



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

MÉRITO Y CAPACIDAD: EN DEFENSA DE LA CARRERA Y FUNCIÓN PÚBLICA

Cristian Silva-Romero

Piura, marzo de 2017

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Silva, C. (2017). *Mérito y capacidad: en defensa de la carrera y función pública* (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

CRISTIAN MANUEL SILVA ROMERO

**MÉRITO Y CAPACIDAD: EN DEFENSA DE LA CARRERA Y
FUNCIÓN PÚBLICA**



UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar el Título de Abogado

2017

APROBACIÓN

La tesis titulada “*Mérito y capacidad: en defensa de la carrera y función pública*”, presentada por el bachiller Cristian Manuel Silva Romero en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de Tesis Dr. Orlando Vignolo Cueva

Director de Tesis

AGRADECIMIENTO

Al Padre Celestial, en mi continua búsqueda por amarlo en la forma en que él lo hace conmigo,

Y a mi familia, por ser sustento real de los sueños que ahora sólo están en mi cabeza, especialmente, a mi abuela, Esperanza, personificación de la ternura y valentía, conceptos que sólo un alma grande, como el de ella, puede conciliar.

ÍNDICE

Introducción	1
Capítulo I: Función pública en el tiempo	3
1. El servicio diferenciado	3
2. Función Pública en la Edad Media	5
3. Función Pública y Estado de Derecho	8
4. Función Pública y Estado Social de Derecho	11
5. La Función Pública Peruana	13
6. Toma de Posición.....	18
Capítulo II: Delimitando la función pública	21
1. Función Pública.....	21
2. Naturaleza Pública del Servicio al Estado	25
2.1. Actividades soberanas	27
2.2. Prerrogativas y cargas públicas	35
2.2.1. Prerrogativas	35
2.2.2. Cargas Públicas.....	37
2.3. El vínculo entre el sujeto y la entidad: La relación de especial sujeción	39
2.3.1. Las libertades y los derechos subjetivos individuales y públicos.....	39
2.3.1.A. Derechos Públicos subjetivos	42
2.3.1.B. Relaciones de sujeción particular.....	43
2.3.2. Críticas a la teoría	45
2.3.3. Desmitificando la Relación Especial de Sujeción	48
2.4. La potestad auto-organizativa de la Administración Pública	56

3.	Delimitación frente al Derecho Privado	64
3.1.	El derecho a la Buena Administración Pública.....	65
3.2.	¿Conflicto de Derechos Fundamentales?	70
3.3.	La instrumentalización del Derecho Privado	78
4.	Función Pública y Sistema de Mérito.....	81
Capítulo III: Mérito y capacidad.....		85
1.	Configuración constitucional.....	85
1.1.	Aseguramiento de la dimensión objetiva de un Derecho Fundamental.....	86
1.2.	Carrera Administrativa.....	91
2.	Mérito y capacidad	94
3.	Relación con el Principio de Igualdad	99
4.	Configuración legal: El servicio civil.....	103
4.1.	Aspectos dogmáticos.....	105
4.2.	Aspectos orgánicos.....	114
Conclusiones		119
Bibliografía		123

INTRODUCCIÓN

El 04 de julio de 2013 se publicó la Ley número 30057, Ley del Servicio Civil, mecanismo legal que trae como principal novedad el reforzar la figura del mérito como único criterio para el ingreso, ascenso, ratificación y cese de los sujetos al servicio del Estado. A partir de ello, se trajo nuevamente sobre la palestra el debate acerca de la pertinencia de este nuevo marco normativo para los funcionarios públicos en el sentido de vulnerar derechos subjetivos, en forma general, y ciertos derechos laborales individuales o colectivos, como por ejemplo el derecho a negociación y posterior convenio colectivo, en sentido específico; solo por mencionar algunas objeciones. Dichas suspicacias dieron como fruto formal el que ciertos sectores autorizados de la sociedad presentasen demandas de inconstitucionalidad contra la ley durante los años 2013 y 2014¹. Luego, el 16 de abril del 2015, los magistrados del Tribunal Constitucional emitieron sentencia en el caso de Rosalía Huatuco Huatuco² donde dejaron por sentado el criterio para evaluar la idoneidad del ingreso o reincorporación de una persona en plaza pública. A partir de dicha sentencia, la doctrina laboral y constitucional no ha dejado de manifestarse respecto a la ambigüedad del pronunciamiento, y por ende, la inseguridad jurídica creada respecto a la situación legal de los llamados trabajadores públicos. Más allá del análisis de fondo y contenido específico de estos documentos jurídicos, podemos extraer dos

¹ Con fecha 12 de diciembre de 2013 y 19 de agosto de 2014 por cinco mil ciudadanos debidamente representados, el 17 de enero de 2014 presentado por el Colegio de Abogados de Tacna representado por su decano y el 28 de febrero del 2014 por el Colegio de Abogados de Junín.

² Hablamos de la STC 05057-2013-AA, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/05057-2013-AA.pdf>

conclusiones que emanan del análisis más superficial de la situación: Por un lado, los órganos constitucionales legitimados a crear Derecho en el país están intentando re-direccionar el camino de la función pública peruana; y por otro lado, la sociedad, tanto los letrados en la materia como el ciudadano en general, encuentran inútil y sin fundamento una reforma en este sentido.

El presente trabajo busca dar armonía a esta discordia, que opinamos es un conflicto aparente de derechos entre el Derecho al trabajo y el Derecho a la buena Administración Pública, el cual ha sido hinchado a magnitudes superlativas por la doctrina laboral y constitucional. El presente escrito no encuentra otro motivo de existencia más que recordar al operador jurídico y al ciudadano nacional el génesis y fundamento de acoger un sistema basado en el mérito y capacidad. No perdamos de vista que el régimen normativo funcional prevé el acceso, permanencia, ratificación y cese del servidor público en base a su capacidad comprobada mediante instrumentos objetivos. Luego, incorpora a sus obligaciones profesionales una serie de conceptos éticos que pocos entienden. Buscamos, a partir de ello, un motivo a esta configuración de la labor al servicio del estado.

A continuación, es posible que de responder a las preguntas “¿Por qué es que la Constitución Peruana prevé un apartado especial, y distinto al del derecho social al Trabajo, en el capítulo IV a la Función Pública? y ¿Por qué es que la Ley 30057 hace mención al mérito, y a otros principios, como piezas fundantes de la Función Pública?³”, encontremos algunas luces a la cuestión ya planteada. No es posible que, si la labor del servidor civil es uno más de los trabajos remunerados y subordinados, obtenga estas especificidades normativas. Debemos encontrar la raíz fundante de esta distinción y resolver la duda.

Pertinente a ello es buscar motivos en la historia, en los dogmas del Derecho Público y en la ley misma. Objeto que el presente trabajo se plantea y busca realizar en una medida, al menos, aceptable.

³ Ley 300057, Artículo III, literal “d”. Disponible en: <http://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Ley%2030057.pdf>. Por un lado, La ley del Servicio Civil proclama como principios de este régimen al mérito, eficacia y eficiencia, interés general entre otros. Por otro lado, el Derecho social al Trabajo erige como principios del régimen la primacía de la realidad, *in dubio pro operario*, carácter irrenunciable de los derechos, etc.

CAPÍTULO I.

GÉNESIS HISTORICA DE LOS SISTEMAS DE FUNCIÓN PÚBLICA

1. El servicio diferenciado

La función pública entendida en sentido material, como acción o prestación a favor de una estructura de gobierno social mayor cuya representación recae en un órgano soberano, ha existido desde que el ser humano se organizó con el fin de hacer posible la convivencia en sociedad. Desde que existen las jerarquías y estratos sociales, aparecen sujetos que encarnan el poder mismo. Sin necesidad de hurgar en alguna teoría que predique del estado natural del hombre, queda claro que éste, por no caer en el caos de la auto-organización, deposita la administración de los bienes a su disposición a un tercero con capacidad dirimente, reguladora y distribuidora. El tercero del cual hablamos es posible asimilarlo a una gran institución abstracta dotada de la autoridad suficiente para erigirse sobre los pares, de la misma forma puede ser también concretizada reconociendo que es un órgano compuesto por personas. Dichos sujetos, de mantener el status con el que se desenvuelven ordinariamente serían incapaces de impartir el orden que se les ha encomendado, por ello cuentan con autoridad y potestad. Luego, debemos tener en cuenta que este tercero puede ser fruto del consenso o la imposición, es entonces una institución artificial creada por el humano para satisfacer una necesidad básica, por lo tanto, la necesidad del hombre es innata, sin embargo, las reglas que rigen la existencia y actuación de este tercero no son las reglas del mundo o estado natural, que sí rigen la libertad con que se desenvuelven los individuos del *ius*

privatum; son, por el contrario, reglas que se remiten a circunstancias y causas específicas en la historia, creadas en vez de declaradas.

Dicha premisa se cumple, a nivel general, a todo paso que el Estado dé y se plantee como legítimo. Claro queda, entonces, que en su organización interna y a los sujetos que en favor de él prestan servicio también le son aplicables estas reglas circunstanciales. Para hacer gráfica la idea es pertinente citar ciertas figuras al servicio del Soberano a través de la historia. Comencemos con la sociedad egipcia, específicamente a la figura del visir como funcionario dependiente del Faraón; éste ha sido descrito de la siguiente forma:

“(...) El visir se encargaba a menudo de todo lo que significaba ser cabeza política, en tanto que el faraón conservaba las funciones religiosas y ceremoniales, aunque sin renunciar al poder esencial por el que podía echar sobre el visir las consecuencias del fracaso. En este sentido, la situación del visir no era diferente a la del moderno primer ministro antes de que la monarquía se llegara a constitucionalizar, que era el responsable de la conducción práctica de los asuntos, pero estaba sujeto a una sanción mucho mayor en caso de fracasar para mantener su aceptabilidad entre las autoridades. Así, a pesar de los riesgos del poder, las tumbas existentes de una serie de primeros ministros afortunados prestan testimonio de la gran habilidad de muchos de los visires de Egipto y de la capacidad de los faraones para elegir al hombre indicado para esta posición notablemente onerosa”⁴.

Entonces, haciendo una labor de subsunción del ejemplo citado en la premisa planteada en el párrafo primero, tenemos que la etapa histórica se sitúa entre los 3400 a 525 a.C en la forma de organización del Antiguo Egipto. El proto funcionario público tomado como ejemplo es el visir y las reglas artificiosas que se usaban en este determinado periodo era el de dotarlo solamente de la conducción de los asuntos políticos; sin embargo, en caso de fracaso asumía una responsabilidad que sobrepasaba ese marco competencial. Queda claro que esta posición de carga cualificada no nace de las reglas impuestas por la justicia natural, sino que es pura creación del Faraón para el régimen de sus dependientes directos.

⁴ GLADDEN, E.N., (1972) *“Una historia de la Administración Pública: Desde los primeros tiempos hasta el siglo XI”*, (Fernanda Meraz, traducción), México: Fondo de Cultura Económica, (Obra original publicada en 1972), p. 76.

Avanzando en el tiempo, la Roma antes de Cristo, se constituyó en forma de una República y dotó a su estructura social de diversos participantes donde parte de la función pública recaía en los Magistrados, los cuales contaban con labores ejecutivas y judiciales⁵. El actuar del servidor público se entiende en Roma como la labor más noble existente en la sociedad. Entonces, la contraprestación que este servidor debía recibir por sus servicios era, en manera simbólica, el honor y la buena fama. En el caso del magistrado, esta circunstancia adquiere tal importancia que su labor no era remunerada y da paso al concepto de servicios *ad honorem*. Posteriormente, en el periodo de la monarquía romana, aparece en su plenitud el senado como el conjunto de los ciudadanos con mayor conocimiento y experiencia a los cuales se acudía en mérito consultivo. Estos, en razón a la importancia de la función desempeñada, ostentaban el cargo de forma vitalicia. Una vez más, la labor de subsunción es posible de ser realizada aquí con el mismo resultado que en la primera oportunidad.

Queda claro que en los períodos históricos en los que nos estamos desenvolviendo no es posible constatar una función pública desempeñada bajo los criterios objetivos y garantistas que hoy posee esta parcela jurídica; sin embargo, ya podemos apreciar una labor que posee un valor agregado que trasciende los intereses particulares y que, por dicho motivo, se inviste de rasgos particulares que a criterio de los diseñadores de la organización política era la idónea para su cabal desempeño. Dichos rasgos no harán más que consolidarse con el paso del tiempo. Veamos.

2. La función pública en la edad media

A diferencia de la Edad Antigua, en el medioevo no solo encontramos los rasgos fácticos de un servicio especial, sino que ya es posible distinguir los intentos de sistematizar y brindar criterios de relativa continuidad en la configuración de la función pública.

RINCÓN CÓRDOVA indica que el origen de la sujeción *sui generis* que subyace en la relación funcionarial es correcto ubicarla en los llamados *Contratos de servicio fiel* usados durante el Feudalismo. Esta

⁵ La historia distingue entre los Magistrados romanos a los Cónsules como cabezas del Estado, los cuestores con funciones administrativas financieras, censores, pretores con labores judiciales y los Ediles encargados de supervisar los asuntos de la ciudad. GLADDEN, E.N.,(1972) “Una historia...”, *Ob. Cit*, pp. 121 y ss.

figura plantea un vínculo de fidelidad del individuo que se integra en la casa del señor feudal a cambio de protección. Bajo ésta lógica, el último sujeto mencionado tenía la capacidad de definir el contenido de la relación jurídica y la potestad de corrección en caso de presentarse algún incumplimiento⁶. Luego, un símil de sujeción se presenta entre maestros y aprendices durante el siglo XII y XV en la aparición de los oficios y gremios a raíz del auge del comercio. Efectivamente, la incorporación de un sujeto dentro de un oficio lo sometía automáticamente a actuar acorde a las reglas del arte que ya habían sido pre-determinadas por los usos comerciales; a efectos prácticos, se prevé la figura de la incorporación por adhesión.

Posteriormente, la consolidación del poder regio sobre la arcaica estructura feudal nos brinda nuevos factores de análisis. En efecto, durante la segunda mitad del siglo XV aparecen los Estados Modernos, permitiendo obtener claridad sobre los límites territoriales, la extensión del poder político y, principalmente, sobre el concepto de soberanía. A partir de este último concepto, se distinguen labores que de forma clara pertenecen a la potestad del rey⁷ y que serán asignados en exclusividad a la burocracia de la época. Estos allegados al poder público comprenden a la nobleza y el clero como principales gestores y, como contrapeso, a un naciente grupo de oficiales que verá incrementar su nivel de profesionalismo con el paso del tiempo.

Por otro lado, la estructura de los reinos se descentraliza, y junto a ello también la necesidad de contar con la presencia del rey en cada espacio del Estado; es entonces cuando se revitaliza la presencia de funcionarios ediles encargados de un territorio en específico, así como de

⁶ Rincón Córdova, J. I., “La Naturaleza Administrativa de la potestad disciplinaria: Rompiendo el mito de la tan anhelada autonomía creada desde el Derecho Penal Colombiano”, en libro de *Derecho Disciplinario, memorias del Congreso Internacional de Derecho Disciplinario, Arequipa 2016*, Asociación civil Ius et veritas PUCP, Lima, 2016, p. 24.

⁷ Describe Sánchez Morón: “A medida que el Príncipe afirma su autoridad sobre los señores feudales, crea una organización a su servicio, diferenciada de los oficios domésticos de la corte, para proveer a las funciones inherentes a su potestad: ejército, diplomacia, justicia y hacienda.” Sánchez Morón, M., “*Derecho de la Función Pública*”, Editorial Tecnos, Madrid, 2014. p.24.

especialistas en determinadas materias⁸. Todo ello desemboca en un mayor interés por parte del legislador de la época respecto a regular la situación jurídica de estos sujetos.

Hemos de recalcar que el aparato burocrático que se consolidaría tiempo después nace de la influencia tanto de la Iglesia como de la organización castrense durante el medioevo y el nacimiento de los nacionalismos, respectivamente. En cuanto a la primera, la figura de los *oficia* impersonales fue la técnica utilizada por la Iglesia Católica abstraída del Derecho Romano consistente en crear centros abstractos de competencia totalmente independientes de las personas de sus titulares, extendidas por todo el territorio. Esta forma de organización dará el marco adecuado al nacimiento de los cuerpos funcionariales. En cuanto a la segunda, la estructura jerárquica y la noción del deber fueron tomadas de la Administración Castrense que se vislumbraba en Prusia. Ello solo puede significar el abandono de la patrimonialización de los cargos públicos, empezando por los cargos relacionados a la defensa nacional, ya no es propicio acudir a la contratación de mercenarios o empresarios privados que ofrezcan este servicio pues la política internacional de la época demandaba sujetos con una inspiración mayor al de la contraprestación dineraria. Lo mismo ocurriría con los funcionarios que se ocuparían de las labores técnicas de la Administración pues al inicio del Medioevo se recurrió a los “Doctores Alquilados”, sujetos que prestaban un servicio profesional a la Administración para luego desvincularse fácilmente; claramente ello no satisfacía las necesidades de reserva estratégica de los Reinos por lo que se optó en integrarlos de forma permanente en la Administración Pública. Finalmente, y partiendo de lo ejemplificado por la milicia y la transformación de los Doctores alquilados, las teorías contractualistas de corte civil ya no se dan abasto para explicar la relación del funcionario con su superior, la extensión del territorio y de los oficios alrededor de toda su vastedad, la permanencia del sujeto, el naciente régimen de incompatibilidades y las gracias

⁸ La situación es planteada por el maestro Sánchez Morón de la siguiente forma: “La centralización avanza a espaldas de intendentes y comisarios, investidos de nuevos poderes. Los oficios públicos se diversifican. Juristas y clérigos pierden el monopolio de los cargos superiores, flanqueados ahora por técnicos y expertos en el fomento de la agricultura y la ganadería, el cuidado y la repoblación de los montes, la construcción de puentes y caminos.” *Ibídem*, p. 25.

concedidas ya no podrán ser definidas por un contrato de mandato o un derecho de gracia regio⁹.

A nuestra apreciación, este momento histórico deja a la formación del régimen funcional la figura del cuerpo normativo diferenciado y una estructura estatal idónea para profesionalizar el servicio. Si los albores de la historia nos dibujan una labor peculiar, el medioevo nos brinda un régimen especializado para tratar esta situación particular y el ambiente propicio para llevarla a otro nivel. Durante la época feudal, éste régimen tuvo caracteres esencialmente contractuales, sin embargo, podemos evidenciar su inminente evolución hacia la constitución de un verdadero estatuto general positivado por la norma imperante.

3. Función pública y estado de derecho

Hemos ya advertido los componentes fácticos y normativos que dan esencia al servicio a favor del estado. Es coherente a nuestro fin, entonces, dar ahora la cobertura de legalidad y ajuste al Derecho que actualmente posee esta institución. Durante el siglo XVIII se pone fin al régimen absoluto, la revolución francesa abre paso de una concepción del poder como herramienta para uno, a concebirla como herramienta para todos. Nace el Estado de Derecho como una forma de direccionar el poder, dándole causa y fin en el bien común. El Derecho se convierte en garante del cumplimiento de la naturaleza de servicio que tiene toda potestad pública. En este marco histórico se configura el Derecho Administrativo como el regulador del poder en favor de la libertad ciudadana.

Como sabemos, la esencia de la revolución se encuentra en trasladar la soberanía del Rey al Pueblo. En esta línea, parece lógico que la forma de elección del funcionario deje de ser voluntad regia para buscar un sentido que satisfaga mejor la organización que el pueblo busca estatuir. La respuesta a esta necesidad se encuentra petrificada en el documento base brindado por la Asamblea Nacional Revolucionaria: *“La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o a través*

⁹ Rincón Córdoba, J.I., *“Derecho Administrativo Laboral: Empleo Público, Sistema de carrera administrativa y Derecho a la estabilidad laboral”*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 47 y ss.

de sus representantes. Debe ser la misma para todos, tanto para proteger como para sancionar. Además, puesto que todos los ciudadanos somos iguales ante la ley, todos ellos pueden presentarse y ser elegidos para cualquier dignidad, cargo o empleo público, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y aptitudes.”¹⁰

Capacidades, virtudes y aptitudes. Estamos ante la presencia de nuevos criterios a ser ubicados, principalmente, en el acceso al cargo público y que se adhieren al Estatuto, el cual se mantiene pero deberá ser investido por forma legal. A efectos actuales, se introducen principios básicos en el ingreso y progresión dentro de los cuerpos del funcionariado: mérito, capacidad e igualdad; unidos de raíz congénita¹¹.

Ahora, el Estado de Derecho fue un fenómeno con efecto expansivo de singular recepción entre sus destinatarios. Explicamos esto, el *rule of law* se convierte en el Estado de Derecho de recepción Anglosajona y se entiende como el sometimiento del Estado y del ciudadano al mismo Derecho y al mismo Juez. No existe naturaleza diferenciada entre los sujetos que conviven en la sociedad, y todos se someten a reglas de justicia natural tales como *nemo iudex in causa sua*, *auditur et altera pars*, entre otras. Por otro lado, el Régimen Administrativo es la forma de concebir el Estado de Derecho en la tradición Europea Continental. Se plantea como el imperio de la ley sobre la sociedad, siendo ésta distinta para regular las situaciones del Estado y las del ciudadano. Se sitúa a estos sujetos en posiciones distintas, exponiendo al Poder Público a situaciones de privilegio y

¹⁰ Artículo 6, *Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789*. Disponible en http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

¹¹ Como información adicional necesaria planteamos el modelo de Función Pública bandera, en el sentido de nacer en el país de origen de la Revolución del Derecho: “... El funcionario no se considera como un simple empleado, sino como un defensor del interés general, impregnado de una mística de servicio. En consecuencia, el funcionario debe reunir la capacidad y el mérito necesarios para desempeñar eficazmente sus responsabilidades, debe ejercer sus funciones con carácter vitalicio, debe tener un estatuto especial que garantice su autoridad, su independencia y el prestigio del Estado al que encarna. Éste exige del funcionario lealtad, dedicación y disciplina, como si formara parte de un ‘orden civil’ instituido a imagen del clero y la milicia, según el expreso deseo del Emperador. Le ofrece a cambio una profesión honrosa, una retribución adecuada, la formación cualificada que precise, unas expectativas de carrera por antigüedad y por mérito y la garantía de la inamovilidad.” Sánchez Morón, M., “Derecho...”, *Ob. Cit.*, p. 26.

cargas reforzadas. Se someten a jurisdicción diferenciada y se rompen exigencias de justicia natural, por ejemplo, la administración puede constituirse en juez y parte en causa propia¹². Es en esencia, la postura organizativa que tomó la Francia post-revolucionaria, fuente del Estado de Derecho.

Para dar sustento doctrinario al *régime administratif* surgieron teorías que alimentaron la posición vertical propia de la organización. Dentro, y a partir de ellas, el funcionario se entiende como el sujeto que transporta a la realidad los poderes abstractos del Estado, por lo tanto, es el receptor real de las cargas reforzadas que implica el sometimiento estatal a la legalidad. En este marco conceptual aparece la teoría estatutaria planteada por Hauriou¹³ que indica que no es posible que medie la voluntad del dependiente en la definición de las condiciones de la relación jurídica, pues éstas son definidas previamente de forma objetiva por el ordenamiento jurídico¹⁴. Este proceso de adaptación por inercia se observa de forma más clara en la teoría de las Relaciones Especiales de Sujeción propuesta por Mayer¹⁵ quien ubica al encargado público dentro de la relación más onerosa que un sujeto puede sostener con la Administración Pública; en este sentido, la organización mediante sus normas particulares puede regular su actuación de acuerdo a sus necesidades. Por ahora ello se puede plantear respecto a tan importantes

¹² A efectos de profundizar en la diferencia entre *Rule of law* y *Régimen Administrativo de Derecho* y su influencia en la institución de la función pública peruana se recomienda ver Conferencia impartida en el Colegio de Ingenieros de Piura en el año 2005 del profesor Carlos Hakansson Nieto denominada “El papel de la Función Pública en un Estado Democrático” disponible en: <http://carloshakansson.wordpress.com/2009/10/05/el-papel-de-la-funcion-publica-en-un-estado-democratico/>

¹³ Hauriou, M., “*Précis de Droit Administratif et de Droit Public*”, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1919, p. 679.

¹⁴ “Conforme a este modelo, el personal al servicio de la Administración Pública se encuentra sometido a un régimen jurídico público, de naturaleza legal y reglamentaria y de carácter objetivo e impersonal. El empleado no participa, pues, en la determinación de ese régimen jurídico, ni de forma colectiva, ni de forma individual, pues la relación jurídica se constituye no mediante un contrato entre el trabajador y la Administración, sino a través de un acto administrativo, también unilateral, que lo incorpora a la Administración y que supone la aplicación a ese trabajador de todo el régimen jurídico previamente establecido”. Fuentaja Pastor, J. A., “*Pasado, Presente y Futuro de la Función Pública*”, Editorial Thomson Reuters, 2013, España, pp. 34-35.

¹⁵ Mayer, O., (obra original publicada en 1904) “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1949, pp. 3 y ss.

aportes doctrinarios; luego tendrán un análisis especial en un apartado de este documento¹⁶.

Por otro lado, la recepción del Estado de Derecho en Latinoamérica tiende mucho más hacia el régimen administrativo de Derecho Europeo Continental, siendo muchas las organizaciones político-territoriales que acogen la estructura de jerarquías y verticalidad que implica el régimen europeo continental. En particular, el Perú, reconoce a su Administración Pública un Derecho propio, tribunales propios y potestades-cargas fortificadas respecto al régimen del administrado.

4. Función pública y estado social de derecho

Ya en el nacimiento de los Estados Modernos identificábamos una necesidad organizacional de extender el poder a todos los rincones del territorio y de usarlo para gestionar materias determinadas por sí mismo. La figura del rey debía estar presente en todo ámbito que importe a los intereses de la sociedad. No bajo la misma justificación formal, más sí bajo la misma necesidad fáctica, nace el Estado Social de Derecho como aquel que lejos de desarrollar funciones mínimas de supervisión se encarga de dar cobertura a la mayor parte de las necesidades vitales de sus ciudadanos. *“Edificar un Estado Social supone la transición de un Estado Vigilante y guardián, a uno interventor y regulador, que se propone buscar la justicia, una mejor justicia social distributiva, donde el hombre pueda crecer y desarrollar en un entorno de libertad, pero con responsabilidad social, para lo cual se requiere una Administración que regule, rectifique, oriente y planifique el desarrollo industrial de una nación, armonizar la economía con la ética social.”*¹⁷ Dotar al Estado de mayores competencias, convirtiéndolo en una Personalidad Jurídica Activa, significa ampliar la gama de servidores públicos, brindarles más competencias y otorgar mayores cargas. En conclusión, importa un aumento del personal al servicio del Estado y una exigencia mayor a quienes encarnan el poder¹⁸.

¹⁶ Vide, Capítulo II, 2.3, La relación entre la entidad y el sujeto: las relaciones de sujeción especial, p. 39.

¹⁷ Rodríguez Lozano, R. & Salinas Garza, J., “Régimen Disciplinario y Responsabilidad Patrimonial del Estado su vinculación e interdependencia”, en *Anuario de la Función Pública, Revista 1*, ECB ediciones, Lima, 2016, p. 25.

¹⁸ La revolución Francesa puso sobre el tapete el *qué* de la administración pública, esto es, su naturaleza misma. El fin de la Segunda Mundial, por su lado, trajo a la palestra

Luego de comprendida la necesidad de una Administración estructuralmente compleja se han sucedido, en la América post guerras, una serie de sistemas con el único fin de encontrar la mejor forma de administrar la cosa pública. La, entonces, naciente cultura norteamericana empezaba a experimentar con formas distintas de brindar un mejor servicio público y de estructurar orgánicamente de mejor manera su personal. Teniendo claro que en este rincón del mundo no existe la tendencia separatista Administración Pública/ciudadano es que se entiende la intromisión de figuras de corte civil, comercial y políticas de gestionar los bienes materiales y humanos del Estado. Nos referimos, entonces, a las figuras del clientelismo o patronazgo, como una de las formas citadas. Así mismo, la capacidad del servidor estatal es solo uno de los aspectos que importa en un Estado Social pues también se erige como un punto de importancia la correcta prestación de servicios públicos. En este sentido, el Estado Social Anglo-Americano ha experimentado con modelos como el *Gerencialismo Puro*, *Consumerism* o el *Public Service Oriented*¹⁹. Por el contrario, la tradición Europea Continental y su influencia en América Latina apenas probaron “formalmente”²⁰ sistemas de patronazgo y gerencialismo con poco éxito, por el contrario, vieron arraigarse sus ideales de basar sus políticas funcionariales en el mérito.²¹

A contra de Europa y el continente asiático²², donde los ideales y la realidad de un eficiente sistema meritocrático coincidieron, la América

como cuestión fundamental el *cómo* de la Administración Pública. La intensidad de intervención del Estado ha sido una variable a partir del último suceso histórico citado.

¹⁹ Falcao Martins, H., “Administración Pública gerencial y burocracia. La persistencia en la dicotomía entre política y administración”, En Revista *Reforma y democracia* n° 9, octubre, 1997, p. 1-16.

²⁰ Recalco “formalmente” pues la influencia de los sistemas clientelares ha sido real incluso en estos países a pesar de tener una previsión legal basada en la objetividad en la selección del funcionario.

²¹ Para una mayor visión de la consolidación del sistema de mérito a nivel mundial mediante su trascendencia económica puede ver, Prats ICatalá, J., “Del clientelismo al mérito en el empleo público. Análisis de un cambio institucional”, publicado en biblioteca *IDEAS* del Instituto Internacional de Gobernabilidad, Universidad de Catalunya.

²² Prats I Catala nos habla del sistema de mérito como base del desarrollo económico sostenido en el Este Asiático. La contratación de tecnócratas idóneos y relativamente honrados, aislados de los afanes políticos cotidianos generaron las estructuras jurídicas y reglamentarias atractivas a la inversión privada. Corea, Japón, Singapur y Taiwán son buena muestra de esta descripción. *Ibidem*, p.1.

Latina ha erigido un sistema de mérito bastante débil, influenciado por modelos provenientes del Rule of Law, movimientos privatistas o el antojo de la clase política de época.

5. La función pública peruana²³

Es posible rastrear el primer intento sistematizador del régimen funcionarial al año 1950, con el Estatuto y Escalafón del Servicio Civil otorgado según Decreto Ley n° 11377 en el gobierno militar de Manuel A. Odría. Partiendo de la denominación otorgada a este cuerpo normativo es posible deducir que se trataba de un régimen específico para los servidores del Estado con estructuración vertical o jerárquica y que se proclamaba a sí misma como un Estatuto con todo lo que ello conlleva. Podemos confirmar la deducción a partir del propio texto de la ley; así, el documento reza:

*“... Que, en tal virtud, se hace indispensable crear la Carrera Administrativa, estableciendo la forma de ingreso a ella, las pautas a que deben sujetarse los ascensos y promociones y, a su vez, las sanciones a que se hagan acreedores los que infrinjan las disposiciones reglamentarias”*²⁴

Se aprecia, entonces, una estructuración singular (Carrera Administrativa) sobre los derechos (ingreso, ascensos y promociones), obligaciones y régimen disciplinario (sanciones a que se hagan acreedores los que infrinjan las disposiciones). Concluimos que regula el Estatuto básico del servidor público. Otro aspecto interesante de la motivación legislativa es que el régimen obligacional y disciplinario parece desprenderse sólo de las disposiciones reglamentarias; es decir a partir de los dictados de la Administración Pública cuya expresión normativa ordinaria es el Reglamento. Podría, a partir de ello, decirse que se inserta al funcionario dentro del Estado en el marco de una Relación

²³ El contenido del presente capítulo puede ser encontrado en su mayor parte en la ponencia del profesor Jorge Danós en el III Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Danós Ordoñez, J., “El régimen de la carrera administrativa y la necesidad urgente de su reforma”, en *El Derecho Administrativo y la Modernización del Estado Peruano, Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Editorial Grijley, Lima 2008.

²⁴ Segundo Párrafo del Considerando Único, *Decreto-Ley n° 11377 “Estatuto y Escalafón de Servicio Civil”*. Disponible en <http://files.servir.gob.pe/WWW/files/normas%20legales/DLey%2011377.pdf>

Especial de Sujeción, en el sentido histórico del concepto que se verá más adelante.

Así mismo, se incluyen los principios básicos que aún hoy observamos, el inciso “f” del artículo 22 prevé el acceso previo concurso, los artículos 28, 29 y 30 indican que el ascenso constituye una recompensa a la capacidad, idoneidad y comportamiento del servidor comprobado previo concurso. El artículo 46 establece la estabilidad en los cargos y, como un aspecto muy interesante, el artículo 23 indica que el camino normal para ingresar a la carrera administrativa es por la última categoría. Esto último termina por consagrar un sistema formalmente cerrado²⁵.

El sistema consagrado por la normativa anterior se ha respetado, al menos en su aspecto formal, en todos los cuerpos jurídicos que sobre la materia se han sucedido hasta el día de hoy. Acorde a ello tenemos la Ley de Bases de la Carrera Administrativa otorgada mediante Decreto Legislativo 276 del año 1984, la cual se encuentra actualmente vigente sobre alguna parte del personal al servicio del Estado, esencialmente en el personal más antiguo y en las instituciones públicas más añejas.

