

# EL EMPLEO PÚBLICO COMO DISCIPLINA AUTÓNOMA: LA NECESIDAD DE SUPERAR EL DILETANTISMO ENTRE LO LABORAL Y LO ADMINISTRATIVO<sup>1</sup>

*Kenny Díaz Roncal*

Departamento Académico de Derecho, PUCP\*

Categoría profesores

¿Qué normas se deben aplicar para resolver controversias relacionadas con la prestación personal de servicios, subordinada y remunerada en la administración pública? La elección arbitraria del derecho especial por parte del operador de justicia (sea el derecho del trabajo o el derecho administrativo) supone un contrasentido desde el punto de partida. La idea de justicia que se persigue debe maximizarse en cada tramo del proceso de resolución de un caso concreto. En el escenario planteado, el problema aparece desde el primer momento en que se empieza a estudiar un caso. Ello, debido a la ausencia de una discusión seria sobre la autonomía jurídica del empleo público que permita definir las normas especiales aplicables. El presente estudio es un esfuerzo por demostrar la importancia que tiene tomar postura por la autonomía jurídica del empleo público, en los distintos niveles en los que se resuelven casos concretos en este ámbito.

## I. Introducción

Cuando se habla del empleador público, siempre se plantea una lógica dual en virtud de la cual o se está frente a una relación enmarcada en el derecho del trabajo o en el derecho administrativo. No se trata de una cuestión anecdótica, pues trae como consecuencia que el operador del derecho, para decidir un caso concreto, tenga que aplicar las normas de una u otra rama del derecho de manera excluyente. Pero, ¿bajo qué parámetros se elige el derecho aplicable? Esta elección arbitraria es cuestionable desde todo punto de vista. Regularmente, lleva a consecuencias indeseadas en donde dicha norma no satisface la realidad analizada.

En el presente artículo se considera que para empezar a destrabar el empleo público peruano, es importante reconocerlo como disciplina jurídica autónoma. Marcar una posición sobre el tema es funcional en tres aspectos: el primero, para la tarea de ponderación en la que constantemente se ven comprometidas las autoridades que deciden controversias (administrativas o judiciales), cuando los principios de esta disciplina colisionan con los de otras; el segundo, para la tarea del Sistema de Inspección del Trabajo, exactamente para determinar su

---

<sup>1</sup> Algunas ideas trabajadas en este texto fueron trabajadas en Díaz (2017 y 2019).

\* Abogado y Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Facultad de Derecho de la misma universidad. Máster en Políticas Públicas por *University of Bristol*.

competencia en el marco de las entidades públicas; y, finalmente, en el aspecto que compromete la actividad legislativa, toda vez que el legislador podrá regular sobre la base de un modelo determinado, haciendo coherente el sistema de empleo público peruano.

Lejos de cumplir con los objetivos antes señalados, el enfoque con el que se ha legislado el empleo público peruano tiene características diversas que podemos subsumir en el concepto de «dispersión normativa». Por un lado, se pretendió estructurar un régimen general de carrera administrativa y un sistema único de remuneraciones<sup>2</sup>, pero dicho intento se frustró por —entre otras razones— las restricciones que año tras año imponen las leyes de presupuesto (impiden el nombramiento que es la vía de acceso a la carrera administrativa). Por otro lado, se extrapola la legislación del sector privado<sup>3</sup> que, como es claro, parte de principios distintos a los fines de la administración pública. Por último, se creó un régimen de contratación administrativa de servicios<sup>4</sup> que no se condice con los principios del empleo público, no solo por afectar derechos subjetivos (laborales) sino también por transgredir el principio de mérito y la carrera administrativa.

Adicionalmente, es importante tomar en cuenta que el proceso de elaboración de las normas antes señaladas trasgrede el principio del Estado social y democrático. Históricamente, el ordenamiento jurídico peruano ha trasladado al empleador público la competencia normativa para establecer las reglas de juego en el ámbito laboral. Prueba de ello son los distintos regímenes aprobados por medio de decretos legislativos. Esta delegación no se condice con lo establecido por el artículo 40 de la Constitución Política del Perú, el mismo que remite al legislador la regulación de tales derechos y obligaciones<sup>5</sup>.

Con todo ello, se puede afirmar que dentro de las principales tareas pendientes en el ámbito del empleo público peruano se encuentran la necesidad de democratizar la producción normativa, de estructurar una verdadera carrera administrativa y de homogeneizar los derechos y obligaciones de los servidores civiles<sup>6</sup>. Se cuenta con varios intentos de reformas, pero ninguna de ellas ha logrado su cometido. Desde el derecho, se cree que una de las principales razones de tales fracasos se debe a la ausencia de una discusión seria sobre la autonomía jurídica del empleo público, premisa desde la cual debe partir el legislador; así como el operador del derecho, para resolver un caso concreto.

En ese sentido, esta problemática justifica que en el presente estudio se analice si el empleo público es verdaderamente una disciplina jurídica autónoma. Para ello, se propone el siguiente esquema: (i) la relevancia de compartimentar el derecho en disciplinas autónomas;

2 Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y el Sistema Único de Remuneraciones.

3 Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo.

4 Decreto Legislativo N° 1057, que aprueba el contrato administrativo de servicios.

5 Artículo 40 de la Constitución Política del Perú: «La ley regula [énfasis añadido] el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente [...]». Vale mencionar que dicho artículo ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional del Perú en la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-AI/TC, Fundamento Jurídico N° 44, en el siguiente sentido: «Al respecto, el Tribunal Constitucional estima que el texto constitucional reconoce la existencia de una carrera administrativa para los servidores públicos, pero también que el ingreso a ella y los derechos, deberes y responsabilidades serán regulados por ley. Por tanto, en rigor, estamos frente a un bien jurídico garantizado por la Constitución cuyo desarrollo se delega al legislador [énfasis añadido]».

6 El concepto «servidor civil», siguiendo la definición establecida por el Reglamento General de la Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, es omnicomprensivo de cualquier prestador de servicios para una entidad pública, indistintamente de su régimen laboral.

(ii) los criterios para definir tal autonomía; y, especialmente, (iii) la autonomía misma del empleo público.

En el último punto se analizará si es que el empleo público cumple con los requisitos previamente establecidos como características de una disciplina independiente. Como parte de dicha justificación, se realizará un recuento de la dispersión de regímenes laborales en la administración pública peruana. Igualmente, se identificarán los valores especiales que giran en torno al empleo público.

## **2. La relevancia de compartimentar el derecho en disciplinas autónomas**

### **2.1. Para la resolución de casos difíciles.**

De acuerdo con Guillermo Lariguet, un tema que se encuentra pendiente de mayor desarrollo en la filosofía del derecho «es el del papel que *la idea de autonomía de ramas jurídicas juega con respecto a la aplicación de normas*» (Lariguet, 2006, p. 385), cuestión que se considera elemental de cara a la resolución de casos difíciles por los operadores del derecho. Al respecto, se cree que compartimentar el derecho en disciplinas jurídicas independientes termina siendo funcional para la resolución de controversias. Desde esta perspectiva se abordará el análisis del empleo público como disciplina jurídica autónoma, a pesar de que existan otras dos que pregonan su competencia, atribuyendo sus propios principios y reglas.

Siguiendo a Lariguet, la autonomía de las disciplinas jurídicas fue de particular interés era el propio Ronald Dworkin, quien sostenía que para la resolución de ciertos casos los juristas optan por «la compartimentalización del derecho en departamentos separados [sic]» (Lariguet, 2006, p. 385). Esta tendencia a la segmentación del derecho lleva a que el legislador regule en cuerpos legales especiales determinadas disciplinas, facilitando la tarea de los operadores del derecho. Por ejemplo, para un caso en donde se discute si es que un acto administrativo reconoce o no un derecho subjetivo en el ciudadano, se aplicará el derecho administrativo; mientras que, para uno en donde se pretende el pago de beneficios sociales laborales, se aplicará el derecho del trabajo.

Sin embargo, muchas veces este ejercicio no es tan sencillo. Por ejemplo, en el acápite titulado «Desacuerdo sobre el derecho», Dworkin plantea su preocupación por los métodos empleados por los jueces para decidir casos. En ese contexto, Dworkin (1986) indica que, por lo menos, una demanda plantea tres cuestiones: (i) aspectos de hecho, (ii) aspectos de derecho, y (iii) aspectos morales. De todos ellos, Dworkin indica que el primero y el tercero no generan problemas especiales, a diferencia del segundo aspecto que realmente llama su atención. Al respecto, el autor menciona que tanto los abogados como los jueces parecen discrepar frecuentemente en el derecho que debe gobernar un caso, incluso en las pruebas que deben utilizar (Dworkin, 1986).

