, por ejemplo), y ii) cargos que aportaban un sueldo o beneficio para su casa (Pseudo-Jenofonte, sf./1984: 1.3).

Justamente, estos últimos eran los del interés del pueblo. Al respecto, se puede revisar la siguiente nota al pie de página de Orlando Guntiñas Tuñón, traductor de la obra de Pseudo-Jenofonte citada:

*“Desde el siglo V a.C., los 6,000 jurados, los 500 miembros del Consejo y los 350 magistrados eran gratificados, con el fin de compensar la pérdida o disminución de ingresos que les ocasionaba el desempeño del cargo, por el tiempo sustraído a sus ocupaciones particulares”<sup>19</sup>.*

En igual sentido se puede tomar de referencia a Aristóteles, quien sostenía que en las democracias los pobres percibían un salario (Aristóteles, sf/1999: VI, 1294 a). En la misma línea, se puede revisar la siguiente nota al pie de página de Manuela García Valdés, traductora de la obra de Aristóteles: *“A los pobres que van a la asamblea se les da una paga y a los ricos ausentes se les impone una multa”<sup>20</sup>.*

De igual modo, en relación a los principios de la democracia y sus instituciones, Aristóteles enumera los procedimientos democráticos, así como algunos de sus principios y valores más importantes, dentro de los cuales incluye los siguientes:

- Elegir las magistraturas entre todos (Aristóteles, sf/1999: VI, 1317 b).
- Que todos manden sobre las magistraturas, por turnos (Aristóteles, sf/1999: VI, 1317 b).
- Las magistraturas se designan por sorteo, salvo las que requieren experiencia y conocimientos técnicos (Aristóteles, sf/1999: VI, 1317 b).
- La misma persona no puede ejercer dos veces la misma magistratura (Aristóteles, sf/1999: VI, 1317 b).

<sup>19</sup> GUNTIÑAS TUÑÓN, Orlando. Nota a pie de página N° 6 (Pseudo-Jenofonte, sf./1984:298).

<sup>20</sup> GARCÍA VALDEZ. Manuela. Nota a pie de página N° 738 (Aristóteles, sf/1999: 243).

- En cuanto al Consejo, es la magistratura más importante. Cuando no se cuenta con recursos para pagar sueldo a todos, se la priva de su poder (Aristóteles, sf/1999: VI, 1317 b).
- También son pagados los miembros de la Asamblea, los Tribunales y Asambleas principales (Aristóteles, sf/1999: VI, 1317 b).

Queda claro, entonces, que la función pública venía inculcada (aparentemente por vocación), pero adicionalmente podía perseguir un fin productivo. En ese sentido, podríamos plantear que en esta época se perfilan los fundamentos de un servicio público basado principalmente en la participación de todos los ciudadanos, adicionalmente al beneficio económico que podría obtenerse por tal prestación.

De igual modo, también podemos rescatar las distintas medidas establecidas con el objeto de que el sistema democrático ateniense no se vea cuestionado. En ese sentido, podríamos destacar el ostracismo como inicio de medidas que prohíben el ejercicio de la función pública, en este caso en base al destierro geográfico del sujeto, de manera temporal (10 años). Génesis de la inhabilitación para el ejercicio de función pública (en nuestra vigente legislación, hasta por cinco años), de servidores y funcionarios públicos, por haber cometido una falta grave al interés público (podríamos hablar de un “ostracismo” en el terreno de la función pública).

#### **2.4. La monarquía como sistema de gobierno paralelo a Atenas: la irrelevancia de las libertades sociales y políticas, sustento del sobredimensionamiento de la Administración Pública frente a sus servidores**

Alejandro III o Alejandro Magno, rey de Macedonia hacia el año 336 a.C., reafirmó el dominio macedonio sobre tierras griegas (ante la insurgencia de

algunos pueblos)<sup>21</sup>. La referencia importa para entender que en un mismo periodo de tiempo confluyeron, entre otros, dos tipos de sistemas trascendentes para nuestro análisis. Por un lado, el sistema democrático de Atenas, que ha sido abordado en el punto anterior. Y, por otro, el sistema monárquico impuesto tras la muerte de Alejandro III.

Nos dice Jean Touchard que tras la muerte de Alejandro Magno, con la excepción de las ciudades griegas, su Imperio se pulverizó en varias monarquías (Touchard, 1969: 56). El autor resalta que hay una transferencia de autoridad de la Ley hacia el rey, en base a la cual este absorbe a aquella y se convierte en "*Ley encarnada*" (Touchard, 1969: 56).

En ese orden, el monarca se vio favorecido con esta transferencia ideológica, toda vez que se hizo de los mismos sentimientos absolutos que ligaban al ciudadano con su Ciudad (Touchard, 1969: 56). No existiendo más Ley que su propia voluntad, nos indica el autor citado, se establece un cuerpo jerarquizado de oficiales y funcionarios que ejecutan sus órdenes (Touchard, 1969: 56). En ese sentido, las características más importantes del sistema monárquico impuestas tras la muerte de Alejandro III, están relacionadas con la fortuna y el culto al rey (Touchard, 1969: 56).

En relación al primer aspecto, nos dice Touchard que el crédito por la fortuna creció al extremo de que se confiara en ella para distinguir al soberano (Touchard, 1969: 56). Así, pone de ejemplo a los primeros reyes: generales victoriosos gracias a su fortuna. Por otro lado, en relación al elemento de culto, refiere el autor que el rey era participe de la divinidad, dada su condición de distinguido por los dioses, esta cuestión vino apoyada por la tradición griega de culto hacia los héroes y muertos (Touchard, 1969: 56).

Finalmente, para terminar de comprender las ideas que queremos resaltar de este periodo de tiempo en la historia, debemos remitirnos a la escuela filosófica del estoicismo que tuvo gran influencia en los soberanos, sirviendo de

---

<sup>21</sup> Su padre, Filippo II, ya se había encargado de establecer dicho dominio hacia el año 338 a.C.

transición en las ideas políticas durante la expansión del imperio macedonio sobre las ciudades griegas, incluso también después de la conquista romana.

Así, el estoicismo, nos refiere Jean Touchard, tiene desarrollo sobre las ruinas de la Ciudad griega, convirtiéndose en un gran proveedor de ideas políticas-monárquicas de la época (Touchard, 1969: 53). Termina nutriendo las ideologías de la corte de soberanos helenísticos y también influyendo en la forma de gobierno en Roma hasta antes de la llegada del cristianismo (Touchard, 1969: 53).

De esta escuela, el punto que queremos resaltar es el que se encuentra íntimamente relacionado con el ideal monárquico, ya que de esta manera lo justifica, le da soporte. En ese sentido, siguiendo a Jean Touchard, nos referiremos a la incidencia de esta filosofía en las libertades sociales y políticas (Touchard, 1969: 57).

De acuerdo con el autor citado en el párrafo anterior, el estoicismo tenía como uno de sus grandes propósitos interiorizar la libertad. (Touchard, 1969: 57). La persona –con más precisión, el hombre sabio- será libre en cualquier condición –incluso siendo esclavo-, toda vez que siempre tendrá dominio sobre sí mismo, sobre su libertad interior, fuere en el que siempre quedará a salvo (Touchard, 1969: 57).

Asimismo, la afinidad entre el estoicismo y el ideal monárquico también se sostenía en la concepción de un orden preestablecido al cual se sometía el cosmos. Es decir, el estoicismo abogaba por el sometimiento a un orden preexistente, el mismo que se encontraría representado, según la lógica monárquica de la época, por la autoridad real (Touchard, 1969: 57).

Como vemos, la influencia del estoicismo, específicamente la concepción de la idea de libertad en la época, generó que se relativizaran las libertades sociales y políticas, sujetándolas a la voluntad del rey. De esta manera, nuestra referencia final se centra, en parangón con las ideas modernas, en el sobredimensionamiento de la Administración Pública en su relación con los

ciudadanos. Consideramos que esta referencia histórica nos reporta las bases y orígenes de la teoría de la sujeción especial, en virtud de la cual, como se ha desarrollado en el Capítulo I, todo aquel que se vincule jurídicamente con la Administración Pública ingresa en una relación de subordinación extrema.

En buena cuenta, podemos estar frente a la génesis de las tesis estatutarias y de la idea de que la relación con sus servidores está condicionada, desde el nacimiento (con la designación) hasta la extinción, a la voluntad del Estado, en cuyo contexto el servidor y funcionario público se encuentra limitado en sus derechos subjetivos. Con el paso del tiempo, se irán sumando otras ideas o valores sobre los cuales se seguirá soportando este régimen restrictivo. Pero, lo importante por ahora es notar que obedece a una visión axiológica, como el elemento de culto o divinidad del rey, más a una lógica deóntica.

### **2.5. La esclavitud en la Roma republicana y formas de trabajo por cuenta ajena: estatutos diferenciados para el trabajo productivo y para el servicio público**

En la antigüedad, y posteriormente refiriéndose a la Roma republicana, nos dice Wilfredo Sanguineti que la esclavitud fue el medio más importante de aprovechamiento del trabajo humano. En base a ella, existía una relación de propiedad sobre aquel que realizaba el trabajo, quien transmitía a su titular todos los poderes inherentes a la propiedad, incluyendo el derecho a los frutos (Sanguineti, 2013: 20).

El sustento de este régimen ya lo encontrábamos siglos atrás en Aristóteles, Política I, 2, 1-16, citado por Jean Touchard, quien sostenía que, por un lado, la esclavitud obedecía a una cuestión natural en donde el esclavo se veía como una propiedad animada; pero, por otro lado, también podía ser el resultado de lo regulado por la Ley, especialmente producto de un derecho de guerra, lo que, a su juicio, podría ser cuestionable en tanto la misma guerra lo era (Touchard, 1969: 27).

En cualquier caso, como refiere Sanguineti, dicha relación jurídica de propiedad era regulada por medio del Derecho Civil, área competente en temas de



propiedad, compraventa y arrendamiento de bienes (Sanguineti, 2013: 20). En igual sentido, Palomeque y Álvarez de la Rosa indican que en las sociedades precapitalistas el trabajo se regulaba por el derecho real o el derecho corporativo (Palomeque & Álvares, 1993/1996: 54).

Pero, la importancia de este pasaje de la historia no reside en la distinción entre el hombre libre y el hombre esclavo. Se encuentra en la distinción que nos permite observar dentro de la misma categoría de los hombres libres, en función del tipo de servicio que realizaban. La diferencia que nos interesa resaltar se presentaba entre los ciudadanos que se dedicaban al servicio público, al ejercicio de cargos públicos como senador o magistrado, y, por otro lado, los ciudadanos que tenían que ofrecer su mano de obra para asistirse de ingresos con los cuales costearse la vida. En ambos casos, personas que realizaban un trabajo por cuenta ajena en régimen de libertad.

Efectivamente, Palomeque y Álvarez de la Rosa puntualizan que mientras que el esclavo realizaba la única forma de trabajo productivo y por cuenta ajena del sistema, los hombres libres se dedicaban a la política, la guerra, el ocio o la cultura (Palomeque & Álvares, 1993/1996: 54). En la lista de las actividades de los hombres en régimen de libertad, deberíamos incluir las formas de trabajo en las cuales se ofrecía el servicio personal a cambio de una retribución económica que, como se verá, empezó a ser una actividad demandada en la época.

Pero, también observamos que cuando se hace referencia al trabajo por cuenta ajena en régimen de libertad, no se incluye a quienes desempeñaban cargos públicos. Por ejemplo, Sanguineti indica que ya en los inicios de la Roma republicana se podían apreciar formas de trabajo del hombre libre (Sanguineti, 2013: 20). Principalmente, debido a un fenómeno demográfico como el aumento de la población y, a contracorriente, al estancamiento del número de esclavos y al agravamiento de la condición de los hombres libres que no eran propietarios (Sanguineti, 2013: 20). Debido a ello, estos últimos, generalmente de la plebe o esclavos manumitidos, ofrecían sus servicios para realizar tareas

físicas o manuales, regidas por las reglas del arrendamiento de esclavos ajenos (Sanguineti, 2013: 20-21).

En este nuevo contexto, refiere Sanguineti, fue necesario realizar una distinción entre el arrendamiento de esclavos y el de los hombres libres (quienes temporalmente se ponían a disposición de otro). Para estos últimos, entonces, se aplicó la *locatio conductio operarum*, respecto de la cual, incluso, se hizo una nueva separación. Esta nueva distinción se realizaba en función de lo que se quería aprovechar, si era la actividad misma del deudor del trabajo correspondía *locatio conductio operarum*, y si era la ejecución de una obra correspondía la *locatio conductio operis* (Sanguineti, 2013).

Sin embargo, nos dice Sanguineti que existía un segundo criterio diferenciador, el cual consistía en determinar si es que había o no un deber de obediencia del arrendador frente al arrendatario. Así, si es que existía dicha obligación, correspondía aplicar la *locatio conductio operarum*, mientras que si no existía dicha obligación, correspondía aplicar la *locatio conductio operis* (en donde la labor se realizaba según sus conocimientos y habilidades) (Sanguineti, 2013).

TIPO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS	¿QUÉ SE BUSCA APROVECHAR?	¿EXISTE DEBER DE OBEDIENCIA?
<i>locatio conductio operarum</i>	La actividad misma	Sí
<i>locatio conductio operis</i>	La ejecución de una obra	No

Elaboración propia

Finalmente, nos dirá Sanguineti que la *locatio conductio operarum* constituye un antecedente al actual contrato de trabajo, toda vez que mediante el título jurídico del acuerdo de voluntades, se cede a otro el aprovechamiento de la propia actividad. Añade que la diferencia es el régimen jurídico bajo el cual se presta la actividad, ya que en la *locatio conductio operarum* existía una sumisión total por parte del locador (Sanguineti 2013).

Podemos, como conclusión, realizar dos distinciones. Una, la del esclavo y el hombre libre, respecto de la productividad reportada por su servicio. El esclavo,

por su condición de tal, laboraba a pedido de su dueño, pero dicha labor no le reportaba un beneficio económico. Por su parte, el hombre libre que ofrecía sus servicios, ya se bajo la *locatio conductio operarum*, o bajo la *locatio conductio operis*, obtenía un beneficio económico que retribuía su servicio y que le servía para cubrir sus gastos de vida.

Por otro lado, podemos distinguir entre el trabajo realizado por el hombre libre y el servicio público realizado por los funcionarios romanos. Acá también podría hablarse, al igual que en la comparación con el esclavo, de la ausencia de un fin productivo, toda vez que en Roma el servicio público deja de ser retribuido, como sí lo era en Atenas. Sin embargo, no es menos cierto que los senadores o magistrados romanos, obtenían parte de la fortuna romana, en base a la influencia y competencia que tenían. Por mencionar un ejemplo, es el caso de las tierras conquistadas por Roma, las que serán materia de redistribución arbitraria entre los funcionarios.

Entonces, en sí mismo, el ejercicio de cargos públicos en Roma no era un trabajo productivo como actualmente lo entendemos, no se ofrecía un precio, un valor, al servicio realizado por los senadores o magistrados romanos. Con lo cual, no era una actividad que la mayoría de ciudadanos esté dispuesta a realizar, pues no le reportaba beneficio directo. De tal forma la ascendencia familiar, patricios -la mayoría (al inicio)- o plebeyos –progresivamente- con patrimonio suficiente, era lo que determinaba quienes se dedicaban a los asuntos públicos sin ingresos económicos por ello.

Sin embargo, era claro que el propósito de dichas personalidades no se agotaba en el interés común. Tenían motivaciones particulares que lograban concretar gracias a su influencia y al poder de decisión con que contaban. Como fuere, en este momento importa destacar la idea de la distinción de estatutos que empieza a marcarse en relación al trabajo del hombre libre que se dedica al servicio productivo o no productivo (en la concepción de “productividad” que actualmente manejamos en base al Derecho del Trabajo).

## **2.6. La influencia de Atenas en la construcción de las ideas políticas de la Roma republicana (siglo III al II a.C.): servicio público basado en el interés general y no intereses particulares**

Como sabemos, después de salir victoriosa de la Batalla de Corinto hacia el año 146 a.C., Roma asume el control de Grecia y potencia su expansión territorial, así como, siguiendo a Gonzalo Bravo, demuestra su interés en el control político y comercial del mundo mediterráneo (Bravo, 2001: 46). No obstante, así como pasó con el control macedonio sobre las ciudades griegas, con Roma también persistirán muchas de las instituciones y concepciones de, principalmente, Atenas.

Efectivamente, podemos ver, citando a Jean Touchard, la gran influencia griega en las concepciones políticas de los conquistadores romanos:

*“Los griegos o, más bien, los escritores y profesores helenísticos de lengua y formación griega que alimentaban desde hacía mucho tiempo al mundo mediterráneo de ideas generales, iban a aportar a los conquistadores romanos un útil conjunto de inclinaciones sobre este punto”.* (Touchard, 1969: 65).

Dicha influencia la podemos apreciar en la escuela del Estoicismo que fue materia de análisis en el acápite 2.4, como escuela filosófica que influyó en los soberanos helenísticos. En el caso de Roma republicana, será recogida por Panecio, filósofo griego quien modifica y adapta la filosofía de dicha escuela a pedido de Escipión Emiliano, influyente político y militar, a quien asesoraba. Asimismo, también podríamos mencionar la influencia, desde la historia, del griego Polibio, en el nacimiento de la Roma republicana.

Al respecto, Touchard indica que tanto Panecio (en la filosofía) como Polibio (en la historia) se convirtieron en el apoyo indispensable de Escipión Emiliano en la construcción del nuevo pensamiento político (Touchard, 1969: 67). En lo que respecta a Panecio, se sabe de su obra por medio de las referencias de Cicerón, ya que no se tiene registro directo (Touchard, 1969: 67). En ese

sentido, el *De officiis* de Cicerón da cuenta del tratado *Del deber* de Panecio (Bravo, 2001: 67).

Por tanto, de la revisión del *De officiis* de Cicerón, se puede constatar, como menciona Francisco Samarach en la nota introductoria de su traducción, que:

- Cicerón realiza referencias expresas a Panecio, como fuente principal de los Libros II y III,
- en cuanto al aporte de la obra, se puede mencionar su preocupación por la naturaleza y dignidad del hombre,
- el hombre está hecho para vivir en sociedad,
- la categoría “hombre” incluye también a los esclavos,
- la moral está asociada a una conducta humana honesta,
- no hay contradicción entre honestidad y utilidad, siendo que todo lo útil lo es por ser honesto (Cicerón, 44/ trad. 2005)

Puede verse, de acuerdo con la cita del párrafo precedente, la influencia de la cual nos habla Touchard:

*“Escipión pide al estoicismo un tipo de disciplina moral, necesario para los crueles y bravos capitanes de un imperialismo victorioso conducido únicamente por la ambición o la razón del Estado (...) Escipión trata de encontrar evidentemente un humanismo y una moral que civilicen ese campo atrincherado que es su patria. Panecio responde a esta invitación humanizando a su vez el estoicismo (...)”*(Touchard, 1969: 67).

La relación es la siguiente. Algunas concepciones helénicas, como la escuela del estoicismo, trascienden las fronteras de la Antigua Atenas y anclan en la República romana por obra e influencia de personajes específicos, como pueden ser Panecio, desde la filosofía, y Polibio, desde la historia. En ambos casos, debido a su vínculo con el influyente político y militar Escipión Emiliano.

Pero, en lo que toca al primer caso, sobre la obra de Panecio, existe una retroalimentación, la trascendencia de la escuela del estoicismo se ve “actualizada” en virtud de los valores que perseguía Escipión Emiliano y que fueron adheridos a la escuela gracias a Panecio, de cuya obra se tiene registro gracias a Cicerón.

En cuanto al aporte de Polibio, nos dice Touchard que escribió una Historia universal del periodo que va del 218 al 146 a.C., planteando como pauta la perspectiva romana (Touchard, 1969: 68). Adicionalmente, siguiendo a Touchard, se puede decir que Polibio justifica la Constitución romana en tanto conjuga, a su vez, tres tipos de Constituciones: la de la realeza (representada por el poder de los cónsules), la de la aristocracia (representada por el poder del Senado), y la de la democracia (representada por el poder del pueblo), (Touchard, 1969: 68).

¿Por qué dicha conjugación de Constituciones sería virtuosa para Polibio?, ¿cuál es la justificación detrás de su concepción de la Constitución romana? Para Touchard, Polibio creía en el equilibrio que se generaba gracias a dicha conjugación de poderes, los mismos que se limitaban unos a otros (Touchard, 1969: 68). De esta manera, los cónsules, competentes para decidir cuestiones de guerra, necesitan del Senado para el ejercicio de sus funciones, ya que estos deciden el abastecimiento de las tropas e incluso el nombramiento mismo de los cónsules, asimismo también necesitan del pueblo para los tratados (Touchard, 1969: 68). De igual modo, el Senado necesita del pueblo ya que ante él se someten los procesos y sus tribunos pueden suspender los decretos emitidos por la Asamblea (Touchard, 1969: 68).

No obstante ello, así como hay continuidad respecto de la influencia de las ideas políticas griegas en Roma, también hay marcadas diferencias. Sobre estas últimas, Jean Touchard nos ilustra de la siguiente manera:

*“[El romano] No admite otra forma de abstracción y teoría que no sea el Derecho; hay que reconocer, además, que aquella se haya directamente ligada a la acción o, más exactamente, que da sus marcos a la acción. Allí donde el griego piensa en términos filosóficos, políticos o morales, el romano lo hace en términos jurídicos (...) Por consiguiente, no es una casualidad que el primer documento literario importante sea la Ley de las XII Tablas.”* (Touchard, 1969: 66)

Pues bien, llegado a este punto, en el balance de las influencias griegas en Roma, así como de las diferencias anotadas, queremos llamar la atención, para nuestros efectos, en los valores que Escipión Emiliano recomienda integrar a la filosofía del estoicismo. Plantea integrar valores que, desde su perspectiva, se encuentran por encima de los intereses particulares, y Panecio, como se ha citado, responde desarrollando la virtud del hombre en función de su comportamiento honesto.

Cuestión que rescatamos, como valor, en relación con la concepción moderna de que el servidor y funcionario público se debe a los intereses del Estado y no a los particulares. Esto se expresará mediante el principio de legalidad, en cuanto pauta que permite evitar que el servidor y funcionario público se aleje de ese mandato que le obliga a priorizar el interés general. De esta forma, la ley se convierte en expresión misma del interés general, razón por la cual todo aquel que la profane, afectará directamente el interés general y deberá asumir las responsabilidades que le correspondan.

### **2.7. Organización política y discriminación entre patricios y plebeyos en la Roma republicana (siglo III al I a.C.): progresivo acceso a la función pública en condiciones de igualdad y equilibrio en el reparto de las riquezas**

Preliminarmente, es importante ubicarnos en el contexto de la República romana (que sucede a la etapa de la Monarquía en Roma), la cual se extiende por casi todo el siglo V a.C., hasta el año 27 a.C. en que se da paso al Imperio romano. En ese contexto, la distinción entre patricios y plebeyos, clave de la sociedad romana arcaica según Bravo, se había regulado de tal forma que estos últimos empezaron a participar activamente en funciones públicas (Bravo, 2001: 29).

### 2.7.1. El efecto de la distinción entre plebeyos y patricios, en el plano social y político

Recordemos que la distinción entre uno y otro sector de la sociedad, siguiendo a Bravo, era una de tipo sociológica, mientras los patricios eran la élite de la ciudadanía romana, nobleza que transmitía dicha condición de manera hereditaria, los plebeyos formaban la masa heterogénea no privilegiada de Roma, planteándose desde entonces una clara discriminación social (Bravo, 2001: 29). Esta discriminación social entre patricios y plebeyos se recogió, incluso, nos dice Bravo, en la codificación que se realizó mediante la Ley de las XII Tablas en la que se prohibió los matrimonios mixtos entre patricios y plebeyos (Bravo, 2001: 33).

La discriminación antes referida también irradió sus efectos sobre la organización de la sociedad romana. Así, existían ya en la etapa republicana de Roma, dos vías institucionales de organización social: por un lado, la oficial-patricia, organizada política y militarmente en base a las *classes* y *centurias*, con *leges* (votadas en asambleas –*comitia*–) cuyo cumplimiento se exigía a todo ciudadano; y, por otro lado, la popular-plebe, organizada en base a tribus, con *plebiscita* –decisiones– aprobadas en reuniones de plebeyos (*concilia*), pero sin fuerza de ley (Bravo, 2001: 35).

Vía institucional	Organización social	Producto normativo	Ente decisorio
Patricia	<i>Classes</i> y <i>centurias</i>	<i>Leges</i> , vinculante	<i>Comitia</i>
Plebeya	Tribus	<i>Plebiscita</i> , no vinculante	<i>Concilia</i>

Elaboración propia

En el año 241 a.C., agrega Bravo, el número de *classes* que se contaban eran 5, el número de tribus 35 (31 rústicas y 4 urbanas), y se consignaron 2 centurias por cada tribu y 70 centurias por cada *classe* (Bravo, 2001: 36). Asimismo, vale la precisión respecto del objeto de cada asamblea. La *comitia* tenían por objeto la votación para aprobar leyes así como para elegir



magistrados, mientras que la *concilia* buscaba que su producto normativo, su acuerdo (*plebiscita*), se adopte como *legge*, así como también servía para elegir a los magistrados plebeyos (Bravo, 2001: 37).

Sin embargo, nos dice Bravo que la discriminación más importante que enfrentó a patricios y plebeyos fue la discriminación de naturaleza política (Bravo, 2001: 29). Efectivamente, indica el autor citado que si bien por el hecho de ser ciudadanos romanos, los plebeyos tenían formalmente el derecho a ejercer cargos públicos, en la realidad no se concretaba, al punto de que ver senadores o magistrados plebeyos era realmente excepcional (Bravo, 2001: 30).

Es recién a partir del siglo V, según Bravo, que la plebe se constituye como un grupo político. A partir de entonces contará con organización interna, tendrá un planteamiento claro de sus reivindicaciones, y formulará alternativas políticas, (Bravo, 2001: 31). El texto de Livio (Liv. II, 33, 1), citado por Bravo, refleja cómo poco a poco el conflicto entre ambos sectores de la sociedad romana se empezaba a regular:

*“Se comenzó entonces a discutir con el fin de establecer la concordia y, por medio de concesiones, se concluyó que la plebe tendría sus propios magistrados, sacrosantos, con derecho de intercesión contra los cónsules y que ningún patricio podría ejercer esta magistratura”* (Bravo, 2001: 31).

La resolución de este conflicto social, entonces, tiende a una regulación que busca que el reconocimiento de una cuota de poder público sea reservado exclusivamente para la plebe. Desde el punto de vista de la igualdad, podríamos hablar de una apertura al reconocimiento de derechos de acceso para la plebe, con el objeto de equipararlos a los derechos que ya tenían los patricios.

Esta tendencia igualitaria, nos dice Bravo, terminó, por ejemplo en el caso de las magistraturas, en un reconocimiento pleno de acceso a la función pública,

en igualdad de condiciones para plebeyos y patricios (Bravo, 2001: 38). Aunque, como veremos más adelante, después del reconocimiento pleno de dicha igualdad de condiciones, perduró la magistratura exclusivamente de plebeyos en los casos de los *Tribunos* elegidos en la *concilia plebis*, así como los *ediles* de la plebe, ciertamente para competencias respecto de asuntos de la misma plebe (Bravo, 2001: 38, 40).

### 2.7.2. Del Senado y las Magistraturas

Ahora bien, para completar la mirada sobre la organización política de la Roma republicana, es necesario pronunciarnos sobre las dos funciones públicas más importantes de la época. En ese sentido, Pedro Barceló menciona que el gobierno ejercía sus tareas fundamentalmente mediante dos instituciones, la Magistratura y el Senado (Barceló, 2003: 175-177).

Sobre los magistrados, indica el autor antes citado que eran elegidos anualmente por el pueblo, y sobre ellos recaía la facultad de ejecución de las leyes y resoluciones senatoriales, la presentación de propuestas de ley, dirección de la guerra y administración de justicia (Barceló, 2003: 175-177), sin embargo habría que hacer las distinciones y precisiones de Bravo (hacia el final de la etapa republicana:

- Dos *cónsules* elegidos anualmente, máxima magistratura, elegidos en la *Comitia centuriata*, con competencias en materia militar (dirección del ejército romano), con poder de convocatoria del Senado, asumían la presidencia de la Asamblea y elegían a los senadores (Bravo, 2001: 38)
- Un número era variable de *pretores*, quienes asumían competencias en materia judicial, así como en el gobierno de las provincias. Hasta antes del año 337 a.C., los plebeyos no tenían acceso a esta magistratura (Bravo, 2001: 39).
- Dos *censores* elegidos dos cada cinco años, cuyo ejercicio duraba un año y medio, con competencias para revisar el censo ciudadano y así proponer la renovación de la lista de senadores. Hasta antes del año

339 a.C. los plebeyos no tenían acceso a esta magistratura. Elegían senadores para cubrir las vacantes producidas por las guerras, siendo que a partir del año 81 a.C. se exigió para dicha elección, como requisito, el ejercicio previo de la *cuestura* (Bravo, 2001: 39).

- De tres a seis *tribunos militares con poder consular*, que reemplazaron a los cónsules durante el periodo 444 a 367 a.C., permitiendo el acceso de plebeyos incluso antes de su reconocimiento formal (Bravo, 2001: 39).
- Un único *Dictator* a modo de magistratura extraordinaria, de duración variable, en casos urgentes o especiales (por peligro del Estado) (Bravo, 2001: 39).
- Un colegio de diez *decenviros*, elegidos para redactar leyes o informar al Senado y con plazo variable (Bravo, 2001: 39).
- Un número variable de *cuestores*, de ejercicio anual, inicialmente tuvieron competencia penal, pero posteriormente a asuntos financieros del Estado (Bravo, 2001: 40).
- Dos ediles de duración anual, exclusivamente patricios, con competencia para vigilar el orden público y el funcionamiento de los servicios cotidianos de la ciudad (Bravo, 2001: 40).
- De dos a diez *tribunos de la plebe*, según la época, de duración anual, elegidos en *concilia plebis*, con competencia para proteger a los ciudadanos contra abusos (entre sí o de parte de magistrados), para vetar decisiones de cónsules, y gozaban de inmunidad persona (Bravo, 2001: 40).
- Dos *ediles de la plebe* de duración anual, credos durante el conflicto patricio-plebeyos, a modo de magistratura paralela (Bravo, 2001: 40).

En lo que toca al consulado, Pedro Barceló precisa que durante los siglos III y II a.C. se establece una jeraquía entre *consulado*, *pretura*, *edilidad*, *cuestura*

(planteado en ese orden de prelación, en el que el consulado era la función más importante), de tal forma que debían ser desempeñados de manera secuencial por cada político (Barceló, 2003: 175-177).

De otro lado, en relación al Senado, instrumento de poder que se consolidó en la etapa de Roma republicana, inicialmente se trató de una condición vitalicia y hereditaria, pero luego se amplió el criterio comprendiendo también a ex magistrados (Bravo, 2001: 40). Al inicio del periodo republicano alcanzaban a 300 miembros, ampliándose durante las dictaduras de Sila (a 600) y de Julio César (a 900) (Bravo, 2001: 41).

En igual sentido, Barceló precisa que en el caso del Senado, se trataba de un órgano conformado por 300 personas (hasta el año 80 a.C.), con tendencia aristocrática y que contaban con la experiencia de haber ejercido una magistratura (Barceló, 2003: 175-177). Añade el autor que el Senado reunía la experiencia de todos los antiguos cargos públicos: sus aportes al interés público, el prestigio personal de sus integrantes, la influencia de sus familias (Barceló, 2003: 175-177).