El sistema ahora en descripción tuvo la intención de uniformizar el servicio al Estado, en tal forma creó un escalafón jerárquico conformado por puestos tipo que debía plasmarse en toda Administración Pública, sin distinción. A ello se aúna un sistema único de remuneraciones que buscó no crear desigualdades más que por el nivel que se tenga dentro de la jerarquía.

²⁵ Tendríamos que, en este punto, hacer obligada cita a una descripción autorizada de lo que engloba el sistema francés de Función Pública, en cuanto estructura: “... *La estructuración de este sistema, llamado de carrera, comporta que el funcionario no sea nombrado directamente para ocupar un determinado puesto de trabajo, sino que ingrese, mediante un procedimiento de selección fundado en el mérito, en un cuerpo o escala especializada, dividida en categorías personales. A cada escala y categoría se asignan grosso modo una serie de puesto de trabajo, que el funcionario podrá ir desempeñando a lo largo de su vida profesional. Pero, salvo excepción, no le será posible acceder a otro cuerpo o escala si no es mediante un nuevo proceso selectivo, por lo que se trata de un sistema cerrado. Es más, el acceso a unos u otros cuerpos depende del nivel de formación académica alcanzado, de donde se deduce que la jerarquía de la función pública viene a reflejar la jerarquía social.*” Sánchez Morón, M., “Derecho de ...”, Ob. Cit, pp. 26 y 27.

Sin duda, intenciones buenas. Sin embargo, la crisis económica que acompañó al Perú durante la década de los 80' hizo impracticable la idea. La fuerte restricción presupuestal mermaba sobre la posibilidad de contratar personal que suponga un gasto permanente para la Administración Pública; por el contrario, sólo habilitaba a vincular recurso humano mediante el contrato de servicios no personales, es decir, locadores de servicio o consultores cuya estancia temporal en la entidad tendría que ser regulada por el Código Civil a pesar de desarrollar función con eminente naturaleza de Derecho Público.

Por su parte, el sistema único de remuneraciones no llegó a consolidar su fin pues, en uso aparente de su discrecionalidad en el sentido de potestad de auto organización, cada Administración Pública creó una bonificación de naturaleza especial por la función que desarrollaba. Así mismo, el Estado subsidiaba a algunos órganos estatales mediante la financiación del Comité de Administración del Fondo de Asistencia y Estímulo (CAFAE), desnaturalizando así la naturaleza de estímulo doméstico que tenía este fondo. Finalmente, es necesario indicar que todo trabajador público, al finalizar su carrera buscaba obtener la mayor diferencia económica posible para así obtener una pensión que refleje su último sueldo; esto último en virtud a lo estatuido por el régimen pensionario de la Ley 20530.

La década de los años 90' trajo consigo una reestructuración apreciable del sector público partiendo por la Constitución del año 1993. Lo que encontramos aquí son reformas públicas catalogadas como de primera generación²⁶, conceptuadas en el siguiente sentido:

“Durante el período 1985-1990, el Estado había jugado un rol protagónico en la economía, participando a través de empresas propias, interviniendo en la fijación de precios y cantidades en los distintos mercados. Las políticas implementadas como parte del programa de estabilización y de reformas, a partir de 1990, supusieron un giro en el rol estatal existente. De hecho, las medidas tendientes a la apertura y a la desregulación de mercados evidenciaban la configuración de un Estado orientado a proveer

²⁶ Talavera, P. & Armijo, M., “Instituciones y desarrollo: Reformas de segunda generación en América Latina”, Universidad de Barcelona, 2007 [Fecha de consulta: 05/12/2016]. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4829142.pdf>

entornos adecuados para el funcionamiento del mercado, antes que por retomar el protagonismo en el sistema económico.”²⁷

El Estado sólo ocupa posición de guardián, la privatización de sectores públicos puso a la economía otra vez en buena marcha. A partir de ello, se dio paso a la creación de organismos propicios a la reforma, estamos hablando de los organismos reguladores. Estos funcionan, en su mayor parte, mediante recursos directamente recaudados, obteniendo autonomía económica incluso para remunerar a su personal. A estos efectos, se trasladó al sector público la regulación laboral privada, rigiendo sobre los servidores del estado el Decreto Legislativo 728. Dicha impronta privatista tuvo como fin recuperar la estabilidad que un régimen laboral público debía otorgar y además brindar mejoras económicas al personal. Actualmente, la mayor parte de las entidades públicas, exceptuando ministerios, municipalidades y algunas carreras especiales, tienen a su personal permanente bajo este marco jurídico.

Un aspecto bastante importante de la década de los 90´ fue el recambio generacional en la Administración Pública. El gobierno generó, en algunos casos, incentivos para renunciar, como el régimen pensionario ya mencionado, y en otros casos implementó evaluaciones para despedir. Queda claro que una de las consecuencias de la evaluación como método de gestión de personal puede ser el despido; sin embargo, no puede ser el fin principal ni el único.

El siglo XXI trajo para la Función Pública Peruana otro paquete jurídico de buenas intenciones. Durante el 2001 se promulga la Ley 28175 bajo la denominación de Ley Marco del Empleo Público. Esta norma tiene, por sí misma, muy poco contenido en razón a condicionar su efectividad a cinco leyes que serían su complemento necesario. A tal fin se elaboraron los proyectos de estas leyes satélite, las cuales, sin embargo, padecieron del total rechazo por parte del personal englobado bajo el régimen laboral privado y por los sindicatos quienes aborrecían la idea de las evaluaciones, pues éste método se asociaba a los despidos masivos realizados durante la década anterior. Conclusión, la ley nunca

²⁷ Pascó Font, A. & Saavedra Chanduví, J., “Reformas estructurales y bienestar: Una mirada al Perú de los noventa”, en *Grupo de Análisis para el Desarrollo (GRADE)*, Lima, 2001, [Fecha de consulta: 03/12/2016], disponible en [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/5104836824637B3B05257E12005695A1/\\$FILE/1_pdfsam_reformas.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/5104836824637B3B05257E12005695A1/$FILE/1_pdfsam_reformas.pdf)

tuvo desarrollo real pues los proyectos de ley nunca dejaron de ser más que aspiraciones. La ley marco quedó como un ideario de existencia, en gran parte, simbólica.

En el año 2008 se introduce el Decreto Legislativo número 1057 que da paso a los Contratos Administrativos de Servicio (CAS). El fin de la norma es acoger, “relativamente”, al régimen laboral público a los sujetos vinculados mediante locación de servicios. Digo relativamente pues por un lado busca reconocerles su naturaleza de Derecho Público sacándoles de la regulación del Código Civil para otorgarles un régimen propio; pero, por otro lado, se mantienen las notas de temporalidad en su vínculo y se les otorga algunos beneficios propios del régimen laboral privado, lo cual no termina de ser acorde a un sistema funcionarial público.

Durante el mismo año, se crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil como el organismo rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos. Junto a ella nace también el Tribunal del Servicio Civil. Estas instituciones se presentan como piezas claves para una correcta gestión especializada en la materia. Los vientos empiezan a cambiar.

Para terminar este recorrido debemos situarnos en el año 2013, exactamente en el mes de Julio cuando se promulga la ley 30057, denominada Ley del Servicio Civil. Es este cuerpo normativo el que concentra toda nuestra atención en la actualidad y que será objeto base del trabajo. Superficialmente podemos decir que trae una reorganización progresiva del empleo público, uniformizándolo y ligándolo a la Autoridad Nacional del Servicio Civil ya existente, así como al Tribunal. Lo que se encuentra ya vigente son los principios fundantes del servicio y el régimen disciplinario.

Concluimos entonces con un diagnóstico de la función pública nacional a la actualidad:

- a) Aún existen rasgos de clientelismo o sistema de botín facilitados, sin tener en cuenta la gran cantidad de personal de libre nombramiento o de confianza, por el régimen CAS. Debemos tener en cuenta que la estabilidad es una garantía para la imparcialidad del servidor.

- b) Intromisión de figuras de corte civil y laboral en el sistema sin un proceso de adaptación al Derecho Público.
- c) Diversidad de regímenes que conviven en el sistema nacional.
- d) Existencia de duplicidad de normas sobre algunas materias de función pública como en el caso de la ética funcional y el régimen disciplinario²⁸.

6. Toma de posición

A pesar de lo caótica que parezca la situación descrita, el sistema de funcionarios nacionales tiene un horizonte promisorio. Ello a partir del componente de orden que se ha introducido en el sistema legal peruano, la Ley del Servicio Civil. En efecto, este mecanismo legal representa un fuerte intento por consolidar un servicio eficaz, eficiente y de calidad²⁹. En esta línea, el mencionado fin busca ser justificado en el presente trabajo a partir de los principios de la materia, los cuales, haremos entender, no hace más que aludir a la naturaleza de las cosas en una determinada situación.

La continua presencia de componentes como el de mérito, capacidad e igualdad no es una coincidencia, sino que, como factor común en Latinoamérica, el sistema meritocrático es el ideal de sistema de servicio al estado. Tener una base de administradores públicos y funcionarios, en general, que se encuentren posicionados en determinado escalón de la carrera pública por sus caracteres profesionales y de independencia política es un fin en sí mismo proclamado por un Estado Democrático y Social que pide lealtad al Derecho y al Pueblo poderante.

Partiendo de la Carta Magna, este trabajo plantea que la opción legislativa de un sistema de mérito no se encuentra en razones de oportunidad, tampoco es posible asimilarla a una técnica intercambiable donde algún otro sistema podría fungir de igual forma y cumpliendo en el mismo sentido sin sufrir meras en su esencia. Nos encontramos de

²⁸ Estamos hablando de la Ley de Ética en la Función Pública y la Ley Servir las cuales coinciden en regulación en varios puntos. En el caso de la disciplina nos referimos al Régimen de Responsabilidad Administrativa Funcional de la Contraloría de la República en contraste con la disciplina que imparte la Ley Servir.

²⁹ Artículo II del Título Preliminar. *Ley del Servicio Civil, Ley 30057*. Disponible en <http://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Ley%2030057.pdf>

acuerdo en qué el mérito y la capacidad se presentan como instrumentos que plantean ser idóneos a un fin. En este sentido, son manto que protege una institución y diseña una estructura bien conocida.

Somos partidarios de defender la naturaleza pública y administrativa del régimen de servicio a favor del Estado, pues éste se adapta a la función pública, un servicio con rasgos especiales sólo ejercido por ciertos sujetos. Frente a dicha *función* se presenta el sistema de mérito como *garante de su ejercicio por el mejor capacitado*, en este sentido el sistema meritocrático es una garantía de mínimos; de la gestión correcta de labores que importan a muchos.

Entendemos que el mérito y capacidad es también un principio, configurado como tal frente a la carrera pública, un bien jurídico constitucional. Partiendo del entender que la carrera pública es un marco estructural donde el funcionario se desenvuelve, entenderemos que el mérito y capacidad se presenta como una guía para direccionar aquellos procedimientos que forman los hilos de los órganos administrativos, las jerarquías y los estatus. En este sentido, la meritocracia no sólo protege la correcta ejecución de la acción, sino que ilumina los procesos de selección, ratificación y cese de la persona que ejecutará la acción. Es, entonces, también *una garantía para el sujeto mismo*.

Todo lo mencionado toma fuerza en la novedosa dirección que ha tomado la gestión pública contemporánea. El siglo XXI ha visto nacer una idea en contraposición al neoliberalismo de los años 90'. Esta mentalidad, que compartimos, entiende que la efectividad de una reforma depende la calidad de sus instituciones, entendiendo éstas como personas jurídicas de Derecho Público y como ideas arraigadas en la sociedad; así también, encontramos una mayor exigencia ciudadana por servicios públicos de mejor calidad, oportunidad y accesibilidad y por el establecimiento de mecanismos ágiles para expresar sus demandas hacia el Estado³⁰. Fortalecer las instituciones es la frase de bandera para las reformas de segunda generación³¹ donde una Función Pública de calidad es un primer paso necesario.

³⁰ Talavera, P. & Armijo, M., "Instituciones y desarrollo...", *ob. Cit*, pp. 96 y 97.

³¹ *Ibidem*, pp. 100 y ss.

CAPÍTULO II. DELIMITANDO LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. Función pública

Paso necesario a nuestros fines es obtener la materia prima sobre la cual infundir los argumentos históricos, ideales y prácticos que han sido y serán planteados a lo largo del escrito. En efecto, definir qué entendemos por Función Pública es un tema de difícil elusión pues de hacerlo corremos el riesgo de sólo aportar a la confusión existente entre Función Pública, Empleo Público, Funcionario, Servidor Civil, Carrera Administrativa, Régimen Estatutario, Derecho Laboral Público, entre otros conceptos que se usan de forma indistinta al gusto o necesidad del sujeto parlante.

Podemos empezar, entonces, rastreando las distintas concepciones que sobre el objeto estudiado se ha podido notar. En cabeza de voces autorizadas sobre el tema, se han planteado líneas que tienen mucho de concordantes y tradicionales sobre el concepto en cuestión. Nadie con más autoridad que el maestro Sánchez Morón para dar inicio a este recuento; de esta forma, define la Función Pública de la siguiente manera:

“...Aún hoy la mayoría de los empleados públicos ingresa en la Administración mediante nombramiento de la autoridad competente, por lo general tras superar determinadas pruebas selectivas más o menos rigurosas, y sus relaciones con la Administración se someten a un régimen especial de Derecho Administrativo, distinto del que corresponde a los demás trabajadores. Estos empleados reciben el

nombre de funcionarios y el conjunto de que forman parte puede denominarse, en sentido subjetivo, la función pública.”³²

El español Prats I Catalá se muestra en coincidente opinión al definir la Función Pública en su vertiente organizacional:

“(La Función Pública) Se refiere a la suma de recursos humanos concretos puestos al servicio de una o del conjunto de las organizaciones público administrativas.”³³

Por otro lado, encontraremos también que diversos autores no ven raro concebir la figura como una noción abstracta o un sistema con principios definidos. Haciendo ejemplo la idea, el ya citado Prats entiende, en otra de sus acepciones, a la Función Pública, en una vertiente más ideal, como una Institución:

“Conjunto de valores, principios y normas-formales e informales- que pautan el acceso, la promoción, la retribución, la responsabilidad, el comportamiento general, las relaciones con la dirección política y los ciudadanos y, en general, todos los aspectos de la vida funcional considerada socialmente relevantes”³⁴

En el mismo sentido, Piñar Mañas entiende que Función Pública equivale a Empleo Público, siendo éste un sistema complejo y abierto al ser informado por factores externos como el ambiente mismo que lo rodea y termina por configurarlo³⁵.

Todas las definiciones vertidas son válidas. La Función Pública, en la actualidad, es una institución, un sistema determinado o también un grupo particular de sujetos. Ello en razón a que la palabra se ha transformado en lo que la Lingüística denomina un término polisémico. Sin embargo, esta riqueza semántica no aporta a nuestros fines por lo que debemos tomar alguna de las concepciones existentes.

³² Sánchez Morón, M., “Derecho de...”, Ob. Cit, p.18.

³³ Prats ICatalá, J., “Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: La obligada distinción entre función pública y empleo público”, en RDA, núm. 241-242, enero-agosto, 1995, pp. 11-59.

³⁴ *Ibidem*, p. 23.

³⁵ Piñar Mañas, J. L., “El modelo de Función Pública como sistema complejo y abierto”, en RDA, núm. 243, setiembre-diciembre, 1995, pp. 6 y ss.

Entonces, es preciso iniciar por el concepto más próximo a nuestro entender, aquél que se encuentra más pegado a la literalidad de la palabra estudiada. Pasemos a desglosar el término. De esta forma, tenemos por un lado que la figura parte describiéndose como una función, término que a todas luces hace alusión a una acción, tarea o competencia; es decir, el quehacer de un sujeto en una circunstancia determinada. Se hace completa la noción dando paso al adjetivo de dicha función, es un hacer público, adjetivo que ya limita la acción a un ámbito concreto de la existencia social. Ahora, ¿Por qué es Pública? La respuesta de fondo tendría que ser porque es imputable al Estado en su labor de consecución del bien común. Una buena respuesta que, sin embargo, aún es posible de ser detallada a lo largo de este apartado y el siguiente. En lo que a lo nuestro concierne, ya existe doctrina, incluso nacional, que comparte nuestro punto inicial. Es en este sentido que el profesor Guerra Cruz entiende la palabra: *“Función Pública es la actividad dirigida a la realización y cautela de los intereses de la Nación y a la integridad del territorio. En otra perspectiva es la acción derivada del ejercicio del poder del Estado o, simplemente, de sus fines”*³⁶. Es ésta la visión que, de un lado, queremos adoptar del concepto, su visión objetiva.

Ahora, partiendo del entendido básico que el Estado se conforma por la triada Pueblo, Poder y territorio debemos situar a la función pública dentro del componente Poder. En efecto, la función pública es la vertiente tangible del Poder, pudiendo ser, en abstracto, competencias asignadas o, en concreto, actos realizados al menos en aparente ejercicio legítimo del poder estatal. Por ser actos del Poder, la acción que pretenda calificarse como pública deberá estar investida por la característica base de poder crear, modificar o suprimir efectos jurídicos de forma unilateral y posteriormente poder imponerlos, potestad pública. Entonces, el órgano que dentro del poder se manifieste con potestad pública estará ejerciendo una función pública.

Por otro lado, vemos que el calificar de público dicho acto le brinda un alcance transversal sobre todo lo que el componente Poder puede significar; en efecto, no se limita a calificar el acto como función administrativa, judicial o legislativa sino que describirlo como público hace que englobe por completo el Poder Público. Sin embargo, lo que al

³⁶ Guerra Cruz, G., *“Función Pública: El personal al servicio del Estado”*, Fondo editorial de la Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo.1994, p. 17.

objeto de la investigación importa es la función pública desarrollada profesionalmente en cualquier vertiente del poder, obviamente sin descartar que los funcionarios políticamente elegidos, los cuáles son la contraparte al funcionariado profesional, tengan parte en la realización de este componente de la triada estatal, sino que, por el contrario, son los que lo realizan con mayor intensidad y necesariamente comparten principios matrices con el funcionario profesional.

Luego, que la función pública abarque todo el Poder Público no significa que estemos excediendo el campo del Derecho Administrativo. Explicando esto, cuando se analiza el actuar del juez en una situación concreta y a la luz del Derecho de la Función Pública, no estamos analizando el régimen de sus actos en cuanto juez (donde sí hay una diferencia importante con el régimen administrativa en cuanto son actos dictados bajo una presunción *iuris et de iure* de legalidad³⁷) sino en cuanto funcionario. En cuanto sujeto dotado de poder público, su régimen se desprende de toda singularidad para poder ser analizado bajo la óptica unitaria de la organización del aparato estatal que es, en esencia, actividad administrativa.

Como hemos visto hasta el momento el punto de partida es, básicamente, objetivo; sin embargo, no hemos podido dejar de hacer referencia al componente subjetivo. Es que la acción no será comprensible sin una obligada mención al sujeto. El acto, en cuanto manifestación del poder, debe ser imputable, al menos en última ratio, al Estado como Persona Jurídica³⁸. Este es el componente subjetivo en la función pública. No otra cosa predica la teoría del órgano en cuanto la voluntad del órgano vale como la voluntad de la Entidad de la cual forma parte, que es la única que tiene personalidad jurídica, puesto que los órganos están desprovistos de ella³⁹. La existencia de vínculo entre sujeto y Estado es necesario para hablar de un acto calificable como público,

³⁷ Sobre la diferencia de los actos judiciales, administrativos y legislativos en cuanto expresión de su función esencial constitucional ver, Abruña Puyol, A., *"Delimitación Jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano"*, Editorial Palestra, Lima, 2010, pp. 100-109.

³⁸ Ver Martínez López-Muñoz, J.L., *"Introducción al Derecho Administrativo"*. Editorial Tecnos, Madrid, 1986, pp. 33-60. Ver también, Abruña Puyol, A., *"Delimitación Jurídica..."*. Ob. Cit, pp. 44-48.

³⁹ García-Trevijano Fos, J.A., *"Principios Jurídicos de la Organización Administrativa"*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pp. 87-88.

incluso en los supuestos más ambiguos, como en la figura del funcionario de hecho, se puede observar la existencia de un vínculo entre el sujeto y el Estado, que aunque viciado, tiene apariencia de legitimidad y permite que tanto el acto como el sujeto se sometan al Derecho Administrativo⁴⁰. Este es el fin de estudiar el actuar público, entender qué sujetos se encontrarán sometidos a Derecho Público en razón de sus actos y su vínculo.

A modo de conclusión, considerar función pública como el conjunto de sujetos que realizan la acción es confundir el sujeto con su hacer o decir que la función pública es el sistema mismo es confundir la acción con las reglas aplicables a ese actuar. Al entender de esta investigación, la Función Pública es la acción realizada al amparo del poder concedido al Estado, matriz última de imputación de la voluntad del órgano.

2. Naturaleza pública del servicio al estado

Calificar como Pública una figura trae certeros problemas a quien intenta explicarlo. En el presente escrito hemos brindado una noción subjetivo-teleológica de explicar porque un actuar puede calificarse como tal: Por ser pasible de imputación al Poder Público en su fin de consecución del bien común. No parece un concepto desdeñable, sin embargo, sí es susceptible de una mayor elaboración, pues tal como está parece ser el producto de un razonamiento mayor.

⁴⁰ Diferente es la figura del usurpador en donde no se puede afirmar que, mediante una comprensión totalmente objetiva de la función pública, como el simple desempeño de tareas públicas, pueda someterse al sujeto al Derecho Administrativo. La teoría *de facto* permite que tanto las acciones del funcionario de hecho como del usurpador puedan, en ciertas circunstancias donde prima la seguridad jurídica, sobrevivir en el ordenamiento administrativo. Sin embargo, cuando hablamos de Función Pública no es a efectos prácticos de regular los actos del sujeto sino a efecto de entender qué Derecho recae sobre el sujeto mismo. En este sentido, el usurpador no cuenta con el nexo vinculante al Estado que sí tiene el funcionario de hecho, y en la mayoría de casos la responsabilidad que recae sobre aquél será penal y no administrativa. Se recomienda leer, De La Vallina Velarde, J.L., “Sobre el concepto de funcionario de hecho”, en *RAP*, núm. 29, 1959, pp. 103-160.

En el fondo, la cuestión se remite, por abstracto que pueda parecer, a la clásica distinción entre Derecho Público y Derecho Privado. Tratemos de encontrar los límites entre ambos. El maestro español Martínez López-Muñiz concluye su análisis sobre el tema indicando que: *“En todo ius, en suma, si lo es verdaderamente, estará presente-precisamente en la medida justa- la utilidad o el interés público y el privado o particular. La repercusión o la incidencia más directa y extensa en uno u otro círculo de intereses depende de diversos factores y circunstancias sociológicas, que pueden darse en uno u otro sentido tanto en torno a relaciones y situaciones de Derecho público como de Derecho Privado.”* Más adelante dirá: *“El Poder Público, para cumplir aquel fin suyo, tiene que amparar y servir también a legítimos intereses particulares, que fundan auténticos derechos públicos subjetivos en numerosos supuestos, con lo que las atribuciones correspondientes del Derecho Público sirven y garantizan entonces y directamente tales utilidades privadas.”*⁴¹

Queda claro que el Derecho Público en cuanto facilitador del fin de toda organización estatal legítima no puede apartarse de la satisfacción del bien particular. Es un razonamiento simple lograr entender que la satisfacción, en general, de los intereses de muchos es posible de individualizarse en satisfacciones particulares. Dar a la comunidad lo que le corresponde presupone haber dado, en el camino, lo suyo debido a cada quien. En esta faceta el Derecho Público solo puede encontrar complemento con el Derecho Privado. Ahora, el Derecho Público en cuanto régimen idóneo para estructurar y mantener un sistema adecuado de satisfacción de bienes comunales sí que tendrá diferencias notorias con el Derecho Común. Es que, el Derecho Público, en sentido *teleológico*, como propiciador de un fin último, está en la misma línea que cualquier otro derecho y siempre se reconducirá a lo que mejor redunde en beneficio de la dignidad humana, en este punto ningún Derecho podrá pretenderse distinto; sin embargo, en cuanto Derecho Público *instrumental o medio* para conseguir el fin último sí tendrá configuraciones propias y peculiares.

Efectivamente, en favor de ésta última idea podemos plantear que aquél centro de potestades instituido alrededor de una comunidad política precisa dotarse de mecanismos propicios al objetivo que plantea su

⁴¹ Martínez López-Muñiz, J.L., *“Introducción...”*. Ob. Cit, p. 22.

existencia; es entonces que aparecen situaciones que desbordan los cauces que un Derecho Privado podría concebir y que de hacerlo sólo pondría en situaciones extremo gravosas a quien nada tiene que ver con el Poder Público. A dichas situaciones, y sólo a ellas, le es aplicable el Derecho Público. Es por ello que éste se plantea como el Derecho del Poder Público en cuanto tal⁴².

El presente capítulo busca analizar aquellas situaciones donde el Derecho Público es distinto del Derecho Privado, en el marco concreto de la situación de sus agentes físicos. Partiremos por los componentes objetivos que ya hemos planteado para finalizar con la alusión a su vínculo, componente subjetivo.

2.1. Actividades soberanas

Queda medianamente claro que las teorías iuspublicistas que explican las relaciones estatales, y en general todo lo concerniente al aparato público, inician su aparición con el fin del Feudalismo. La relación doméstica del señor feudal y el siervo era la relación estatal por excelencia, que por su corto alcance era factible de ser explicado mediante teorías de Derecho Privado. A partir de la superación de esta etapa histórica es que podemos apreciar con mayor claridad, pues es incorrecto decir que antes no existían, las parcelas de actuación del funcionario público que en tal momento iniciaba el camino hacia la profesionalización. Dichos campos exclusivos donde se despliega el poder podrían denominarse funciones soberanas, de autoridad o de *imperium*⁴³.

La ampliación de actividades estatales en el antiguo régimen y por lo tanto del incremento de facultades regias se expresa en virtud del *ius politiae*. Se entiende esta figura como el nuevo papel del monarca, como procurador del bienestar general. En el trasfondo de la idea se encuentra la figura del príncipe como el

⁴² *Ibídem*, p. 21.

⁴³ Sánchez Morón nos explica que los principios de la función pública dependen de la evolución social, concepciones políticas y culturas de un país. Sin embargo, todos estos modelos tienen algo en común: “*se forjan para ordenar una burocracia relativamente pequeña y homogénea, que se dedica en su mayor parte a ejercer funciones de autoridad o de imperium y no a prestar servicios públicos ni a la producción de bienes para el mercado*”. Sánchez Morón, M., “*Derecho...*”. *Ob. Cit.*, p. 26.

responsable de la salvación espiritual y del alcance de la felicidad terrenal de sus súbditos. Se aprecia al soberano apropiándose de labores que antes fueran de la Iglesia, su actividad alcanzará, entonces, espacios como el de educación, sanidad, infraestructuras, religión, etc⁴⁴. El fenómeno aquí presente tiene vital importancia en la conformación de los cuerpos burocráticos profesionales en la misma magnitud con la que se presentó posteriormente el Estado Social de Derecho, pues de fondo la escena es la misma: extender la actividad prestacional del Poder Público tanto en materias como en territorio requerirá sistematizar el aparato público y contar con la presencia de representantes del monarca o del ejecutivo por toda la nación, con la especialidad de que dichos representantes deberán realizar la labor con la misma diligencia con la que lo haría el soberano mismo, factor que a la larga requerirá estabilidad, fidelidad, entre otros elementos que desembocan certeramente en un servicio profesional, no mercenario.

La reserva de materias concretas al poder público, así como tiene una constatación fáctica, tiene también una comprensión dogmática tan clásica como retroceder a la teoría de la separación de poderes. La realidad reservada al Poder Público será cambiante conforme al marco histórico que rodee en un determinado momento; sin embargo, las tres funciones clásicas, dígame Legislar, Juzgar y Ejecutar estarán siempre reservadas al Poder del Estado y por lo tanto a la función pública.

A partir de los escritos de Locke en sus tratados sobre el Gobierno se pueda apreciar con claridad la lógica y necesidad social de reservar las labores legislativas y ejecutivas como funciones públicas. En referencia al legislar:

“Siendo la alta finalidad de los hombres al entrar en sociedad el disfrute de sus propiedades en paz y seguridad, y constituyendo las leyes establecidas en esa sociedad el magno instrumento y medio para conseguirla, la ley primera y

⁴⁴ Rincón Córdoba, J.I., “Derecho Administrativo Laboral...”. Ob. Cit, p. 55.

fundamental de todas las comunidades políticas es de la del establecimiento del poder legislativo”⁴⁵.

Respecto al Ejecutivo, el inglés distingue entre las labores de este poder, la ejecución de la ley, en la esfera interna, y lo concerniente al Derecho de Gentes en la esfera externa, tomando este segundo el nombre de Federativo:

“(en referencia a las leyes) siendo como es necesario aplicarlas sin interrupción y de una manera constante, se impone la necesidad de que exista un poder permanente que cuide de la ejecución de las mismas mientras estén vigentes. De ahí nace que los poderes legislativo y ejecutivo se encuentren con frecuencia separados.

(...) Las disputas que surgen entre uno cualquiera de los miembros de la sociedad y otras personas que se encuentran fuera de la misma, corresponden a la comunidad entera; el daño hecho a un miembro de ese cuerpo compromete a todo él en la tarea de exigir una reparación. (...) Por esa razón lleva ese poder consigo el derecho de la guerra y de la paz, el de constituir ligas y alianzas, y el de llevar adelante todas las negociaciones que sea preciso realizar con las personas y comunidades políticas ajenas.”⁴⁶

Como se observa, Locke brinda una razón de utilidad comunitaria a la erección de las funciones vistas. Dichas funciones hasta el día de hoy son esencia del poder público, incluso la considerada como Federativa. Esta última conforma lo que hoy llamamos relaciones diplomáticas interestatales regidas por el Derecho Internacional Público. Este campo guarda uno de los cuerpos burocráticos más antiguos, los funcionarios diplomáticos, funcionarios profesionales sometidos a carrera administrativa. Posteriormente, con el francés Montesquieu se perfeccionará la figura del Poder Judicial como autónoma al Poder Regio y se dará paso a los movimientos liberales ya explicados.

⁴⁵ Locke, J., (obra original publicada en 1689), *“Segundo Tratado sobre el Gobierno: Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil”*, (Traducción de Pablo López Álvarez), Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, p. 125.

⁴⁶ *Ibídem*, p. 134.

La delimitación hasta ahora realizada no es inútil, pues lo que se trata es de identificar qué materias son las que requieren del desempeño de potestades públicas y por ende de la necesaria aplicación de un Derecho Público. Entonces, cabe precisar que no es posible aplicar, a priori, un Derecho Público a un sujeto por el simple hecho de encontrarse inmerso en la Administración Pública o, en general, el aparato estatal. En otra faceta de la idea, es posible decir que no todo sujeto inserto en el Poder del Estado desempeña tareas que denotan actuación de ese poder en cuanto tal, es decir, que manifieste el uso de potestades públicas. Por lo que hasta ahora se ha dicho, las tres clásicas funciones requerirán siempre de manifestación de potestad pública, y por lo tanto función pública, por ser la base de materias originarias de gestión estatal y, por lo tanto, de la presencia de un funcionario público, ya sea profesional o democráticamente elegido. Legislar, juzgar y ejecutar son bases duras, y mínimas, de función pública imputable al Poder del Estado.

La importancia de las actividades que un gobierno pretenda abarcar en relación a su burocracia profesional ha sido recalcada por Guerra Cruz quien al referirse a la relación entre Función Pública y Estructura inicia citando a Juan Ignacio Jiménez quien conceptúa la relación de la siguiente forma: *“Función es la acción y estructura la posibilidad. La función es la realización histórica de la estructura en movimiento, la teleología estructural; la estructura, el conjunto estable de la distribución y orden de un sistema”*. Finaliza, luego, brindando un ejemplo que no dejará dudas sobre singular relación: *“Así, por ejemplo, la reducción de misiones del Estado a fines de policía y de mediación de buena voluntad no reclama mayor complejidad en la estructura y los funcionarios serán élites altamente intelectualizadas, pero la apertura de las misiones del Estado hacia la promoción de desarrollo económico-social exigía complicación de la estructura y heterogeneidad en la composición de los funcionarios.”*⁴⁷

Concretizando, un Estado podrá calificarse como de intervención máxima o mínima según el alcance de las facultades de su poder Ejecutivo. En el caso del Perú, el artículo 44 de la

⁴⁷ Guerra Cruz, G., *“Función Pública...”*. Ob. Cit, p. 18.

Constitución Política de 1993 indica que son deberes primordiales del Estado, entre otros, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y promover el bienestar general. Parece ser un rol bastante activo del Poder Público coherente con la calificación del artículo 43 de la carta Magna, La República del Perú es Social. De esta forma, no cabe posibilidad de limitar la función ejecutiva a solo hacer cumplir las leyes; en la realidad, tanto nuestra Administración Pública como el Legislativo y el Judicial han desplegado mayores funciones que las que su propia denominación evoca. Parece que es posible superar, entonces, ese núcleo básico de función pública.