A cada una de las formulaciones que se generen, en relación con el derecho que debe gobernar el caso, Dworkin (1986) las llama «propuestas de ley». Es decir, podemos estar frente a un mismo hecho y tener más de una propuesta de ley. Por ejemplo, habrá quienes consideren que las entidades públicas deben aplicar el derecho administrativo para determinar la responsabilidad disciplinaria de un servidor civil. Por el contrario, algunos pensarán que el mismo caso se encuentra dentro de las normas que regulan el poder disciplinario del empleador, en el marco del derecho del trabajo.

Si bien Dworkin distingue, incluso, tipos de discrepancias en relación con las propuestas de ley, se tiene un interés, por ahora, de mantener la idea de que determinados casos demandan

una discusión sería sobre la norma aplicable, superando la aplicación mecánica o arbitraria. En ese sentido, desde el empleo público se puede plantear una serie de supuestos con similar complejidad, en donde el operador del derecho podría tener serias dudas sobre qué norma aplicar. Para los efectos, se mencionarán cuatro de ellos. Vale acotar que solo se plantearán el ejemplo concreto y las preguntas pertinentes que evidencien la complejidad del caso:

(a) Primer supuesto.

Carito trabajaba en una entidad pública y cometió una falta disciplinaria el 1 de enero de 2014. Llegó tarde y, por tanto, incumplió su horario de trabajo<sup>7</sup>. Sus jefes tomaron conocimiento de la falta el mismo día; sin embargo, no tomaron ninguna acción frente a ella. Luego de exactamente 2 años, 11 meses, y 29 días, Carito tuvo una discusión con sus jefes, debido a un tema estrictamente laboral (disintió con el criterio de ellos para resolver una determinada situación). Ese mismo día, por la tarde, le notificaron con el inicio formal de un procedimiento administrativo disciplinario en su contra, por «haber incumplido el horario de trabajo el día 1 de enero de 2014».

Comentario.

Lamentablemente, el ejemplo planteado no ha sido tomado de ninguna obra de ficción. Supuestos como el de Carito se suscitan muy a menudo en la administración pública peruana. Al respecto, por un lado confluye el instituto jurídico de la prescripción de la competencia de la entidad para sancionar una falta disciplinaria que, en una de sus acepciones, se extiende hasta los tres años<sup>8</sup>. Por el otro, el principio de inmediatez, que es un principio laboral que limita la facultad sancionadora del empleador y proscribte el plazo arbitrario entre la toma de conocimiento de la falta —plano cognitivo— y la acción para sancionarla —plano volitivo—<sup>9</sup>. ¿Cómo determinar el derecho aplicable? De optar por el primer supuesto, se estaría eligiendo una norma enmarcada dentro de la lógica del derecho administrativo que permitiría un mayor margen de acción al empleador público (persiguiendo faltas hasta por tres años). Por el contrario, de optar por el segundo supuesto, se estaría prefiriendo extender los principios del derecho del trabajo al caso planteado para salvaguardar los intereses del trabajador.

(b) Segundo supuesto.

La organización de trabajadores de una entidad pública presentó un pliego de reclamos a su empleador el 31 de enero de 2018. Dentro de dicho pliego de reclamos se pretende un aumento salarial. Recibido el pliego, la entidad responde señalando que el procedimiento de negociación colectiva actualmente vigente<sup>10</sup> exige que el pliego de reclamos «debe necesariamente presentarse entre el 1 de noviembre y el 30 de enero del año siguiente».

En ese sentido, la entidad pública mencionada emite una resolución administrativa poniendo fin al procedimiento en cuestión. En la resolución mencionada se alega que la organización de trabajadores no respetó el plazo establecido por ley para presentar los pliegos de reclamos,

7 El artículo 85 de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, establece las conductas de los servidores civiles que son consideradas faltas disciplinarias. El literal n) de la norma citada prescribe lo siguiente: «n) El incumplimiento injustificado del horario y la jornada de trabajo».

8 Artículo 94 de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil: «La competencia para iniciar procedimientos administrativos disciplinarios contra servidores civiles decae en el plazo de tres (3) años contados a partir de la comisión de la falta [...]».

9 Ver sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00543-2007-PA/TC.

10 Regulado por el artículo 70 del Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento General de la Ley del Servicio Civil.

razón por la cual la entidad pone fin al procedimiento sin necesidad de pronunciarse sobre el contenido del pliego de reclamos.

Comentario.

Si se sigue la lógica de la entidad pública, la negociación colectiva en la administración pública ha pasado a ser un procedimiento administrativo. Bajo ese razonamiento, se tendría que recurrir a la norma que regula el procedimiento administrativo general, el texto único ordenado de la Ley N° 27444.

Por su parte, el operador del derecho también podría sostener que la negociación colectiva responde a principios propios del derecho del trabajo, los mismos que han sido desarrollados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de tal forma que la imposición de plazos para la presentación del pliego de reclamos afecta el principio de negociación libre y voluntaria.

Por otro lado, superando la discusión sobre el tema antes planteado, el mismo caso nos ofrece otro supuesto igualmente complejo: ¿se puede amparar la pretensión de aumento salarial presentada por la organización de trabajadores? De hacerlo, se estaría prefiriendo la libertad sindical que tiene reconocimiento constitucional<sup>11</sup> y desarrollo por medio de convenios OIT. En suma, se enmarcaría el supuesto dentro del ámbito de aplicación del derecho del trabajo. Por el contrario, el operador del derecho también podría argüir que el reconocimiento de la negociación colectiva en materia económica deformaría la carrera administrativa pues afectaría la estructura remunerativa preestablecida, a la vez que sería un desincentivo para la capacitación y el rendimiento eficiente de los servidores civiles, ya que los aumentos salariales mediante negociación colectiva no se otorgan con base en el mérito.

(c) Tercer supuesto.

Ángela siempre quiso ser alcaldesa del distrito en el que nació y en el que aún reside. Así, en las últimas elecciones logró el apoyo de determinadas personas que financiaron su campaña, gracias a lo cual pudo cumplir su sueño: postular al cargo público mencionado y ser electa gracias al voto popular.

Por su parte, Lucero trabaja para otra entidad pública como asesora legal. Para acceder a dicho puesto tuvo que terminar sus estudios de maestría, demostrar un récord laboral determinado en la administración pública y, así, superar un tedioso concurso público de méritos. Al día de hoy se encuentra en periodo de prueba, el mismo que espera también superar exitosamente. De otro lado, a diferencia de Ángela y Lucero, Paolo siempre quiso trabajar en el sector privado. Para ser más exactos, en el mejor estudio de abogados de Lima. Logró su objetivo gracias a la invitación de uno de sus profesores en la universidad, quien era socio de dicho lugar.

Comentario.

Gracias a los casos de Ángela y Lucero se puede introducir el concepto de función pública. Así, desde una perspectiva amplia, como lo ha planteado el Tribunal Constitucional (TC) peruano en la sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, una interpretación constitucionalmente adecuada del concepto obliga a entenderlo «como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado» (fj. 8).

---

11 Pretensión fundada en el artículo 28, numeral 2 de la Constitución Política del Perú:  
Artículo 28.- Derechos colectivos del trabajador: Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga  
El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:  
[...]  
2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

Bajo esta aproximación, tanto Ángela como Lucero ejercen función pública. Sin embargo, claramente se puede percibir que existen diferencias entre ambos supuestos. En el primer caso, el acceso de Ángela se origina en el voto popular; es el electorado quien deposita su confianza en ella para ejercer la función pública encargada. En el segundo caso, Lucero tuvo que superar un concurso público de méritos.

El propio TC, en la sentencia previamente citada, realiza dicha clasificación: la función pública representativa alude a las «funciones de representación política y la no representativa a la función pública profesionalizada» (fj. 8). En ese sentido, Ángela estaría en el primer supuesto y Lucero en el segundo. En ambas expresiones, la función pública exige el respeto de acceso en condiciones de igualdad, ligado al principio de mérito (fj. 8).