Asimismo, indica Bravo que en las postrimerías de la Monarquía romana y a inicios de la época republicana, el Senado había dejado de ser ya un órgano homogéneo, para abrir paso a la participación de patricios y plebeyos (Bravo, 2001: 41). Y, en cuanto a sus funciones, el autor referido precisa que asumía competencia respecto del erario público, sobre política exterior, sobre la aprobación de leyes, proponía candidatos para las magistraturas y brindaba asesoría a magistrados (Bravo, 2001: 41), competencias que elevaron al Senado a ser considerado:

*“(...) pieza clave del funcionamiento del sistema constitucional reemplazado en ocasiones con sus acuerdos (senatusconsultum) a leyes y magistrados o tomando decisiones sumarísimas (senatusconsultum ultimum) de especial trascendencia para la estabilidad del Estado”.* (Bravo, 2001: 41).

En este punto, vale una aclaración que nos lleva, incluso, a entender mejor la importancia del Senado en la República romana. Para ello, hay que partir de la premisa que nos plantea Wolfgang Kunkel al indicar que en Roma la idea de Estado no era una abstracción que servía al individuo para imponerle o facilitarle algo, sino que el Estado eran todos los ciudadanos, de ahí que la denominación más técnica para referirle fuese *Populus Romanus* (Kunkel, 2003: 16). Sin embargo, en algunos documentos oficiales, a la denominación antes referida se le agregaba el nombre del Senado: *Senatus Populusque Romanus*, reflejando con claridad el inmenso poder del que gozaba el Senado romano (Kunkel, 2003: 17).

En igual sentido encontramos nuevamente a Polibio, historiador citado párrafos atrás, quien a decir de Jean Touchard, plantea que el Senado romano detentaba las competencias más importantes en la gestión administrativa. Así, Polibio establece un claro predominio del Senado, a pesar de la formal división de competencias (Touchard, 1969: 69).

Cualquier ciudadano era elegible, indica el autor antes citado, no obstante la función pública, sea en el Senado o en alguna Magistratura, a diferencia de lo que pasaba en Atenas, en Roma no era retribuida (se trataba de un honor), por lo que significaba un gasto importante para los magistrados, quienes terminaban siendo, en gran mayoría, ciudadanos pudientes que podían costear tal actividad, sin menoscabo de sus ingresos (Barceló, 2003: 175-177).

Como vemos, la regulación tendente a facilitar el acceso a los cargos públicos, para todos los ciudadanos, fue progresivo. Lo importante es que ya entonces existían defensores de este valor. Sin embargo, más que real, fue al final un reconocimiento formal.

Son llamativas, hasta aquí, las referencias enumeradas en relación a la condición de los magistrados y senadores. Se trata de ciudadanos que están dispuestos a invertir su tiempo en la vida pública, sin percibir ingresos económicos. En buena cuenta, se trata de ciudadanos con un patrimonio

importante que les permite dedicarse a las funciones públicas sin que su equilibrio presupuestal se afecte.

Además, plantea una voluntad oculta por parte de dichos ciudadanos que ostentaban el poder en las más altas esferas de la función pública, interesados en matener su *statu quo*, con el propósito de seguir gozando de ventajas económicas. Y es que sucedía que, al margen de no percibir una remuneración, como la entendemos ahora desde la perspectiva capitalista del intercambio de trabajo por dinero, en aquel contexto magistrados y senadores tenían acceso (reparto decidido por ellos mismos) a tierras, parcelas, conquistadas.

### **2.7.3. La lucha de los hermanos Graco por el reparto equitativo de las riquezas**

Justamente, este reparto arbitrario de las tierras, y de la fortuna romana, en general, originó serios levantamientos populares hacia la última parte de la época de la República romana. Aparecen en el escenario figuras como Tiberio y Cayo Graco, hermanos que perseguirán la distribución equitativa de la riqueza romana.

Estos problemas sociales en la República romana, se agudizarán al punto de que, siguiendo a Bravo, caracterizarán este periodo tardo-republicano como la etapa de los conflictos, como nunca antes en toda la historia romana, quizá debido a la nueva posición de dominio de Roma en todo el territorio mediterráneo (Bravo, 2001: 51), generando más riquezas y, con ello, más medidas ambiciosas por parte de los funcionarios públicos romanos. Así, nos plantea el referido autor que los Graco protagonizarán un decenio revolucionario, escondiendo detrás de su propuesta de reforma agraria, una propuesta de Estado en favor de los *populares* (Bravo, 2001: 51).

Touchard nos ilustra sobre el particular e indica el autor que empezada la expansión de la República romana, al interior del Senado, existía una parte que pensaba únicamente en el acaparamiento de poderes y riquezas, frente a ella

es que aparecen los hermanos Graco para regular las contradicciones de Roma (Touchard, 1969: 70).

En ese sentido, cuestionaban las bases de la Constitución romana, expuestas por Polibio. Ahí donde este último justificaba la confluencia de los tres poderes abstractos (Senado, Cónsules y el pueblo), desde la perspectiva de un juego natural y beneficioso, los Graco ven los intereses particulares de una facción acaparadora y oligárquica del patriciado, de los caballeros, de la plebe y destaca Touchard que “*Para los Gracos el interés del Estado prima sobre los intereses particulares*”, cuestión que motiva sus ataques bélicos y que termina en la muerte de ambos (Touchard, 1969: 70).

En este punto, es importante tomar en cuenta que tanto Tiberio como Cayo Graco, ostentaron los cargos de tribunos de la plebe en los años 133 y 123 a.C., respectivamente. Así, los hermanos Graco, sobre la base de las competencias que ostentaban, empezarían a canalizar sus ideas en normativa y políticas específicas.

Al respecto, indica Touchard, fueron dos medidas específicas las que los hermanos Graco tomaron, desde el punto de vista normativo y político. En primero lugar, la aprobación de la *Lex sempronia* a iniciativa e impulso de Tiberio Graco, a pesar de la resistencia de una minoría de grandes propietarios. La norma tenía por objeto devolverle al pueblo romano la fortuna común, acaparada por unos pocos, con ello reconstruir la pequeña propiedad (Touchard, 1969: 70).

Por su parte, en el caso de Cayo Graco, casi diez años después de la obra de su hermano, Touchard resalta su confabulación con la clase de los caballeros, con el partido popular y con los aliados, con el objeto de revivir el imperialismo democrático de Pericles (Touchard, 1969: 71). Las medidas que adoptó, entre otras fueron: reparto de trigo a precios moderados y ventajas para los caballeros en los tribunales, asimismo se propuso conceder la ciudadanía a los italianos (Touchard, 1969: 71).

En ambos casos, las pretensiones de los hermanos Graco derivaron en levantamientos que terminaron con la vida de Tiberio y Cayo. No obstante, los problemas sociales de la época tardo-republicana de Roma se intensifican con la lucha por la reivindicación de la libertad de los esclavos, sublevación liderada por Espartaco durante los años 73 al 71 a.C. (Touchard, 1969: 71).

El relato de esta parte de la historia nos permite recoger algunos valores que pretendían consolidarse en la sociedad de la Roma republicana. En esa pugna entre valores, representados por distintos sectores (opuestos), resalta la pretensión por ampliar las posibilidades de acceso a la función pública. Esto, nuevamente, reflejaría un proceso de democratización en el acceso, una tendencia a la igualdad en el reparto de las plazas públicas.

Por su parte, los levantamientos sociales nos permiten introducir un nuevo valor en juego. Las pretensiones de los hermanos Graco, decíamos, se sostenían en ideales democráticos que, bajo el ideal de Pericles, pretendían cuestionar los cimientos de la organización política de la Roma republicana (la convivencia de tres grandes sistemas políticos, justificación que fuera desarrollada por Polibio). Uno de los focos en los que se centró el interés de los Graco fue el reparto de las riquezas romanas, obtenidas por la expansión de Roma en la época republicana.

La fortuna generada por la República romana abría una posibilidad de reparto entre unos pocos miembros del Senado o magistrados con capacidad de decidir sobre su forma de distribución. En este contexto, el ideal de los Graco es velar por un reparto justo de la riqueza, incluir los intereses del pueblo en dicho reparto, toda vez que, como se ha citado a Touchard, *“Para los Graco el interés del Estado prima sobre los intereses particulares”* (Touchard, 1969: 70).

Esta concepción del reparto igualitario de la fortuna romana podría, con el tiempo, ir traduciéndose en un interés público por realizar un reparto equitativo de sus riquezas, génesis del llamado principio de equilibrio presupuestal que es citado en las normas que regulan los regímenes de derechos y obligaciones de los servidores y funcionarios públicos peruanos.



## **2.8. Inicio del Imperio romano, anexión de provincias, extensión de la ciudadanía romana y delegación del poder del pueblo hacia el Príncipe: ejercicio de poder público de los gobernadores (por traslado de representación) y legitimidad del Príncipe para legislar**

La transición entre la República y el Imperio romano tiene muchas figuras emblemáticas que ayudan a entender la importancia del ejército romano en las decisiones políticas de dicho contexto. La primera es la figura de Cayo Mario, excelente general quien, a decir de Bravo, demostró que era necesario el reconocimiento institucional de méritos militares para ostentar el control del poder político, dando pie a un proceso que se conoce con el nombre de guerras civiles durante los años 91-31 a.C. (Bravo, 2001: 55).

### **2.8.1. La importancia de la milicia en el Imperio romano: de Cayo Mario a Octavio**

Indica Bravo que el poderío de Cayo Mario llegó al punto de influenciar en su reelección como cónsul por cinco años consecutivos durante los años 104-100 a.C (Bravo, 2001: 55). De igual modo, otro aporte que se le reconoce es la profesionalización del ejército romano, incluyendo el reclutamiento de *proletarii* (Bravo, 2001: 55).

Otra figura importante es la de Lucio Cornelio Sila. Ejerció la magistratura de Cónsul, y excepcionalmente logró imponer su candidatura militar en el año 82 a.C. (Bravo, 2001: 55). Sila pretendía rescatar los valores de la Constitución romana, reivindicando la República. Para lograr tal propósito, utilizó la fuerza de las legiones, demostrándole al Senado, según precisa Bravo, que podía anular cualquier decisión política por intermedio de la fuerza (Bravo, 2001: 55).

Finalmente, no se puede dejar de mencionar a Pompeyo. Si bien militarmente destacó como los anteriores, como indica Bravo, a diferencia del resto, plantea un nuevo perfil ya que durante más de veinte años se dedica exclusivamente al ejercicio militar, sin mostrar interés por ocupar cargos políticos (Bravo, 2001:

57). No obstante, la mayor gloria de Pompeyo será la de recibir en el 67 a.C., por parte del Senado, *imperium infinitum* por tres años, recibiendo en el 68 a.C. *imperium extra ordinem* (Bravo, 2001: 58).

Con posterioridad, Pompeyo se asocia con Marco Licinio Craso y Julio César, de manera instrumental, para lograr lo que el Senado hasta entonces le había negado: tierras para los *veterani*, el reconocimiento de sus victorias militares en Asia, así como la adjudicación de tasas a los *publicani* (Bravo, 2001: 59). La alianza antes mencionada se termina con la muerte de Marco Licinio Craso, dando inicio al enfrentamiento entre Pompeyo y Julio César que termina con la muerte de aquel y la proclamación de Julio César como *dictator* en el año 49 a.C, cónsul en el 48.C. y, finalmente, *dictator perpetuus* en el 45 (Bravo, 2001: 60).

Hacia el año 44 a.C. Julio César es asesinado ingresando al Senado, situación que generó que el *populus* reclamase la legitimidad de Octavio, heredero de Julio César, quien con posterioridad se transformará en el primer emperador romano (Bravo, 2001). Octavio, ya convertido en Augusto al año 27 a.C., gracias al reconocimiento del Senado, estuvo obligado a tomar decisiones políticas importantes, en vista de la herencia territorial importante que la etapa republicana había dejado, de acuerdo con la afirmación de Bravo, “*En menos de un siglo Roma pasó de mero control político sobre los territorios conquistados a su anexión e incorporación como provinciae de pleno dominio romano*” (Bravo, 2001: 63).

Frente a esta coyuntura, Augusto adoptará decisiones políticas que, a decir de Bravo, pueden caracterizarse por su tendencia a la restauración e innovación en el nuevo contexto, buscando recuperar valores de la etapa republicana, así como acuñando nuevas ideas en la sociedad romana (Bravo, 2001: 64). Para lograr tal propósito, indica Bravo que tuvo que enfrentarse a una férrea resistencia en el Senado que, para entonces, aún ejercía influencia en la vida social y política de Roma (Bravo, 2001: 65).

## 2.8.2. Las reformas de Augusto

¿Qué medidas asumió Augusto, entonces, para superar todos estos embates? Por un lado, adoptó medidas políticas como depuraciones en el Senado, reduciendo el número de representantes de 900 a 600; por otro lado, medidas administrativas como, por ejemplo, reconocer a las ecuestres en el gobierno de algunas provincias; así como medidas institucionales que lo llevaron a acumular títulos, atribuciones, epítetos y honores (Bravo, 2001: 65).

Pero, será la política para regular el sistema de administración romana de las provincias conquistadas, la que generará mayor impacto en el *estatu quo* romano, caracterizado por la preeminencia del Senado en el gobierno y control de aquellas (Bravo, 2001: 65). En ese sentido, precisa Bravo que en el año 27 a.C. Augusto distinguió entre provincias senatoriales e imperiales, de acuerdo al responsable de su gobierno y control: Senado y emperador, respectivamente (Bravo, 2001: 65). Las provincias bajo el gobierno y control del Senado no precisaban tropas legionarias en ellas, mientras que la provincias imperiales sí (Bravo, 2001: 65).

Asimismo, dentro de las mismas provincias Augusto estableció dos rangos o categorías según los cargos previos asumidos por el gobernador: serían provincias consulares si se trataba de un gobernador que había ostentado la magistratura de cónsul, y provincias pretorias si había sido pretor (Bravo, 2001: 65).

Al respecto, nos permitimos abstraer del relato histórico realizado, un valor importante dentro de la política romana, consistente en el traslado de representación del Emperador o del Senado hacia los gobernadores de las provincias. Estos gobernadores tenían que haber desempeñado cargos públicos previamente y, con algunas diferencias, asumían las mismas competencias en cada una de sus provincias.

Este valor que resaltamos termina siendo, desde nuestro punto de vista, un recurso político y administrativo frente a la expansión territorial de Roma. En consecuencia, la concentración del poder no era una medida eficiente, y de eso

se dio cuenta Augusto al proponer esta reforma. Este valor podría develar los orígenes de recursos como la representación funcional de la Administración Pública en cada uno de los funcionarios de un Estado, con mayor énfasis en contextos de descentralización.

Vemos como la expansión territorial viene, desde el punto de vista político, asociado a un traslado de representación de quienes detentan el poder. Con ello, se inviste de función pública solo a quienes realizan funciones similares al Senado o al Emperador (tomando la referencia de este apartado). Estos serán regulados, por tanto, como lo serían aquellos que les transfieren su poder de representación.

Trasladando la lógica a tiempos modernos, la prestación de servicios en favor de la Administración Pública nos presenta dos modalidades. La primera, la prestación realizada por parte servidores que no ejercen función pública, estos tendrían que regular sus intereses, derechos y obligaciones por medio de un estatuto similar a cualquier trabajador del sector privado. La segunda, la prestación de servicios realizada por funcionarios que sí están investidos de función pública y, por tanto, representan al Estado.

### **2.8.3. La extensión de la ciudadanía**

De otro lado, en cuanto a la extensión de la ciudadanía romana, directamente vinculado al tema antes abordado, sobre la anexión de las provincias conquistadas por Roma, Bravo indica que se trató de una práctica que se consolida durante la época republicana y que se extiende incluso hasta bien acentuada la etapa del Imperio romano en el siglo III (Bravo, 2001: 63).

Al respecto, corresponde señalar que el acceso a la ciudadanía se realizaba mediante concesiones imperiales otorgadas a dos distintos grupos sociales: por un lado, a los miembros de las tropas militares de Roma y, por otro lado, a los provinciales (Bravo, 2001: 83).

En relación a los primeros, precisa Bravo que estos podían acceder a la ciudadanía romana mediante el *diploma militaris*, privilegio dispuesto por el

mismo emperador, en gratitud por los servicios militares realizados en favor de Roma. No obstante, señala el autor, en caso no se les haya entregado tal privilegio, a su retiro se les alojaba en las colonias de *veterani (coloniae militares)*, accediendo a la ciudadanía romana de esta forma también (Bravo, 2001: 83).

En cuando a la extensión de la ciudadanía a los provinciales, Bravo enumera la lista de concesiones más importantes entregadas por los emperadores romanos a lo largo del principado:

- Claudio a los galos, a cuyos representantes introdujo en el Senado (Bravo, 2001: 83).
- Nerón a los griegos (Bravo, 2001: 83).
- Vespasiano a los hispanos, otorgándoles el derecho latino (*ius latii*), reforzando mediante la concesión del mismo a ciudades durante los gobiernos de Trajano y Adriano (Bravo, 2001: 83).
- Septimio Severo a los africanos (Bravo, 2001: 83).

No obstante las formas antes descritas por medio de las cuales los distintos emperadores entregaron la concesión estudiada, Bravo enfatiza con acierto que no es sino hasta la *Constitutio Antoniniana* del emperador Caracala, en el año 212, que se institucionalizó la medida extendiéndola a todos los habitantes de condición libre de todas las ciudades del Imperio (Bravo, 2001: 83).

Al respecto, vamos a insistir en la idea de la igualdad en el concurso para el desempeño de funciones públicas, planteada algunos párrafos atrás. El otorgamiento, vía concesión, de la ciudadanía traía consigo el reconocimiento de determinados derechos, entre ellos la posibilidad de ser elector en cargos públicos. De esa manera, poco a poco se va consolidando, hasta hacerse explícita la medida con la comentada *Constitutio Antoniniana* del emperador Caracala, el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad

(la fórmula sería: a más ciudadanos, más competencia en el acceso a cargos públicos).

Por último, en cuanto a la delegación de poderes por parte del pueblo hacia el Emperador, debemos recordar la justificación de Polibio en cuanto a la convivencia de la realeza, la aristocracia y la democracia: se justifican en tanto se limitan unos a otros. Veremos que instaurado ya el Imperio romano, habrá resistencia por dejar dichas bases republicanas, y es en ese contexto en el que se habla de la delegación de poderes antes mencionada.

Efectivamente, afirma Touchard que el gobierno de Roma, en el marco ya de la etapa del Imperio, sigue siendo democrática toda vez que el Príncipe representa al pueblo romano; de igual modo, sigue siendo aristócrata debido a que el Senado mantiene sus poderes, al menos en apariencia, salvo las modificaciones introducidas por Augusto (Touchard, 1969: 76).

Asimismo, siguiendo a Touchard, se llega a institucionalizar una división de competencia entre los poderes antes mencionados, de tal forma que el Emperador controlaba, como se ha mencionado antes, las provincias militares; y el senado las pacificadas (Touchard, 1969: 76). En ese mismo sentido, también se puede apreciar que las leyes son competencia del Senado pero, el Príncipe, a título vitalicio, también ejercía dicha facultad (Touchard, 1969: 56: 76). Y, en cuanto a las finanzas, éstas dependían del Senado, sin embargo las correspondientes al tesoro militar eran competencia del Emperador (Touchard, 1969: 76). Tomando en cuenta lo mencionado, Touchard concluye que:

*“(...) uno de los tres elementos característicos de la Constitución republicana –el pueblo- ha delegado sus poderes en el príncipe, quedando la triarquía reducida, en realidad, a una diarquía”.* (Touchard, 1969: 76).

Al respecto, nos interesa resaltar en este punto el valor representado con la delegación del poder del pueblo hacia el Emperador. En el esquema republicano, el valor estaba directamente representado por el pueblo, como matiz del ejercicio de los otros dos poderes. En el Imperio romano, ahora, según se indica, el poder del pueblo se subsumirá en el del Emperador.

Esto podría servirnos de referente histórico acerca de la delegación de poderes de representación hacia el Presidente, hacia los congresistas, entre otros altos funcionarios de elección popular, en los sistemas democráticos como el peruano. Y ¿por qué es trascendente esta remisión histórica? Por la tradición jurídica peruana que ha llevado a que la legislación laboral sea competencia del Poder Ejecutivo y no del Poder Legislativo, como en principio debería ser. En la mayoría de los gobiernos formalmente democráticos que ha tenido el Perú, el Poder Ejecutivo ha recibido habilitaciones especiales para legislar sobre esta materia. En algunos casos, se aprovechó la oportunidad para regular temas relacionados con los derechos laborales.

El Empleo Público no ha sido la excepción, los grandes regímenes de derechos y obligaciones de los servidores y funcionarios públicos del Perú, han sido establecidos por el Poder Ejecutivo, cuestión que termina siendo más controvertida aún, a diferencia de la intromisión del Ejecutivo en las relaciones laborales del sector privado. ¿Por qué? Pues, en el marco de la prestación de servicio para la Administración Pública, de un lado se encuentran los servidores y funcionarios públicos y del otro encontramos a la misma Administración. Resulta cuestionable, desde el punto de vista democrático, que sólo una de las dos partes tenga competencia para regular el estatuto que regirá las condiciones de su vínculo jurídico.

En buena cuenta, existe un verdadero argumento democrático para cuestionar la intervención normativa del Poder Ejecutivo en la regulación de los derechos y obligaciones de los servidores y funcionarios públicos. Dicho problema se genera en tanto se confunden los roles de Administración Pública, por un lado el que le otorga competencia para legislar (por habilitación del Congreso – incluso, muchas veces extralimitándose en sus facultades-) y, por otro lado, el rol como contraparte de los servidores y funcionarios públicos.

## 2.9. Caída del Imperio romano y reconocimiento del cristianismo (siglo III-siglo V): de la tetrarquía, la concentración del poder y el ensanchamiento de la burocracia

Hacia el año 284, nos dice Barceló que inicia una nueva y última fase del imperio romano, con Diocleciano de emperador. La característica principal será la controversia y la innovación en el poder establecido (pluralidad monárquica). La pauta la marca la imposición de un gobierno con cuatro emperadores, una tetrarquía, en virtud de la cual se elevó a Maximiano como *augustus* y ascendió a Constancio y Galerio a *caesares* (Barceló, 2003: 187).

### 2.9.1. El crecimiento del Imperio romano y el ensanchamiento de la burocracia

Al respecto, Barceló precisa que los augustos eran poseedores de la suprema potestad y eran la máxima autoridad competente para determinar las directrices de la política, promulgar leyes y tomar decisiones sobre la guerra y la paz. Por su parte, a los césares se les prometía la sucesión como *augustus*, siempre que realicen una buena gestión en la administración de las provincias y en la protección de las fronteras amenazadas por los pueblos vecinos (Barceló, 2003: 287-288).

Con todo ello, el imperio romano quedó configurado en dos esferas administrativas: la de Oriente reservada al mismo Diocleciano (augusto) y Galerio (césar); y la de Occidente a Maximiano (augusto) y Constancio (césar), respectivamente (Barceló, 2003: 287-288).

De acuerdo con Barceló, en este nuevo contexto se nota un crecimiento en el número del personal en ejercicio de funciones públicas. En efecto, indica el autor que el ensanchamiento de la burocracia inicia con la tetrarquía establecida por Diocleciano (Barceló, 2003: 293-295). Anteriormente, para el ejercicio de sus funciones en la gestión pública, los magistrados contaban con personal de apoyo en las provincias o en tareas en la corte o en la administración central (Barceló, 2003: 293-295). Con la asunción de Diocleciano, precisa Barceló, aparecen las grandes comitivas de personal



administrativo que se adjuntan a los altos cargos públicos (Barceló, 2003: 293-295). Siendo que, siguiendo al autor citado, a cada emperador tetrarcal se le asignaba un *praefectus praetorio* como funcionario civil de mayor rango<sup>22</sup>. Al respecto, Barceló llama la atención en el costo que este ejército de burócratas le significaba al imperio (Barceló, 2003: 293-295).

Nos encontramos ante un recurso que nos suena familiar. Los funcionarios públicos que representaban un porcentaje reducido de ciudadanos, aumentan en número debido a fenómenos antes comentados como la anexión de las provincias, la extensión de la ciudadanía, el reconocimiento de derechos a los plebeyos. En este caso, el fenómeno del ensanchamiento de la burocracia, adicionalmente a las razones planteadas, se lo atribuye a la decisión particular de conceder a cada Emperador la posibilidad de ser asesorado por un *praefectus praetorio*.

### **2.9.2. Designación de personal de confianza**

Sin embargo, este pasaje de la historia no solo nos brinda referencias acerca del fenómeno del ensanchamiento de la burocracia en Roma, sino también de una política que al día de hoy tiene un lugar especial en nuestra regulación del Empleo Público. Hablamos de la designación de funcionarios y personal de confianza.

Estos personajes, al igual que los *praefectus praetorio* en su tiempo, deben su incorporación a la Administración Pública a la confianza que deposita el funcionario que los designa. No hay duda de que tales funcionarios de confianza ejercen función pública, pero bajo un estatuto distinto de aquellos que tienen una modalidad específica de acceso y requisitos para ello.

Debemos resaltar que la utilidad de esta figura reside en su funcionalidad. Nos referimos a que este sistema de confianza como sustento del acceso a la

---

<sup>22</sup> Por debajo de estos, incluso, nos refiere Barceló en la cita, existían negociados, encargados y ayudantes compuesto por los presidentes de las distintas cancillerías, notarios, funcionarios especiales, escribanos, etc.

función pública, permite que los funcionarios públicos cuenten con personal de su entera confianza para canalizar las políticas que desarrollen su plan de gobierno. Eventualmente, tener funcionarios públicos incorporados por otras vías, podría dificultar esta tarea debido a su independencia o a su adhesión a otros partidos, con intereses distintos.

Haciendo la comparación con tiempos modernos, los funcionarios públicos, especialmente aquellos que formen parte del partido político electo, requieren de personal de confianza que les ayude a materializar las políticas y decisiones adoptadas en el seno del partido, en el marco de su plan de gobierno. Es una forma de viabilizar la puesta en práctica de la visión de país con que cuenta el partido electo, darle la oportunidad a su plan de gobierno. Allí la funcionalidad de este sistema de confianza en el acceso a la función pública.

### **2.9.3. Las invasiones bárbaras**

De otro lado, la tetrarquía diseñada por Diocleciano, nos cuenta Barceló, se quiebra con la muerte de Constancio, la proclamación de Constantino como emperador, por parte de las tropas británicas y galas (en Occidente), así como la de Majencio en Roma (Barceló, 2003: 290). Siguiendo al autor citado, con varios emperadores en funciones se pone de manifiesta una verdadera crisis de legitimidad, así como una clara desunión en las elites militares (Barceló, 2003: 290). Todo ello desemboca en guerras civiles que duraron casi dos decenios, de las cuales salió victorioso Constantino, quien a partir de entonces, nos dice Barceló, inaugura el reinado de su propia dinastía (Barceló, 2003: 290).

El imperio de Constantino, como puntualiza Barceló, también marco una distancia respecto de la tetrarquía planteada por Diocleciano, en cuanto toma posición a favor de Cristo. La explicación detrás de esta decisión, nos dice el autor, recae en la legitimación de las ambiciones de Constantino, ya que el tinte monoteísta, exclusivista e indivisible de este Dios, justificaba la pretensión de optar por el poder supremo, sin reparto, a diferencia de la teología tetrárquica, en donde el principio de repartición de poderes era un símil del reparto de las atribuciones divinas del panteón politeísta, (Barceló, 2003: 290-291).

Por otro lado, es importante mencionar que el asedio de los germanos sobre el imperio romano se intensifica hacia finales del siglo IV e inicios del siglo V. Para entonces, como refiere Barceló, el poder imperial recaía en Honorio, en Occidente (del año 395 al 423); y en Arcadio, en Oriente (del año 395 al 408). Los pueblos germánicos invadieron Adrianópolis, Grecia y Roma, desterrando poco a poco al imperio romano de Occidente. A partir de entonces, año 410, los visigodos se irán romanizando. Un segundo golpe al imperio romano de Occidente significó la invasión de los hunos, encabezados por Atila, pero que cesaría con la intervención del Papa Leon I. No obstante, lo importante de esta referencia recae en que tal retirada de los hunos, como precisa el autor citado, le significó al imperio romano el pago de enormes tributos, como parte de la transacción, debilitándolo sustancialmente (Barceló, 2003: 323-325)

Lo trascendente de esta cita, para nuestros efectos, recae en que la figura del general del ejército se erigió como verdadero dirigente del imperio. Esto, como nos dice Barceló, debido a la inestabilidad del imperio de Occidente, y los atropellos de los pueblos invasores (Barceló, 2003: 328-330).

Por su parte, siguiendo a Barceló, en relación al imperio romano de Oriente, ya resumido en el gobierno de Constantinopla, este tuvo mejor resistencia a la invasión de los pueblos germanos. Justiniano, emperador de roma oriental hacia el siglo VI, tuvo la constante pretensión de recuperar el territorio de la antigua roma occidental. Como nos narra el autor citado, lo logró respecto del norte de África, al derrotar a los vándalos, pueblo germano que ya se había independizado allí.

También logró recuperar Italia, derrotando al pueblo ostrogodo; y territorios vitales del sur de Hispania (Cartagena, valle del Gualquivir), derrotando a los visigodos que residían allí. Con ello, como termina refiriendo Barceló, trató de imponer su política religiosa y exigió respeto hacia la iglesia en todo el territorio reconquistado, así como en el mismo imperio oriental de Constantinopla (Barceló, 2003: 328-330).

Del mismo modo, siguiendo a Barceló, es importante resaltar la codificación que como legado jurídico dejó Justiniano en *Institutiones* y *Digestae*, colección de excerptas que compilaba la jurisprudencia romana de siglos anteriores. Al referido legado se sumarán el *Codex Iustinianus*, edictos imperiales desde la época de Adriano, y *Novellae*, leyes promulgadas después del año 535. Toda esta obra jurídica será, como indica Barceló, conocida como el *Corpus iuris Civilis* que influirá considerablemente en el futuro pensamiento jurídico europeo (Barceló, 2003: 328-330).

A partir de entonces, empieza una devoción especial por la legislación, por la norma expresada en enunciados normativos. En ese sentido, si bien no será sino hasta la revolución francesa en que se distingue claramente entre el Derecho Público y el Derecho privado, podemos identificar en esta etapa histórica ya una tendencia a sobredimensionar el producto normativo, los enunciados normativos, como límites a las acciones de los ciudadanos. Referencia que inevitablemente nos recuerda, en parangón con los tiempos modernos, a la concepción del principio de legalidad, garantía ciudadana en tanto límite de la acción del Estado.

## **2.10. El feudalismo: traslado de función pública**

La caída del Imperio romano y su división en Occidente y Oriente, trajo consecuencias distintas en uno y otro caso. Los embates de las invasiones hacia Occidente terminaron con la disolución del Imperio y la progresiva incursión bárbara y franco, especialmente. En el caso de Oriente, la resistencia fue tenaz, incluso hasta mediados del siglo XV, ya convertido en Bizancio.

### **2.10.1. La caída del Imperio romano y su incidencia en el sistema económico (la sociedad carolingia y el vasallaje)**

Justamente, la caída del Imperio romano trajo consigo la pérdida del territorio conquistado y, en consecuencia, todas las prácticas económicas que ello facilitaba. Justamente, Touchard señala que hacia el siglo V Roma se ve envuelta en una regresión económica que se caracterizó por la economía natural, básicamente la agricultura y el trueque (Touchard, 1969: 106).