Si de ser gráficos, sobre el punto anterior, se trata, entonces fijemos la vista en la Constitución y las normas orgánicas que sobre nuestros poderes se hayan estatuido, documentos idóneos para establecer las funciones públicas que se encuentran detrás de cada órgano estatal. El artículo 102 establece las funciones básicas del Poder Legislativo, a ello se suman las repartidas por el Capítulo I del Título IV. El Reglamento del Congreso es más didáctico sobre el tema repartiendo las funciones en base a: Función legislativa, de control político y funciones especiales consistentes, en su mayoría, en la designación de altos funcionarios del Ejecutivo, función que redundaría también en el control político. Ahora, ésta última función se ve necesitada del auxilio de ciertas Administraciones Públicas que se crean para tal fin. Es el caso de la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo, quienes materialmente desempeñan funciones que han sido constitucionalmente atribuidas al Congreso de la República, el control de Poder Ejecutivo. Es cierto, por otro lado, que formalmente han sido dotadas de una independencia tal que parecen alejarse del Poder descentralizador; sin embargo, se configuran así solo como un medio para garantizar su neutralidad⁴⁸.

⁴⁸ Descentralización en el caso de la Contraloría General de la República, la cual se define constitucionalmente como Entidad y por lo tanto organismo con Personalidad Jurídica. En virtud de la descentralización el órgano adquiere del sujeto que descentraliza una función y la personalidad jurídica para responder por sus actos. Se entiende que en el caso de la Contraloría adquiere la función por parte del Congreso de la República y la personalidad por parte del Estado, pues el Poder Legislativo no goza de personalidad propia. Sobre este punto y sobre la clasificación de las

Sin ánimos de entrar a tallar en la naturaleza de estas instituciones, en lo que a nuestros intereses importa, tanto la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo son Administraciones Públicas que despliegan, en su actuar primordial, funciones públicas de control del poder ejecutivo y por lo tanto requieren de funcionarios al encontrarse de fondo una labor que un Poder Público se ha atribuido como soberano.

Continuando con el análisis, en el caso del Poder Judicial queda claro que no se le ha atribuido en cuánto tal otra función que la de dictar justicia y, en tal sentido, el cuerpo de jueces que a favor de la nación se instituya deberá incorporarse bajo la forma del servicio profesional que al Estado brinda todo funcionario público. Por otro lado, se ha asignado a su órbita Administraciones Públicas que redundan en favor de su exclusiva función; tal es el caso del Consejo Nacional de la Magistratura y el Ministerio Público. Estas instituciones, a pesar de su formal independencia, se encargan del nombramiento, ratificación y destitución de los jueces y de garantizar la recta administración de justicia tomando parte en la bifurcación del proceso judicial, respectivamente. A ellos se puede aunar la Academia de la Magistratura cuyo fin es formar a jueces, fiscales y aspirantes a la Magistratura para prestar la actividad soberana de dictar justicia en la forma más correcta.

Finalmente, el Poder Ejecutivo. La Ley Orgánica de este Poder Estatal nos habla en su artículo 4 de competencias exclusivas; en este sentido dichas funciones serán: Diseñar y supervisar políticas nacionales y sectoriales; encargarse de las relaciones exteriores, defensa y seguridad nacional, orden interno, Administración Tributaria de alcance nacional y endeudamiento público, régimen de comercio y aranceles, regulación de actividades que representen alto interés público, entre otras que la ley le confiera conforme a la Constitución⁴⁹. A ello se suma las

Administraciones Públicas, en general, ver Abruña Puyol, A., *“Delimitación jurídica...”*. Ob. Cit, pp. 157-190.

⁴⁹ Ley n° 29158. Diario Oficial *El Peruano*. Lima, Perú. Jueves 20 de diciembre del 2007. Artículo 4.

competencias que conforme a sus leyes orgánicas se hayan conferido a las Administraciones Públicas descentralizadas⁵⁰.

Dentro de las competencias de elaboración de políticas nacionales y sectoriales se encuentra el grueso de labores que encabeza el Estado en su gestión. En este punto es donde el carácter social de nuestra organización político-territorial se explyea. El capítulo II de nuestra Constitución los recoge. En esencia, la protección de la familia, la educación, salud, seguridad social, cultura y trabajo se encuentran en este rubro. La puesta en marcha de cada una de las competencias hasta ahora vistas estará en titularidad de algún Ministerio creado para tal fin. A su vez los ministerios contarán con Administraciones Públicas instrumentales a sus objetivos las cuales, repetimos, a pesar de su formal autonomía con fines de neutralidad, toman competencias de alguno de los tres poderes básicos.

⁵⁰ El artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades, ley 27972, nos habla de las competencias que en función exclusiva desarrollarán los Municipios. Queda claro que, en el sentido en que explicamos aquí, se configuran entonces como actividades soberanas de la Administración Local. Parece buen punto aquí para tocar el tema de los obreros municipales, ¿cuál sería la naturaleza de su actuar? El mencionado artículo 73, por ejemplo, indica que la prestación de los servicios públicos locales y la organización del espacio físico son funciones exclusivas del Municipio, entre ellos encontramos el saneamiento ambiental y la vialidad respectivamente. Ahora, una primera interpretación podría darnos a entender que los obreros de limpieza pública y los mismos que se encarguen del mantenimiento de vías realizan funciones soberanas del poder público local. Esta idea necesita profundizarse más. Las actividades soberanas del Estado, y que por tales necesitan de la presencia de un funcionario, desarrollan potestades públicas, esto es, tienen la capacidad de crear, modificar o extinguir efectos jurídicos de forma unilateral y con la posibilidad de imponerlos. A la luz de este trabajo encontramos que el obrero municipal se erige como el brazo material que hará posible la actividad, pero en su labor no encontramos más que deberes generales respecto a la realización del bien común. Recordemos otra vez que no todo sujeto por el hecho de estar el Administración debe ser juzgado como tal. La función pública, en sí, quedaría reservada para los sujetos encargados de idear las políticas en ambos temas. Es muy probable que a este sentido se entienda el cuerpo de ingenieros de caminos como uno de los primeros cuerpos de funcionarios al servicio del Estado, y no al sujeto encargado de realizar la actividad material. Como tal brazo material, la Administración tiene la facultad incluso de tercerizar estas funciones y en caso de no hacerlo deberá darle la connotación de un trabajo personal y subordinado que estas labores poseen, bajo el régimen laboral privado. Las diferencias saltan a la vista, no es posible sustraer a un sujeto de su regulación natural para someterlo a un régimen mucho más gravoso si no es en naturaleza de sus funciones. Es un acierto, entonces, reconocerles tales derechos civiles en el sentido en que lo hace el segundo párrafo del artículo 37 de la LOM.

Ahora, una tesis aparte nos llevaría el análisis a profundidad del papel del papel empresarial del Ejecutivo y su relación con nuestro tema. Sin embargo, a lo que nos compete, baste con decir lo siguiente. Es cierto que el papel de empresa del Estado se encuentra inmerso dentro de las funciones que el Poder Público ha podido tomar en algunas ocasiones de la historia; sin embargo, en ninguna de éstas oportunidades se ha planteado como una actividad soberana del Estado. El meollo del asunto se encuentra en la distinción entre Función y Servicio Público. El primero, como tratamos de hacer ver, es la que se desarrolla en el marco de la actividad propiamente soberana del Estado, cuya titularidad es, por esencia, propia. Luego, la segunda, son manifestaciones de actuación positiva en pos de fines sociales sobre campos cuya titularidad correspondía originariamente a los particulares, pero, cuando la actividad se hizo indispensable para la subsistencia tuvo que asumir el Estado. En efecto, en el marco de ésta última se aprecian servicios que se desarrollan en el campo económico-social y donde el Estado tiene que asumir la forma de empresa para intervenir. En este sentido, es la forma de gestión privada del recurso humano la que mayor efectividad presta a la naturaleza de una forma empresarial⁵¹. En los casos en que la Empresa Pública se organiza bajo forma pública podría ser aceptable un régimen de gestión de personal como el que plantea este trabajo.

Para finalizar, mención aparte merece por su grado de autonomía el Jurado Nacional de Elecciones y el Tribunal Constitucional. Las funciones que desarrollan en algún momento de la historia estuvieron asignadas al Ejecutivo y al Legislativo respectivamente; sin embargo, en la actualidad parecen plantearse como Poderes realmente autónomos y satélite a los clásicos ya vistos. El control de la Constitución es una competencia exclusiva del Tribunal Constitucional y la puesta en marcha del aparato electoral del Jurado Nacional de Elecciones. Sin entrar a fondo en el asunto, de ser auténticos poderes autónomos se integran con mayor autoridad en el componente poder de la triada que es el Estado y, por lo tanto, todo aquel quien en su nombre ayude a

⁵¹ Sobre este punto ver, Ariño Ortiz, G., *“Principios de Derecho Público Económico”*, ARA Editores, Lima, 2004, pp. 560-564.

conseguir sus fines, estará desempeñando una función pública con todo lo que esto conlleva.

2.2. Prerrogativas y cargas públicas

Luego de analizar la materia con la que el Funcionario Público debe trabajar de manera ordinaria, es preciso ahora situarnos en su propia situación personal. Avoquémonos entonces a analizar lo que el Estatuto de un Funcionario puede traer de especial para salvar el carácter Público de la figura.

2.2.1. Prerrogativas

En virtud de la teoría del órgano existe un nexo comunicante muy grande entre la institución y el sujeto, traemos esto a mente pues en razón de este fenómeno es que las prerrogativas, y también los privilegios en menos, de los que la Administración Pública pueda gozar o soportar en abstracto serán también los que el servidor profesional lidie en su labor cotidiana.

Habiendo dicho esto, encontramos que el servidor público contará con los privilegios de:

- a) Auto-tutela declarativa: Lo que significa que el funcionario podrá exigir de modo inmediato los efectos de sus acciones en el marco de sus labores encomendadas. No existirá necesidad de una previa declaración judicial para la ejecución de sus actos.
- b) Auto-tutela ejecutiva: En el marco de la situación anterior, el funcionario podrá, en caso encuentre obstáculos en su labor, usar el Poder coactivo del Estado para hacer reales sus dichos.
- c) Revisión de actos propios: En el caso de una posible afectación a derecho de administrado, el funcionario tendrá la oportunidad de volver a revisar su accionar vía recurso de reconsideración. Incluso, en una segunda oportunidad, será el superior jerárquico, también un

funcionario, quien dirima una situación en vía administrativa⁵².

Por otro lado, existen privilegios que sólo son predicables a favor del sujeto y no de la institución, son las que recaen específicamente sobre el estatuto de la persona en pos de la eficaz prestación del servicio. Brevemente, pues de forma posterior tendrán un mayor desarrollo, son algunos:

- a) Estabilidad: Con el fin de brindar un servicio transparente y correcto libre de los vaivenes de la dirección política.
- b) Derecho al cargo: Obtenido luego de haber superado la medición objetiva del mérito y la capacidad. El servidor se encuentra habilitado a desempeñar las labores para las que probó destreza en cualquier sector de la Administración que propicie el desarrollo de dichas virtudes. Ello implica también que el cese del servidor sólo pueda tener lugar en situaciones motivadas por la propia conducta del servidor, ya sea de bajo rendimiento comprobado o por falta disciplinaria.
- c) Capacitación constante: Un servicio que se pretende proyecto de vida deberá ser gratificado con la constante actualización de sus componentes funcionales. Ello redundará en la posibilidad, en abstracto, del ascenso en la escala jerárquica que supone la organización de una Entidad del Estado.
- d) Estímulos por buen desempeño: Otorgados a discreción de la organización pública quien fijará criterios como la antigüedad, metas u otros para personalizar una retribución económica u honorífica.

⁵² Sobre los privilegios en más y en menos de la Administración Pública, Abruña Puyol, A., *"Delimitación..."*. Ob. Cit, pp. 132-138.

2.2.2. Cargas públicas

En el mismo sentido en que el sujeto goza de los privilegios, en abstracto, de la Administración, también sufrirá sus cargas. Entonces, se erige como mayor carga:

- a) Sometimiento al principio de legalidad: Dicho de otra forma, la vinculación positiva al Ordenamiento Jurídico. El funcionario público, en el marco de sus funciones, sólo está facultado a hacer lo que la ley le habilita. El administrado, por el contrario, se encuentra habilitado, dentro de un amplio marco de libertades, a hacer lo que la ley no le prohíbe. Esto se encuentra plasmado en el actuar diario del servidor público quien cuenta con una gama de facultades regladas o tasadas. Aquello da lugar a los ahora conocidos procedimientos burocráticos, que en su vertiente dañosa pueden convertirse en verdaderas barreras de acceso a la eficacia administrativa. Incluso cuando actúa en virtud de potestades discrecionales lo hace en base a ley habilitante y no se exime de motivarlas. Luego, en ámbitos domésticos de su labor, el sujeto no podrá dejar de aplicar los reglamentos propios de su Administración o de alguna otra Administración competente sobre la materia, principio conocido como Inderogabilidad singular de los reglamentos⁵³.

Pasemos ahora a mencionar las principales cargas que pesan sobre su estatuto personal:

- a) Ingreso reglado: Siendo principalmente una garantía para la Administración y la sociedad, es también una carga para el aspirante. Quien pretende manipular actividades y disponer de potestades tan peculiares como las que hemos visto hasta ahora debe antes comprobar su mérito y capacidad mediante una serie de procedimiento reglados dirigidos a tal fin. El concurso es el procedimiento más importante dentro de este *iter*.

⁵³ *Ibídem*, pp. 117-128.

Esta singularidad termina siendo un designio del principio de legalidad. El Estado no puede relacionarse con quien quiere, sino, en este caso, con quien debe. De la misma forma, los ascensos se encontrarán basados en el mérito del servidor.

- b) Sometimiento a potestad discrecional organizativa: El servidor se encuentra a plena disposición de las necesidades públicas que requiera prestar el servicio en forma distinta o lugar distinto. El destaque por estas razones deberá ser exhaustivamente motivado, pues a mayor discrecionalidad mayor motivación.
- c) Sometimiento a constante evaluación: El mérito y las capacidades, en pos de un servicio eficaz, debe ser actualizado y comprobado cada cierto tiempo. De comprobar la inexistencia actual de aptitud en el servidor, a través de la evaluación de rendimiento, es posible cesarlo legítimamente
- d) Retribución económica condicionada: La compensación económica que reciba el sujeto deberá encontrarse dentro de los márgenes del equilibrio presupuestal del Estado. En el mismo sentido toda asignación económica extra. Los dichos del Ministerio de Hacienda correspondiente serán la concreción del principio de legalidad en estos casos.
- e) Derechos Laborales Colectivos modulados: En razón a la especialidad de la materia con la que se labora. Mientras mayor sea la necesidad social que recaiga sobre la actividad prestada existirá mayor modulación del derecho de huelga, por ejemplo.
- f) Régimen fuerte de deberes e incompatibilidades: Conjunto de deberes que recogen contenido profesional y ético.

Mencionamos ahora los principales deberes éticos y profesionales del servidor:

- f1. Prohibición de doble percepción de ingresos estatales
- f2. Represión del nepotismo
- f3. Represión de conflictos de intereses
- f4. Deberes de fidelidad, neutralidad e imparcialidad

- g) Régimen disciplinario peculiar: Basado en la singularidad de los supuestos que configuran faltas. Entonces, también el rompimiento de la vigencia de valores institucionales podrá acarrear sanción para el funcionario. En algunos sistemas, como el nuestro, la potestad disciplinaria persigue incluso a los ex-servidores públicos y pueden contemplar suspensiones hasta de por vida para ejercer función pública. La nota diferenciadora formal de esta potestad administrativa en comparación con la facultad de dirección de cualquier otro empleador es que ésta se encuentra dotada del *Ius Puniendi* Estatal, el mismo que arroja al Derecho Penal o al sancionador general.

2.3. El vínculo entre el sujeto y la entidad: la relación de especial sujeción

Continuar descifrando la esencia de la función pública requiere obligatoriamente hurgar en la naturaleza del vínculo que se establece entre el sujeto y la entidad. Hasta ahora hemos analizado la naturaleza de la materia que recae sobre las manos del funcionario para laborar. Así mismo, hemos visto como el contenido de la relación entre los sujetos ahora citados se han modulado en un sentido particular, dando lugar a prerrogativas y cargas fortificadas. Ahora, retrocedamos un poco a partir del último paso dado para analizar qué tiene que decir el Derecho respecto a la relación jurídica de Derecho Público instalada en este marco, pues tiene la importancia de darnos a comprender, y brindarnos un argumento más, para entender la situación hasta ahora vista del funcionario.

2.3.1. Las libertades y los derechos subjetivos individuales y públicos

El presente punto tiene como fin describir la teoría de las Relaciones Especiales de Sujeción defendida, en sus términos más acabados, por Otto Mayer entre fines del siglo XIX e inicios del siglo XX. La importancia de éstas ideas radica en la configuración sistemática que, a la luz del Derecho Público, realiza el alemán sobre las formas en que el

administrado puede relacionarse con el Estado, y en virtud a ello, cuál sería el contenido de la concreta relación jurídica⁵⁴.

Sin más preámbulo, el maestro alemán parte de la distinción entre lo que él llama un derecho individual subjetivo, un derecho público individual subjetivo y las libertades. Pasemos a delimitar estos puntos.

- a) Libertades: En este punto, el marco se desencadena a partir de una situación general resultante del orden establecido. El Poder Ejecutivo se encuentra limitado en el ejercicio de su derecho de dominación por la reserva de ley, por lo que queda para libre disposición del sujeto una gama de “Derechos Fundamentales”, “Derechos de libertad” o “Derechos del Hombre”⁵⁵. En todo esto deben verse posibilidades generales, no derechos. Para que pueda hablarse de un derecho, es menester que previamente se haya producido determinado efecto jurídico entre un súbdito individualizado y el Estado⁵⁶. A continuación, Mayer es gráfico brindando el siguiente ejemplo: *“Concedido, por ejemplo, un permiso de policía, nace allí una relación jurídica; el poder público no debe impedir al permisionario hacer lo que, sin el permiso, el reglamento de policía le prohibía. Pero, ¿Qué tiene ahora? ¿Cuál es el objeto del derecho que se desea reconocerle? Solamente tiene el derecho que tendría si*

⁵⁴ El presente apartado tiene como base bibliográfica los dichos del maestro alemán en la obra que él mismo tradujo al francés *“Le droit administratif allemand”* en 1904, posteriormente traducida al castellano, versión que sirve a nuestro trabajo, Mayer, O., (publicación original de 1904), *“Derecho Administrativo Alemán”*, Ediciones Depalma, Segunda Edición, Buenos Aires, 1982.

⁵⁵ En la obra del alemán, éste hace una cita a pie de página para explicar que usa el término de “Derecho” por ser el lenguaje que usan las cartas constitucionales de la época. A continuación, hace suya la crítica de Ulbrich, Jellinek y Laband quienes dirán que éstos no son derechos porque carecen de objeto. Distinto es que de la violación de intereses, así protegidos, puedan nacer verdaderos derechos y ello de ningún modo prueba que estos mismos intereses sean considerados como derechos. *Ibidem*, p. 141.

⁵⁶ *Ibid*, p. 142.

*ningún reglamento de policía se hubiera dictado en esa materia: es la libertad natural*⁵⁷.

- b) Derecho individual subjetivo: Determinación dada al poder jurídico genérico que se tiene en las libertades, en cuanto al sujeto al cual pertenece y a su objeto. En este sentido, el súbdito individualizado ha establecido relación jurídica con el Estado. Ejemplo a este punto será: *“una regla de derecho puede ordenar que ciertos permisos o servicios deban ser otorgados a todo individuo que reúna determinadas condiciones: en ello se originará inmediatamente un derecho a estas cosas, derecho que compete a todo el mundo o, como se dice de manera todavía más significativa, al público*⁵⁸. Se puede apreciar que el círculo subjetivo se va estrechando, ya no tenemos aquí posibilidades de ejercicio de facultades en potencia, sino que, como carácter esencial del Derecho, ya existe alteridad, en este caso con el Estado⁵⁹, que es contra quien se pretende el derecho.
- c) Derecho Público subjetivo: Contiene los rasgos esenciales de la relación nacida en virtud del derecho individual subjetivo; sin embargo, adquiere la peculiaridad de que la relación tiene como objeto el poder público. Este poder público pertenece al Estado; pero su ejercicio puede llegar a ser objeto de poderes atribuidos a los individuos, cuyo conjunto representa el Estado. *“El derecho público individual (subjetivo) es un poder jurídico sobre el ejercicio del poder público”*⁶⁰ dice Mayer.

⁵⁷ *Ibíd*, p. 146.

⁵⁸ *Ibíd*, p. 142.

⁵⁹ Cabe la salvedad que aquí se hace solo referencia al Derecho Individual subjetivo que se pretende frente al Estado; sin embargo, los derechos subjetivos nacen en cuanto los campos de libertad se ven amenazados o alterados por un sujeto distinto a su titular, sea dicho sujeto el estado o un ciudadano cualquiera. En ambos casos aparece el derecho, sólo es necesaria la presencia del otro. La llamada nota de alteridad de la cosa justa. Ver, Zegarra Mulanovich, A., *“Descubrir el Derecho: Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática”*, Palestra Editores, Lima, 2009, pp. 28-29.

⁶⁰ Mayer, O., *“Derecho...”*, *Ob. Cit*, p. 147.

2.3.1.A. Derechos públicos subjetivos

Hacemos un apartado exclusivo para este punto pues es aquí donde vamos a situar la teoría que nos importa. En este sentido, continuemos citando al autor en cuanto nos hable de estos derechos nacidos en relación jurídica pública.

En la concepción del alemán, tanto la ley como el acto administrativo pueden llamar al individuo a colaborar de diversas maneras en la gestión del poder público. En ese sentido, el súbdito sólo tiene semejantes poderes como derivados del Estado, pues no está en su naturaleza tenerlos. A ese fin, el Estado atribuye los poderes necesarios al sujeto creándose así, en su beneficio, verdaderos derechos públicos individuales⁶¹.

Algunos de estos poderes son cedidos al sujeto como *derechos de representación*. Deben ejercerse en interés y en representación del Estado. Aquí hace ingresar, como ejemplo, la figura del juez quien actúa en nombre del Estado, pero tiene el derecho de representarlo y ejercer por él este poder. Luego están *los derechos propios*, donde el titular del derecho puede optar por el camino que su juicio imponga, en favor de sus intereses y sobre el poder público que se les ha atribuido. Luego, el derecho público subjetivo puede ser catalogado, desde otro sentido, dentro de la forma de *posesión o de obligación*. En el primero de los sentidos, se plantea como de posesión el poder otorgado a los concesionarios del dominio público; en esta figura los particulares obtienen el derecho de ocupar una porción del dominio público estatal en su interés y con un fin determinado. Luego, en forma de obligación se apreciará cuando en la otra parte se encuentra un administrado que tiene un derecho de accionar el poder público. Entonces, para el detentador del poder se plantea como obligación. Pone el ejemplo del demandante frente al juez, en el sentido de obtener una decisión jurídica. Para finalizar estas distinciones, el derecho público subjetivo propio otorga a su

⁶¹ *Ibíd*, p. 150.

titular la facultad para transferirlos o renunciar a ellos, lo que por naturaleza no se encuentra en los derechos de representación⁶².

Entonces, la parcela pública cedida para representación del Estado y detentada como obligación es la calificación que de Mayer nos interesa. Dentro de los derechos públicos subjetivos entendidos de esta manera es posible encontrar ciertas relaciones complejas en el sentido de englobar solo una determinada cantidad de sujetos y donde existe una amplia potestad para variaciones internas. En este marco se desarrollan las relaciones colectivas de derecho público⁶³ y las relaciones de sujeción particular.

2.3.1.B. Relaciones de sujeción particular

Se debe partir de lo que se entiende por sujeción, de esta forma será *“Vínculo de dos personas desiguales desde el punto de vista del derecho, cuyo contenido lo determina la voluntad de la persona superior”*⁶⁴. La relación puede ser creada por ley o por acto administrativo⁶⁵; sin embargo, una vez dentro de ella el medio por el que se diagrama la relación será el de los actos administrativos. Son, entonces, instrucciones contenidas en los reglamentos de servicio y que actúan con la fuerza de la relación particular de sujeción, es

⁶² *Ibíd*, pp. 150-160.

⁶³ Prestaciones impuestas, en interés público, a una pluralidad de individuos en común, de suerte que se cumple, por el conjunto de sus contribuciones, el resultado querido. Las cargas colectivas para caminos, escuelas, asistencia pública, proporcionan los principales ejemplos. *Ibíd*, p. 145.

⁶⁴ *Ibíd*, p. 144.

⁶⁵ Ya alcanza a decir el alemán sobre el papel de la ley en la configuración de estas relaciones: *“La actividad administrativa que ellos desarrollan en nombre del Estado (refiriéndose al funcionario) está regulada por los deberes de la función y por instrucciones expresas; de esta manera se determina al mismo tiempo lo que por ella debe acontecer al súbdito. Así ocurría ya bajo el antiguo sistema. Pero hoy la ley relativa a la actividad que persigue los fines del Estado, la ley administrativa, interviene en estas relaciones y ejerce la fuerza obligatoria que le es propia”*. *Ibíd*. p. 107.

decir, sólo puede tener efecto respecto de los individuos y para las obligaciones incluidas en ella⁶⁶.

Así mismo, Mayer entiende que el campo de los Derechos Fundamentales o libertades se ve restringido al ingresar en esta relación particular de sujeción en razón del consentimiento del interesado⁶⁷. Indica que el protegido por la reserva de ley, y por ende protegido en sus libertades, es libre para someterse, en cierta medida, a cargas personales, obligaciones, etc. Debe entenderse en todas las reservas constitucionales que supone la reserva de ley, la cláusula tácita: *a menos que la parte interesada dé su consentimiento*. Es posible rastrear este principio incluso al Derecho Romano, donde ya se preveía la situación bajo el adagio *volenti non fit iniuria*. Catalogados quedan, en este caso, los actos que así se diesen como actos administrativos en virtud de sumisión⁶⁸.

Para finalizar este apartado descriptivo de la teoría del alemán, citemos las características básicas que Gallego Anabitarte⁶⁹ ha podido notar de esta peculiar relación jurídica:

- Acentuada situación de dependencia, de la cual emanan determinadas obligaciones.
- Estado general de libertad limitada.
- Existencia de una relación personal.
- Imposibilidad de establecer de antemano contenido y extensión de las prestaciones, así como la intensidad de las necesarias intervenciones coactivas en la esfera de los afectados.
- El hecho de que el individuo tiene que obedecer órdenes, las cuales no emanan directamente de la ley.
- El hecho de que esta situación se explique en razón de un determinado fin administrativo.

⁶⁶ *Ibíd*, pp. 136-137.

⁶⁷ *Ibíd*, p. 129.

⁶⁸ *Ibíd*, p. 130.

⁶⁹ Gallego Anabitarte, A., "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración", En *RAP*, núm. 34, 1961, pp. 11-51.

- La alusión a un determinado elemento de voluntariedad en dicha situación de sometimiento.
- El admitir, expresa o tácitamente, que la justificación de dicha relación se encuentra en la necesidad de una eficiencia y productividad administrativa.

2.3.2. Críticas sobre la teoría

Actualmente, las relaciones de sujeción especial son aborrecidas por aquellos quienes se inclinan por la seguridad jurídica antes que la eficacia administrativa. Se plantea que son insostenibles por introducir, en el auge del reino del Derecho, ámbitos exentos de control de legalidad. Pasemos a desmenuzar algunas de las críticas más relevantes.

Si tomamos lugar en el tiempo deberíamos empezar por la crítica basada en todo un nuevo orden respecto al Derecho que infundió Hans Kelsen. A la luz del positivismo Kelseniano la teoría de Mayer se encontraba mal enfocada. De esta forma, Adolf Merkl, calificado como el máximo representante de la corriente de Kelsen en el Derecho Administrativo, rechaza la existencia de deberes públicos especiales que se sustenten en una relación especial de poder y no en un precepto determinable del orden jurídico⁷⁰. Completa Merkl que el tan famoso deber de obediencia del súbdito no existe *a priori*, sino que es un resultado *a posteriori* del precepto jurídico⁷¹.

Las posteriores críticas serán el desarrollo de la incertidumbre que ya Merkl había planteado. Gallego Anabitarte no logra concebir y conciliar el Estado de Derecho con una institución que plantea vivir desregulada⁷². Entonces,

⁷⁰ López Benites, M., “*Naturaleza y presupuestos constitucionales de las Relaciones Especiales de Sujeción*”, Monografías Civitas & Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1994, pp. 104-105.

⁷¹ Merkl, A., (obra original publicada en 1935), “*Teoría General del Derecho Administrativo*”, (Edición de José Luis Monereo Pérez), Editorial Comares, Granada, 2004.

⁷² Dice Gallego en relación a la consecución legítima de los fines de una institución, donde su regulación es paso importante “*El problema surge cuando esa regulación no*

lo imprevisible de la institución aquí defendida podría verse desde varios puntos.

Iniciemos por la indeterminación conceptual de la figura. Es que las Relaciones Especiales de Sujeción, luego de sus primeras concepciones, han sido usadas en Europa Continental y América Latina para explicar situaciones de las más diversas, empezando por el comprensible caso de los funcionarios públicos para terminar, por ejemplo, en el campo del Derecho Privado fundando la relación del Empresario con su empleado o del Padre respecto al hijo⁷³.

A continuación, la crítica recae sobre la distinción entre Ley formal y ley material que Paul Laband introdujese en el siglo XIX. La ley formal se entiende como aquella emitida por el Parlamento como legitimado por el Poder del Pueblo. Luego, la ley en sentido material es todo aquella que contiene una regla jurídica, una proposición jurídica. Luego, una proposición jurídica es aquella que afecta en algún modo la esfera jurídica del individuo o comunidad política, por lo tanto, para existir proposición jurídica deben existir dos personalidades pues se entiende que regula situaciones externalizadas, a decir, las personalidades individuales que conforman la sociedad y la personalidad del Estado⁷⁴. La proposición jurídica o regla de derecho se limita a fijar el alcance de las relaciones entre la persona del Estado y los

es realizable: a) dada la imposibilidad de determinar la extensión y contenido de las respectivas prestaciones, así como la intensidad de las posibles intervenciones en la esfera de los afectados, es decir, cuando entra en juego la llamada imprevisibilidad.” Gallego Anabitarte, A., “Las relaciones especiales...”, *Ob. Cit.*, p.38.

⁷³ Gallego cita aquí el trabajo de Richard Thoma, *Polizeibefehl*. Más adelante, respecto a la definición de la figura, el español dira “En el caso de la Relación Especial de Sujeción hay que desistir, y esto tanto por la gran diferencia que existe entre las figuras jurídicas que se comprenden bajo dicho concepto, como por el hecho de ser la RleS una institución que se desarrolló un poco al margen, careciendo de la consiguiente investigación científica que la hubiese acuñado con el debido rigor. Y esto tiene como consecuencia que en el fondo cualquier definición dependerá del libre arbitrio de cada autor.” *Ibidem*, p. 14.

⁷⁴ En la época en que aparece esta distinción, Estado se entiende como Ejecutivo o Monarca debido a la intensa distinción entre Parlamento/Pueblo y Estado/Monarca de la Monarquía Constitucional de los Estados Alemanes del siglo XIX.

ciudadanos. En este punto se comprende que lo que se produzca en el interior de la personalidad del Estado es tan indiferente al Derecho como lo que sucede al interior de cada persona individual⁷⁵. Las situaciones internas de la Administración no serían jurídicamente analizables.

De la anterior idea se entiende también el nacimiento del concepto de Reserva de ley como aquella institución que protege los ámbitos de libertad y propiedad de los ciudadanos frente a la intervención del Estado. Consecuencia de ello, entonces, que toda actividad administrativa que tenga repercusión en aquellos ámbitos de libre disposición ciudadana y se pretenda legítima, deberá estar basada en la ley. La concepción de la actividad interna de la administración como una esfera de auto organización fuera del alcance jurídico implicará que la reserva de ley no alcance el ámbito de las relaciones especiales de sujeción.

Luego, y aquí si intervienen directamente los dichos de Mayer, se explicará que el consentimiento del sujeto subordinado será suficiente para romper lo planteado por la Reserva de Ley. En este sentido, es el mismo sujeto quien a voluntad se somete a un régimen jurídico donde sus libertades se ven limitadas. Se critica, de este modo, si existe verdadero consentimiento en estos casos, pues se observa que en el caso de prestaciones estatales esenciales donde el Estado tiene el monopolio no existiría esa libertad de decisión, así mismo sucedería con la condición de funcionario, cuando las condiciones sociales de la nación obligan al sujeto a servir al Estado. El punto más fuerte aquí sería que de interpretar que la voluntad del individuo permite al Estado inmiscuirse en los Derechos Fundamentales se estaría dando el caso de una delegación individual del poder del soberano, delegación que solo es posible por el Poder que detenta la soberanía constitucionalmente, el Legislativo⁷⁶.

⁷⁵ López Benites, M., *"Naturaleza y presupuestos..."*, Ob. Cit., pp. 49-52.

⁷⁶ Gallego Anabitarte, A., *"Las relaciones especiales..."*, Ob. Cit., pp. 30-37.

2.3.3. Desmitificando la relación especial de sujeción

Para entender el verdadero alcance de la teoría es preciso arroparla de contexto histórico. Estas ideas de Derecho Público toman forma en el régimen de Monarquía Constitucional que presentaban los Estados Alemanes luego de las revoluciones liberales en el mundo. Lo que esto significa es que el parlamento detenta ahora la soberanía, sin embargo, el alcance de este poder sólo es a expensas del pueblo, en el sentido de proteger sus ámbitos de libre desarrollo respecto al Monarca o Estado. En efecto, existe una separación muy radical entre la representación popular y el Monarca. Este último sería un auténtico órgano primario por ser derivado directo de la Constitución, y el Parlamento un órgano secundario por derivar su poder del Pueblo, quien sí sería órgano primario. En este sentido, lo que ocurría en el fuero interno del Poder Ejecutivo no importa al órgano de representación popular en cuanto no afecta a las libertades del Pueblo⁷⁷.