El caso de Paolo contrasta con los dos ejemplos antes mencionados, dado que: (i) se trata del sector privado y (ii) accedió al trabajo tan solo por una recomendación. Si despiden arbitrariamente a Paolo, y este demanda judicialmente a su empleador, el juez tendría que aplicar las normas relativas al derecho del trabajo. Sin embargo, si Lucero sufriese el mismo atropello a su derecho al trabajo, el juez entraría en la disyuntiva de tener que aplicar las reglas y principios laborales o las del derecho administrativo, también sobre la vía procesal: el proceso contencioso administrativo o el proceso laboral.

Una complejidad parecida sucedería si es que un locador de servicios en la administración pública logra probar que hubo fraude en su contratación y, por tanto, que prestó un servicio subordinado. El juez tendría que decidir si asume el principio de primacía de la realidad o, por el contrario, el acceso a la función pública por concurso público de méritos y en condiciones de igualdad.

(d) Cuarto supuesto.

Juan Carlos es un inspector de trabajo que conoce de la precariedad laboral que padecen muchos trabajadores de la administración pública. Motivado por su compromiso con la función de fiscalización laboral, eleva una consulta a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) sobre la posibilidad de fiscalizar entidades públicas y, dentro de ellas, el cumplimiento de la normativa sociolaboral y de seguridad y salud en el trabajo, indistintamente del régimen laboral del servidor civil comprometido.

El criterio que SUNAFIL maneja es que sí es posible llevar a cabo tal fiscalización, pero exclusivamente para servidores civiles adscritos al régimen laboral del Derecho Legislativo N° 728, régimen laboral del sector privado que desde la década de los noventa se viene aplicando también en la administración pública. En consecuencia, bajo esta tesis el Sistema de Inspección del Trabajo no sería competente en casos que comprometan a servidores civiles adscritos a los otros regímenes laborales actualmente vigentes en el sector público.

Comentario.

La decisión de SUNAFIL, en el ejemplo, deja sin tutela a muchos servidores civiles. ¿Cuál es la razón? Detrás de ella reside la idea de que el Sistema de Inspección del Trabajo solo es competente para fiscalizar al trabajador adscrito al régimen laboral privado, en lo que respecta a la normativa sociolaboral y de seguridad y salud en el trabajo. Sin embargo, la normativa que define su competencia, tanto en el sector privado como en el público, lo hace desde la perspectiva del empleador (siempre que esté adscrito al Decreto Legislativo N° 728). Como se verá, esta diferencia es medular para entender el ámbito de competencia de SUNAFIL.

En el ejemplo planteado, Juan Carlos considera que lo correcto sería seguir lo establecido por la normativa y definir la competencia del Sistema de Inspección del Trabajo en virtud del agente pasivo de una inspección, esto es, el empleador. En ese sentido, si este fuera público, la

competencia se determinaría sobre la base del régimen laboral al cual se adscribe la entidad pública, exactamente al Decreto Legislativo N° 728. Se puede verificar dicha adscripción en la norma de creación o en el reglamento de organización y funciones de la entidad. Definida la competencia bajo esta interpretación, el inspector de trabajo estaría habilitado para fiscalizar el cumplimiento de la normativa sociolaboral y de seguridad y salud en el trabajo en toda la entidad pública, indistintamente del régimen laboral del servidor civil comprometido.

Ello, dado que la determinación de la competencia es solo la condición habilitante para que el inspector ejerza plenamente sus funciones al interior de la entidad. Es como la llave que abre la puerta de una casa, mas no restringe el acceso a ningún espacio de la misma. Esta debería ser la lectura del artículo 4 de la Ley General de Inspección del Trabajo, Ley N° 28806:

Tabla I

*Interpretación del artículo 4 de la Ley General de Inspección del Trabajo, Ley N° 28806*

Artículo 4.- Ámbito de actuación de la Inspección del Trabajo	Comentario
<p>«En el desarrollo de la función inspectiva, la actuación de la Inspección del Trabajo se extiende a <u>todos los sujetos obligados o responsables del cumplimiento de las normas sociolaborales</u> [énfasis añadido], ya sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, y se ejerce en:</p> <p>I. Las empresas, los centros de trabajo y, en general, los lugares en que se ejecute la prestación laboral, aun <u>cuando el empleador sea del Sector Público</u> [énfasis añadido] o de empresas pertenecientes al ámbito de la actividad empresarial del Estado, <u>siempre y cuando estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada</u> [énfasis añadido] [...].».</p>	<p>El primer párrafo del artículo 4 citado vincula la función inspectiva al sujeto que asume la «obligación de dar» en el contrato de trabajo. Por tanto, el sujeto pasivo de una inspección del trabajo se define sobre la base de quién es el empleador.</p> <p>En ese sentido, el numeral I del artículo bajo comentario se refiere específicamente al empleador público, siendo que este calzaría como sujeto pasivo de la inspección del trabajo en los casos en que haya establecido que el régimen laboral de sus servidores civiles es el del Decreto Legislativo N° 728.</p>

*Nota:* Elaboración propia.

Pero, incluso desde esta perspectiva, existiría una falta de tutela en los casos en que la entidad pública no se encuentre adscrita al régimen del Decreto Legislativo N° 728. ¿Cómo superar este trato diferenciado? Para superar esa visión restrictiva, se debe entender que la fiscalización laboral responde a principios de derecho público, razón por la cual en el mismo Convenio sobre la Inspección del Trabajo, 1947 (núm. 81), se reconoce el deber de «fomentar [...] la cooperación efectiva de los servicios de inspección con otros servicios gubernamentales y con instituciones, públicas o privadas, que ejerzan actividades similares» (artículo 5).

Bajo esta pauta, en el 2008 se creó la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR), y se le atribuyó competencia para supervisar a las entidades públicas. Por tanto, SERVIR debería coordinar con SUNAFIL para efecto de fiscalizar el cumplimiento de la normativa sociolaboral

y de seguridad y salud en el trabajo en las entidades públicas adscritas a regímenes laborales distintos al privado. Inclusive, la propia norma de creación de SUNAFIL, Ley N° 29981, así lo establece:

SÉTIMA. Inspección laboral en las entidades públicas

En tanto se implementan las funciones de supervisión y fiscalización determinadas por el Decreto Legislativo 1023, la Sunafil coordina con la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir) a fin de establecer los mecanismos para la aplicación de lo establecido en la presente Ley a las entidades públicas.

## 2.2. Para la seguridad jurídica en la resolución de controversias.

Como se puede apreciar gracias a los ejemplos planteados en el acápite anterior; la elección del derecho aplicable no es una tarea sencilla. Justamente, la idea de independizar áreas en el derecho obedece a supuestos como los planteados en los que resulta difícil optar por uno u otro supuesto; en tales casos se justifica la discusión sobre la autonomía de determinadas disciplinas en tanto facilita la tarea del operador del derecho.

Conviene mencionar que en *Law's Empire*, Ronald Dworkin desarrolla previamente algunos aspectos que pueden darle un mejor contexto a la idea del derecho en «departamentos separados» (utiliza esta categoría para referirse a las disciplinas jurídicas autónomas). Dworkin plantea algunos ejemplos por medio de los cuales devela que los jueces pueden utilizar distintas normas para casos similares. El autor nos plantea la metáfora del juez Hércules, el sabio entre los sabios. Dicho juez, en el capítulo «*Local Priority*», debe decidir si acepta o no la división entre «departamentos del derecho». En ese contexto, Dworkin señala lo siguiente:

*Judicial opinions normally begin by assigning the case in hand to some department of law, and the precedents and statutes considered are usually drawn exclusively from that department [...] Dividing departments of law to match that sort of opinion promotes predictability and guards against sudden official reinterpretations that uproot large areas of law, and it does this in a way that promotes a deeper aim of law as integrity [...].* (Dworkin, 1986, pp. 251-252)

Los beneficios, entonces, se circunscriben a lo que se ha mencionado desde el inicio: brindar al operador del derecho las herramientas necesarias para elegir la disciplina jurídica correcta para cada caso concreto. Con ello, las controversias jurídicas se resolverán de acuerdo con los principios adecuados, maximizando los derechos en juego.

Frente a esta serie de beneficios que trae consigo el reconocimiento de una disciplina jurídica como autónoma, el juez Hércules de Dworkin no puede hacer más que ceder frente a esta práctica. Sin embargo, dicha concesión no es absoluta. Dice Dworkin (1986) que no se reconocerá autonomía cuando «*traditional boundaries between departments have become mechanical and arbitrary [...]*» (pp. 251-252).