En ese sentido, es precisa la referencia de Guy Fourquin, acerca de la decadencia del Imperio romano y la formación de una sociedad carolingia fundada en el vasallaje (Fourquin, sf/1977: 19). En igual sentido, Touchard indica que el feudalismo nace producto de la quiebra del Estado frente al caos vivido en Occidente (Touchard, 1969: 132).

Por su parte, Fourquin indica que tal fue la vigencia e importancia del vasallaje que desde el reinado de Carlomagno los reyes pretendieron instaurar el vasallaje como una forma de gobierno (Fourquin, sf/1977: 19). Es pertinente recordar que tras la caída del Imperio romano y la progresiva invasión foránea en Occidente, la presencia de los francos fue preponderante, concretamente con la dinastía carolingia hacia la mitad del siglo VIII.

Pero, para lograr dicha hegemonía tuvieron que librar muchas batallas que, a la postre, “dilataría” su reino (Fourquin, sf/1977: 20). Consideramos que esta referencia a “dilatar” el reino franco alude a la extensión territorial que logró, tras las victorias, pero que, a la vez, le significaron mantenerse cada vez más distante de dicho territorio conquistado y de sus habitantes.

En ese sentido, Fourquin precisa que dado que los medios de comunicación eran deficientes, Carlomagno y sus sucesores no tenían más recurso que acercarse únicamente a lo que les era visible, un número restringido de aristócratas –los grandes señores- que, por lo demás, compartían la visión de que los campesinos no merecían interés alguno (Fourquin, sf/1977: 19). Está claro que para el rey la aristocracia terrateniente tenía un especial interés, puesto que fidelizándola podía acceder a los habitantes de todo Occidente, gracias a la mediación de los grandes señores quienes, a su vez, familiarizaban con el resto de habitantes (Fourquin, sf/1977: 21).

Pero, en la práctica, ¿cómo se lograría esta fidelización de unos a otros? Fourquin nos lo explica. Se llevó a cabo una suerte de división jerárquica a tres grande niveles: en primer lugar estaba el rey; en segundo lugar un número importante de aristócratas que habían logrado convertirse en vasallos directos del rey (*vassi dominici*), con importantes concesiones y beneficios; y finalmente

el resto de aristócratas que lograron convertirse en vasallos de los vasallos reales (Fourquin, sf/1977: 22).

Adicionalmente al interés real de contar con tales súbditos, para efecto de llegar a casi todos los habitantes de su reino, Fourquin nos indica que existía también un interés militar y político. En relación al primero, gracias al vasallaje se pudo fortalecer el número del ejército real en las colonias y guarniciones (Fourquin, sf/1977: 22). En cuanto a lo segundo, en materia política y administrativa, para nuestros efectos es importante resaltar el traslado de la función real que operaba con este vasallaje, el mismo que incluso fue denominado vasallaje de *hombres* y que terminó incluyendo a condes y prebendados (Fourquin, sf/1977: 22-23).

Sobre este último punto, el traslado de la función real tendrá un espacio importante en la regulación feudal de los siglos XI y XII, siglos en los que, según Touchard, el sistema feudal conoció su pleno desarrollo (Touchard, 1969: 132). En esta etapa de consolidación, se estableció una jerarquía feudal que determinaba el poder señorial, así como el ejercicio de una determinada función pública.

Al respecto, precisa Touchard que se sabe de dicha jerarquía gracias a las recopilaciones (*coutumiers*<sup>23</sup>) del siglo XIII que permiten identificar reglas feudales que establecían las siguientes jerarquías (Touchard, 1969: 132):

---

<sup>23</sup> Touchard enumera las siguientes recopilaciones:

- *Le Très Ancien Coutumier de Normandie*
- *Le Grand Coutumier de Normandie*
- *Coutumier de Vermandois*
- *Le libre de justice et de plet*
- *Etablissements dits de saint Louis*
- *Coutumes de Beauvaisis*
- *Traité des lois anglaises*
- *Miroir des Saxons*

- La de los titulares de feudos con título (barones), quienes ostentaban el poder absoluto: duques, condes, vizcondes, marqueses y descendientes de oficiales carolingios (Touchard, 1969: 33-34).
- Los señores, castellanos o valvasores que ostentaban poder judicial (Touchard, 1969: 33-34).

Importa resaltar este traslado de función pública pues fue un recurso surgido ante la imposibilidad del rey para llegar a todos los habitantes de su reino. Nos refiere una imperiosa necesidad de que la imagen del rey se sienta cercana, y no solo para el imaginario social, sino también para que el poder del rey llegue efectivamente a todo el territorio.

Ello se lograría con la presencia de una persona que lo representara, con alguien cercano y con competencia para desarrollar las funciones propias de aquel. En ese sentido, al igual que con la extensión del Imperio Romano y la anexión de las provincias conquistadas, en este caso la expansión del reino franco trajo el mismo efecto. La delegación de la función pública.

Sin embargo, a diferencia de lo que pasó con el Imperio romano, en el caso bajo comentario, los vasallos reales que ostentaban poder real, por delegación directa del rey, más que acercar al pueblo con este, se perpetuaban en sus funciones y se alejaban de las directivas emanadas por el rey. Así lo relata Fourquin:

*Los obispos y los abades (...) tenían cada vez mayor libertad de acción, lo que por el momento no era demasiado grave; sí lo fue, sin embargo, el que los condes, en lugar de estar sometidos a la tutela real, se librasen de ella y se perpetuasen en sus funciones (...) [en relación a los vassi dominici] Como el rey estaba demasiado lejos y cada vez era más débil, optaron por ceder a la presión de los vecinos poderosos, generalmente condes (Fourquin, sf/1977: 22-23).*

Podemos afirmar, junto a Fourquin, que los carolingios motivaron la expansión y la posterior consolidación del escalón más bajo de la llamada pirámide de los vínculos de dependencia, con el objeto de controlar las masas campesinas, valiéndose de los grandes señores (Fourquin, sf/1977: 49). En efecto, este vasallaje del cual hablábamos párrafos atrás tuvo un efecto directo en la conformación de un nuevo grupo que dejaba poco a poco las características típicas de la esclavitud, y pasaba a una nueva condición de servidumbre.

### **2.10.2. Regulación diferenciada para la función pública y otras formas de trabajo por cuenta ajena**

Fourquin precisa que los esclavos carolingios eran diferentes de los esclavos antiguos, al punto que los historiadores prefieran hablar ahora de siervos y ya no propiamente de esclavos (Fourquin, sf/1977: 51). El autor explica que los esclavos bajo dominio romano, hacia el siglo VIII, se habían reducido en número y habían adquirido una condición distinta a la de los esclavos de la antigüedad, ya no se trataba de una mercancía, ahora tenían una vida menos precaria debido al cristianismo y, en buena parte, a lo costoso que era tener un esclavo y estar pendiente de él constantemente (Fourquin, sf/1977: 52). Fourquin lo explica así:

*“Era más fácil exigir, en ciertos días o en ciertos periodos, los servicios de un arrendatario que dirigir y vigilar todos los días una multitud de servi a los que además había que subvenir todas sus necesidades materiales”.* (Fourquin, sf/1977: 52).

Es así que superada la época de la esclavitud, bajo la concepción antigua, Sanguineti indica que la sociedad feudal se estableció, consolidándose sobre la base del trabajo en régimen de servidumbre de los siervos la gleba (Sanguineti, 2013: 22). Dicha relación, siguiendo al autor citado, estaría caracterizada por un *“complejo nudo de relaciones entre siervo y señor, en virtud del cual el primero debía al segundo fidelidad y trabajo, a cambio de protección y el usufructo de la tierra”* (Sanguineti, 2013: 22).



Como ya adelantara Fourquin, el siervo adquirirá una condición distinta a la del esclavo, sin embargo Sanguinetti precisa que otorgarle a aquel un *status* personal, se le obliga también a trabajar la tierra, su cultivo y estar al servicio del señor (Sanguinetti, 2013: 22). Al respecto, Sanguinetti señala que se le negaba la posibilidad de disponer de su actividad (Sanguinetti, 2013: 22).

Vemos que se sigue regulando de manera diferenciada, por un lado, el trabajo manual, llevado a cabo por los siervos –antes esclavos-, y por otro lado el ejercicio de la función pública, en donde incluimos ahora a los vasallos. Somos conscientes que el régimen en el que se desempeñaban los primeros era uno casi forzoso, ya que tenían anulada la disposición de los frutos de su actividad, como señalaba Sanguinetti. Sin embargo como menciona este mismo autor, ya para entonces aparecían formas libres de trabajo por cuenta ajena, que podría considerarse una cuasi economía de mercado, llevada a cabo por los maestros titulares de los talleres y los oficiales sin medios de producción (Sanguinetti, 2013: 22).

Nuevamente, como sucedió ya durante la República romana, podemos constatar una tendencia a la regulación diferenciada entre funcionarios públicos y prestadores de servicio en régimen de libertad. Todo ello aboga por una tradición que nos lleva a identificar una posible génesis de la actual regulación estatutaria de los derechos y obligaciones de los funcionarios y servidores públicos, que en buena medida gobierna el Empleo Público peruano.

### **2.11. El absolutismo monárquico: traslado de la función pública y sustento axiológico del sobredimensionamiento de la Administración Pública**

Las bases del feudalismo serán rebatidas con la doctrina del absolutismo, surgidas con el inicio del siglo IX y consolidada hacia el siglo XVI. En ese contexto, Touchard indica que se generarán ideas que refuerzan el poder real y tienden a reconocer a los súbditos sólo el deber de obediencia (Touchard, 1969: 197). Algunos sucesos importantes de esta primera etapa se relatan a continuación.

### 2.11.1. La influencia franco-germánica

La dinastía carolingia vería su declive con Ludovico Pío, rey de los francos del año 814 al 840, sucesor de Carlomagno. Ludovico “El piadoso” repartió el reinado entre sus hijos, quienes mediante el Tratado de Verdún terminaron con la ilusión de su abuelo de ver resurgir el Imperio romano. El Tratado mencionado dio como resultado una repartición de territorios entre los hijos de Ludovico Pío (menos de Pipino que había fallecido), asumiendo Lotario I el título de emperador, pero sin el contenido y significado que tuviese antes esa distinción.

No obstante, si bien nunca se concretó en un verdadero Imperio, como lo fuera Roma, la persecución del ideal romano resurgió después del pasaje relatado en el párrafo anterior. Como indica Touchard, con Federico I y, especialmente, con Federico II hacia adelante, seremos testigos de la consolidación de una nueva idea de Imperio en Occidente, esta vez con la influencia franco-germánica (Touchard, 1969: 158-159).

De ese modo, la historiografía hablará del Sacro Imperio Romano para designar al territorio europeo y a la política del ex Imperio romano de Occidente, gobernadas por una sucesión de dinastías (desde la sajona, que sucedió a la carolingia, hasta la Casa de Habsburgo) entre el siglo X y el inicio del siglo XIX. Todo ello en el marco de una serie de conflictos bélicos. Por su parte, recordemos que el Imperio de Oriente, ya conocido como Constantinopla, resistiría los intentos de invasión hasta su caída ante los otomanos a mitad del siglo XV.

Dicho esto, nos enmarcamos en los límites temporales del siglo XVI y en las ideas políticas surgidas en dicho contexto, en torno al absolutismo monárquico y la influencia del cristianismo.

### **2.11.2. Consolidación de las Monarquías: expansión y traslado de representación del Rey hacia las autoridades locales**

Siguiendo a Touchard, podemos afirmar que el carácter nacional de las monarquías se consolida en Inglaterra (a partir de los dos primeros Tudor) y en Francia (desde Luis XI) (Touchard, 1969: 198):

*“El impuesto permanente, el ejército permanente y la multiplicación de los funcionarios reales dan forma a un Gobierno central y a una Administración provincial que controlan a las autoridades locales o las substituyen. A estos rasgos más o menos acusados de una modernización del Estado corresponden, si no concepciones perfecta y claramente nuevas, al menos una adaptación psicológica, una adhesión o una resignación por parte de los súbditos”. (Touchard, 1969: 199).*

Nos interesa resaltar estas características puesto que vuelven a poner, en un periodo histórico más, la idea del traslado de la función pública. El Rey inviste a las autoridades locales para que puedan ejercer función pública, como menciona Touchard. Situación que, al igual que pasó en Roma, está asociada al fenómeno de la expansión territorial.

Aunado a ello viene otra idea destacada en puntos previos, la del ensanchamiento de la burocracia. Mientras más representantes del Rey existan, más funcionarios habrá, quienes a su vez tendrán personal de confianza que les acompañe en su gestión. Y, finalmente, sobre la concepción que también ha sido planteada antes, referida al sobredimensionamiento del Estado frente a los particulares, Touchard resalta este tema como una adaptación, adhesión o resignación de los súbditos hacia el poder del Rey. Al respecto, consideramos acertado su planteamiento y, en consecuencia, identificamos el origen de la concepción de las relaciones de sujeción especial.

No obstante, como bien precisa el autor antes mencionado, si bien es cierto que esta época nos presenta una dinámica expansiva de las monarquías, también es de reconocer que tal fenómeno respetó particularismos de los

pueblos conquistados (Touchard, 1969: 199). Será el caso de España con sus colonias, tema que abordaremos en el siguiente acápite.

Asimismo, otro elemento importante a valorar es que buena parte del sustento de las monarquías se debía a un rezago de la imagen feudal que recaía en el Rey. En efecto, conforme indica Touchard, *“una parte de su autoridad deriva todavía de una representación feudal del rey como soberano supremo”* (Touchard, 1969: 199).

### **2.11.3. El sustento dogmático para el sobredimensionamiento del Rey**

El fundamento más importante del absolutismo monárquico vendrá como aporte de la Iglesia. Touchard precisa que la adhesión o resignación de los súbditos ante el poder del Rey, se debía a cuestión tradicional enseñada por siglos por la Iglesia, en virtud de la cual la rebelión siempre será una cuestión condenable, debido a que la autoridad del Rey estaba investida de un designio divino (Touchard, 1969: 200).

Esta visión de la autoridad establecida por Dios, refuerza la idea de que el Estado, la Administración Pública, al entablar una relación jurídica o de cualquier tipo con un tercero, se encuentra en una posición de ventaja incuestionable. Rescatamos este valor, debido a que la teoría de la sujeción especial, en virtud de la cual se sobredimensiona a la Administración Pública, parece estar fundada en valores que podemos traducir como axiológicos, en vez de deónticos. Lo cual tiene sentido puesto que dicha concepción parte de un dogma, de una proposición incuestionable que ahora sabemos tiene un fundamento que difícilmente puede traducirse a un lenguaje normativo (deóntico).

Sin embargo, esta concepción fue criticada duramente en la misma época. Autores como Tomás Moro cuestionarían el régimen monárquico enfocándose en la mala administración de los Estados sometidos a dominio de los príncipes, así como en el excesivo número de nobles que se aprovechaban del trabajo de los demás (Touchard, 1969: 211).

La crítica buscaba el despojo de la doctrina de la iglesia, para, sin esa carga, poder reinventar una forma racional de gobernar, indica Touchard. Por ejemplo, el referido autor menciona que para Tomás Moro, los magistrados deberían ser elegidos sin formar una clase cerrada, sino, por el contrario, una aristocracia intelectual y moral abierta, renovable y controlada que proporcione a la democracia igualitaria “*el verdadero gobierno de los mejores*” (Touchard, 1969: 211).

Ya no sería Dios, lo divino, quien decida la conformación de la estructura de poder. El ideal de Tomás Moro expone una preocupación por la clase dirigente, y centra su atención en la disociación entre la política y el evangelio (Touchard, 1969: 212). Es importante resaltar este precedente histórico, toda vez que establece las bases de lo que sería la concepción moderna del mérito como criterio determinante para el acceso a la función pública.

Por su parte, otro exponente de la crítica al sistema monárquico fue Francisco de Vitoria. El referido autor, con una propuesta más moderada, dirá que la organización social y el orden político son de derecho natural, razón por la cual ningún régimen puede ser mejor que otro, incluyendo la monarquía (Touchard, 1969: 213), relativizando el conflicto. Sin embargo, la crítica específica que el autor propone a este sistema viene dado por el reconocimiento del interés general. Así, indica Touchard que para Vitoria el interés general se convierte en el límite al poder monárquico, de tal forma que la monarquía no se encuentre por encima de las leyes, las mismas que para ser justas deberán responder al interés general (Touchard, 1969: 213).

Queremos rescatar acá que la sola concepción de que se pueden establecer límites a poder monárquico, es ya un planteamiento novedoso para la época. Así como también vaticinador de un derecho de oposición que con el tiempo se irá reforzando. En principio, este derecho de oposición parece estar dado únicamente en función del interés general. En el plano de la Administración Pública, si los funcionarios no obran bajo ese parámetro, su actuar puede ser cuestionado, génesis de nuestro actual mandato constitucional que establece

que *“Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”* (artículo 39 de la Constitución Política del Perú de 1993).

Por otro lado, decir que el poder monárquico se puede limitar, también genera un derecho de oposición fundado en la vigencia de derechos subjetivos frente a los intereses de la Administración Pública. Desde nuestro punto de vista, esto viene dado por el reconocimiento de los servidores públicos, como interlocutores válidos para regular o negociar las condiciones en que se presta el servicio. Con el tiempo, será el Derecho Colectivo de Trabajo el que potenciará y hará eficaz este reconocimiento, al permitir a los servidores públicos canalizar sus demandas.

En ese contexto, resulta excepcional y hasta adelantada a la época, la referencia a la Carta Magna de Juan sin tierra. Nos dice Norberto Bobbio que aunque la Carta Magna de Juan sin Tierra (en 1215), así como las que se sucedieron, haya tenido la formalidad jurídica de una concesión soberana, en realidad fue producto de un pacto entre sujetos contrapuestos, en referencia a los derechos y deberes recíprocos en la relación política (Bobbio, 1989).

Efectivamente, siguiendo a Satrústegui Gil-Delgado, el poder de Juan I estuvo constantemente puesto en desafío por el del Rey de Francia, por la Iglesia Católica y por los barones ingleses (Satrústegui, 2009). Siendo que, como consecuencia, Juan realizó importantes concesiones en favor de aquellos, aunque ciertamente no las respetó (Satrústegui, 2009). En ese sentido, como plantea el autor, en el origen de la Magna Carta, se evidencia la pugna del Rey contra esos tres grandes poderes (Satrústegui, 2009).

Entonces, si la Carta Magna de 1215 no se asemeja a la declaración de derechos de una Constitución, ¿cuál es su trascendencia para nuestros efectos? Se puede apreciar que, ante la crisis debido a distintos factores, el Rey como detentador de poder y los gobernados, se sentían legitimados para regular el reconocimiento de algunos de sus derechos y obligaciones. Este acto formal sienta un precedente que cuestiona las estructuras del sistema absolutista.

En ese sentido, William H. Dunham, citado por Satrústegui Gil-Delgado, indica que si bien la Carta no se equipara a una Constitución, influyó fuertemente para establecer dos importantes principios del constitucionalismo. Por un lado, el principio contractualista, en virtud del cual el pacto con los gobernados legitima al Gobierno. Por otro lado, la concepción de la Ley fundamental (Satrústegui, 2009).

De igual modo, siguiendo a Norberto Bobbio, se empieza a marcar la distancia entre deberes de protección (del soberano) y deberes de obediencia (del súbdito) (Bobbio, 1989: 13-14). En buena cuenta, la Carta de 1215 fue una carta de libertades. Como tal, su objetivo consistía en regular las formas y límites de la obediencia, así como las formas y límites del derecho de mandar. No obstante, se adoptó la ficción jurídica de la concesión para salvaguardar el principio de la superioridad del rey. Con ello, se buscaba la continuación del gobierno monárquico, a pesar de la llegada de los límites del poder supremo (Bobbio, 1989: 14).

## **2.12. El liberalismo: dicotomía entre el Derecho Público y el Derecho privado**

La doctrina absolutista será fuertemente cuestionada por el Estado liberal. Norberto Bobbio indica que desde una perspectiva histórica, el Estado liberal se origina debido a la erosión que progresivamente vivió el poder absoluto del rey y por periodos de crisis aguda que detonaron en rupturas revolucionarias, Inglaterra en el siglo XVII y Francia en el siglo XVIII (Bobbio, 1989: 14). Desde el punto de vista racional, agrega Bobbio, el Estado liberal se justifica en tanto resultado del acuerdo de ciudadanos libres que convienen sobre lo estrictamente necesario para una convivencia pacífica (Bobbio, 1989: 15).

Sin embargo, Bobbio indica que, a contracorriente de lo que nos enseña la historia sobre la conquista progresiva de espacios de libertad, la doctrina plantea una lógica inversa en tanto parte de la hipótesis de un estado de libertad inicial, natural, *“poniendo al inicio como fundamento y por consiguiente como prius lo que históricamente es el resultado, el posterius”* (Bobbio, 1989: 15).

Efectivamente, como indica Bobbio, el iusnaturalismo se erige como el presupuesto filosófico del liberalismo, dotándole de argumentos para definir los límites del poder sobre la base de la naturaleza del hombre (Bobbio, 1989: 12). De igual modo, Locke, citado por Bobbio, plantea el estado de naturaleza como uno de perfecta libertad e igualdad, en donde nadie podría dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesión (Bobbio, 1989: 12).

En este contexto, tomando en cuenta los fundamentos mencionados, según Norberto Bobbio, el Estado liberal plantea un tipo de Estado limitado en sus poderes (representado por el Estado de derecho), y limitado en funciones también (representado por el Estado mínimo), de tal forma que *“Mientras el estado de derecho se contrapone al Estado absoluto (...) el estado mínimo se contrapone al estado máximo”* (Bobbio, 1989: 17).

En ese sentido, siguiendo a Bobbio, se entiende por Estado de derecho aquel en el cual los poderes públicos están regulados por normas generales, y deben ser ejercidos dentro del ámbito determinado por ellas (Bobbio, 1989: 18). No obstante, indica Bobbio, dentro de la doctrina liberal se pueden distinguir entre estado de derecho en sentido profundo y estado de derecho en sentido débil (Bobbio, 1989: 19). Al primero le corresponde una visión que no se agota en un límite formal de subordinación de los poderes públicos a cualquier grado de leyes generales, sino que también comprende la subordinación de estas a algunos derechos fundamentales; mientras que el Estado de derecho en sentido débil es el no despótico, únicamente regido por la ley (Bobbio, 1989: 19).

Integran el Estado de derecho en sentido profundo, propio de la doctrina liberal, a decir de Bobbio, todos los mecanismos constitucionales que evitan el ejercicio arbitrario e ilegal del poder (Bobbio, 1989: 19), siendo los más importantes:

- El control del poder ejecutivo por parte del poder legislativo.



- Control del parlamento en el ejercicio del poder legislativo, por parte de una corte jurisdiccional que define la constitucionalidad de las leyes.
- Autonomía del gobierno local en todas sus formas y grados frente al gobierno central.
- Independencia del Poder Judicial frente al poder político.

De esta forma, con estos mecanismos constitucionales propios del estado de derecho, indica Bobbio, la perspectiva liberal considera que la libertad individual se encuentra garantizada (Bobbio, 1989: 21). Pero, añade el autor, tal garantía también se da por límites que se imponen a las funciones del Estado para regular el orden público interno e internacional (Bobbio, 1989: 21).

Las referencias expuestas, en tanto plantean límites al poder del rey, al régimen absolutista, inevitablemente nos recuerdan los cuestionamientos al régimen absolutista por parte de Tomás Moro y Francisco de Vitoria, así como la Carta Magna de Juan sin tierra, estudiados en el punto anterior. Pero, por si fuera poco, dicho reconocimiento de los límites estatales viene acompañado de la declaración de otros derechos.

De acuerdo con Edgardo Balbín, el sistema liberal aportó la concreción de los derechos subjetivos frente al poder estatal (como se ha señalado anteriormente), pero también instauró una clara división entre el Derecho Público y el Derecho Privado, ámbitos que regulaban las relaciones entre particulares y entre éstos y el Estado, respectivamente (Balbín, 2005).

Este punto merece nuestra atención debido a dos aspectos. El primero, por lo que adelantábamos en el acápite anterior, respecto de cómo el reconocimiento de derechos subjetivos de los ciudadanos puede hacerle frente a los intereses del Estado o, más específicamente, a los de la Administración Pública. En este nuevo escenario, existe un reconocimiento mutuo como interlocutores válidos para regular sus propios intereses, en el marco de una relación jurídica de prestación de servicios, cuya concreción máxima la veremos en el derecho a negociar colectivamente.

El segundo aspecto a resaltar está relacionado con la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado. Si bien hasta aquí hemos repasado momentos históricos trascendentes para ubicar valores o normas sobre la función pública, es recién con la doctrina del liberalismo que toda traducción deóntica sobre la materia se enmarcará en un Derecho específico que en adelante se conocerá como Derecho Público.

En palabras de Balbín, la prestación de servicios para el Estado o Administración Pública ha sido un fenómeno constante e inherente a toda colectividad organizada (Balbin, 2005: 19):

*“Tanto quienes hicieron residir la apropiación de los frutos del trabajo ajeno en el origen divino del titular del poder político, como quienes emplearon algún vínculo de sumisión de tipo político-jurídico –relaciones de servidumbre, privilegio o señorío-, desplegaron una lógica de innegable carácter jurídico”.* (Balbin, 2005: 19).

En ese sentido, si bien Balbín alude al proceso de juridificación de la tesis estatutaria del Empleo Público, su referencia al proceso de articulación de una *“lógica jurídica autónoma”* es la que nos interesa pues, en nuestros términos, expresa su preocupación por traducir el fenómeno de la prestación de servicios para la Administración Pública, con sus valores y criterios, desde una lógica deóntica.

Así, para Balbín eso será posible solo en el contexto del Estado liberal:

*“Nos referimos, más bien, al proceso de articulación de una lógica jurídica autónoma, que recae exclusivamente sobre el fenómeno de la prestación de servicios en condiciones de libertad en la administración pública, y que aparece como consecuencia de la profesionalización de la burocracia en el contexto del Estado liberal”.* (Balbin, 2005: 19).

De acuerdo con el autor citado, la lógica deóntica en el Empleo Público aparece recién con el Estado liberal, cuestión con la que discrepamos dado que como se ha desarrollado en todo el segundo capítulo del presente trabajo,

hemos encontrado valores en determinados momentos históricos que podrían traducirse como el *deber ser* de una época.

Y, no solo eso, sino que algunos de dichos valores se han mantenido vigentes en el tiempo debido a la tradición cultural o lo que se ha definido como familia jurídica, en nuestro caso la romano-germánica. Lo que sí es cierto es que con el Estado liberal algunos de dichos valores se reflejarán en auténticas proposiciones normativas y tendrán un orden particular dentro del sistema jurídico, en el marco de lo que entenderemos ahora como Derecho Público.

Justamente, esta división de la ciencia jurídica en dos planos (Derecho Privado y Derecho Público), de acuerdo con Balbín, supuso entender que la articulación de las relaciones jurídicas ahora se sujetaría a disposiciones diferenciadas (Balbin, 2005: 20). De tal forma que las relaciones jurídicas entre particulares estaría regulada por el Derecho privado, mientras que las relaciones entre particulares y el Estado lo estaría por el Derecho Público (Balbín, 2005: 20).

En este contexto, Balbín precisa que esta reorganización tuvo un impacto en el sistema burocrático, debido a la remodelación de la función sociopolítica de la Administración Pública, ahora dotada de personalidad jurídica y sin instancia intermedia entre Estado y ciudadano (Balbin, 2005: 20). En función de ello, Ramón Parada, citado por Balbín, indica que se buscó desterrar todo vínculo de propiedad sobre los cargos públicos y, por el contrario, establecer la garantía de libre provisión y remoción de los empleados públicos (sistema de confianza política), acorde con la igualdad pregonada por la burguesía post revoluciones liberales (Balbin, 2005: 21).

Al respecto, esta referencia al sistema de confianza política resulta importante por los rezagos que se evidencian en nuestra actual legislación. Nos permite rastrear los orígenes del personal de confianza en la Administración Pública, cuyo sustento para el acceso es la confianza del funcionario que los designa (con el objeto de facilitar la aplicación de sus políticas internas y externas). El problema sin duda no es la existencia de este sistema, sino su aplicación arbitraria que trastoca su funcionalidad.

De otro lado, es importante tomar en cuenta qué pasaba en la dinámica social en el siglo XIX, de cara a los modelos de producción y su impacto en el trabajo libre, específicamente en la función pública. Sanguineti menciona que el colapso del régimen feudal vino dado por la imposición de un sistema basado en la libertad de los sujetos y en la concentración de la propiedad de los medios de producción, situación que se vive entre fines del siglo XVIII y comienzos del XIX (Sanguineti, 2013: 24).

En el mismo sentido, Joan Prats, citado por Balbín, apunta que el siglo XIX, con la revolución tecnológica e industrial, promovió el desarrollo de empresas cuyos niveles de producción crecieron exponencialmente, convirtiéndose en el motor de la dinámica social (Balbin, 2005: 22). A decir de Balbín, esto generó la demanda de aplicación previsible de la normativa estatal, que a su vez tuvo un impacto en la organización burocrática (Balbin, 2005: 22), de tal forma que:

*“(...) la intervención estatal supuso también la remodelación del aparato burocrático vía la ampliación de su capacidad de desarrollo de la función ejecutiva y el consiguiente incremento en el número de dependientes”* (Balbin, 2005: 23).

Para entonces, como habíamos mencionado, el sistema de confianza política había reemplazado al régimen de propiedad que se había instalado respecto de las plazas públicas. Si bien aquel sistema, como puntualiza Balbín, carecía de parámetros objetivos para la incorporación a la función pública, contrario a lo que entendemos como el sistema meritocrático:

*“(...) conformó un mecanismo idóneo que garantizaba el principio de igualdad, debido a que el sentido democrático de dicho principio se agotaba –en su concepción inicial-, con la eliminación de cualquier riesgo de apropiación o ejercicio indefinido del cargo público”* (Balbin, 2005: 22).

El sistema de confianza política, encargado de desterrar los rezagos de la concepción de la plaza pública como propiedad de unos pocos, se vería impactado, ahora, con la nueva dinámica social que derivó, como hemos mencionado, en el ensanchamiento de la burocracia.

En ese sentido, los actores económicos que, como se ha mencionado, exigían la aplicación de la normativa estatal de manera previsible, sin las subjetividades a las que podían estar expuestos con el sistema de confianza política, motivarían la reorganización del sistema burocrático.

¿En qué sentido se modificó dicha estructura? Siguiendo a Balbín, con el objeto de superar la práctica clientelar, propia del sistema de confianza política, y ofrecer garantía mínimas a los actores económicos en la aplicación de la ley, se optó por instaurar la incorporación a la Administración Pública en base al mérito, como mecanismo democrático para el acceso (Balbin, 2005: 24).

El relato de los últimos párrafos nos permite encontrar la génesis de la actual regulación del acceso a la función pública peruana, basada en la superación exitosa de un concurso público, en donde se pretende satisfacer el criterio meritocrático pero, a la vez, el principio de igualdad, garantizando la postulación de todo ciudadano que se considere apto para concursar (en virtud del perfil de puesto convocado).

### **2.13. El principio del Estado social y democrático: reorganización de la burocracia**

Frente a la lógica de la doctrina liberal, caracterizada por la configuración del Estado de derecho y Estado mínimo, aparece hacia el siglo XX la concepción del Estado social y democrático. Al respecto, Elena Alvites indica que el constitucionalismo social surgió en las primeras décadas del siglo XX y se orientó a revertir el carácter formal del constitucionalismo liberal, por revoluciones liberales<sup>24</sup> (Alvites, 2006: 127).