En tal contexto es perfectamente comprensible que nazcan ideas como la separación entre Ley formal y Ley material de Laband que ha sido criticada antes. Los albores de la teoría aquí estudiada tienen ocasión en la teoría de la sujeción orgánica de Schmitthenner, donde el autor plantea que existe una relación de poder entre el Estado y sus servidores donde el reglamento es el instrumento genuino para desarrollarlas. A pesar de ello, ante la ya regulación de algunos derechos de los funcionarios en la época, el autor reconocerá que cuando la relación se fija en razón a una regla de Derecho coexistirá, entonces, una parte jurídica y una parte orgánica dentro de la misma relación⁷⁸. Ante este contexto histórico, y las teorías que ya se tejen, parece

⁷⁷ “Por un lado, se ubica el bloque representado por el Monarca, la Administración, el Ejército y el Funcionariado; por otro, el constituido por el Parlamento, el pueblo y la sociedad. Se ha desembocado así en la antinomia Estado/sociedad, que es una premisa fundamental para entender todo el desarrollo de esta época, y en particular, el surgimiento de instituciones como las relaciones especiales de sujeción.” López Benites M. “Naturaleza y presupuestos...”. *Ob. Cit.*, pp. 48-49.

⁷⁸ *Ibíd.*, pp. 53-55.

servida la escena para que se construya una teoría ajena a los cauces del Estado de Derecho.

Ello fue lo que, en efecto, ocurrió en el lapso histórico entre la teoría de Schmitthenner y Mayer, aparecieron diversos autores⁷⁹ cuyo fin no era buscar un sistema jurídico-administrativo determinado en el cual engarzar las relaciones de especial sujeción, sino comprender una relación de poder singular abstracta de cualquier ámbito. Es por ello que se mueven entre las relaciones privadas y públicas, entre los protagonistas fuertes, Estado y padre de familia, y los sometidos, el funcionario y el hijo⁸⁰.

Ahora, a Mayer si le importaría establecer un sistema jurídico administrativo y determinar esta sujeción particular a un ámbito, el público. Podemos empezar constatando ello pues delimita el alcance subjetivo de sus ideas a cierta pluralidad de súbditos del Estado⁸¹. De esta manera, la figura con un amplio margen de interpretación y, por ende, poca certeza no se debe atribuir al autor sino al intérprete. Por si esto fuera poco, el presente trabajo, por los argumentos planteados hasta ahora, pretende aplicar la relación de sujeción especial sólo a los funcionarios públicos en cuanto legítimos gestores del poder público del Estado. No alcanzaría a los concesionarios u otros colaboradores en el

⁷⁹ López cita aquí a Georg Meyer, Viktor Ehrenberg, Heinrich Rosin, Hermann Schulze, Carl Gareis, etc. *Ibidem*, p. 62.

⁸⁰ En el mismo sentido, nos explica Lorenzo Cotino, que las relaciones de sujeción especial fueron adaptadas en España alrededor de la década de los 70' cuando España se encontraba bajo el régimen dictatorial de Francisco Franco. *"En aquel momento (la figura) se empleó de forma expansiva, sirviendo para legitimar diversos abusos de aquel poder no democrático. Como se ha afirmado con acierto 'fue muy cómodo para la jurisprudencia tapar los déficits de legalidad utilizando ese ungüento mágico de las relaciones de especial sujeción'"*. Cotino Hueso, L., "Relaciones de Especial Sujeción: Su diversa evolución en España y Alemania", En *Revista del Poder Judicial Español*, 3era época, núm. 55, 1999, pp. 291-324.

⁸¹ Al hablar de la relación de sujeción particular, Mayer expresa *"En este sentido, la relación entre el Estado y el súbdito es un vínculo de sujeción importante. Pero, principalmente, con esta palabra queremos designar una relación de sujeción creada especialmente para el súbdito o más para cierta pluralidad de súbditos. Es una relación jurídica de derecho público por la cual el individuo está vinculado respecto del Estado."* Mayer, O., *"Derecho Administrativo..."*. Ob. Cit., p. 144.

servicio público estatal, ni tampoco nos interesa, ahora, analizar la situación de los presos o el servicio militar obligatorio, figuras emblema de este tipo de relaciones.

Luego, si la escena estaba servida para que Mayer moviese su teoría fuera de los alcances del Derecho, no sucedió de tal forma. Queda claro que la jerarquía es un valor importante en la configuración del autor, y que la orden y el poder disciplinario serán los ejes de dirección del individuo al cumplimiento del fin; sin embargo, el autor ya advierte del peligro que supondría el ejercicio de estas potestades en forma ilimitada. Por ello exige que la orden tenga por contenido la conducta ejercida en el servicio y no abarque actos de la vida privada, con la consecuente facultad del subordinado a examinar la orden emanada por el superior.⁸² En la misma línea, cuando Mayer nos habla de la situación del súbdito como “*Estado de libertad restringida*” debemos ser perspicaces y entender que el autor tiene presente la figura de la libertad incluso en el ámbito interno del Ejecutivo. La libertad existe aquí, aunque direccionada en favor del funcionamiento de la gran máquina administrativa⁸³.

Terminemos con la idea hasta ahora planteada, el padre de la relación de especial sujeción trata de conciliar las particularidades de la Monarquía Constitucional de su entorno con el Estado de Derecho de las revoluciones liberales. De esta forma, dedica un capítulo entero al *Rechtsstaat*⁸⁴ en su Derecho Administrativo Alemán. Entonces, distingue en el Poder Ejecutivo una función de justicia, en la cual actúa como el Poder Judicial y función ejecutiva propiamente dicha. En ambas funciones existirán decisiones de la autoridad administrativa conocidos como actos administrativos los cuales son el correlativo de las

⁸² López Benites, M., “Naturaleza...”. *Ob. Cit.* pp. 71-72.

⁸³ “Mayer no propugna un sacrificio pleno de la libertad en aras del funcionamiento de la ‘gran máquina administrativa’, sólo trata de compatibilizar los derechos de los particulares que sirven o se integran en esa máquina con la necesaria e imprescindible eficacia de la misma.” *Ibidem*, p. 67.

⁸⁴ Estado de Derecho.

sentencias judiciales, y en el mismo sentido están investidas por la legitimidad que brinda la ley⁸⁵. Ello es congruente con la admiración que del sistema francés tenía Mayer⁸⁶. Consolidamos nuestra posición con la siguiente cita textual: *“La expresión elegida (en referencia al Rechtsstaat) indica lo que se exige del Estado; es necesario que en todo lugar y momento donde su actividad puede producir efectos en otras personas (sus súbditos), exista un orden regulado por el derecho”*⁸⁷.

Si existe un punto criticable en la teoría del alemán es la figura del consentimiento como clave de ruptura de la reserva de ley. Acogemos, de esta forma, la crítica del español Gallego cuando indica que el ciudadano no puede obtener la soberanía de forma directa para decidir sobre el contenido de sus derechos, sino mediante la forma legítima implementada que es a través del pueblo. Sin embargo, y no con el fin de justificar la idea sino para hacerla más familiar, tenemos que indicar que la figura de la reserva de ley nace sobre la idea de libertades que se plantean anteriores a toda presencia del Estado, y que, con su advenimiento, éste sólo podrá establecer un régimen de policía sobre aquellas. En el sentido de esta idea, ¿Podríamos considerar el desarrollo de funciones públicas como una libertad humana así entendida? Absurda idea pues no se puede entender la función pública sin la necesaria existencia del Estado. De esta forma, aquellas libertades anteriores al Estado se plantean como primarias y naturales al ser humano. No dudamos que, al día de hoy, el ejercicio de cargo público sea un Derecho Fundamental, sin

⁸⁵ Mayer, O., *“Derecho...”*, Ob. Cit., pp. 73-75.

⁸⁶ Mayer expresa la admiración que tiene por el sistema francés en el sentido de llevar con efectividad y rapidez a la práctica los ideales populares que no se aprecia en su nación, donde recién en la Ley de Bonn se encontrará práctica trascendencia del Estado de Derecho, en la siguiente forma: *“El derecho francés, y su historia, son particularmente instructivos para nosotros, porque están siempre adelantados algunos pasos con relación al nuestro, y porque lo pasado es más fácil de comprender que lo presente; además existe la particularidad, conforme al genio del pueblo francés, que en Francia todas las nuevas ideas de Derecho Público se formulan y ponen en ejecución bruscamente. Para servirnos de una comparación, diremos que ellas para siempre aparecen inmediatamente en plantas plenamente desarrolladas. Ibídem, pp. 69-70.*

⁸⁷ Ibídem, p. 79.

embargo, no es de aquellos que tienen procedencia en la naturaleza humana, sino que son derivados de la construcción consensuada que se encuentra en el ser del Poder Público. Siendo, entonces, fruto del consenso, tiene una especial sujeción a la modulación que el Estado experimenta con el paso de la historia⁸⁸.

Continuando con la crítica al consentimiento, actualmente no es posible entenderlo como elemento decisivo para dar paso a la relación de sujeción profesional⁸⁹ pues ya no existen los Derechos, aunque fundamentales, absolutos. No podremos explicar esto mejor sino citando a Castillo Córdova: *“La autonomía de la voluntad es una realidad limitada, entre otros criterios, por los derechos fundamentales, ya sean de terceros o de uno mismo. En estos casos se trata de evitar un abuso del derecho, es decir, el ejercicio extralimitado del contenido constitucional de un derecho fundamental. En efecto, como regla general vale la que afirma que no puede formar parte del contenido constitucional de ningún derecho fundamental la pretensión de vulnerar otro derecho fundamental.”*⁹⁰ De esta forma, nadie podrá indicar que sacrifica sus libertades personales en pos de ejercer su derecho al cargo público.

La idea anterior no sólo tiene como efecto derrumbar la figura del consentimiento sino que tiene doble efecto, siendo el segundo, entender que el Derecho Fundamental, cualquiera sea el ámbito en que se encuentre el sujeto, tiene límites. Tanto derechos originarios y procedentes de la naturaleza humana como los nacidos del consenso social encontrarán

⁸⁸ El Derecho al cargo público existe en cuanto existe Estado, no anterior a éste, y en obligatoria referencia a lo que la ley, de forma positiva, instituya sobre él.

⁸⁹ Mayer entiende que existen tres tipos de sujeción especial en servicio al Estado: La obligatoria, donde se encuentra el servicio militar y donde la ley es el factor de impulso; la profesional, donde aparece el funcionario y el consentimiento es el origen de la relación; y las honorarias. López Benites, M., *“Naturaleza...”*, Ob. Cit., pp. 68-69.

⁹⁰ Castillo Córdova, L., (obra original publicada en 2006), *“Autonomía de la voluntad y Derechos Fundamentales”*, En Repositorio Institucional de la Universidad de Piura, *Pirhua*, p. 15, [Fecha de consulta: 18/01/2017]. Disponible en https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1942/Autonomia_voluntad_derechos_fundamentales.pdf?sequence=1

delimitación. Encontramos, de partida, que la Constitución Peruana de 1993 reconoce en su contenido dogmático ciertas precisiones como las siguientes que resaltamos mediante cursiva:

Artículo 2. Toda persona tiene derecho a:

(...)

3. La libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociado. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, *siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.*

(...)

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. *Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.*

(...)

12. A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren permiso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente *por motivos probados de seguridad o sanidad pública.*

(...)

Artículo 59. El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. *El ejercicio de éstas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública*⁹¹. (Todas las cursivas son agregado nuestro)

Entonces, encontramos que, en concordancia con lo mencionado hasta ahora sobre los límites del Derecho Fundamental, uno de los límites serán otros Derechos Fundamentales del mismo individuo o el Derecho Fundamental del otro. Ahora, en la línea del respeto a las

⁹¹ Constitución Política del Perú. 1993. Fecha de consulta [18/01/17]. Disponible en <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>

libertades ajenas, es posible plantear que la convivencia en sociedad modula los Derechos Constitucionales del individuo, hasta delimitar su contenido constitucionalmente protegido. Los intereses de la sociedad, entonces, son importantes y jurídicamente transformadores para el Derecho del particular. Es válido decir que es el bien común el que se encuentra detrás de las consideraciones que hace el constituyente al decir que la moral, la salud, seguridad y orden público son razones válidas para limitar la libertad de pensamiento, de reunión, de ser informado en asuntos públicos, de contratar, de trabajar y formar empresa, etc. Todos esos conceptos jurídicos indeterminados encierran en el fondo la consideración del derecho ajeno en el ejercicio del propio.

A partir de lo dicho, si el ciudadano, sujeto esencia de toda construcción jurídica, tiene que tomar especial cuidado en el bien común al ejercitar sus derechos, ¿No sería congruente pensar que la Administración, cuerpo creado con el principal fin de satisfacer el bien común, y por ende sus órganos, deben tener un mayor cuidado aún, en este sentido? No solo sería congruente, sino que es necesario pensarlo así. El instituto creado para satisfacer el bien común no encuentra generales modulaciones de su actuación en el bien común, sino que encuentra cada movimiento que dé justificado por ese bien. Ello se desprende a partir de concebir que el principal, más no el único, llamado a dar plena vigencia de los Derechos Fundamentales es el Estado, por ello es que su actuación se encuentra vinculada positivamente a la ley.

Insistiendo en la idea, cuando el artículo 42 de la Constitución Política nos indica que los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional no cuentan con derechos de Sindicación y Huelga debemos pensar que la modulación de los Derechos Fundamentales aquí se está desarrollando de manera natural y congruente al bien común que aquellos sujetos cautelan. Es más, no es una disposición con forma de instrucción que escapa a la regulación del Derecho, sino que

es la forma natural en que la Constitución concibe el desarrollo de las funciones soberanas del Estado, con un acentuado respeto del bien común⁹².

Abandonemos el temor que el Poder Ejecutivo podrá reglar la vida de sus funcionarios fuera de la ley, ello ya no es posible desde que la Constitución y la Ley reconocen cada uno de los ámbitos de la vida del funcionario, desde sus derechos, obligaciones hasta su régimen disciplinario. No otra cosa quiere decir la Carta Magna cuando otorga al Presidente de la República la función primera de ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones, esto quiere decir, que el Acto Administrativo deberá ser *secundum legem*⁹³. Ya no existe en el Ordenamiento Nacional los Actos Administrativos *supra legem*, o independientes.

A criterio nuestro, no queda duda que en la inserción de un sujeto al servicio del Estado se genera una especial sujeción de éste hacia el bien común⁹⁴. Si se quiere, la

⁹² Sobre los llamados límites de los Derechos Fundamentales como un proceso natural de conformación del Derecho: “*En esto consiste la nueva definición de los llamados ‘límites’ de los Derechos Fundamentales. Los límites dejan de ser intervenciones que influyen sobre su contenido y que proviene desde fuera del derecho mismo, para convertirse en unos contornos que deben ser sacados a la luz, exteriorizados, y que son contornos que por su propia naturaleza y concreta finalidad, tiene atribuido cada derecho, al cual le son inmanentes.*” Castillo Córdova, L., (obra original publicada en 2005), “¿Existen los llamados conflictos entre Derechos Fundamentales?”, en Repositorio Institucional de la UDEP, Pirhua, p.20, disponible en https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1911/Existen_los_llamados_conflictos.pdf?sequence=3

⁹³ Incluso en el ámbito de la organización interna de la Administración, la Constitución Peruana otorga al Legislativo la facultad de organizar el aparato público ejecutivo en base a Leyes Orgánicas.

⁹⁴ Gráfica, en este sentido, se presenta una Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional cuando indica: “*Por su propia condición de derechos constitucionales su ejercicio no es ilimitado, puesto que sus excesos son susceptibles de ser sancionados. Los límites que pueden establecerse por el ejercicio de estos derechos son varios y, como regla general, se determinan tomando en consideración la naturaleza de los derechos en cuestión. No obstante, en determinados supuestos, el legislador puede fijar una diversa clase de límites a tales libertades, límites cuya justificación se encuentra en las*

relación de sujeción especial del sujeto no será con la Administración, quien sólo será la legítima gestora de dichos bienes, sino con el ordenamiento jurídico. Queda claro, a nuestro parecer, que no habría duda en plantear una relación de supremacía especial de la ley para con los funcionarios públicos. La idea original de Mayer de compatibilizar libertades y eficacia administrativa a la luz del Derecho, permanece intacta. Entenderlo de otro modo haría incomprensible las particularidades que el status de servidor estatal presenta.

Como conclusión, es preciso citar los argumentos del Profesor Abruña Puyol cuando hace defensa del privilegio de auto-tutela de la Administración Pública y hacerla nuestra en el campo de la defensa de la potestad discrecional de la auto-organización: *“No es más democrático un Derecho Administrativo porque carezca de la institución de la ejecutoriedad, sino porque todos sus actos estén señoreados por la ley”*⁹⁵. Sin más, ello es posible de total subsunción en la figura de la auto-organización estatal y la especial sujeción que ello implica, las que deberán encontrar legitimidad en su regulación legal y no en su desaparición.

2.4. La potestad auto-organizativa de la administración pública

El apartado anterior nos deja una senda que no podemos obviar, actualmente ya no existe ámbito de la convivencia social que escape a la ley de leyes, la Constitución, dentro de un Estado de Derecho⁹⁶. Claramente, de una manera especial vincula este precepto al Poder Público. En este sentido, ¿Sería correcto

relaciones especiales de sujeción bajo las que se encuentran determinados individuos.” STC N° 866-2000-AA/TC de fecha 10 de julio del año 2000.

⁹⁵ Abruña Puyol, A., *“Delimitación jurídica...”*, Ob. Cit., p. 138.

⁹⁶ Sobre este punto ver, Castillo Córdova, L., (obra original publicada en 2007), “La inexistencia de ámbitos exentos de vinculación a la Constitución”, en Repositorio Institucional de la Universidad de Piura, *Pirhua*, [Fecha de consulta: 19/01/17]. Disponible en https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2071/Inexistencia_ambito_extentos_vinculacion_constitucion.pdf?sequence=1

identificar totalmente ley con Poder Público? A parecer nuestro sería un razonar precipitado. La ley es referente necesario en toda actuación estatal; sin embargo, no es, ni por asomo, el contenido total de cada decisión de los poderes estatales, sino más bien sólo el comienzo. Del parlamento, la ley es su producto final, su fin; sin embargo, el camino para llegar a tal desenlace se ha visto imbuido por intereses de los más diversos, representados por cada uno de los diputados quienes tienen sobre su cabeza intereses públicos marcados, que deberán evidenciarse en la ley. Por su parte, el Poder Judicial es el órgano del Derecho, y decir que la ley es su inicio y fin será tanto como decir que el Derecho es la ley. Desde los primeros años en las aulas universitarias tenemos entendido que la ley es sólo herramienta, y desde que el Derecho es un arte desarrollado por humanos, su sapiencia y prudencia en determinar lo justo en cada caso concreto llenarán de contenido cada una de sus decisiones. No otra cosa realiza el juez⁹⁷. De la misma forma el Ejecutivo, que en el sentido de ser gestor legítimo del bien común podrá ser denominado como Órgano Político⁹⁸, tiene la ley como matriz de su actuar, y en este sentido su actuar será jurídicamente analizable, pero la Constitución le ha dotado de la facultad de decidir lo mejor para la *polis* no sólo en base a criterios jurídicos, sino que, en la mayoría de casos, sus actos tendrán mucho de criterios analizables más allá de lo que es justo.

Efectivamente, la clásica separación de poderes ha delimitado funciones específicas a cada gestor del Poder Público en donde cada uno de ellos tendrá un margen de libertad para decidir acorde a su potestad constitucional, claro está, sin perder de vista los dichos del soberano del poder. No otra cosa quiere significar una

⁹⁷ Conviene en este punto remontarnos a los primeros años de Universidad cuando el profesor Álvaro Zegarra nos decía: *"No vemos que el juez y el abogado (juristas típicos) se ocupen de la ley, así, en general, y en todos sus aspectos. De hecho, no 'fabrican' leyes (para eso están los gobernantes). Sí trabajan con la ley: les interesa para hallar respuestas a ciertos problemas. Solucionar éstos es su verdadera ocupación. Y una vez que obtienen su respuesta, dejan en paz la ley. De donde hemos de deducir que el derecho no es la ley. En realidad, al jurista la ley le interesa mucho, y escribe bastante sobre algunas de ellas, pero porque le proporciona una información muy útil para otro propósito: hallar el derecho, que sí es el objeto propio y específico de su saber."* Zegarra Mulanovich, A., *"Descubrir..."*, Ob. Cit., p. 23.

⁹⁸ *"La Política busca el buen funcionamiento de la sociedad, las condiciones convenientes para su desarrollo y progreso."* *Ibidem*, p. 33.

potestad discrecional, siendo entonces el ejercicio legítimo del Poder en cuanto complemento a la ley, por alguno de los órganos que tienen atribuido el poder público, en pos de la consecución de sus fines constitucionales⁹⁹.

Luego, en cuanto potestad del Ejecutivo, lo dicho se manifiesta en una “libertad”¹⁰⁰ respecto al legislativo y al judicial, pues como se aprecia, la discrecionalidad implica que el Ejecutivo se despliega sobre aquellas parcelas que la Constitución le ha otorgado como función: en decidir qué será lo mejor para el bien común, lugar donde la injerencia del Legislativo y el Judicial deberá quedar disminuida¹⁰¹. En efecto, en la primera de sus vertientes la figura nace a partir de una determinación legal o remisión normativa¹⁰² que habilita a la Administración Pública a

⁹⁹ Manuel Atienza planteó la posibilidad de gradación sobre la potestad discrecional según el órgano que la desarrolle. Entonces, dice Atienza, la discrecionalidad que el juez ejercita en los casos difíciles será una discrecionalidad débil, en cuanto que su decisión no está completamente predeterminada por reglas; la administrativa será una discrecionalidad fuerte, en cuanto la conducta en cuestión está expresamente no predeterminada; y será fortísima en el caso de la Legislación. Al respecto, Vignolo Cueva comenta en complemento a la posición que ahora planteamos “*No estamos pues, frente a grados sucesivos de discrecionalidad, según el actuar de cada poder público, permitidos desde un concepto transversal, común y aplicable sin mayor problema a todos ellos, sino, y en esencia, frente a actividades institucionales que conforman y definen la propia naturaleza jurídica de cada uno de ellos.*” Vignolo Cueva, O., “*Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*”, Editorial Palestra, Lima, 2012, p. 150.

¹⁰⁰ Libertad entre comillas pues sólo se puede hablar de ella en sentido figurado. Libertad en su sentido pleno sólo es predicable de la situación del ciudadano en virtud de ser un componente antecedente al Ordenamiento Jurídico. No es posible entender en tal sentido la libertad que aquí se predica pues el Estado precede al Ordenamiento Jurídico y sus márgenes de actuación se vinculan positivamente a la ley. Ver, Baca Oneto, V. S., “La discrecionalidad administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”, en *Revista de Derecho Administrativo del CDA*, p. 184, [Fecha de consulta: 19/01/17], disponible en <http://www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo>

¹⁰¹ En la clásica definición de Bullinger, la discrecionalidad administrativa será “*el margen de libertad que se deriva para la Administración Pública cuando su actuación no está completamente determinada por una ley ni puede ser revisada totalmente por un tribunal*”. Bullinger, M., “*La discrecionalidad de la Administración Pública: Evolución, funciones, control judicial*”, en *Revista La Ley*, núm. 4, 1987, pp. 896 y ss.

¹⁰² “*Así, la atribución de potestades discrecionales a la Administración no se produce como consecuencia de una ‘no regulación’ o de una ‘deficiente regulación’ realizada por el legislador. La discrecionalidad, en primer lugar, no nace de una ‘no regulación’,*

decidir sobre lo más conveniente acorde al bien común. Luego, y aquí nace la segunda de sus vertientes, dichos actos administrativos complementarán la remisión legal con contenido extra-jurídico por lo que en dicho campo el control judicial se ve ciertamente mermado. Es que el Juez, al ser órgano del Derecho, está plenamente facultado a analizar los criterios que de cualquier sujeto emane en la sociedad, en lo que de jurídico tengan. De esta forma, el acto administrativo cuenta con elementos reglados, constatables de forma automática en la ley y plenamente controlables por el Poder Judicial¹⁰³ y, por otro lado, cuenta con un componente discrecional del acto que, como indicamos, cuenta con criterios extrajurídicos que son posibles de identificar como políticos, de oportunidad, técnicos, etc. Que el control recaiga en plena propiedad sobre el actuar reglado administrativo no significa que el juez no pueda, de ninguna forma, analizar el componente de “libertad”. Decir aquello sería quitarle el carácter de “plena jurisdicción” que se predica del proceso contencioso administrativo. Por el contrario, es necesario que el juez analice dicho componente y a partir de criterios de prudencia, equidad e, incluso, sentido común podrá determinar la nulidad del acto que tiene frente a sí. No es pues un mero proceso al acto o *nomofiláctico* donde el juez deberá comprobar el acaecimiento de requisitos tasados, sino que éste deberá analizar el fondo del asunto para tomar la decisión. Lo que queda proscrito, en virtud de la discrecionalidad administrativa, es que el juez sustituya la decisión de la Administración Pública por una propia¹⁰⁴, ello implicaría desconocer la separación constitucional de poderes y funciones.

porque siempre deriva, explícita o implícitamente, del ordenamiento jurídico. Por otro lado, la discrecionalidad no consiste tampoco, al menos no esencialmente, en una ‘no regulación detallada’ o en una ‘deficiente regulación’, puesto que la falta de detalle en la regulación no tiene por qué implicar una atribución a la Administración, y no a los jueces, de las facultades para concretarla.” Baca Oneto, V.S., “La discrecionalidad...”, Ob. Cit., p. 185.

¹⁰³ Son cinco los elementos reglados básicos, que no pueden dejar de aparecer en el acto administrativo: sujetos, causa, contenido, fin, procedimiento. Ver, Vignolo Cueva, O., “Discrecionalidad ...”. Ob. Cit., pp. 133-134.

¹⁰⁴ Nos indica Baca Oneto que existe un caso en que es posible para el juez sustituir la decisión de la Administración por una decisión propia. Es el caso en que acorde a la delimitación del campo de actuación de la Administración se concluya que sólo existe una única solución adecuada a Derecho. A opinión nuestra, de dar cabida a esta posibilidad tendríamos que entender que en el caso concreto la Administración no tenía

Corresponde, a continuación, concretar el ámbito de la discrecionalidad de la que estamos hablando al campo de la organización propia de la Administración Pública. De acuerdo a nuestros fines, creemos conveniente, en primer lugar, definir qué cosa *no* es discrecionalidad auto-organizativa de la Administración Estatal.

El campo de la organización interna de la Administración Pública ha sido una de los ámbitos clásicos donde se lleva esta discrecionalidad al extremo. En razón a lo que parecería ser un rezago de la teoría de la ley formal/material, ya explicada anteriormente, se plantea la presencia de Reglamentos Independientes en este campo de la actividad administrativa. La justificación dada es la ausencia de efectos jurídicos, que se desprende estos actos, sobre el ciudadano titular de las libertades. La jurisprudencia nacional no ha sido ajena al desarrollo de ideas similares. En este sentido, la STC 0001/0003-2003-AI/TC que admite la existencia de reglamentos *extra legem*: “*independientes, organizativos o normativos, los que se encuentran destinados a reafirmar, mediante la autodisposición, la autonomía e independencia que la ley o la propia Constitución asignan a determinados entes de la Administración, o, incluso a normar dentro de los alcances que el ordenamiento legal les concede, pero sin que ello suponga desarrollar directamente una ley*”¹⁰⁵. Un análisis fuera de la literalidad de éste dicho deberá tener en cuenta que todo acto administrativo, por el mismo hecho de serlo, tendrá al menos efectos indirectos sobre el particular. No cabe duda que, de la correcta organización de las Administraciones Públicas se desprende la eficiencia que el ciudadano notará diariamente al relacionarse con este Poder. Posteriormente, en el año 2004, el Tribunal Constitucional Peruano volverá a pronunciarse sobre el tema indicando que existen *Reglamentos Autónomos* y estos serán aquellos “*que no se fundan directamente en una ley, aunque coadyuvan al cumplimiento de tareas atribuidas o funciones*

la posibilidad de ponderar entre varias opciones para escoger la mejor, sino que se encontraba vinculada a una sola. Ello no supondría discrecionalidad en absoluto, sino, prácticamente, seguir la lógica de un acto administrativo reglado por el Derecho. Ver Baca Oneto, V.S., “La discrecionalidad administrativa...”, *Ob. Cit.*, p. 189.

¹⁰⁵ STC 0001/0003-2003-AI/TC. 04 de julio del 2003. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00001-2003-AI%2000003-2003-AI.html>

encomendadas por ella”¹⁰⁶. Podemos apreciar aquí un criterio más restringido de lo que sería el reglamento autónomo; sin embargo, no estaría detrás de ella el reglamento *supra legem* sino un reglamento *secundum legem* que, aunque, no se base en una determinada ley, se basa, al menos, en la legislación en conjunto¹⁰⁷. La discrecionalidad de la Administración no nace en razón a un vacío de la ley, sino que, por el contrario, nace de una determinación expresa en tal sentido¹⁰⁸. Concluimos, en primer lugar, discrecionalidad administrativa organizacional *no es* dar cabida a los reglamentos independientes.

Ahora, se hablaba al inicio del apartado del Poder Ejecutivo como órgano político. El sentido usado en tal ocasión era de la Política como ciencia. Ahora, cuando hablábamos de los criterios extra-jurídicos en los que se funda una decisión discrecional podíamos encontrar que aquellos podían calificarse también como políticos. En este sentido ya no tomamos el criterio abierto de la ciencia, sino que hablamos de los programas de actuación administrativa previamente especificados y extraídos de una determinada ideología de partido político¹⁰⁹, en concreto de la ideología del partido que obtuvo la legitimación democrática para gestionar el poder público. En efecto, las políticas públicas, en general, tendrán un fuerte componente de las ideas del partido, las cuales son válidas por haber sido legitimadas por el elector en su momento. Incluso en el campo de la Función Pública este componente tiene clara cabida en la figura de los funcionarios de

¹⁰⁶ El texto de la sentencia reza lo siguiente: “Reglamentos institucionales, en donde se establezcan los aspectos referidos a la organización y funcionamiento administrativo, así como las responsabilidades y derechos de los funcionarios y servidores públicos a él adscritos; reglamentos ejecutivos, que tienen por finalidad principal la especificación de detalles y demás aspectos complementarios de una ley; y reglamentos autónomos, que no se fundan directamente en una ley, aunque coadyuvan al cumplimiento de tareas, atribuciones o funciones encomendadas por ella.” STC 0090-2004-AA/TC. 05 de julio del 2004. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>

¹⁰⁷ En este sentido, Abruña Puyol, A., “Delimitación...”, *Ob. Cit.*, pp. 123-127.

¹⁰⁸ “Por tanto, la discrecionalidad no es producto de los defectos de regulación, sino de la existencia de normas que autorizan a la Administración a tomar una decisión configuradora y creativa, ponderando los diferentes intereses en juego, dentro del marco del ordenamiento jurídico, donde no sólo encuentra su límite, sino también su orientación.” Baca Oneto, V. S., “La discrecionalidad...”, *Ob. Cit.*, p. 185.

¹⁰⁹ Vignolo Cueva, O., “Discrecionalidad...”. *Ob. Cit.*, p. 151.

libre designación y remoción o, también denominados, de confianza. Entonces, ¿Es correcto identificar la Función Pública con Política? La respuesta obvia es no. Aquí nuevamente es correcto diferenciar entre los actos del sujeto y el sujeto mismo. Las decisiones del sujeto en cuanto propiciador del bien común se verán infundidas del programa político que el pueblo haya legitimado. Luego, el régimen del sujeto mismo no debe sufrir alteraciones en virtud de dicho ideario. Para que un acto administrativo sea analizable en cuanto a su contenido político debe haber, antes, agotado los criterios jurídicos. Entonces, ninguna decisión que sobre el funcionariado profesional se predique legítima podrá ir contra la configuración constitucional de la Carrera Administrativa del artículo 40, ni tampoco podrá pasar sobre los principios jurídicos de mérito y capacidad que la ley ha otorgado a este tipo de función pública. De hacerlo perderíamos la esencia jurídica de la institución para dar paso a un sistema de clientelismo o de botín del partido ganador. Por ello, la figura de los funcionarios de confianza debe mantenerse al mínimo. Concluimos, en segundo lugar, discrecionalidad administrativa organizacional *no es* la ideología política del partido de turno.

Entonces, ¿En qué consiste esta potestad? Definirla positivamente implica acudir al planteamiento del profesor español Recio Saéz de Guinoa, quien indica es: “*El conjunto de facultades que la Administración ostenta para organizar su estructura en orden a la creación, supresión y modificación de órganos administrativos*”¹¹⁰. Este poder descrito de forma tan abstracto, es posible de ser concretado en vertientes múltiples del actuar administrativo. En la más común de sus acepciones será un reglamento que, en base a una ley, aprueba una estructura departamental o puestos de trabajo que en ella se sustentan. En cuanto a una vertiente menos clásica, pero no por ello menos válida, serán órdenes verbales dictadas al empleado público por su superior jerárquico o resoluciones del órgano de gestión humana de la entidad donde se deniega un permiso al empleado por razones del servicio¹¹¹.