Esta última cita resulta clave para los efectos de este artículo. Justamente, es lo que se pretende dilucidar en el presente caso. Se podría extender la reflexión y realizar la siguiente pregunta: ¿cuáles son los criterios mediante los cuales el derecho del trabajo o el derecho administrativo pretenden incorporar dentro de su ámbito de aplicación al empleo público? ¿Son mecánicos y arbitrarios? De ser así, de acuerdo con Dworkin, esta materia no debería incluirse

en ninguna de las dos ramas del derecho antes mencionadas.

Sin embargo, el empleo público podría postular criterios objetivos y específicos, con lo cual podría ser considerado una división válida, un departamento del derecho en términos de Dworkin. En ese sentido, la pregunta que conviene hacerse es ¿cuáles serían dichos criterios?

### **3. Criterios que determinan la autonomía de una disciplina jurídica**

El presente capítulo se remite al trabajo de Guillermo Cabanellas secundado por Néstor de Buen Lozano, quienes configuran un marco genérico sobre los requisitos que caracterizan al derecho del trabajo como disciplina independiente. Posteriormente, se utilizan los criterios que Julio Durand, apoyándose en el trabajo de Evaristo de Moraes Filho, plantea para reconocer al derecho del consumidor como disciplina autónoma. Finalmente, se focaliza la atención en los criterios propuestos por Alfredo Rocco (asumiendo su propuesta), quien es seguido por Plá Rodríguez.

#### **3.1. El aporte de Guillermo Cabanellas.**

Como punto de partida, Guillermo Cabanellas (1987) indica que hablar de derecho laboral es referirse a una disciplina de reciente data, razón por la cual precisa de la asistencia del derecho del cual se escindió: el derecho civil. Esta primera referencia es importante porque delimita dos cuestiones sobre una disciplina independiente: (i) primero, puede surgir de otra disciplina preexistente; y, (ii) segundo, puede y/o necesita de la aplicación supletoria de otra disciplina.

En efecto, en palabras de Guillermo Cabanellas (1987), refiriéndose al derecho del trabajo, «a cada paso es necesario recurrir a la fuente, a la inspiración doctrinal y legislación civil [...]» (p. 436). ¿Qué hizo, entonces, que el derecho del trabajo se independice del derecho civil? Esta pregunta le da sentido a este trabajo. Al respecto, André Brun, citado por Cabanellas, menciona que el derecho del trabajo conforma una estructura jurídica propia que plantea una legislación de privilegio para custodiar el interés del trabajador, deudor de un servicio y parte débil del contrato. Esto se explica en función del contexto en el que se gestó el nacimiento del derecho laboral, lo que significó un contraste con el espíritu del derecho común (Cabanellas, 1987), es decir, el derecho civil.

Hasta aquí, entonces, se puede identificar algunas primeras características que encuentran sustento, para el autor citado, en el contexto de ebullición de la clase obrera, situación que develó un contraste entre dicha realidad y la regulación civil (que hasta entonces le correspondía). Se puede tomar esta particularidad como punto de partida, de tal forma que se entienda que las disciplinas autónomas pueden tener origen en el marco una disciplina preexistente, la misma que le daba cobertura hasta que la realidad la desbordó. Adicionalmente, se puede añadir que las disciplinas autónomas que nacen de dicha forma pueden volver a la norma de origen (supletoriedad) sin que exista *per se* una oposición de naturaleza.

Todo lo mencionado genera, en palabras de Cabanellas, una producción normativa independiente y que el legislador empiece a regular determinada disciplina de manera autónoma. Como consecuencia de ello, también se generará un trato especial en sede judicial y administrativa (al resolver casos concretos). Cabanellas (1987) resume esto en el requisito de autonomía legislativa. Así, a medida que se plantearon nuevos problemas en la realidad y, ante ellos, el legislador tuvo que proveer nuevas soluciones, esta tendencia llevó a positivizar el derecho del trabajo en la mayoría de países (Cabanellas, 1987).

Adicionalmente al requisito legislativo, Guillermo Cabanellos identifica el de la autonomía

científica. Este último hace referencia a la «fisonomía particular» del derecho del trabajo conformada por la producción académica, esa bibliografía que incluye tesis, revistas y aproximaciones especiales desde el derecho laboral (Cabanellas, 1987). Es probable que Cabanellas haya pensado en un cuerpo de doctrina que se gesta conjuntamente o a consecuencia de la autonomía legislativa, construyendo, así, sobre la base de esos dos criterios, una disciplina jurídica autónoma.

### 3.2. El aporte de Néstor de Buen Lozano.

Para Néstor de Buen Lozano, la determinación de una disciplina jurídica como independiente es una cuestión de jerarquía. El autor indica que en el derecho, en un primer nivel, se distingue entre el derecho público y el derecho privado. A estas dos categorías se añade una aproximación más contextual que denomina derecho social, como un segundo nivel. Así, Néstor de Buen Lozano (1974) sostiene que si una disciplina jurídica es declarada autónoma, se incorporará en una especie de tercer nivel. El siguiente gráfico puede resumir lo planteado por el autor:

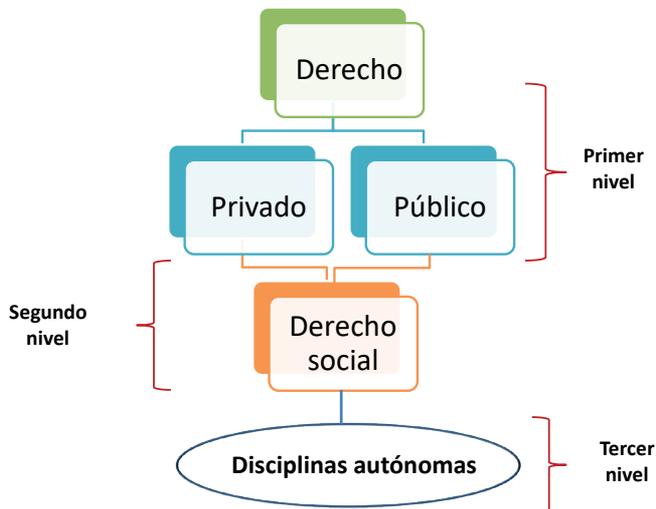


Figura 1. Autonomía y niveles de disciplinas jurídicas. Elaboración propia.

De esta manera, las disciplinas jurídicas autónomas siempre se enmarcarán en alguna rama del derecho perteneciente a un nivel previo, razón por la cual Néstor de Buen se refiere a una cuestión de jerarquías. En este aspecto, coincide con Cabanellas en el sentido de que las disciplinas autónomas pueden escindirse de una disciplina preexistente.

Néstor de Buen indica que se suele hablar de un derecho común y de un derecho especial, siendo este último el símil de la disciplina autónoma. Sobre el primer concepto, Federico de Castro, citado por Néstor de Buen Lozano (1974), precisa que se hace referencia al conglomerado de reglas que tienen por objeto normar la vida de los ciudadanos, en su totalidad. En contraste, el derecho especial será aquel que tiene un foco de atención particular; un conjunto de relaciones sociales específicas que derivan en una normativa particular (de Buen Lozano, 1974).

Siendo así, Néstor de Buen Lozano (1974) se pregunta «¿en qué consiste la autonomía de una disciplina?» (p. 107). Para responder esta pregunta, el autor mencionado cita a Ludovico Barassi, quien afirma que la definición de autonomía debe entenderse «como aislamiento absoluto de todas las otras zonas del Derecho» (de Buen Lozano, 1974, p. 107). Sin embargo, es una posición que Néstor de Buen no comparte plenamente puesto que, de ser así, ninguna disciplina llegaría a ser autónoma debido a que debemos partir de la idea de unidad sustancial de todo el sistema jurídico (de Buen Lozano, 1974).

Néstor de Buen sí se encuentra de acuerdo con la propuesta de Cabanellas que fue reseñada en el punto 3.1. del presente trabajo. Así, siguiendo al mencionado autor, Néstor de Buen Lozano (1974) indica que el concepto de autonomía comprende los siguiente cuatro componentes:

Tabla 2

*Componentes de la autonomía*

<i>Componente</i>	<i>Contenido</i>
Legislativo	Caracterizado por un sistema normativo propio o un sistema de fuentes de derecho independiente.
Científico	Integra una corriente de doctrina especialmente desarrollada en torno a la materia.
Didáctico	La disciplina se incluye en el currículo universitario.
Jurisdiccional	Para resolver las controversias generadas en el marco de la disciplina especial, existen tribunales propios.