---

<sup>24</sup> Son paradigmáticas las Constituciones de Querétaro de 1917 y de Weimar de 1919, para el constitucionalismo social, influenciando en el modelo de Estado, así como en el catálogo de derechos incorporados (Alvites, 2006: 127).

### 2.13.1. Tránsito del Estado liberal al Estado social y democrático

Así como Bobbio indicaba la relación entre el iusnaturalismo y la doctrina liberal, Alvites precisa que la racionalidad del Estado liberal buscaba proteger los derechos individuales que se consideraban anteriores, incluso, al Estado (Alvites, 2006: 128). Sin embargo, aclara la autora, bajo el discurso del Estado liberal *“se ocultaba la construcción [de] un abismo de desigualdades que trataría de ser conservado reduciendo el Estado de derecho a un concepto estrictamente formal”* (Alvites, 2006: 129-130). En ese sentido, Pérez Luño (Pérez, 2001: 222), citado por Alvites, indica que el Estado de derecho:

*“(...) funciona como Estado al servicio de la burguesía para lo que dificulta el derecho de asociación, abandona el mercado a los económicamente poderosos y reconoce una libertad e igualdad en el plano formal, que no tienen correspondencia en el social y económico”.* (Alvites, 2006: 130-131).

En ese contexto, comenta Alvites que el constitucionalismo pos Segunda Guerra mundial debía superar la mirada restringida del Estado liberal (Alvites, 2006: 131). Con ello, la fórmula que guió la reconstrucción de los Estados europeos fue la del Estado social y democrático que, como indica la autora citada, dogmáticamente busca superar al Estado liberal formal, así como al Estado social a secas que negaba la participación de la población (Alvites, 2006: 131).

En ese sentido, de acuerdo con Alvites, la transformación del Estado en Estado social y democrático se plasmó en las Constituciones europeas de la segunda pos guerra, las mismas que influenciaron al constitucionalismo latinoamericano (Alvites, 2006: 133). Ejemplo de ello es el artículo 43 de la Constitución Política del Perú de 1993, que replicando lo establecido por su antecesora de 1979, presenta, a la luz de nuestro Tribunal Constitucional (Expediente N° 0008-2003-AI/TC): *“(...) las características básicas de Estado social y democrático de derecho”* (Alvites, 2006: 133).

Esta nueva concepción del Estado, según la autora, generó cambios en cuanto al plano normativo, en relación a su participación en la economía, así como en la profundización de la democracia, entendiendo que esta solo tendría sentido si es que se extiende a la sociedad, brindando a todas las clases sociales las mismas oportunidades (Alvites, 2006: 134).

Hasta aquí, entonces, de acuerdo con Bobbio, nos hemos centrado en el estudio del tránsito del Estado de derecho, como representación del Estado liberal -planteado como Estado limitado en sus poderes- (Bobbio, 1989: 17), al Estado social y democrático que *“perseguirá una profundización de la democracia, buscando extenderla a los ámbitos sociales y económicos”* (Alvites, 2006: 134).

Justamente, esta última referencia es la que nos interesa resaltar en adelante, la pretensión de extender los valores democráticos a toda la población, en el marco del Estado social y democrático. Dicho de este modo, la extensión cubriría también a los servidores y funcionarios públicos, abriendo la puerta a que un mayor número de ciudadanos puedan concursar una plaza pública, democratizando el acceso a la función pública.

### **2.13.2. La incidencia del principio del Estado social y democrático en la estructura burocrática**

Balbín indica que bajo esta nueva visión del Estado se expandió la actividad estatal, centrándose en dos áreas fundamentalmente: por un lado, la prestación de servicios públicos y, por otro, la incursión en la actividad empresarial (Balbin, 2005: 43). De esta forma, precisa el autor, este fenómeno dio origen al ensanchamiento del aparato administrativo, en cuanto a funciones y también en cuanto al número de dependientes (Balbin, 2005: 43).

Al respecto, el Informe de la Organización Internacional del Trabajo sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública, que incluye a Perú y a Venezuela, arroja cifras significativas en relación al aumento de los servidores públicos entre 1970 y 1985 (Ozaki & otros, 1991). En el caso peruano, el

informe fue elaborado por Mario Pasco Cosmópolis, y ofrece información referente al número de servidores públicos que, por ejemplo, en 1970 ascendía a 268,790, pasando en 1985 al número de 526 838 (Ozaki & otros, 1991: 111). Esta información refuerza lo afirmado por Balbín, en relación al ensanchamiento de la burocracia.

Pero, dichas cifras cobran más importancia aún si tomamos en cuenta que dicho aumento de personal se registra a pesar de que entre 1977 y 1978, durante el Gobierno revolucionario de las fuerzas armadas en el Perú, se llevaron a cabo ceses colectivos, producto de la crisis económica mundial,<sup>25</sup> conforme lo menciona Pasco en la siguiente cita del informe mencionado en el párrafo precedente:

*“(...) entre 1977 y 1978, un cese masivo de funcionarios. El Gobierno ofreció un incentivo económico a los empleados públicos que voluntariamente dejaran el empleo y, en algunos casos, procedió a ceses directos, bonificados todos ellos con el pago de una indemnización equivalente a ocho sueldos. Se estima en 30 000 el número de cesados, cifra que en alto grado corresponde a empresas públicas”. (Ozaki & otros, 1991: 110).*

El efecto de este ensanchamiento de la burocracia incidió en la organización del personal al servicio de la Administración Pública. Justamente, este efecto será determinante para la afirmación de Balbín, respecto de la reorganización burocrática. El autor mencionado indica que el aumento de personal dio lugar a una distinción material y formal entre los prestadores de servicios, los criterios determinantes fueron el tipo entidad para la cual laboraban y la naturaleza de las labores desarrolladas (Balbin, 2005: 43). De esta forma, precisa Balbín, el término “funcionario” ahora sólo referiría a un segmento del personal (con funciones de autoridad o soberanía), ya no a todos los servidores (Balbin, 2005: 43).

<sup>25</sup> Situación similar se vivió en la década de 1990, en donde el Gobierno dictatorial del Alberto Fujimori, tras la fachada de “evaluaciones de conocimiento” descalificó y, por consiguiente, destituyó a gran número de servidores públicos.



### 2.13.3. La distinción entre funcionarios y servidores públicos

Consideramos que dentro del personal al servicio de la Administración Pública pueden distinguirse, con cierta claridad, aquellas labores en donde se ejerce función pública, de aquellas en donde no. Para ello, consideramos conveniente entender por “función pública” a *“toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”*, de conformidad con el artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada por el Estado peruano el 4 de abril de 1997.

Inicialmente, atendamos a dos cuestiones. Una, la referencia a *“una persona natural en nombre del Estado”*, y otra es la expresión *“en cualquiera de sus niveles jerárquicos”*. Entendemos que se alude al personal que tiene capacidad de dirección y decisión dentro de la estructura de la Administración Pública, a diferencia del personal que no cuenta con tal competencia. Además, hay una referencia a representar al Estado *“en nombre del (...)”*, que alude concretamente al acto de representar, a la acción de representar al Estado ante los ciudadanos. Por tanto, función pública solo la ejercen las personas naturales que, representando al Estado, tienen capacidad para dirigir o decidir sobre las actividades propias de la Administración Pública. A ellos, consecuentemente, se les debe reconocer como funcionarios públicos.

De otro lado, la definición nos permite inferir que el tiempo de dedicación, horario, es irrelevante para calificar el ejercicio de la función pública. También nos sugiere que la retribución a cambio de dicha labor, no es un criterio relevante. De esta forma, podrían existir actividades que no sean retribuidas, pero que se realicen por una persona natural ubicada en algún puesto jerárquico en la estructura del Estado. Ejemplo de tales casos podría ser el de los miembros de las comisiones consultivas o encargadas de elaborar proyectos normativos.

En igual sentido, nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, estableció que

*“(...) una interpretación constitucionalmente adecuada del concepto “función pública” exige entenderlo de manera amplia, esto es, desde el punto de vista material como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado. La determinación de este aspecto ha de efectuarse casuísticamente. (...) El concepto “función pública” en el derecho de acceso a la función pública comprende dos tipos de función que suele distinguirse: i) la función pública representativa; y, ii) la función pública no representativa. La función pública representativa está formada por funciones de representación política y la no representativa alude a la función pública profesionalizada.”*

En consecuencia, podemos distinguir entre funcionarios públicos y servidores públicos en general, sobre la base del criterio “función pública”. De tal forma que quien la ejerza, tenga competencia o esté investido de esta, será considerado funcionario público. Por negación, aquel que no se encuentre dentro de la categoría mencionada, será un servidor público. Sin embargo, consideramos que incluso dentro de la primera categoría (funcionario público) podría distinguirse entre aquellos que ejercen la función por elección popular, aquellos que acceden al cargo en base a un concurso público regulado por una ley especial, así como aquellos que realicen función pública sobre la base de la confianza depositada por un funcionario de mayor jerarquía.

Aporta a esta última distinción la propuesta del Comité de Libertad Sindical, que si bien se pronuncia sobre el reconocimiento de derechos colectivos para los funcionarios públicos, realiza una distinción que podemos utilizar. En esta oportunidad, el Comité de Libertad Sindical distingue entre aquellos funcionarios que realizan actividades propias de la administración del Estado<sup>26</sup>, de aquellos otros que se constituyen como sus auxiliares, quienes serían los

<sup>26</sup> Ellos serían los que representan al Estado, según la definición de la Convención Interamericana contra la Corrupción que hemos hecho nuestra.

funcionarios de confianza. Finalmente, el Comité también distingue entre tales funcionarios, y aquellos que no ostentando la calidad de tales, serán reconocidos como empleados públicos.

El Comité de Libertad Sindical nos plantea una distinción entre empleados y funcionarios públicos, similar a la que nosotros planteamos párrafos atrás, en base a la capacidad de representar al Estado y ejercer función pública. Pero, además, nos sugiere una distinción al interior de la misma categoría de funcionarios públicos. En ese sentido, se puede revisar la siguiente cita de Javier Neves, respecto de tal distinción:

*“(…) entre los funcionarios que ejercen actividades propias de la administración del Estado [...] y los funcionarios que actúan en calidad de auxiliares de los precedentes». La segunda, entre aquellos y los empleados públicos. Mientras los funcionarios públicos del primer tipo podrían ser excluidos del derecho de negociación colectiva (párrafo 887), para los funcionarios del segundo tipo y todos los empleados públicos cabe «la posibilidad de recurrir a otros métodos distintos a la negociación colectiva» porque esta es «una de las modalidades posibles» (añade la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones)” (Neves, 2014: 113).*

Esta diferencia será recogida de una mejor manera en el Perú, en el año 2013 por medio de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil. Dicha norma define a los funcionarios públicos como aquellos que ejercen atribuciones políticas y normativas, entendidas como facultad de diseñar y aprobar políticas y normas de carácter general, así como atribuciones administrativas entendidas como actos de dirección y de gestión interna. Asimismo, clasifica a los funcionarios públicos en virtud de la forma en la que acceden a la función. Así:

- Son funcionarios públicos de elección popular quienes son elegidos mediante elección popular, directa y universal (ejemplo: presidente de la República).

- Son funcionarios públicos de designación y remoción regulados, aquellos que acceden a la función mediante un concurso público regulado por una ley especial (ejemplo: magistrados del Tribunal Constitucional).
- Son funcionarios públicos de libre designación y remoción, aquellos que sustentan su vínculo en la libre decisión del funcionario que deposita su confianza en ellos mediante la designación (ejemplo: los Ministros de Estado).

#### 2.13.4. El servidor público como un “sujeto social”

Según precisa Balbín, otro efecto del ensanchamiento de la burocracia fue que, sumado a la crisis económica de algunos países en la década de 1960, se van deteriorando de las ventajas de los antiguos funcionarios y servidores públicos, quienes con el aumento de personal, empiezan a tener problemas y reivindicaciones similares a los de los trabajadores del sector privado (Balbin, 2005: 44).

Esto generó, según precisa el autor, que en muchos casos recurrieran a medidas colectivas que, a su vez, tuvieron como consecuencia que, como sucediera con los asalariados del siglo XIX, el Estado optara por frenar dichas acciones con la aplicación de normas protectoras que ya existían para el sector privado (Balbin, 2005: 44). Con ello, concluye Balbín:

*“El empleado público, dependiente de extracción social burguesa cuyo servicio al Estado, además de consolidar sus ventajosas condiciones de vida, le agragaba un plus de reconocimiento desprendido de la sacralización de la labor que desempeñaba, se define ahora como un sujeto social cuya fuerza de trabajo le provee de los medios de subsistencia”.* (Balbin, 2005: 45).

El nuevo modelo del Estado social y democrático, como hemos visto, tuvo importantes efectos en el Empleo Público. Por un lado, significó la reestructuración de la burocracia, en cuando al número de dependientes que

aumentó considerablemente. De otro lado, y como consecuencia de lo anterior, motivó reivindicaciones por parte de los servidores públicos que cada vez más se iban asemejando a las de los trabajadores del sector privado. Asimismo, el aumento de personal hizo necesaria la distinción entre funcionarios y servidores públicos en general, sobre la base del criterio de función pública.

En este contexto, en el marco de una sociedad capitalista en donde el intercambio de trabajo por dinero se convierte en una de las modalidades de ingresos más común (para la subsistencia), el Empleo Público ya no es ajeno a esta dinámica. El servidor y, por qué no también, el funcionario público, forma parte del engranaje capitalista, se convierten como indica Akerman, citado por Balbín Balbín, en “sujeto sociales” (Balbin, 2005: 45), reivindicando su rol en la sociedad y ya no anexado –e inerte- a la Administración Pública.

Ahora, con el nuevo modelo de Estado social y democrático, la tesis de la sujeción especial en virtud de la cual los prestadores de servicio de la Administración Pública se mimetizan con esta, en tanto persiguen el mismo objetivo, negando los intereses particulares, ya no tendría justificación para seguir estando vigente.

### **CAPÍTULO III:**

## **PRINCIPIOS DEL EMPLEO PÚBLICO EN EL PERÚ**

### **3. La regulación normativa del Empleo Público peruano: ¿cómo se asentaron los principios?**

En el capítulo II del presente trabajo hemos relatado los pasajes más trascendentes de la historia occidental, bajo el prisma de la historia social del derecho, con el objeto de rastrear los principios del Empleo Público. En el presente capítulo estudiaremos cómo aquellos principios se asentaron en el ordenamiento jurídico peruano, para lo cual deberemos tener en cuenta dos especiales etapas: la colonial y la republicana. Con posterioridad podremos realizar una lista de los principios del Empleo Público peruano.

#### **3.1. La colonia española**

##### **3.1.1. La influencia del Derecho germánico en España - Castilla**

Como mencionamos a inicio del capítulo II, determinar el periodo histórico a estudiar, elegir un punto de partida en nuestro recuento para rastrear los principios del Empleo Público podría parecer una tarea arbitraria. Con el objeto de reducir tal grado de arbitrariedad, apelamos al concepto de civilización de “Occidente”, repasando su origen, así como su extensión a tierras americanas.

De igual modo, el criterio para definir los procesos históricos a estudiar se terminó de definir reconociendo la tradición de la familia jurídica romano germánica a la cual nuestro sistema jurídico se adscribe. Sin embargo, también mencionamos que en el caso de Latinoamérica, el criterio debería reconocer características particulares, tomando en cuenta las culturas amerindias y cómo algunas de sus prácticas continuaron a pesar de la colonización española.

Tomando en cuenta ello, resulta precisa la cita de Peter F. Klarén en relación al choque de imperios y posterior formación de la sociedad colonial, entre 1532 y 1600. Al respecto, menciona el citado autor que la conquista del imperio Inca significó un suceso definitorio no solo para la historia de Sudamérica andina, sino también para todo el mundo, ya que representó el choque de Occidente con los pueblos no occidentales, al mismo tiempo que incorporó a los andes a las corrientes más importantes del desarrollo mundial (Klarén, 2004/2014: 57).

En ese sentido, antes de llegar al choque de imperios antes comentado, conviene estudiar el contexto del Estado español antes del descubrimiento de América. Y, tomando en cuenta que nuestro objeto es acercarnos al estudio de cómo los principios del Empleo Público se asentaron en el ordenamiento jurídico peruano, resulta necesario realizar el último tramo de influencia occidental en Latinoamérica, el eslabón que la unirá a la tradición jurídica romano germánica, hablamos entonces del Estado español y su posterior extensión en territorio americano.

Conviene mencionar, de manera preliminar, siguiendo a José María Ots Capdequi, que la recepción del Derecho germánico en España obedece a las invasiones principalmente del pueblo germánico de los godos, hacia el siglo V, en territorio peninsular, lo que originaría la caída del Imperio romano (Ots, 1967/1969: 27), cuestión abordada en el Capítulo II del presente trabajo.

No obstante ello, la influencia romana no cesó tras la invasión ya que, como afirma el autor antes mencionado, las leyes visigodas estuvieron influenciadas por el Derecho romano, elaboradas en los Concilios nacionales de Toledo (Ots, 1967/1969: 28). Lo que sí es cierto es que la influencia jurídica germánica en

España se manifestó recién a partir de la caída de la monarquía visigoda y la consecuente invasión arabe, estableciendo un periodo de fuerte influencia especialmente en el reino de Castilla, entre otros, hasta la recepción del Derecho romano justiniano y pos justiniano (Ots, 1967/1969: 28).

En ese sentido, menciona Ots que el Derecho germánico imprimirá una actitud especial de inhibición por parte del Estado, en el ámbito del Derecho Público, Penal y Procesal, ante la violación de derechos por parte de los particulares (Ots, 1967/1969: 27).

Al respecto, podríamos destacar que, inicialmente, el quebrantamiento del orden jurídico significaba un negocio jurídico en virtud del cual solo se afectaban intereses particulares (que se resolvían con la vengaza de sangre o la reconciliación a través del ósculo de la paz), sin embargo para salvaguardar la Corte del Rey, el libre tránsito, la celebración del mercado, entre otros, se estableció que los delitos ante tales instituciones se consideraban como cometidos ante el propio soberano, que acarrea una sanción grave de carácter público, quedando al margen de toda protección jurídica los que se veían incurso en esta sanción (Ots, 1967/1969: 27).

Sobre tal regulación, llama la atención que sólo ante determinadas afectaciones el Rey se considere vejado directamente y reaccione con una sanción severa. El valor superlativo que se le otorga a las instituciones mencionadas en el párrafo anterior, hace que merezca la mayor atención por parte del sistema, a tal extremo que es el mismo Rey quien atiende y resuelve el conflicto, aplicando la sanción más extrema. Al respecto, consideramos que podemos estar frente a vestigios del concepto de “interés público” que justificará más adelante la actividad de los funcionarios y servidores públicos, y de la Administración Pública en general.

Finalmente, la época de influencia jurídica del Derecho germánico en España también incidió en otras áreas como en el Derecho Procesal y de Familia, pero no son materias que importan a este estudio. Así es que conviene transitar rápidamente hacia la segunda mitad del siglo XII en que, como señala Ots, los



glosadores y posglosadores de la Escuela de Bolonia se encargarán de irradiar el Derecho romano justiniano y posjustiniano en el Reino de Castilla (Ots, 1967/1969: 30). Registro de esta influencia serán las Siete Partidas establecidas por Alfonso X, el Sabio, que significó, a decir de Ots, la imposición de un sistema justiniano, dejando atrás los principios germánicos (Ots, 1967/1969: 33).

### **3.1.2. La recepción del Derecho romano en las instituciones de Derecho Público y su influencia en la organización de la función pública: la imposición del modelo de Estado-Nación**

Según Ots, por un lado, se puede constatar esta recepción en la diferencia que se impone entre los conceptos de Estado y Monarquía, entre el patrimonio de la nación y el del monarca, dando inicio al periodo del absolutismo monárquico que ha sido materia de estudio en el Capítulo II del presente trabajo (Ots, 1967/1969: 31). Pero, por otro lado, también se puede notar la recepción del Derecho romano en las funciones que ejercían las instituciones políticas de la época, como las Cortes y Concejos castellanos.

Sobre las Cortes, precisa Ots que estaban presididas por el Rey y participaban en ellas los procuradores que representaban a las ciudades más importantes, con competencia para decidir sobre las peticiones de servicios económicos formuladas por la Corona, aunque eventualmente también participaran en asuntos legislativos o administrativos pero a título consultivo (Ots, 1967/1969: 31).

Por su parte, los Concejos municipales en la época se convirtieron en organismos rectores de la vida pública de las ciudades, con plena autonomía, con sus Fueros especiales en donde recogían el Derecho local, espacio que sirvió para que las clases rurales tengan puntos de apoyo eficaz para oponerse a los privilegios de la nobleza, tratando de superar así al Estado- señorial o feudal (Ots, 1967/1969: 31).

Sin embargo, como precisa Ots, el florecimiento de este nuevo modelo de Estado-ciudad que se abría con las Cortes y Concejos castellanos, termina a inicio del siglo XIV con la asunción de Alfonso XI como Rey de Castilla y la creación de la institución del corregidor que a partir de entonces marca una tendencia a centralizar el poder político, con influencia incluso en la elección de los regidores y procuradores representantes en Cortes (Ots, 1967/1969: 31).

En efecto, como anota el autor antes referido, los primeros monarcas en implantar un nuevo tipo de Estado fueron los Reyes Católicos, Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, quienes impusieron el modelo del Estado-nación frente al viejo Estado-feudal o señorial, así como también frente al Estado-ciudad (Ots, 1967/1969: 38).

Con ello, según el autor citado, una de las notas distintivas que imprimió el Estado español en este periodo fue su fuerte nacionalismo eclesiástico, en mérito del cual se defendía la Religión como el fin supremo, justificándose el origen del poder en el pueblo, por la voluntad divina, siendo transmitido dicho poder hacia el Rey, acentuándose una lógica absolutista y con tendencia centralizadora *“que activa todavía más el proceso de decadencia de las autonomías municipales y de las Cortes”* (Ots, 1967/1969: 38).

En ese sentido, en el plano de la Administración Pública, son sustituidos los funcionarios que eran representantes de la Corona en los territorios fronterizos, quienes tenían competencia militar, básicamente, y recibían el nombre de “adelantados”, y reemplazados por “alcaldes mayores” o “corregidores”, quienes eran funcionarios de carácter preponderantemente civil (Ots, 1967/1969: 39).

Asimismo, se sustituyen los Concejos por los Ayuntamientos, con número variable de regidores, quienes eran designados mediante elección, insaculación o nombramiento real (Ots, 1967/1969: 39). En este contexto, resulta interesante la referencia a los jurados, síndicos, procuradores o *quatros*, funcionarios elegidos con carácter popular para vigilar la actuación de los regidores (Ots, 1967/1969: 39). Con todo, concluye Ots, la burocracia municipal

de la época queda compuesta por el alcalde, alférez real, fieles ejecutores, procurador general, síndico, mayordomo, escribano, pregonero, corredor de lonja y porteros (Ots, 1967/1969: 39).

### **3.1.3. Traslado de función pública del Rey hacia nuevos funcionarios, ante el crecimiento territorial**

Nuevamente aparecen elementos relacionados con el crecimiento territorial y la necesidad de extender el poder político, materializándolo con la designación de funcionarios que representaban al Rey y ejercían función pública. Pero, también aparece el elemento relacionado con el crecimiento de una organización burocrática que se acentuará aun más con el descubrimiento de América, la posterior colonización de dicho territorio y la necesidad de extender el poder político.

Así, podemos observar una regulación que ha variado constantemente, en relación al traslado de función pública, a la representación del Rey –en este caso-. En época del Imperio romano, comentamos en el Capítulo II, que con las conquistas realizadas, Roma anexó provincias a las que asignó un gobernador, extendiendo el poder político del mismo emperador. España, con la influencia del Derecho germánico comentado en los párrafos precedentes, pasará a una regulación que potencie el poderío de las ciudades, por encima incluso del mismo Estado, a través de las Cortes y Concejos.

Sin embargo, volveremos a la regulación romana a partir de Alfonso XI, quien con una regulación que pretendía ser centralizada, que reivindicase el poder superlativo del monarca, delegará parte de su poder, trasladará parte de sus funciones a los corregidores, quienes le representarán. Este fenómeno que es natural en aquellos Estados que pretenden extender su poder político en todo su territorio, es un fenómeno vigente al día de hoy, en donde en casos como el peruano, el fenómeno de la descentralización implicó que funcionarios públicos se invistan de poder político para ejercer potestades representando al Estado.

Asimismo, este traslado de competencias o funciones nos devela algo más. En relación a la distinción entre funcionarios y servidores públicos que comentáramos en el último acápite del Capítulo II de este trabajo, señalamos que el criterio determinante sería el ejercicio de función pública por aquel que representa al Estado dentro de algún nivel jerárquico. En ese sentido, la referencia a que con Alfonso XI el sistema vuelva a mirar la organización política romana, quiere decir que volvemos sobre la configuración del concepto de funcionario público, aquel que recibe el encargo especial del Rey, en ese último caso, para representarle y ejercer función pública.

Génesis de la vigente regulación peruana sobre funcionarios públicos, definidos como aquellos que ejercen atribuciones políticas y normativas, entendidas como facultad de diseñar y aprobar políticas y normas de carácter general, así como atribuciones administrativas entendidas como actos de dirección y de gestión interna.

De otro lado, la organización judicial y de Hacienda pública también merecen nuestra atención pues develan influencias importantes en relación a la existencia de otro tipo de funcionario público, con competencias específicas para administrar justicia (aunque es cierto que excepcionalmente la ejercían también los alcades y corregidores) y organizar el aparato financiero del Estado.

Al independizarse, entonces, estas funciones en determinados funcionarios, se genera un nuevo perfil del funcionario público cuya actividad tenderá a ser más especializada y no tan vasta como la de los otros funcionarios. Vemos, quizá, la génesis de las conocidas carreras especiales en la Administración Pública peruana que, por su condición de tales, se les reconoce autonomía para la regulación de sus derechos y obligaciones.

Así, en relación a la administración de justicia, menciona Ots que en 1494 se crearon las Reales Chancillerías de Valladolid y Ciudad Real, esta última trasladada a Granada en 1505 (Ots, 1967/1969: 40). Se crearon Audiencias de categoría inferior en donde se distinguía entre magistrados civiles (oidores) y

los alcaldes del crimen, sus fallos eran apelables ante las Reales Chancillerías y las de estas, a su vez, apelables ante el Supremo Consejo de Castilla (Ots, 1967/1969: 40).

Por su parte, en relación a las funciones de Hacienda Pública, indica Ots que se redactó un presupuesto del Estado y se creó la Contaduría Mayor y la Diputación Permanente del Reino, debido a la complejidad del aparato estatal de la época, aunque no implicaron una real delimitación del gasto público (Ots, 1967/1969: 40). En ese sentido, se devela ya la preocupación por organizar mejor los recursos del Estado, especialmente de las fuentes de ingreso como las mercedes, la regalías, las lanzas o la capitación.

Esta preocupación que aparece en el contexto de reforma del modelo de Estado, en el que se va solidificando el Estado-nación, puede darnos algunas referencias de lo que con posterioridad será la organización del presupuesto público que no solo abarquen las fuentes de ingreso, sino también los egresos, la racionalización del presupuesto público en los distintos sectores.

#### **3.1.4. Recepción del Derecho de Castilla en las colonias americanas y el desarrollo posterior de un Derecho propiamente indiano**

Ahora bien, revisada la coyuntura española, corresponde finalmente hacer lo propio respecto de la Colonia. Indica Ots que desde la perspectiva hispanoamericana, es suficiente estudiar el Derecho castellano, toda vez que fue el que rigió en las Indias Occidentales, debido a que este nuevo territorio quedó incorporado políticamente a la Corona de Castilla (Ots, 1967/1969: 3). Bajo la misma idea, Jorge Basadre niega que el Derecho que haya pasado a América haya sido el Derecho español, ya que este existe recién a partir del siglo XVII con los decretos emitidos por Felipe V, y reconoce que el que sí rigió en nuestro continente fue el Derecho castellano (Basadre, 1937: 226).

En tal sentido, precisa Ots que para comprender el significado histórico de este Derecho castellano que estuvo vigente en las Indias, se deberá estudiar principalmente *“elementos ibérico, germánico, romano, canónico y otros menos*

*importantes*” (Ots, 1967/1969: 3). En igual tenor, Basadre indica que el Derecho castellado tuvo influencia romana, germana y canónica, siendo que la influencia árabe no fue tan intensa como las anteriores, a pesar de la invasión de inicio del siglo VIII (Basadre, 1937: 226). Pero, como anota Ots:

*“(...) la intención de los monarcas españoles de organizar los nuevos territorios descubiertos bajo las mismas normas jurídicas imperantes en Castilla tuvo que ceder pronto ante el imperativo inexcusable de la realidad. Las circunstancias sociales, económicas, raciales y geográficas de este mundo, nuevo para los europeos de la época, tan complejo en su enorme extensión, tan distante y tan distinto, no pudieron ser encuadrados dentro de los rígidos preceptos del viejo Derecho castellano peninsular. Se tuvieron que dictar normas jurídicas nuevas para hacer frente a situaciones de hecho desconocidas hasta entonces, y así nació el Derecho propiamente indiano (...) desplazó a un segundo plano el Derecho castellano tradicional”* (Ots, 1967/1969: 42)

El Derecho indiano propiamente, nos dice Ots que se empieza a conformar por normas jurídicas como las Reales Cédulas, Provisiones, Instrucciones, Ordenanzas y otras que fueron emitidas por los monarcas españoles o por sus autoridades delegadas, para ser aplicadas exclusivamente en las Indias Occidentales (Ots, 1967/1969: 3). Junto a tales normas, agrega Ots, también se aplicaba el Derecho castellano, pero con carácter supletorio (Ots, 1967/1969: 3).

Esto último es importante porque plantea una regla para la aplicación de las normas en la Colonia española, se establece como norma principal a aquella que forme parte del Derecho propiamente indiano, y norma supletoria a la que conforme el Derecho castellano. Para mayor precisión, menciona Ots que se decretó desde la metropoli, que las normas destinadas para su aplicación en la Colonia, ya sea que hayan sido emitidas por los altos organismos del Gobierno radicados en España o en la misma Colonia, tuviesen primacía en su vigencia y observancia, pudiendo recurrir al Derecho castellano a falta de precepto

aplicable (Ots, 1967/1969: 42-43). Estableciendo así, una clara regla de supletoriedad en este contexto.

Lo interesante de esta referencia es que, como comenta Ots, la regla de aplicación supletoria llevó a que en muchos casos se aplicara directamente el Derecho castellano debido a que no existía prescripción normativa en la Colonia, en donde la legislación tuvo una nota de casuismo (Ots, 1967/1969: 43).

Agrega el autor citado que esta aplicación directa del Derecho castellano, en los casos comentados, se presentó más en el Derecho Privado, toda vez que en el Derecho Público si bien inicialmente se tomó la estructura de modelo de gobierno y administración peninsulares –adelantados, gobernadores, corregidores, municipios, audiencias y virreyes-, se reglamentó en base a las circunstancias particulares de la Colonia y poco a poco se apartaron del Derecho castellano (Ots, 1967/1969: 43).

También sobre el Derecho Público hispano-americano, nos dice Jorge Basadre que nace con las tres Bulas otorgadas por el Papa Alejandro VI en 1493, en virtud de las cuales se concedió a los Reyes de Castilla y Portugal, tierras de las Indias (Basadre, 1937: 242). Las Bulas, agrega Basadre, significaron el supremo título para justificar la conquista y colonización de América, a pesar que algunos consideraron que solo se les había reconocido poder espiritual, mas no poder político (Basadre, 1937: 243).