¹¹⁰ Recio Saéz de Guinoa, J.M., “Potestad organizatoria de las Administraciones Públicas, ordenación de puestos de trabajo y control judicial”. En *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 32, 2008, pp. 263-320.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 269.

Luego, debemos ajustar los criterios extra-jurídicos de los que hablábamos antes al campo de la organización administrativa interna. Debemos coincidir con el profesor Recio que, en este caso, dichos criterios serán generalmente de eficacia administrativa¹¹². El numeral 2 del artículo 61 de la Ley del Procedimiento Administrativo General nos habla de la competencia de toda entidad para realizar las tareas materiales internas y distribuir las atribuciones que le competan en razón del *eficiente cumplimiento de su misión y objetivos*. En el mismo sentido, la ley orgánica del Poder Ejecutivo en el numeral 2 del artículo II nos indica que la eficacia es un principio orientador de la actuación de este poder en cuanto a la organización de su gestión. No de otra forma puede entenderse la negación de un permiso a un empleado público, pues cuando se habla de “razones del servicio” ellas no deberán ser más que razones en pos de la eficacia del aparato administrativo. De la misma forma deberán entenderse los destakes, ascensos, sanciones disciplinarias, entre otras figuras propias del estatuto funcional.

Dentro de las figuras que son parte de la potestad organizativa de la Administración se encuentra la creación, modificación o supresión de puestos. Habíamos dicho antes, como primer alcance, que se manifestaba en forma de actos administrativos normativos, reglamentos. Ahora, en el marco del proceso de descentralización, la Constitución otorga a las Administraciones desconcentradas un amplio margen de actuación para organizarse¹¹³. Ahora, ¿Cuáles son los límites de dicha potestad? Seremos repetitivos entonces, el núcleo duro de ley que sobre el estatuto funcional se haya impuesto, el criterio extra-jurídico de eficacia, con su vertiente económica de eficiencia, y la motivación suficiente del acto. El conocedor de la gestión pública deberá saber lidiar con la diversidad de intereses que se encuentran

¹¹² “En el caso de la potestad autoorganizatoria, el interés querido por el Ordenamiento Jurídico es el de la eficacia de la actividad administrativa, tanto en su vertiente propiamente administrativa como presupuestaria (principio de eficiencia).” *Ibíd.*, p. 268.

¹¹³ En este sentido el Capítulo XIV de la Constitución Política de 1993 la cual dota a los Gobiernos Regionales y Locales de autonomía administrativa que alcanza a la aprobación de su organización interna según los artículos 192 y 195 en el caso de las regiones y provincias respectivamente.

en juego aquí, es por el ello que la labor del funcionario no es, ni por asomo, una labor sencilla¹¹⁴.

Debemos finalizar este apartado recalcando los dichos del Tribunal Constitucional, el cual, a fin de salvar la aparente indeterminación de criterios como “razones del servicio” o “en pro de la eficacia y eficiencia de la gestión pública” indica que *mientras mayor sea la discrecionalidad de la Administración mayor debe ser la exigencia de motivación de tal acto, ya que la motivación expuesta permitirá distinguir entre un acto de tipo arbitrario frente a uno discrecional*¹¹⁵.

3. Delimitación frente al derecho privado

Al día de hoy no ha sido raro que, para encontrar información sobre el régimen del funcionario público nacional, se tenga que acudir a fuentes de Derecho Laboral privado. Por el contrario, es lo más usual, y está en la mente de los operadores jurídicos que frente a un caso que involucre al servidor del Estado posiblemente nos encontremos ante vulneración de bienes individuales de carácter laboral. Dicha conclusión es, hasta cierto punto, comprensible. La función pública esconde en el fondo, básicamente, la realización de un trabajo en las notas de prestación personal, remunerada y subordinada. Nada distinto, hasta aquí, al trabajo en el mundo civil. El Estado se erige como un empleador más entre muchos, aunque, tal vez, el más abusivo, dirán algunos. En ciertos casos, la doctrina mayoritaria laboral tendrá razón y se encontrará en juego un bien individual, un Derecho Fundamental de carácter laboral; probablemente, la mayoría de estos casos los encontraremos en un sujeto que trabaja para el Estado, pero sin ejercer poderes públicos. Pero tampoco será raro encontrarlo en el caso de un funcionario público, por lo que el análisis caso a caso será esencial. Entonces, lo que busca el

¹¹⁴ Baste, por ahora, decir lo que hasta ahora se dijo en coherencia a los fines de fundamento que tiene este trabajo. Si se desea profundizar sobre el tema se recomienda leer el trabajo ya citado del Profesor Recio, quien toca a profundidad el tema del tratamiento de los puestos de trabajo, el caso de los destakes, los derechos adquiridos de los funcionarios, ascensos, derechos colectivos y el análisis judicial de los actos administrativos discrecionales de organización. Recio Saéz de Guinoa, J.M., “Potestad organizatoria...”, *Op. Cit.*

¹¹⁵ Expediente N° 04168-2006-PA/TC. Sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 24 de setiembre del 2008. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04168-2006-AA.html>

presente apartado es poner sobre el tapete cuáles son los bienes fundamentales que superan las consideraciones individuales que sobre el tema se tienen, ello facilitará, al final del apartado, distinguir en qué casos pretender un derecho laboral será una aspiración o un verdadero derecho.

3.1. El derecho a la buena administración pública

No tenemos duda que las reformas de segunda generación están repercutiendo en la forma de concebir la relación del ciudadano y el Estado. A raíz de ello, no se exigen más prestaciones del Estado, sino que las que realice sean de calidad. Coherente a este sentir, el nuevo siglo ha traído nuevas armas al ciudadano para sentir tangible esta corriente. Hablamos del principio y derecho a la buena administración pública. Como se aprecia, estamos distinguiendo, en base a lo planteado por el profesor Rodríguez Arana¹¹⁶, la figura como un principio y como derecho.

Nos indica el citado profesor que una administración pública para ser calificada como buena debe servir objetivamente a la ciudadanía, realizar su trabajo con racionalidad, justificar sus actuaciones y orientarse continuamente al interés general¹¹⁷. En efecto, la figura aquí estudiada en su vertiente de principio, es una línea de actuación que vincula a los Poderes Públicos en un rememorar de su fin último, el servicio a la dignidad y libertad del ser humano.

Ahora, en su vertiente de derecho fundamental se encuentra el quicio de su protagónico actual papel. Este interés por la figura nace en Europa cuando en el año 2000 se aprecia su aparición en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, exactamente en su artículo 41¹¹⁸. A partir de ello ha sido pasivo de

¹¹⁶ Rodríguez-Arana, J., “La buena administración como principio y como Derecho Fundamental en Europa”. En *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 6, enero-diciembre, Bogotá, 2013, pp. 23-56.

¹¹⁷ *Ibídem*, p. 26.

¹¹⁸ “Derecho a una buena administración: 1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: a)

reconocimiento en los diversos cuerpos normativos comunitarios del viejo continente, así como argumento de los principales tribunales europeos¹¹⁹.

Podemos reconocer a partir de su formulación literal en la norma comunitaria que el Derecho a la Buena Administración es un Derecho continente de muchos otros, o, mejor dicho, capaz de concretarse en otros varios. A primera vista, tenemos los derechos al trato de los asuntos de forma imparcial y en plazo razonable, a ser oído en caso exista medida restrictiva de derechos, acceso a la información pública, reparación por los daños, trato en lengua materna. Como vemos, todos ellos son derechos que requieren una acción por parte del Estado para ser eficaces, que nacen efectivamente en cuanto exista una relación Estado-individuo, que escapa, entonces, al ámbito de las libertades individuales del ser humano, aunque, no por ello dejen de ser Derechos Fundamentales. En efecto, las Constituciones actuales reconocen al individuo, por un lado, sus libertades y, por otro, sus derechos sociales. Entiéndase por éstos, aquellos derechos que no pueden ser directamente reivindicados por el sujeto, como por ejemplo el derecho al trabajo, donde el Estado tiene una labor de satisfacción indirecta del mismo, en este caso, de promover las circunstancias adecuadas para que este bien jurídico sea accesible a la mayor

el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los tratados y deberá recibir una contestación en la misma lengua.” Artículo 41, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, disponible en <http://www.boe.es/doue/2010/083/Z00389-00403.pdf>

¹¹⁹ Existen pronunciamientos del Tribunal de la Función Pública donde, a partir del caso concreto, se va delimitando los usos de este Derecho. Por ejemplo, en el caso Kuchta/BCE del 11 de julio de 2008, el Tribunal terminará diciendo que, por dicho principio, al menos se entenderá que las instituciones comunitarias contarán con competencias bien delimitadas y debidamente publicadas, caso contrario serían inoponibles. Levi, L., “La Función Pública Europea”, en *Revista Catalana de dret públic*, núm. 45, 2012, pp.7-8.

cantidad de ciudadanos. Son derechos de carácter y satisfacción progresiva dependiendo de las posibilidades concretas del Estado.

Luego, aunque parezcan derechos con muy poca parte tangible al ciudadano, podrán ser exigidos con mayor intensidad cuando se refieran a la buena administración pública. En efecto, no es posible que un ciudadano denuncie al Estado por no conseguir un puesto de trabajo; sin embargo, de encontrar algún déficit en trámites administrativos que, de parte u oficio, haya iniciado o encontrar alguna irregularidad que vaya contra la imparcialidad administrativa el ciudadano podrá acudir a instituciones como la Defensoría del Pueblo o la Contraloría General de la República, en sí misma o mediante los organismos de control interno, instituciones contempladas con diferentes nombres en todo el mundo pero con el mismo fin, asegurar que los derechos a una buena administración pública sean efectivos. La presencia de estas instituciones no hace más que consolidar la figura alrededor del mundo¹²⁰.

Así mismo, ¿Cómo debemos entender la repercusión de este principio-derecho en referencia a las labores diarias del Funcionario Público? Pues está relacionado en cada movimiento que este sujeto da en cuanto es el llamado a satisfacer los intereses

¹²⁰ Aprovechemos la cita a la Contraloría General de la República para resaltar el uso que el Tribunal de éste órgano hace del principio de buena administración pública. Efectivamente, en el Acuerdo Plenario N° 01-2013-CG/TSRA, este órgano administrativo usa el principio en términos exclusivos a fin de justificar la potestad disciplinaria que se otorgó en los últimos años. Detallando algo más, a fin de no caer en la prohibición del *non bis in ídem* respecto a los supuestos disciplinables por cada entidad indica que la potestad de éstas últimas se basa en el poder de dirección de todo empleador mientras que su potestad disciplinaria subyace en la cautela de una buena administración. Queda clara que es, a todas luces, un uso erróneo de la figura pues el principio de buena administración informa a todo el aparato administrativo partiendo desde su configuración interna hasta la repercusión de sus actos en la sociedad. Por ello no cabe ser invocado por un ente público como la particularidad de sus facultades ni tampoco sustraerlo a una parte del Estado que legítimamente debe guardarlo. Las distinciones o singularidades de una potestad administrativa serán dadas por el bien jurídico que la Constitución o la ley ordene guardar, en el caso de la Contraloría será el control de la ejecución del Presupuesto Público y operaciones de endeudamiento, en el caso del Tribunal del servicio civil será la solución de controversias suscitadas al interior de la Administración Pública; y, sobre ambas recaerán los deberes que impone el principio de la buena marcha del aparato estatal.

generales en el caso concreto. En cuanto al funcionario, la buena administración se presenta como un deber, una concreción de aquella cautela reforzada que debe tener respecto al bien del otro, pues es la esencia de su labor. Se planteará como el delimitador de sus intereses personales en el desempeño de sus funciones, pues cuando exista, por un lado, el derecho a parar las actividades por un aumento salarial, existirá, por el otro, un derecho del ciudadano a exigir la continuidad de las prestaciones estatales esenciales. Si le damos otra perspectiva, el criterio de eficacia por el que se salva la discrecionalidad de una decisión administrativa podrá ser reclamada por cada uno de los ciudadanos en virtud a sus derechos a una buena administración.

Aterricemos un poco el concepto. Hemos visto su inicial configuración lejos del territorio nacional. Sin embargo, ¿Puede ser acogida aquí? Queda claro que la respuesta es afirmativa pues la iniciativa europea no ha nacido de un factor que ellos puedan adjudicarse como exclusivo, sino que nace, nada más y nada menos, que de recordar que el Estado se encuentra al servicio de la dignidad de la persona y su actuación debe ser repercusión de esto. Aunque la Constitución Peruana de 1993 no haga explícito su reconocimiento, podemos, siempre que hablemos de un Derecho predicable ante el Estado, partir del Artículo 1 de la carta magna. Luego, en directa vinculación con dicho artículo, se encontrará el artículo 39, en cuanto hace referencia a que todo funcionario y servidor público se encuentra al *servicio de la nación* y el artículo 44, en cuanto se refiere a la promoción del *bienestar general* en base a la justicia y desarrollo integral de la nación como *deber primordial del Estado* (Cursiva nuestra). Exactamente es esto lo que ha indicado el Tribunal Constitucional Peruano en sentencias como la recaída en el expediente número 00017-2011-PI/TC y en el expediente número 2235-2004-AA/TC. Es en este último caso donde el máximo intérprete de la Constitución sienta un concepto de lo que debemos entender por la figura estudiada: “*En lo que aquí interesa poner de relieve, dicho principio quiere poner en evidencia no sólo que los órganos, funcionarios y trabajadores públicos sirven y protegen al interés general, pues “están al servicio de la Nación” (artículo 39° de la Constitución), sino, además, que dicho servicio a la Nación ha de realizarse de modo transparente. Transparencia que exige que el Estado prevea todos*

*los medios organizacionales, procedimentales y legales destinados a evitar que determinados funcionarios y trabajadores públicos, con poder de decisión o influencia en la toma de decisiones trascendentales para la buena marcha de la administración, puedan encontrarse restringidos en mayor medida que otros servidores públicos en el ejercicio de determinados derechos fundamentales.*¹²¹

Finalmente, si buscamos concreción de los derechos que puedan desprenderse del continente Derecho a la buena administración pública baste con citar a toda aquella norma que acoja una acción u omisión del Estado en favor de la dignidad humana¹²². El artículo 2 de la Carta Magna contiene derechos como la solicitud de información sin expresión de causa a cualquier Entidad Pública, a formular peticiones por escrito ante la autoridad competente y a recibir respuesta en el plazo legal, el capítulo II del Título I contiene derechos como el de la seguridad social, a las prestaciones de salud y pensiones, educación, cultura, trabajo. Dentro de los Derechos Políticos del capítulo III se encuentra la participación ciudadana en asuntos públicos, entre otros. Incluso en aquellas materias que son en favor de poderes distintos a la Administración Pública, pero que son material y formalmente actividad administrativa tales como la participación popular en el

¹²¹ El órgano colegiado entiende en este caso que el ejercicio libre de la profesión no es compatible con muchas de las funciones públicas, aún más si son funciones donde se cuente con poder de decisión trascendental en la buena marcha de la administración; en el caso concreto, el cargo público de ejecutor coactivo no es compatible con el ejercicio de la profesión de abogado al mismo tiempo. STC 2235-2004-AA. 18 de febrero del 2005. Fundamento 10. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02235-2004-AA.html>.

¹²² Efectivamente, luego de la Constitución, las normas que contendrán el mayor número de concreciones normativas de este principio serán la Ley del Procedimiento Administrativo General, las leyes orgánicas y las leyes que regulan el estatuto de los funcionarios públicos. En este sentido, puede profundizarse en el artículo de Danós Ordoñez, J., “Principios de buen gobierno en el Derecho Administrativo Peruano y legitimidad de la actividad administrativa”. En libro de *Buen gobierno y derechos humanos. Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la administración pública en el Perú*, Alberto Castro (editor), Facultad de Derecho PUCP, IDEHPUCP, Instituto de Asuntos Públicos y buen gobierno, Lima, 2014, pp. 121-130.

nombramiento y remoción de magistrados o el derecho de los reclusos de ocupar establecimientos adecuados¹²³.

3.2. ¿Conflicto de derechos fundamentales?

El Estado no tiene derechos, el Estado tiene potestades. El Derecho como ciencia y los derechos como herramientas de justicia han sido creadas, exclusivamente, a favor del hombre. Entonces, el fin de resaltar la existencia del derecho a una buena administración es con el fin de mostrar la otra cara de la moneda respecto al Derecho al Trabajo. Y es que sería imposible tratar de realizar una comparación, y encontrar el derecho aplicable, entre un derecho individual y una potestad pública, como lo sería la discrecionalidad en organización interna o la eficacia del aparato administrativo. Tratar de contraponerlos sería un absurdo pues toda potestad pública se encuentra en favor de un derecho humano. Simplemente aquí no habría controversia. Entonces, es preciso determinar donde sí podría apreciarse alguna controversia. Ello sería, entonces, entre Derechos Fundamentales, como el derecho al trabajo y el ya delimitado derecho a la buena Administración. El punto es, ¿Cómo podemos saber cuál será aplicable en un determinado caso?

¹²³ Nos atrevemos a decir que los deberes imputables a los Poderes del Estado, distintos a la Administración Pública, en el ejercicio de sus funciones, en mucho incumben al principio de la buena Administración. Por ejemplo, el artículo 139 de la Carta Magna erige como principios de la función jurisdiccional la publicidad de los procesos, la motivación de las resoluciones, la indemnización por errores judiciales, el derecho de formular análisis y críticas de las resoluciones judiciales, entre otros. Es claro que dichas acciones, en cuanto sean fruto de la función jurisdiccional y dotada de una eficacia *iure et de iure* de legalidad, no podrán ser cuestionables, por ejemplo, ante la Defensoría del Pueblo, al menos no en el fondo del asunto; pero sí lo serán frente a instituciones creadas específicamente a tales fines como el CNM, OCMA y ODECMA. Sin embargo, son auténticos derechos fundamentales que el ciudadano tiene respecto al administrador de justicia, en este sentido podría ser plausible la figura del principio de la buena administración de justicia y el derecho a una buena administración de justicia. En todo caso, debe analizarse todo acto, ya sea proveniente del legislativo o judicial, y en cuanto no involucre su función primordial encomendada podrá ser analizable como un acto que pueda responder ante el principio de la buena administración Pública, o caso contrario, de la buena administración del Estado, en general. No olvidemos que, en el país, la figura se basa implícitamente en los deberes del funcionario y el servidor público (Artículo 39 CP) y en los deberes primordiales del Estado (artículo 44 CP) nociones que engloban a todos los poderes públicos.

Resolver dicha cuestión significa decantarnos por alguna de las teorías que sobre la solución de conflictos *ius* fundamentales se han planteado. De partida, y en coherencia a la formación que sobre nosotros pesa¹²⁴, no es posible plantear que alguno de estos dos Derechos sea superior jerárquicamente, ya sea en abstracto o en el caso concreto, como lo plantearían la teoría de la jerarquía y la ponderación respectivamente¹²⁵. Sería una solución facilista indicar que, en razón a su marcada ligazón con el Estado Social, el Derecho a una buena administración pública siempre sea vencedor cuando del otro lado se invoque un derecho individual distinto.

Si entendemos que la Constitución es norma de plena vigencia y, sobre todo, unidad normativa reflejo de la complejidad y unidad que es el ser humano en todas sus facetas¹²⁶, entonces no habrá espacio para aceptar el sacrificio de un Derecho Fundamental en beneficio de otro. Luego, ¿Qué es lo que realmente pasa cuando hay dos derechos iguales en juego? Pues que el conflicto es

¹²⁴ De tal forma encontramos útil que, para profundizar sobre nuestro punto de vista, se acuda a Castillo Córdova, L. F., “El contenido constitucional de los Derechos Fundamentales como objeto de protección del amparo”, En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 14, Madrid, 2010, pp. 89-118. Castillo Córdova, L. F., “*Elementos de una teoría general de los derechos fundamentales*.”, Universidad de Piura, Ara editores, Lima, 2003. Castillo Córdova, L. F., “¿Existen los llamados...?”, *Ob. Cit.*

¹²⁵ El Tribunal Constitucional Español parece decantarse por la superioridad de ciertos Derechos cuando se entienden en relación a instituciones fundantes del Estado como la Democracia. En efecto, consideran como superior en jerarquía el Derecho a la información sobre los derechos a la intimidad y honor por ser el primero una expresión de un Estado democrático: “*Por ello, cuando la libertad de información entre en conflicto con otros derechos fundamentales e incluso con otros intereses de significativa importancia social y política respaldados, como ocurre en el presente caso, por la legislación penal, las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse deben ser interpretadas de tal modo que el contenido fundamental del derecho en cuestión no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni incorrectamente relativizado.*”. STC 159/1986. 16 de diciembre de 1986. Considerando 6. Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/722>

¹²⁶ “*La persona humana, como fundamento a partir del cual se desprenden los derechos humanos, es una realidad unitaria y coherente cuya plena realización rechaza cualquier tipo de contradicción interna. Es decir, si los derechos del hombre son desprendimientos o manifestaciones de una realidad unitaria y coherente como lo es su naturaleza humana, entonces no puede haber manera que los derechos puedan ser contradictorios entre sí, al punto que puedan entrar en conflicto.*” Castillo Córdova, L., “¿Existen...?”, *Ob. Cit.*, p. 11.

aparente. Lo que existen son pretensiones o intereses de ambos lados donde el juez tendrá que determinar, en el caso concreto, cuál de las dos pretensiones es en realidad un derecho y cuál es sólo una aspiración. Y es que, *“en cada caso, cada y todo derecho tiene un contenido que se ajusta y es compatible con los demás derechos, de modo que en la práctica también resultan realidades que tienden a convivir de manera unitaria y pacífica”*¹²⁷. De esta forma, un Derecho nunca invadirá las fronteras del otro, sino que se desplegarán de la forma más natural a sus fines.

En efecto, la forma de encontrar el verdadero Derecho en el caso concreto se tendrá que realizar a partir de la delimitación del contenido jurídico de cada Derecho en relación con el caso en particular. En palabras de Castillo Córdova, dicha delimitación necesitará, en general, como primer paso, considerar la naturaleza compleja y unitaria del hombre; tomar la Constitución como unidad, segundo paso; tomar en cuenta las circunstancias concretas del caso, paso final. Luego, en concreto, debemos identificar el Derecho Fundamental que entra en juego mediante interpretación teleológica y sistemática de la Constitución, a continuación, debemos ir sobre las normas de desarrollo constitucional sobre la figura como sobre los dichos del Tribunal Constitucional, finalmente delimitar el alcance del Derecho en el caso concreto¹²⁸. Apliquémoslo pues al caso de nuestros dos derechos aquí tomados en cuenta.

Entonces, el contenido constitucional de un Derecho no es posible de ser determinado en abstracto. Para ello debemos plantear una situación concreta. Hemos escogido entonces el caso hipotético de un Gerente Municipal de distrito quien, antes de ser designado como tal, se desempeñaba como próspero empresario en el sector construcción. Actualmente se encuentra en problemas con la institución edil pues recibió denuncia por continuar en labores ajenas a las municipales. El servidor de la comuna refutó los cargos argumentando que, más allá de ser un funcionario público, también es un ciudadano como cualquiera con derecho a trabajar dignamente para llevar algunos soles más a casa.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 12.

¹²⁸ *Ibidem*, pp. 17-19.

Delimitando las pretensiones, es claro que debemos partir por la libertad de trabajo, derecho fundamental reconocido en el numeral 15 del artículo 2 de nuestra Constitución. Entonces, debemos entender cómo configura, en todas sus facetas, al ser humano este bien. Para empezar, hemos de decir que tiene una marcada influencia individual, el artículo 22 del mismo cuerpo normativo finaliza remarcando que el trabajo es un medio de realización personal. Por otro lado, este bien humano tiene, como todos, un componente social que, en la misma forma, ha sido remarcado por el artículo 22 al decir que es base del bienestar social. Y es que el trabajo no es sólo un bien para el ser que lo realiza, sino que brinda bienes al resto de los seres humanos y será base del desarrollo de la sociedad. De esta forma, en la primera de sus facetas, como libertad personal, el sujeto podrá elegir a voluntad la actividad profesional que desee desempeñar, así como cambiarla o cesarla en el momento que desee¹²⁹. En su faceta social, será normal que el interés de la comunidad tenga influencia en las decisiones del trabajador, sin embargo, será siempre, en última instancia, una decisión propia. Por otro lado, existen labores donde la dimensión social será plena justificación de la faceta individual, el sujeto encontrará su plena realización en el servicio a la comunidad. Es el caso de las labores en ejercicio de poderes públicos, no es que aquí no exista la dimensión personal, sino que está tremendamente ligada a la social, es su razón de ser. El ser humano verá realizado sus fines individuales a través del trabajo para el otro, aspecto que en la simple libertad de trabajar es contingente. Unidad en la persona, entonces; en el caso del desempeño de funciones públicas no existe contraposición de la dimensión social del trabajo con la personal.

La unidad en la persona nos deriva a la unidad en la Constitución. Entonces, lo que planteábamos en el párrafo anterior que parece tan abstracto por pertenecer al fuero interno del ser humano es posible encontrarlo en la Carta Magna. El mismo numeral 15 agrega a la libertad de trabajo una condición para su ejercicio, la sujeción a ley. Quiere decir, realizar la labor con

¹²⁹ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente número 03833-2008-PA/TC. 30 de junio del 2010. Considerando 4. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03833-2008-AA.html>

miramiento a lo que el Pueblo exija de dicha actividad y que será formalizada mediante ley. En congruencia a ello, el artículo 45 nos habla del ejercicio del poder público, nos indica que éste emana del pueblo y debe ejercerse con el límite y las responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Finalmente, el artículo 39 parte diciendo que los funcionarios y servidores públicos se encuentran al servicio de la nación. Así mismo, el máximo intérprete de la Constitución nos dirá acerca de la libertad de trabajo: *“se formula como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella. Para tal efecto, dicha facultad autodeterminativa deberá ser ejercida con sujeción a la ley. Por ello es que existen **limitaciones** vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y **el interés público**.”*¹³⁰ (resaltado nuestro). Finaliza este órgano diciendo: *“Por ello el derecho al libre ejercicio de la profesión, en tanto derecho fundamental, no es ajeno a limitaciones establecidas por ley; más aún cuando el ejercicio de la profesión comprende responsabilidad frente a terceros en la medida que se desarrolla en el marco social, justificándose las limitaciones impuestas por el Estado a través de leyes amparadas, por ejemplo, en el respeto a los derechos de los demás, en la seguridad de todos y en las justas exigencias del bien común y el interés público”*¹³¹. Hacemos la precisión que aquellas “limitaciones” de las que se habla en la sentencia las tenemos entendidas aquí como la delimitación natural del Derecho Fundamental, que existan límites haría referencia a sacrificios de cierto contenido de un Derecho cuando lo que en realidad pasa es que aquí se está delineando correctamente la libertad de trabajo de un funcionario público, los límites nacen como intrínsecos al propio derecho. Así se termina por configurar constitucionalmente la libertad de trabajo del funcionario público.

Ahora, concretizando más el asunto tenemos que el Gerente Municipal manifiesta que respecto a su labor existe un derecho, libertad de trabajo; sin embargo, no declara lo que existe del otro

¹³⁰ STC recaída en el expediente número 0008-2003-AI/TC. 11 de noviembre del 2003. Considerando 26. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

¹³¹ STC N° 03833-2008-AA/TC ya antes citada, Considerando 7.

lado, un deber, la gestión pública. A su vez, el deber esconde derechos imputables al ciudadano, como la otra cara de la moneda. Sabemos que detrás del deber de exclusividad en la función se encuentra el derecho del ciudadano a una buena administración pública lo que, en el caso de los vecinos del distrito, se concretiza en los derechos que implícitamente reconocen los artículos 44, al referirse al desarrollo integral y equilibrado de la Nación como deber primordial del Estado, y artículo 188, que se refiere a la descentralización como una forma de organización democrática que busca el desarrollo integral del país, por ende se busca también el desarrollo integral del distrito en mención. Ello brinda al vecino de la localidad el derecho a exigir el desarrollo de su comunidad, congruente a las posibilidades del Estado, desarrollo que no podrá lograrse si las autoridades encargadas de ello no se dedican en exclusividad a la función. Es congruente a lo dicho las precisiones que sobre el caso hace la ley. ¿Hasta dónde alcanza la pretensión del ciudadano en el caso de un Gerente Municipal? La norma de desarrollo constitucional nos da la respuesta. En efecto, la Ley Orgánica de Municipalidades nos indica en su artículo 27 que este funcionario encabeza la Administración Municipal y es un funcionario de confianza a tiempo completo y dedicación exclusiva designado por el Alcalde¹³².

Finalmente, el caso concreto podría plantearnos aristas que den una dirección distinta al caso, por ejemplo, que se tratase de un regidor municipal y no de un gerente, en este caso la ley permite el desempeño de actividades privadas junto a la de funcionario público. Sin embargo, en el caso que nos importa no hay margen a dudas.

¹³² Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades

“Artículo 27.-Gerencia Municipal

La administración municipal está bajo la dirección y responsabilidad del gerente municipal, funcionario de confianza a tiempo completo y dedicación exclusiva designado por el alcalde, quien puede cesarlo sin expresión de causa. El gerente municipal también puede ser cesado mediante acuerdo del concejo municipal adoptado por dos tercios del número hábil de regidores en tanto se presenten cualesquiera de las causales previstas en su atribución contenida en el artículo 9 de la presente ley.”

Como vemos, los Derechos Fundamentales delimitados correctamente no presentan contradichos, sino que van en la misma dirección. En este caso la libertad de trabajo tal y como la planteó el funcionario público originalmente era una simple aspiración que debe adecuarse a la Constitución como sistema. Más bien tenemos que el Derecho de la población a una buena administración local es el derecho que, efectivamente, sería vulnerado de seguir ocurriendo dichas acciones.

Para finalizar este apartado, nos indica Castillo Córdova que *“de ahí que los derechos de la persona no puedan formularse en términos absolutos e ilimitados, sino que por el contrario, su formulación debe partir del hecho que el contenido de los derechos es un contenido limitado, y que debe convivir con las exigencias no sólo de los derechos de los demás integrantes de la comunidad, sino también por aquellos bienes o valores proclamados constitucionalmente como principios de la organización social”*¹³³. En efecto, siempre existirán exigencias que son externas por pertenecer a la configuración de la realidad social, pero que configuran desde dentro al Derecho, de forma natural. Por ejemplo, vimos el caso de la exclusividad en el ejercicio de función pública, figura que se desarrolló a través del tiempo y que se consolidó en la alta edad media con el fin de que el funcionario guardase los secretos de Estado dedicándose en exclusiva a una labor pública¹³⁴

¹³⁵. Por su lado, la figura de la estabilidad en el empleo público

¹³³ Castillo Córdova, L., “¿Existen...?”. *Ob. Cit.*, p. 20.

¹³⁴ Recordemos que antes de ello los funcionarios eran simples asalariados que, por su destreza técnica, iban prestando sus servicios en las diversas Cortes. Rincón Córdova, J.I., *“Derecho Administrativo Laboral...”*. *Ob. Cit.*, pp. 57-58.

¹³⁵ Este mismo sentido parece darle el Tribunal Constitucional cuando resuelve, el caso concreto de un ejecutor coactivo que pretende realizar la labor de abogado particular al mismo tiempo, de la siguiente forma: *“El cargo de Ejecutor Coactivo perteneciente también a esa esfera de la función pública y, en virtud de ello, por efecto del principio de transparencia, está limitado en el ejercicio de algunos derechos fundamentales y, en particular, del libre desempeño de la profesión de abogado. Tales restricciones se derivan de la propia naturaleza de la función que desempeña el Ejecutor Coactivo, puesto que se trata de un funcionario que es responsable de llevar adelante el procedimiento administrativo destinado al cumplimiento de las acreencias impagas a favor de una entidad de la administración pública.*

En esa medida, la necesidad de evitar colusiones ilegales, favorecimientos indebidos, u otros de naturaleza análoga, que pongan en peligro los deberes del ejercicio del cargo para con el órgano de la administración, la comunidad y el Estado, tornan razonable

tiene también su configuración en el tiempo bajo una marcada trascendencia en el bien común. En efecto, la permanencia en el cargo público no nació como un derecho laboral individual¹³⁶, sino que nace como garantía de neutralidad del empleado respecto a los vaivenes políticos a los que se verá sometido¹³⁷. Por su lado el derecho de igualdad en el acceso al cargo público nace con el Estado de Derecho, como forma directa de garantizar el acceso al desempeño de funciones públicas sin discriminaciones que atiendan a títulos de nobleza¹³⁸. Como se observa en los ejemplos citados, las especiales condiciones a que se somete un funcionario, cuando coincida con las condiciones de cualquier trabajador, tendrán siempre una explicación adicional en la historia que lo llenará de contenido y explicará su actual estado en la regulación¹³⁹.

una medida como la contemplada en el artículo 7º, inciso 2 de la Ley N.º 26979.” STC N° 02235-2004. Considerando 11.