*Nota:* Elaboración propia.

Para Néstor de Buen, entonces, la propuesta de Cabanellas termina siendo la más acertada para definir el concepto de autonomía. No obstante ello, el autor considera que Cabanellas no responde la pregunta específica de por qué una disciplina jurídica merece ser considerada autónoma (de Buen Lozano, 1974). Esta pregunta plantea una aproximación más ontológica. En ese sentido, Néstor de Buen señala que la respuesta se encuentra en la trascendencia social de la disciplina; es decir, depende de la consideración que la sociedad tiene respecto de aquella.

Para ilustrar esta última posición, Néstor de Buen Lozano (1974) menciona ejemplos como el derecho agrario, derecho de familia y el derecho de la seguridad social que en México no solo tienen un desarrollo legislativo importante, sino que también gozan de una consideración social importante.

**3.3. El aporte de Julio Durand, desde el derecho del consumidor.**

Julio Durand (2014), en referencia al derecho del consumidor, indica que se ha empezado a legislar sobre esta materia debido a que empieza a desbordar el derecho comercial, al cual se sometían inicialmente las relaciones entre consumidores y proveedores. Como se puede ver, ya es una constante en los autores hasta aquí citados la referencia a que una disciplina autónoma puede escindirse de otra preexistente. En el caso particular del derecho del consumidor, Julio Durand añade que su independencia del derecho comercial se debe a que este último

parte de la premisa de que existe una posición de privilegio de los comerciantes, cuestión que actualmente «se diluye frente al interés de los consumidores en el nuevo régimen» (Durand, 2014, p. 64).

Para Durand, esta primera aproximación justifica poder hablar de un sistema jurídico autónomo. Con relación a los elementos que el autor citado considera caracterizan al derecho del consumidor; enumera los siguientes tres: (i) su focalización en un nuevo sujeto de derecho: el consumidor; (ii) su rol tuitivo; y (iii) su «carácter imperativo en materia de orden público» (Durand, 2014, p. 64). Con todos estos elementos, el autor se pregunta si es que el derecho del consumidor es ya una disciplina jurídica o está en camino a serlo. Al respecto, citando a Evaristo de Moraes Filho, Durand (2014) responde indicando que se trata ya de una disciplina jurídica independiente debido a que regula un entramado particular de relaciones entre sujetos específicos, las mismas que se caracterizan por su homogeneidad sustancial.

A ello se suma el respeto del principio de especialización por medio del cual se logra satisfacer dos valores elementales: (i) la eficiencia, y (ii) la seguridad jurídica (Durand, 2014). Esta última referencia es relevante y quizá la novedad frente a los autores antes citados. Este requisito termina siendo un mandato al operador del derecho, a modo de consecuencia necesaria, para empezar a regular y decidir controversias de manera uniforme.

### 3.4. El aporte de Alfredo Rocco<sup>12</sup>.

Plá Rodríguez asegura que todos los laboristas convienen acerca de la autonomía del derecho del trabajo, fundamentalmente por la existencia de principios especiales que difieren de los de otras disciplinas. La posición de Plá se sostiene sobre la base de los criterios planteados, a su vez, por Alfredo Rocco: «Justamente, Alfredo Rocco exige tres condiciones para que una disciplina jurídica tenga autonomía: que posea un dominio suficientemente vasto, que posea doctrinas homogéneas presididas por conceptos generales comunes distintos de los de otras ramas del derecho y que posea método propio» (Plá, 1978, p. 1).

Con relación al primer requisito, sobre el dominio suficientemente vasto, de acuerdo con Alfredo Rocco, este se satisface cuando existe un campo legislativo considerable que permite hablar de un ordenamiento jurídico determinado. Como ejemplo, el autor menciona los 926 artículos del Código de Comercio italiano, cantidad que duplicaba el número de artículos del Código Penal y se encontraba muy cerca del de los Códigos de Enjuiciamiento Civil y Penal (Rocco, 1931). Esta propuesta se encuentra en sintonía con la de la mayoría de autores citados en el presente trabajo, en tanto coinciden en la necesidad de la participación del legislador como uno de los actores más importantes en la caracterización de una disciplina autónoma. Esto trae como consecuencia, también, una especialización en las resoluciones judiciales y administrativas en torno a la nueva disciplina.

Por su parte, sobre las doctrinas homogéneas, Rocco se concentra en lo que caracteriza a todas ellas y resalta la existencia de principios especiales en cada disciplina, los mismos que son desarrollados por la doctrina a la cual alude. Así, por ejemplo, el autor menciona que el derecho mercantil tiene principios particulares que se distinguen de los del derecho civil (Rocco, 1931). Al respecto, por un lado, se estima que Rocco también coincide con la mayoría de autores citados puesto que alude a un cuerpo de doctrina especializado, lo que le imprimirá —en palabras de Cabanellas, por ejemplo— una característica científica. Sin

12. El presente acápite ha sido elaborado sobre la base de Díaz (2019).

embargo, por otro lado, Rocco alude a una característica que la mayoría de autores citados ignoró o, en algunos casos, solo sugirió muy sutilmente. Se trata de la existencia de principios especiales.

Finalmente, en relación con el último requisito, que posea un método propio, Rocco (1931) se refiere nuevamente al derecho mercantil para indicar que este necesita procedimientos especiales para poder entender la parte sustantiva de sus normas. Este requisito se encuentra implícitamente en el segundo, toda vez que es la doctrina la que desarrolla los caminos para entender; de manera armónica, los principios que sustentan una determinada disciplina jurídica. Ya sea por medio de tesis o discusiones académicas, influyen en el legislador y en la resolución de casos concretos, desarrollando así el método que Rocco determina como requisito.

#### **4. El empleo público peruano: ¿cumple con los requisitos para ser considerado una disciplina jurídica autónoma?**

Se hacen propios los requisitos de Rocco puesto que condensan lo desarrollado por la mayoría de autores citados en el acápite previo. En ese sentido, para efecto de justificar la autonomía jurídica del empleo público, se deberá aplicar los criterios de este autor: Por tanto, como fue mencionado párrafos atrás, solo se incluirán dos de los tres criterios que Rocco plantea pues uno de ellos (el del contar con un método propio) estaría ya integrado implícitamente en el segundo (contar con una doctrina homogénea).

##### **4.1. El empleo público peruano y su amplitud suficiente.**

Se considera que en el Perú no solo se cuenta con una regulación que desarrolla en cuerdas separadas el empleo público y el derecho del trabajo (sector privado), sino que respecto del primero se padece de una dispersión normativa que claramente hace cumplir el primer requisito que Rocco le exige a una disciplina para ser considerada autónoma. Así, se cuenta con tres grandes regímenes laborales, a los cuales se ha añadido uno nuevo que es de aplicación progresiva. Paralelamente, existen otras modalidades para prestar servicios personales en la administración pública.

En ese sentido, si bien el criterio se puede satisfacer con la sola enumeración de las normas especiales, la amplitud suficiente a la que alude Rocco también se genera debido a la problematización que dichas normas producen en el ámbito de los derechos. En otras palabras, con tantas normas que se aplican para la prestación personal de servicios, no existe causalidad entre el régimen elegido (la norma especial que regulará los derechos y obligaciones del servidor civil) y la prestación misma del servicio (la función pública desempeñada). Esto genera que se afecte el principio de igualdad entre los propios trabajadores del Estado, otorgándoles mayores beneficios económicos a algunos tan solo por adscribirse a un régimen laboral distinto. Esto, a su vez, plantea un reto constante para el operador del derecho cuando debe resolver controversias en este ámbito.

Entonces, el criterio de la amplitud suficiente se satisface por la vasta producción legislativa en esta materia así como por los constantes problemas que ello genera en el empleo público. Dicho esto, ahora conviene resumir el recuento normativo que, desde el punto de vista adoptado, sirve para comprobar el cumplimiento del primer requisito.