Sin embargo, lo cierto es que, siguiendo a Basadre, a pesar de la autorización concedida, el proceso de conquista fue una aventura privada, mas que estatal (Basadre, 1937: 243). Este punto merece nuestra especial atención debido al lazo que se construye entre los aventureros, conquistadores privados, y el territorio colonial. Veremos cómo se construye en el imaginario del conquistador, un derecho de posesión respecto del territorio, debido a las concesiones reales. Esta lógica arraigada perdurará hasta la etapa republicana y la llegada de las ideas liberales a la Colonia, pero quedará el sentido de posesión que se extrapolará, incluso, a los cargos públicos.

En efecto, como indica Basadre, se celebraron contratos entre el Estado y los aventureros privados, en virtud de los cuales se les otorgó licencia para “conquistar y poblar”, brindándoles mercedes, honores y bienes materiales, como también se les impuso obligaciones (Basadre, 1937: 243). Aspecto interesante es el que una de las partes del contrato haya sido el Estado, pues podríamos estar frente a los primeros contratos bilaterales en territorio americano, en donde el Estado conviene con un particular el otorgamiento de, entre otros, funciones públicas.

Sobre el particular, Basadre precisa que la condición pública o superior de una de las partes del contrato generaba que *“el examen del cumplimiento de la obligación del vasallo podía quedar en manos del rey o de sus autoridades”* (Basadre, 1937: 243), situación que tornaba arbitraria la determinación de que el contrato se había satisfecho. Esto último vuelve a recordarnos la posición privilegiada que tiene la Administración Pública al día de hoy, para determinar, incluso, parte del estatuto que regula las condiciones en las que se prestan el servicio los funcionarios y servidores públicos.

Pero, aparte de los contratos comentados, otras modalidades para habilitar la aventura de los particulares en tierras americanas, estuvieron dadas por las capitulaciones, permisos o licencias (Basadre, 1937: 242). Las capitulaciones, como señala Basadre, se complementaron con leyes e instrucciones dadas por el rey o el Consejo de Indias a los caudillos, se brindaban por medio de ellas las reglas y usos para la organización de las milicias; asimismo, las instrucciones regulaban la forma de navegación, comportamiento, la forma en la que se debía tomar posesión de las tierras, la descripción de dichas tierras, así como el trato con los indios (Basadre, 1937: 244).

### **3.1.5. El virreinato del Perú y la organización de los funcionarios: un sistema de “pesos y contrapesos” que afectará la profesionalización de los funcionarios y servidores públicos**

Las concesiones y contratos otorgaron grandes ventajas a los aventureros privados, sin embargo generaron la extrapolación de sistemas (señorío o



municipio) que en España estaba siendo superadas (Basadre, 1937: 246-247). En ese sentido, como refiere Basadre, al comprobar la verdad e importancia del nuevo mundo, la Corona española fue emitiendo ordenanzas especialmente para América y, asimismo, enviando a sus funcionarios y empleados propios (Basadre, 1937: 247). Con ello, se dio pase a un proceso de fuerte injerencia del Estado español en América, cuyo punto inicial lo marcó la creación del virreinato (Basadre, 1937: 247).

Al respecto, Peter Klarén precisa que el virreinato significó la principal unidad administrativa de España en América, estableciendo uno en Nueva España, hacia 1535, con su capital en la Ciudad de México, y otro en Perú hacia 1543, con su capital en Lima (Klarén, 2004/2014: 120). Vale mencionar que los virreyes coloniales eran nobles españoles nombrados por periodos de sei años que podían ser renovados (Klarén, 2004/2014: 120). Si bien los virreyes eran funcionarios poderosos, se encontraban, al igual que muchos otros, limitados por las numerosas leyes emitidas por el lejano Consejo de Indias (Klarén, 2004/2014: 120).

Asimismo, los virreyes, así como otros funcionarios, agrega Klarén, estaban sujetos a exhaustivas investigaciones sobre su administración, pudiendo presentarse cargos en su contra (Klarén, 2004/2014: 120). Esto una nos revela que el encargo a los altos funcionarios venía sujeto al cumplimiento de un fin, de tal forma que si se alejaban del mismo debían asumir los cargos pertinentes. Esta concepción de la función pública parametrada al cumplimiento de un fin nos recuerda, inevitablemente, la concepción actual de la misma, sujeta al interés público, manifiesto en el cumplimiento de las leyes, graficado a su vez en el conocido principio de legalidad.

El esquema actual en el Perú es sencillo. Los funcionarios y servidores públicos que ejercen sus funciones alejándose del principio de legalidad, no cumpliendo con lo establecido por las normas, se alejan también del interés público (toda vez que la Ley es la expresión máxima del interés público). Se presume, entonces, que aquel funcionario o servidor público que obre de tal forma, se debe a sus intereses particulares y no a los intereses del Estado,

razón por la cual incurre en responsabilidad administrativa. Pero, para determinar que ello es así, al igual que en la época colonial, se requiere de una investigación exhaustiva previa, que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra regulada como el procedimiento administrativo disciplinario.

No obstante, volviendo al recuento histórico colonial, como señala Klarén, hacia 1560 el poder de España sobre su colonia entra en una grave crisis, debido a las guerras civiles y rebeliones, cuestión que económicamente era desfavorable para la España de los Habsburgos y sus objetivos geopolíticos en Europa Occidental (Klarén, 2004/2014: 86). Para superar esta crisis, indica el autor citado, la Corona envió a uno de sus diplomáticos más destacados para que asumiera el virreinato del Perú, Francisco de Toledo, quien tuvo como principal objetivo extender el poder del Estado nacional (Klarén, 2004/2014: 86).

Pero, debemos apuntar que, como precisa Klarén, la Corona temía una concentración del poder en el sector público de la Colonia, razón por la cual desarrolló un sistema burocrático de extensos pesos y contrapesos, jurisdicciones superpuestas, así como autoridades con ambiguas jerarquías administrativas (Klarén, 2004/2014: 120). La consecuencia de esta estructura burocrática la anota Klarén de la siguiente manera:

*“Esta difusión de la autoridad tuvo como resultado, interminables fricciones y conflictos entre los funcionarios reales que minaban la eficiencia del sistema. Este sistema aseguraba un control máximo desde Madrid, que podía enfrentar eficazmente a un funcionario con el otro y actuar como árbitro final en todas estas disputas. Al mismo tiempo, permitía la existencia de un amplio espacio en donde los funcionarios reales maniobraban y explotaban las debilidades de un sistema en el cual el poder estaba tan disperso. En realidad, la estructura y funcionamiento del gobierno regio en Perú sacrificaba la eficiencia administrativa al control metropolitano”.* (Klarén, 2004/2014: 120).

Esta política puede graficarse con el contrapeso virreinal establecido por la misma Corona. Dicho contrapeso lo constituía, nos dice Klarén, la Audiencia, segunda rama más importante de la Corona en América, se contaban con seis en el virreinato peruano, cada una integrada por oidores o jueces quienes asumían funciones judiciales, investigadoras y de supervisión del cumplimiento de las leyes reales, también asumían el virreinato en los periodos de transición de virreyes (Klarén, 2004/2014: 121). Otro ejemplo de la regulación burocrática de la Corona, eran los Cabildos que, como menciona Klarén, gobernaban cada pueblo y se encontraban conformados por el corregidor, varios alcaldes o funcionarios judiciales, teniendo por función principal la imposición de impuestos locales, así como el control del precio del trigo y la carne, y la asignación de los solares (Klarén, 2004/2014: 120).

De esta manera, junto a los funcionarios antes mencionados, se encontraban otros cargos reales que se filtraban entre el virrey, los jueces de la Audiencia y el Cabildo, por ejemplo, menciona Klarén a los gobernadores o capitanes generales que asumían funciones militares especiales en las jurisdicciones periféricas (Klarén, 2004/2014: 121).

Esta estructura burocrática se mantuvo durante toda la etapa colonial (aunque veremos inmediatamente que hubo una renovación en quienes ocuparon los cargos), significando, como precisa Klarén *“más un éxito que un fracaso, por lo menos desde la perspectiva de la metrópoli”* (Klarén, 2004/2014: 120).

En buena cuenta, el éxito de esta empresa montada por la metrópoli española residía en plantear un sistema burocrático sin una clara estructura y con el ejercicio de competencias con límites. No existía, por tanto, un cuerpo profesional de funcionarios públicos. Lo particular fue que no se trató de un problema circunstancial del sistema. Por el contrario, ese era el sistema que la Corona había impuesto, a contracorriente de lo que se había logrado en España.

Es un punto importante a abordar, debido a que en el sistema burocrático peruano de la actualidad, aún no existe una verdadera carrera administrativa ni

tampoco un sólido cuerpo profesional de funcionarios públicos. El Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, arprobado por Decreto Ley N° 11377 (en 1950), la Ley de Base de la Carrera Administrativa (en 1984), y la Ley Marco del Empleo Público significan tres intentos frustrados. Con la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, se pretende superar el problema, pero se trata de una norma que no entra en vigencia aún, al menos en cuanto a la regulación normativa sobre el régimen de derechos y obligaciones de los funcionarios y servidores públicos.

Consideramos que, desde una perspectiva formal, el régimen de los Gerentes Públicos regulado por el Decreto Legislativo N° 1024 (del año 2008) podría plantear un intento adecuado para la profesionalización de directivos públicos. En palabras de Mercedes Lacoviello, en relación al diagnóstico del Servicio Civil peruano a cargo del Banco Interamericano de Desarrollo:

*“(...) se consideró que el Estado no contaba con RH [Recursos Humanos] altamente capacitados, ni con una política activa para atraerlos, en condiciones de conducir a las entidades en la implementación de las políticas públicas. A raíz de ello se decidió crear, a la manera de Chile, Nueva Zelanda y Australia, el Cuerpo de Gerentes Públicos (CGP) mediante el DLeg. 1024 (...) mediante el diseño de un esquema de reclutamiento abierto y selección por competencias, así como también contemplando una escala remunerativa competitiva respecto a los salarios del sector privado (...) La idea es que sirva para poner en marcha el proceso de profesionalización de la gerencia pública (...)”.* (Lacoviello, 2017: 19).

Si bien al inicio el Cuerpo de Gerentes Públicos comentado tuvo por objeto el reclutamiento de un cuerpo gerencial que apoye en la implementación de ventajas del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, hasta la fecha sigue vigente y, sin entrar a fondo en el análisis de la calidad de las capacitaciones brindadas, consideramos que la estructura de este Cuerpo sí está pensando en atender el problema de fondo, cual es la falta de profesionalización del funcionario y servidor público.

### **3.1.6. Los problemas económicos en el virreinato del Perú, la venta de cargos públicos y un intento de recopilación de las leyes de Indias**

Volviendo al recuento histórico, las reformas del virrey Toledo habían convertido al virreinato del Perú en el productor más importante de plata en las colonias, según refiere Klarén (Klarén, 2004/2014: 101). Sin embargo, como indica el autor antes mencionado, a partir de 1600 la producción caerá (Klarén, 2004/2014: 101) e impactará en los intereses del Estado español que dejó de recibir gran parte de los ingresos provenientes de los impuestos. Esta situación tuvo incidencia principalmente en dos aspectos, por un lado el sistema burocrático antes comentado y, por otro lado, el sistema tributario impuesto por el Consejo de Indias.

En cuanto a la estructura burocrática española, nos dice Klarén que, a contracorriente de lo que sucedía en la Colonia, Madrid había desarrollado un cuerpo de funcionarios gubernamentales que ocupaban cargos públicos en su imperio, durante el siglo XVI (Klarén, 2004/2014: 122). Sin embargo, agrega el autor citado, que ante la crisis aludida en el párrafo precedente, y bajo la desesperación de encontrar mayores rentas en todo el imperio:

*“(...) el conde duque de Olivares, el ministro más importante de Felipe IV, decidió vender, no obstante sus serias reservas, muchos de los cargos imperiales en el Nuevo Mundo, entre ellos todos los puestos de alto nivel del tesoro”* (Klarén, 2004/2014: 123).

En ese sentido, si el perverso sistema burocrático de pesos y contrapesos impuesto por la Corona afectaba ya la carrera administrativa en la Colonia, con este último fenómeno se la lesionaría al punto de dejar secuelas hasta el día de hoy. Klarén indica que desde una perspectiva moderna, la venta de cargos antes referida podría explicar el bajo nivel de moral pública en los empleados, al introducir una cultura política corrosiva que buscaba mediante el servicio público las ganancias privadas (Klarén, 2004/2014: 123). En ese sentido, el

autor citado enumera las siguientes consecuencias específicas de la venta de cargos públicos:

- La calidad de los funcionarios, a menudo acaudalados criollos, se deterioró rápidamente (Klarén, 2004/2014: 123).
- Los intereses locales alcanzaron el control de muchos cargos importantes, como los de la Caja Real de Lima, atiborrando al sistema de funcionarios inexpertos, corruptos e ineficientes (Klarén, 2004/2014: 123).
- Se obtuvo una renta importante producto de la venta de los cargos públicos, pero a costa de una buena administración y de toma de decisiones eficaces (Klarén, 2004/2014: 123).
- La autoridad virreinal se redujo considerablemente (Klarén, 2004/2014: 123)<sup>27</sup>.

Incluso para el tesoro público y del sistema tributario, la consecuencia fue dañina debido a que los grupos aliados con las élites criollas locales lograron comprar puestos claves y así bloquearon el intento de reforma fiscal (Klarén, 2004/2014: 123). Las remesas a España, con posterioridad, se redujeron sustancialmente (Klarén, 2004/2014: 123).

En tal contexto, como precisa Klarén, la Caja Real de Lima necesitaba una reestructuración, con la finalidad de incrementar impuestos a los sectores de una economía más diversificada –tarea nada fácil por la oposición de las élites criollas- (Klarén, 2004/2014: 116). Ante tal situación, se requería de una reforma normativa que habilitara tal proceder de la Caja Real de Lima y, como

<sup>27</sup> No obstante ello, con la reforma imperial llevada a cabo por el gobierno Borbón que había sucedido al Habsburgo, nos dice Klarén, a comienzos del siglo XVIII se puso en marcha un proceso de amplias reformas con el objeto de recuperar presencia en el llamado Nuevo Mundo. En base a ello, se adoptaron medidas que incluyeron la creación de dos nuevos virreinos (Nueva Granada y Río de la Plata) y –cuestión que nos interesa- una política de recuperación del control administrativo y burocrático de la Colonia (Klarén, 2004/2014: 120).

indica Klarén, el principal responsable de las políticas del virreinato peruano era el Consejo de Indias, establecido en Castilla (Klarén, 2004/2014: 119). La Corona pretendió conservar el control del virreinato regulando todo aspecto de la vida colonial, lo que dio lugar a:

*“(...) a un gran corpus de unas 3.500 leyes y provisiones relacionadas con las Indias, que fueron compiladas y finalmente publicadas en 1681 en cuatro volúmenes como la Recopilación de las leyes de Indias. El resultado de un sistema tan legalista fue la total burocratización del gobierno colonial en Perú (...)”.* (Klarén, 2004/2014: 120).

Hacia el año 1680, se lleva a cabo un proceso de recopilación de las Leyes de Indias, comprendiendo, según informa Basadre, 6,377 leyes (Basadre, 1937: 253). El libro III contempla temas de Derecho Administrativo, ahí quedan definidos los Virreyes, Presidentes, Gobernadores, capitanes, soldados y artilleros (Basadre, 1937: 255).

Dichas normas rigieron hasta producirse los primeros movimientos independentistas por el año 1810, incluso para entonces muchas normas de la Recopilación de 1680 ya no estaban vigentes (Basadre, 1937: 261). A partir de entonces podemos revisar normativa que empezó a abordar específicamente los derechos de los funcionarios y servidores públicos. Una de ellas fue la del Régimen de las pensiones en tiempo de la Colonia para los empleados de la administración de la Real Hacienda:

Norma	Año	Contenido
Régimen de pensiones	Real Orden del 8.02.1803	<i>“Siendo justo atender a los empleados de la administración de Real Hacienda que han servido bien y fielmente, y que no pudiendo desempeñar sus destinos por su edad, achaques u otros motivos calificados, soliciten su jubilación (...) que al que hubiere servido treinta años, se le proponga con todo el sueldo que esté disfrutando (...)”.</i>

Elaboración propia sobre la base de la recopilación normativa de Pedro Patrón Faura (Patrón, 1970).

### **3.2. La República del Perú**

Peter Klarén, siguiendo a Bonilla y Spalding, indica que la independencia fue más que un proceso ganado, uno concedido, aludiendo a la intervención de ejércitos extranjeros como el de José de San Martín, del sur, y el de Simón Bolívar, del norte (Klarén, 2004/2014: 162). Sin embargo, ello no niega el sentimiento nacionalista y anticolonial que existía ya, específicamente en la sierra sur, en donde se forjó la rebelión de Tupac Amaru II (en 1783), dejando entrever no solo la reacción anticolonial, sino también la antipatía regional contra el dominio político de Lima, resentimiento de las altas élites provincianas hacia los funcionarios limeños (Klarén, 2004/2014: 163).

#### **3.2.1. El duro proceso de la independencia del Perú y el caos político que se generó una vez realizada**

Tampoco niega la existencia de otros sucesos que contribuyeron a la gestación de las ideas independentistas. Como, por ejemplo, la también mencionada por Peter Klarén, invasión napoleónica en España, hacia 1808, con la consecuente captura del rey Carlos IV y la abdicación a su corona (Klarén, 2004/2014: 165). Esto generó una situación de incertidumbre en la Colonia, en relación a la legitimidad del dominio español que llevó a que algunos criollos depongan autoridades peninsulares y formaran juntas de gobierno local (Klarén, 2004/2014: 165).

Relata Klarén que la confusión e incertidumbre producto de la caída de la monarquía española fue total en el Perú, durante 1809 y 1814 (Klarén, 2004/2014: 165). A esto se suma que, como agrega el autor citado, durante los años mencionados surgió un programa de reformas liberales propuesto por la Junta Central de Sevilla y las Cortes o parlamento de Cádiz, que habían sido formados para gobernar a nombre del rey, reformas que tuvieron importante recepción en el Perú, en donde ya había surgido el liberalismo con exponentes como José Baquijano o José Faustino Sanchez Carrión (Klarén, 2004/2014: 165-166).



La norma más importante emitida en ese periodo de confusión fue la Constitución Española o Constitución de Cádiz de 1812 de corte netamente liberal. Sobre ella, nos dice Balbín que su marco liberal y, especialmente para nuestros efectos, el modelo regulador de la relación de Empleo Público influyó sobre los modelos constitucionales de América Latina, con énfasis *“en la consagración del principio de igualdad en el acceso al empleo público y el establecimiento de un sistema de responsabilidad funcional”* (Balbin, 2005: 78).

En igual sentido, Luis Morel Ocaña indica que desde su fase germinal, el Derecho Público ya planteaba el acceso del ciudadano a los cargos y funciones públicas (Morell, 1994: 20). Para ello, precisa el autor, la Constitución de Cádiz de 1812 distinguía entre los cargos representativos y los empleos civiles y militares (artículo 171), siendo los primeros elegidos a través de un proceso electoral, con la participación ciudadana, y los segundos por designación de la Corona (Morell, 1994: 20). En adelante, veremos cómo esta regulación de inicio del siglo XIX tendrá una influencia capital en la vigente regulación española, así como en la peruana.

En ese contexto, el virrey que representaba al rey en el Nuevo Mundo, debía tomar algunas medidas para mantener el *statu quo*. Por entonces, era el virrey José Fernando de Abascal quien ejercía funciones en el virreinato del Perú desde 1806. Dicho virrey, ante la situación apremiante que le abordaba, refiere Klarén, tuvo que asegurar la lealtad de la élite limeña y adoptó una política de concordia, a la vez que adoptaba medidas para fortalecer el control político realista (Klarén, 2004/2014: 165).

Oportuno fue para la Colonia y los intereses realistas, el retorno de Fernando VII en 1814, de tendencia conservadora. Durante su reinado, precisa Klarén, no se cuentan subversiones limeñas importantes en la Colonia, por el contrario:

*“(…) los criollos limeños respaldaron uniformemente la represión de estas revueltas por parte del régimen virreinal (...) refleja, entre otras cosas, su temor a que estos levantamientos provinciales se convirtieran en una*

*amenaza al histórico dominio político limeño del país”* (Klarén, 2004/2014: 167).

Sin embargo, con el desembarco de San Martín y sus tropas en 1820, en Pisco, señala Klarén que una serie de ciudades se pronunciaron a favor de la independencia, como lo fue, por ejemplo, Trujillo, en donde el intendente, marqués de Torre Tagle tenía ya una animadversión contra la corona por sus frustradas expectativas de asumir cargos más altos (Klarén, 2004/2014: 169-170).

Ante esa situación, el virrey se dio cuenta que no podía resistir los embates del ejército independentista, razón por la cual movilizó sus fuerzas hacia el Real Felipe en el Callao, posteriormente hacia Huancayo, dejando a Lima sin autoridades ni defensa, lo que permitió a San Martín ingresar sin dificultades a la capital el 10 de julio de 1821 y, tres días después proclamar la independencia y asumir el cargo de protector o gobernante provisional y convocó a elecciones para el Congreso (Klarén, 2004/2014: 170).

Sin embargo, como apunta Klarén, las difíciles circunstancias pos declaración de la independencia generadas por una creciente parálisis económica y el descontento popular frente a los extranjeros, motivó a que San Martín renunciara a su protectorado ante el Congreso (Klarén, 2004/2014: 170-171). Esta situación traería como consecuencia el nombramiento de José de la Riva Agüero como primer presidente de la República del Perú, quien poco después sería depuesto por el mismo Congreso, iniciando una pugna por el poder que concluiría, como señala Klarén, con el desembarco de Bolívar en el Callao hacia 1823 quien encontraría *“que el Perú tenía ahora dos presidentes y estaba virtualmente en bancarrota”* (Klarén, 2004/2014: 172).

Después de las batallas libradas por Bolívar y su lugarteniente Antonio José de Sucre, Lima fue recuperada de los españoles finalmente y el objetivo de la independencia hacia diciembre de 1824 se había logrado, imponiendo con ellos los ideales liberales en una sociedad fragmentada. Esta influencia liberal tuvo su expresión máxima en la Constitución Política de la República Peruana,

emitida por la Convención Nacional el día 10 de Junio de 1834, cuyo artículo 159 estableció que *“Todos los ciudadanos pueden ser admitidos a los empleos públicos, sin otra diferencia que la de sus talentos y virtudes”*.

### **3.2.2. Las primeras décadas de la República peruana, la discriminación en el acceso a la función pública, el caudillismo y las prebendas políticas**

Como anota Klarén, el Perú republicano poscolonial enfrentó serios problemas relacionados con la imposición de los principios liberales de democracia que no incluyó a la mayoría indígena (Klarén, 2004/2014: 177). De esta circunstancia, nos interesa resaltar el caudillismo que se gestó como válvula de escape de las demandas indígenas, especialmente los elementos de negociación que se utilizaron, como la entrega de cargos públicos como recompensa por el apoyo brindado a la empresa de determinados caudillos.

Así, nos dice Klarén que los caudillos fueron el resultado de un problema poscolonial que derivó de la tendencia política a centralizar el poder en Lima. Contaron con el apoyo de diversas élites terratenientes y comunidades indígenas, apelaron a una práctica clientelar para recibir financiamiento, extendiendo *“la generosidad del tesoro y los nombramientos estatales de cargos como recompensa a la lealtad”* (Klarén, 2004/2014: 178).

En ese contexto, el resultado fue un sistema político caótico, con elecciones, anulaciones, golpes y rebeliones que, como agrega Klarén, le significaron a la naciente República peruana no menos de veinticuatro cambios de gobierno entre 1821 y 1845, así como que la Constitución fuera reescrita seis veces (Klarén, 2004/2014: 178).

Al respecto, tomando en cuenta la trascendencia del caudillismo en la primera etapa de la República del Perú y, por qué no decirlo, en gran parte del siglo XIX, consideramos que una de las prácticas impuestas en dicha etapa marcó el sistema acceso a la función pública peruano, viendo rezagos de ello hasta el día de hoy. Las prebendas políticas que los caudillos instauraron para quienes

patrocinaran económicamente sus empresas militares, consistían, entre otras, en retribuir tal apoyo mediante la entrega de cargos públicos, una vez que se hicieran del poder. Detrás de esta práctica se esconden dos cuestiones fundamentales en nuestro análisis.

Por un lado, el desprestigio de la función pública, cuestión que trascendía a ese momento histórico, pues recordemos la política burocrática de pesos y contrapesos impuesta por la Corona, así como la posterior venta de cargos públicos para obtener mayores rentas que destinar a España. Este desprestigio por la función pública, entonces, venía consolidándose sin tomarse en cuenta las consecuencias. Una política pública ineficiente, por no tener funcionarios preparados. Así como, ya en el contexto republicano, la vulneración de los propios principios liberales que fueron el sustento de la independencia, al no democratizar el acceso a la función pública, en términos reales y no solo formales.

Por otro lado, al margen de la práctica perversa que existió en base a las prebendas políticas comentadas, lo cierto es que anuncia la existencia de una modalidad especial de incorporación a la Administración Pública, basada únicamente en la confianza depositada por un funcionario público. No se trata de una situación arbitraria, sino de una modalidad de acceso a la función pública basada en la confianza originaria que los electores depositan en sus funcionarios, elegidos democráticamente, y que éstos hacen extensivo al designar a su personal de confianza.

Esta modalidad de acceso se enmarca, a decir de Luis Morell Ocaña, en el sistema de participación política indirecta (Morell, 1994: 21) que recoge la vigente Constitución Española en el artículo 23.1: *“Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”* y que fuera desarrollado por la Sentencia del Tribunal Constitucional español 23/1984 de la siguiente manera:

*“(...) se refiere a los cargos públicos de representación política, que son los que corresponden al Estado y a los Entes territoriales en que organiza (...) ya que el derecho que define el mencionado artículo 23.1 es un reflejo del Estado democrático en que –art. 1.2.- la soberanía reside en el pueblo español, del que emanan todo los poderes del Estado”.* (Morell, 1994: 21).

En ese sentido, señala Morell Ocaña, el sistema de representación política puede ejercerse de manera directa (postulante a un cargo público) o indirecta (eligiendo a los representantes) (Morell, 1994: 20-21). En este último caso, al elegir democráticamente a los funcionarios públicos se le delega una confianza originaria que ellos –respaldados por tal confianza depositada- utilizarán para designar a sus servidores o funcionarios de confianza, generándose *“una cadena de autoridades que comparten y participan de una misma confianza: la otorgada originariamente por el electorado”* (Morell, 1994: 20-21).

En el caso peruano la situación es similar. El inciso 17 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece que toda persona tiene derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

Sin embargo, consideramos que nuestra legislación vigente mejoró esta modalidad de contratación, al establecer un límite cuantitativo para cada entidad pública, reconociendo, como debe ser, la vigencia de la preferencia del acceso a la función pública en condiciones de igualdad. Así, el inciso 2 del artículo 4 de la Ley N° 28171, Ley Marco del Empleo Público, estableció que el la contratación de personal de confianza:

*“Artículo 4.- Clasificación (...)*

*2. Empleado de confianza (...) en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad. El Consejo Superior del*

*Empleo Público podrá establecer límites inferiores para cada entidad. En el caso del Congreso de la República esta disposición se aplicará de acuerdo a su Reglamento”.*

### 3.2.3. La regulación normativa de mitad del siglo XIX: acceso a la función pública en condiciones de igualdad y responsabilidad administrativa

Volviendo a contextualizar la narración histórica, la segunda mitad del siglo XIX también será fecunda en la emisión de normativa sobre los derechos de los funcionarios y servidores públicos. Podemos ver algunas de las normas en el siguiente cuadro:

Norma	Año	Contenido
Jubilación y cesantía a los empleados públicos en los casos de enfermedad crónica, edad avanzada, supresión de empleo que sirven o lo subrogan	Ley General del 22 de enero de 1850	<i>“1º- Todos los empleados públicos con título de Gobierno legítimo, tienen derecho a la jubilación en el caso de que una edad avanzada, o enfermedad crónica legalmente comprobada les impida continuar en el desempeño de sus destinos (...)”</i>
Montepío a los familiares de los empleados públicos fallecidos	Decreto Supremo del 4 de noviembre de 1851	<i>“1º- Todos los empleados propietarios de plaza permanente en la Administración de Justicia, en la Hacienda Nacional o en otros ramos de la Lista Civil, cuya dotación llegue a mil pesos anuales y que tengan seis años cumplidos de servicio (...) dejan a sus familias acción al goce de montepío (...)”.</i>
Ley de Ministros	26 de setiembre de 1862	<i>“26º- No tienen valor legal los despachos, credenciales ni decretos en que el Gobierno expida resoluciones o declaratorias sobre cualquier asunto, si no están firmadas por el Presidente de la República y por el Ministro respectivo (...)”</i>  <i>50º- Cada Ministerio tendrá un Reglamento particular, aprobado por el Presidente de la</i>

		<i>República. En él, se detallarán las obligaciones de sus empleados, el orden que ha de seguirse en el despacho en el servicio de la oficina y por último los negocios que correspondan a ese ramo de la Administración”.</i>
Publicidad a los documentos oficiales	Resolución Suprema del 10 de mayo de 1887	<p><i>“1º- Prohíbese a las autoridades y funcionarios que conforme a la ley están facultados para comunicarse directamente con el Gobierno, o que por razón del puesto que desempeñan tienen que emitir dictámenes o informes (...) dar publicidad a los documentos oficiales (...)</i></p> <p><i>2º- Prohíbese así mismo (sic.) a las autoridades y empleados inferiores, publicar (...)</i></p> <p><i>3º- Cualquier infracción de las anteriores disposiciones, será estimada y reprimida por el Ministerio respectivo, en proporción a la importancia del asunto (...).”</i></p>
Reglamento General de Fianzas	Decreto Supremo del 7 de junio de 1888	<i>“2º- Tienen obligación de prestar fianza todos los empleados que manejan rentas o bienes del Estado (...).”</i>

Elaboración propia sobre la base de la recopilación normativa de Pedro Patrón Faura (Patrón, 1970).

Al respecto, de la normativa citada podemos observar cómo podrían estar manifestándose algunos principios del Empleo Público peruano:

- Inicialmente, hay una referencia a “empleados público” como una categoría que parecía comprender a todos los prestadores de servicios de la Administración Pública. Sin embargo, hacia 1887 ya se refieren al concepto de “funcionario público”, alternativamente. Por la modalidad en la que ambos se incorporaban a la Administración Pública, corresponde señalar que se devela la existencia de modalidades de acceso

diferenciados que matizan el principio de acceso a la función pública en condiciones de igualdad.

- De otro lado, un dato particular lo aporta el artículo 1º del Decreto Supremo de 1851 que regulaba el Montepío para los familiares de los empleados públicos fallecidos. Dicha norma aludía a empleados públicos propietarios de plazas permanentes en la Administración de Justicia, en la Hacienda Nacional y en otros ramos de la Lista Civil. Esta regulación eleva a enunciado normativo la perspectiva patrimonialista sobre la plaza pública que, como indica Balbín, sería repudiada por el liberalismo al advertir que su ejercicio planteaba la apropiación antidemocrática del poder (Balbin, 2005: 21). En ese sentido, podemos señalar que en dicha regulación se positiviza un valor de la época que circunscribía la función pública dentro del ámbito de los derechos reales (Balbin, 2005: 21), cuestionando nuevamente el principio de acceso a la función pública en condiciones de igualdad.