¹³⁶ Podemos decir, en cambio, que en el campo laboral privado la estabilidad es un elemento extraño a una relación jurídico privada donde el empleador, en principio, debería poder decidir a su arbitrio, iniciar la relación como, también, extinguirla. No otra cosa predica el reinado de la autonomía de la voluntad en el Derecho Civil. Sin embargo, la injerencia de normas imperativas en un mundo dispositivo, característico del régimen tuitivo del Derecho Laboral, han modulado dicha esencia a favor del trabajador. En efecto, el principio de continuidad de la relación laboral nace como garantía de derechos mínimos adquiridos del trabajador, distinta modulación a la estabilidad pública. No es de la misma opinión el profesor Neves Mujica, quien en base al artículo 48 de la Constitución de 1979 indica: *“De lo expuesto puede corroborarse la similitud de situaciones en que se encuentran los trabajadores privados y públicos en esta materia, que haría no sólo factible sino incluso conveniente su regulación uniforme por un solo sistema. Ambos tienen como fundamento de su derecho el Art. 48 de la Constitución, ambos adquieren el derecho luego de tres meses de servicios, ambos lo pierden por causa justa constituida por hechos parcialmente iguales y ambos pueden accionar contra el despido injustificado reclamando su reposición. No vemos razón jurídica ante tantas coincidencias, para regulaciones por separado de este derecho fundamental. Creemos que ellas son el rezago de correcciones superadas sobre los trabajadores públicos, que los marginaban del Derecho Laboral para someterlas al Administrativo”*. Neves Mujica, J., “La Estabilidad Laboral en la Constitución”. En Revista *THEMIS*, PUCP, núm. 9, 1987, pp. 28-32, [Fecha de consulta: 28/01/17] Disponible en http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_009.html

¹³⁷ Cfr., Rincón Córdova, J. I., “Derecho Adm...”. *Ob. Cit.*, pp. 66-67.

¹³⁸ *Ibídem*, p. 67.

¹³⁹ Arraigada se encuentra la creencia de que las figuras administrativas no tienen sustancia por sí mismas, sino que son creaciones a imagen y semejanza de su correlato civil. En este sentido, se haría cita a la propiedad privada respecto al dominio público, la contratación civil con la contratación administrativa y, haciendo nuestra la

3.3. La instrumentalización del derecho privado

Luego de analizar, con cierto detenimiento, los argumentos que sobre Derecho Laboral Privado pueden hacer los funcionarios, en el caso concreto, conviene ahora analizar cuál es la relación de este Derecho Civil con la Función Pública, tomando al primero como un sistema jurídico. No se trata, entonces, de hacer alusión a derechos subjetivos, sino a ordenamientos jurídicos integrales, pues no ha sido ajeno a nuestro país la inserción de figuras privadas en la gestión del personal del Estado.

A este punto cabe partir recordando que toda la actividad que desarrolla el Poder Público no es en ejercicio de su condición de tal. En efecto, habrá ocasiones en que el Poder Público, y en particular la Administración Pública actúe como un privado, sin ejercitar potestades, pues la gestión concreta no lo ve necesario. Tenemos los ejemplos claros en el caso que la Administración ejecute contratos privados como el de arrendamiento o compraventa. Ahora, en el caso del Derecho de Organización la Administración también cuenta con actividades materiales que no necesitan del ejercicio de potestades, por ejemplo, los servicios de limpieza, seguridad, la mayoría de obreros municipales¹⁴⁰ encargados de poner en marcha sobre la realidad las políticas públicas pensadas desde la Administración local, trabajadores de empresas del Estado, etc. En estos casos, el Derecho Laboral no es sólo posible, sino que necesario¹⁴¹ pues las labores que se realizan

comparación, la función pública con el trabajo subordinado. Nos dirá, entonces, García de Enterría que todas esas instituciones de Derecho Público se han ido formando de una manera contingente en función de las circunstancias, a medida que en determinados países y en determinados momentos empezaron a ser insuficientes las instituciones civiles para atender las necesidades de la Administración Pública. García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T-R., *“Curso de Derecho Administrativo, V. I”*, Editorial Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 62-63.

¹⁴⁰ No incluimos en este listado la figura del Policía Municipal o serenazgo pues creemos que es un supuesto que debe ser analizado más a fondo, donde podría evidenciarse el uso de potestades públicas.

¹⁴¹ En España existe la clásica distinción entre el personal funcionarial y personal laboral. Aunque, actualmente los criterios de diferenciación encuentren muchas modulaciones y se produzcan cada vez mayores acercamientos, se mantiene el criterio esencial del ejercicio de potestades administrativas como núcleo infranqueable de función pública. A esto se refiere el Informe de la Comisión de expertos que en 2005 se reunió para debatir el contenido de un Estatuto Básico del Empleo Público en

son bajo las notas del trabajo asalariado y someterlos a un Derecho Público sería abstraerlos de su fuero común para insertarlos en un campo ajeno donde se someterán a cargas jurídicas muy fuertes sin que, en la realidad, cuenten con privilegio alguno que lo justifique¹⁴².

Luego, el uso de un Derecho ajeno al campo público en las actividades soberanas de la Administración Pública es un tema más complejo. Queda claro que la Administración Pública puede tomar formas societarias para organizar su gestión en los casos en que se hable de su faceta empresarial. En las ocasiones en que el Estado debe asomarse a los dominios empresariales deberá hacerlo en condiciones de igualdad, entonces, el Derecho Privado ofrece mecanismos de eficiencia en este tipo de gestiones que no existen en el Derecho Público, que en cambio es un campo mucho menos atractivo, lleno de trabas burocráticas, poco útiles si de gestionar una actividad libre, como la de empresa, se trata. Lo que pasa, desde luego, es que la Administración Pública que se ve obligada a participar en el campo de empresa tiene la opción de hacerlo bajo formas públicas o privadas; posteriormente, la eventual decisión de uso de formas privadas es un arbitrio puramente instrumental.¹⁴³

Efectivamente, la labor que en este caso realiza el sujeto público con capacidad de decisión, sea legislador o Administración Pública, es tomar la institución de la que se trate en cuanto figura lógico-jurídica general¹⁴⁴ para modularlo hasta convertirlo en una

incubación. Cfr., Boltaina Bosch, X., “La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas: Algunas reflexiones tras el Estatuto Básico del Empleo Público”, en Revista *CEMCI*, núm. 14, enero-marzo 2012, p. 4.

¹⁴² Se trata pues de la actividad privada de la Administración Pública que se evidencia especialmente en la ejecución de contratos privados. Se agrega que no existe, por ejemplo, una normativa pública de arrendamiento de tal manera que si un organismo administrativo quiere suscribir un contrato de arrendamiento se someterá a las normas de Derecho Privado. Abruña Puyol, A., “*Delimitación...*”. *Ob. Cit.*, pp. 84-85.

¹⁴³ Cfr., García de Enterría, E. y Fernández T-R., “*Curso de Derecho...*”, *Ob. Cit.*, p. 61.

¹⁴⁴ García de Enterría habla de la inexistencia de una contraposición radical entre las instituciones civiles y administrativas. Pone el ejemplo del contrato administrativo frente al contrato civil, donde el Derecho Administrativo toma el contrato como institución lógica-jurídica general y lo modula o modifica hasta convertirlo en un contrato administrativo. No se opone, entonces al contrato civil, sino que se configura

figura idónea a sus fines y que guarde respeto a los elementos públicos que involucre el supuesto. En este sentido, cuando se toma una figura propia del Derecho Privado es porque ésta debería haber sido antes objetivada y constituida en una técnica independiente de la cual el Administrador Público podrá hacer un uso puramente instrumental.

Por otro lado, dicho uso tiene sus límites. Y es que, finalmente, siempre habrá un núcleo jurídico público al cual remitirse en estos casos. Podemos empezar citando la decisión de decantarse por una figura privada objetivada, dicha decisión es un acto jurídico público sometido a las reglas de su Derecho común y normal. Incluso en la figura de las empresas del Estado con forma societaria, más allá de la decisión de creación, que es pública, la relación que se entable entre el ente matriz y la empresa será una relación de poder público¹⁴⁵; no, en cambio, su actividad de gestión económica que será privada. Ahora, en el uso de regímenes laborales privados en la Administración dicho núcleo duro de Derecho Público no es nimio, el uso de figuras privadas en el campo de la función pública deberá tener alcances puramente accesorios. En el Derecho de Organización del personal al servicio del Estado, la decisión, la relación entre el órgano decisor y el sujeto, y la gestión misma del sujeto deberán encontrarse sujetos al Derecho Público. Ello no tiene otra razón que la naturaleza de la función pública como el desarrollo de actividades soberanas y dotadas de potestades, la cual no puede obviarse.

en una variedad del supra-concepto “contrato” del cual, el civil, es una variación más. *Ibídem*, pp. 63-64.

¹⁴⁵ Abruña Puyol concluye respecto a las empresas públicas con forma societaria que: 1) Las relaciones con el organismo matriz se regulan por el Derecho Administrativo; 2) su actividad de gestión económica o de servicio público se regula por las normas que regulen esa actividad que, cuando se trate de gestión económica, normalmente serán de Derecho Común; 3) no pueden ejercer función pública excepto por ley; y, 4) de ostentar algunos privilegios, éstos no se refieren directamente a la actividad que desarrollan. Abruña Puyol, A., “*Delimitación...*”, *Ob. Cit.*, p. 89.

El alcance accesorio del uso de figuras privadas podría alcanzar, por ejemplo, a normas de regulación laboral que otorguen mayores beneficios económicos a los servidores, que, entendemos, fue lo que se intentó al insertar el régimen del Decreto Legislativo 728 a la actividad funcional¹⁴⁶. Como se aprecia, en ese mismo ejemplo, el núcleo duro de Derecho Público que conforma el mérito, capacidad e igualdad, se mantuvo. Lo mismo pasó con el régimen disciplinario, las incompatibilidades y deberes. Sólo se instauró el sistema privado relacionado a los derechos económicos y beneficios sociales. Debemos llamar la atención en que, incluso, en este uso accesorio del Derecho Privado debe existir una labor de *administrativización*¹⁴⁷ del derecho pues siempre habrá criterios, como, por ejemplo, el equilibrio presupuestal en el caso de los derechos económicos del servidor, que importen a la gestión estatal.

4. Función pública y sistema de mérito

El contenido de lo dicho hasta ahora tiene importancia por sí mismo. Pero, si eso no basta, queremos usar cada uno de los argumentos esgrimidos para fundar este apartado. Lo que hemos planteado a este punto es que existe una función o acción, en el mundo jurídico, que se desarrolla de una manera bastante singular pues se encuentra dotada de privilegios, por un lado, y cargas fuertes, por el otro; que incide sobre materias en las que el Estado guarda particular recelo y que se desenvuelve en un marco especial de vinculación respecto al comendador de las potestades. Al lado de la función tenemos al funcionario, sujeto o conjunto de sujetos puestos al servicio de una administración, esperando órdenes de la mejor forma para gestionar dichas labores como la materia espera a

¹⁴⁶ Lo que no creemos idóneo es el mantener la alusión al Decreto Legislativo 728 al personal que labora para el Estado como si el cuerpo normativo entero se aplicara a éstos. Ello no presta concordancia a la labor de objetivación que debe hacer uso el legislador cuando traslada figuras privadas al ámbito público. Lo coherente debió ser crear un nuevo cuerpo normativo adaptando las bondades económicas del régimen privado. Creemos que este uso anormal del régimen privado creó confusión en los funcionarios.

¹⁴⁷ Cfr. Vignolo Cueva, O., “Antecedentes jurídicos relevantes y datos básicos acerca del empleo público peruano, sin perder de vista el nuevo servicio civil”, en *Comentarios y críticas a la ley del Servicio Civil: La inevitable reforma del empleo público peruano*, ECB ediciones & Thomsom Reuters, Lima, 2015, p. 40.

su continente con el fin de obtener una forma determinada. La decisión final se encuentra en poder del legislador, aparentemente una elección complicada. Se presentan ante él diversos instrumentos o técnicas con las que otros legisladores ya han experimentado; citando algunas de ellas, el sistema de botín o clientelismo, el sistema laboral privado, el *management* empresarial, el sistema de mérito, entre muchas otras mixturas. Si es que deseamos hacerle la decisión más fácil, para ello ha sido hecho este trabajo.

Lo que en este punto resaltamos es que el legislador nacional ya ha decidido; escogió el sistema de mérito como la forma más idónea de gestionar la función pública. Entonces, podemos observar la posición que ocupa el sistema, es un medio o instrumento para un fin, son los medios que dan forma a la materia y guían en un cierto sentido a los sujetos.

Más en detalle, la opción legislativa no es una decisión indiferente que pudo de ser de cualquier otra forma. A criterio de este estudio es la mejor decisión. Es la decisión coherente y natural con el estado de las cosas. Si observamos lo planteado en páginas anteriores observamos un Estado configurado, en esta parte del mundo, de modo particular. Todo parte desde la historia, el *régime administratif* sobre el que se basa nuestra Administración Pública acoge el sistema de mérito como la única opción natural de gestión de su materia humana.

La función, tal y como ha sido planteada hasta ahora, requiere de una cautela especial frente al funcionario y frente a la Administración. El sistema de mérito ha probado ser, a través de la historia, una técnica exitosa de brindar seguridad jurídica al ciudadano y garantizar su libertad a través de la correcta gestión de la función. En este sentido, plantea Prats I Catalá que el sistema de mérito es la respuesta que el legislador tomó cuando los índices de corrupción crecieron¹⁴⁸, cuando la economía se aceleró y las

¹⁴⁸ Prats se sitúa, concretamente, en la transformación del sistema de botín o clientelismo norteamericano en un sistema de despojos. Nos indica que, posterior a la guerra civil, Norteamérica experimentará avances tecnológicos y económicos considerables que tienden a unificar los estados y a aumentar los ámbitos de prestación estatal, como consecuencia el aumento de empleos públicos. El representante de la

inversiones necesitaban seguridad jurídica más allá del Poder Judicial; a ello podemos agregar nosotros que este sistema es fiel espejo del Estado de Derecho revolucionario pues, si este se erige sobre la base del gobierno objetivo de la ley, el sistema defendido se erige sobre la base objetiva del mérito y el estatuto. No de otra forma debemos entender el rótulo de este trabajo, el sistema de mérito es la principal defensa de la función pública, como una labor de naturaleza vicarial y servil a favor de la persona.

ideología política, entonces, ya no se daba abasto para controlar lo que sus delegados políticos realizaban en ciertos territorios del país por lo que a menudo esto desemboca en que los delegados actuaran a favor de sus intereses y ya no los del partido. El político norteamericano necesitaba un sistema que le procure un manejo integral de estas nuevas situaciones. Prats ICatalá, J., “Los fundamentos institucionales...”, *Ob. Cit.*, pp. 33-39.

CAPÍTULO III. MÉRITO Y CAPACIDAD

1. Configuración constitucional

El presente capítulo busca hacer tangible el sistema meritocrático a través de los principios-esencia que contiene. Dicha sensibilidad será aplicable, específicamente, a nuestro Derecho Funcionario, para lo cual es lógico partir por la Constitución Política vigente.

En razón a ello, es posible afirmar que el legislador nacional ha recogido todas aquellas singularidades que en el capítulo anterior hemos plasmado. Nos inclinamos por este pensar debido a la consideración que de la Función Pública hace la carta magna. Efectivamente, el capítulo IV del Título I recoge este apartado que se denomina “*de la Función Pública*” (cursiva nuestra). Desde la simple conclusión lógica de lo que significa separar las cosas en orden a no mezclar la sustancia podemos partir. Luego, esto no va en contra de la unidad que significa la Constitución, sino que, como explicamos antes, es natural reflejo de una de las vertientes del ser humano, la vertiente social donde el servicio al otro se hace jurídico y conforma la esencia del Derecho. El legislador, de haber pensado lo contrario, le hubiera sido fácil incluir el régimen de los funcionarios dentro de los artículos dedicados a los derechos de los trabajadores, en el campo de los derechos sociales.

En efecto, la función pública no es una labor más, es el servicio a la nación (Artículo 39 CP) de donde cualquier implicancia, que sobre el funcionario pretenda extraerse, tiene que partir. Así es, la Función Pública es una parcela completa, con figuras propias y una regulación a la medida. Donde el Derecho de la Función Pública es su Derecho común y normal¹⁴⁹. Ahora, ¿Qué implicancia trae el reconocimiento constitucional de la figura? Ello no significa otra cosa que una protección especial a la institución tratada, que a continuación veremos a detalle.

1.1. Aseguramiento de la dimensión objetiva de un derecho fundamental

Habíamos explicado ya que del Estado no son predicables las libertades. El Estado es un fuerte instrumento para asegurar la libertad humana. Sin embargo, en el meollo de la labor instrumental, siempre será necesario hacer sólidas las instituciones de las que el Estado se vale para conseguir su fin. En un sentido muy parecido, Carl Schmitt entendió, a inicios del siglo XVIII, que existen instituciones estatales que necesitan un especial reforzamiento respecto a las potestades del legislador. En efecto, el alemán entiende que sólo las libertades o derechos subjetivos tienen, naturalmente, una protección frente al legislador; por otro lado, las instituciones jurídicas distintas a estos derechos necesitan de artificios para mantener su esencia intacta. Dichos artificios vendrían a ser bastante necesarios en virtud a los conceptos innovadores que la Constitución de Weimar había traído a la época, instituciones como la unión alemana apoyada en el pueblo, el monopolio estatal normativo, entre otros, que necesitaban de una ayuda doctrinaria para no desaparecer¹⁵⁰. De esta forma, el autor alemán entiende que estos conceptos, una vez ingresados al texto

¹⁴⁹ Clavero Arévalo predica que el Derecho Administrativo es el Derecho común y normal de la Administración Pública en cuanto tal a contra de las opiniones de quienes sostienen que éste Derecho es uno especial y excepcional, donde el Derecho Civil sigue siendo el Derecho Común por excelencia. El Derecho Administrativo tiene principios propios mediante los cuales completa sus vacíos jurídicos, es común en ese sentido; luego, se aplica a todas las relaciones en que la Administración se desenvuelve en cuanto poder público, normal en este sentido. *Cfr.* Clavero Arévalo, M., “Consecuencias de la concepción del Derecho Administrativo como ordenamiento común y normal”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.

¹⁵⁰ *Cfr.*, Vignolo Cueva, O., “Antecedentes jurídicos relevantes...”. *Ob. Cit.*, p. 55.

constitucional y transformados técnicamente en instituciones organizadas, se convertirán en estructuras de arraigo en la sociedad con reconocimiento jurídico. En tal sentido, ni el legislador, ni otro poder público, podrá desconocer el contenido esencial de la institución.

En el sentido hasta ahora planteado, la garantía institucional es en esencia la garantía de pervivencia de una organización o institución que se plantea, en principio, como muy importante para los fines del Estado. Si a partir de ello empezamos a elaborar nuestras ideas, podríamos decir que la Constitución nacional ha creado una verdadera garantía institucional respecto al instituto Función Pública o de la carrera administrativa de la cual el legislador no puede disponer libremente.

Aquello último no deja de ser cierto; sin embargo, es una visión bastante parcial del asunto, es sólo una parte, aunque bastante importante, de lo que significa la consideración de la Función Pública como institución en la carta magna.

Para comprender la implicancia real del asunto es necesario saber que el contexto histórico donde nace la figura es uno donde el Estado de Derecho se comprende en su vertiente más liberal. El Poder Público debe total respeto a las libertades que se configuraron anteriores a su aparición, su labor frente a ellas es de pura abstención. Lo que debe suceder, a continuación, es la superación de dicho contexto para construir felizmente nuestra idea. Entonces, libertades humanas e instituciones no son conceptos contrapuestos. En efecto, la Constitución es unidad, y cada uno de sus apartados tienen concordancia en su fin último, realizar al ser humano. Por ello no deja de acertar Baño León cuando nos habla que, por ejemplo, la libertad personal reconocida se vería vacía sin una garantía constitucional como la del *habeas corpus* o de qué serviría el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica o técnica sin medidas organizativas y procedimentales que protejan la libertad intelectual¹⁵¹.

¹⁵¹ Cfr., Baño León, J.M., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, pp. 160-161.

Luego, no puede entenderse la protección al instituto lejos de la protección al Derecho Fundamental que se encuentra detrás de él. Es entonces que la garantía institucional es la punta del iceberg de una protección que parte del derecho subjetivo reconocido, individual o público, se extiende a las leyes de desarrollo del precepto constitucional y abarca, también, los mecanismos procesales que hacen real el derecho. A este punto, el mencionado autor identifica que el Derecho Fundamental es un concepto amplio que contiene tanto el derecho subjetivo como a la institución¹⁵².

El profesor Castillo Córdova termina de aclararnos el panorama. A partir de considerar a un Estado como Social nacen conclusiones importantes. En lo que a nosotros importa, todo Derecho Fundamental cuenta con una vertiente subjetiva y otra objetiva. En la primera de ellas se encuentra la tradicional libertad, y en la segunda la actividad del Estado para hacerlas realidad¹⁵³. En ambas existe una obligación al poder público; primero, de remover los obstáculos, o, ella misma no serlo para el libre ejercicio del derecho; segundo, promover las condiciones necesarias para el pleno disfrute de los mismos. De esta forma, las instituciones son herramientas estatales usadas con el fin de asegurar la realización efectiva de los derechos del hombre. En este sentido, forman parte de la vertiente objetiva de todo Derecho Fundamental. Concluirá el autor mencionado aquí, que *“si de lo que se trata es de prestar una mayor protección a los derechos fundamentales y de lograr así una mayor y más plena vigencia de los mismos, entonces ya no es necesario acudir a la figura de la*

¹⁵² Respecto a la teoría de Schmitt, el autor dirá que: *“carece de sentido cuando, de un lado, los derechos fundamentales abarcan no sólo derechos subjetivos, sino también garantizan positivamente ámbitos de actuación del particular o aseguran la pervivencia de determinadas organizaciones (por tanto encierran a su vez garantías institucionales y mandatos al legislador) y, de otro, ambos conceptos responden a la misma idea, la de erigirse en límite último a la discrecionalidad política del legislador”*. *Ibidem*, p. 170.

¹⁵³ Vide., Castillo Córdova, L., (obra original publicada en 2003) “Principales consecuencias de la aplicación del principio de la doble dimensión de los Derechos Fundamentales”, en Repositorio Institucional de la Universidad de Piura, *Pirhua*, [Fecha de consulta: 30/01/17], disponible en https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1959/Principales__consecuencias_aplicacio_principio_doble_dimension_derechos_fundamentales.pdf?sequence=1

garantía institucional, porque esta finalidad viene recogida por la dimensión objetiva de los derechos fundamentales¹⁵⁴”.

Lo mencionado por el profesor peruano tiene pleno sentido. Podemos construir nuestra idea, entonces, a partir de ello. La función pública no tiene protección aislada, ni en sí misma, pues como decíamos antes, son potestades públicas que no pueden ser comprendidas sin alusión al fin que protegen. Efectivamente, el Derecho Fundamental a una buena administración es el concepto amplio que comprende tanto a los derechos subjetivos que el ciudadano puede activar como a la función pública que, entre otros¹⁵⁵, se erige como institución social que, en el marco de un Estado Social, busca la plena vigencia del derecho humano.

Ahora, queda claro que la garantía a la institución se hace innecesaria en cuanto a ya estar protegida, de forma indirecta, por el Derecho Fundamental que se encuentra de fondo; sin embargo, es posible, sin desvirtuar lo ya planteado, encontrar concretos beneficios de garantizar constitucionalmente una institución. Para ello es necesario comprender lo que este concepto significa. Prats I Catalá es muy gráfico en este sentido cuando dice que: *“Las instituciones existen principalmente en nuestras mentes, forman el capital social o cultura cívica, y no tiene objetivos específicos, aunque cumplen importantes funciones sociales y facilitan el marco para que los individuos y las organizaciones persigan sus objetivos¹⁵⁶”*. Entonces, en complemento al derecho subjetivo que defiende, la institución funcional como figura constitucional forma en la mente del ciudadano la idea de que existen sujetos cualificados, considerados como funcionarios y servidores, que se encuentran al servicio de la nación; luego, que existe un sistema que garantiza la calidad del servicio profesional, la carrera administrativa. Entonces, más allá de la garantía formal que significa un reconocimiento constitucional¹⁵⁷ existe un

¹⁵⁴ *Ibíd.*, p. 11.

¹⁵⁵ Podríamos decir lo mismo de la figura del control del poder público que ostenta la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República.

¹⁵⁶ Prats ICatalá, J., “Distinción de la función...”, *Ob. Cit.*, p. 21.

¹⁵⁷ Nos referimos a la garantía de mayoría absoluta legal del Parlamento y posterior *referéndum*, que la Constitución prevé en su Título VI, necesaria para una reforma constitucional.

afianzamiento de la conciencia social que de la Función Pública se debe tener.

Por otro lado, en el caso peruano, el profesor Vignolo plantea que la garantía institucional es predicable para la carrera administrativa¹⁵⁸. Nosotros partimos concordantes con dicha postura, pero continuamos ampliándola. En efecto, el artículo 40 de la Constitución nos habla del régimen de carrera administrativa como aquél predicable a la vida servil del funcionario profesional. Sin embargo, si deseamos ser concordantes con la visión que de las instituciones tenemos, debemos entender que el Estado asegura la libertad humana partiendo del correcto desempeño de las funciones públicas por parte de los democráticamente elegidos. En dicho sentido, la institución a la que se refiere nuestra ley magna es a la Función Pública como el servicio a la nación que involucra a todo aquél que disponga de poder público. Posteriormente, garantiza también a la carrera administrativa, como la forma concreta de realizar dicha institución en el caso de los funcionarios profesionales. De sólo comprender a la carrera administrativa como institución a favor de la buena administración nos perderíamos de regular, con verdadero significado, los estatutos de los políticos, los funcionarios de confianza, los altos directivos, entre otros que buena parte de dicho deber concretizan.

Haciendo dicha salvedad, podemos, ahora, profundizar en lo que significa haber contemplado dentro de la Función Pública, como institución, una concreción llamada carrera administrativa. A esto dedicaremos el siguiente apartado.

¹⁵⁸ “Estos grandes trazos que delinean la teoría general de la figura construida por el citado autor alemán, al menos, en su relevante propósito del mantenimiento de la médula institucional, pueden ser perfectamente usados para construir un deseable reforzamiento del núcleo esencial de la carrera pública instaurada por el artículo 40 de nuestra Constitución”. Vignolo Cueva, O., “Antecedentes...”, *Ob. Cit.*, p. 63.

1.2. Carrera administrativa

Queda claro que el ejercicio más intenso del poder público es por parte de los funcionarios democráticos. Sin embargo, a criterio propio, el ejercicio más importante de este poder se da por los servidores públicos o funcionarios profesionales. En efecto, cada cierto tiempo el pueblo elige ciertos sujetos habilitados a gestionar sus intereses; sin embargo, de forma perenne, existen otros sujetos quienes brindan continuidad a los servicios. Imaginemos lo caótico que serían las épocas de transición entre gobiernos si no existiesen estos sujetos. Su labor es trascendental en el día a día de un país, de ahí que la estructura que busque reglar las condiciones de su labor deba ser tratada con mucha cautela.

De los sujetos de los que aquí hablamos es posible estructurar sus prestaciones en dos marcados sistemas: el de carrera y el de empleo. Esta última basa la estructura de sus empleados sobre la figura del puesto de trabajo. Tus méritos en el acceso te garantizan un determinado puesto en un universo de puestos heterogéneos, donde dicho puesto puede encontrarse en cualquier nivel de la jerarquía administrativa. La supresión del puesto significaría salir de la Administración, pues tu derecho sólo alcanza a aquél. Por otro lado, el sistema de carrera prevé un proyecto de vida al servicio del Estado para el sujeto aspirante. Su mérito lo habilita a acceder a un cuerpo de funcionarios que realiza labores idénticas o afines, en el cual podrá tener dinamismo dentro de la jerarquía administrativa. El ingreso, generalmente, será desde el escalón más bajo de la jerarquía, luego la Administración tendrá el deber de capacitarlo para su ascenso, aquí subyace su carácter de sistema cerrado. Podremos notar, a partir de lo explicado, que, a pesar que el Constituyente escogió un sistema de carrera, existirán ciertas figuras que se asemejen a un sistema abierto de empleo; sin embargo, la esencia es del sistema estatutario cerrado¹⁵⁹.

¹⁵⁹ El profesor Vignolo llama a este fenómeno el *modelo híbrido con una vértebra estatutaria*, en razón a que el núcleo de carrera que ha instituido la Constitución se ha visto matizado por inferencias legales más cercanas al modelo abierto, como el factor de provisionalidad que aparece como una tara en muchos de los regímenes de los profesionales del Estado. *Ibidem*, p. 68-70.

Entonces, carrera administrativa es la estructura que eligió el legislador constitucional para la labor que presta el servidor profesional¹⁶⁰. Se plantea, de esta forma, como un instrumento a favor del poder público pues garantiza que los más capacitados formen parte de sus filas, una debida cautela a los secretos de Estado y toda información que sobre sus manos recaiga, así como la eficiencia en la gestión administrativa. Sin embargo, por otro lado, la vertiente más importante de esta estructura es la de ser un derecho del funcionario. Efectivamente, la carrera administrativa, correctamente organizada, es la debida contraprestación que obtiene un funcionario ante una prestación permanente con vocación de servicio. Loable iniciativa es la de ofrecer la vida al servicio de tu país, justa retribución es obtener un sistema que permita el desarrollo profesional. En cuanto derecho del servidor, requiere del reconocimiento del mérito del sujeto al ingresar, constante capacitación dentro de la organización, suficientes mejoras remunerativas, posibilidades reales de progresión y movimiento horizontal, en cuanto sea posible.

Profundizando más en este derecho funcionarial, para hacerlo efectivo debemos tener como base los principios de progresión y la irreversibilidad. Por el primero de ellos, se reconoce la naturaleza dinámica de la carrera, la cual se hace posible sabiendo que el aparato burocrático se organiza de forma jerárquica. Entonces, con el límite de los cargos políticos, el servidor podrá tentar a cargos con funciones que engloben mayores responsabilidades, crecimiento profesional en este sentido, y su correlato de contraprestación económica. Por el segundo de los principios, debemos entender que luego de obtenido un cierto rango, éste ya no se podrá perder más que por la vía disciplinaria. Entonces, en el desarrollo normal de las funciones el servidor sólo podrá consolidar

¹⁶⁰ Sobre la carrera administrativa, el profesor Arroyo Yanes nos brinda una clara definición al indicarnos que estamos hablando de un *“instituto jurídico mediante el cual la organización de la función pública se construye y estructura, a partir de una serie de conceptos que tienen por fin último permitir que el funcionario pueda servir de un conjunto de instrumentos jurídicos diseñados para que goce de la máxima movilidad interna en el seno de la función pública, vertical, horizontal y espacialmente, respetando siempre los principios de consolidación y mérito profesional.* Arroyo Yanes, L. M., “Presente y futuro de la carrera administrativa de los funcionarios públicos”. En Conferencia impartida en *Jornadas de sobre el personal de las Administraciones Públicas*, Universidad de Sevilla, noviembre, 2004.

sus derechos ya adquiridos y podrá aspirar al tope de su escala funcional¹⁶¹. Finalmente, como presupuestos para su efectividad, la Administración tendrá que implantar cauces objetivos y claros tanto a los aspirantes a la función como a los ya insertos. El *iter* funcionarial deberá ser entendible. Así mismo, pesa sobre los entes públicos el deber de escalonar suficientemente los puestos a fin de asegurar una real carrera y no un estanque de servidores.

Ahora, ya casi no es necesario incluirlo pues es deducción lógica de un servicio que se pretende profesional. Sin embargo, en el país aún no queda claro. La estabilidad, en el mismo sentido que la progresión y la irreversibilidad, es piedra angular del sistema. Nos atrevemos a decir que sin aquella no podrán existir las últimas mencionadas. Si el deseo del legislador es obtener un grupo de sujetos que no tengan otro apego más que a su ciencia (*professio*), es decir, que se vean libres de las tentaciones de servir a intereses distintos a los de su técnica y arte, entonces deberá ensalzar sus dotes intelectuales y saberes técnicos, haciendo que su permanencia en la institución dependa exclusivamente de dichos criterios. Un sujeto cuya estabilidad en el cargo dependa de la voluntad de otro sujeto no prestará un servicio que sirva al interés de la comunidad, sino que, en la mayoría de casos, el servicio que preste será el que más guste al sujeto de quien depende.

Como plantea el profesor Vignolo, la *despartidarización política* es una meta en toda reforma que del servicio civil se plantee relevante y que debe plasmarse, esencialmente, en la carrera pública. Por ello, los principales esfuerzos que se realicen al regular esta figura deben centrarse en el sujeto que desempeñará la función. Debemos alejarnos de los esfuerzos tangenciales que se basan en reforzar los procedimientos, implementación logística o endurecer la disciplina pues el verdadero camino se encuentra en buscar al mejor postulante y hacer crecer al ingresado mediante un auténtico proyecto de vida profesional en el servicio civil¹⁶².

¹⁶¹ Cfr., Gonzáles-Haba Guisado, V.M & Alvarez Rico, M., “La carrera administrativa”, En *RDA*, núm. 164, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1975, p. 116.

¹⁶² Vignolo Cueva, O., “Antecedentes...”, *Ob. Cit.*, p. 73.

2. Mérito y capacidad

Llegados a este punto, es necesario recordar que, en el capítulo anterior, el mérito y capacidad fueron tomados como sistema, y, en tal sentido, era el sistema idóneo para reglar una situación con claras particularidades. Ahora, en este apartado tratará de estudiarse la configuración de estos dos conceptos como principios que estructuran un sistema con miras a reglar una situación personal, es decir, predicable del sujeto que se involucra en aquella situación particular que se menciona.