#### 4.1.1. Decreto Legislativo N° 276.

En primer lugar, se debe remitir al año 1984, durante el segundo gobierno de Fernando Belaunde, pues en dicho año se emitió el Decreto Legislativo N° 276 que regula la carrera administrativa y el sistema único de remuneraciones. Al respecto, es importante mencionar que dicha norma continúa la apuesta ya iniciada por su antecesora, la Ley del Escalafón del Servicio Civil (aprobada por Decreto Ley N° 11377, en 1950). La apuesta fue por una burocracia profesionalizada que tenga como base el mérito para el acceso y ascenso. Este sistema generaría una serie de beneficios en cadena que incidirían en dos planos: (i) el de los derechos subjetivos-laborales; y (ii) el del interés público. Ambos se lograrían articular gracias a la carrera administrativa, engranaje que activa ese circuito de beneficios en cadena.

La carrera administrativa por la que apostó el legislador otorgaría al servidor público: (i) estabilidad laboral, para realizar su labor sin ningún tipo de condicionamiento; (ii) posibilidad real de ascenso, como motivación para capacitarse (su ascenso sería en base al mérito); y (iii) aumento salarial que consagraría la satisfacción de los derechos subjetivos del servidor público. Adicionalmente, la carrera administrativa también traería un beneficio directo en el interés público. En efecto, dado que el empleo público se subordina a este último interés, no podría tan solo regularse la satisfacción de derechos subjetivos. Por tanto, la carrera administrativa con los beneficios antes señalados promovería: (i) una fiscalización administrativa más objetiva; (ii) una mejora del servicio público pues contaríamos con servidores cada vez mejor capacitados; y (iii) el gasto eficiente de los recursos económicos del Estado, al invertirlos en la remuneración del personal más idóneo para el desempeño de las funciones.

El siguiente esquema grafica lo comentado acerca de los dos niveles de satisfacción que generaría la carrera administrativa por la que apostó el Decreto Legislativo N° 276 (Díaz, 2019):

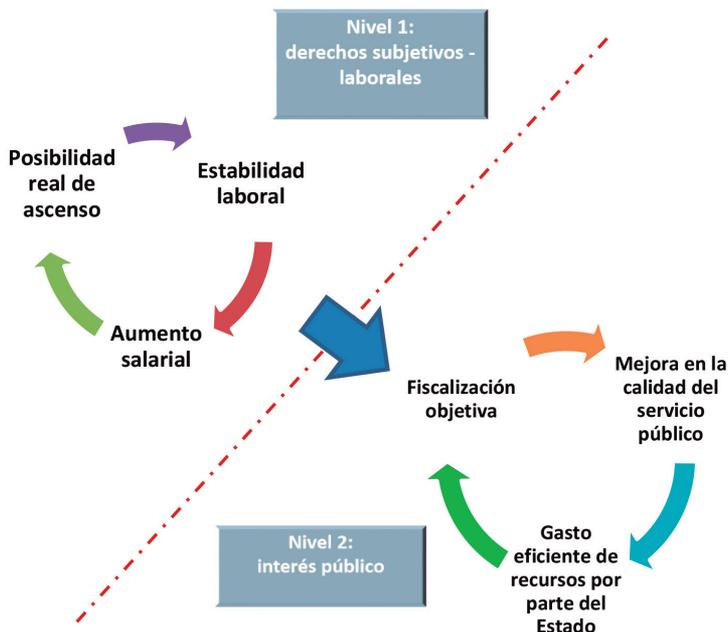


Figura 2. Niveles de satisfacción del Decreto Legislativo N° 276.

A pesar de todas las virtudes que traía consigo la consagración de la carrera administrativa, esta nunca se pudo implementar como régimen general debido a que las Leyes de Presupuesto restringieron su aplicación. En efecto, el Decreto Legislativo N° 276 estableció que la vía de acceso a la carrera administrativa sería el nombramiento. No obstante ello, las leyes de presupuesto restringieron dicho procedimiento, con lo cual vaciaron de contenido la propuesta. Puede verse la Ley de Presupuesto del sector público de 1985 (año siguiente al que se emitió el Decreto Legislativo N° 276), aprobada por medio del Decreto Legislativo N° 316, cuyo artículo 62, literal a), en relación con los gastos de remuneración, prohibió el nombramiento de personal. Esta restricción continuó con los años hasta el día de hoy, razón por la cual el nombramiento y el Decreto Legislativo N° 276 nunca pudieron establecer la carrera administrativa como régimen general.

Adicionalmente a ello, en el mismo año de emisión del Decreto Legislativo N° 276, se aprobó la Ley N° 24041 que estableció que los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente y que cumplan con el requisito de tener más de un año ininterrumpido de servicios, adquieran estabilidad laboral. Esta referencia podría no despertar ningún cuestionamiento, sin embargo se debe tomar en cuenta que la modalidad contractual a la cual alude la Ley N° 24041 no es la vía de acceso a la carrera administrativa. Recordemos que para esta última solo existe el nombramiento.

Entonces, mediante la Ley N° 24041, el legislador le otorgó estabilidad laboral a quienes, en principio, solo constituyeron vínculos laborales con una duración determinada y sin posibilidad de acceso a la carrera administrativa. En otras palabras, el legislador contribuyó a poblar la administración pública de servidores sin ninguna motivación para su propia capacitación, sin posibilidad de ascenso ni de mejora salarial, afectando así el interés público y boicoteando la posibilidad de establecer el régimen de carrera administrativa.

#### **4.1.2. Decreto Legislativo N° 728.**

Posteriormente, hacia la década de los noventa, se emitió el Decreto Legislativo N° 728, norma que tenía por objeto regular la actividad laboral del sector privado. Sin embargo, aprovechando una coyuntura económica el Estado peruano extrapoló los efectos de dicha norma también al ámbito de lo público. Este fenómeno será conocido en la doctrina como la laboralización del empleo público. ¿Cuál es el problema con este proceder? Para empezar, que la norma no responde a los valores del empleador público. El empleador privado tiene objetivos distintos a los del empleador público. Además, al forzar la aplicación de esta norma a la lógica de lo público se generaron varios problemas que, con el tiempo, trajeron como consecuencia perjuicios para el interés general.

Solo para mencionar uno de los problemas antes aludidos, se puede indicar que el Decreto Legislativo N° 728 no contemplaba ningún tipo de procedimiento administrativo. Ello es así puesto que en el sector privado no existen procedimientos de este tipo, a diferencia del sector público en donde la actividad externa e interna de entidad pública se regula mediante ellos. Así, esto trajo un problema en relación con los procedimientos disciplinarios. Podría darse el caso que dos trabajadores cometan la misma falta pero las consecuencias sean totalmente distintas para ambos.

En un supuesto extremo, se puede señalar que la destitución para el personal adscrito al Decreto Legislativo N° 276 traía como consecuencia la inhabilitación para el desempeño de la función hasta por 3 años, porque el empleador es la administración pública y no la persona jurídica que nombra o contrata. En contraste, en el mismo caso extremo del despido, pero esta

vez del personal adscrito al régimen del Decreto Legislativo N° 728, esta norma no contempla procedimiento administrativo; tampoco la figura de la inhabilitación, ni la tesis del empleador único. Con lo cual, las consecuencias eran distintas a pesar de haber cometido la misma falta. En paralelo, el empleador público empezó a contratar de manera fraudulenta al personal mediante locaciones de servicios desnaturalizadas. Se podría mencionar que dicha praxis se generó por la imposibilidad del nombramiento, el crecimiento de la burocracia administrativa, así como el alto costo que implicaba contratar bajo la modalidad del Decreto Legislativo N° 728 (con más beneficios económicos). Esta situación irregular motivó que el gobierno transitorio de Valentín Paniagua constituyera una comisión multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la administración pública, mediante Decreto Supremo N° 004-2001-TR. Esta concluyó con varias recomendaciones y con la identificación de algunos de los problemas ya comentados hasta aquí.

#### **4.1.3. Decreto Legislativo N° 1057.**

En el año 2004, en el marco del proceso de descentralización iniciado por el gobierno de Alejandro Toledo, se aprobó la Ley Marco del Empleo Público, mediante Ley N° 28175. Dicha norma probablemente sea una de las más importantes apuestas por reformar el empleo público peruano; no obstante, no tuvo el desarrollo legislativo requerido para su implementación integral. Años más tarde, en el marco de la implementación del Tratado de Libre Comercio celebrado con Estados Unidos, en el segundo gobierno de Alan García, se aprobaron, entre otros, los Decretos Legislativos N° 1023, que creó el ente rector en materia de gestión de recursos humanos en el Estado, y el Decreto Legislativo N° 1057, que creó un nuevo régimen laboral, el contrato administrativo de servicios (CAS).