Pero, esta regulación también devela un aspecto relacionado con la vigencia del vínculo que es una cuestión que permanece hasta el día de hoy. El Decreto Supremo comentado en el párrafo precedente alude a las plazas permanentes en la Administración Pública. Este aspecto, guarda relación con el deber de imparcialidad del funcionario público, pero, aunque inicialmente parezca no tener relación, también con el principio de acceso a la función pública en condiciones de igualdad.

Por un lado, la demanda de un sistema burocrático especializado para el desempeño de funciones imparciales requiere de servidores públicos especializados y que se mantengan al margen de la tendencia política del gobierno de turno, lo que justificaría una vinculación permanente del servidor público y no condicionado a la renovación del gobernante. En ese sentido, Balbin precisa que la estabilidad laboral absoluta de algunos servidores públicos se justifica en la necesidad de *“conformar una organización administrativa objetiva y especializada, con capacidad para garantizar los intereses generales”* (Balbin, 2005: 31).



Adicionalmente podríamos mencionar que la especialización se lograría con una clara apuesta de la Administración Pública por capacitar al personal, cuestión que se ha planteado con cierta claridad en el Perú por medio de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.

Y, en cuanto al principio de acceso a la función pública en condiciones de igualdad y su relación con la estabilidad laboral absoluta de algunos servidores públicos, conviene precisar que este principio del Empleo Público no sólo se satisface con garantizar que todos los ciudadanos puedan postular a un cargo público, en igualdad de condiciones. Este principio establece un sistema rígido de acceso que requiere un complemento, rígido también, para la extinción del vínculo. Balbín lo refiere bien:

*“(...) el dependiente estatal no es reclutado para un puesto en concreto, sino para el desarrollo de un tipo de actividad profesional al margen de los diferentes destinos que se le asignen, desprendiéndose de tal asignación la capacidad evidenciada en la superación de los exhaustivos requisitos para el ingreso. De allí que el aseguramiento de los valores pretendidos a través de la garantía del acceso a los empleos públicos en condiciones de igualdad cobra eficacia solo con la fijación de un sistema análogamente rígido para la extinción del vínculo laboral”.*  
(Balbin, 2005: 30).

- De otro lado, el artículo 50 de la Ley de Ministros de 1862 prescribía que cada Ministerio tendría un Reglamento particular que detallaría las obligaciones de sus empleados, así como el orden que ha de seguirse en el despacho en el servicio de la oficina. Al respecto, se puede notar la clara predisposición por habilitar a la Administración Pública para regular, autónomamente, las obligaciones de sus servidores. Estamos frente a una de las primeras normas que autoriza la existencia de instrumentos de gestión interna como serían los actuales Reglamentos de Servidores Civiles (antes Reglamentos Internos de Trabajo). Con la

vigencia del principio social y democrático en el siglo XX, esta regulación autónoma se matizará con el reconocimiento de los derechos subjetivos de los servidores públicos para negociar sus propios intereses, derechos y obligaciones.

- Finalmente, el artículo 3 de la Resolución Suprema del 10 de mayo de 1887, Ley de publicidad de documentos oficiales, establecía que cualquier infracción a las disposiciones establecidas, serían estimadas y reprimidas por el Ministerio respectivo, en proporción a la importancia del asunto. Esta regulación alude a la existencia de responsabilidad administrativa de los funcionarios y servidores públicos. Plantea la facultad con que cuenta la Administración Pública para sancionar las infracciones de sus funcionarios o servidores públicos. Con la vigencia del principio social y democrático en el siglo XX esta facultad generará que se democratice el procedimiento mediante el cual se determina la responsabilidad del funcionario o servidor público.

Discurrirán tiempos de estabilidad y apogeo económico en el Perú, como la era del guano, pero no será hasta el surgimiento del civilismo en que se llegará a la elección del primer presidente civil del Perú en 1872, Manuel Pardo, fundador del partido civilista del Perú. La importancia de esta etapa republicana reside en la forma en la que se gastaron los ingresos estatales, especialmente en lo que respecta a la burocracia.

Nos dice Klarén que más de la mitad se gastó en ampliar la burocracia civil (24%) y en las fuerzas armadas (24.5%) (Klarén, 2004/2014: 219), lo que devela la intención de potenciar cualitativamente a la burocracia peruana que había estado mermada desde la etapa colonial. Sin embargo, esta situación se vería interrumpida por la Guerra del Pacífico desatada en 1879 y los problemas sociales y económicos que el Perú tuvo que afrontar con posterioridad.

#### **3.2.4. La regulación normativa del siglo XX: Estado social y democrático, acceso a la función pública en condiciones de**

**igualdad, personal de confianza, equilibrio presupuestal,  
igualdad, mérito y responsabilidad administrativa**

La historia del Perú transitará hacia lo que Klarén denomina una República aristocrática, vigente durante las primeras décadas del siglo XX (Klarén, 2004/2014). Este periodo, conforme anota el autor citado, estaría impregnado de rivalidades entre los clanes que caracterizaban la política nacional, lo que llevaría a Víctor Andrés Belaunde a afirmar que nuestros partidos son *“sustantivos abstractos, agrupaciones personales inconsistentes y efímeras”* (Klarén, 2004/2014: 268). Pero será Gonzales Prada quien resalte el aspecto que nos interesa.

Precisa Klarén que Gonzales Prada cuestionaría el sistema político de los Pardo y su Partido Civil, entre otras cuestiones, por su tendencia a establecer un control absoluto sobre el botín estatal con la finalidad de satisfacer los intereses personales, familiares o del clan (Klarén, 2004/2014: 269). A tal punto se había afianzado esta práctica que algunos observadores contemporáneos, citados por Miller, indicarían que *“la administración pública es una cadena de compadres”, “para ellos el gobierno es como una hacienda, con un patrón, empleados y peones”* (Klarén, 2004/2014: 269).

En ese contexto, un punto de quiebre lo marca la tendencia impuesta por el presidente Augusto B. Leguía durante su segundo gobierno, conocido como el Oncenio (de 1919 a 1930). Nos dice Balbín que dicho presidente incidió en la creación de nuevos entes administrativos, así como en el ensanchamiento de la burocracia estatal, facilitando la incorporación de sectores medios (Balbin, 2005: 85).

Sin embargo, llama la atención que no haya desarrollado una regulación normativa que ampare la incorporación a la Administración Pública de tal sector, la explicación la encontramos en Burga y Flores Galindo, citados por Balbín, quienes explican que esta práctica impuesta por el presidente

respondía a la necesidad de garantizar un contrapeso<sup>28</sup> en la Administración Pública y asegurar la presencia de un “«grupo de incondicionales surgido de un extenso proceso de clientelaje basado en las prebendas y la corrupción», que debilitara el poder desarrollado por los oligarcas civilistas en el manejo de los asuntos estatales” (Balbin, 2005: 85).

Nuevamente, develando una tendencia por el sistema clientelar en la distribución de los cargos públicos que, así como pasó con la etapa de los caudillos en el siglo pasado, pone de manifiesto la urgencia por un sistema de acceso a la función pública basado en la confianza. Poco después, luego de algunos años, el 9 de marzo de 1933 se emitió la Constitución Política del Perú que estableció:

Constitución Política del Perú de 1933	
Artículo	Contenido
Artículo 1.-	<i>“El Perú es República democrática. El Poder del Estado emana del pueblo, y se ejerce por los funcionarios con las limitaciones que la Constitución y las leyes establecen”.</i>
Artículo 9.-	<i>“El presupuesto General de termina anualmente las entradas y los gastos de la República. La ley regula la preparación, aprobación y ejecución del Presupuesto General.</i>  <i>De cualquiera cantidad cobrada o invertida contra la ley, será responsable el que ordene la cobranza o el gasto indebido. También lo será el ejecutor, si no prueba su inculpabilidad.</i>  <i>La publicación inmediata de los presupuestos y de las cuentas de entradas y de gastos de todas las dependencias de los Poderes Públicos, es obligatoria bajo responsabilidad de los infractores”.</i>
Artículo 18.-	<i>“Nadie puede percibir más de un sueldo o emolumento del Estado, cualquiera que sea su función o empleo, salvo uno más por razón de la enseñanza. Los sueldos o emolumentos pagaderos por corporaciones locales o por sociedades dependientes en cualquiera forma del Poder Ejecutivo, están incluidos en esta prohibición”.</i>

<sup>28</sup> Al fiel estilo de la época colonial

<p>Artículo 20.-</p>	<p><i>“El que desempeña un cargo público es directa e inmediatamente responsable por los actos que practique en el ejercicio de sus funciones. La ley determinará la forma de hacer efectiva esta responsabilidad. El Ministerio Fiscal está obligado a exigir el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo”.</i></p>
----------------------	---

Elaboración propia

Destaca, en primer lugar, la definición expresa de la República del Perú como democrática, a diferencia de su antecesora, la Constitución Política del Perú de 1920 que prescribía que *“La Nación peruana es la asociación política de todos los peruanos”*. De esta forma, consideramos que la Constitución de 1933 formaliza todos los valores relacionados con la democratización del acceso a la función pública, los mismos que han sido desarrollados en lo que va del presente trabajo.

Por otro lado, el artículo 9 de la Constitución bajo comentario, así como lo hizo su antecesora también, formaliza la regulación anual del presupuesto público, en donde se tendrá en cuenta el principio de equilibrio presupuestal. Al respecto, si bien en esta redacción, como en la de la Constitución de 1920, el principio señalado aún no se eleva a categoría constitucional de manera expresa, la sola remisión al legislador para que regule la ejecución del Presupuesto General, ya le encomienda realizar dicha tarea tomando en cuenta los criterios necesarios para garantizar el interés público. En ese sentido, el legislador tendrá que la posibilidad aplicar el principio de equilibrio presupuestal, en función de los intereses comprometidos.

En la actualidad, el artículo 77 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece que *“La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso (...)”*. Por su parte, el artículo 78 de la Constitución referida prescribe que: *“(...) El proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado (...)”*. Al respecto, en la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del año 2016, se indicó que:

*“En vista que el elemento presupuestario cumple la función constitucional específica de consignar o incluir ingresos y gastos debidamente balanceados o equilibrados para la ejecución de un ejercicio presupuestal determinado, las limitaciones presupuestarias que se derivan de la Constitución deben ser cumplidas (...)”*

Actualmente, entonces, la regulación ha hecho explícito lo que en las Constituciones Políticas de 1920 y 1933 era tácito, la vigencia del principio de equilibrio presupuestal. Principio que, por su condición de tal, permite al legislador aplicarlo en mayor o menor medida, dependiendo de los intereses en juego.

En cuanto a la restricción de la doble percepción económica por parte de la Administración Pública, así como a la existencia de responsabilidad administrativa, inicialmente podemos decir que se redactan bajo la misma fórmula de la Constitución Política del Perú de 1920. Sobre la primera cuestión, recordemos el desprestigio de la función pública en la época, a razón de siglos de prácticas perversas, desde la imposición de un sistema burocrático no profesionalizado en la época colonia, hasta la época de las prebendas políticas en donde se perseguía el interés particular, familiar o partidario, por encima del interés público.

En ese contexto, la regulación guarda correspondencia con los valores que se pretendían imponer o las malas prácticas que se buscaban erradicar. En ese sentido, el objeto de la regulación podría haber buscado reivindicar la función pública, imponiendo la pauta en virtud de la cual el funcionario o servidor público no se enriquecería gracias a la Administración Pública, sea por trabajo subordinado o independiente.

Recordemos también que por entonces la burocracia peruana aún no sufría el ensanchamiento comentado párrafos atrás, más bien aún se trataba de funciones desempeñadas por unos pocos que monopolizaban las plazas públicas, para quienes el desempeño de la función pública podía ser una

cuestión honorífica que, adicionalmente como hemos antes mencionado, les permitiría acceder a un régimen de pensiones.

Sin embargo, llama la atención que con las Constituciones de 1979 y 1993, la regulación varíe y se enfoque ahora el ejercicio de doble función pública. El artículo 40 de la Constitución política del Perú de 1993 prescribe ahora que *“Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente”*. Se restringe específicamente el ejercicio de cargos públicos remunerados y ya no la doble percepción económica.

Consideramos que ello es así debido a que el principio social y democrático impuesto con la Constitución Política del 1993, llevó al constituyente a maximizar la libertad de trabajo, permitiendo el desempeño de labores subordinadas y autónomas a la vez en la Administración Pública, excluyendo sólo la posibilidad percibir doble remuneración a consecuencia del ejercicio de dos cargos públicos. No obstante, existe un desfase entre la lógica expuesta y la legislación actualmente vigente, ya que esta última extiende la restricción a todo tipo de prestación, como se puede ver del artículo 38 de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil:

*“Artículo 38. Prohibición de doble percepción de ingresos*

*Los servidores del Servicio Civil no pueden percibir del Estado más de una compensación económica, remuneración, retribución, emolumento, o cualquier tipo de ingreso (...) Las únicas excepciones las constituyen la percepción de ingresos por función docente efectiva y la percepción de dietas por participación en uno (1) de los directorios de entidades o empresas estatales o en Tribunales Administrativos o en otros órganos colegiados”.*

En relación a la segunda cuestión, la responsabilidad administrativa, esta ya ha sido abordada previamente, no obstante merece nuevamente nuestra atención para resaltar la importancia del bien jurídico tutelado, al punto de haber sido

elevado a categoría constitucional. Así como lo fueran las funciones en época colonial, en esta oportunidad los funcionarios y servidores públicos también estarán sujetos a investigaciones que podrían terminar con la imposición de cargos en su contra, de determinarse su responsabilidad en la afectación del interés público, durante el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, continuando con el recuento histórico, conviene señalar que hacia 1950 se emite la que consideramos fue la primera norma que abordó de manera casi integral la Carrera Administrativa, nos referimos al Decreto Ley N° 11377, Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, emitida durante el Gobierno de Manuel Odría. Antes de la referida norma solo se tiene registro de algunas normas dispersas que han sido ya citadas<sup>29</sup>.

La referida norma establecía los derechos y deberes de los empleados públicos, reconociendo la carrera administrativa, escalafón y clasificación periódica, igual oportunidad para hombres y mujeres el ingreso y ascenso por concurso para el personal de carrera. Consideramos que existen algunas disposiciones específicas en donde podemos encontrar algunos de los principios del Empleo Público antes desarrollados, a pesar de que esta norma no contemple de manera expresa la regulación de sus principios, como sí lo haría posteriormente el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Base de la Carrera Administrativa. Los enunciados normativos del Decreto Ley N° 11377 comentados son:

Decreto Ley N° 11377		
Artículo	Contenido	Principios en que se soporta
Artículo 5.-	<i>"(...) Quedan exceptuados de las prescripciones de este Estatuto, los miembros del Poder Judicial, del Poder Legislativo, del Cuerpo Diplomático y Consular, de los Institutos Armados y</i>	No regula propiamente un principio, pero sí una regla de aplicación preferente. Se reconoce por primera vez en un cuerpo normativo orgánico,

<sup>29</sup> Así como la referencia a una Comisión nombrada para formular un proyecto de estatuto de Empleados Públicos, por medio del Decreto Ley N° 7455, del 27 de noviembre de 1931.



	<i>miembros de la Guardia Civil y Policía, del Magisterio, los funcionarios públicos cuyos cargos sean electivos y, las autoridades políticas que se rigen por leyes especiales”.</i>	la especialidad de algunos servidores públicos que se rigen por sus leyes especiales. Lo que actualmente conocemos como carreras especiales.
Artículo 11.-	<i>“Los empleados de igual categoría percibirán obligatoriamente el mismo sueldo”.</i>	Si bien no es un principio exclusivo del Empleo Público, se trata del principio de igualdad que es transversal a toda relación jurídica.
Artículo 17.-	<i>“El personal de servicio interno, será nombrado por la Autoridad Superior a propuesta de los Jefes subordinados y gozarán de estabilidad en sus cargos, con los derechos y obligaciones que determine el Reglamento (...)”.</i>	Principio de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, cuya rigidez de salida supone la regulación de la estabilidad del servidor público.
Artículo 22.- f)	<i>“Presentarse y ser aprobado en el concurso sobre las materias que determinan los Reglamentos de las respectivas Reparticiones”.</i>	Principio de mérito que complementa el de acceso a la función pública en condiciones de igualdad.
Artículo 24.-	<i>“Se exceptúa (...) [de lo anterior, a quienes] por sus conocimientos profesionales sean designados para ejercer un cargo técnico especial, con la categoría correspondiente”.</i>	Principio de acceso a la función pública que se matiza ante los supuestos de incorporación del personal de confianza.
Artículo 49.-	<i>“Los empleados públicos podrán asociarse sólo con fines culturales, deportivos, asistenciales o cooperativos”.</i>	Se niega la posibilidad de que los servidores públicos tengan intereses o fines reivindicativos. Se niega, con ello, su condición de interlocutor válidos para negociar sus derechos y obligaciones.
Capítulo V	<b>DE LAS FALTAS Y SANCIONES</b>	Se regula por primera vez un procedimiento para determinar las sanciones a los servidores públicos, garantizando el derecho de defensa del

		servidor. Se regula, por tanto, mas que un principio, el instituto jurídico de la responsabilidad administrativa disciplinaria.
--	--	---

Elaboración propia

Posteriormente, como precisa Balbín, se emitieron dispositivos normativos que siguieron la tendencia a la proscripción de la negociación colectiva en el sector público, como el Decreto del 26 de enero de 1960 que estableció el reconocimiento de las asociaciones de empleados públicos, complementada por el Decreto del 21 de octubre del mismo año que dispuso que dichas asociaciones no podían desarrollar actividades distintas a las consignadas en el Decreto Ley N° 11377 (Balbín, 2005: 93).

Pero, con la Constitución Política del Perú de 1979, siguiendo a Balbín, se introducirá la noción de Estado social y democrático que se convertirá en el componente básico de nuestro ordenamiento jurídico, así como instituirá al trabajo como valor fundamental del sistema (Balbin, 2005: 95, 98). Esta adscripción al principio mencionado se da en el contexto en que, como agrega Balbín, el Estado asumía un rol más intervencionista que se expresaba en el crecimiento de la actividad prestacional de la Administración Pública, así como la intervención directa en la actividad empresarial del Estado, generando todo ello el incremento del número de trabajadores estatales (Balbin, 2005: 95).

Años después, y en el contexto de la Constitución Política del Perú de 1979, en la búsqueda por ordenar la Administración Pública y adecuarla al desarrollo del Estado, el 24 de marzo de 1984, durante el gobierno de Fernando Belaúnde Terry, se emitió el Decreto Legislativo N° 276 que pone énfasis en los derechos de los servidores públicos.

Asimismo establece una única clasificación para todas las entidades, la que comprende 14 niveles y tres grupos ocupacionales (profesionales, técnicos y auxiliares), e instituye el mérito y el tiempo de servicio como factor de ascenso en la carrera. Adicionalmente, hay que mencionar que el Decreto Legislativo N°

276 regula de manera explícita algunos principios. A continuación se enumeran los aspectos más importantes de develan, desde nuestro punto de vista, algunos de los principios del Empleo Público:

<b>Decreto Legislativo N° 276</b>	
<b>Objeto</b>	<b>Principios en que se soporta</b>
<p>PRINCIPIOS DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA.-</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Igualdad de Oportunidades;</li> <li>b. Estabilidad;</li> <li>c. Garantía del nivel adquirido; y</li> <li>d. Retribución justa y equitativa, regulada por un sistema único de remuneraciones.</li> </ul> <p>PRINCIPIOS DEL SISTEMA UNICO DE REMUNERACIONES.-</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Universalidad;</li> <li>b. Base técnica;</li> <li>c. Relación directa con la Carrera Administrativa; y,</li> <li>d. Adecuada compensación económica.</li> </ul>	<p>Consideramos que los principios enumerados pueden subsumirse en los principios de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, equilibrio presupuestal, el principio de legalidad y el principio de igualdad, antes señalados.</p> <p>Sin embargo, hay que anotar que en el marco de la Constitución de 1979, el principio social y democrático ya se encontraba vigente e irradiaba sus efectos en el ordenamiento jurídico. Con lo cual, era también un principio que regía en el Empleo Público regulado por el Decreto Legislativo N° 276.</p> <p>Permitiendo tener mandatos de optimización en esta disciplina, en torno, por ejemplo, a que, en el marco de un sistema democrático, quepa la posibilidad de que el Poder Ejecutivo legisle o que se respeten las normas de un régimen dictatorial. Justamente, la materia laboral en nuestro país presenta ambas circunstancias.</p> <p>De igual modo, en base al interés general, como fundamento de la Administración Pública que se fue consolidando a lo largo de la historia, se expresará en el principio de legalidad que irradiará sus efectos en el Empleo Público gracias a la Constitución Política de 1979.</p> <p>Pero, también tiene un reconocimiento directo en el mismo Decreto Legislativo N° 276, su artículo 3, literal a) prescribe que los servidores de la nación deben <i>“Cumplir el servicio público buscando el desarrollo nacional del País y considerando que trasciende los periodos de gobierno”</i>.</p>

La carrera administrativa	<p>Es el instituto jurídico que se soporta en el principio de mérito y de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. En este último caso, comprende la estabilidad laboral, la capacitación y la progresión en la familia de puestos.</p> <p>No obstante ello, la presente norma plantea que el nombramiento es el acto fundacional de la relación jurídica.</p> <p>Asimismo, flexibiliza el criterio regulando una modalidad de acceso sin nombramiento: los contratados, quienes no se encuentran dentro de la Carrera Administrativa.</p>
Sistema Único de Remuneraciones <sup>30</sup>	Es el instituto jurídico que se soporta en el principio de igualdad.
Derechos colectivos	<p>Regula el derecho a la sindicación y a la huelga, pero limita la negociación de cuestiones económicas.</p> <p>Detrás de la proscripción podría estar la vigencia del principio de equilibrio presupuestal, de reconocimiento constitucional.</p>
	Si bien existen normas precedentes que regulaban otro tipo de responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos, es el Decreto Legislativo N° 276 el

<sup>30</sup> La remuneración de los funcionarios y servidores públicos estará constituida por el haber básico, las bonificaciones y los beneficios. El haber básico se fija, para los funcionarios, de acuerdo a cada cargo, y para los servidores, de acuerdo a cada nivel de carrera. En uno y otro caso, el haber básico es el mismo para cada cargo y para cada nivel, según corresponda.

Las bonificaciones obedecen a criterios personales, como la antigüedad en el servicio computada por quinquenios; cargas familiares; y criterios diferenciales, que no podrán ser superiores al porcentaje que con carácter único y uniforme para todo el Sector Público se regulará anualmente. Mientras que los beneficios son los establecidos por las Leyes y el Reglamento, y son uniformes para toda la Administración Pública.

Las Entidades Públicas están prohibidas de negociar con sus servidores, directamente o a través de sus organizaciones sindicales, condiciones de trabajo o beneficios que impliquen incrementos remunerativos o que modifiquen el Sistema Único de Remuneraciones.

<p>Responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos</p>	<p>que reconoce de manera explícita y en un mismo cuerpo normativo la existencia de responsabilidad civil, penal y administrativa. Este instituto jurídico devela la pauta del ejercicio del funcionario y servidor público: el interés general. Siempre que se alejen de él, asumirán las correspondientes responsabilidades.</p> <p>En lo que respecta a la responsabilidad administrativa disciplinaria, así como lo hizo el Decreto Ley N° 11377, regula un procedimiento que garantice el derecho de defensa.</p>
--	--

Elaboración propia

Solo cabe anotar, como indica Balbín, que el Decreto Legislativo N° 276 centra su regulación en la relación de Empleo Público, dejando los aspectos colectivos a la regulación reglamentaria (Balbin, 2005: 111). De ese modo, agrega el autor citado y coincidimos con él, la norma referida solo reitera la titularidad de los derechos de sindicación y huelga ya establecida constitucionalmente, incluso limitando el ejercicio de la negociación colectiva, cuestión que *“resulta inexplicable desde la consagración de la titularidad de los derechos colectivos para los trabajadores estatales constituía justamente uno de los aspectos determinantes del giro laboral impuesto por fuente constitucional”* (Balbin, 2005: 111).

Años más tarde, asumiría la presidencia Alan García Pérez, en cuyo gobierno, como refiere Klarén, existió voluntad política por lograr la regionalización, tan añorada por el partido aprista, y que tenía una habilitación normativa nada menos que en la misma Constitución Política del Perú de 1979, la misma que dispuso la creación de gobiernos regionales por todo el país (Klarén, 2004/2014: 472). Así, relata Klarén, en marzo de 1987 García inauguraba un plan de reorganización de los veinticuatro departamentos del país, proponiendo doce regiones con enteros poderes legislativos, administrativos y tributarios (Klarén, 2004/2014: 472). Si bien este primer intento de descentralización se frustró, es importante resaltarlo como intentó de extender la presencia del Estado a lugares en donde históricamente no había llegado.

Sin embargo, la última recta del gobierno de García estaría marcada por una fuerte crisis económica. Ante tal crisis, hacia la década de 1990, ya con Alberto Fujimori en la presidencia del Perú, se plantearon varias reformas que, influenciadas por el denominado Consenso de Washington, trataron de reducir cualquier tipo de barreras para la inversión privada, privatizando empresas estatales y desregulando el mercado.

Dentro de esta política se incluyó también a la legislación laboral, producto de la cual se emitió el Decreto Legislativo N° 728, norma que regula la actividad laboral del sector privado, pero que se extendió a la Administración Pública aprovechando las distintas modalidades de contratación temporal que planteaba<sup>31</sup>. Ello, ante la continua restricción de las Leyes de Presupuesto para incorporar personal bajo el nombramiento regulado por el Decreto Legislativo N° 276. Esta situación generaría la vigencia de los principios del Derecho del Trabajo, que inspiraban al Decreto Legislativo N° 728, ahora también en la Administración Pública.

### **3.2.5. La regulación normativa del siglo XXI: hacia la propuesta de un régimen único y exclusivo**

#### **3.2.5.1. La Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público**

Publicada el 19 de febrero de 2004, durante el Gobierno de Alejandro Toledo, la Ley Marco del Empleo Público se enmarca dentro de las propuestas de reforma realizadas entre los años 1995 y 1997, con el objetivo de lograr la modernización del Estado, flexibilizando y simplificando los sistemas administrativos mediante la desregulación de los mismos. Sin embargo, la reforma recibió escaso apoyo político y por eso su aplicación se redujo a cuestiones generales como la clasificación de los servidores públicos y el límite

<sup>31</sup> El Decreto Legislativo N° 728 reconoce los siguientes contratos no permanentes: 1) contrato por inicio o incremento de nueva actividad; 2) contrato por necesidad del mercado; 3) contrato por reconversión empresarial; 4) contrato ocasional; 5) contrato de suplencia; 6) contrato de emergencia; 7) contrato para obra determinada o servicio específico; 8) contrato intermitente; 9) contrato de temporada; 10) otros contratos sujetos a modalidad.

del número de nombramientos de empleados de confianza y de directivos superiores.

La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley se ocupa de exponer algunas ideas a modo de premisas para establecimiento de la norma. Indica que se requiere el establecimiento de las bases de la modernización y reforma del Empleo Público. De otro lado, precisan que el modelo de función pública debe enmarcarse dentro de un sistema democrático y de respeto y promoción de los derechos humanos donde se garantice la participación ciudadana, el derecho de información y la descentralización pública.

En relación a si la norma pone de manifiesto algún principio del Empleo Público, en primer lugar corresponde señalar que la sola emisión de la Ley 28175 pone de manifiesto el principio del Estado social y democrático. Consideramos que en el marco de la Constitución Política del Perú de 1993, la vigencia del principio del Estado social y democrático irradia sus efectos en distintos planos, uno de ellos es el del respeto de las funciones y competencias del Poder Legislativo.

En ese sentido, que el órgano competente para legislar regule por primera vez en nuestra historia republicana los derechos y obligaciones de los servidores y funcionarios públicos, pone de manifiesto la vigencia de este principio, recordemos que antes de la Ley Marco del Empleo Público se habían emitido un Decreto Ley y un Decreto Legislativo, dos normas emitidas por una dictadura militar y por el Poder Ejecutivo, respectivamente.

Además, en relación a la regulación del Empleo Público, esta regla goza de una regulación constitucional. El artículo 40 de la Constitución Política del Perú establece que la ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. Se trata, por tanto, de un mandato al Congreso de la República, a aquel que tiene la competencia legislativa.

De otro lado, el inciso 2 del artículo II del Título Preliminar de la norma, establece que uno de sus objetivos era determinar los principios que rigen al Empleo Público. Consideramos que se trata de una propuesta loable y sin precedentes. Se trata de una norma cuyo objetivo es identificar cuáles son los principios que gobiernan el Empleo Público, razón por la cual, acto seguido, siguiendo el estilo del Decreto Legislativo N° 276, enumera los principios de la siguiente manera:

<p>Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público</p>	<p>Artículo IV.- Principios</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Principio de legalidad (...)</li> <li>2. Principio de modernidad (...)</li> <li>3. Principio de imparcialidad (...)</li> <li>4. Principio de transparencia y rendición de cuentas (...)</li> <li>5. Principio de eficiencia (...)</li> <li>6. Principio de probidad y ética pública (...)</li> <li>7. Principio de mérito y capacidad (...)</li> <li>8. Principios de Derecho Laboral (...)</li> <li>9. Principio de preservación de la continuidad de políticas del Estado (...)</li> <li>10. Principio de provisión presupuestaria (...)</li> </ol>
---	---

Al respecto, la Exposición de Motivos de la Ley Marco del Empleo Público no encontramos una definición de “principios jurídicos”, cuestión determinante para lograr el objetivo que la misma norma establece. Sin ello, el mismo objetivo se vuelve gaseoso y se repiten algunos principios ya consagrados en el Decreto Legislativo N° 276. Consideramos que ha sido ese el problema principal en la elaboración de la norma. Ubicaron bien el problema ya que, como se ha señalado en el Capítulo I, la determinación de los principios especiales del Empleo Público es una tarea necesaria para reconocerle como una disciplina independiente. Sin embargo, no se tuvo capacidad de acercamiento al problema.

En cuanto al principio de legalidad, consideramos que goza de sustento histórico. Como se ha estudiado a lo largo del presente trabajo, las distintas sociedades han impuesto a sus funcionarios, como valor principal, la pauta del



interés general. En ese sentido, el principio se justifica en tanto el servidor y funcionario público persiguen el interés público y no el particular. Dado que la Ley expresa ese interés público, tales servidores deben respetarla durante el ejercicio de sus funciones. Esta máxima fue reconocida por el artículo 39 de la Constitución Política de 1993 que prescribe que *“Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”*.

Asimismo, el principio de legalidad guarda relación directa con el bien jurídico tutelado por la misma Constitución en el artículo 40, en relación a que la ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. Se trata, como se ha señalado, de un mandato al legislador para desarrollar, entre otras cuestiones, la responsabilidad de los servidores públicos. En ese sentido, conjugando esto con el principio de legalidad, cuando el funcionario o servidor público afecte este principio, afectará también el interés público, en tal caso tendrá que asumir las responsabilidades que les correspondan, en el marco de un procedimiento que tutele sus derechos e intereses (como es el que el legislador ha propuesto).

De otro lado, nos parece acertada la inclusión del “principio” de modernidad. Si bien no goza de una justificación histórica como el anterior principio, tiene sentido que con el crecimiento económico y el fenómeno del ensanchamiento de la burocracia, se necesite una Administración Pública moderna que mejore su gestión interna (de cara a sus propios funcionarios y servidores públicos), así como su gestión externa (de cara a los ciudadanos). Sería un “principio” generado por las circunstancias recientes, estudiadas párrafos atrás, que demandan la modernización del Estado.