En el sentido planteado, el mérito es la garantía de realización del derecho funcional a una carrera pública. Es el criterio objetivo y jurídico que legitima los derechos del servidor, correlato de la ley como justificante de los actos del Poder Público en el Estado de Derecho, que una vez mostrado por el sujeto deberá desencadenar la estabilidad, la progresión y la irreversibilidad. Es entonces que es principio matriz de un sistema de carrera, que, aunque no se encuentre expreso en la Constitución deberá ser tomado en cuenta en cada decisión del operador jurídico¹⁶³, porque simplemente no existe carrera donde un sujeto no tenga los instrumentos necesarios para llegar a la meta. La carrera se da entre sujetos competentes que prueben su habilidad en cada tramo recorrido. Obviamente, quienes tengan menos virtudes, tendrán menos beneficios personales o tendrán que abandonar la competición. Sin duda, hablar de carrera es hablar de méritos.

Ahora, también hablábamos antes que el sistema que nosotros acogemos es un híbrido de base estatutaria. Es cierto, y es que ya es imposible encontrar sistemas puros de régimen cerrado o abierto, ni siquiera en sus países de origen como Francia o Estados Unidos, respectivamente. Sin embargo, allí donde se plantee una base estatutaria o de Derecho Público, el núcleo irreductible o esencia lo conformará el

¹⁶³ En este sentido, el Tribunal Constitucional Peruano nos indica: “*Si bien es cierto que el legislador goza de discrecionalidad en la configuración del contenido específico y alcance de la carrera administrativa; también es cierto que no goza de una discrecionalidad absoluta o ilimitada, en la medida que la misma desemboca en una actuación arbitraria, sino que, en desarrollo de tal actividad, debe tener en cuenta la finalidad esencial de la carrera administrativa que consiste en establecer un estatuto jurídico de los derechos y deberes de los servidores públicos sobre la base de la igualdad y el mérito...*”. Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano del 26 de abril del 2016. Caso Ley del Servicio Civil. Considerando 82.

mérito, la capacidad y la igualdad. Ya veremos que este último principio está íntimamente ligado a los dos primeros, baste ahora con citarlo. Claro está que la consideración de esos principios conlleva a la consecuencia inmediata de acoger también la estabilidad, progresión, irreversibilidad, objetividad, publicidad, entre otros. Todos los principios hasta ahora citados son el núcleo jurídico necesario tanto para proteger al régimen del sujeto como a la función misma.

Luego, podría pensarse que la importancia del mérito radica en la imposición de las condiciones de acceso. Acierto parcial. La realidad total del asunto es que este principio es un modulador de la carrera íntegra, desde la creación del perfil personal del aspirante hasta la salida de los funcionarios o, incluso, regular el régimen de los exfuncionarios.

A partir de aquí delinearemos las expresiones de mérito y capacidad en las distintas etapas de la vida funcional:

- a) En el acceso: El fin de la figura en esta etapa es seleccionar al mejor. A este fin, el primer movimiento lo tiene la Administración en el planteamiento correcto del proceso de selección. Un proceso de este tipo, bien configurado, será el que permita resaltar las competencias y cualidades personales y profesionales del aspirante. En tal sentido, se debe dar prioridad a los criterios objetivos de selección como dirimientes de la decisión y como los factores mejor puntuados. A continuación, el postulante que se presente deberá, en abstracto, probar su capacidad para obtener el puesto. De tal forma, tendrá que cumplir con los requisitos mínimos de estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles, no tener condena por delito doloso, no estar inhabilitado para el cargo administrativa o penalmente, entre otros¹⁶⁴. En el mismo sentido, se prueba la

¹⁶⁴ La Autoridad Nacional del Servicio Civil mediante Resolución de Presidencia Ejecutiva n° 008-2016 publicó como anexo a la Ley 30057 la guía para el proceso de selección. En tal forma, el apartado 5.1 indica: *“De conformidad al artículo 162 del Reglamento General de la Ley, para que una persona pueda incorporarse a un puesto comprendido bajo el régimen de la Ley, se requiere:*

- a) Estar en ejercicio pleno de los derechos civiles, que para efectos del Servicio Civil corresponde a haber cumplido la mayoría de edad al momento de presentarse al concurso.*
- b) Cumplir con los requisitos mínimos exigidos para el puesto.*
- c) No tener condena por delito doloso, con sentencia firme.*
- d) No estar inhabilitado administrativa o judicialmente. Están inhabilitados administrativamente quienes están comprendidos en el Registro Nacional de Sanciones*

capacidad del postulante cuando encaja con el perfil profesional y personal que la convocatoria prevé. Nos aventuramos a decir que la capacidad subyace en la aptitud previa del aspirante respecto a una determinada plaza pública, cuando es aspirante, y respecto a una función en específico, cuando ya se encuentra en el servicio. Por otro lado, el mérito es la actualización de dichas cualidades previas comprobadas por el postulante durante la selección y del servidor en el desempeño efectivo de sus funciones.

Durante el proceso de selección, el pleno desarrollo del mérito se verá potenciado mediante la debida publicidad de la convocatoria y las bases, transparencia en los criterios de selección, imparcialidad y profesionalidad de los miembros del órgano de selección, así como el respeto a la discrecionalidad técnica de los mismos, entre otros¹⁶⁵.

Sin duda, la etapa trascendental de la selección en base al mérito es su comprobación objetiva a través del concurso, mecanismo tradicional de provisión de puesto. Este consiste en la calificación de los méritos de los aspirantes y en establecer un orden de mérito en ellos. En nuestra realidad, generalmente, el concurso será parte de un sistema de selección más amplio denominado oposición, mezclando ambos. La oposición consiste en la celebración de una o más pruebas para determinar la capacidad y aptitud de los aspirantes y fijar su orden de prelación¹⁶⁶.

En base a la vulneración de los principios hasta ahora mencionados, el aspirante podrá impugnar la lista de admitidos

de Destitución y Despido o quienes lo están judicialmente con sentencia firme para el ejercicio de la profesión, cuando ello fuere un requisito del puesto, para contratar con el Estado o para desempeñar servicio civil.

e) No tener deudas por reparaciones civiles por la comisión de delitos dolosos, inscritas o no en el Registro de Deudores de Reparaciones Civiles por Delitos Dolosos (REDERECI).

f) Tener la nacionalidad peruana, solo en los casos en que la naturaleza del puesto lo exija, conforme a la Constitución Política del Perú y las leyes específicas.

g) Los demás requisitos previstos en la Constitución Política del Perú y las leyes, cuando corresponda.

Estos requisitos deberán ser verificados previo a la formalización del vínculo.”

¹⁶⁵ Cfr., Sánchez Morón, M., “Derecho de...”, Ob. Cit., p. 121.

¹⁶⁶ *Ibídem*, p. 135.

luego de la evaluación curricular, en caso no haya sido incluido, y la lista de aptos luego del examen escrito y la entrevista. De comprobarse la vulneración de los principios el procedimiento deviene en nulo con las correspondientes responsabilidades administrativas o penales en que incurran los funcionarios encargados.

b) Durante la vida funcionarial

Cuando el sujeto ya ha ingresado a carrera pública sus capacidades se encontrarán en constante reto. Lo ideal sería que la oficina de recursos humanos de la entidad refleje en el legajo personal del servidor tanto los méritos como las faltas, lo que sucede es que, generalmente, dicho instrumento es usado a fin de reflejar, en mayor parte, las faltas. En tal forma, se erige la evaluación del desempeño como el mecanismo general para comprobar el mérito del trabajador y deberá servir tanto para el ascenso, el acceso a la capacitación y cualquier otra retribución complementaria. Es claro, también, que para acceder a estos derechos se requiere actualizar las capacidades, por ejemplo, para el ascenso se tendrá en cuenta los estudios de especialización y postgrados del sujeto, así como para las capacitaciones se dará prioridad a quienes prueben capacidad en la materia a capacitar. Luego de ello, el mérito sólo podrá comprobarse mediante el concurso. En nuestra realidad existe cierto temor respecto a la evaluación del desempeño. Dicho miedo llevo a impugnación constitucional el extremo de la Ley del Servicio Civil que prevé este mecanismo. En este punto es gráfico el Tribunal Constitucional quien sobre el tema dijo: *“...Este Tribunal considera que la evaluación de los servidores públicos opera como base para determinar el acceso igualitario al servicio civil, así como la permanencia y la promoción en el mismo, teniendo en cuenta la capacidad y el mérito. Además, promueve la finalidad de la carrera administrativa, la cual consiste en que las entidades alcancen mayores niveles de eficacia, eficiencia y prestación efectiva de servicios de calidad en la Administración Pública... En definitiva, la permanencia en la función pública está condicionada a que los servidores públicos aprueben la evaluación*

*de desempeño, lo cual, resulta acorde al derecho al trabajo y la permanencia en la función pública*¹⁶⁷ ... ”

Finalmente, los casos de desplazamiento del servidor generalmente serán imputables a causas de eficacia administrativa; sin embargo, se darán supuestos en que el desplazamiento se deba a un supuesto en específica de la eficacia administrativa, el bajo rendimiento, comprobado, del servidor. En todo caso, todo movimiento de la Administración que suponga una estimación del mérito o la capacidad del servidor en servicio se verá reflejado en el correspondiente acto administrativo el cual será impugnabile.

c) El cese de la condición de funcionario

Cuando hablamos del cese por demérito estamos hablando, en el mismo sentido que por causal disciplinaria, de supuestos excepcionales de cese en la condición de funcionario. Si hemos dicho que la carrera pública instituye un proyecto de vida servil, entonces, las causas naturales del cese deberán ser la jubilación o el pase a retiro¹⁶⁸.

Ahora, está claro que la pérdida de la capacidad en abstracto supondrá la remoción del trabajador de las labores realizadas. Tal es el caso de la pérdida de los derechos civiles a causa de sanción penal, donde no será necesario un procedimiento disciplinario para expulsar al servidor, basta con la sentencia para acreditar su incapacidad¹⁶⁹.

Luego, las causas relativas al mérito serán las relacionadas al despido por ineptitud. Nos encontramos ante el supuesto extintivo *“que implica la pérdida sobrevenida de aquellos condicionantes que sirvieron de fundamento al nacimiento de la relación jurídica y*

¹⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano del 26 de abril del 2016. Caso Ley del Servicio Civil. Considerando 118.

¹⁶⁸ La renuncia también es una forma de extinguir la relación; sin embargo, encontrará ciertas modulaciones dependiendo del cargo que se ejerza. En algunas funciones ésta renuncia, a priori, no será aceptada.

¹⁶⁹ No se trata, a priori, de esta forma los casos de incapacidad física del servidor. Según el caso concreto la entidad administrativa deberá reubicar al trabajador en alguna labor para la que se encuentre preparado o cesarlo con los beneficios correspondientes.

*la condición de funcionario público; recordemos que los motivos de mérito y capacidad que justifican el ingreso deben a su vez estar presentes en el ejercicio de las funciones asignadas, pues de no ser así se pone en entredicho la garantía de permanencia en el servicio*¹⁷⁰. En este supuesto, debe quedar claro, no existe discrecionalidad de la Administración, siendo los casos, reglados¹⁷¹.

3. Relación con el principio de igualdad

El principio de igualdad es una de las manifestaciones jurídicas más puras que pueden investir al Derecho. Su esencia no es atribuible a la formación histórica de alguna rama de lo justo, sino que es una exigencia que emana del Derecho mismo. Dar lo justo a cada quien, podría llegar a ser incompleto si no se conoce en qué medida necesitan los bienes cada persona. La igualdad da verdadera y real extensión a la justicia. De esta forma, se comporta como un supra-concepto, *dar a cada quien lo que le corresponde según sus reales necesidades*. Tratar igual a los pares y desigual a quienes no lo son. Brindar condiciones idénticas a las situaciones iguales y comprender las diferencias entre los distintos¹⁷². Todas ellas son premisas que, como veremos, son posibles de aplicar a cada sector de la convivencia humana e, incluso, a las relaciones que vinculen al poder público.

Por un lado, el desarrollo de la libertad humana y las relaciones entre pares, generalmente, se rige por la autonomía de la voluntad. La esencia del Derecho Privado se mueve sobre dicha premisa en cuanto los sujetos estén en igualdad de condiciones y dispongan sobre sus ámbitos de libertad. Por el mismo hecho de ser pares, existirá siempre la presunción de tratarse como iguales. Las decisiones con relevancia jurídica en este sector tienen un gran margen de movimiento, que, salvo

¹⁷⁰ Rincón Córdoba, J. I., “*Derecho Administrativo...*”, *Ob. Cit.*, p. 605.

¹⁷¹ Generalmente se comprobará con desaprobar una cantidad determinada de veces el examen de evaluación de desempeño.

¹⁷² “*La igualdad jurídica presupone, pues, dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que se afecta a esta no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual [Discriminación directa, indirecta o neutral, etc.], sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario [Discriminación por indiferenciación].*” Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Expediente N° 02437-2013-PA/TC de fecha 16 de abril del 2014.

existencia irrefutable de discriminación por cualquier motivo, lo que se convierte en factor excepcional, serán jurídicamente incorrectas. En tal sentido, la relación empleador-trabajador, en tanto es relación de Derecho Privado, podrá basarse en criterios de los más variados sin romper la igualdad. La confianza, la antigüedad, la experiencia, la amistad, la capacidad, entre otros, son todos criterios válidos para satisfacer nuestra premisa en este campo. Residualmente, la norma ha declarado que existen ciertos tratos con los pares que son contrarios a Derecho; negar una relación jurídica con motivo en la raza, origen, religión, género, ideología, idioma, condición económica de la contraparte hace, al menos, reprochable la decisión. Como se aprecia, la igualdad tiene muchas posibilidades justas de realizarse en razón de la sujeción negativa que tienen los pares con la ley. De acuerdo a ésta, es la conciencia del sujeto la que define el trato igualitario, ocupando la ley sólo el papel de conceptuar en negativo, es decir, aclarar qué no es igualdad.

Por otro lado, las relaciones que tienen por objeto un ámbito que supera el interés de los sujetos que lo conforman, es decir, que importan a la convivencia humana, verán recaer la igualdad en un criterio distinto a la autonomía de la voluntad. Mientras mayor incidencia tenga la relación en el bien común, mayor será la modulación de las posibilidades de actuación del sujeto. En estos supuestos, la decisión personal deja de ser el componente dirimente para conceptuar la igualdad. El criterio válido será la decisión o percepción que la comunidad tenga sobre dicha situación, criterio que deberá ser correctamente formalizado en la ley. En efecto, la ley es el único continente de igualdad en las relaciones de naturaleza pública, es su inicio y su fin. Y es que, quien dispone sobre situaciones con semejante relevancia para la población se verá sometido positivamente al ordenamiento jurídico, el cual le dirá, en cada caso en que se encuentre, cuál es el factor que trae igualdad a su relación. Debido a ello, cada campo del Derecho Público tendrá una concreción legal de lo que sea igualdad. En el mismo sentido en que en el campo de la contratación pública, la mejor propuesta técnica es un criterio de igualdad; en el caso de la auto-organización del Poder público profesional, el mérito y la capacidad son legítima concreción del principio. Recalcamos, estas concreciones no son otra cosa que la realización del supra-concepto igualdad en el campo de las relaciones públicas, en nuestro caso de la organización pública, donde el legislador sólo puede escoger entre criterios objetivos para hacer distinciones, quicio del Estado de Derecho, y luego positivarlas.

A partir de lo hasta aquí planteado, es posible defender que el régimen del funcionario público y, el mismo Derecho de la Función Pública, es una exigencia, a nivel macro, de la igualdad. Dar un tratamiento desigual a quienes no son iguales¹⁷³, es de la misma forma aplicable a las situaciones y a los derechos que de tales circunstancias emanen. Durante el segundo capítulo de este escrito hemos planteado situaciones donde el sujeto debe lidiar con grandes responsabilidades y, a razón de ello, es dotado de privilegios poco comunes. Por ello, ante situaciones jurídicas dispares es correcto brindar tratamientos jurídicos desiguales, que es lo que, en buena cuenta, viene haciendo la legislación nacional partiendo de la Constitución. Brindar a la función pública un capítulo diferenciado en la carta magna es una prueba simple, pero válida, de lo que se dice. Luego, la regulación legal de la figura habla por sí misma; no dudamos que en cabeza del legislador la distinción se encuentra presente y obedece a un servicio diferenciado. Ahora, es preciso que también la distinción aparezca en mente de quienes apliquen el Derecho a la vida cotidiana, de quienes sean sus directos beneficiarios y de la comunidad, en general; en razón a ello, es urgente la reinterpretación que de las normas del Derecho Funcionario se necesita, a la luz del Derecho Administrativo¹⁷⁴.

Luego, a nivel micro, es decir, ya centrados en la concreta relación entre el Poder Público y el sujeto vinculado a él, la igualdad se verá reflejada en todas las etapas del vínculo, desde el simple aspirante hasta el exfuncionario. Podemos decir que el contenido no es distinto al que planteamos en todas las vertientes en que influye el mérito. El acceso, la vida funcionarial, el cese y la relación post funcionarial se verán moduladas en tal sentido¹⁷⁵. La igualdad se concretará, también, en un

¹⁷³ En este sentido, la igualdad ante la ley debe ser entendida: “... impone una exigencia al legislador para que éste no realice diferencias injustificadas; pero también a la Administración Pública y aún a los órganos de la jurisdicción, en el sentido de que la ley no puede aplicarse en forma desigual frente a supuestos semejantes...”. Sentencia recaída en el expediente n° 0606-2004-AA/TC del 28 de junio de 2004. Considerando 10.

¹⁷⁴ Cfr., Vignolo Cueva, O., “La igualdad como principio esencial del empleo público, sin dejar de indicar notas al mérito y la capacidad”, en *Comentarios y críticas a la Ley del Servicio Civil: La inevitable reforma del empleo público peruano*, ECB Ediciones & Thomson Reuters, Lima, 2015, pp. 88-92.

¹⁷⁵ Así, por ejemplo, en el acceso sólo obedecen al principio de igualdad aquellos mecanismos de selección que busquen diferenciar al más capacitado para un cargo en concreto, y que, por ende, exija situaciones concordantes con las funciones del puesto.

derecho de carácter reaccional para reclamar ante el juez toda conducta de la Administración que violente la imparcialidad del proceso de selección, el trato objetivo en la relación misma o la negación de derechos al ex servidor.

Un punto importante para el trato igualitario en el acceso es la comprensión de la discrecionalidad técnica de los tribunales de selección. Los procedimientos de acceso cuentan, en su mayor parte, con mecanismos reglados para puntuar al aspirante, buscando garantizar la imparcialidad de éste emprender. En razón a ello, los exámenes escritos, la puntuación del currículo bajo criterios tasados y valoración predeterminada, entre otros; son formas que se prestan a la objetividad deseada. Sin embargo, no debemos olvidar que dichos procesos son impulsados por personas capacitadas en la selección del mejor; de otra forma, una máquina podría procesar todos los datos bajo una cartilla de puntuación y brindarnos al elegido.

Entonces, siempre quedará un espacio, aunque mínimo, para las razones técnicas que el tribunal de selección pueda manifestar. Los dichos que se basen en su especialidad¹⁷⁶ son perfecta concreción de la discrecionalidad de la Administración Pública en cuanto a su organización y, por tanto, se rige también a los mismos límites. La pericia de los miembros y su participación directa en las pruebas inviste las decisiones administrativas del colegiado de una presunción *iuris tantum* de legalidad que, quien se considere agraviado, deberá desvirtuar¹⁷⁷. Los componentes tasados o reglados serán perfectamente controlables por el juez; sin embargo, los componentes de discreción, como por ejemplo los que califican el mérito del postulante en una entrevista, tienen frente al juez un control mermado.

Luego, durante la vida funcionarial, las labores, ascensos, evaluaciones, formación, deberes, remuneración, entre otros, sólo se otorgan en base a criterios objetivos en cuanto obedezcan a sistemas de estatutarios. *Ibidem*, pp. 95-97.

¹⁷⁶ El Tribunal Constitucional Peruano define la discrecionalidad técnica como: “*El arbitrio para valorar o seleccionar, dentro de una pluralidad de opciones, un juicio perito o un procedimiento científico o tecnológico*”. STC N° 0090-2004-AA/TC del 05 de julio de 2004. Considerando número 9.

¹⁷⁷ Pérez Salas, F. J., “De la discrecionalidad técnica en el acceso al empleo público”, en Revista CEMCI, núm. 8, julio-setiembre, 2010, pp. 8 y ss.

El punto clave aquí es entender que la discrecionalidad técnica no puede vulnerar la igualdad de los aspirantes. Las pruebas tasadas son una primera garantía. En la misma línea, ya hemos visto que la ley es fundamento de la potestad por lo que la decisión del tribunal que pretenda ser legítima deberá ser racionalmente acorde al mérito de los participantes. La actuación fuera de toda lógica de mérito, es decir, que vulnere los parámetros de razonabilidad acorde a las capacidades y méritos que los postulantes han mostrado a lo largo del procedimiento, habilitan al juez a un control de fondo de la decisión, quien, sin sustituir, podrá declarar la nulidad del acto administrativo¹⁷⁸.

4. Configuración legal: el servicio civil

Encontramos certeza en la Constitución de una división entre funcionarios y trabajadores públicos, de acuerdo a lo planteado por el artículo 40. Parece que la carta magna trata de hacer distinción entre los funcionarios democráticamente elegidos y los servidores profesionales sometidos a carrera. De estos últimos, tenemos exhaustiva regulación legal. De los primeros, no queda muy claro su estatuto personal.

Del Presidente de la República, el básico desarrollo de sus funciones y deberes se encuentra en la misma Constitución, repitiendo contenido, luego, la ley orgánica del Poder Ejecutivo y el Reglamento de Organización y Funciones del Despacho Presidencial. La responsabilidad del Presidente es bastante limitada, no dudamos que se somete a las más duras exigencias de moralidad; sin embargo, para declarar su incapacidad será necesario un juzgamiento político ante el Congreso. La generalidad de los altos funcionarios constitucionales verá regir su disciplina a éste

¹⁷⁸ “El acto administrativo de calificación podrá ser objeto de la acción fiscalizadora de los Tribunales de Justicia. Lo que sucede en tales casos es que la revisión jurisdiccional -en cuanto la valoración del Tribunal calificador en lo que de apreciación técnica tenga en sí misma escapa al control jurídico- experimenta determinadas modulaciones o limitaciones que encuentran su fundamento en una “presunción de razonabilidad” o “de certeza” de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. Ahora bien, aquella presunción, en tanto que presunción iuris tantum, también podrá desvirtuarse si se acredita la infracción o desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación en el criterio adoptado”. Sentencia del Tribunal Constitucional Español número 353/1993 del 29 de noviembre de 1993. Fundamento jurídico número 3.

antejuicio político, los ministros, Defensor del Pueblo, Contralor General, Congresistas, vocales de la Corte Suprema, fiscales supremos, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo Nacional de la Magistratura se encuentran en esta lista. Parece existir un amplio margen de discrecionalidad política en cuanto a los estatutos de los elegidos por el pueblo, situación que muchas veces repercute en contra de la seguridad jurídica necesaria para funciones tan importantes. Luego, en las leyes orgánicas de los respectivos entes autónomos constitucionales podremos encontrar intentos repartidos por afianzar la condición personal del funcionario político o del designado por político; el congresista tiene planteado un estatuto personal en el Reglamento del Congreso, los mecanismos de coerción para sus deberes se someten a un débil procedimiento disciplinario interno regido por reglas de conciencia¹⁷⁹. Sería bastante interesante un estudio pormenorizado, que excede los propósitos de este escrito, del régimen funcional de estos sujetos y de los designados por confianza. Es cierto que la discrecionalidad política existe, pero existe en cuanto la ley determine sus márgenes, lo cual parece no suceder en nuestro ordenamiento.

Respecto a los funcionarios profesionales, lamentamos que la dispersión sea la misma e incluso aún más caótica. La división idónea de los regímenes funcionariales sólo debe existir en virtud de la marcada especialidad de la materia, como ocurre con las carreras especiales, o en virtud de la autonomía constitucional que el constituyente otorgó a los Poderes del Estado, en este sentido la carrera judicial y la carrera fiscal. Estos deberán constituirse como regímenes satélites, que sean independientes o distintas en cuanto a sus particularidades, respecto a una matriz legal que regule exhaustivamente el servicio profesional al Estado que todos ellos brindan. En la realidad, incluso el mencionado régimen madre sufre, también, por la dispersión y desorden jurídico. Aquí encuentran buena justificación las reformas actuales en la función pública nacional.

¹⁷⁹ “Artículo 24.- Por actos de indisciplina, los Congresistas pueden ser sancionados: a) con amonestación escrita y reservada; b) con amonestación pública mediante resolución del Congreso la cual será publicada en el Diario Oficial El Peruano; c) Con suspensión en el ejercicio del cargo y descuento de sus haberes desde tres hasta ciento veinte días de legislatura. En la determinación de la sanción, quienes deban proponerla actuarán con criterio de conciencia, constituyendo precedentes para casos similares.” Reglamento del Congreso de la República del Perú, Artículo 24.

Junto al profesor Recio, encontramos que las reformas en los sistemas funcionariales del mundo son posibles de catalogarlas en dos categorías. En primer lugar, aquellas donde se busca modernizar el sistema de mérito, actualizarlo y dotarle de mayor flexibilidad y eficiencia utilizando nuevas metodologías de gestión del recurso humano. Obviamente, el paso que busca dar esta reforma presupone un sistema de mérito consolidado, con instituciones fuertes, donde sólo se busca brindar mayor dinamismo al proyecto de vida. Funciones públicas como la francesa, belga o italiana se encuentran aquí inmersas. Por otro lado, se encuentran aquellos ordenamientos que buscan consolidar un sistema de mérito, refundando el sistema y a la vez, en un segundo plano, buscando su modernización. El Perú se encuentra en este último. Queda claro que no podemos correr sin antes haber caminado, es por ello que el esfuerzo legal que el Servicio Civil nacional nos trae debe ser dirigido, prioritariamente, a reforzar las instituciones del sistema de mérito¹⁸⁰. Al análisis de este esfuerzo nos enfocaremos a continuación; posteriormente, citaremos los métodos de modernización del sistema que trae la mencionada ley.

4.1. Aspectos dogmáticos

En el esfuerzo por consolidar un régimen estatutario básico, la Ley del servicio civil, a grandes rasgos, cuenta con los siguientes aspectos positivos: Consolidación de principios base, Unificación de regímenes y pretensión de aplicación integral, afirma un modelo de carrera pública y crea un código único de conductas con el correlativo fortalecimiento del régimen disciplinario. Veremos ello un poco más a detalle a continuación:

a) Consolidación de principios base:

El artículo III del Título preliminar de la Ley establece una serie de principios que bien pueden resumir lo que hasta el momento se ha planteado en este trabajo¹⁸¹.

¹⁸⁰ Recio Sáez de Guinoa, J. M., “El desarrollo profesional en el servicio civil de Perú: Nuevas perspectivas en torno a la Ley del Servicio Civil”, en *Comentarios y críticas a la Ley del Servicio Civil*, ECB ediciones & Thomson Reuters, Lima, 2015, pp. 216-217.

¹⁸¹ De hecho, los principios que aquí se plantean son pura inspiración y emulación de los siete principios de la vida pública que se plantean en el informe Nolan. A saber: Desinterés, integridad, objetividad, responsabilidad, transparencia, honestidad y

Podemos empezar resaltando que toda la organización estatal y sus respectivas funciones se estatuyen en razón al servicio del ciudadano. La prestación de un servicio de calidad es una necesidad dentro de un Estado Social y reformas de segunda generación, además de la concreción en el derecho a una buena administración. En este sentido, el inciso “a” del mencionado título plantea el interés general como pieza fundante de la organización del recurso humano estatal.

La consolidación del Derecho de la Función Pública profesional como el Derecho común y normal del funcionario viene a partir de la “legalidad y especialidad normativa” (inciso “f”). El régimen del servicio civil se rige por la Constitución, la presente ley y sus reglamentos. Trato justo e igualitario para un servicio diferenciado de sujeción especial.

A continuación, la objetividad, quicio de un Estado de Derecho, se refleja en los principios de igualdad de oportunidades, mérito y transparencia (incisos “c”, “d” y “g” respectivamente). La ley indica que tanto las normas, como los procesos son impersonales y públicos. En cualquier momento el ciudadano puede acceder a cualquier dato que sobre un funcionario u aspecto organizacional requiera. Los mismos parámetros objetivos regirán para el funcionario en cuanto sujeto de derechos.

El componente instrumental del régimen o fin mediano, la eficacia administrativa. Base para comprender que la eficacia es un habilitante a la discrecionalidad administrativa. Eficacia y eficiencia, provisión presupuestaria y flexibilidad (incisos “b”, “e” y “j” respectivamente) son criterios que la Administración tendrá que tomar en cuenta ante cada decisión concreta. Decisión difícil en cuanto tiene que encontrar proporcionalidad entre el derecho del ciudadano, el derecho del funcionario y el buen funcionamiento de la Administración.

liderazgo. Para más información sobre el informe se recomienda leer, Martínez Bragueño, M., Informe Nolan: Normas de conducta de la vida pública, en *Revista Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, N° 5-6, 1996, Pp. 209-214.

Se rescata el alto contenido honorífico que se encuentra detrás del servicio al Estado. En razón a ello, el componente ético y moral importa en demasía, pudiendo ser criterios de valoración para imponer disciplina y evaluar en más o en menos al funcionario. Probidad y ética pública, rendición de cuentas (incisos “i” y “h” respectivamente) conforman principios fundantes de la alta exigencia moral que se le pide al funcionario, así como la carga fortificada de obligaciones que posteriormente generan un verdadero código de conducta.

Finalmente, el núcleo de carrera reconocido en la estabilidad del servidor (inciso “k”). No existe carrera sin articular los mecanismos adecuados para garantizar el desarrollo del proyecto de vida del funcionario. La progresión y la irreversibilidad, aunque no expresas en el título preliminar, encuentran real desarrollo en los capítulos correspondientes a la capacitación y evaluación del desempeño.

b) Unificación de regímenes y pretensión de integridad:

La nueva ley busca traer a nuestro ordenamiento una verdadera ley matriz del servicio al Estado. Los títulos referentes a las disposiciones complementarias transitorias nos explican un poco las reglas de implementación. Hasta la fecha en que el régimen se encuentre implementado en todas las entidades públicas sólo se podrá incorporar personal bajo el régimen de contratación temporal CAS (Decreto legislativo 1057, Contratación Administrativa de Servicios). Se pone un alto a la incorporación de personal bajo los regímenes del Decreto Legislativo 276 y 728, los cuales, antes de la nueva ley, se repartían las funciones matrices. Quienes se mantengan en dichos regímenes no tendrán ninguna forma de progresión. Luego de su salida, por cualquier motivo, de la entidad, dichos regímenes se ven condenados a desaparecer, al menos, por derogación tácita o desuetudo. (Segunda Disposición Complementaria Transitoria).

Las leyes derogadas de forma expresa fueron la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, fruto de algún intento fallido por ordenar la materia y el Decreto Legislativo 1025, que aprueba normas de capacitación y rendimiento para el sector público. Estas

dejarán de existir en el ordenamiento una vez entre en vigencia total la nueva ley (Disposición complementaria derogatoria única). En cuanto al Código de Ética de la Función Pública, la décima disposición complementaria transitoria indica que “*se aplica en los supuestos no contemplados en la presente norma*”¹⁸². Dada la exhaustividad en tipificación de conductas disciplinables tanto de la ley como el reglamento, tendrá que hacerse una revisión muy a detalle de los casos en que el código de ética pueda regir. Por lo que, a opinión nuestra, la mayor parte del mencionado código se encuentra ya derogada por estar ya contenida en la ley y el reglamento del servicio civil.

En cuanto a la pretensión de integridad, el artículo 1 del Título I incluye en el ámbito de aplicación legal a todos los poderes del estado más los organismos constitucionalmente autónomos¹⁸³. Se plantea, así como una verdadera ley madre de la función pública nacional aplicable no sólo a la Administración Pública sino a todo aquel que sirva al Estado en el desempeño de potestades públicas. Como ya habíamos planteado antes, existe una diferencia clara entre el funcionario político y el funcionario profesional. La presente ley regula exhaustivamente el régimen de carrera que sólo es atribuible al funcionario profesional; sin embargo, la ley también establece un código de conductas aplicable a todo funcionario al servicio del Estado¹⁸⁴. En este sentido debe comprenderse el artículo 57 de la ley cuando indica que “*la ley y el reglamento se aplican según la naturaleza de sus actividades*”. Entendemos que

¹⁸² Décima disposición complementaria transitoria de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil.

¹⁸³ A este punto aporta, además, la Sentencia del Tribunal Constitucional del 26/04/2016, en el punto en que declara inconstitucional la exclusión que hacía el primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30057. El supremo tribunal nos indica que sólo es posible excluir entidades en razón de la diferente naturaleza de sus funciones y por constituir una carrera propiamente desde la perspectiva de la progresión. En razón a ello incluye en el ámbito de aplicación de la Ley a los servidores civiles del Banco Central de Reserva, Congreso de la República, SUNAT, Superintendencia de Banca y Seguros y Contraloría General de la República, quienes originalmente se encontraban excluidos del contenido legal.

¹⁸⁴ Los principios que se plantean en la Ley Servir son fiel seguimiento de los principios de la vida pública. En tal sentido, en informe Nolan parte aplicando dichos principios a los políticamente elegidos, diputados y ministros, luego a los funcionarios y organismos autónomos y de sanidad. Como vemos, los principios son, con mayor razón, aplicables a quienes ostentan la mayor porción del poder público.

se refiere a la naturaleza política o administrativa de las acciones del funcionario (Artículo 51). En todo caso, todo acto que repercuta sobre el estatuto personal del funcionario tendrá elementos controlables nacidos de la ley, donde el régimen matriz del servicio al Estado podrá brindar luces.