En relación al CAS, vale decir que no se enmarca en la lógica de carrera, propone contrataciones de naturaleza temporal y al inicio flexibilizó el principio de mérito al permitir el acceso sin concurso público. Esta norma fue materia de una demanda de inconstitucionalidad en el año 2010 y, posteriormente, modificada hacia el año 2012.

#### **4.1.4. Ley N° 30057.**

Ya en el año 2013, durante el gobierno de Ollanta Humala, se emitió la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, que regula un nuevo régimen laboral, así como un nuevo sistema de gestión de las entidades públicas. Si bien su objeto se plantea omnicompreensivo, esto es, dice comprender a todo el personal al servicio de la Administración Pública, en la práctica, a la fecha de presentación de este artículo solo dos entidades públicas se encuentran adscritas a dicho régimen laboral (SERVIR y la Oficina de Normalización Previsional).

Además, el tránsito de los servidores civiles al nuevo régimen es facultativo. Esto quiere decir que los servidores adscritos a los regímenes de los Decretos Legislativos N° 276 y N° 728 que deseen permanecer en sus respectivos regímenes, podrán hacerlo. En otras palabras, la Ley N° 30057 ha creado un nuevo régimen laboral, adicional a los preexistentes, contraviniendo su propio objetivo: establecer un régimen único y exclusivo. Ello dificulta que se superen las distorsiones hasta aquí planteadas, así como la unificación de los regímenes laborales en el ámbito de lo público.

#### **4.1.5. Carreras especiales y otros métodos de acceso a la función pública.**

Adicionalmente a todas las normas antes señaladas, existen otras modalidades especiales para prestar servicios en la administración pública, incluso sin respetar el mérito pues no se accede

por medio de concurso público. A continuación se presenta una tabla con todas las normas comentadas, incluyendo a las carreras especiales:

Tabla 3

*Normas sobre acceso a la función pública*

Regímenes laborales	Carreras especiales	Casos «sui géneris»
Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa	Ley N° 28091, Servicio Diplomático de la República	Ley N° 29806, Ley que Regula la Contratación de Personal Altamente Calificado en el Sector Público y Dicta Otras Disposiciones
Decreto Legislativo N° 728, TUO de la Ley de Productividad y Competividad Laboral	Ley N° 23733, régimen de los profesionales que se rigen por la Ley Universitaria	Decreto Ley 25650, contratación bajo el Fondo del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)
Decreto Legislativo N° 1057, contrato administrativo de servicios	Ley N° 23536, régimen de los profesionales de la salud	
*Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil	Ley N° 29944, régimen de los profesionales que se rigen por la Ley de la Reforma Magisterial	
Decreto Legislativo N° 1024, gerentes públicos	Ley N° 28359, oficiales de las Fuerzas Armadas	
	Decreto Legislativo N° 1148, personal de la Policía Nacional del Perú	
	Ley N° 29709, Carrera Especial Pública Penitenciaria	
	Decreto Legislativo N° 052, servidores del Ministerio Público	
	Ley N° 29277, magistrados adscritos a la carrera judicial	

Nota: Elaboración propia.

**4.2. El empleo público peruano y las doctrinas desarrolladas.**

Se recuerda que Rocco indica que se necesita también de una corriente de doctrina que haya desarrollado o identificado los principios especiales de la disciplina. En ese sentido, respecto del empleo público se puede realizar el siguiente recuento sobre las tesis y autores que se han ocupado de la materia: (i) teoría de derecho privado, (ii) teoría de derecho político, y (iii) teoría de derecho público.

#### **4.2.1. Teoría contractualista o de derecho privado.**

De acuerdo con Rafael Bielsa, los autores que se adscriben a la tesis del derecho privado entienden que el contrato de trabajo irradia los mismos efectos en el ámbito público o privado, cuestión que para Bielsa (1964) es insostenible pues hay «diferencias irreductibles». Para el autor citado, las diferencias son las siguientes:

- «- La condición jurídico-política de la Administración Pública como una de las partes del contrato.
- El principio de organización jerárquica, existente sólo en el marco de la Administración Pública, lo que manifiesta una desigualdad jurídica entre los contratantes.
- Las condiciones especiales del personal administrativo, como su elección que se encuentra restringida al cumplimiento de determinados preceptos que el Estado verifica. Por ejemplo, no haber sufrido condenas por delito, entre otros» (Díaz, 2019, p. 44).

Por su parte, conforme indica Edgardo Balbín (2005), esta doctrina tendría tres grandes fundamentos. A continuación se mencionará cada uno de ellos y se enumerará a los autores que se adscriben a dichas tesis, en relación con cada argumento.

El primero resalta la parte contractual del servidor y funcionario público. Es decir, entienden que como se celebra un contrato, hay un reconocimiento explícito de dos partes que convienen en otorgarse concesiones y, del mismo modo, reconocerse límites. Los siguientes autores son los exponentes de esta tesis:

- «- Helios Sarthou indica que el Estado debe someterse a su propio derecho objetivo, ya que el matiz “absoluto y absolutista” de su llamada soberanía se ve ahora contextualizada por la democratización que alcanza al Estado mismo (Balbín, 2005: 45).
- Héctor Hugo Barbagelata apunta que el Estado no puede ir más allá de la posición y capacidad que el ordenamiento jurídico le brinda, en el marco de una relación jurídica de trabajo subordinado (Barbagelata, 1977: 22).
- Luis Ortega Álvarez, quien plantea que la juridificación del Estado hace que éste se someta a las reglas del ordenamiento, ya que las relaciones convencionales pueden darse entre sujetos cuya personalidad jurídica sea pública o privada (Barbagelata & Plá, 1977: 22)» (Díaz, 2019, p. 46).

El segundo argumento sostiene que el empleado público tiene intereses propios (Balbín, 2005). Es decir, los autores que se adscriben a esta tesis entienden que el servidor público es ahora un «sujeto social», con sus propios intereses y no sometido o subsumido en los fines del empleador público:

- «- Salvador Del Rey Guanter considera que el reconocimiento de que existen intereses contrapuestos en el seno de la Administración Pública, trae como consecuencia la admisión de distintas formas de regular los conflictos, además de las administrativas, debido a que el Estado tendrá una faceta de empleador a quien oponer los intereses de categoría (Del Rey, 1989: 35-36). Balbín agrega que en tales formas de regulación se debe incluir a la negociación colectiva, lo que a su vez supone una nueva consideración del papel de la Ley y el Reglamento en el Empleo Público (Balbín, 2005: 47).

- Ortega Álvarez, quien indica que el principio de legalidad también alcanza a la actuación administrativa en su faceta de empleadora, sin exclusión de los mecanismos de regulación convencional (Ortega, 1983: 35-36). Balbín agrega que con ello se quebranta el monopolio legal y reglamentario en la relación del Empleo Público, pues se habilita la vía de los derechos colectivos como instrumento regulador (Balbín, 2005: 47)» (Díaz, 2019, p. 46).

El tercer argumento alude a la especialidad del derecho del trabajo. En ese sentido, la doctrina contractualista o de derecho privado se cuestionará por qué pretender aplicar otras reglas y principios si ya existe una disciplina que regula la prestación personal y subordinada de servicios (Balbin, 2005):

«- Antonio Grzetich indica que debido a que ya existe una disciplina autónoma que se ocupa de las relaciones jurídicas del trabajo subordinado, hablamos del Derecho del Trabajo, debería ser ésta la encargada de regular todas las relaciones de este tipo, indistintamente de la calidad jurídica del empleador (Grzetich, 1985: 277-278).

- Octavio Racciatti, indica que los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, que suponen el proceso de internacionalización de los derechos laborales, dan muestra de que es el Derecho del Trabajo el llamado a regular las prestaciones de servicios en el marco de la Administración Pública, toda vez que se aplicaron extensivamente dichos convenios a algunos sectores de dependientes estatales (Racciatti, 2002: 735).

- Alfredo Montoya, precisa que ya sea que se preste un servicio para una empresa privada o para la Administración Pública, la calificación del prestador de servicios será la de trabajador; por las notas de ajenidad y dependencia, siendo que deberá estar sujeto a los principios rectores del Derecho del Trabajo (Montoya, 1996: 91)» (Díaz, 2019, p. 47).