Sin embargo, hablábamos de “principio” entre comillas, debido a que técnicamente se trataría de una regla de aplicación, más no de un principio jurídico. Recordemos que desde la concepción de la cual partimos, los principios terminan siendo mandatos de optimización, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos o no, dentro de las posibilidades reales y

jurídicas, estas últimas caracterizadas por los principios y reglas a los que se oponen (Alexy, 1986/1997: 86).

En este caso, no puede aceptarse la posibilidad de flexibilizar la aplicación del mandato de Estado moderno. Aceptar ello significaría aceptar supuestos en donde se permita la gestión del Estado desde una perspectiva de gestión antigua, que no se adapte a los nuevos cambios del contexto que se vive. En cambio, como decía Alexy, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no, siendo que si una regla es válida deberá ser cumplida ya que contiene una determinación fáctica (Alexy, 1986/1997: 87). Es en este supuesto en donde encaja el denominado “principio” de modernidad.

Sobre los citados “principios” de imparcialidad, transparencia, eficiencia, y probidad, por las mismas razones antes expuestas en relación al “principio” de modernidad, consideramos que no se tratan de principios jurídicos sino de reglas, toda vez que estamos frente a mandatos que no permiten margen a discrecionalidad. No cabe, por ejemplo, ser eficiente en mayor o menor medida o no ser transparente en alguna situación.

Extraña que no se haga referencia al principio de igualdad o, exactamente, al principio de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, principio que para entonces también ya tenía reconocimiento en la Constitución Política de 1993. Sin embargo, al margen de no estar expresamente consignado en dicha enumeración de principios en el Título Preliminar, de la revisión del artículo se deja entrever su vigencia en la regulación del instituto jurídico del concurso público.

Así, por ejemplo, en cuanto al principio de mérito y capacidad, la Ley Marco del Empleo Público establece que el acceso al Empleo Público se realiza mediante concurso público abierto en base a los méritos y capacidades de las personas, de acuerdo con los requerimientos de cada grupo ocupacional, que se inicia con la convocatoria que realiza la entidad y culmina con la resolución correspondiente y la suscripción del contrato. Esto dejaría claro que el principio

de acceso a la función pública en condiciones de igualdad se encuentra vigente<sup>32</sup>.

De acuerdo con nuestro Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, si bien el acceso a la función pública en condiciones de igualdad no se encuentra contemplado en el catálogo de derechos de la Constitución, este derecho conforma nuestro ordenamiento constitucional y, concretamente, el sistema de derechos constitucionales, porque está reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los que el Estado peruano es parte. En ese sentido, el Tribunal indica que:

*“(...) los contenidos del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, son los siguientes: i) acceder o ingresar a la función pública; fi) ejercerla plenamente; iii) ascender en la función pública; y iv) condiciones iguales de acceso (Expediente N.º 00025-2005-PUTC y otro, FJ 43). Asimismo, ha determinado que el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el principio de mérito, el cual vincula plenamente al Estado y a toda entidad pública en general.”*

No hay duda que hay una relación directa entre el principio de mérito y el de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. Desde nuestro punto de vista, se trata de dos caras de una misma moneda, pero se distinguen en tanto se trata de dos principios que buscan satisfacer intereses diferentes. El principio de mérito piensa en la Administración Pública y su eficiencia, busca que sea el personal idóneo el que se quede con la plaza pública y desempeñe

---

<sup>32</sup> La convocatoria del proceso de selección requiere la existencia de un puesto de trabajo presupuestado, la identificación de la vacante, la descripción de las competencias y méritos, el establecimiento de criterios de puntuación y puntaje mínimo así como la determinación de remuneración que se establece de acuerdo a un sistema de evaluación con equidad y justicia teniendo en cuenta los criterios de universalidad, base técnica y competencia laboral.

la función. Mientras que el acceso a la función pública persigue la satisfacción de todos los ciudadanos para participar en los asuntos públicos.

Además, se trata de principios debido a que son normas que se expresan como mandatos de optimización, y que permiten flexibilizar el criterio en los casos de la contratación de personal de confianza o en los casos en los que se preste un servicio personal y subordinado, pero no exista contrato de pormedio. En este último caso, al margen de que se tenga que resolver la colisión con el principio de primacía de la realidad, nos interesa resaltar que es una norma que permite un margen de acción al juzgador para resolver su aplicación en mayor o menor medida, dependiendo de los derechos en juego.

Por su parte, resulta importante la inclusión de los principios del Derecho del Trabajo puesto que, como señalamos, el Decreto Legislativo N° 728 ya estaba siendo aplicado en el terreno de la Administración Pública. En cuanto al principio de provisión presupuestaria, se trata del reconocimiento legal de un principio que tenía ya reconocimiento constitucional para entonces.

En cuanto al principio de preservación de la continuidad de políticas del Estado, la norma alude a que la especialización del Empleo Público preserva la continuidad de las políticas del Estado. Estamos de acuerdo debido a que en el marco de las políticas públicas, muchas veces existe discontinuidad por el cambio de gestión, el cambio de gobierno o, específicamente, el cambio de funcionarios públicos. Se trata de un mandato de optimización en tanto permite que los nuevos funcionarios decidan continuar las políticas públicas iniciadas por sus antecesores, sobre la base del interés público, lo que sea más eficiente para la sociedad. En ese sentido, puede aplicarse en mayor o menos medida, dependiendo de los valores, derechos o principios a los cuales se oponga.

Finalmente, sobre el “principio” de provisión presupuestaria, la Ley establece que todo acto relativo al Empleo Público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado. Al respecto, consideramos que se trata de un “principio” sin precedentes en la normativa nacional. Hasta el momento, podíamos hablar del equilibrio en la determinación

del presupuesto público, específicamente del principio de equilibrio presupuestal. Pero, en este caso hablamos de la provisión presupuestaria que se refiere a otro momento.

En el primer caso, nos encontramos en la etapa de determinación o asignación del presupuesto para cada pliego o para cada sector de la Administración Pública. En tal caso, se debe atender al mandato del artículo 77 de la Constitución Política del Perú de 1993 que dispone que *“El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización”*. Al respecto, el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Pleno que acumula los Expedientes N° 0025-2013-PI/TC; N° 0003-2014-PI/TC, N° 0008-2014-PI/TC y N° 0017-2014-PI/TC, indicó que:

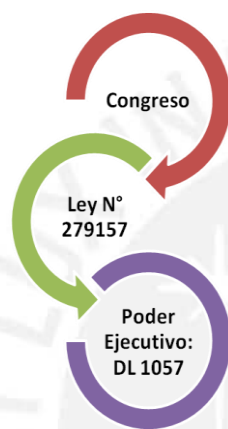
*“En vista que el elemento presupuestario cumple la función constitucional específica de consignar o incluir ingresos y gastos debidamente balanceados o equilibrados para la ejecución de un ejercicio presupuestal determinado, las limitaciones presupuestarias que se derivan de la Constitución deben ser cumplidas en todos los ámbitos estatales (...)”*.

En el segundo caso, en cuanto al “principio” de provisión presupuestaria, nos encontramos en un momento posterior, cuando el presupuesto ya ha sido atribuido a cada sector, a cada entidad pública. Este “principio” se enmarca en el momento en que la entidad requiere disponer del presupuesto que le ha sido asignado. En ese contexto, indica la Ley Marco del Empleo Público, todo acto debe estar debidamente autorizado y presupuestado.

Sin embargo, al igual que la modernidad, imparcialidad, transparencia, eficiencia y probidad, se trata, técnicamente, de reglas de aplicación. Se trata de una norma que solo pueden ser cumplida, contiene una determinación fáctica.

### 3.2.5.2. Decreto Legislativo N° 1057 que regula el Contrato Administrativo de Servicios

Años más tarde, en el marco de la ratificación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, durante el segundo gobierno de Alan García Pérez, se emitió la Ley N° 29157, en virtud de la cual se delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento.



Se debe tomar en cuenta la importancia de la norma que delega las facultades, no en el plano formal (que cumpla con ser emitida por el Congreso), sino en el plano sustancial (la materia delegada, materia exclusiva sobre la cual el Poder Ejecutivo puede legislar).

La delegación tenía un plazo de 180 días calendario y comprendió la facultad de legislar sobre las siguientes materias:

- Facilitación del comercio;
- Mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado;
- Mejora de la administración de justicia en materia comercial y contencioso administrativa; para lo cual se solicitará opinión al Poder Judicial;
- Promoción de la inversión privada;
- Impulso a la innovación tecnológica, la mejora de la calidad y el desarrollo de capacidades;

- Promoción del empleo y de las micro, pequeñas y medianas empresas;
- Fortalecimiento institucional de la gestión ambiental; y,
- Mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.

El artículo 2.2 de la Ley N° 29157 estableció que el contenido de los Decretos Legislativos se sujetarían estrictamente a los compromisos del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y de su Protocolo de Enmienda, y a las medidas necesarias para mejorar la competitividad económica para su aprovechamiento.

En ese contexto, se emite el Decreto Legislativo N° 1057 que regula el Contrato Administrativo de Servicios. La versión de la norma tiene como antecedente la propuesta del Informe Final de la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la administración pública central, constituida en el año 2001, en el tránsito hacia la democracia (después del gobierno dictatorial de Alberto Fujimori), por medio de Decreto Supremo N° 004-2001-TR.

Dicha Comisión evaluó la contingencia que para el Estado significaban los contratos por Servicios No Personales, modalidad que la Administración Pública estaba utilizando para vincular personal para el desempeño de servicios subordinados, pero bajo la formalidad de una locación de servicios. La Comisión en su Informe Final concluyó que se debía regular un Contrato Administrativo de Servicios, dando soporte jurídico a una práctica irregular. No obstante, la propuesta no se concretó sino hasta el año 2008, en el marco de la delegación de facultades antes comentada.

¿Qué pasó entre el 2001 y el 2008? ¿Por qué no se impulsó el proyecto? Nunca estuvo en agenda política la reforma del Empleo Público, y este es un ejemplo claro. Se aprovechó un contexto de delegación de facultades para desempolvar un proyecto de norma, con una marcada tendencia a la proscripción de derechos de los servidores y funcionarios públicos. Al extremo que la norma fue materia de una acción de inconstitucionalidad (Expediente N° 002-2010-AI/TC).

Más allá de lo cuestionable que pueda ser esta sentencia, por no declarar inconstitucional el régimen, importa destacar que nuestro Tribunal Constitución reconoció que se trata de un régimen laboral especial privativo del Estado y, asimismo, requirió incorporar algunos derechos individuales como el de gozar de 30 días de vacaciones y los derechos de sindicación y huelga. En buena cuenta, el Decreto Legislativo N° 1057 tenía serios cuestionamientos desde su emisión, por las razones antes expuestas.



Elaboración propia

Sin embargo, podríamos añadir una más. La norma vulnera el principio del Estado social y democrático, vigente con la Constitución Política del Perú de 1993, debido a que permite que el Poder Ejecutivo, órgano competente, regule los derechos y obligaciones de los servidores y funcionarios públicos. Esto es así debido a que, como señala nuestro propio Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00008-2005-PI/TC, ratificado por la Sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA/TC:

*“(...) el artículo 40° de la Constitución reconoce la carrera administrativa como un bien jurídico constitucional, precisando que por ley se regularán el ingreso, los derechos, deberes y las responsabilidades de los*



*servidores. Por tanto, en rigor, estamos frente a un bien jurídico garantizado por la Constitución cuyo desarrollo se delega al legislador.”*

Vulnera también el principio de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. Recordemos que este principio se caracteriza por la imposición de una doble rigidez, una en el acceso mediante el concurso público de méritos, y otra en el término de la relación mediante la imposición de un despido por causa justa. Esta última expresión del principio es la que se vulnera también con el Decreto Legislativo N° 1057, debido a que se establece como periodo máximo de vigencia, un año fiscal; asimismo, la norma prescribe la posibilidad de que la entidad extinga el vínculo de manera unilateral.

Además de vulnerar los principios antes señalados, lo hace también respecto de la regla de provisión presupuestaria que fuera acuñada por la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público. Recordemos que tal regla establece que todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado. El mandato no permite ningún margen a la discrecionalidad, se debe cumplir con él.

Sin embargo, la contratación regulada por el Decreto Legislativo N° 1057, a diferencia de las contrataciones para personal adscrito a los regímenes de los Decretos Legislativos N° 276 y N° 728, obtiene los ingresos para el pago de las remuneraciones directamente del Gasto Corriente<sup>33</sup> “Bienes y Servicios” y no, como debería ser, de “Personal y Obligaciones Sociales”. La precisión resulta relevante debido a que el recurso proveniente de este último Gasto Corriente sí cuenta con una verdadera autorización y presupuesto específico para la remuneración del personal. Sin embargo, el recurso proveniente del Gasto Corriente “Bienes y Servicios” no permite un nivel de especificación como en el caso anterior, se habilita el pago del personal adscrito al Decreto Legislativo N° 1057 como se habilita el pago al proveedor de lapiceros. Con lo cual, verdaderamente no existe una referencia a los topes y bandas salariales para este personal, como sí los hay para el personal de los otros regímenes.

---

<sup>33</sup> De acuerdo con el Clasificador de Ingresos y Gastos en la Administración Pública.

Hasta aquí, entonces, se trata de una norma que vulnera todos los principios especiales del Empleo Público. No obstante, si estuviésemos obligados a encontrar una justificación a la emisión del Decreto Legislativo N° 1057, tendríamos que hacerlo en función del Tratado de Libre Comercio celebrado con Estados Unidos, así como en base a la Ley N° 29157 que delegó facultades legislativas al Poder Ejecutivo.

En ese sentido, la parte considerativa del Decreto Legislativo N° 1057 señala que la regulación del Contrato Administrativo de Servicios se enmarca dentro de la facultad delegada por el Congreso, relacionada con fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado.

Desde el inicio del análisis existe ya un problema, toda vez que el Decreto Legislativo N° 1057 regula derechos y obligaciones de los trabajadores estatales, asunto que directamente no está relacionado con el fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado. Sin embargo, si se tuviese una lectura más amplia de dicha prescripción, podríamos aceptar que la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores del Estado puede tener incidencia indirecta en la facultad delegada, en tanto fortalecimiento institucional.

En ese escenario, lo lógico sería atender al Capítulo 9 del Tratado que versa sobre contratación en pública, para encontrar el nexo con el Decreto Legislativo N° 1057. Sin embargo, dentro del referido Capítulo se establece que lo regulado por el Tratado no se aplica a la contratación de empleados públicos. No obstante, en caso se persista en salvar la legalidad del Decreto Legislativo N° 1057, la justificación tendría que encontrarse en el Tratado mismo y el último recurso sería interpretarlo a la luz del capítulo 17 del Tratado, sobre derechos laborales. Pero, ni siquiera esta última opción salvaría al documento normativo de su ilegalidad, puesto que el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1057, en su versión original, establecía que el contrato administrativo de servicios no era un contrato laboral.

Toda vez que la emisión del Decreto Legislativo no respetó el procedimiento regular para la delegación de facultades<sup>34</sup>, no goza de la legitimidad del sistema democrático en el cual se adscribe nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, no guarda correspondencia con el principio social y democrático que desde la Constitución Política de 1979 ya servía de marco para todo el sistema, incluyendo el Empleo Público. Podríamos mencionar, adicionalmente, que tampoco cumple con los principios del Empleo Público que hemos ido analizando hasta este punto, el acceso a la función pública en condiciones de igualdad, así como el principio de igualdad.

### **3.2.5.3. Ley Nº 30057, Ley del Servicio Civil**

Se emitió en julio del año 2013 y, de acuerdo con el artículo I de su Título Preliminar, tiene por objeto establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios para el Estado, así como para aquellas personas que están encargadas de su gestión, del ejercicio de sus potestades y de la prestación de servicios.

La Ley del Servicio Civil, al igual que la Ley Marco del Empleo Público, goza de la legitimidad democrática al haber sido producto de la deliberación en el pleno del Congreso de la República. Con ello, satisface el principio del Estado social y democrático. De otro lado, marca una diferencia con todas sus antecesoras debido a que es la primera norma que plantea unificar los derechos y obligaciones de los funcionarios y servidores públicos. Ello ayuda a evidenciar que la Ley del Servicio Civil persigue el principio de igualdad.

Sin embargo, la propia norma contradice estos dos objetivos loables. Por un lado, la versión primigenia de la Primera Disposición Complementaria de la Ley del Servicio Civil excluía a cinco entidades públicas, así como a los

---

<sup>34</sup> El inciso 4 del artículo 101 de la Constitución Política del Perú establece que son atribuciones de la Comisión Permanente, entre otras ejercitar la delegación de facultades legislativas que el Congreso le otorgue. Del mismo modo, el artículo 104 de nuestra Carta Magna prescribe que el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

trabajadores de las empresas del Estado, los obreros de los gobiernos regionales y locales, así como a las carreras especiales.

Consideramos que respecto de la primera exclusión, así como la de los obreros, plantea una exclusión sin ningún fundamento jurídico ya que el trabajo que realizan tales servidores y funcionarios no difiere del que se realiza en cualquier otro sector, como sí sucede con las carreras especiales. En cuando a los trabajadores de las empresas del Estado, el artículo 40 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece que *“No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”*.

Supuestos excluidos (entidades y servidores civiles)							
Empresas del Estado	BCR	Congreso	SUNAT	SBS y AFP	Contraloría	Obreros de Gobiernos regionales y locales	Carreras especiales

Esta disposición ha sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Pleno que acumula los Expedientes N° 0025-2013-PI/TC; N° 0003-2014-PI/TC, N° 0008-2014-PI/TC y N° 0017-2014-PI/TC. Sólo persiste la excepción para las llamadas carreras especiales.

De otro lado, si bien se propone como objetivo imponer un régimen que unifique los derechos y obligaciones de todos los servidores y funcionarios públicos, la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria de la Ley establece que el tránsito al nuevo régimen es facultativo para los trabajadores. Eso quiere decir que quienes decidan no transitar, mantendrán todos sus derechos, los

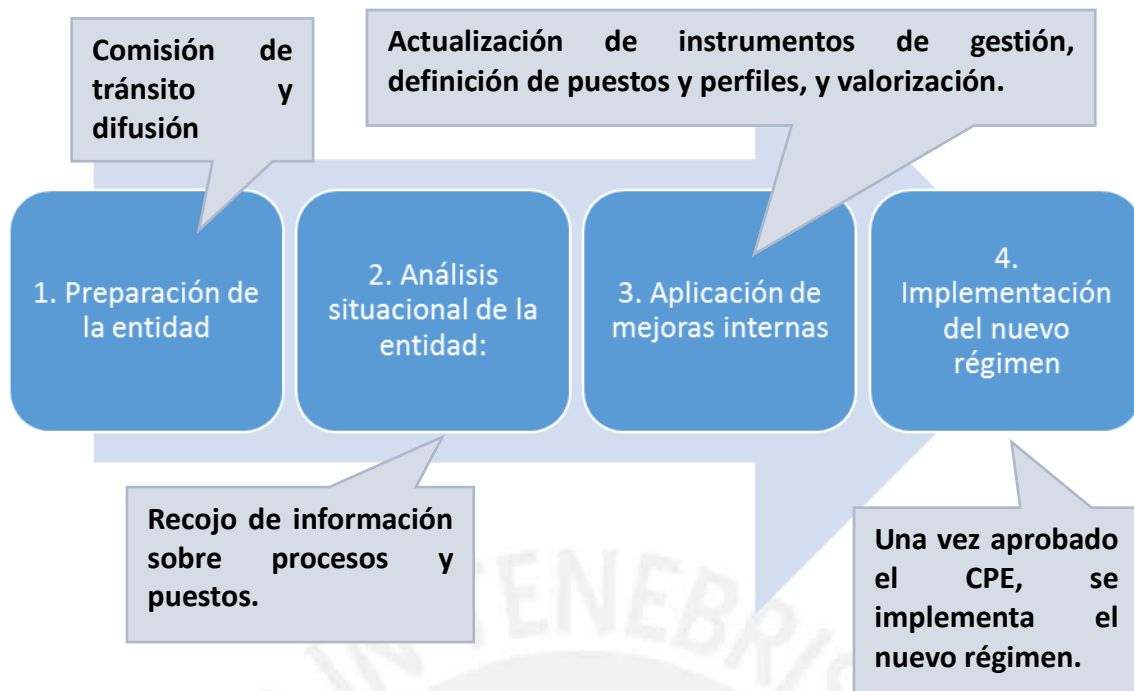
mismos que diferirán de los que se regulen en el marco del nuevo régimen del servicio civil.

Por su parte, el tránsito al nuevo régimen por parte de las entidades públicas, sí será obligatorio. Sin embargo, para que ello suceda las entidades deberán contar con una Resolución de inicio de tránsito, la misma que será emitida por la Autoridad Nacional del Servicio Civil-SERVIR. Para que tal Resolución se emita, SERVIR validará los siguientes requisitos:

**Primera Disposición complementaria Transitoria del Reglamento de General de la Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM:**

- a) La solicitud planteada por la Entidad.
- b) Si la Entidad se ha acogido y ha desarrollado lo dispuesto en la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 160-2013-SERVIR/PE.
- c) Número de servidores y regímenes existentes en la Entidad.
- d) Nivel de gobierno.
- e) Presupuesto institucional.
- f) El impacto fiscal del proceso de implementación.
- g) Otros criterios que sean incorporados por el Consejo Directivo de SERVIR.

Distinguimos entre el tránsito pensado en el trabajador, del tránsito pensando en la entidad, debido a que consideramos que expresan intereses distintos. Ya nos hemos pronunciado sobre lo primero, así es que en cuanto a los segundo diremos que tiene por objeto satisfacer la regla de modernidad acuñada por la Ley Marco del Empleo Público. En ese sentido, la Ley del Servicio Civil tiene un gran contenido de gestión, pensando en modernizar la Administración Pública y cumplir con el mandato mencionado. Ello es así al margen de que la referida regla no se encuentre expresa en la Ley del Servicio Civil, como sí lo estaba en la Ley Marco del Empleo Público. El cuadro siguiente resume los pasos para el tránsito:



En lo que toca a los derechos colectivos de los empleados públicos, la LSC reconoce el derecho de sindicación, huelga y negociación colectiva, todos ellos con ciertas particularidades. La más resaltante de ellas es la restricción establecida en el literal b) del artículo 44: *“La contrapropuesta o propuesta de la entidad relativa a compensaciones económicas son nulas de pleno derecho”*. Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional, recientemente, se ha pronunciado declarando su inconstitucionalidad, en la Sentencia que acumula los Expedientes N° 0025-2013-PI/TC; N° 0003-2014-PI/TC, N° 0008-2014-PUTC y N° 0017-2014-PI/TC, pero condicionando la eficacia de su sentencia a una modificación normativa por parte del mismo Congreso de la República.

Lo interesante de la sentencia es que evidencia la colisión del principio de negociación colectiva libre y voluntaria y el principio de equilibrio presupuestal. Este último, también regulado y vigente en el marco del nuevo régimen del servicio civil. Además, como lo hiciera la Ley Marco del Empleo Público, se incorpora también la regla de provisión presupuestaria.

Sobre el principio de acceso a la función pública en condiciones de igualdad y el principio de mérito, también se encuentran regulados por la Ley del Servicio Civil y manifiestos en la prescripción del acceso en base a la superación de un

concurso público de méritos, así como a la regulación de la extinción del vínculo por causal. No obstante, encontramos algunos puntos controvertidos.

En primer lugar, si bien la norma alude al acceso en base al concurso público de méritos, no es la única forma de incorporación al servicio civil que plantea, lo cual más que cuestionar el principio de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, lo reafirma pues es un claro ejemplo en donde el principio se expresa como mandato de optimización. Así, la norma regula la posibilidad de incorporarse en base a un concurso, en base al cumplimiento de leyes especiales (funcionarios públicos) y contratación directa:



En cuanto la posibilidad de optar por una contratación directa y a plazo a fijo, el artículo 84 de la Ley del Servicio Civil establece que:

*“Artículo 84. Contratación temporal*

*Excepcionalmente se puede contratar de manera directa a plazo fijo en los casos de suspensión previstos en el artículo 47 de la presente Ley, así como en los casos de incremento extraordinario y temporal de actividades. Estas situaciones deben estar debidamente justificadas. Los contratos no pueden tener un plazo mayor a nueve (9) meses. Pueden renovarse por una sola vez antes de su vencimiento, hasta por tres (3) meses. Cumplido el plazo, tales contratos concluyen de pleno derecho y*

*son nulo los actos en contrario. El personal contratado bajo esta modalidad no pertenece al Servicio Civil de Carrera.”*

En ese sentido, cuando medien los supuestos planteados por la norma citada, valorando los derechos en juegos, se podrá matizar o flexibilizar el principio de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. Con ello, evitar superar un concurso público, así como la extinción del vínculo por causal. Sin embargo, el problema que encontramos reside, por un lado, en lo genérico de son supuestos de incremento extraordinario y temporal de actividad. Consideramos que debería hacerse el esfuerzo por emitir un lineamiento que desarrolle algunos ejemplos.

Y, por otro lado, quizá lo más importante, observamos un problema con el plazo máximo. La norma establece un plazo máximo de un año (9 meses más 3 meses de renovación). Sin embargo, no proscribire la recontratación del personal. Así, podría abrirse la posibilidad de que una misma persona pueda ser recontratada bajo la misma modalidad, afectándose en ese caso particular el principio de acceso a la función pública en condiciones de igualdad.

Otro problema que encontramos está relacionado con el procedimiento mediante el cual se hace efectiva la garantía del despido por causal, manifestación de la rigidez de salida del principio de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. La Ley del Servicio Civil, como lo hiciera el Decreto Legislativo N° 276, desarrolla un procedimiento administrativo disciplinario para ello. A dicho procedimiento se le aplican los principios propios del Derecho Administrativo, debido a que el ejercicio del poder disciplinario de la entidad pública se ha “procedimentalizado”.

Al respecto, se debe tomar en cuenta que el artículo 40 de la Constitución Política del Perú de 1993, establece una reserva de Ley para el desarrollo de la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos. En ese sentido, delega al legislador tal tarea. Por tanto, la Ley del Servicio Civil goza de legitimidad para ello. El problema reside en la confusión que se genera al distinguir los roles de la Administración Pública.



Como hemos desarrollado hasta acá, los sucesos históricos han generado que los funcionarios y servidores públicos asuman el rol de “sujeto social”, reivindicando sus intereses propios distintos a los del Estado. La confusión de intereses que justificaba el sobredimensionamiento de la Administración Pública frente a sus servidores (la tesis de la sujeción especial) se encuentra superada. En este caso particular, la Administración Pública asume el rol de empleador y, en consecuencia, para el ejercicio de las facultades como tal, no puede recurrir a instrumentos que desnaturalizan tales competencias. Recurrir a la lógica del procedimiento administrativo para sancionar a un servidor o funcionario público escapa de la lógica laboral. Consideramos que este recurso no es otra cosa que un rezago de la teoría de la sujeción especial, lo que afecta directamente el principio de acceso a la función pública en condiciones de igualdad.

Con todo ello, la Ley del Servicio del Civil, al igual que las normas anteriormente señaladas, enumera los siguientes principios en su Título Preliminar:

<p>Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil</p>	<p>Título Preliminar</p> <p>Artículo III.- Principios de la Ley del Servicio Civil</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Interés general (...)</li> <li>b) Eficacia y eficiencia (...)</li> <li>c) Igualdad de oportunidades (...)</li> <li>d) Mérito (...)</li> <li>e) Provisión presupuestaria (...)</li> <li>f) Legalidad y especialidad normativa (...)</li> <li>g) Transparencia (...)</li> <li>h) Rendición de cuentas de la gestión (...)</li> <li>i) Probidad y ética pública (...)</li> <li>j) Flexibilidad (...)</li> <li>k) Protección contra el término arbitrario del Servicio Civil (...)</li> </ul>
---	--

Al respecto, adicionalmente a lo que ya se ha señalado, estimamos que el interés general es la pauta que guía el ejercicio de los funcionarios y servidores

públicos en el nuevo régimen del servicio civil. No existe margen a que un funcionario o servidor público decida, en alguna circunstancia, alejarse del interés general y justificar la primacía excepcional del interés particular. Por tanto, si bien se lo consigna como “principio”, así como la eficacia y eficiencia, la transparencia, rendición de cuentas, probidad, protección contra el término arbitrario, no se trata de verdaderos principios dado que no son mandatos de optimización. Nuevamente, recordemos que los principios, bajo la definición adoptada, se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos o no, dentro de las posibilidades reales y jurídicas (Alexy, 1986/1997: 86).

### 3.3. Los principios vigentes del Empleo Público peruano

El recuento histórico, bajo los criterios definidos en el Capítulo II, nos ha permitido rastrear los valores que cada sociedad esgrimía para regular su interacción. De todos ellos, hemos rescatado aquellos que podían traducirse a una lógica deóntica. A su vez, de estos últimos nos quedamos con los que ofrezcan un mandato de optimización, según permitan un grado de flexibilidad en su aplicación, en mayor o menor medida de acuerdo a los intereses en juego.

Tales valores fueron pasando de sociedad en sociedad hasta llegar a nuestra. Con las peculiaridades que hemos relatado en este Capítulo, hemos podido abstraer los principios del Empleo Público peruano. Si bien estos ya han sido desarrollados en los párrafos previos, a continuación se realiza una lista en donde se incluyen todos y definen todos:

- **Principio del Estado social y democrático:**

La vigencia de este principio, en el marco de la Constitución Política del Perú de 1993, irradia sus efectos en distintos planos. Por un lado, en el reconocimiento del servidor y funcionario público como un “sujeto social”, con intereses particulares distintos a los de la Administración Pública, razón por la cual deben gozar de todos los derechos individuales y colectivos que gozan quienes trabajan en el sector privado. En ese sentido, la vigencia de este principio muestra la superación de la tesis de la sujeción especial y el

sobredimensionamiento de la Administración Pública frente a sus servidores.

Otra manifestación del principio la encontramos en el respeto de las funciones y competencias del Poder Legislativo. El artículo 40 de la Constitución Política del Perú establece que la ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos.

Se trata, por tanto, de un mandato al Congreso de la República, a aquel que tiene la competencia legislativa. Es, como el propio Tribunal Constitucional lo ha establecido en la Sentencia del recaída en el Expediente N° 05057-2013-13A/TC, una reserva de Ley.

- **Principio de acceso a la función pública en condiciones de igualdad:**

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, indica que si bien no se encuentra contemplado en el catálogo de derechos de la Constitución Política del Perú de 1993, este derecho conforma nuestro ordenamiento constitucional y, concretamente, el sistema de derechos constitucionales, porque está reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los que el Estado peruano es parte.

Este principio tiene dos manifestaciones o expresiones rígidas. Por un lado, el sistema de acceso mediante la superación de un concurso público de méritos. Por otro, la extinción del vínculo por causal. En este último caso, consideramos que la regulación de una “procedimiento administrativo” para canalizar el poder disciplinario de la Administración Pública en su faceta de empleadora, desvirtúa el principio. Se trata de un rezago de la teoría de la sujeción especial.

- **El principio de mérito:**

Este principio sujeta el acceso al Empleo Público mediante un concurso público sobre la base a los méritos y capacidades de las personas, de

acuerdo con los requerimientos de cada grupo ocupacional, que se inicia con la convocatoria que realiza la entidad y culmina con la resolución correspondiente y la suscripción del contrato.

Se trata de la otra cara de la moneda que comparte con el principio de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. En el caso del mérito, el principio busca satisfacer la necesidad de que la función pública sea ejercida por el personal idóneo. Por tanto, piensa en la eficiencia de la Administración Pública.

- **Principio de equilibrio presupuestal:**

El artículo 77 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece que *“La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso (...)”*. Por su parte, el artículo 78 de la Constitución referida prescribe que: *“(...) El proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado (...)”*. Al respecto, en la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del año 2016, se indicó que:

*“En vista que el elemento presupuestario cumple la función constitucional específica de consignar o incluir ingresos y gastos debidamente balanceados o equilibrados para la ejecución de un ejercicio presupuestal determinado, las limitaciones presupuestarias que se derivan de la Constitución deben ser cumplidas (...)”*

Actualmente, entonces, la regulación ha hecho explícito lo que en las Constituciones Políticas de 1920 y 1933 era tácito, la vigencia del principio de equilibrio presupuestal. Principio que, por su condición de tal, permite al legislador aplicarlo en mayor o menor medida, dependiendo de los intereses en juego.

Asimismo, este principio guarda relación con la regla de provisión presupuestaria que establece que todo acto relativo al Empleo Público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado

y presupuestado. Es importante esta referencia porque ayuda a graficar el principio. Se trata de dos momentos distintos.

En cuanto al principio de provisión presupuestaria, nos encontramos en la etapa de determinación o asignación del presupuesto para cada pliego o para cada sector de la Administración Pública (por medio de la Ley de Presupuesto que se emite todos los años). En cuanto a la regla de provisión presupuestaria, se ubica en un momento posterior, cuando el presupuesto ya ha sido atribuido a cada sector, a cada entidad pública.

- **Principio de perseveración de la continuidad de las políticas del Estado:**

El principio establece que la especialización del Empleo Público preserva la continuidad de las políticas del Estado. Este principio se justifica como garantía de continuidad de las políticas que busquen satisfacer el interés público y que suelen estancarse debido al cambio de gestión, el cambio de gobierno o, específicamente, el cambio de funcionarios públicos. Se trata de un mandato de optimización en tanto permite que los nuevos funcionarios decidan continuar las políticas públicas iniciadas por sus antecesores, sobre la base del interés público, lo que sea más eficiente para la sociedad. En ese sentido, puede aplicarse en mayor o menos medida, dependiendo de los valores, derechos o principios a los cuales se oponga.

- **Principios del Principio de legalidad**

Este principio guarda relación directa con el bien jurídico tutelado por la misma Constitución en el artículo 40, en relación a que la ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. Se trata, como se ha señalado, de un mandato al legislador para desarrollar, entre otras cuestiones, la responsabilidad de los servidores públicos. En ese sentido, conjugando esto con el principio de legalidad, cuando el

funcionario o servidor público afecte este principio, afectará también el interés público, en tal caso tendrá que asumir las responsabilidades que les correspondan, en el marco de un procedimiento que tutele sus derechos e intereses (como es el que el legislador ha propuesto).

- **Principios del Derecho del Trabajo**

Hemos explicado que el tránsito de los servidores públicos al nuevo régimen del servicio civil es facultativo. Con lo cual, persistirá la convivencia de regímenes de derechos y obligaciones en la Administración Pública. Además, como también se ha señalado, la vigencia del principio del Estado social y democrático incide en el reconocimiento del servidor público como un “sujeto social”.

Consecuentemente, se debe aceptar que tiene intereses particulares distintos a los de la Administración Pública, razón por la cual deben gozar de todos los derechos individuales y colectivos que gozan quienes trabajan en el sector privado, así como la vigencia de los principios del Derecho del Trabajo, para estos casos en donde sea aplicable.

Además, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-AI/TC, ya ha concluido en la vigencia de los principios del Derecho del Trabajo en el sector público (vale aclarar que siempre será bajo el análisis del caso por caso):

*“17. Del mismo modo y dada su vinculación con la materia evaluada, es necesario desarrollar **el marco constitucional del régimen del trabajo, toda vez que sus normas, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, se aplican tanto al régimen público como al privado de trabajo** y nos servirán conjuntamente con el marco constitucional de la función pública, para el análisis de la constitucionalidad de los artículos impugnados”. El resaltado es nuestro.*

Debido a ello, resulta importante la inclusión de los principios del Derecho del Trabajo, como lo proponía la Ley Marco del Empleo Público.



## CONCLUSIONES

1. Algunos autores presumen que el contrato de trabajo irradia los mismos efectos en cualquier ámbito en el que se celebre. Para ellos, lo único determinante es la existencia de una relación jurídica en la que exista i) prestación personal de servicios, ii) remuneración y iii) subordinación
2. En función de esa concepción, es irrelevante atender a la calidad jurídica del empleador, sea este una persona jurídica de derecho público o una de derecho privado, para efecto de establecer la naturaleza jurídica del vínculo y el respeto de todas las instituciones y principios del Derecho del Trabajo.
3. En la presente tesis, adoptamos la teoría de Alfredo Rocco, en virtud de la cual para que un cuerpo de doctrina se considere como ciencia autónoma, necesita de tres componentes (Rocco, 1931: 66-67):
  - El primero, que tenga amplitud suficiente que justifique un estudio particular de la materia;



- El segundo, que posea doctrinas homogéneas, sustentadas por conceptos generales comunes que difieren de los de otras áreas del Derecho (alude a principios especiales);
  - El tercero, que cuente con un método propio para conocer el objeto de investigación. Este requisito, siguiendo a Plá Rodríguez, lo omitimos por ser muy complejo.
4. El Empleo Público satisface el primer requisito y, en cuanto al segundo, se tiene registro de una vasta doctrina, pero que no ha abordado el análisis de los principios especiales del Empleo Público.
  5. Nos proponemos ubicar los principios del Empleo Público para, con ello, demostrar que se trata de una disciplina autónoma, independiente del Derecho del Trabajo.
  6. Para lograr tal objetivo, en primer lugar tomamos partido por la definición de “principios jurídicos” de Robert Alexy. El autor indica que regla y principio, son parte de un mismo género llamado norma, toda vez que ambos *“dicen lo que debe ser”*, es decir, en ambos casos se pueden abstraer fórmulas deónticas básicas, del tipo mandato, permisión y prohibición (Alexy, 1986/1997: 83).
  7. Asimismo, Alexy indica que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, son mandatos de optimización, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos o no (Alexy, 1986/1997: 86). Por su parte, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no, siendo que si una regla es válida deberá ser cumplida ya que contiene una determinación fáctica, aquí la diferencia cualitativa entre regla y principio (Alexy, 1986/1997: 87).
  8. Definido el concepto de principio que se manejará en la tesis, corresponde determinar el método por medio del cual se ubicarán los principios especiales del Empleo Público. Preliminarmente, se descarta aceptar los principios regulados en cada una de las normas de aplicación en el sector público. Se propone utilizar el método de la historia social del Derecho.

9. La historia social del Derecho permite encontrar o determinar cuáles son los valores y productos normativos en una sociedad, gracias a su perspectiva omnicomprendensiva que integra la lectura del contexto desde lo social, político y económico. De esta manera, por medio de este recurso, lograremos develar una serie de valores sociales, de los cuales podremos tomar aquellos que puedan traducirse a una lógica deóntica y encajen en lo que Alexy ha definido como mandato de optimización.
10. Ahora bien, es claro que elegir un periodo histórico determinado como punto de partida en nuestro recuento para rastrear los principios del Empleo Público, supone, necesariamente, descartar otros momentos de la historia. ¿Sobre la base de qué criterios trazar el inicio de nuestra tarea académica?
11. Primer criterio: recurrir al concepto de civilización de “Occidente”, revisando su origen, así como su extensión a tierras americanas, con el propósito de ir determinando los procesos históricos a estudiar. En segundo lugar, también incorporaremos la conceptualización de la idea de una “familia jurídica romano germánica”, categoría que junto con la anterior, converge y se aplica a nuestra realidad.
12. Para el primer caso, tomamos de referencia el trabajo del politólogo estadounidense Samuel P. Huntington, así como el aporte o precisiones de James Kurth, profesor fuertemente influenciado por el primero. Además, recurriremos a Marcello Carmagnani para dimensionar el concepto en la realidad latinoamericana.
13. En relación al segundo concepto, a la idea de una familia jurídica romano germánica, tomaremos al aporte del profesor francés de Derecho, René David, quien en “Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos” nos permite rastrear los antecedentes de nuestra realidad jurídica, cuestión que influirá sobremanera en nuestra determinación de los periodos históricos a analizar para ubicar los principios del Empleo Público.
14. Sobre la base de estos logros definiremos nuestro punto de partida en la cultura de la Grecia clásica, transitando por Roma (que absorbió parte de la cultura griega), por la consolidación del cristianismo, por la afirmación

de la Corona española, el proceso de colonización de América por el reino español, hasta la influencia de las ideas liberales hacia el siglo XIX y siglo XX.

15. El recuento de las etapas históricas estudiadas y los valores rescatados, a continuación:

- La función pública en la Antigua Grecia (Periodo Clásico y Periodo helenístico – 1100 a.C. a 146 a.C.): un servicio público remunerado y basado principalmente en el honor
- La monarquía como sistema de gobierno paralelo a Atenas: la irrelevancia de las libertades sociales y políticas, sustento del sobredimensionamiento de la Administración Pública frente a sus servidores
- La esclavitud en la Roma republicana y formas de trabajo por cuenta ajena: estatutos diferenciados para el trabajo productivo y para el servicio público
- La influencia de Atenas en la construcción de las ideas políticas de la Roma republicana (siglo III al II a.C.): servicio público basado en el interés general y no intereses particulares
- Organización política y discriminación entre patricios y plebeyos en la Roma republicana (siglo III al I a.C.): progresivo acceso a la función pública en condiciones de igualdad y equilibrio en el reparto de las riquezas
- Inicio del Imperio romano, anexión de provincias, extensión de la ciudadanía romana y delegación del poder del pueblo hacia el Príncipe: ejercicio de poder público de los gobernadores (por traslado de representación) y legitimidad del Príncipe para legislar
- Caída del Imperio romano y reconocimiento del cristianismo (siglo III-siglo V): de la tetrarquía, la concentración del poder y el ensanchamiento de la burocracia

- El feudalismo: traslado de función pública
- El absolutismo monárquico: traslado de la función pública y sustento axiológico del sobredimensionamiento de la Administración Pública
- El liberalismo: dicotomía entre el Derecho Público y el Derecho privado
- El principio del Estado social y democrático: reorganización de la burocracia
- Recepción del Derecho de Castilla en las colonias americanas y el desarrollo posterior de un Derecho propiamente indiano
- La República del Perú

16. El análisis de los periodos de tiempo antes señalados nos permitió rastrear los principios del Empleo Público y, por tanto, concluir que se trata de una disciplina autónoma, independiente del Derecho del Trabajo. Los principios especiales del Empleo Público son los siguientes:

- Principio del Estado social y democrático
- Principio de acceso a la función pública en condiciones de igualdad
- El principio de mérito
- Principio de equilibrio presupuestal
- Principio de perseveración de la continuidad de las políticas del Estado
- Principios del Principio de legalidad
- Principios del Derecho del Trabajo

## EPÍLOGO: LOS RETOS DEL EMPLEO PÚBLICO, COLISIÓN CON PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

En el Perú, hubo un intento de regulación normativa que reconoció la colisión entre los principios del Empleo Público y los del Derecho del Trabajo. Asimismo, planteó –aunque muy genérica- una posible solución. Dicho intento se dio en el año 2004 mediante la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público. El numeral 8 del artículo IV de su Título Preliminar estableció que, entre otros principios que regían en el Empleo Público, se encontraban los siguientes:

*“8. Principios de Derecho Laboral.- Rigen en las relaciones individuales y colectivas del empleo público, los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución e interpretación más favorable al trabajador en caso de duda. **En la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio.**”* El resaltado es nuestro.

Fue la primera vez que el legislador reconocía este punto de colisión. Consecuentemente, también fue la primera vez que se ofrecía una salida. Por

su parte, el Tribunal Constitucional peruano, en el año 2005, al resolver una acción de inconstitucionalidad, justamente, contra la Ley Marco del Empleo Público, mediante la Sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-AI/TC, en el Fundamento Jurídico N° 17, interpretó que:

*17. Del mismo modo y dada su vinculación con la materia evaluada, es necesario desarrollar **el marco constitucional del régimen del trabajo, toda vez que sus normas, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, se aplican tanto al régimen público como al privado de trabajo** y nos servirán conjuntamente con el marco constitucional de la función pública, para el análisis de la constitucionalidad de los artículos impugnados. El resaltado es nuestro.*

Dado que el marco constitucional del régimen del trabajo se aplica también al Empleo Público, debemos concluir que sus principios y valores también. Con mayor razón si es que tomamos en cuenta que, a decir de Blancas Bustamante, la *constitucionalización de los derechos laborales del trabajador* fue el eje de una de las transformaciones más importantes del constitucionalismo liberal. Hablamos, siguiendo a Blancas, de la inclusión de los nuevos derechos “sociales”, en donde se enmarcan los derechos laborales, los mismos que junto con los civiles y políticos, son ahora de obligatorio cumplimiento para lograr la ansiada igualdad material y la justicia social (Blancas, 2007).

No obstante ello, no deja de ser cierto que la misma norma reconocía que existían particularidades y excepciones. Pero, no se identifican cuáles podrían ser algunos ejemplos de tales colisiones. Y, peor aún, no se brindan herramientas para, en caso nos encontremos ante algún supuesto de tal naturaleza, poder resolverlo correctamente. En el camino hasta hoy, el Tribunal ha cumplido tal tarea de manera parcial.

En la Sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional evidencia el conflicto entre el principio de primacía de la realidad, un principio propio del Derecho del Trabajo, y el principio de acceso a

la función pública en condiciones de igualdad, un principio propio del Empleo Público. Por su parte, en la reciente Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional que acumula los Expedientes N° 0025-2013-PI/TC; N° 0003-2014-PI/TC, N° 0008-2014-PI/TC y N° 0017-2014-PI/TC, pone sobre la mesa el conflicto entre el principio de negociación colectiva libre y voluntaria, propio del Derecho del Trabajo, y el principio de equilibrio presupuestal, propio del Empleo Público.

Sin embargo, en ambas Sentencias, el Tribunal Constitucional no cumple con exteriorizar su razonamiento para motivar su Resolución y determinar que uno de los principios prima sobre el otro. Además, también es cierto que no son los únicos conflictos que podemos encontrar entre los principios y valores del Empleo Público y los del Derecho del Trabajo. Existen otros tan trascendentes como aquellos.

En ese sentido, en primer lugar debe tenerse en cuenta que en el caso de la colisión de principios, como indica Robert Alexy, la solución no supone declarar inválido un principio para la vigencia de otro, sino declarar que un principio cede al otro, en función de su mayor peso: *“Bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. (...) en los casos concretos los principios tienen diferente peso (...) prima el principio con mayor peso.”* (Alexy, 1986/1997: 89).

En segundo lugar, no se debe olvidar el verdadero mérito de los principios. Según precisa Alexy, una primera propiedad es su carácter *prima facie*, nos presentan razones para resolver un caso determinado, pero no quiere decir que necesariamente sean los mandatos definitivos (Alexy, 1986/1997: 98-99).

En tercer lugar, entonces, ¿cómo definimos el principio que cede al otro? ¿Cómo determinamos que principio ofrece mejores razones? ¿Cuáles son los criterios para establecer el peso de un principio? Alexy termina señalando que tales preguntas pueden resolverse gracias a la máxima de la proporcionalidad, la misma que se expresa en sus tres máximas parciales: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Alexy, 1986/1997: 111-112).

De acuerdo con ello, consideramos que podemos remitirnos a la máxima de proporcionalidad elaborada o adaptada por nuestro Tribunal Constitucional. Así, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 045-2004-PI/TC, el Tribunal define cada una de las tres máximas parciales:

- **Examen de idoneidad.** El Tribunal indica que consiste en *“la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador”*. En consecuencia, el análisis debe conducirnos a *“una relación medio-fin”*. De tal forma que se logre determinar *“si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional”*. Siempre que se concluya que la medida diferenciada es idónea, porque satisface el fin propuesto, será constitucional.

**Examen de necesidad.** El Tribunal indica que se deben estudiar medios alternativos al propuesto el legislador *“que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad”*. Se trata, por tanto, de una comparación entre el medio propuesto por el legislador y el o los *“hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos”*.

**Proporcionalidad en sentido estricto.** El Tribunal señala que este examen consiste en una comparación *“entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención”* del principio. De tal forma que: *“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”*.

Sin embargo, en el orden de temas, sobre la colisión entre principios del Empleo Público y los del Derecho del Trabajo, corresponde ir un paso antes. Esto es, ubicar las colisiones mismas, ya que es una tarea que hasta ahora no se ha realizado. Solo se conocen algunos casos en función de las últimas Sentencias del Tribunal Constitucional.



En ese sentido, y solo con el objeto de determinar la colisión entre tales principios, planteamos dos maneras para identificar desencuentros entre reglas, institutos jurídicos o principios de una y otra disciplina. Supuestos que evidenciamos en nuestro quehacer diario y no sabemos cómo resolverlos pues no hemos ubicado los intereses en juego. Para poder aplicar el test de proporcionalidad, por ejemplo, primero tener que determinar que estamos frente a la colisión de dos derechos. Por tanto, planteamos las siguientes dos formas:

- **La primera se basa en la regulación normativa que propone un desencuentro, abiertamente, entre los valores, institutos jurídicos o principios del Empleo Público y del Derecho del Trabajo:**

- o Entre la libertad de trabajo en el sector privado y la restricción de doble percepción económica en el empleo público:

Por un lado, sobre la libertad de trabajo, el inciso 15 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene derecho a trabajar libremente, con sujeción a ley. Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que:

*“(...) la libertad de trabajo (...) consiste en la libre determinación de cada persona para dedicarse a una o más actividades que pudiera desarrollar, para su realización personal (...)”.*

De otro lado, el artículo 40 de la Constitución política del Perú de 1993 que prescribe que *“Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente”.*

¿Se trata de un límite válido a la libertad de trabajo?

- o Entre el principio de negociación colectiva libre y voluntaria en el sector privado y el principio de equilibrio presupuestal en el empleo

público (en general, podríamos mencionar todo el modelo de negociación colectiva del sector público).

El artículo 28 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece que el Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, fomentando la negociación colectiva y promoviendo formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

De otro lado, el artículo 77 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece que *“La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso (...)”*. Por su parte, el artículo 78 de la Constitución referida prescribe que: *“(...) El proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado (...)”*. Al respecto, en la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del año 2016, se indicó que:

*“En vista que el elemento presupuestario cumple la función constitucional específica de consignar o incluir ingresos y gastos debidamente balanceados o equilibrados para la ejecución de un ejercicio presupuestal determinado, las limitaciones presupuestarias que se derivan de la Constitución deben ser cumplidas (...)”*

- **La segunda referencia es la regulación normativa que sin regular el desencuentro de manera expresa, nos permite inferir que para el ejercicio de un valor, instituto jurídico o principio determinado se necesitaría excluir o matizar la vigencia de otro u otros:**
  - o Entre el principio de primacía de la realidad del Derecho del Trabajo y los principios de mérito y acceso a la función pública en condiciones de igualdad.

Por un lado el Tribunal Constitucional ha establecido, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 1944-2002-AA/TC, que *“en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los*

*documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”.*

Por su parte, el principio de acceso a la función pública en condiciones de igualdad busca asegurar la posibilidad de que todo ciudadano concurre en igualdad de condiciones a una plaza pública; así como garantizar que la extinción del vínculo sea por causal.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, estableció que si bien el acceso a la función pública en condiciones de igualdad no se encuentra contemplado en el catálogo de derechos de la Constitución, este derecho conforma nuestro ordenamiento constitucional y, concretamente, el sistema de derechos constitucionales, porque está reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los que el Estado peruano es parte.

¿Qué sucede en los casos en que se desnaturaliza una locación de servicios en la Administración Pública?

- Entre el poder disciplinario del empleador privado y la responsabilidad administrativa en el sector público.

De un lado, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 01846-2005-PA/TC, que el poder sancionador es inherentes al empleador, como también lo es el poder de dirección. El límite a este ejercicio está determinado por los derechos subjetivos del trabajador. De tal forma que si le despiden, puede hacer uso de la tutela jurisdiccional efectiva, demandando ante el juez laboral, bajo la vía ordinario laboral.

Sin embargo, en el caso del Estado-empleador, desde la configuración del ejercicio de su potestad sancionadora o disciplinaria, hay una marcada diferencia. No se distinguen los roles

de la Administración Pública y se “procedimentaliza” dicha facultad. Ello genera que las normas del Derecho Administrativo regulen dicho actuar. Dando resultado, por ejemplo, que un trabajador adscrito al régimen del Decreto Legislativo N° 276 o N° 1057, deba ejercer su derecho a la tutela jurisdiccional vía el proceso contencioso administrativo.

¿Acaso no se vulnera el principio de igualdad al imponer un trato diferenciado para el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de los servidores públicos?

La presente reflexión busca evidenciar o exponer los desencuentros entre los valores, institutos jurídicos o principios de una y otra disciplina. Eventualmente podremos resolver el desencuentro sin necesidad de realizar el test de ponderación, debido a que no se trata de una verdadera colisión de principios.

En consecuencia, a pesar de no estar relacionado con el tema medular de esta investigación, a modo de ejemplo nos pronunciaremos acerca del desencuentro entre la libertad de trabajo en el sector privado y la restricción de doble percepción económica en el empleo público.

Al respecto, inicialmente conviene preguntarnos cuál es la trascendencia de aquello que la Administración Pública antepone a la libertad de trabajo. El artículo 40 de la Constitución política del Perú de 1993 que prescribe que *“Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente”*.

La restricción, entonces, está claramente delimitada: no puede una persona desempeñar dos relaciones laborales remuneradas en el marco de la Administración Pública. Nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 03480-2007-PA/TC, refirió que el citado artículo tenía de antecedentes los artículos 58 y 18 de las Constituciones de 1979 y de 1933, respectivamente, así como debía su origen al artículo 12 de la Constitución de 1920. Siendo que lo que se prohíbe es la acumulación de empleos y cargos públicos remunerados, restricción que:

*“(…) tiene sustento doctrinal en la necesidad de maximizar el acceso a los cargos públicos, derivado del derecho de todo ciudadano de participar en los asuntos públicos (artículo 2, inciso 17 de la Constitución); y en el deber de dedicación exclusiva al cargo exigencia que justifica en la necesidad de que las labores asignadas se cumplan adecuadamente”.* Fundamento Jurídico N° 5.

Maximizar el acceso a los cargos públicos y el deber de dedicación exclusiva al cargo, serían los valores que la Administración Pública antepone, prefiere, a la libertad de trabajo. Sin mayor análisis, el Tribunal Constitucional resuelve la ponderación en favor de los primeros. Sin embargo, hay dos cuestionamientos que planteamos, cada una de ellas dirigida a cada uno de los principios establecidos por el Tribunal.

En primero lugar, en relación al acceso a los cargos públicos que el Tribunal Constitucional subsume en el derecho de todo ciudadano de participar en los asuntos públicos (artículo 2, inciso 17 de la Constitución), hay que decir que el acceso a la función pública se sustenta en los principios de igualdad y de mérito. Así, si quien postula, indistintamente que tenga ya un contrato de trabajo en la Administración Pública, es la persona que se ajusta en mayor medida al perfil de puesto convocado, y lo hace en el marco de un concurso público, el proceso de selección no podría viciarse y, por el contrario, el ciudadano tendría el legítimo derecho de hacerse de la plaza pública.

Que todos los ciudadanos tengan derecho a participar en los asuntos públicos no quiere decir, necesariamente, que lo hagan mediante el ejercicio de una función pública. Ya que si quisieran hacerlo, necesariamente tendrían que someterse a las reglas del concurso público que se sustentan en el principio de acceso por mérito. La participación puede ser de manera directa, en caso se ejerza una función pública, o de manera indirecta cuando se participa del proceso democrático para elegir a los funcionarios.

Por su parte, en relación al deber de dedicación exclusiva al cargo, exigencia que el Tribunal Constitucional subsume en la necesidad de que las labores

asignadas se cumplan adecuadamente, consideramos que las entidades públicas, como empleadoras, pueden sujetar a sus trabajadores a distintos tipos de horarios de trabajo, en función de sus necesidades. Eventualmente, podríamos tener horarios de trabajo rotativos que permitan el desempeño de otra actividad laboral remunerada, cumpliendo con las actividades adecuadamente en cada caso.

Finalmente, la Constitución Política del Perú de 1993, así como el mismo Tribunal Constitucional, se refieren a la restricción de doble empleo que genere doble remuneración por parte de la Administración Pública. Es decir, formalmente hablando, la limitación alude a la constitución de dos relaciones jurídico laborales con el Estado que den origen a la percepción de dos remuneraciones. En ese sentido, ¿por qué la normativa ha extendido la restricción a toda a actividad, subordinada o no, que genere una retribución económica para el servidor o funcionario público? No existe, al respecto, mayor fundamento.

Como vemos, entonces, no existe un principio o instituto jurídico válido que se oponga a la libertad de trabajo. Luego, la restricción es arbitraria.

## BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. (1986/1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales .

Alonso, M. (1971/1981). *Derecho del Trabajo*. Madrid, séptima edición: Universidad Complutense.

Alvites, Elena. (2006). *Igualdad y derechos sociales. Reflexiones en el marco del Estado Social y Democrático*. En: *El derecho fundamental a la igualdad*. Lima: Palestra.

Aristóteles. (sf/1999). *Política*. Madrid: Gredos.

Balbin, E. (2005). *Unilateralismo y negociación colectiva en la administración pública*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Barbagelata, Héctor & Plá, Américo. (1977). *Cursillo sobre el derecho del trabajo y los funcionarios públicos*. Montevideo: Biblioteca de Derecho Laboral.

Barceló, P. (2003). *Breve historia de Grecia y Roma*. Madrid: Alianza Editorial.

Basadre, J. (1937). *La historia del Derecho peruano*. Lima: Antena S.A.

Bielsa, R. (1964). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley.

Blancas, C. (2007). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Bobbio, N. (1989). *Liberalismo y Democracia*. México DF: Fondo de Cultura Económica.

Bravo, G. (2001). *Historia de la Roma antigua*. Madrid: Alianza Editorial.

Cantero, J. (2001). *El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*. Madrid: Marial Pons.

Carmagnani, M. (2004). *El otro Occidente. América Latina desde la invasión europea hasta la globalización*. México: Fondo de Cultura Económica.

Cicerón. (44/ trad. 2005). *Los deberes (Francisco Samarach, trad.)*. San Juan: Universidad de Puerto Rico.



David, R. (1968). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Madrid: Aguilar.

De Trazegnies, F. (1992). *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

De Velasco, R. (1930). *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración*. Barcelona: Bosch, segunda edición.

Del Rey, S. (1989: 35-36). *Evolución general y problemática de las relaciones colectivas en la función pública*. En: *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.

Dworkin, R. (2012). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

Entrena, R. (1976). *Curso de Derecho administrativo*. Madrid: Tecnos.

Ferraris, C. (1923). *Tratatto Italiano di Diritto Administrativo, vol II*. Padua: Litotipo.

Fourquin, G. (sf/1977). *Señorío y feudalismo en la edad media*. Madrid: EDAF.

García, A. (2002). *El pensamiento burocrático*. España: Comares.

Grzetich, A. (1985). Aplicación del principio de primacía de la realidad a los trabajadores del Estado. *Derecho Laboral*, 277-278.

Hauriou, M. (1927). *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Madrid: Reus.

Herrera, R. (1991). *El principio in dubio pro operario en el Derecho peruano del Trabajo: una propuesta metodológica de aplicación. Tesis para optar por el grado de Bachiller*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho.

Huntington, S. (2005). *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. España: Paidós.

Jèze, G. (1928). *Los principios generales del Derecho Administrativo*. Madrid: Reus.

Klarén, P. (2004/2014). *Nación y sociedad en la historia del Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

Kunkel, W. (2003). *Historia del Derecho Romano*. Barcelona: Ariel Derecho.

Kurth, J. (2004). Western Civilization, Our Tradition. *THE INTERCOLLEGIATE REVIEW*, 5 - 13.

Lacoviello, M. (4 de Febrero de 2017). SERVIR - Gerencia Pública. Obtenido de <http://files.servir.gob.pe/WWW/files/Gerentes-Publicos/Peru-Diagnostico-SC-2010.pdf>

Lasagabaster, I. (1994). *Las relaciones de sujeción especial*. Madrid: Civitas.

Lozano, C. (1944). Tesis para optar por el grado de Bachiller en Derecho. *Naturaleza jurídica de la función pública*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Univeridad Católica del Perú.

Mayer, O. (1982). *Derecho Administrativo Alemán, Tomo IV, Parte especial: Las obligaciones especiales*. Buenos aires, Segunda edición: De Palma.

Miranda, G. (2004). Instituciones y perspectivas del Derecho Laboral Público. *Derecho y Sociedad*, 63.

Momigliano, A. (1966). *La storia del Diritto nel quadro delle scienze storiche. Atti del primo Congresso Internazionale della società italiana di Storia del Diritto*. Florencia.

Montoya, A. (1996). El ámbito personal del derecho de trabajo. *Revista de Política Social*, 91.

Morell, L. (1994). El sistema de la confianza política en la Administración Pública. Madrid: Civitas.

Mossé, C. (1987). *Historia de una democracia: Atenas*. Madrid: AKAL.

Neves, J. (2003). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Neves, J. (2014). Límites al contenido de la negociación colectiva impuestos por el Estado a sus trabajadores. *Themis*, 107-116.

ORLANDI, H. R. (1971). *Democracia y poder. Polis griega y Constitución de Atenas*. Buenos Aires: Pannedille.

Ortega, L. (1983). *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*. Madrid: Tecnos.

Ots, J. M. (1967/1969). *Historia del Derecho español en América y del Derecho Indiano*. Madrid: Aguilar.

Ozaki, Muneto & otros. (1991). *Relacione de trabajo en la administración pública. Países en desarrollo*. Ginebra: OIT.

Palomeque, Manuel & Álvares, Manuel. (1993/1996). *Derecho del Trabajo*. Madrid, cuarta edición: Ramón Areces.

Pérez, A. (2001). *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 7ª edición.

Plá, A. (1978). *Los principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Depalma.

Pseudo-Jenofonte. (sf./1984). *La República de los atenienses*. Madrid: Gredos.

Racciatti, O. (1994). Los efectos jurídicos de los convenios colectivos en la administración pública. *Instituto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Siete estudios sobre derecho colectivo de trabajo*, 55.

Racciatti, O. (2002). El derecho del trabajo en el sector público. *Derecho Laboral*, 735.

Ramos, C. (2013). *Derecho, tiempo e historia*. Legisprudencia.pe.

Rocco, A. (1931). *Principios del derecho mercantil*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

Roppo, V. (2015). El Derecho Privado en el sistema jurídico. *Ius et veritas*, 88-101.

Royo, A. (1915). *Elementos del Derecho administrativo*. Valladolid: La Castellana, cuarta edición.

Rubio, M. (2009). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Ruiz, A. (1990). *Manual de Derecho administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica.

Sanguinetti, W. (2013). *Derecho del Trabajo, tendencias contemporáneas*. Lima: Grijley.

Satrústegui, M. (2009). La Carta Magna: mito y realidad del constitucionalismo pactista medieval. *Historia Constitucional*, 10.

Thorne, Samuel, Dunham Jr. William, Kurland Philip & Thorne, Ivor. (1965). *The Great Charter. Four Essays on Magna Carta and the History of Our Liberty*. New York: Pantheon Books.

Touchard, J. (1969). *Historia de las ideas políticas*. Madrid: Tecnos.