En cuanto al Poder Judicial, éste es distinto en cuanto a la naturaleza de sus actos o su función primordial, juzgar, la cual está dotada de una presunción *iuris et de iure* de legalidad; sin embargo, en cuanto servidor del Estado, es decir, la regulación de su estatuto personal, es un sujeto que presta sus servicios profesionales a la Administración de forma imparcial, estable y sujeto a carrera, como cualquier otro servidor civil. Lo cierto es que debido a su autonomía constitucional ha instituido una carrera especial como la judicial y fiscal. Ahora, debe quedar claro que la presente ley será supletoria de forma íntegra en aquello que no regule su especial ordenamiento (Primera disposición complementaria final).

A nuestro parecer, esta intención de integridad es acertada pues suple todo vacío legal que sobre la materia pudiese existir y generar inseguridad jurídica; y, a la vez, deja en pie aquellas situaciones de servicio con marcada especialidad que requieren un tratamiento aún más específico, como es el caso de las carreras especiales. Se consolida así el deber ser de la estructura normativa de la función pública, función matriz y funciones satélite. De *lege ferenda* no está demás agregar una regulación clara y ordenada del estatuto del funcionario político, designado y de confianza.

c) Consolidación del modelo de carrera:

Como ya adelantábamos, el reconocimiento del principio de estabilidad constituye una de las bases para que exista carrera. Así mismo, el capítulo II nos habla de la capacitación y el capítulo III de la evaluación del desempeño con un claro objetivo, la progresión. Obviamente dichas situaciones también podrían traer la destitución del servidor, pero ello también forma parte natural de una carrera profesional.

Por otro lado, recogiendo muchos rasgos de la figura clásica del cuerpo de funcionarios, el inciso “g” del artículo 3 nos trae la

familia de puestos. El servidor que ingresa al servicio no lo hace simplemente para desarrollarse en un puesto determinado, sino que se inserta en un puesto que tiene réplicas funcionales a lo ancho del poder público. En efecto, existe un conjunto de puestos con funciones, características y propósitos similares en donde el servidor podrá desenvolverse en toda su extensión. Se completa este concepto con la movilidad horizontal que el servidor podrá tener a lo ancho de la familia de puestos¹⁸⁵. En este sentido, el artículo 246 del Reglamento de la Ley nos indica que:

“el servicio civil de carrera promueve el mérito y establece mecanismos claros y transparentes para su progresión, la cual está diseñada para que el servidor civil desarrolle una línea de carrera y le facilite la planificación del desarrollo de su trayectoria profesional y personal la cual puede ser dentro de la misma familia de puestos, favoreciendo así la especialización dentro de un grupo de puestos afines¹⁸⁶”.

Podría existir algún temor nacido de considerar dentro de este sistema al puesto como una figura clave. La mencionada figura nos trae a la mente el sistema de botín americano donde el servidor era enrolado para un solo cargo de naturaleza temporal, ligado al partido de turno. El profesor Recio nos actualiza, entonces, del eficiente uso de la figura, lejos de todo vestigio de un sistema de despojos¹⁸⁷.

Efectivamente, el puesto de trabajo ha perdido toda sustantividad peligrosa para convertirse en una herramienta más que útil al sistema profesional. No se presenta contrario a la figura

¹⁸⁵ Incluso se prevé el salto a otra familia de puestos lo cual supera la clásica concepción del cuerpo de funcionarios y dota de amplio dinamismo a la carrera pública.

¹⁸⁶ Artículo 246, segundo párrafo, Reglamento de la Ley del Servicio Civil.

¹⁸⁷ “El puesto de trabajo ha cobrado un protagonismo excepcional en las últimas reformas de los sistemas de servicio civil de carrera. Se habla, en este sentido, de una cierta amalgama de sistemas, ya que el puesto de trabajo había constituido hasta hace ciertamente poco tiempo, un elemento definidor del spoil system. No obstante, las reformas de los años ochenta, introducirían el concepto de puesto de trabajo, como conjunto de responsabilidades, funciones y tareas, también en los sistemas de carrera pública, debido a que se trata de una herramienta muy útil para advertir los requerimientos funcionales de la actividad profesional de cada servidor público.” Recio Saez de Guinoa, J. M., “El desarrollo profesional...”, *Ob. Cit.*, pp. 220-221.

del cuerpo de funcionarios pues hemos visto que el dinamismo de la familia de puestos es pieza esencial en la carrera. Veremos que el puesto se ha incorporado a fin de servir al proceso de selección y la valorización económica de las funciones. El inciso “f” del artículo 3 de la ley nos indica que el puesto es el conjunto de funciones y responsabilidades que corresponden a una posición dentro de una entidad, así como los requisitos para su adecuado ejercicio. En tal sentido, se plantea como el perfecto contraste respecto a los perfiles de los postulantes. La puesta en balanza del perfil del puesto con el del aspirante hará más fácil la selección del personal idóneo. Por otro lado, permitirá objetividad retributiva en función a las características que emanen de la figura¹⁸⁸.

Finalmente, en el sentido de ser la estabilidad una pieza clave de la carrera, queremos hacer alusión a los mecanismos de su aseguramiento. El artículo 36 de la Ley del Servicio Civil hace alusión a un derecho de opción del servidor, quien ante un despido nulo o injustificado tendrá la facultad de decidir entre la indemnización o la reposición. Una figura de aparente naturaleza laboral, al más propio estilo de los designios de la Organización Internacional del Trabajo. Sin embargo, debe entenderse la figura con total independencia a la regulación privada, es decir, debe entenderse de manera instrumental. En el campo del Derecho Funcionario, cuando exista un cese irregular, por lo tanto, rompimiento de la estabilidad, se buscarán todos los mecanismos para salvar la permanencia del servidor. La regla debe ser la reposición para salvar el proyecto de servicio que impone el sistema¹⁸⁹. La reparación económica debería ser la excepción¹⁹⁰.

¹⁸⁸ En este sentido, el sistema de análisis de puestos brinda múltiples ventajas tales como: “a) La flexibilización y mayor adaptabilidad de la organización, en tanto que permite un mayor dinamismo en la distribución de funciones entre puestos de trabajo, b) La racionalización de tareas, debido a que el análisis permite advertir duplicidades e incoherencias en procesos y procedimientos de trabajo así como una mayor racionalización de la estructura organizativa, c) La objetividad retributiva, el análisis de puestos de trabajo permite una valoración más objetiva de estos, atendiendo a las características específicas de aquellos.”. *Ibidem*, p. 231.

¹⁸⁹ En este sentido Rincón Córdoba nos reitera “la regla según la cual, ante el uso del poder de ordenación de las dependencias, las primeras medidas que se implementen deben tender a garantizar la estabilidad plena por sobre la estabilidad impropia. Es decir, siempre deben primar aquellas respuestas en las que se garantice el mantenimiento de la relación laboral, por lo cual las soluciones que apuntan a buscar

Esto mismo puede aplicarse para el caso del cese de vínculo por supresión del puesto contemplado en los incisos “k” y “l” del artículo 46 de la ley, el cual parece imponer el fin de la relación a causa de la desaparición del puesto. Esto no guarda lógica con la implantación de una familia de puestos, es decir, de una serie de puestos afines donde el servidor afectado bien podría buscar funciones; mucho menos guarda lógica con la pretensión de proyecto de vida servil al estado que tiene una carrera. Entendemos aquí, que como en el caso anterior, deberán agotarse los medios para la reincorporación del servidor en un puesto afín, siendo el cese la medida de última *ratio*.

- d) Creación de un código de conductas con el correlativo fortalecimiento de la disciplina

En este punto nos referimos a la creación de un verdadero estatuto a la medida del sujeto en cuestión. El artículo 35 de la Ley nos habla de una serie de derechos del servidor civil, el artículo 39 hace referencia a las obligaciones del mismo; luego, se encuentran desperdigados por la norma los preceptos relacionados al nepotismo (Artículo 83), prohibición de la doble percepción (Artículo 38) y los conflictos de interés que se encuentran ya recogidos en el mencionado artículo 39, incisos “b” y “e”. Ya no será necesario acudir a normas fuera de la ley para obtener claridad sobre lo que versa el ser un funcionario.

Ahora, un código de conductas encuentra razón de ser en plantear un parámetro bastante exigente de conductas éticas y profesionales al servidor público. En el año 1995, a pedido del

un sustituto del derecho mediante compensaciones o reparaciones de carácter económico deben ser el resultado de la imposibilidad real de incorporación”. Rincón Córdoba, J. I., “*Derecho Administrativo...*” *Ob. Cit.*, p. 446.

¹⁹⁰ Véase que en el Derecho funcional colombiano la regla es la reincorporación del trabajador, luego de agotado todo esfuerzo por realizar la regla, solo entonces, aparece el derecho de opción del servidor. Este derecho de opción consiste en escoger el derecho preferente a ser incorporado y el pago de una indemnización. Se aprecia, aquí, el verdadero contenido de un derecho de opción en derecho funcional, subordinado a la posibilidad real de reincorporación y brindando, hasta último momento, la posibilidad de mantenerse en lista de espera para incorporarse con preferencia en un puesto afín. *Ibidem*, pp. 447 y ss.

Primer Ministro británico, y en razón a la pérdida de confianza del ciudadano respecto al funcionario, se pide a un grupo de expertos, encabezados por Lord Nolan, elaborar una serie de recomendaciones al ejercicio de la función pública; pero, sobre todo, elaborar un prototipo de funcionario bien visto a los ojos de la sociedad.

El fruto de dicho pedido fue un informe que contiene recomendaciones del ejercicio de funciones para los Diputados, Ministros, Funcionarios y Organismos Públicos Ejecutivos y de Sanidad. En cada uno de los apartados se recomienda la implementación de un código de conductas, que, aunque ya se tenía en algunos casos, debía ser actualizado en razón a los siete principios de la vida pública que el informe impone y que es igualmente aplicable, con diversa intensidad, a todo el poder público.

El aún vigente Código de Ética de la Función Pública nacional recoge las iniciativas del informe citado. En general, América Latina acogió las reglas para la vida pública a través de la Carta Iberoamericana de la Función Pública adoptada en 2003 en la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia. Creemos que esta tendencia se mantiene con la Ley del Servicio Civil, pues los principios obedecen a los ideales del informe Nolan, y las obligaciones encubren un alto contenido ético propio de un código de conductas en base a principios que buscan generar confianza en el funcionario. A continuación, una cita a los imperativos de la vida pública y su desglosamiento en deberes propios del mencionado código conductual.

- a) Los que ocupan cargos públicos sólo deben tomar decisiones con arreglo al interés público: Presupone la proscripción de actos en favor de intereses propios o de terceros, inhibirse en situaciones donde el interés personal pueda anular la decisión incluyendo el nepotismo. No someterse a obligaciones con terceros que pudiesen influir en su toma de decisiones. Declarar sus intereses al inicio del ejercicio.
- b) Las decisiones del funcionario están investidas de una presunción de acorde a ley. En razón a ello, el *iter*

procedimental, así como la decisión misma son actos que se encuentran disponibles para ser revisados por la ciudadanía en general, salvo excepciones en razón de interés público. En caso de ilicitud en el acto, el funcionario es responsable por sus decisiones y se somete al escrutinio apropiado a su cargo.

- c) Deber de integridad del funcionario. Lo que conlleva que sea una imagen a seguir para los ciudadanos.

Posteriormente, estos principios se pueden concretar en virtud de ser el involucrado un funcionario profesional. Se agregan preceptos como los de la neutralidad política, respeto a la jerarquía administrativa, entre otros.

Producto de una renovación de la ética en la función pública es el fortalecimiento de los procedimientos disciplinarios. Toda conducta disciplinable tendrá como base uno de los principios que hemos visto. Sin embargo, ello no es suficiente. Será necesario darles realidad en el caso concreto pues por sí mismos son abstractos como para satisfacer las exigencias de legalidad y taxatividad que una sanción requiere.

Por otro lado, se dota al procedimiento de los necesarios márgenes de garantía. Un desarrollo exhaustivo de las reglas del proceso, autoridades que participan, las graduaciones de las penas en base a ciertos criterios, entre otros; brindan adecuada proporción respecto a una posible indeterminación de la norma. La Ley del Servicio Civil entiende que la potestad disciplinaria es parte de la potestad punitiva general del Estado y como tal debe cumplir exactamente con los mismos requisitos que toda pena necesita.

4.2. Aspectos orgánicos

Queda claro que la ley aquí comentada ha dirigido correctamente sus esfuerzos en consolidar un sistema de mérito a través de un serio estatuto del servidor estatal. Sin embargo, ya hacíamos comentarios que, junto a dicho principal esfuerzo, la ley también trae innovaciones respecto a mecanismos de eficiencia para el sistema. En efecto, el Derecho respecto a la Administración Pública sólo impone una serie de formas legales de cómo realizar la gestión, en ese sentido se cumple la premisa básica que el Derecho

es una ciencia de mínimos exigibles. Lo justo o lo jurídico no alcanza los aspectos más profundos de la vida ciudadana, ni siquiera de la organización pública. En el Poder Legislativo existen campos políticos donde el Derecho sólo establece mínimos, el Judicial entiende más de la prudencia del juez que de la ley más que como herramienta. En dicha línea, en la Administración Pública la mayor parte de las decisiones están compuestos por criterios que superan una mente sólo jurídica.

Ahora, en el campo de la organización estatal será mayor esta limitación, no sólo se puede ser conocedor de lo justo, sino que habrá que tener nociones básicas de lo que la ciencia de la Administración nos plantea. Saber administrar, en grandes rasgos, es gestionar de forma correcta los recursos humanos y materiales con los que un emprendedor cuenta. Ello legitima diversidad de estrategias y planeamientos que son fruto del saber profesional de los administradores públicos. Esencialmente, es lo que hace el Poder Ejecutivo, y donde la ley es sólo un marco inicial.

Aclarado el punto anterior, debemos partir en la Ley Servir por su esfuerzo de profesionalización del servicio. El Artículo II del Título Preliminar hace énfasis en que el fin de la norma es tanto el alcance de un mayor nivel de eficacia en la gestión como el desarrollo del personal al servicio del Estado. Entonces, en coherencia a dicha premisa, la ley inserta en busca de eficacia la figura del puesto y la familia de puestos, la distribución de la valoración y la banda remunerativa. Luego, en busca del desarrollo profesional se insertan mecanismos referentes a la gestión de la capacitación y la gestión del desempeño.

Ahora, antes de cualquier intención de profundidad, tenemos que plantear los presupuestos operativos que cualquier sistema de desarrollo profesional debe desarrollar. Con ayuda del Profesor Recio¹⁹¹, nos aventuramos a decir que el planeamiento estratégico de la organización, la correcta ordenación de los puestos de trabajo

¹⁹¹ En este punto, recomendamos la lectura del artículo publicado por el profesor Recio en el libro de Comentarios y críticas a la Ley del Servicio Civil, esfuerzo del Grupo de Investigación de Empleo Público de la Universidad de Piura. Recio Sáez de Guinoa, J. M., “El desarrollo profesional en el servicio civil de Perú...”, *Ob. Cit.*, pp. 207-292.

y la gestión de personas basada en sus competencias son base del sistema. A continuación, los podremos ver más a detalle.

A. El planeamiento estratégico de la organización

Se trata aquí del plan macro que el sistema tiene para sus entidades respecto a sus recursos humanos y materiales. La exigencia es coherente y plantea los objetivos mínimos de un emprender cualquiera, con más razón si se trata del emprender de un Estado. En este sentido, el numeral 9 del Capítulo III de la Carta Iberoamericana de la Función Pública nos indica:

“Para el cumplimiento de las finalidades que le son propias, la función pública debe ser diseñada y operar como un sistema integrado de gestión cuyo propósito básico o razón de ser es la adecuación de las personas a la estrategia de la organización o sistema multiorganizativo, para la producción de resultados acorde con tales prioridades estratégicas”¹⁹².

Como se aprecia, se trata de encontrar el balance entre el desarrollo profesional del sujeto y el plan estratégico de la institución. Dicha brecha se verá cerrada a partir del plan estratégico de Recursos Humanos, el cual es la realización concreta del plan macro respecto a la gestión de la materia humana. Este último será clave para valorar en su real dimensión los esfuerzos del servidor, los cuales serán mejor apreciados en cuanto aporten a la consecución de los fines institucionales.

El plan general deberá incluir la misión de la organización, que hace referencia al quehacer actual del ente, y la visión, que hace referencia a los fines a los que se oriente la institución.

En el caso de la regulación de la nueva ley funcionarial nacional, no prevé una estrategia general para organizar los recursos humanos, dejando a cada entidad, como se venía haciendo hasta ahora, la potestad de organizarse según sus propias

¹⁹² Numeral 9, Capítulo III, Carta Iberoamericana de la Función Pública. Disponible en <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/cartaibero.pdf>

necesidades¹⁹³. Ciertamente, un punto clave que será necesario ajustar luego de consolidar el estatuto funcionarial.

B. Ordenación de los puestos de trabajo

Explicábamos antes que la figura del puesto de trabajo, bien entendida, era el punto inicial de la organización de nuestra carrera administrativa. Es el punto de partida que culmina implementando una familia de puestos y todo un proyecto de vida al servicio del Estado. En este sentido, el puesto de trabajo tiene propósitos en sí mismo. Facilitar la selección, capacitación y evaluación a través de la identificación específica de las funciones del puesto además de facilitar la valoración económica del servicio se constituyen como sus principales ventajas.

Por ello, la III Disposición Complementaria Transitoria de la Ley, exige como un proceso obligado para la implementación del régimen iniciar por el mapeo de puestos. Mapear puestos significa identificar cada esfera funcional dentro de la organización, especificando su ubicación dentro de la jerarquía y la finalidad de su servicio, labores ordinarias, coordinaciones externas e internas. En esta línea, la Directiva n° 0001-2013-SERVIR/GDSRH dispone los contenidos mínimos de un perfil de puesto con el fin de que la entidad, terminado el proceso de implementación, cuente con un Manual de Perfiles de Puestos (MPP).

C. Gestión por competencias

Fruto de las necesidades actuales de todo emprender, público o privado, nace una exigencia especial al sujeto. Efectivamente, ya no basta con la pura inteligencia atrapada en una mente y plasmada en un papel, las organizaciones actuales, incluso las públicas,

¹⁹³ El profesor Recio nos indica que una regulación legal mínima de estrategia deberá contener por una parte, el mandato general a las entidades para planificar sus recursos humanos y su necesaria correlación con la estrategia institucional, además, regular los principales instrumentos de planificación de recursos humanos, el contenido necesario de tales planes, las fórmulas de aprobación y los órganos con competencia para elaborarlos y aprobarlos y las formas de participación de los servidores en la formulación del objetivo. Recio Sáez de Guinoa, J. M., “El desarrollo...”, *Ob. Cit.*, pp. 228-229.

necesita gente especializada en funciones por haber desarrollado ciertas destrezas.

Podríamos plantear que la gestión por competencias es una interpretación válida y actual de lo que el principio de mérito plantea. En el acceso, identificar que trabajador puede lograr un desempeño excelente de cada puesto de trabajo; en la evaluación del desempeño, conocer quien desarrolló en mejor forma la competencia que el puesto requiere. De esta forma, la competencia se erige como una conducta repetida que expresa conocimientos y habilidades que repercuten en la excelencia de la labor del sujeto.

De esta forma, la Autoridad Nacional del Servicio Civil en la ya citada Directiva número 0001-2013, en el apartado 5.2.b.6, indica que el perfil de puesto necesita incluir el perfil de competencias necesarias para el correcto desempeño de la función.

Finalizamos citando al profesor Recio en cuanto nos describe los componentes que determinan un desempeño excelente:

- saber: tener los conocimientos que exige el trabajo específico.
- saber hacer: disponer del conjunto de habilidades y destrezas para aplicar esos conocimientos a los problemas concretos que se presentan en el trabajo.
- saber estar: saber comportarse para adaptarse a la cultura y a las normas específicas de la Administración.
- querer hacer: tener la motivación para llevar a cabo dicho comportamiento.
- poder hacer: disponer de los medios y recursos adecuados que exige la actividad¹⁹⁴.

¹⁹⁴ *Ibídem*, p. 240.

CONCLUSIONES

El propósito de este trabajo es dejar claridad, dentro de lo posible, de lo que significa el esfuerzo legal traído por la Ley del Servicio Civil en implementación. No es suficiente echar un vistazo a los concretos designios de la ley, sino que es necesario analizar cuál es el origen de tal necesidad y qué bienes jurídicos de fondo se encuentran tutelados y protegidos.

El sistema de mérito no es un antojo del legislador, sino que se encuentra en la correcta posición para brindar desarrollo a una situación especial y a un sujeto especial. En base a estas ideas-esencia podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. El sistema de mérito es guardián de una situación con la que se debe tener excesiva cautela:
 - a. Situación jurídico-pública que encuentra lógica a partir de su devenir histórico. Principalmente, el régimen absoluto, el Estado de Derecho y su vertiente social y los dogmas de raigambre público configuraron la situación de servicio al Estado como una labor especial.
 - b. Se debe tener cautela en la elección del sujeto que gestionará la materia pues la labor no recae sobre cualquier función. Función pública presupone incidir sobre la actividad soberana o de imperio del Estado.

- c. La configuración de esta relación jurídica brinda, naturalmente, al sujeto una serie de potestades públicas, prerrogativas y cargas fortificadas que exceden las posibilidades de un ciudadano cualquiera. Por ello, la cautela de su correcto uso es un habilitante más a un sistema *ad hoc*.
 - d. La relación jurídico-pública se desarrolla en el seno del Poder Público lo que trae una modulación natural de la situación del servidor. Un sistema que pretenda regular con un mínimo de corrección la figura deberá reflejar dicha sujeción especial. La particular relación del sujeto con la Administración guarda perfecta concordancia con el Estado Social de Derecho, se desenvuelve entre reconocer derechos al servidor, la eficacia administrativa y el derecho de los ciudadanos.
 - e. La situación de servicio al Estado se encuentra correctamente ubicada dentro de la Constitución. No plantea conflictos con los derechos-libertades del servidor pues debe comprenderse que éstos encuentran correcta modulación en referencia al derecho a una buena administración de los ciudadanos.
 - f. El uso de figuras jurídico-privadas en esta situación de servicio obedece a una necesidad accesoria o instrumental del Poder Público. Su uso presupone la inicial neutralización de la figura, usando el supra-concepto libre de todo rasgo privado, y el respeto del núcleo jurídico público en la situación de servicio.
2. El Mérito y la capacidad son garantes de la correcta regulación del estatuto del sujeto que brinda el servicio al Estado:
- a. El estatuto del sujeto es, también, producto de su génesis histórica. El servidor ha sido, desde los albores de la historia, un sujeto sometido a grandes responsabilidades y, correlativos, grandes honores.
 - b. La Constitución nacional acoge la Función Pública como una de las instituciones que garantiza la realización de la

dimensión objetiva del Derecho Fundamental a la buena Administración Pública. Por su parte, la carrera administrativa es la institución que garantiza el mismo bien a través del servicio profesional al Estado.

- c. El mérito y la capacidad garantizan la existencia de carrera pública bajo criterios objetivos durante toda la vida funcional, desde el acceso hasta las relaciones del ente con el exfuncionario.
- d. La igualdad es un principio que en las relaciones jurídico-públicas necesita una concreción legal en positivo. El mérito es la realización de la igualdad en las relaciones funcionariales.
- e. La ley del Servicio Civil acoge los principales caracteres de un sistema estatutario, al menos en su esencia, y respeta tanto la naturaleza diferenciada de la situación jurídico-pública y del funcionario.

Las cartas están servidas, ahora, sobre la mesa. El esfuerzo legislativo ya ha sido realizado. Depende, en alguna medida, de los mismos organismos y servidores su real implementación, pero, en mayor medida, depende de la información general y la creación de conciencia que permita reconocer la implicancia real de la función pública y el sistema de mérito.

BIBLIOGRAFÍA

Abruña Puyol, A., “*Delimitación jurídica de la Administración Pública*”, Editorial Palestra, Primera Edición, Lima, 2010.

Ariño Ortiz, G., “*Principios de Derecho Público Económico*”, Comares, Granada, 1999.

Arroyo Yanes, L. M., “Presente y futuro de la carrera administrativa de los funcionarios públicos”. En Conferencia impartida en *Jornadas de sobre el personal de las Administraciones Públicas*, Universidad de Sevilla, noviembre, 2004.

Baca Oneto, V. S., “La discrecionalidad administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”, En *Revista de Derecho Administrativo* del Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2006, pp. 33 y ss.

Baño León, J.M, “La distinción entre Derecho Fundamental y Garantía Institucional en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, Núm. 24, septiembre-diciembre 1988, pp. 155-178.

Boltaina Bosch, X., “La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, en *Revista CEMCI*, núm. 14, enero-marzo, 2012, pp. 1-28.

Bullinger, M., “La discrecionalidad de la Administración Pública: Evolución, funciones y control judicial”, en *Revista La Ley*, núm. 4, 1987.

Castillo Blanco, F. & Idelfonso Huerta, R.M., “La renovación dogmática del Derecho Disciplinario. A propósito de las infracciones y sanciones del personal estatutario de la seguridad social”, En *RAP*, núm. 158, mayo-agosto, 2002, pp. 7-50.

Castillo Córdova, L. F., (obra original publicada en el año 2005), “¿Existen los llamados conflictos entre Derechos Fundamentales?”, en Repositorio institucional de la Universidad de Piura, *Pirhua*.

_____ (obra original publicada en 2003), “Principales consecuencias de la aplicación del principio de la doble dimensión de los Derechos Fundamentales”, en repositorio institucional de la Universidad de Piura, *Pirhua*.

_____ (obra original publicada en 2006), “Autonomía de la voluntad y Derechos Fundamentales”, en repositorio institucional de la Universidad de Piura, *Pirhua*.

_____ (obra original publicada en 2007), “La inexistencia de ámbitos exentos de vinculación a la Constitución”, en repositorio institucional de la Universidad de Piura, *Pirhua*.

Casilda Bejar, R., “América Latina y el consenso de Washington”, en *Boletín Económico* del ICE, núm. 2803, abril-mayo, 2004, pp. 89-112.

Clavero Arévalo, M., “Consecuencias de la concepción del Derecho Administrativo como ordenamiento común y normal”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.

Cotino Hueso, L., “Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 55, 1999, pp. 291-324.

Danós Ordoñez, J., “Principios de buen gobierno en el Derecho Administrativo peruano y legitimidad de la actividad administrativa”, en libro *Buen Gobierno y Derechos Humanos: Nuevas perspectivas en el Derecho Público para fortalecer la legitimidad democrática en el Perú*, Faculta de Derecho PUCP, IDEHPUCP, Instituto de Asuntos Públicos y Buen Gobierno, Lima, 2014, pp. 121-130.

“El régimen de la carrera administrativa y la necesidad urgente de su reforma”, en *El Derecho Administrativo y la Modernización del Estado Peruano, Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Editorial Grijley, Lima 2008.

De la Vallina Velarde, J. L., “Sobre el concepto de funcionario de hecho”, en *RAP*, núm. 29, 1959, pp. 103-158.

Falcao Martins, H., “Administración Pública gerencial y burocracia. La persistencia en la dicotomía entre política y administración”, en *Revista Reforma y Democracia*, núm. 9, octubre, 1997, pp. 1-16.

Fuentaja Pastor, J.A., “*Pasado, presente y futuro de la Función Pública. Entre la laboralización y la patrimonialización*”, editorial Thomson Reuters, Primera edición, Madrid, 2013.

Gallego Anabitarte, A., “Relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración Pública”, en *RAP*, núm. 34, 1961, pp. 11-51.

García de Enterría, E. & Fernández Rodríguez, T-R., “*Curso de Derecho Administrativo. V. I*”, editorial Civitas, Madrid, 2011.

García Trevijano Fos, J.A., “Principios jurídicos de la organización administrativa”, en *Revista del Instituto de estudios políticos*. Madrid. 1957.

Gladden, E.N, (1972), “Una historia de la Administración Pública: Desde los primeros tiempos hasta el siglo XII”, Traducción de Fernanda Meraz, *Fondo de Cultura Económica*, (obra original publicada en 1972).

- Gonzales-Haba Guisado, V.M. & Álvarez Rico, M., “La carrera administrativa”, en *RDA*, núm.164, Madrid, 1975.
- Guerra Cruz, G., “*Función Pública: El personal al servicio del Estado*”, Fondo editorial de la Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, 1994.
- Hakansson Nieto, C., “El papel de la Función Pública en un Estado Democrático”, Conferencia impartida en el Colegio de Ingenieros de Piura, 2005.
- Hermida del Llano, C., “La configuración del derecho a una buena administración como nuevo derecho frente al poder”, en *Revista Pensamiento Constitucional*, núm.16, Año XVI, pp. 157-170.
- Levi, L., “La función pública europea”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm.45, 2012, pp. 1-20.
- Locke, J., (obra original publicada en 1689), “*Segundo Tratado sobre el Gobierno: Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*” (Traducción de Pablo López Álvarez), Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 1999.
- López Benites, M., “*Naturaleza y presupuestos constitucionales de las Relaciones Especiales de Sujeción*”, Monografías Civitas y Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1994.
- Martínez López-Muñiz, J.L., “*Introducción al Derecho Administrativo*”, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.
- Mayer, O., (obra original publicada en 1904), “*Derecho Administrativo Alemán*”, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1982.
- Merkel, A., (obra original publicada en 1935), “*Teoría general del Derecho Administrativo*”, (Edición de José Luis Monereo Pérez), Editorial Comares, Granada, 2004.
- Montesquieu, (obra original publicada en 1748), “*El espíritu de las leyes*”, Traducción de Siro García del Mazo, Universidad literaria de Sevilla, Madrid, 1906.

Neves Mujica, J., “La estabilidad laboral en la Constitución”, en *Revista THEMIS* de la PUCP, núm. 9, 1987, pp. 28-32.

Pascó Font, A., & Saavedra Chanduví, J., “*Reformas estructurales y bienestar: Una mirada al Perú de los noventa*”, Grupo de Análisis para el desarrollo (GRADE), Lima, 2001.

Pérez Salas, A. J., “De la discrecionalidad técnica en el acceso al empleo público”, en *Revista CEMCI*, núm.8, julio-setiembre, 2010.

Piñar Mañas, J.L., “El modelo de función pública como sistema complejo y abierto”, en *RDA*, núm. 243, setiembre-diciembre, 1995, pp. 5-20.

Prats ICatalá, J., “Del clientelismo al mérito en el empleo público”, en *Biblioteca IDEAS*, Instituto Internacional de Gobernabilidad, Universidad Oberta de Catalunya.

“Los fundamentos institucionales del sistema de mérito. La obligada distinción entre función y empleo público”, en *RDA*, núm. 241-242, enero-agosto, 1995, pp. 11-60.

Recio Sáez de Guinoa, J.M., “Potestad organizatoria de las Administraciones Públicas. Ordenación de puestos de trabajo y control judicial”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm.32, julio 2007, pp. 263-320.

“El desarrollo profesional en el servicio civil de Perú: Nuevas perspectivas en torno a la Ley del Servicio Civil”, en libro *Comentarios y críticas a la ley del Servicio Civil*, ECB ediciones & Thomson Reuters, Lima, 2015, pp. 207-292.

Rincón Córdoba, J. I., “La naturaleza administrativa de la potestad disciplinaria: Rompiendo el mito de la tan anhelada autonomía creada desde el Derecho Penal colombiano”, en libro *Derecho Disciplinario: Memorias del Congreso Internacional de Derecho Disciplinario Arequipa 2016*, Asociación Ius et veritas de la PUCP, Lima, pp. 13-52.

“*Derecho Administrativo Laboral: Empleo Público, Sistema de carrera administrativa y Derecho a la estabilidad laboral*”. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 2009.

Rodríguez Arana, J., “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa”, en *Revista Misión Jurídica*, núm.6, enero-diciembre, 2013, Bogotá, pp. 23-56.

Rodríguez Lozano, R., & Salinas Garza, J., “Régimen disciplinario y responsabilidad patrimonial del Estado, su vinculación e interdependencia”, en *Anuario de la Función Pública*, ECB ediciones, Lima, 2016.

Sánchez Morón, M., “*Derecho de la Función Pública*”, Editorial Tecnos, Madrid, 2014.

Serrano Guirado, E., “El acto de nombramiento y la toma de posesión de los funcionarios públicos”, en *RAP*, núm.369, 1961, pp. 13-66.

Talavera, P., & Armijo, M., “Instituciones y desarrollo: reformas de segunda generación en América Latina”, *Revista Apuntes del CENES*, II semestre, 2007, pp. 89-112.

Vignolo Cueva, O., “*Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*”, Editorial Palestra, Lima, 2012.

“Antecedentes jurídicos relevantes y datos básicos acerca del empleo público peruano, sin perder de vista el nuevo servicio civil”, en libro *Comentarios y críticas a la nueva Ley del Servicio Civil*, ECB ediciones & Thomson Reuters, Lima, 2015, pp. 17-78.

“La igualdad como principio esencial del empleo público, sin dejar de indicar notas al mérito y capacidad”, en libro *Comentarios y críticas a la nueva Ley del Servicio Civil*, ECB Ediciones & Thomson Reuters, Lima, 2015, pp. 79-99.

Zegarra Mulanovich, A., “*Descubrir el Derecho: Las nociones elementales del Derecho Privado y Derecho Público explicadas en forma sistemática*”, Palestra editores, Lima, 2009.