#### **4.2.2. Teoría de derecho político (unilateral).**

A decir de Bielsa, los autores que se adscriben a esta tesis sobrevaloran la soberanía del Estado en virtud de la cual el ciudadano tendría deberes frente a este mas no derechos (Bielsa, 1964). De esta forma, para estos autores el Estado tendría el derecho «a compeler a los ciudadanos para que realicen el empleo o función que se le requiera de forma obligatoria» (Díaz, 2019, p. 48). Ello sería así puesto que el Estado necesita de personas para poder llevar a cabo sus acciones y brindar servicios públicos. Bajo esa lectura, la negación de los ciudadanos pondría en riesgo la vigencia del mismo Estado. Para la teoría de derecho público, el Estado tiene competencia para reglamentar las relaciones jurídicas en el ámbito del empleo público, reconociendo una asimetría clara que plantea que el Estado tiene derechos y el servidor público solo deberes (Bielsa, 1964). De la misma opinión es Carlos Lozano Pardo quien indica que esta tesis se justifica por la obligación de servir que tiene el ciudadano frente al Estado, aproximación desarrollada en doctrina alemana por Mayer, Gerber y Seuffert (Lozano, 1944). De acuerdo con esta teoría, la manifestación de voluntad del servidor o funcionario público es irrelevante. Por esta razón, autores como Otto Mayer sostendrán que la constitución del vínculo depende de la decisión de la entidad mediante el acto de nombramiento que constituye el momento desde el cual «el agente tiene el deber de servir a la Administración Pública» (Mayer, 1982, p. 44).

### 4.2.3. Teoría de derecho público.

Esta teoría plantea, a su vez, una subdivisión en dos aproximaciones: la primera, la contractual; y la segunda, la estatutaria. Sobre la primera, se puede seguir al mismo Bielsa, quien asume esta postura. En ese sentido, si bien este autor reconocía que existían «diferencias irreductibles» entre el contrato de trabajo en el ámbito público y el privado, el autor indica que hay más elementos en común que diferencias.

En efecto, para Bielsa (1964) el Estado tiene el derecho de mandar; la potestad para regular los derechos y beneficios en el ámbito del empleo público, porque el servidor ha manifestado su consentimiento en la celebración del contrato, razón por la cual es innegable que los efectos contractuales sean similares en ambos ámbitos.

En ese escenario, Bielsa (1964) distingue el contrato de derecho público y el de derecho privado solo en virtud de la contraparte. Otro representante de la teoría contractualista, en el marco de la tesis de derecho público, es Alberto Ruiz Eldredge (Ruiz Eldredge Rivera, 1990) y Rafael Entrena Cuesta (1976), quienes son referidos por Balbín en el sentido que —al igual que Bielsa— comprenden que el origen de la relación jurídica en el empleo público se encuentra en el «contrato de función pública» o «contrato de derecho público» (Balbin, 2005, p. 31).

Por su parte, la tesis estatutaria en la teoría de derecho público considera que no es necesario justificar el vínculo jurídico entre servidor público y la administración en la manifestación de voluntad del primero, pues esta relación —en el ámbito del empleo público— no tendría carácter contractual, más sí legal, estatutaria (Bielsa, 1964). Para mayor referencia sobre el desarrollo de esta tesis, se puede remitir a la siguiente cita: «En cuanto a la determinación de los derechos y obligaciones de los empleados, Jèze indica que “[...] la situación de los agentes públicos será unilateralmente regulada por los jefes del servicio o por los gobernantes. Ningún contrato intervendrá en ningún momento” (Jèze, 1928: 448)» (Díaz, 2019, p. 54).

## 5. Conclusiones

- Ya sea para resolver controversias (en sede administrativa, judicial o arbitral) o para facilitar la actividad legislativa, es importante reconocer que existen disciplinas jurídicas autónomas, cada una de ellas con sus propias normas. Compartimentar el derecho en áreas especiales termina siendo funcional para los operadores del derecho y, por tanto, para la seguridad jurídica.
- Los criterios que caracterizan a una disciplina jurídica como autónoma pueden condensarse en la propuesta realizada por Alfredo Rocco: (i) amplitud suficiente; y (ii) doctrinas homogéneas. En el primer caso, se alude a la complejidad que genera la vasta legislación que se analiza. En el segundo, a la profusa actividad académica que se haya generado mediante tesis, escuelas y aproximaciones académicas.
- Al evaluar si es que el empleo público peruano satisface tales requisitos, se concluye que sí y, por tanto, se trata de una disciplina jurídica autónoma. Cuenta con tres grandes regímenes laborales a los que se ha añadido uno de aplicación progresiva (el del servicio civil). Adicionalmente, existen carreras especiales y otros métodos alternativos de acceso a la función pública. En relación con la doctrina generada, existen por lo menos tres grandes teorías: (i) de derecho privado, (ii) de derecho político, y (iii) de derecho público.

- Sobre la base de lo desarrollado en el presente trabajo, se considera que se justifica la organización de un cuerpo legal independiente y único que regule el empleo público. No obstante ello, se requiere que el legislador defina las zonas de intersección o colisión con las otras ramas del derecho que le son afines: derecho administrativo y derecho del trabajo.
- Al respecto, tomando en cuenta el ocio legislativo que padece el sistema jurídico peruano, se sugiere que el Tribunal Constitucional empiece a delimitar la autonomía jurídica del empleo público en los casos que resuelva. Esta institución cuenta con una serie de precedentes de observancia obligatoria, algunos de ellos citados en este texto, que ponen de manifiesto una serie de colisiones entre el empleo público y las otras disciplinas<sup>13</sup>. Esta dicotomía plantea, implícitamente, que el Tribunal Constitucional entiende que se trata de ámbitos distintos.

---

13 Véase Díaz (2019).



## REFERENCIAS

- Balbin, E. (2005). *Unilateralismo y negociación colectiva en la administración pública*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Barbagelata, H., y Plá, A. (1977). *Cursillo sobre el derecho del trabajo y los funcionarios públicos*. Montevideo: Biblioteca de Derecho Laboral.
- Bielsa, R. (1964). *Derecho administrativo*. Buenos Aires: La Ley.
- Cabanellas, G. (1987). *Tratado de derecho laboral*. Buenos Aires: Heliasta.
- de Buen Lozano, N. (1974). *Derecho del trabajo*. México DF: Porrúa.
- del Rey, S. (1989). Evolución general y problemática de las relaciones colectivas en la función pública. En S. del Rey, J. Cruz, y M. F. López (Coords.), *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública* (pp. 31-67). Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.
- Díaz, K. (2019). *La historia del empleo público peruano*. Lima: Normas Jurídicas.
- Díaz, K. (2017). *Los principios del empleo público peruano: una propuesta metodológica para ubicarlos en base a la historia social del derecho y una referencia a la colisión con los principios del derecho del trabajo* (tesis de Maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
- Durand, J. (2014). *El derecho del consumidor como disciplina jurídica autónoma*. Lima: Repositorio virtual de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Dworkin, R. (1986). *Law's empire*. Londres: Fontana Press.
- Entrena Cuesta, R. (1976). *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Tecnos.
- Grzeticz, A. (1985). Aplicación del principio de primacía de la realidad a los trabajadores del Estado. *Derecho Laboral*, (138-139), 277-278.
- Jèze, G. (1928). *Los principios generales del derecho administrativo*. Madrid: Reus.
- Lariguet, G. (2006). Autonomía de ramas jurídicas y aplicación de normas. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (XXIII), 384-404.
- Lozano, C. (1944). *Naturaleza jurídica de la función pública* (Tesis para optar por el grado de bachiller en Derecho). Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Mayer, O. (1982). *Derecho administrativo alemán* (Tomo IV). *Parte especial: Las obligaciones especiales* (2.<sup>a</sup> ed.). Buenos aires: De Palma.
- Montoya, A. (1996). El ámbito personal del derecho de trabajo. *Revista de Política Social*, (171), 45-67.

- Ortega, L. (1983). *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*. Madrid: Tecnos.
- Plá, A. (1978). *Los principios del derecho del trabajo*. Buenos Aires: Depalma.
- Racciatti, O. (2002). El derecho del trabajo en el sector público. *Derecho Laboral* (Tomo XLIV), (204), 730-807.
- Racciatti, O. (1994). Los efectos jurídicos de los convenios colectivos en la administración pública. En *7 estudios de derecho colectivo del trabajo* (pp. 62-66). Cuadernos Facultad de Derecho. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Rocco, A. (1931). *Principios del derecho mercantil*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Ruiz Eldredge Rivera, A. (1990). *Manual de derecho administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica.