

El Registrador Público en el Sistema Registral peruano (1)

por
GILBERTO MENDOZA DEL MAESTRO

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

1. LA FUNCIÓN PÚBLICA:

- 1.1. IDEAS PRELIMINARES.
- 1.2. DEFINICIÓN.
- 1.3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS:
 - 1.3.1. Alemania.
 - 1.3.2. Francia.
 - 1.3.3. Italia.
 - 1.3.4. España
 - 1.3.5. Gran Bretaña.
 - 1.3.6. Estados Unidos.

1.4. SISTEMAS:

- 1.4.1. *Modelo anglosajón.*
- 1.4.2. *Modelo europeo continental.*

2. EL FUNCIONARIO PÚBLICO:

- 2.1. IDEAS PRELIMINARES.
- 2.2. CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO:
 - 2.2.1. *Distinción con otros agentes.*

(1) GILBERTO MENDOZA DEL MAESTRO. Abogado y Adjunto de Docencia de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro fundador de la Asociación de Estudios de Derecho Privado-AEDP. Director de la Revista Electrónica de Derecho Registral y Notarial «El Visir».

A don Luis Alberto ALIAGA HUARIPATA por su apoyo en mis investigaciones en materia registral.

- 2.3. EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL DERECHO COMPARADO:
 - 2.3.1. *Vínculo entre el funcionario y la Administración Pública.*
 - 2.3.2. *Continúa.*
- 2.4. EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL PERÚ:
 - 2.4.1. *Exégesis normativa:*
 - 2.4.1.1. Regulación constitucional.
 - 2.4.1.2. Regulación infraconstitucional.
3. EL REGISTRADOR PÚBLICO:
 - 3.1. IDEAS GENERALES:
 - 3.1.1. *El Registrador Público: Perspectiva antropológica.*
 - 3.2. EL REGISTRADOR PÚBLICO EN EL DERECHO COMPARADO:
 - 3.2.1. *Alemania.*
 - 3.2.2. *España.*
 - 3.3. EL REGISTRADOR PÚBLICO EN EL PERÚ:
 - 3.3.1. *Antecedentes legislativos de los Registros Públicos en el Perú y de los Registradores Públicos.*
 - 3.3.2. *Ley 26366 y la SUNARP.*
 - 3.3.3. *El marco legal de los Registradores.*
 - 3.3.4. *Autonomía e independencia por parte de los Registradores. Conclusiones.*

INTRODUCCIÓN

Hace más de dos siglos se dieron cambios sustanciales que configuraron lo que hoy denominamos Administración Pública, y que —en líneas generales— permanecieron en el tiempo como modelos a tomar en cuenta. Así pues, si bien cada ordenamiento tuvo —y tiene— sus particularidades, existieron modelos que se adoptaron —como, por ejemplo, en Francia con Napoleón o en Prusia con Federico Guillermo I—, los cuales han influido en los sistemas administrativos vigentes en la actualidad.

Toda vez que debemos tomar en cuenta el contexto en que se desarrolla cada institución, a fin de tener un mejor acercamiento a la figura en estudio, partiremos por conocer el estado de la cuestión del tipo de *estado*, en el cual nos encontramos, a efectos de situarnos mejor en nuestra realidad.

De la revisión de los artículos 3 (2) y 43 (3) de nuestra Constitución Política se desprende que nuestro país es un Estado Social y Democrático de

(2) Artículo 3. Derechos Constitucionales. *Numerus Apertus. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.*

(3) Artículo 43. Estado democrático de derecho. Forma de Gobierno. *La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible.*

Derecho, dejando de lado aquella concepción de un Estado Liberal de Derecho. El tránsito de uno a otro modelo —tal como lo señala el Tribunal Constitucional— no es sólo una cuestión terminológica, sino que comporta el redimensionamiento de la función del propio Estado.

Para lograr dicho redimensionamiento, hubo un cambio fundamental que dio origen al Estado Liberal, el cual mediante dos revoluciones: la francesa y norteamericana, cambiaron la concepción de la época reconociendo la libertad de las personas en contraste con lo sucedido durante el régimen absolutista-monárquico.

No obstante esto, dicho Estado si bien fue reconocido en sus inicios por la carga ideológica que tenía, luego de algún tiempo fue cuestionado por las exigencias de un panorama más complejo en las relaciones intersubjetivas producto de la industrialización. Asimismo, el Estado liberal no satisfacía plenamente la exigencia de la sociedad, toda vez que sólo aseguraba una mera igualdad formal que no trascendía al nivel social.

Por esto, en busca de la igualdad en sentido «material» en la sociedad junto con los mecanismos que coadyuven a ésta, se propone otro tipo de Estado. En ese línea, se señala que si bien los valores básicos del Estado liberal eran, la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación, en todo ámbito, de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal, también lo es que: «(...) el Estado social democrático y libre no sólo no niega estos valores, sino que pretende hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material y partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro» (4).

En ese sentido el Tribunal Constitucional (5) señaló que el Estado Social y Democrático de Derecho es una construcción complementaria del Estado Liberal de Derecho, dado que: «*la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho requiere de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social (...)*».

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

(4) Fundamento §1 de la sentencia del expediente 0048-2004-PI/TC del Tribunal Constitucional.

(5) (STC 0008-2003-AI, Fundamento núm. 12).

Por lo que, si juntamos la supremacía de un texto constitucional, el control y la limitación del poder (6), y, el respeto y tutela de los derechos fundamentales (7), estamos frente al denominado Estado Constitucional de Derecho. En ese sentido, HÄBERLE señala que: «*El Estado constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológica-cultural por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales; hay buenas razones entonces para caracterizar elogiosamente como democracia pluralista o como sociedad abierta»* (8).

Tal como lo señalamos, este modelo de Estado tiene como característica la supremacía constitucional, dado que todas las normas no pueden estar al mismo nivel, son parte de una norma fundamental que da validez a las demás y que prevalece sobre las otras, esta norma es la constitucional. Asimismo, las características del control y la limitación del poder se refieren al respeto que impone la Ley, entendida como norma que acoge la voluntad general y no los requerimientos individuales. Esto conlleva al sometimiento del ejercicio del poder a reglas preestablecidas para la actuación estatal, lo cual quiere decir que toda conducta del Estado debe ampararse en la ley, lo que se ha denominado, principio de legalidad (9).

(6) Una forma de limitación es la ya clásica división de poderes, la cual según LOEWENSTEIN: «*Lo que en realidad significa la así llamada "separación de poderes", no es, ni más ni menos, que el reconocimiento de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones —el problema técnico de la división del trabajo— y que, por otra, los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos: la libertad es el telos ideológico de la teoría de la separación de poderes. La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado. El concepto de "poderes", pese a lo profundamente enraizado que está, debe ser entendido en este contexto de una manera meramente figurativa*». LOEWENSTEIN, Karl, «*Una antigua teoría: la separación de poderes*», en BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos; LANDA ARROYO, César, y RUBIO CORREA, Marcial, *Derecho Constitucional General. Selección de lecturas de Derecho Constitucional*. Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1995, pág. 18.

(7) Adoptamos dicha denominación, toda vez que nos parece más amplia y más flexible que utilizar la expresión derechos humanos, derechos naturales o derechos morales. PESES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y el Boletín Oficial del Estado, 1999, págs. 36-38. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. Lima: Ara Editores, 2001, pág. 73 y sigs.

(8) HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, México, UNAM, 2001, pág. 3.

(9) El principio de legalidad: «*(...) Es, con toda claridad, una consecuencia del dogma rousseauiano de la voluntad general, en virtud del cual no se aceptan ya poderes personales (...)*». GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmortalidades del poder*, 3.^a ed., Madrid, Editorial Civitas, 1983, pág. 14.

De igual manera, es importante enfatizar que este tipo de Estado busca garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos fundamentales (10), consagrándolos en una norma jurídica, previniendo su perturbación o privación, y creando mecanismos de tutela que protejan los mismos.

En conclusión, si bien por siglos se padeció la impronta de un legalismo formal, hace ya varios años ha salido a la luz un nuevo modelo, que no es producto de cambio meramente nominal, sino que adoptando el precedente lo humaniza, llenándolo de valores y principios de los cuales cualquier interprete debe partir.

En este marco debe estudiarse actualmente la Administración Pública (11) tanto como institución como en sus manifestaciones, toda vez que —a diferencia de su configuración en regímenes monárquicos— su competencia es reglada, debiendo respetar las normas pre establecidas y sobretodo, los principios que informan el estado constitucional.

De otro lado, para entender mejor a la Administración Pública debe tomarse en cuenta la organización humana en la que se sostiene. Dicha idea es la que genera este texto, en el cual —de manera sucinta— pretendemos revisar desde el punto de vista jurídico a aquellos sujetos que despliegan labores dentro de la administración, las cuales son por demás diversas, teniendo como comensal privilegiado del presente texto al funcionario —Registrador Público—.

Es menester dar cuenta que cuando se habla de funcionarios públicos no hay univocidad de término ni doctrinaria ni legislativamente en nuestro país. Muestra de ello son las normas —dispersas— que informan nuestro ordenamiento, las cuales carecen de una técnica depurada, lo cual conlleva a la dificultad en su interpretación por la ambigüedad de las mismas (12).

(10) Artículo 1. Defensa de la persona humana. *La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.*

(11) Pero no debe tomarse dicho modelo como definitivo, sino como parte de un desarrollo que está en evolución. «*¿Se ha cumplido la evolución? Evidentemente no. En realidad, no terminará jamás. La evolución social es una cosa infinitamente compleja y que se prolonga indefinidamente; ahora bien, el Derecho no es en realidad más que la especie en armadura que reviste esta evolución. Nuestros padres habían creído que el sistema jurídico metafísico, individualista y subjetivista era definitivo e inmutable. No caigamos en un error análogo. El sistema jurídico, realista, socialista y objetivista es la obra de un día en la historia. Antes aún de que su construcción se termine, el observador atento percibirá los primeros signos de la destrucción y los primeros elementos de un nuevo sistema. ¡Felices nuestros hijos si saben librarse mejor que nosotros de los dogmas y de los prejuicios!*» DUGUIT, León, *Las transformaciones del Derecho. Pùblico y Privado* (traducción por Adolfo G. Posada, Ramón Jaén y Carlos G. Posada). Buenos Aires: He-liasta S. R. L., 1975, pág. 168.

(12) Nuestro objetivo en el presente texto no está ligado a la búsqueda de la dogmática de términos, dado que las esencias no se encuentran en las palabras utilizadas, sino en que cada concepto importa una idea de diferentes matices, los cuales conllevan a distinta regulación, por lo que el empleo adecuado de los mismos implicarán un mejor entendimiento y una aplicación más eficaz de la norma.

Por tanto, el presente texto abordará, en primer lugar, el tema de la función pública, remontándonos a los antecedentes en el Derecho Comparado. En un segundo momento se introducirá el tema de los funcionarios públicos, diferenciándolos, doctrinal y legislativamente, de otras figuras dentro de la Administración Pública, buscando establecer —luego— el tipo de vínculo que se configura entre ésta y aquéllos.

Dicha opción de desarrollar dichos temas en dos momentos separados es en función de la caracterización que hace LABAND de la condición de funcionario, diferenciando *función* (*Amt*) del *funcionario* (*Beamter*). La primera es más amplia que la segunda, toda vez que hay funciones ejercidas por funcionarios y no funcionarios (13), así como puede existir función pública sin funcionario, pero, en cambio, no puede existir funcionario público sin función pública.

Una vez abordados ambos temas, se dará una descripción de la ubicación de los registros en nuestro ordenamiento, para luego examinar al registrador en el Derecho Comparado, los antecedentes en el Perú y su actual regulación, señalando sus características particulares y el tipo de vínculo que tiene con la institución.

Este planteamiento lo consideramos necesario, toda vez que si bien la función registral en el ordenamiento peruano ha recibido la influencia de diversos países, se ha ido recreando en el devenir histórico con experiencias propias, las cuales hacen de este un sistema particular. Es por esta razón que si bien hemos adoptado gran influencia de la Ley Hipotecaria española la ubicación del cuerpo de registradores, el régimen de responsabilidad, entre otros; son totalmente distintos al nuestro.

1. LA FUNCIÓN PÚBLICA

1.1. IDEAS PRELIMINARES

La división de poderes fue producto de un proceso, el cual recorre Europa después del Renacimiento, con regímenes «policías» de una monarquía —en muchos casos despótica y arbitraria— y con Tribunales de Justicia limitados respecto a la fiscalización de la actuación de los gobernantes.

La revolución francesa interioriza la llamada división de poderes —a propósito del *L'Esprit des lois* de Montesquieu— difundiendo la idea de separación de funciones a órganos exclusivos (14). El poder ejecutivo y el

(13) LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid, Civitas, 1994, pág. 40.

(14) Aunque dicha idea fue revolucionaria, nunca pudo ser plasmada con rigurosidad: «En efecto, la Administración Pública, en sentido objetivo, o actividad administrativa, es

judicial asumen competencias que antes eran propias del monarca absoluto, en cambio, el poder ejecutivo se forma a partir de las competencias que no han sido asignadas a los poderes antes mencionados.

Esta estructura, de la cual somos tributarios, tiene a Francia y Alemania como modelos de la administración, desarrollando funciones públicas delegadas, las cuales buscan satisfacer el interés particular —de los administrados— y general —de la sociedad en su conjunto—.

Siendo esto así, debemos enfocar a la función pública como elemento esencial de la administración, la cual —en una sociedad más compleja y sofisticada— requiere estar preparada para satisfacer el interés general. En ese sentido: ¿Qué es la función pública? ¿Cómo se formó? Son algunas de las dudas que a continuación pretendemos absolver.

1.2. DEFINICIÓN

Etimológicamente, función proviene del latín *functio, -ōnis* (15), la cual es definida como la capacidad de actuar propia de los seres vivos y de sus órganos, y de las máquinas o instrumentos. Una segunda acepción se refiere a aquella tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas. Otros entienden a la función como un derecho conferido o un deber impuesto por la ley a una o varias personas para contribuir a la ejecución y aplicación de la ley (16).

Ahora bien, función pública, algunos la definen a partir del ejercicio de una potestad genérica y abstracta entendida como expresión de la esfera de competencia específica del Estado, que dimana de su carácter de persona soberana (17), lo cual deriva en su carácter de permanencia (18).

necesariamente una zona de la actividad desplegado, por el Poder Ejecutivo. Como esta actividad —conforme antes se dijo— se exterioriza sustancialmente en actos de ejecución, pero también en actos de legislación (reglamentos) y de jurisdicción, aparece la actividad administrativa como no homogénea; de donde se justifica que la única forma de reconducirla a unidad venga dada por la consideración del poder estatal de que emana (...)).

GARRIDO FALLA, Fernando, «La Administración Pública como objeto de ciencias jurídicas y no jurídicas», en *Revista de la Administración Pública*, núm. 23, mayo-agosto de 1957, pág. 20.

(15) Real Academia de la Lengua. Diccionario de la Lengua Española. Vigésimo segunda edición. <http://buscon.rae.es/draeI/> visitada el 17-1-2008.

(16) GOODNOW, Francisco J., *Derecho Administrativo Comparado*, Madrid, La España Moderna, Tomo II, pág. 7.

(17) POSE, Guillermo, *Régimen Jurídico de la Función Pública*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1985, pág. 13.

(18) En este sentido, debe precisarse que lo permanente es la función y no el goce del empleo, es decir, el funcionario si bien es importante, no es determinante para la existencia de la función. JÈZE, Gastón, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Tomo II, Vol. 1. La noción de servicio público. Los agentes de la Administración Pública

Otros, con la misma idea del ejercicio del poder-potestad, la definen incluyendo al elemento subjetivo: «*El concepto de función pública se refiere justamente al Estado y sus servidores y entre ellos los que prestan sus servicios a la rama ejecutiva del poder público, regidos por un estatuto diferenciado del que se aplica en el ámbito laboral, como debe de ser, en razón de que el servidor estatal participa en el ejercicio del poder público. Y por lo mismo, a dicho estatuto se le da respaldo constitucional*

Normas internacionales como la Convención Interamericana contra la Corrupción (20) define a la *Función pública*, como toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos (21). En cambio, la Carta Iberoamericana de la Función Pública (22) define el concepto a partir de lo que considera sus elementos, los arreglos institucionales y las personas: Artículo 2: «*La función pública está constituida por el conjunto de arreglos institucionales mediante los que se articulan y gestionan el empleo público y las personas que integran éste en una realidad nacional determinada. Dichos arreglos comprenden normas, escritas o informales, estructuras, pautas culturales, políticas explícitas o implícitas, procesos, prácticas y actividades diversas cuya finalidad es garantizar un manejo adecuado de los recursos humanos, en el marco de una Administración Pública profesional y eficaz, al servicio del interés general.* En el ámbito público, las finalidades de un sistema de gestión del empleo y los recursos humanos deben compatibilizar los objetivos de eficacia y eficiencia con los requerimientos de igualdad, mérito e imparcialidad que son propios de administraciones profesionales en contextos democráticos» (las redondas y énfasis son nuestros).

Por tanto, a efectos de nuestra investigación adoptamos como concepto de función pública aquella *potestad abstracta que otorga el estado para el ejercicio de sus agentes, a fin de lograr desplegar las actividades propias de la administración a fin de satisfacer el interés general*.

(traducción directa de la tercera edición francesa: *Les principes généraux du droit administratif*. París, Ed. Marcel Girad, 1930, por Julio N. San Millán Almagro), Buenos Aires, Ed. Depalma, 1949, pág. 258.

(19) SARRIÁ, Consuelo, «Profesionalización de la Función Pública en Colombia», en *La profesionalización de la Función Pública en Iberoamérica*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002, pág. 104.

(20) <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/b-58.html> visitado el 7-2-2008.

(21) En el Perú la Ley número 27815: «Ley del Código de Ética de la Función Pública» define en su artículo 2 a la función pública como «*toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos*».

(22) <http://www.clad.org.ve/cartaibero.pdf> visitada el 7-2-2008.

1.3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Tal como lo esbozamos líneas atrás, es difícil entender la idea de la función pública desligada del concepto de Estado, dado que la evolución del mismo ha ido ampliando o restringiendo derechos de los particulares. En un Estado constitucional, entre otras cosas —tal como lo adelantamos—, se busca proteger los derechos fundamentales, por lo que tiene un juicio valorativo negativo —incluso— de aquellos actos administrativos (23) que los vulneran, ofreciendo el ordenamiento diferentes remedios a fin de tutelar a los individuos.

Esto sería impensable en otros tipos de régimenes, por lo que —a modo de ejemplo— la denominada teoría política de la vinculación del funcionario con el Estado, o incluso, el régimen estatutario tuvieron un contexto social en el cual surgieron y se desarrollaron, lo cual no necesariamente es igual en nuestros tiempos. Por tanto, para la pervivencia de los mismos debe partirse por reenfocarlos a partir de la opción adoptada por nuestra carta magna.

Es así, que la revisión panorámica que pretendemos realizar tiene como objetivo entender el contexto y las razones que hicieron que diversos países configuraran de tal manera su Administración Pública, siendo para nosotros un antecedente importante las ideas que se divulgaron con la revolución francesa, la cual fue referencia de lo que entendemos ahora por función pública y funcionario público.

No obstante esto, no debemos olvidar que en la antigüedad existieron civilizaciones (asiáticas, americanas, entre otras) que realizaron labores como el cálculo de las crecidas anuales (v.g., Egipto), el establecimiento de la periodicidad de las cosechas (v.g., Incas y Mayas), la realización de grandes obras, entre otras; las cuales debieron tener una organización compleja para poder llevarse a cabo.

En estas labores podemos encontrar vestigios de un grupo de personas que con cierta calificación en función de habilidades, conocimiento o por mera discreción «funcionarios» conformaban —sin caer en anacronismos— una probable «burocracia» (24) que se vinculaba junto con los sacerdotes a cargos que eran delegados por el Rey, Faraón, Inca u otro gobernante para que administraran de la mejor manera a la civilización respectiva.

La revisión, el contexto y las peculiaridades de los países a investigar, sus problemas y soluciones, son materia de estudio con perspectiva dirigida a la

(23) JORDANO FRAGA, Jesús, *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A.. 1997, pág. 52.

(24) (...) *El funcionario tuvo en la antigüedad un carácter sacerdotal y guerrero, aun en las denominadas democracias, como la República griega, donde la respuesta del dado, de la piedra preciosa y de la urna utilizada para elegirlo se consideró como la más segura manifestación de la voluntad divina.* (...) MARÍA DÍEZ, Manuel, *Derecho Administrativo*, III. Buenos Aires, Plus ultra, 2.^a ed., 1974, 488.

revisión de nuestro ordenamiento, lo cual permitirá un mejor entendimiento del tema.

1.3.1. Alemania

Antes de formarse el imperio alemán, Prusia (25) —bajo los reinados de Federico Guillermo I y Federico II— reformó su ineficiente administración, producto de la pobreza, desorden, difuso y corrupto sistema (26). A esto se agregan las contradicciones entre principios políticos que rigieron en el sistema, el monárquico y el democrático, creando inestabilidad jurídica y social, la cual encuentra solución luego de un lento proceso histórico en el que —al final— predominan los principios democráticos.

En ese sentido, durante el despotismo, se organizó el sistema prusiano-alemán con una administración estructurada de arriba a abajo. En palabras de NIETO: «*La Administración es un servicio del rey, a través de la cual se ejerce su autoridad sobre el pueblo, formado por súbditos, más bien que por ciudadanos*» (27).

Se promulgó para los funcionarios el *Allgemeine Landrecht* de 1794 (28), la cual dotó de estatuto a la función pública, filtrándose sus líneas directrices en la legislación del posterior imperio alemán.

Toda vez que la concepción de organización administrativa estaba basada en la figura del Monarca (29), se formaron grupos de especialistas en relación

(25) Prusia es considerado como el primer sistema administrativo de corte moderno de Europa (siglos XVII y XVIII).

(26) Propuestas doctrinarias dieron sustento al cambio, debiendo señalarse a LABAND —y luego MAYER amplía los alcances— como destacado de lo que se llamó *relación de sujeción especial* que existe de los súbditos respecto al monarca.

(27) NIETO, Alejandro, «El procedimiento administrativo en la doctrina y la legislación alemana», en *Revista de la Administración Pública*, núm. 32, mayo-agosto de 1960, pág. 77. Los funcionarios eran llamados servidores del Rey y éste se consideraba, a su vez, como «el primer servidor del Estado», colocándose a la cabeza de todos los servidores del Estado, cuyo poder ejerció con despótica autoridad. ÁLVAREZ RICO, Manuel, y GONZÁLEZ-HABA GUIZADO, Vicente M.^a, *Administración y función pública en España*, Madrid, Prodhifi, 1992, págs. 270-271.

(28) «*El código general creó tres clases de funcionarios, independientes entre sí. La clase inferior estaba encargada de desempeñar tareas materiales; la intermedia requería algunos conocimientos académicos; y la superior conformada por el alto gobierno. Para ingresar a esta última debía acreditarse título universitario, aprobar el concurso y satisfacer un periodo de prueba de cuatro años*». INFANTE LACOUTURE, Jaime, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Tesis, 1985, pág. 54.

(29) «*Los cambios que sobre este sistema aporta el siglo XIX son mucho menores que en otros países (periodos revolucionarios aparte), pues el Principio Monárquico, que rige en Alemania hasta 1918, mantiene la vinculación del funcionario a la Corona. El funcionario alemán carece, por ello, durante la época, del sentido y de las garantías de neutralidad política que se van afirmando en otros Estados. No sólo eso sino que*

vertical a partir de una selección minuciosa (30). Dicho funcionario estaba en evaluación constante, por lo cual se garantizaba su competencia, siendo que en contraprestación se le daba la posibilidad de ascender, así como una retribución que le permitía laborar de manera exclusiva para la administración.

Con la República de Weimar se debilita el sistema, toda vez que la intransmisión política hizo que la administración sea un botín del gobernante de turno (31). Luego con el sistema nazi se retoman ciertas líneas directrices de la legislación prusiana, siendo posteriormente cuestionada en la práctica luego de la segunda guerra mundial.

Actualmente, Alemania tiene un sistema dualista en el que funcionan el sistema estatutario basado en la carrera administrativa, y el sistema con la característica propia de lo que hoy se llama «laborización». La distinción formal se enmarca en que los primeros estarían investidos de facultades públicas, aunque en los hechos, estos también realizan labores distintas a las asignadas.

1.3.2. *Francia*

El estado monárquico —luego de la revolución francesa— sufrió una mutación en sus instituciones, en sus funciones, e incluso, en la concepción del elemento subjetivo, dado que se pasó del servidor del rey a funcionario del Estado (32). Posteriormente, luego del 18 del Brumario, Napoleón I

acepta en aras de función, sensibles restricciones de sus garantías jurídicas como trabajador (en particular en el procedimiento disciplinario) y en sus libertades ciudadanas». SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, Madrid, Tecnos, 2.^a ed., 1997, págs. 30-31.

(30) «En la Alemania occidental la existencia de distintas categorías funcionariales, consideradas como “carreras administrativas” (*Laufbahnen*), es un hecho consagrado en los párrafos 15 y sigs. de la Ley del Funcionario: federales (*Bundesbeamtengesetz*) de 14 de julio de 1953. Junto a las categorías inferiores (*einfache Dienst*), medias (*mittlere Dienst*) y alta (*gehobene Dienst*), se reconoce la existencia de una categoría superior (*hohere Dienst*), a la que se accede mediante oposición para cuya realización se exige estar en posesión de títulos superiores de carácter universitario o similar». GARRIDO FALLA, Fernando, «Tendencias actuales en relación con el perfeccionamiento de las categorías superiores de la función pública», en *Revista de la Administración Pública*, núm. 20, mayo-agosto de 1956, pág. 48.

(31) «(...) En los comienzos del siglo XIX se dio un gran paso en este sentido, pues dejó de servirse al Monarca para depender del Estado. Esto, al menos, pregonaba orgulloso la doctrina, y hasta llegó a consignarse así en alguna disposición legislativa. Pero la realidad del fenómeno era muy otra, y a quien se servía, y de quien se dependía, por tanto, era de un partido político: el que gobernaba (sistema del patronazgo, *spoil system*, cesantías) (...)» NIETO, Alejandro, «La condición política de los funcionarios federales en Alemania occidental», en *Revista de la Administración Pública*, núm. 30, septiembre-diciembre de 1959, págs. 304-305.

(32) «El cuadro que diseña este sistema (posterior a la revolución francesa) es enteramente novedoso y se opone, en pura teoría, al sistema absolutista, en el que un

—influido por la Ilustración— dotó a Francia de un sistema administrativo que llevó consigo instituciones estables en el tiempo.

Dicho sistema, si bien con modificaciones posteriores, buscó generar estabilidad y garantizar el funcionamiento del sistema administrativo independientemente de las vicisitudes políticas que sucedieran. En este sentido, se renovó el sistema en abstracto —función pública— creando una estructura que pudiese pervivir en el tiempo; blindándose al elemento subjetivo, es decir, al funcionario y su vínculo con el Estado.

En primer lugar, el vínculo que une al funcionario con el Estado tiene particularidades que no tienen los contratos en el ámbito privado. Es decir, se tiene al funcionario como un defensor del interés público, por lo cual su acceso es mediante nombramiento, y su situación jurídica —llámese derechos y deberes— se regula mediante las leyes y reglamentos. Asimismo, se dio competencia a la administración para que —en ciertos casos— pueda modificar unilateralmente las condiciones de trabajo sin que el empleado pueda oponerse a ello (33).

Siendo que un funcionario obtiene dicha mención por un nombramiento, para su acceso debe ser sujeto idóneo para desempeñar las actividades, por lo que es necesario un procedimiento de selección (34). Al funcionario se le brinda estabilidad, autoridad, independencia y una carrera de ascenso; exigiéndole dedicación, lealtad, disciplina, entre otras cosas.

vicario divino en la tierra gobernaba por su sola prudencia la ley de su pueblo. Es un sistema donde el contenido de derechos y deberes está absolutamente predeterminado en el marco legal, abstracto, donde la intervención pública en la vida social está limitada a actuar esa predeterminación legal, y nada más. Ello crea por sí solo un ámbito de libertad, de certeza y de seguridad jurídica donde la libertad civil de los ciudadanos puede desarrollarse por sí misma, sin temor a interferencias imprevistas, lo que ocurrirá en todo el ámbito no cubierto por las habilitaciones legales al poder y aun en el seno de éstas, para que su ejercicio se acomode estrictamente a las reglas, a los procedimientos y a los fines que la Ley ha fijado» (el agregado es nuestro). GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la revolución francesa*. Madrid, Civitas, 2001, pág. 130.

(33) «La Administración organizará, modificará y transformará unilateralmente sin preocuparse jurídicamente de la voluntad y los deseos de los agentes». JÈZE, Gastón, *ibid.*, pág. 267.

(34) «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 puestos 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, Miguel, *ibid.*, pág. 29.

1.3.3. Italia

Con influencia francesa y alemana, aunque con realidades distintas dado el atraso económico y la falta de iniciativa de las clases medias, se tuvo una burocracia ineficaz. A ello se debe sumar la gran influencia del gobernante en la administración, haciendo de los favores políticos —que garantizaban una base social importante— una constante en ésta, lo cual no incentivaba el mejor desenvolvimiento de la misma.

En ese sentido se promulga el Estatuto Albertino, dando poder quasi absoluto a la Corona (35), aunque en el tiempo diversas condiciones —como el status jurídico de los empleados y el tipo organizativo— son materia de modificaciones.

Luego —en pleno siglo XX— se dio la primera normativa unitaria de las relaciones entre Estado y funcionarios públicos en 1908 (dividía en funcionarios administrativi, di ragioneria y de ordine) en el cual predomina el interés público (36), siendo el empleado un mero instrumento para la realización de dicho interés, lo cual en el tiempo va evolucionando. Durante la primera posguerra se dan reformas frente al crecimiento del número de empleados públicos —aproximadamente 30 por 100 (37)— como la simplificación administrativa, reforzamiento de la responsabilidad de los funcionarios, entre otros.

Lamentablemente, el sistema de la meritocracia tratado de difundir, se ve mellado por la difusión de los clientelajes, generando —tal cual se manifestó líneas atrás— un exceso de personal en el sector público añadido a una disminución del patrimonio fiscal, producto de la primera guerra mundial, lo que conlleva a una disminución en la retribución económica. Posteriormente, con la llegada al poder del partido fascista, aunque con una fuerte carga ideológica (38), se busca ordenar la carrera administrativa jerárquicamente.

(35) Muestra de ellos se puede observar en el artículo 6 del Estatuto: «*El Rey nombre todos los cargos del Estado*». ORTEGA, Luis, «La función pública en el ordenamiento histórico italiano», en *Revista de Administración Pública*, núm. 96, septiembre-diciembre de 1981, pág. 74.

(36) «*Esta primera regulación unitaria reafirma las claves de la relación de empleo público, donde prima ante todo el interés público sin que venga considerado en absoluto el empleado público como una figura independiente que se relaciona de igual a igual con la Administración, sino al contrario, éste es considerado únicamente en tanto en cuanto instrumento de la realización del interés público*». ORTEGA, Luis, *ibid.*, pág. 87.

(37) ORTEGA, Luis, *ibid.*, págs. 92-93.

(38) «*No olvidemos que todo ello va unido de modo paralelo a una identificación del concepto de Estado con los valores del Partido Nacional Fascista. Tanto es así que uno de los autores de la época llegaría a afirmar que la relación de empleo público se diferencia del resto de las relaciones laborales por una especial obligación de fidelidad al Duce, lo que “constituye el carácter principal del empleo público”*». ORTEGA, Luis, *ibid.*, pág. 108.

te (39), siendo que luego de su caída (etapa republicana), se busca erradicar los vestigios del régimen anterior, con la salvedad de los sujetos que hayan desempeñado su labor de manera eficiente independientemente que haya sido partidarios del régimen.

Años después se conforma la *comisión forti*, que es antecedente del Texto Único sobre el Estatuto Jurídico de los funcionarios públicos de 10-1-1957 (que tiene como antecedentes la *comisión forti* Giovannini Petrilli, entre otros).

Dentro de la estructura organizativa se diferencian los sujetos que ejercitan potestades públicas de aquellos que desarrollan actividades dentro de los órganos sin ejercer dichas potestades, teniendo el primero un vínculo especial a propósito del interés público de su labor (relación orgánica), y el segundo de tipo *locatio operario*.

Esto se confirma con la distinción planteada por BATTINI entre *rapporto di ufficio* y *rapporto di servizio*. Con la primera se refiere a la imputación jurídica por la cual un sujeto es legitimado para ejercitar los poderes y las funciones que las normas atribuyen a los *uffici* de la Administración Pública, teniendo su actuación efectos externos. En cambio, el segundo guarda relación con la prestación laboral del dependiente, teniendo el deber a favor de la administración, con su correspondiente remuneración; es decir, parte de una relación interna (40).

1.3.4. España

Antes de la etapa del estado absoluto, la titularidad del poder era compartida entre el monarca, los nobles, la burguesía gremial y la Iglesia (41). Ya en el estado absoluto el poder se consolida en manos del monarca, aunque tuvo a la nobleza —y en algunos casos al mismo clero—, como límites al desenvolvimiento pleno de su poder. Producto, en parte de ello, el monarca se respalda en *un nuevo grupo de oficiales, legistas en la mayoría de sus rangos superiores, en los que el Monarca tiende a apoyarse para contrapesar*

(39) «(...) Entre ellas se destaca la consideración de la relación de empleo público como una relación ética, razonándose dicha proposición en base a que “el empleado viene admitido, normalmente, por toda la vida, en el complejo administrativo, con el fin de que dedique a éste todas sus fuerzas de ingenio y de cultura en el ámbito de los fines sociales y políticos que son propios del Estado”. De ello se deducía que se trataba, por tanto, “de una relación de fidelidad que sólo puede contraer aquél que por su mentalidad y por sus inclinaciones viva y actúe de modo conforme a las tendencias ideales y políticas que son propias de la Administración”». ORTEGA, Luis, *ibid.*, pág. 103.

(40) BATTINI, Stefano, «Il Personale», en *Trattato di Diritto Amministrativo a cura di Sabino Cassese. Diritto Amministrativo Generale*. Tomo primo. Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 2000, pág. 336.

(41) VILLAR PALASI, José Luis, y VILLAR EZCURRA, José Luis, *Principios del Derecho Administrativo*, I. Madrid, Universidad Complutense de Madrid. Sección de Publicaciones, Tomo I, 3.^a ed., 1992, págs. 52-53.

la influencia de la nobleza y de los que en adelante será imposible prescindir, puesto que de su conocimiento y dedicación depende el funcionamiento regular del Estado (42).

En el año 1845 se creó el Consejo Real y los Consejos Provinciales, según el modelo francés (Leyes de 2 de abril y de 6 de julio de 1845, sus-trayendo de los Tribunales Civiles los pleitos en que es parte la Adminis-tración (43). Sin embargo, la situación caótica de la Administración Pública no mejoró sustancialmente, por lo que se promulgó el Real Decreto de 18-6-1852, Estatuto Bravo Murillo, el cual diseñó una carrera administrativa a partir de la diferenciación de cargos, retribuciones económicas, ingresos, ascensos, entre otras cosas.

Lamentablemente, dicha norma no fue la solución al problema de fondo, por lo que espontáneamente se fueron formando grupos especializados de funcionarios que obtuvieron regulación especial «corporativismo» (44), y que luego con el estatuto Maura —Ley de Bases de 22-7-1918— consiguieron su consolidación (45) y proliferación, toda vez que dichos cuerpos fueron regla-mentados siendo legitimados en toda la nación.

En el año 1964, mediante Decreto 315/1964 (46) se desarrolla la labori-zación (47) de la Administración Pública, así como el sistema mixto de fun-ciones, lo cual —al igual que en otros países— en busca de mayor flexibi-lización, afectó el sistema estatutario implantado hasta ese momento (48).

(42) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *ibid.*, pág. 59.

(43) PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo, I. Parte General*. Barcelona, Marcial Pons, 13.^a ed., 2002, pág. 20.

(44) «(...) En virtud de este ius singulare, tales funcionarios alcanzaban la ansiada inamovilidad y quedaban exentos del llamado turno de cesantes. Además no les afectaba la integración de militares, por constituir escalas cerradas, es decir, reservadas a los poseedores de ciertas titulaciones (la relación con la creación con las Escuelas Técnicas es, como en Francia, directa), que ingresaban en virtud de pruebas objetivas de selección y en las que los ascensos se producían por antigüedad. La especialidad también se hacía notar en la mejora de las retribuciones y otros privilegios. De esta manera (y no de un proyecto de Estado, a diferencia de Francia) surgieron los cuerpos de funcionarios, que aportaron profesionalidad a la corrompida e ineficaz Administración de segunda mitad del siglo, a cambio de una situación de ventaja sobre el resto de los empleados públicos» (la redonda es nuestra). SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *ibid.*, págs. 42-43.

(45) Veáse como ejemplo el cuerpo de registradores.

(46) La cual desarrolla la Base I de la Ley 109/963.

(47) El término laboralización, que en una primera impresión muy general evoca la idea de transformación en la laboral de algo que no lo es en su origen, es un término plurívoco, pues con él se designa tres realidades, aunque íntimamente relacionadas, en esencia diferentes. Dos de ellas hacen referencia a la laboralización de la Función Pública, una tercera, a la de los funcionarios públicos. IZQUIERDO HERNÁNDEZ, Francisco Javier y MOLINA GARCÍA, Mónica, *La laboralización de los funcionarios públicos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 19.

(48) Posteriormente se promulga la Ley 30/1984, la cual busca una reforma progre-siva del régimen del empleo público, regulando en un mismo texto normativo, la relación

1.3.5. Gran Bretaña

Inglaterra, a diferencia de Francia y Alemania, si bien tuvo en la revolución de 1688 el recorte de las prerrogativas de los funcionarios de la Corona (49), no siguió el recorrido de los países antes mencionados, a fin de lograr un *derecho administrativo* consolidado. En ese sentido, si bien pudo deducirse la doctrina de la división de poderes de su constitución, de forma teórica, en la realidad no tuvo la ascendencia de otros países del continente (50).

Consecuencia de ello, y de otras particularidades, fue un sistema administrativo ineficiente regido por el sistema de *patronage* (51). Frente a esto, surgieron (siglo XIX) doctrinas utilitaristas —Bentham y A. Smith— que planteaban opciones a fin de remediar tal situación. En este sentido, se dio el

funcionalarial y la laboral. «(...) *Real Decreto-ley 22/1977, de 30 de marzo, el Gobierno socialista emprendió un nuevo proceso de reforma, que culminó en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (LMRFP)*. La Ley, como su propio nombre indica, no pretendió establecer un régimen de nueva planta, un auténtico nuevo estatuto de funcionarios, sino abrir un proceso de reforma progresiva del régimen de empleo público; un proceso de rectificaciones empíricas y parciales, carentes de un modelo u horizonte predefinidos, y que ha continuado los años sucesivos con diversas reformas de la propia ley; no se trata, pues, de un texto normativo completo y orgánico, sino de un conjunto de disposiciones muy variadas que no han alterado sustancialmente el sistema vigente entre nosotros desde 1964». SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, I. Madrid, Iustel, 2004, pág. 744.

(49) «Debemos mencionar que dicha revolución —que derrotó al despotismo estuardiano— fue modelo para Montesquieu en su tesis de la separación de poderes, toda vez que la mencionada revolución tuvo como fin “restringir los poderes y prerrogativas de la monarquía, y paralelamente reconocer y consolidar los derechos y facultades del parlamento”». VÉLEZ GARCÍA, Jorge, *Los dos sistemas del Derecho Administrativo. Ensayo de Derecho Público Comparado*. Santa Fe de Bogotá DC: Institución Universitaria Sergio Arboleda, 2.^a ed., 1996, págs. 396-397. En el mismo sentido, GALINDO CAMACHO, Miguel, *Teoría de la Administración Pública*, México: de Porrúa, 2000, pág. 70.

(50) Ejemplo de ello nos lo señala MURILLO FERROL: «Por tanto, no se creó una jurisdicción específicamente administrativa y mucho menos un tribunal de conflictos como en Francia. Así es que visto el problema en su esquema más simple, podríamos decir que Inglaterra tiene hoy (o al menos tenía a fines del siglo pasado) una situación que Alemania y Francia atravesaron a fines del siglo XVIII: una serie de normas referentes a la actividad administrativa que en lugar de formar un cuerpo separado quedan integradas en el common law, en el Derecho ordinario, realizable por la actuación de los tribunales ordinarios». MURILLO FERROL, Francisco, «El régimen jurídico de la Administración inglesa», en *Revista de la Administración Pública*, núm. 1, enero-abril de 1950, pág. 50.

(51) «Si analizamos los frecuentes pequeños casos de aplicación del sistema de patronage —en los que se trata de premiar a los seguidores fieles de los partidos y grupos mediante una colocación o ascenso en los puestos de funcionarios— aparece como característica general del fenómeno, que los partidos políticos, respetando o no una proporción, pretenden ocupar, cada vez más y por razones de oportunidad política, los puestos directivos del aparato estatal con sus hombres de confianza». WEBER, Werner, «Presente y futuro del alto funcionario en Alemania». Traducción por Alejandro Nieto, en *Revista de la Administración Pública*, núm. 39, septiembre-diciembre de 1962, pág. 82.

Informe Northcote-Trevelyan, el cual propuso el abandono del sistema del *patronage*, siendo reemplazado por el de mérito.

Así pues, a diferencia de Alemania y Francia, se edificó una administración —en términos de NIETO— de abajo hacia arriba: «*La Administración británica ha sido construida de abajo a arriba: “el ciudadano domina la Administración, bien sea a través de sus agrupaciones naturales en los municipios, bien sea a través de sus agrupaciones políticas en el Parlamento. La Administración está al servicio del pueblo, y el pueblo se encarga de controlarla en defensa de sus intereses” (...)*» (52).

A mitad del siglo XIX surge el Civil Service (53), promoviendo la realización de pruebas selectivas libres, teniendo la particularidad que dichas evaluaciones son no especializadas dado que se valora la cultura general, personalidad del candidato y su capacidad para solucionar los problemas (54). No obstante esto, no existe inamovilidad del cargo, sin embargo, por tradición los funcionarios ingleses saben que serán respetados en sus cargos (55).

(52) NIETO, Alejandro, «El procedimiento administrativo en la doctrina y la legislación alemana», *ibid.*, pág. 77. Asimismo, en términos de DICEY, el entendimiento inglés del principio de división y separación de poderes en comparación con Francia es distinto, toda vez que: «(...) mientras que el Derecho francés o el español interpretaron esa separación como prohibición a los Tribunales comunes de inmiscuirse en actos y actividades de la Administración y sus funcionarios, es decir, como independencia de la Administración, en Inglaterra se entendió justamente al revés: como sometimiento a los jueces comunes de toda la actividad administrativa de los funcionarios». PARADA, Ramón, *ibid.*, págs. 26-27.

(53) «*El de la Civil Service Commission inglesa, cuyos miembros forman un Jurado permanente para los empleados de la Administración Civil; se persigue, más bien, una cultura general y amplia, por la estimación de que los conocimientos específicos que cada cargo precisa se adquieren posteriormente con la práctica. En otros países del Occidente europeo, lo corriente es nombrar para cada concurso u oposición un Tribunal especialmente versado en las materias relacionadas con la función a desempeñar. En principio, uno y otro son buenos si se garantiza la capacidad de los miembros del Tribunal para expresar su juicio sin ceder a consideraciones externas, y si su preparación científica o profesional es lo suficientemente amplia para estimar en los ejercicios la capacidad de los aspirantes*». SERRANO GUIRADO, Enrique, «Los actos del procedimiento de selección de funcionarios», en *Revista de Administración Pública*, núm. 8, mayo-agosto de 1952, pág. 140.

(54) Pero en Inglaterra esa falta de enseñanza teórica se compensa ampliamente por el hecho de que el funcionario nombrado para un alto puesto permanece en él por lo regular durante toda su vida, y porque esos cargos se incluyen entre los que pueden obtenerse por ascenso, *aunque no haya ley ninguna que lo disponga así*. En consecuencia, dichos puestos los ocupan hombres profundamente versados en las tareas que les están encomendadas, y que los cambios de Ministerio no ejercen influencia sensible en la obra de los Departamentos administrativos, los cuales siguen su marcha, como antes, bajo la dirección de los altos funcionarios permanentes. GOODNOW, Francisco J., *ibid.*, pág. 60.

(55) «*En el terreno legislativo los países anglosajones se muestran contrarios a toda posible abdicación de la Administración en sus facultades rescisorias de las relaciones de empleo público. La tesis contractual es llevada aquí a sus últimas consecuencias, si bien en realidad más en el terreno de la teoría que en el de la práctica, pues, en Inglaterra al menos, los funcionarios de carrera vienen protegidos por el peso de unas costumbres que en definitiva les otorgan garantías de permanencia quizás superiores a las que, con*

Respecto a su organización, en líneas generales, puede señalarse que se crearon diversas clases de funcionarios, siendo una destinada a las actividades intelectuales (*upper class*) y las demás más administrativas (*administrative, executive, clerical assistant*) (56).

Este sistema se opone radicalmente a aquellos que —v.g., la Ley alemana de funcionarios de 1937— parten del supuesto de que la sumisión total de los agentes públicos constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios. El *Civil Service* británico se esfuerza hoy en conseguir la eficacia dentro del marco de la libertad (57).

En resumen, el *civil service* es concebido no como una tarea de mandar sino de servir, dejando de lado cualquier semejanza con la disciplina de lo militar y el espíritu burocrático de otros sistemas. El funcionario es concebido como un simple ciudadano —servidor—, el cual debe ser respetado en su personalidad y el que tiene que respetar y servir a los administrados (58).

1.3.6. Estados Unidos

De los sistemas antes revisados, quizá el más alejado de ellos es el sistema norteamericano, el cual —por ejemplo— tiene una regulación cercana al régimen del Derecho Privado (59).

Siendo colonia inglesa, heredaron el sistema del *patronage*, el cual era en beneficio de los grupos de poder que existían en ese momento. Con el asentamiento del bipartidismo y la alternancia política, los funcionarios tuvieron que responder en forma periódica de su gestión (60), lo cual derivó en el

base legislativa, pueden ser invocadas por los funcionarios continentales. Es claro, sin embargo, que estas situaciones fácticas sólo pueden funcionar eficazmente contando con arraigados hábitos sociales y con elevados niveles de educación ciudadana que harían que su trasplante a medios con condiciones distintas produjese resultados altamente problemáticos». MARTÍN MATEO, Ramón, «La inamovilidad de los funcionarios públicos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 51, septiembre-diciembre de 1966, pág. 16. No sólo debemos hacer esto, sino que también hace falta que la opinión pública se edique hasta el punto en que se halla educada la de Inglaterra, donde no se consienten cambios en masa del personal en aquellas ramas superiores del servicio que no son completamente políticas. GOODNOW, Francisco J., *ibid.*, 63.

(56) GARRIDO FALLA, Fernando, «Tendencias actuales en relación con el perfeccionamiento de las categorías superiores de la función pública», *ibid.*, pág. 48.

(57) GAUDEMEL, P. M., «La eficacia en el servicio civil británico (traducido por J. G. H.)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 11, mayo-agosto de 1953, pág. 269.

(58) GAUDEMEL, P. M., *ibid.*, págs. 270, 271.

(59) Su fundamento reside en que el nombramiento de un funcionario no se efectúa para que realice toda su carrera en el servicio público (aunque en la práctica suceda así), sino para desempeñar un cargo determinado. Por eso se suele denominar *sistema de empleo*. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *ibid.*, pág. 33.

(60) Tenure of Office Act.

Spoil System, mecanismo que exigía la evaluación y confirmación del agente en su puesto al terminar un periodo de gobierno, siendo sacado de dicho puesto —en general— de no ser adepto al nuevo Gobierno (61).

Producto de estos cambios de tipo político, no existía estabilidad de los funcionarios, por lo que el funcionariado sirvió de botín para los gobernantes de turno, a fin de retribuir el apoyo recibido por los partidarios.

Posteriormente, se implementó un sistema de ingreso según «el merit system», de acuerdo a lo que se denominó Civil Service Comisión (62), como respuesta al ingreso por favores al gobierno de turno, sin embargo, dicha modificación tuvo alcance restringido (63).

No obstante esto, en general, en Estados Unidos, a diferencia de los otros países, se puede indicar que el funcionario es considerado —más que un representante del Estado— un fiduciario, el cual debe atender las demandas de la ciudadanía.

En este sentido, no existe la concepción de cargos permanentes y de duración indeterminada, dado que se busca cierta sensibilidad de los funcionarios hacia los usuarios, la cual se ve trastocada cuando están laborando de forma indefinida en un puesto toda vez que puede dejarse de apreciar la necesidad de los administrados. Es por esto que se considera a este tipo de funcionarios como *adscritos* a su cargo, a diferencia de los otros sistemas que se les concibe como *funcionarios de carrera*.

(61) Muestra de ello nos lo señala DWIGHT: «*Echemos una ojeada a este “Club del dos por ciento” que el senador se ha servido calificar de francachela política. Todos sabemos que para sostener un partido político hay que contar con medios para mantenerlo. Hay que contar con fuerzas para la lucha. Hay que tener dinero para sostener la campaña política. Con toda seriedad pregunto a los senadores: ¿De dónde ha de salir el dinero? Hay que conseguirlo en alguna parte. ¿A dónde hay que dirigirse para encontrarlo? El partido demócrata se limita a decir: “Nosotros, que hemos sido elegidos, nos dirigimos a nuestra gente que ocupa cargos gracias al partido demócrata y es responsable de la administración mientras ocupa el poder el partido demócrata, y le pedimos que contribuyan con sus fondos a fin de cubrir los gastos del partido demócrata”. ¿Qué podría estar mejor que esto, señor Presidente?*». Waldo, DWIGHT, *Administración Pública. La función administrativa, los sistemas de organización y otros aspectos*, México D. F., Ed. Trillas, 1967, pág. 235.

(62) «*En 1883, el Pendleton instituyó las primeras garantías de reclutamiento y de la carrera en provecho de los funcionarios. La politización de la función pública disminuye*». MARÍA DÍEZ, Manuel, *ibid.*, pág. 481.

(63) En lo referente a los puestos superiores: «*En los Estados Unidos hay pocas exigencias legales de aptitud para los puestos superiores del servicio nacional y regional. Se confía casi totalmente en la discreción de las autoridades facultadas para nombrar, dando por supuesto que atenderán, para elegir, a las necesidades prácticas del servicio, aunque concedan a la vez gran valor a las razones políticas*

GOODNOW, Francisco J., *ibid.*, pág. 60.

1.4. SISTEMAS

Luego de la revisión histórica de la evolución de la función pública en diversos países, podemos encontrar rasgos comunes que —agrupándolos— nos permiten identificar dos modelos, uno de tipo cerrado denominado «europeo continental», y uno de tipo abierto denominado «anglosajón».

1.4.1. *Modelo anglosajón*

Tal cual se ha señalado, el modelo anglosajón tiene dos referentes importantes: Gran Bretaña y Estados Unidos (64). En este último se logra desarrollar propiamente el modelo, toda vez que en Gran Bretaña, si bien se exigía la especialización en los cargos directivos, con acceso de acuerdo al Gobierno de turno (en cabeza de su primer ministro), en el cuerpo general —en los hechos— se configuró un sistema de protección al funcionario, desde su acceso mediante una evaluación, hasta el aseguramiento de su inamovilidad —en los hechos— de su cargo y retribución adecuada.

En este sentido el modelo no interioriza la idea de personal permanente, sino por el contrario, se ve en el funcionario un profesional que desempeña sus labores de forma temporal. Por tanto, el tipo de vinculación con la administración es más «un puesto de trabajo» que una «carrera», asemejándose más a una relación de tipo privada en la cual el Estado puede resolver el contrato si es que no considera apto al personal para el desarrollo de la función pública (65).

Tal cual se ha revisado líneas atrás, lo práctico es el horizonte del modelo, por lo que se exige personal con educación diferenciada, no necesariamente jurídica, toda vez que —por ejemplo, en Inglaterra— se evalúa la cultura general, lo cual es la base para que la administración determine si el postulante posee las capacidades y aptitudes adecuadas para desarrollar las tareas asignadas al puesto que se requiere.

(64) «*La expresión fundamentalmente privatista del Derecho angloamericano ha impedito un desarrollo del Derecho administrativo semejante al producido en el continente europeo. Los conceptos de la rule of law (imperio de la ley) en Inglaterra, de la judicial supremacy (supremacía judicial) y del due process of law (debido proceso legal) en los Estados Unidos, han dado a los tribunales angloamericanos un contralor sobre los órganos de la Administración Pública no disímil al que ejercen sobre los actos privados; en consecuencia, el derecho enunciado en las sentencias relativas a la Administración Pública no difiere a menudo del enunciado en la sentencia dictada respecto a los actos privados.*

CLARKE ADAMS, John, *El Derecho Administrativo norteamericano* (título original: *Il diritto amministrativo americano. Cenni istituzionali di diritto amministrativo comparato*, Zanichelli, Ed. Bologna, 1957. Traducción de Diosinio Petriella). Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1964, pág. 22.

(65) La Administración es flexible, si tiene exceso de trabajadores, los despidе —previo resarcimiento especial—, y si necesita, convoca personal del sector privado.

Téngase en cuenta que si bien este modelo abierto es flexible y se adecúa a las coyunturas, no crea los incentivos para fidelizar a los funcionarios en su labor y con la institución. Asimismo, un esquema como el planteado de transición entre el sector público y el privado, puede mermar la independencia de los funcionarios, estando sujetos a presiones de grupos privados.

1.4.2. Modelo europeo continental

Al referirnos a un modelo europeo continental, no deseamos dar la idea de un modelo uniforme, sino uno de rasgos comunes que permite la identificación de una opción distinta al anglosajón. Esto lo indicamos, dado que cada Estado ha ido configurando sus instituciones jurídicas en un proceso histórico propio, lo cual denota particularidades en cada uno de éstos, aunque las necesidades hayan sido las mismas.

Características propias del modelo es la mayor estabilidad —legal— en los vínculos entre los funcionarios y la Administración Pública, no siendo los cargos botín de los gobiernos de turno. Si bien se parte de un vínculo contractual las garantías que tiene el funcionario en la administración permite la creación de mecanismos de promoción (ascenso) dentro de una carrera pública. En ese sentido, las dos características esenciales de este modelo son el régimen estatutario —entendido como el conjunto de reglas a la que se encuentra vinculado el funcionario— y la denominada carrera pública.

A fin de lograr la eficiencia, los funcionarios deben tener una capacitación constante tendentes a la formación de satisfacer el interés general del servicio que brindan por delegación estatal. Asimismo, tiende a crear estímulos para que los funcionarios busquen el ascenso a partir de su estabilidad, aunque, también al tener dicha garantía, puede crear desincentivo a la eficacia —dado que su labor la tiene asegurada— y puede producir distanciamiento del funcionario con la realidad.

2. EL FUNCIONARIO PÚBLICO

2.1. IDEAS PRELIMINARES

La primera cuestión que debe tomarse en cuenta al estudiar el presente tema es la distinción entre los agentes públicos y los privados a partir de las particularidades que cada uno de ellos posee en el régimen que se desempeña.

Partiendo de los fines, podemos afirmar que las entidades privadas al involucrarse en los negocios buscan —normalmente— obtener cierta rentabilidad a un corto, mediano o largo plazo. En función de dicho objetivo, los

empleados distribuidos y dirigidos. En caso los titulares vean que la empresa, por ejemplo, tiene continuas pérdidas, pueden decidir desistirse del negocio y extinguir el mismo.

En el sector público esta línea de actuación no es viable. En principio, el servicio público más que utilidades busca satisfacer las necesidades de los ciudadanos. Así pues, el empleado público debe mentalizarse en dar un buen servicio para satisfacer el interés particular del administrado, lo cual tiene detrás el interés general de los ciudadanos. En caso de que la entidad sólo genere pérdidas, el Estado no podrá desistir de brindar el servicio, sino que deberá buscar opciones para mejorarlo.

Por tanto, puede señalarse preliminarmente, que los objetivos de las entidades públicas y privadas —y esto influye en relación a los agentes de las mismas— no son iguales, teniendo sus particularidades que no deben ser dejadas de tomar en cuenta para su estudio (66).

De otro lado, al introduciéndonos en el elemento subjetivo de la Administración Pública, observaremos la heterogeneidad de los agentes. Es decir, si bien todos ejercen sus labores para la entidad, existen distinciones por las funciones, los cargos, el monto por remuneración, la formación, la exigencia de las labores, entre otras cosas.

En ese sentido, este punto nos permitirá esbozar un concepto del funcionario, diferenciándolo en sede comparada y en sede nacional de otros agentes que ejercen sus labores en el sector público. De igual forma, se analizará el vínculo que existe entre el funcionario y la Administración Pública, a fin de entender el lugar que ocupa el funcionario. Finalmente se describirá al funcionario en el ordenamiento peruano.

2.2. CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO

En términos generales, funcionario es aquel agente de la Administración que a partir de su nombramiento labora en un cargo determinado de una manera continua en la gestión de la Administración Pública.

BIELSA define al funcionario en «*virtud de designación especial y legal (sea por decreto ejecutivo, sea por elección), y de manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a “constituir” y a “expresar o ejecutar” la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o actividad social*

(66) Debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, el régimen de incompatibilidades, los deberes y funciones en cada sector, los efectos de sus actuaciones, las sanciones, etc.

(67) BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo. Los agentes de la Administración Pública funcionarios y empleados. El dominio público*. Buenos Aires, La Ley, Tomo III, 1964, pág. 4.

Si bien somos conscientes que el término *funcionario público* es complicado de definir, en especial cuando se desea distinguirlo de otros agentes de la Administración, liminarmente indicamos —en nuestro concepto— que el funcionario público es aquel sujeto que labora en la Administración Pública y ha sido investido de competencias públicas (68).

2.2.1. Distinción con otros agentes del Estado

La definición es importante siempre y cuando diferencie al funcionario de los otros agentes del Estado, por lo que —tomando en consideración que las clasificaciones se hacen con el intento de aproximarnos mejor a la figura de estudio— haremos la distinción pertinente, lo cual nos permitirá entender mejor el vínculo con la administración.

Si nos remontamos a la escuela francesa, podemos encontrar —entre otros— a exponentes como DUGUIT, JÈZE y HAURIOU. El primero, partiendo de su noción de servicio público (69), define al funcionario a partir de su participación permanente en el funcionamiento de un servicio público, a diferencia del empleado que lo realiza de manera temporal (70).

(68) «(...) *funcionário é quem tenha sido legalmente investido nestes termos unitários e indivisíveis de competências relativos a funções da organização central do Estado, estabelecidas em lei, com individualidade própria, reconhecível esta pela denominação e previsão numérica*» (el énfasis es nuestro). BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Aportamentos sobre os agentes e órgãos públicos. Regime Jurídico dos funcionários públicos*. São Paulo: Editora dos tribunais, 1975, págs. 15-16. En el mismo sentido: «*Sabemos que tanto el funcionario como el empleado aceptan el desempeño de sus tareas con su libre consentimiento, remuneradas casi siempre y comúnmente permanentes, pero hay que tener presente y he ahí la diferencia, que el funcionario recibe un encargo especial del Estado, una delegatio en interés jurídico, social y político de la colectividad que da a la función un carácter representativo, en tanto que el empleado, tiene con el Estado-Administración Pública, una vinculación interna porque realiza o desempeña una tarea normal de la Administración*». LOZANO PAREDES, Carlos, *Naturaleza jurídica de la función pública*, Lima, Pucp, Tesis, 1946, pág. 36.

(69) Entendido como la «*existencia de orden jurídico que se impone a los gobernantes, es decir, a aquellos que de hecho tienen el poder en un país dado, obligación de asegurar sin interrupción de cumplimiento de una cierta actividad*». DUGUIT, León, *ibid.*, pág. 31.

(70) En sede nacional se señaló que: «*(...) Funcionario Público es la persona que por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente, participa de manera continua en el ejercicio de las funciones públicas; y empleado es la persona que asume la obligación de prestar su actividad al Estado, mediante una retribución, haciendo del servicio público su profesión, esto es, dedicándole permanentemente su actividad física e intelectual, con el fin de obtener los medios de subsistencia económica*». S. PORTOCARRERO, Felipe, *Curso de Derecho Administrativo del Perú*, Lima, Escuela Tip. Salesiana, 1944, pág. 66.

Luego, JÈZE —partiendo de su propia concepción de servicio público (71)— define al funcionario a partir del carácter *permanente, normal, ordinario*, del *empleo*, de la *función*, conferidos al individuo (72). HAURIOU considera como funcionarios a todos los que, en virtud de un nombramiento de la autoridad pública, bajo el nombre de funcionarios, empleados, agentes y subagentes, pertenecen a los cuadros permanentes de la Administración Pública (73).

En Alemania se tienen —entre otros— como exponentes a LABAND y MAYER. El primero se fija en lo que denomina *relación de servicio especial*, que está dentro del Derecho público, pero que presupone consentimiento del funcionario y cuyo contenido jurídico se basa en una *relación de poder* (74). De otro lado MAYER distingue dos aspectos de vinculación: uno interno y otro externo. El interno se refiere a aquella obligación de fidelidad —especie de obligación de tipo moral— al servicio que desarrolla el Estado. En cambio, el aspecto externo se refiere a la gestión que en *representación* (75) del Estado debe realizar el funcionario (76).

En la doctrina italiana, ALESSIO clasifica según el oficio al cual son adscritos, un funcionario es el llamado a formar la voluntad o representar al Estado, en cambio, el empleado público se determina, independientemente que represente o no al Estado, por la prestación de la actividad en forma permanente y para fines profesionales (77). PETROZIELLO, en cambio, indica que un funcionario es aquel agente que tiene poder de decisión y mando, por lo cual tiene los grados más elevados de jerarquía. Siendo que los empleados

(71) «*La idea de servicio público se halla íntimamente vinculada con la del procedimiento de Derecho Público. Decir que, en determinada hipótesis, existe servicio público, equivale afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos del derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico*» (la redonda y énfasis es nuestro). JÈZE, Gastón, *ibid.*, pág. 5.

(72) JÈZE, Gastón, *ibid.*, pág. 257.

(73) El reclutamiento de los funcionarios, en esta teoría tiene como base una requisición consentida: por una parte, los funcionarios son incorporados a la institución administrativa por nombramiento, decisión unilateral del poder público; y por la otra, su *status* es legal o reglamentario y no contractual. VILLEGRAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo III. Instituciones Fundamentales (Primera parte) Servicio Público-Función Pública*. Buenos Aires, Tipográfica editora argentina, 1951, pág. 243.

(74) VILLEGRAS BASAVILBASO, Benjamín, «*Derecho Administrativo III. Instituciones Fundamentales (Primera parte). Servicio Público-Función Pública*», *ibid.*, pág. 247.

(75) La cual, como veremos más adelante, no necesariamente es igual a la civil.

(76) VILLEGRAS BASAVILBASO, Benjamín, «*Derecho Administrativo III. Instituciones Fundamentales (Primera parte). Servicio Público-Función Pública*», *ibid.*, pág. 254.

(77) VILLEGRAS BASAVILBASO, Benjamín, «*Derecho Administrativo III. Instituciones Fundamentales (Primera parte). Servicio Público-Función Pública*», *ibid.*, pág. 257.

se encuentran en grados debajo de los funcionarios ejecutando las disposiciones que se le ordenen (78).

Nos adherimos en parte a la distinción que hace MAYER entre los dos aspectos que existen en el funcionario público, el interno, el cual también es característica del servidor o empleado público, y el externo, que a diferencia de aquel autor, más que un tema de representación (79), lo tomamos como una delegación de potestad pública (80) (81).

2.3. EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL DERECHO COMPARADO

2.3.1. *Vínculo entre el funcionario público y la Administración Pública*

El vínculo jurídico que une al funcionario público con el Estado ha sido materia de distintas concepciones a través de la historia. Dependiendo del momento histórico, la concepción del derecho y el ordenamiento particular en el que se desenvuelven, se definen estas relaciones.

En la Edad Media (82) las funciones denominadas «públicas» estaban a merced de la aristocracia, la cual era jerarquizada, según una relación de vasallaje, siendo que los cargos se transmitían por herencia. Con el transcurrir del tiempo, el príncipe afirma su autoridad sobre los señores feudales, creando una organización a su servicio, diferenciada de los oficios domésticos de

(78) VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, «Derecho Administrativo III. Instituciones Fundamentales (Primera parte). Servicio Público-Función Pública», *ibid.*, pág. 264.

(79) «*Esta doctrina entiende que el signo específico del funcionario es su carácter representativo. El concepto de funcionario toma en consideración el contenido objetivo de las atribuciones que desarrolla al servicio de la Administración Pública. En el empleo público no existe representación alguna. Hay que referirse únicamente al modo particular con el cual una persona física se encarga de los negocios del ente público. El funcionario puede declarar la voluntad del Estado. El empleado, no*

. MARÍA DÍEZ, Manuel, *ibid.*, 289.

(80) «*(...) La diferencia esencial entre función y empleo público está en lo siguiente: la función supone un encargo especial, una delegación, trasmisida en principio por la ley; el servicio sólo concurre a formar la función pública. Respecto del empleado sólo hay una vinculación interna con el Estado; la del funcionario es una relación externa, que atribuye a éste cierto carácter representativo, por poco que signifique la representación que ejerza*

 (el énfasis es nuestro). BIELSA, Rafael, *ibid.*, pág. 34.

(81) Dicha distinción tiene consecuencias importantes cuando se analice el tema de responsabilidad, toda vez que así como el funcionario tiene «autoridad» tiene como correlativo el tema de la responsabilidad.

(82) «*Inizialmente, nello Stato assoluto del primo periodo, nei paesi dell' Europa continentale, si applica il diritto comune, in quanto non derogato dal «diritto creato dal principe». E una forma ancor fluida, in quanto il diritto del principe può anche essere solo un diritto speciale rispetto al diritto comune. Però in Francia, Spagna e Austria comincia ad avere un contenuto pubblicistico*

. SEVERO GIANNINI, Massimo, *Diritto amministrativo*, Milano: Giuffrè editore, volume primo, 3.^a ed., pág. 23.

la Corte, para proveer las funciones inherentes a su potestad: ejército, diplomacia, justicia y hacienda (83).

Posteriormente, por ejemplo, en Prusia, el rey, a fin de superar la inefficiencia administrativa, encarga las labores públicas a profesionales, lo que es un antecedente a lo que luego de la revolución francesa se denominó «la burocracia profesional». Luego con la caída del antiguo régimen, los vínculos «administrativos» se trastocaron, es decir, el trabajador público de ser un servidor personal de la Corona se convierte en funcionario del Estado, teniendo los derechos atribuidos por sus normas y gozando por esto de un estatuto objetivo (84).

Los diversos modelos que surgieron tuvieron en común que fueron soluciones singulares frente a problemas comunes de una administración inefficiente. No obstante esto, debemos tener en cuenta que existieron diferencias, en el tiempo, circunstancias y las formas, de cómo se configuró cada Estado y su respectiva Administración Pública.

En este sentido, si en puntos anteriores acogimos una diferenciación entre un modelo denominado anglosajón y uno de tipo europeo continental, debemos también señalar las particularidades de este último modelo en lo referente a la concepción de la vinculación entre la administración y el funcionario.

En Alemania, tal cual lo mencionamos antes, los cambios surgieron con Federico Guillermo I y Federico II, debiendo tomar en consideración que el Derecho Administrativo alemán y las instituciones de Derecho Privado tuvieron relaciones amplias y fluidas (85). Muestra de ello es la concepción del vínculo como título procuratorio (86), ya sea en la representación propiamen-te dicha o en el mandato (87).

(83) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *ibid.*, pág. 26.

(84) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *ibid.*, págs. 27-28.

(85) «(...) Por eso, a medida que en el siglo XIX se alcanza gradualmente la construcción sistemática del Derecho Administrativo, tendrá éste que comenzar por rescatar una serie de materias de la esfera jurídico-privada. Sin embargo, el impacto privatístico que éstas llevan ya consigo permanecerá casi como una impronta imborrable». Y a continuación añade: «(...) el Derecho Administrativo alemán no se establece en una esfera tendencialmente cerrada. Sus relaciones con el Derecho Civil se fijan en un plano horizontal, facilitándose así, por la misma posición adoptada, un fecundo intercambio». MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Madrid, Civitas, pág. 41: «(...) cuando el Derecho Administrativo hubo de llevar a cabo la formulación sistemática de los conceptos, de sus instituciones, no pudo sino acudir al Derecho Civil, poseedor ya entonces de una milenaria tradición técnicamente depurada. (...) El Derecho Administrativo se formó teóricamente en un medio jurídico impregnado de tendencias y de tradiciones civiles, gracias a la obra de administradores, jueces, y miembros del Parlamento que habían sido formados en la escuela del Derecho Civil y del Derecho Romano». MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *ibid.*, pág. 33.

(86) ORTEGA, Luis, *ibid.*, pág. 71.

(87) El poder de representación no es más que legitimación. «*El gran mérito de Laband ha sido haber configurado el poder de representación como simple legitimación*

Asimismo, se concibió dicha relación como una de locación de servicios o arrendamiento. El punto de partida era el mismo, el principio de igualdad entre las partes. En este sentido se planteó asimilar la función pública a los negocios privados, lo cual fue posteriormente desechado por la doctrina alemana, dadas las características especiales de la función pública.

Se elaboró la teoría del órgano (88) —que tuvo desarrollo importante en Italia—, la cual, a diferencia de la representación y el mandato, no existe la distinción entre parte formal y parte sustancial (89), siendo la voluntad del órgano parte sustancial de la administración, por lo cual se encuentra vinculada a la misma (90).

La doctrina alemana construye, a su vez, la teoría de las relaciones especiales de sujeción (91) del funcionario, la cual señala que en razón del ingreso de un sujeto a la administración, éste queda vinculado de manera subordinada al Estado, teniendo la potestad éste de establecer normas disciplinarias, limi-

a partir del ejemplo del poder. Llegó a ello mediante la separación del poder respecto del mandato. Lo decisivo es que el poder de representación es una figura singular, que no es más que legitimación para establecer reglas jurídico negociales para otro por medio de un obrar en su nombre, de modo que esas reglas valgan como tuyas». MORALES HERVIAS, Rómulo, «La irrevocabilidad del poder. A propósito de un inútil debate jurídico», en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, año 7, núm. 54, agosto de 2005, pág. 61. En cambio, el mandato es un contrato con efectos obligatorios a través del cual el mandatario ejecuta un servicio personal, en nombre propio pero por cuenta e interés ajeno. Dado esto, se requiere que se realice un negocio adicional de transmisión de efectos para que el mandante adquiera el derecho materia del mandato. CARNEVALI, Ugo, Voz «Mandato I. Diritto Civile», en *Encyclopedie giuridica*, vol. XIX, Istituto di la enciclopedia Italiana, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1990, pág. 2.

(88) Dicha teoría fue formulada por GIERKE en su obra *Die genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung*.

(89) «Nella rappresentanza, il rappresentante imputa al rappresentato gli effetti giuridici degli atti che compie per il rappresentato; nel rapporto organico il titolare dell'organo imputa le intere fattispecie degli atti che compie alla persona giuridica di cui è organo». SEVERO GIANNINI, Massimo, *Diritto Amministrativo*. Volume primo, *ibid.*, pág. 147.

(90) DE LA VALLINA VELARDE, Juan L., «Sobre el concepto de funcionario de hecho», en *Revista de la Administración Pública*, núm. 29, mayo-agosto de 1959, pág. 110. En ese mismo sentido: «(...) Em suma: não se biparte Estado e agente (como se fossem representante e representado) mas, pelo contrário, são considerados como uma unidade. A relação orgânica, pois, entre o Estado e o agente não é uma relação externa, constituída exteriormente ao Estado, porém interna, ou seja, processada na intimidade de pessoa estatal». BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *ibid.*, pág. 72. El punto de partida para entender mejor su concepción es que: «(...) un acto de voluntad realizado por ciertos individuos debe ser considerado no ya como una simple manifestación de la actividad de dichos individuos, sino como una manifestación de la vida del ser colectivo». VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo II. Estructura jurídica de la administración*, Buenos Aires, Tipográfica editora argentina, 1950, pág. 528. Siendo ésta el sustrato previo que forma el Estado, el cual se encuentra bajo parámetros establecidos por la constitución.

(91) Tesis configurada por LABAND y seguida por Otto MAYER.

tar derechos de las personas (92), tener la facultad de modificar unilateralmente los contratos, entre otras (93).

Así pues, se han delineado en doctrina ciertas características generales de estas relaciones especiales de sujeción, entre las cuales encontramos: i) Accentuada situación de dependencia. ii) Estado general de libertad limitada. iii) Existencia de una relación personal. iv) Imposibilidad de establecer de antemano extensión y contenido de las prestaciones. v) El hecho de que el individuo tiene que obedecer órdenes, las cuales no necesariamente emanan directamente de Ley. vi) El hecho de que esta situación se explique en razón de un determinado fin administrativo. vii) Alusión a un elemento de voluntariedad en dicha situación de sometimiento. viii) El admitir, expresa o tácitamente, que la justificación de dicha relación se encuentra en la necesidad de una eficiencia y productividad administrativa (94).

De otro lado, en Francia, luego de la ruptura de las estructuras del antiguo régimen —de manera hostil— se instauró la división de poderes, teniendo al Derecho Administrativo con una configuración distinta al modelo alemán, siendo que se alejó de los conceptos e instituciones civiles para buscar las soluciones a los vacíos o contradicciones surgidos en sí mismo de forma autosuficiente (95).

Así, se concebirá, en primer lugar, una relación de tipo político, en la cual predomina exclusivamente el interés general, partiendo de la concepción que los ciudadanos tenían el *deber* de prestar los servicios que el Estado exigiera, toda vez que aquellos eran los únicos que —en los hechos— podían efectuar las funciones y, en caso se negaran a realizarlas, se pondría en grave peligro el funcionamiento de la administración (96).

(92) Léase el tema de incompatibilidades funcionales, la restricción de la sindicación en algunos supuestos. Asimismo, restricciones al contratar y adquirir según lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

(93) Debemos dejar sentado que la concepción de *relaciones especiales de sujeción* no tiene ni límites ni confines pacíficos, toda vez que existen diversos matices en la literatura alemana que trata sobre el tema como OBERMATER, KRÜGER, THIEME, FORSTHOFF, e incluso en líneas semejantes como este último y Wolf GALLEGÓ ANABITARTE, A., «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la administración», en *Revista de Administración Pública*, núm. 34, enero-abril de 1961, pág. 24. A pesar de esto, para el presente trabajo tal concepto lo enmarcamos dentro de la relación de subordinación especial entre el funcionario y el ente estatal.

(94) GALLEGÓ ANABITARTE, A., *ibid.*, pág. 25.

(95) «(...) El Derecho Administrativo se establece en Francia por lo tanto, como el derecho de un grupo; ofrece unas características en cierto modo cerradas, y aunque la Administración se sirve en ocasiones del Derecho Civil, el Derecho Administrativo tiende a agotar las exigencias jurídicas de la misma Administración Pública. Este último fenómeno constituye, es verdad, tan sólo una tendencia: pero una tendencia inmanente en el propio ordenamiento administrativo, en virtud de la cual, el Derecho Administrativo como derecho común de la Administración Pública, tiende a regular la totalidad de las relaciones en las que ésta incide». MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *ibid.*, pág. 30.

(96) MARÍA DÍEZ, Manuel, *ibid.*, pág. 502.

Asimismo, surge otra postura denominada estatutaria (97), la que indica que la situación jurídica del funcionario es objetiva —definida por las leyes y reglamentos—, basada en una relación de poder (98), y que tiene como características —entre otras— que es un acto administrativo unilateral el que nombra a los funcionarios, la regulación es general, detrás existe un interés general protegido (99) y las limitaciones respecto a las condiciones de trabajo que son propias a la administración (100).

En países anglosajones, la teoría que predomina es una de tipo contractual, en la cual el funcionario contrata con el Estado no en un tipo clásico de negociación, sino en forma de adhesión (101), debiendo considerarse las particularidades propias de la administración distintas a las del régimen común (102).

(97) «Por relación estatutaria de los funcionarios debe entenderse aquélla que se estable entre aquéllos y la Administración Pública y cuyo contenido, los derechos y obligaciones del funcionario en el seno de esa relación, aparece definido unilateralmente a través de una norma jurídica que puede ser modificada por quien tiene atribuida la competencia suficiente para ello. Evidentemente se trata de un concepto susceptible de ser completado en muchos aspectos (objeto de la relación, forma de constituirse la misma), pero dada la instrumentalidad del concepto ofrecido en relación a la finalidad buscada, parece que lo esencial es poner de manifiesto el modo en que se definen y surgen los derechos y obligaciones del funcionario». MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, Íñigo, *Régimen jurídico de la función pública y el derecho al cargo*, Madrid, Civitas, 1995, pág. 191. Sigue esta posición actualmente: «En nuestra opinión debe aceptarse la teoría estatutaria a que nos venimos refiriendo, ya que parte de una situación real y el agente, en sus relaciones con la administración, tiene los derechos y obligaciones que surgen del estatuto, establecidas en forma unilateral por la misma. Su voluntad no puede intervenir en ninguna forma para modificar el contenido del estatuto, que nace, como dijimos, de un acto unilateral de la administración. En mérito de estas razones entendemos que la relación jurídica del funcionario con la administración nunca puede ser contractual y debe ser, en consecuencia, estatutaria, unilateral». (...) MARÍA DÍEZ, Manuel, *ibid.*, pág. 505.

(98) «(...) El funcionario, por su parte, debe aceptar entrar al servicio del Estado. Este contrato no constituye, sin embargo, relaciones jurídicas típicas del Derecho de Obligaciones. El contrato funda una relación de poder, un deber particular de servicio, de obediencia, de fidelidad del funcionario. El incumplimiento de sus obligaciones por parte del funcionario no es un incumplimiento de una “obligación”, jurídicamente hablando, sino un delito (*Bergen*), un delito disciplinario, que se corresponde con la felonía del vasallo, a la que antes se ha hecho referencia». LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *ibid.*, pág. 42.

(99) SERRANO GUIRADO, Enrique, «Los actos del procedimiento de selección de funcionarios», *ibid.*, pág. 117.

(100) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *ibid.*, pág. 59.

(101) MARÍA DÍEZ, Manuel, *ibid.*, pág. 500.

(102) No obstante el tipo de administración en los países europeos continentales es distinto al de los anglosajones. Ciertas instituciones tienen ciertas semejanzas pudiéndose señalar apreciaciones —en forma general— a diversos sistemas. «La realtà è che l'area dell'autonomia privata delle amministrazioni pubbliche, prese nel loro complesso, non corrisponde all'area dell'autonomia privata dei privati, avendo qualche cosa di più e qualche cosa di meno. Da un lato infatti vi sono degli atti che sarebbero negozi se adottati da un privato e sono invece provvedimenti se adottati da un'amministrazione pubblica

2.3.2. Continúa...

En función de exponer mejor nuestra posición ahondaremos en la denominada teoría del órgano. Órgano en doctrina puede entenderse como representación, como fracción o porción perfectamente determinada en la estructura del Estado, o, en un orden puramente expositivo, como instrumento o medio (103). Nosotros adoptaremos como referencia la segunda idea, dado que el órgano no es un sujeto de derecho independiente del Estado —no tiene personalidad jurídica— sino *un ente que forma parte* de su estructura, teniendo en los hechos, funciones delimitadas para su desempeño (104).

En este sentido, el estudio del órgano puede abordarse desde dos planos: uno estático-objetivo y otro dinámico-subjetivo. Con el primero nos referimos a una porción funcional nominada y definida por la constitución o la ley, es decir, una parte determinada en la estructura del Estado, una unidad técnica. En cambio, con el segundo, nos enfocamos en el elemento subjetivo, cuya energía mental y física animan la unidad técnica (105).

Respecto al primer plano, los órganos normalmente estarán constituidos por cargos definidos con funciones determinadas ex-ante por el Estado. Sin embargo, por diversas razones, pueden los órganos aumentar o disminuir competencias según los requerimientos de la función.

De otro lado, cuando un particular ingresa en la Administración Pública, es sujeto de derechos frente al Estado, así como también está sujeto a diversas restricciones. Por lo que dicho individuo tendrá su capacidad de ejercicio restringida —a parte de las limitaciones propias que tiene toda entidad del Estado—, siendo un elemento más que conforma la administración.

Esto es manifestación del segundo plano, en el cual puede encontrarse la distinción, ya mencionada, entre los supuestos de vinculación entre funcionario y administración: interna y externa. Esta última distinción es necesaria de enfatizar a fin de establecer los criterios de imputación en el juicio de responsabilidad. Así por ejemplo, si fuera un tema de representación, los titulares de

autoritativa (*p. es. gli atti di destinazione di beni mobili o immobili del patrimonio indisponibile, gli atti per l'attribuzione a terzi di diritti reali parziari su beni pubblici*). Dall'altro lato però vi sono negozi che sono amministrazioni pubbliche possono compiere (v. §§ 264 ss.).» SEVERO GIANNINI, Massimo, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè editori, volume secondo, 3.^a ed., pág. 62.

(103) MÉNDEZ, Aparicio, *La teoría del órgano*. Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Sección III, LVIII, 1949, pág. 11.

(104) En términos de KELSEN podemos simbolizarlo de la siguiente manera: «*Se dice que el árbol florece aun cuando no haya más que una flor en un tallo de una sola de sus ramas; y por pequeño que sea el movimiento molecular que circula a través de esas partículas es siempre el árbol entero el que vive en ellas*». MÉNDEZ, Aparicio, *ibid.*, pág. 46.

(105) MÉNDEZ, Aparicio, «*La teoría del órgano*», *ibid.*, pág. 19.

los órganos serían directos responsables por los supuestos de error, negligencia y exceso, estando el ente sin responsabilidad alguna (106). Solución distinta plantea —tal como veremos— la llamada teoría del órgano.

El funcionario se encontrará inmerso entonces en una compleja institución, en la cual existen diversidad de órganos —vinculados o no—, los cuales pueden encontrarse en relaciones jerarquizadas o de complementariedad. En ese sentido —a fin de no ampliarlos innecesariamente a efectos del presente trabajo— el registrador ocuparía lo que en doctrina se denomina *órgano simple*. Esta denominación la otorgamos, dado que la función de calificación le corresponde únicamente a un titular, esto es, una sola voluntad humana para el desenvolvimiento de su acción (107). Entonces —en términos de MÉNDEZ—: «*La voluntad orgánica de esta manera se identifica con la acción del hombre que es su sostén, y tanto en su aspecto técnico como material refleja objetivamente ese esfuerzo natural (...)*» (108).

Dicha voluntad se forma a partir de un fenómeno psicológico y analítico personal de los funcionarios, los cuales se materializan al emitirse el acto. Al momento de materializarse el mismo, por la potestad delegada, *muta* está en voluntad del órgano. La mutación de ésta sobre aquélla liberaría al funcionario de toda secuencia de sus actos, como tal.

En principio, si hubiera daño, éste provendría de la organización misma, de la deficiencia estructural o funcional del órgano, y entonces gravitarían los resultados sobre el Estado. Al contrario, si la voluntad psicológica se desborda (exceso de poder) o no se satisface plenamente (omisión), o se desvía con un fin oculto (desviación de poder), recaería sobre el agente la obligación de reparar el daño (109).

La coincidencia entre ambas voluntades es el ideal, sin embargo, en caso de discrepancia, habrá que analizar las situaciones concretas a fin de imputar responsabilidad.

En conclusión, respecto a la vinculación de la administración con el funcionario podemos señalar. El vínculo, en todos los supuestos, se inicia con un contrato (110), toda vez que ambas partes se ponen de acuerdo (111) desplegando ya sea su libertad contractual o de contratar.

La distinción se origina en los efectos particulares que se generan, los cuales podemos sintetizar en dos bajo la teoría del órgano: relaciones internas

(106) SEVERO GIANNINI, Massimo, *Diritto amministrativo*. Volume primo, *ibid.*, págs. 147-148.

(107) Somos conscientes que existen personas a su cargo, asistentes y practicantes, pero en función de la toma de decisión, es el registrador el único que decide qué título merece inscripción y cuál no.

(108) MÉNDEZ, Aparicio, *ibid.*, pág. 32.

(109) MÉNDEZ, Aparicio, *ibid.*, pág. 56.

(110) Entendido como hecho jurídico.

(111) Incluso si se entiende como contrato de adhesión.

y externas. En el primer supuesto, en las relaciones internas se generan derechos y deberes de los funcionarios entendiéndola como una nueva percepción de relación *estatutaria* (112) con aproximación al Derecho laboral. Es decir, el régimen laboral de tipo privado ha distorsionado lo que se entendía la relación estatutaria, sin embargo se mantienen algunas características de aquel régimen.

Esta relación interna influirá en mayor o menor medida, en la denominada relación externa. Si por ejemplo, el vínculo interno es tal en el cual el funcionario se encuentra en un área de normativa dispersa y vasta, con permanente fiscalización, y con una gran carga de trabajo, pero que sin embargo no tiene las condiciones necesarias para desenvolver su labor, esto afectará en el producto de su labor —acto administrativo— pudiendo eventualmente cometer errores.

Así pues, tomando en cuenta esto, habrá que determinar la coincidencia entre la voluntad del individuo con la voluntad de la institución en las labores de *gestión*, a fin de establecer los niveles de vinculación y responsabilidad a los que se encontraría ligado la administración.

2.4. EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL PERÚ

2.4.1. Exégesis normativa

2.4.1.1. Regulación constitucional

En el ámbito constitucional, el funcionario público no tuvo un lugar propiamente dicho hasta la constitución promulgada en 1979, toda vez que las constituciones anteriores, de manera tangencial, reconocían su existencia a partir de obligarles a prestar juramento (113), normas de responsabili-

(112) «(...) “el nuevo modelo de relaciones estatutarias”; y que, en su opinión, ofrece “la particularidad de aproximarse al regulado por el Derecho laboral, al permitir, bien que de un modo indirecto, dar entrada a la voluntad de ambas partes: Administración (empleador) y funcionarios (empleados)”. Al origen de esta transformación hay que situarlo principalmente en el reconocimiento por la Constitución de 1978 de los derechos sindicales, de huelga y de negociación colectiva. “Su admisión en la función pública, dice Díez Sánchez, repercute necesaria e inevitablemente sobre el entendimiento de las relaciones estatutarias, en las que introduce elementos que podrían calificarse de distorsionadores, cuando no estimarse incompatibles con el concepto más elemental de esa relación”». ÁLVAREZ RICO, Manuel, y GONZÁLEZ-HABA GUIZADO, Vicente M.^a, *ibid.*, pág. 313.

(113) Artículo 188 de la Constitución de 1823. *Todo funcionario público, de cualquier fuero que sea, al tomar posesión de su cargo, ratificará el juramento de fidelidad a la Constitución, prometiendo bajo de él cumplir debidamente sus obligaciones respectivamente (la redonda es nuestra).* Artículo 175 de la Constitución de 1828. *Todo funcionario público de cualquier fuero que sea, al tomar posesión de su cargo, ratificará*

dad, obligación de declarar rentas (114), o en algún caso particular señalando quién los supervisa (115).

La Constitución de 1979, en principio, parece hacer la distinción entre dos agentes de la administración: los funcionarios y los servidores públicos (116). Respecto a estos últimos menciona lo referido a su ingreso, derechos y deberes (117).

Al igual que las constituciones anteriores, se requiere la declaración jurada sobre sus rentas y bienes —de los servidores y funcionarios— (118) y el juramento de fidelidad a la constitución (119). Asimismo, se regula tácitamente que los servidores públicos se encontrarían en la carrera administrativa; aunque, en el caso de funcionarios existen limitaciones respecto a los cargos políticos o de confianza (120). De igual forma se aplica a los supuestos de sindicalización y huelga, en forma general a los servidores, y de manera limitada a los funcionarios que ocupan cargos de confianza (121). Finalmen-

el juramento de fidelidad á la Constitución (la redonda es nuestra). Artículo 179 de la Constitución de 1834. Todo funcionario público al tomar posesión de su cargo, ratificará el juramento de fidelidad a la Constitución (la redonda es nuestra). Artículo 184 de la Constitución de 1839. Todo funcionario público, al tomar posesión de su cargo, ratificará el juramento de fidelidad a la Constitución (la redonda es nuestra). Artículo 13 de la Constitución de 1856. Nadie podrá ejercer funciones públicas, ni poseer cargo o beneficio, si no jura cumplir la Constitución (la redonda es nuestra).

(114) Artículo 22 de la Constitución de 1933. *Todo funcionario o empleado público, civil o militar, si tiene bienes o rentas independientes de su haber como tal, está obligado a declararlos expresa y específicamente, en la forma que determine la ley.*

(115) Artículo 151 de la Constitución de 1920. *La Corte Suprema ejercerá autoridad y vigilancia sobre todos los Tribunales y Juzgados de la República y funcionarios judiciales, notariales y del Registro de la Propiedad, tanto en el orden judicial como en el disciplinario, pudiendo conforme a la ley corregir, suspender y destituir a los Vocales, Jueces y demás funcionarios.*

(116) Artículo 58. *Los funcionarios y servidores públicos están al servicio de la Nación (...).*

(117) Artículo 59. *La ley regula lo relativo al ingreso, derechos y deberes que corresponden a los servidores públicos, así como los recursos contra las resoluciones que los afectan (...).*

(118) Artículo 62. *Los funcionarios y servidores públicos que determina la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por él, deben hacer declaración jurada de sus bienes y rentas al tomar posesión y al cesar en sus cargos, y periódicamente durante el ejercicio de estos (...).*

(119) Artículo 63. *Nadie puede ejercer las funciones públicas designadas en la Constitución si no jura cumplirla. El ciudadano que no profesa creencia religiosa puede prescindir de la invocación a Dios en su juramento.*

(120) Artículo 59. (...) *No están comprendidos en la carrera administrativa los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, ni los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedad de economía mixta.*

(121) Artículo 61. *Se reconocen los derechos de sindicalización y huelga de los servidores públicos. Esta disposición no es aplicable a los funcionarios del Estado con poder de decisión o que desempeñen cargos de confianza ni a los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales.*

te, se establecen ciertas restricciones a partir de incompatibilidades exceptuando la función docente (122).

La Constitución de 1993, con algunos matices, recoge en sustancia lo mismo que su antecesora. La distinción entre los agentes lo realiza en función de los funcionarios y los trabajadores públicos (123), aunque en los artículos siguientes se refiere a los servidores públicos. Respecto a estos últimos recoge nuevamente lo referido a su ingreso, derechos y deberes (124). Asimismo, copia el requerimiento de la declaración jurada sobre sus rentas y bienes de los funcionarios y servidores (125).

De forma expresa, a diferencia de su antecesora, se norma que los servidores públicos se encuentran en la carrera administrativa, aunque, tal cual se vio líneas atrás, en el caso de funcionarios existen restricciones respecto a los cargos políticos o de confianza (126). En lo referente a la sindicalización y huelga, la regulación es la misma que la Carta Magna de 1979 (127). Finalmente, se establecen ciertas restricciones a partir de incompatibilidades, exceptuando la función docente (128).

Siendo este el panorama constitucional, podemos obtener algunas ideas: i) A partir de la constitución de 1979 recién, se recoge propiamente una regulación que incluya a los funcionarios. ii) No obstante esto, lo regulado actualmente es insuficiente (129). iii) Lamentablemente, la técnica legislativa

(122) Artículo 58. (...) *Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.*

(123) Artículo 39. *Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación (...).*

(124) Artículo 59. *La ley regula lo relativo al ingreso, derechos y deberes que corresponden a los servidores públicos, así como los recursos contra las resoluciones que los afectan (...).*

(125) Artículo 41. *Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley (...).*

(126) Artículo 40. *La ley regula 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 (...).*

(127) Artículo 42. *Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos 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 de la Policía Nacional.*

(128) (...) *Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.*

(129) Véase cómo ordenamientos foráneos, regulan adicionalmente el tipo de vínculo que mantiene la administración con los funcionarios. Artículo 18 de la Constitución española. *Las bases de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen*

no es la mejor, toda vez que ciertos conceptos se manejan indistintamente, teniendo acepción distinta. iv) No existe propiamente una definición de modelo adoptado de forma exclusiva, sino ciertas características que son propias de ambos modelos, de lo cual se inferiría que estamos constitucionalmente —si bien de manera general— en un modelo mixto.

2.4.1.2. Regulación infraconstitucional

A fin de entender un poco mejor nuestra regulación vigente, pretendemos realizar un breve *excursus* normativo infraconstitucional con la intención de revisar cuál ha sido y cuál es la posición del funcionario en nuestro ordenamiento.

El Decreto Ley, número 11377 de 16-6-1950 (130), «Ley del Estatuto y Escalafón del Servicio Civil» (131), fue la primera norma que recoge de manera integral una regulación sobre trabajadores de la Administración Pública en el Perú (132).

Tal cual se señala en los considerandos de dicha norma, uno de los objetivos esenciales fue el institucionalizar la Administración Pública para ha-

estatutario de sus funcionarios *que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas* (la redonda es nuestra). De igual manera, artículo 103. (...) 3. *La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones* (el énfasis es nuestro).

(130) Sólo a manera de referencia debe señalarse que antecedentes normativos lo podemos encontrar en la Ley 8801 del 26-12-1938: «*Creación de la Dirección General de Escalafón Civil y Listas Pasivas*», siendo posteriormente promulgado su Reglamento (1939). En un primer momento dicha dirección fue dependencia del Ministerio de Hacienda, siendo que luego se dispuso pasara al Ministerio de Justicia. En 1947 se cambió su denominación a «*Dirección General del Servicio Civil y Pensiones*».

(131) El cual fue reglamentado por el Decreto Supremo núm. 522 del 26-7-1950.

(132) Normas anteriores a la misma son, por ejemplo, la Ley de responsabilidad de funcionarios de 1868, la Ley de 22-1-1850, la cual parte por una definición genérica de empleado público. Asimismo, el D.S. de 31-08-1944 (que aclaró la Ley núm. 8435) se sigue con un uso del término *funcionario* de manera lata, a fin de incluir para los beneficios a cierto grupo de servidores, siendo esto expuesto en su parte considerativa segundo acápite la cual señaló: «*Que el término “funcionario” no excluye a quienes desempeñan funciones subalternas consideradas en el Presupuesto General de la República cuyo nombramiento emana del Gobierno en forma de resolución suprema y tienen efecto por término indefinido como en el caso de los porteros, portapliegos, conserjes, choferes, y otros servidores del mismo carácter, los que, en consecuencia deben gozar de los beneficios de la ley de jubilación, cesantía y montepío*».

cerla independiente del poder político (133), estableciendo las obligaciones y garantías de los funcionarios públicos.

Este régimen fue administrado centralizadamente por una repartición del Ministerio de Justicia (134), función que fue posteriormente asignada al Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) en 1973 (135).

En lo referente a su regulación, el artículo 1 de dicho Decreto define de manera general al empleado público enfocándose en que realice labores en la administración y que sea remunerado (136). Luego el artículo 6 clasifica a los empleados en cinco clases: de carrera, a contrata, adscritos, de servicio interno, con poder de decisión y de confianza (137), siendo interesante que a los primeros se les concede el hacer carrera pública (138).

Adicionalmente, dicha norma regula el tema de ingreso, ascenso, derechos y deberes, limitaciones (139), entre otras cosas, asemejándose a un modelo cerrado o europeo continental, tal cual revisamos antes, siendo que la relación parece ser de tipo estatutario, estando el empleado (funcionario) en un estado de subordinación frente a la administración.

Luego se promulgaron el Decreto Legislativo 276, «Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público» y su Regla-

(133) DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge E., «Regulación jurídica de la función pública en el Perú», en *La profesionalización de la función pública en Iberoamérica. Informes y documentos*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2002, pág. 208.

(134) Artículo 106. *El Ministerio de Justicia y Culto quedará encargado de dictar la Reglamentación y disposiciones de detalle que sean necesarios, para dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en el presente Estatuto.*

(135) DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge E., *ibid.*, pág. 209.

(136) Artículo 1. *Considerése Empleado Público a toda persona que desempeñe labores remuneradas en las Reparticiones del Estado.*

(137) Artículo 6. *Se consideran cinco clases de Empleados Públicos:*

a) Empleados de carrera, aquellos cuyos cargos o empleos tengan carácter estable y cuya situación esté expresamente indicada en el presente Estatuto.

b) Empleados a contrata, los que desempeñan cargos de carácter transitorio.

c) Empleados adscritos, los que desempeñan el cargo de Secretario Asesor u otro cargo de confianza, técnico o político, cerca de altos funcionarios públicos; y

d) Personal de servicio interno, constituidos por los porteros, portapiélos, choferes, ascensoristas y demás servidores manuales que realicen labores de naturaleza análoga con plaza de presupuesto en una Repartición del Estado.

e) *Los cargos con poder de decisión y de confianza previstas por el Artículo 61 de la Constitución Política, se especificarán mediante Decreto Supremo (sic).*

(138) Artículo 7. *La función de los empleados públicos, a que se refiere el inciso a) del artículo 6, constituye Carrera Pública, con los derechos y obligaciones que acuerda el presente Estatuto.*

(139) Al parecer dicho dispositivo limita a los funcionarios la posibilidad de formar sindicato e ir a la huelga. Artículo 49. *Los empleados públicos podrán asociarse sólo con fines culturales, deportivos, asistenciales o cooperativos. Dichas asociaciones están prohibidas de adoptar la denominación u organización propia de los Sindicatos, de adoptar las modalidades de acción de estos organismos, de ejercer coacción en sus peticiones y de recurrir a la huelga.*

mento aprobado por D.S. 005-90-PCM (140). Ambos dispositivos fueron dirigidos, según sus considerandos, a establecer la base del sistema único de remuneraciones (141) y dar nuevo impulso a la carrera pública enfatizando la labor de los servidores (142).

Ambas normas tienden al modelo europeo continental, en el sentido que buscan personal idóneo garantizando su permanencia, promoviendo su desarrollo personal en el desempeño de su labor (143), retribuyendo equitativamente, entre otras cosas (144).

Asimismo, el sujeto en el que gira el texto es el servidor público, aunque el texto no precisa el alcance del servidor como tal, sino en función de excluir a ciertos grupos de la carrera administrativa (145). Luego, dentro del mismo texto, se utilizan los términos servidores y funcionarios sin la precisión si estamos ante un tipo distinto del servidor —razón por la cual no tendría razón su regulación en la presente norma— o una clase de servidor (146).

(140) Aunque el Reglamento inicial fue por D.S. núm. 018-85-PCM.

(141) Facultad delegada del congreso al ejecutivo según el artículo 56 de la Ley 23724.

(142) En ese sentido el artículo 1 D. L. 726 señala: «*Carrera Administrativa es el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que, con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública (...)* (la redonda es nuestra).

(143) Artículo 1 del Decreto Legislativo 276. (...) *Tiene por objeto permitir la incorporación de personal idóneo, garantizar su permanencia, asegurar su desarrollo y promover su realización personal en el desempeño del servicio público (...).*

(144) Debe tomarse en cuenta que el artículo 4 del Decreto Legislativo, el cual menciona principios de la carrera administrativa: Artículo 4. *La Carrera Administrativa es permanente y se rige por los principios de:*

- a) Igualdad de oportunidades.
- b) Estabilidad.
- c) Garantía del nivel adquirido;
- d) *Retribución justa y equitativa, regulada por un sistema único homologado.*

(145) Artículo 2. *No están comprendidos en la Carrera Administrativa los servidores públicos contratados ni los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, pero sí en las disposiciones de la presente Ley en lo que les sea aplicable.*

No están comprendidos en la Carrera Administrativa ni en norma alguna de la presente Ley, los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, ni los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, cualquiera sea su forma jurídica.

(146) Artículo 54. *Son beneficios de los funcionarios y servidores públicos: a) Asignación por cumplir veinticinco o treinta años de servicios: (...) (la redonda es nuestra).* Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final. *Los funcionarios y servidores públicos comprendidos en regímenes propios de Carrera, regulados por Leyes específicas, continuarán sujetos a su régimen privativo, no obstante lo cual deben aplicárseles las normas de la presente Ley en lo que no se opongan a tal régimen.*

Dichos funcionarios y servidores no podrán tener otro tipo de remuneraciones, bonificaciones y beneficios diferentes a los establecidos en la presente Ley. Por Decreto

Posteriormente, mediante el D.S. número 005-90-PCM. «Reglamento de la Carrera Administrativa», se trató de precisar las carencias del Decreto Legislativo antes descrito. En ese sentido se delimitan los conceptos de la siguiente manera: por servidor público se entenderá al sujeto que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o con contrato de autoridad (147); y por funcionario, al ciudadano elegido o designado por autoridad competente para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los órganos con autonomía (148).

Dicha precisión terminológica podría complicar aún más el intento de distinción en las normas mencionadas, toda vez que en la primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Legislativo, se menciona que pueden existir *funcionarios* y servidores en el régimen de carrera. Asimismo, en sentido contrario, el artículo 2 excluye de la carrera pública sólo a los funcionarios que tienen cargos políticos o de confianza, dejando la posibilidad que otro tipo de funcionarios puedan acceder a la carrera pública.

Ahora bien, según el artículo 12 del Decreto Legislativo, para el ingreso en la carrera administrativa se requiere concurso público. Entonces, si sólo por concurso público se ingresa a la carrera pública, la definición de funcionario, dada por el Reglamento, los excluiría de la misma, toda vez que la selección de los mismos se hace por elección o designación (149). Asimismo, dicha distinción es expuesta a la inorgánica regulación sectorial, las cuales adoptan distintos criterios para su clasificación (150).

Supremo y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros se regulará anualmente las remuneraciones correspondientes a cada carrera específica. El personal obrero al servicio del Estado se rige por las normas pertinentes (la redonda es nuestra).

(147) Artículo 3 del Reglamento.

(148) Artículo 4 del Reglamento. Asimismo, esto debe complementarse, entre otras normas, con la Ley 27594, la cual regula la participación del Poder Ejecutivo en el nombramiento y designación de funcionarios públicos.

(149) Téngase en cuenta que el Reglamento Inicial D.S. 018-85-PCM no tenía el mismo tenor, sin embargo, tampoco solucionaba la ambigüedad señalada antes. Decreto Supremo número 018-85-PCM. Artículo 4. *Cada Nivel de Carrera tiene como atributos los siguientes: un nivel de remuneraciones, reconocimiento formal del nivel alcanzado, desempeño de cargos compatibles con el nivel y oportunidades de capacitación. Los atributos de cada nivel son inherentes al servidor que lo alcanza.*

Artículo 5. *El servidor público está al servicio de la Nación. Se considera servidor público de carrera al ciudadano en ejercicio que presta servicios en las entidades del Estado dentro de la jornada legal, con nombramiento de autoridad competente y cumpliendo las formalidades de Ley.*

(150) Fíjese la heterogeneidad de conceptos con la Ley del Sistema Nacional de Control número 26162, la cual señala: *«Servidor o funcionario es para los efectos de esta Ley, todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con las entidades comprendidas en el artículo 3.^º de la presente Ley, y que en virtud de ello ejercen funciones en las*

Finalmente debe tomarse en consideración que la función pública trasciende a la denominada carrera pública, dado que ésta sólo es parte formal de aquélla, por lo cual los criterios de distinción expuestos en la norma nos parecen inadecuados (151).

Este esquema de la década de los ochenta burocratizó la Administración Pública (152), por lo que en la década de los noventa se redujo abruptamente el personal. En ese sentido, si bien pervive actualmente el Decreto Legislativo 276, se han promulgado normas que han *laborizado* (153) la Administración Pública, lo cual ha trastocado la denominada carrera pública (154).

entidades comprendidas en el artículo 3.º de la Ley». De igual modo esto puede notarse en la Directiva número 003-2003-CG/AC de la Contraloría General de la República: «Normas de Transparencia en la Conducta y Desempeño de los Funcionarios y Servidores de la Contraloría General de la República y de los Órganos de Control Institucional» y en el Código Penal, artículos 376, 377, 379, entre otros.

(151) En ese sentido, compartimos la opinión de un autor nacional que señala: «*En el Perú el régimen legal es materia de voluntad del legislador y no de la naturaleza de la función, lo que explica que por la sola disposición de la ley, los funcionarios y servidores de instituciones administrativas rigen su situación en relaciones de Derecho Laboral*». GUERRA CRUZ, Guillermo, *Función pública. El personal al servicio del Estado*. Trujillo: Fondo Editorial de la Universidad Antenor Orrego de Trujillo, 1994, pág. 23.

(152) «*El incremento de la burocracia no necesariamente conllevó a una mayor eficiencia en la administración, sino por el contrario, siendo los resultados una administración lenta, ineficiente y corrupta, asemejándose a la denominada Ley de Gresham “en un mercado donde existen dos monedas, la mala desplaza a la buena”*». PATRÓN FAURA, Pedro, y PATRÓN BEDOYA, Pedro, *Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú*, Lima, Grijley, 8.ª ed., 2004, 185.

(153) «*La laborización, como parte del proceso despoblificador, es propia de aquellos países cuyos gobiernos buscan deshacerse, a cómo de lugar, de las mayores exigencias impuestas por el régimen estatutario para el resguardo del interés público; pero que desgraciadamente, lo hacen olvidando que la eficiencia es algo más que lo cuantitativo ya que al asumir el régimen laboral se niega un aspecto cualitativo sustancial de la relación cual es el principio de jerarquía administrativa con el cual es posible ejercer una potestad disciplinaria sobre los agentes públicos (multas, sanciones, suspensiones) que contiene aspectos que difícilmente pueden abarcarse mediante una relación sujeta a los regímenes civil o laboral*». HERRERA GUERRA, Carlos A., *La despoblificación del Derecho Administrativo. El por qué y el cómo de la orfandad del administrado y usuario*, Lima: Instituto Peruano de Estudios sobre Administración Pública y el Estado, 2004, pág. 52.

(154) Sin embargo, no debe perderse de vista que el hecho que se laboralice la Administración Pública: «*...no enerva, no obstante, las exigencias insalvables que, para toda la función pública, derivan, por un lado, de la Constitución —v.gr.: principios de igualdad, de mérito, capacidad y publicidad en la selección del personal—, y, por otro, de la irrenunciable posición que ocupa la Administración como gestora del interés público*». RODOLFO COMADIRA, Julio, «*La profesionalización de la Administración Pública*», en *La profesionalización de la función pública en iberoamérica. Informes y documentos*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2002, págs. 17-18.

Muestra de ello es la Ley 28175: «Ley Marco del Empleo Público», la cual parte por clasificar al empleado público en: funcionario público, empleado de confianza y servidor (155).

El primero tiene su origen en el tipo de función política y se clasifica según la forma de ingreso, ya sea elección popular (v.g., congresistas), nombramiento regulado (v.g., miembros del Tribunal Constitucional), libre nombramiento (v.g., Ministros). El segundo tiene su origen en la confianza que le brinde su superior y se mantiene en el cargo hasta que se le retire la misma. Finalmente, existen los denominados servidores públicos.

Estos agentes están divididos en directivo superior, el ejecutivo, el especialista y el apoyo, los cuales se encuentran subdivididos —excepto el pri-

(155) Artículo 4. Clasificación:

El personal del empleo público se clasifica de la siguiente manera:

1. Funcionario público. El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas.

El Funcionario Público puede ser:

- a) De elección popular directa y universal o confianza política originaria.
- b) De nombramiento y remoción regulados.
- c) De libre nombramiento y remoción.

2. Empleado de confianza. El que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. Se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5 por 100 de los servidores públicos existentes en cada entidad. El Consejo Superior del Empleo Público podrá establecer límites inferiores para cada entidad. En el caso del Congreso de la República, esta disposición se aplicará de acuerdo a su Reglamento.

3. Servidor público. Se clasifica en:

a) Directivo superior. El que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano, programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno.

A este grupo se ingresa por concurso de méritos y capacidades de los servidores ejecutivos y especialistas, su porcentaje no excederá del 10 por 100 del total de empleados de la entidad. La ineficiencia en este cargo da lugar al regreso a su grupo ocupacional.

Una quinta parte del porcentaje referido en el párrafo anterior puede ser designada o removida libremente por el titular de la entidad. No podrán ser contratados como servidores ejecutivos o especialistas salvo que cumplan las normas de acceso reguladas en la presente Ley.

b) Ejecutivo. El que desarrolla funciones administrativas, entiéndese por ellas al ejercicio de autoridad, de atribuciones resolutivas, las de fe pública, asesoría legal preceptiva, supervisión, fiscalización, auditoría y, en general, aquellas que requieren la garantía de actuación administrativa objetiva, imparcial e independiente a las personas. Conforman un grupo ocupacional.

c) Especialista. El que desempeña labores de ejecución de servicios públicos.

No ejerce función administrativa. Conforman un grupo ocupacional.

d) De apoyo. El que desarrolla labores auxiliares de apoyo y/o complemento.

Conforman un grupo ocupacional.

mero— en diversos grupos ocupacionales, teniendo como mecanismo de ingreso el concurso público (156). Entre el primer y el último no existe mayor discusión en su naturaleza, dado que el directivo ejerce función de dirección en programas o proyectos, supervisión de empleados, elaboración de políticas administrativas, entre otras. En cambio, el servidor realiza labores de apoyo o auxiliares a fin de colaborar con los otros agentes de la institución.

Cierta ambigüedad, sin embargo, encontramos entre el servidor ejecutivo y el especialista, toda vez que en principio los cuatro tipos de servidores realizan labor administrativa (siendo que, por definición, en el especialista se le negaría). Asimismo, un servidor ejecutivo podría ejecutar labores en servicios públicos, así como el especialista podría apoyar en labores de fiscalización, entre otros.

En conclusión, tal como puede deducirse, la clasificación no tiene un criterio único y definido, si no por el contrario existe diversidad de los mismos. En ese sentido, mediante Disposición Transitoria, Complementaria y Final (157), se ha dispuesto recibir propuestas legislativas con el objetivo de desarrollar y precisar la normativa, las cuales a la fecha no han clarificado el panorama confuso de la presente legislación.

Finalmente, antes de ingresar al tema del registrador debemos indicar que si bien haremos la referencia según la ley marco empleo público, nos mantenemos en el criterio de distinción del denominado funcionario en relación a la recepción de las potestades públicas (158). La ley Marco del Empleo Público podría clasificarlos como servidor —ejecutivo o especialista— no coligiéndose contradicción alguna con lo manifestado por nosotros, dado que los criterios son distintos, no importando el *nomen* sino la idea que existe detrás de la figura.

(156) Artículo 5. Acceso al empleo público

El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades.

En nuestra opinión dicho artículo sólo es aplicable, según la norma, a los servidores públicos, dado que los otros agentes tienen distintos mecanismos de ingreso.

(157) Segunda Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley número 28175. *En el plazo de ciento veinte (120) días contados a partir de la publicación de la presente Ley, el Poder Ejecutivo remitirá al Congreso de la República las propuestas legislativas sobre:*

1. Ley de la carrera del servidor público.
2. Ley de los funcionarios públicos y empleados de confianza.
3. Ley del sistema de remuneraciones del empleo público.
4. Ley de gestión del empleo público.
5. Ley de incompatibilidades y responsabilidades.

(158) PIRAS, Aldo, Voce: «Discrezionalità amministrativa», en *Enciclopedia del diritto*, núm. XIII. VARESE, Dott. A. Giuffrè ed, 1964, pág. 78.

3. EL REGISTRADOR PÚBLICO

3.1. IDEAS GENERALES

En la década de los noventa, con la liberación económica del Estado y la desburocratización del mismo, se buscó —entre otras cosas— crear un Estado eficiente, en el cual el personal se encuentre lo suficientemente capacitado para cumplir sus funciones. En sede registral, dicho cambio se reflejó en la Ley número 26366: *«Ley de Creación del Sistema Nacional y la Superintendencia de los Registros Públicos»*.

La revisión del Informe Final (11-7-1994), Proyecto de Análisis, Planeamiento y Ejecución de Políticas (PAPI) —solicitado por el Ministerio de Justicia— nos mostró en su diagnóstico un registro desintegrado, con carencia en la información y capacitación del personal, ausencia de uniformidad de criterios, falta de interconexión, entre otros temas.

En ese sentido, la SUNARP ha ido dando directivas —a lo largo de la última década— a fin de solucionar dichos problemas, sin embargo, el escenario va evolucionando y complejizándose, por lo que se generan nuevas situaciones que deben preverse y afrontarse.

Seguramente, el usuario que haya utilizado el sistema registral en la década de los noventa, notará los avances sustanciales que ha tenido la institución. Sin embargo, en la actualidad eso es insuficiente, por nuevos escenarios que se han presentado, por lo que la institución, a través de sus funcionarios, debe brindar mayor celeridad sin dejar de lado la seguridad.

En este sentido, toda vez que la intención de la presente investigación es analizar si es que el registrador es responsable por los errores que cometa en su calificación, es necesario aproximarnos a su realidad a fin de conocer algunos aspectos que influyen en su labor. Asimismo, a modo de referencia, revisaremos la posición que tiene el registrador en los diversos ordenamientos, así como sus antecedentes en el Perú y su regulación actual. Tema necesario para ubicarnos mejor es describir sucintamente la estructura de los Registros Públicos en nuestro país, y la ubicación de éste en nuestro ordenamiento jurídico.

3.2. EL REGISTRADOR PÚBLICO EN EL DERECHO COMPARADO

La bibliografía encontrada sobre el registrador en los diversos ordenamientos es escasa en sede nacional, por lo que a continuación sólo abordaremos propiamente dos países: Alemania y España.

3.2.1. Alemania

En el régimen alemán, la ordenanza de 1897, en su primitiva versión, sólo había determinado que los libros registrales fuesen llevados por registradores, dejando al arbitrio de los respectivos ordenamientos territoriales el nombramiento de aquellos y la designación de las competencias respectivas (159).

Luego, con la ordenanza 1935, con alcance general para toda Alemania, se ha establecido que los Registros fuesen llevados por los Juzgados de Primera Instancia (160).

PAU PEDRÓN nos informa que hasta hace algunas décadas el registro se encargaba a los jueces territoriales de primera instancia, pero eso cambió con la promulgación de la *Rechtpflegergesetz* o Ley sobre Administración de Justicia de 5-11-1969, dado que ahora las funciones registrales están encargadas a los *Rechtpfleger* (161), «administradores de justicia», «funcionarios de la administración judicial con ciertas funciones en la jurisdicción voluntaria» (*Creifelds*) (162).

Al igual que en otros países, para acceder a este cargo se necesita preparación de por lo menos tres años con cursos especializados sobre la materia.

3.2.2. España

Tal como se revisó previamente, en el siglo XIX la labor de los funcionarios fue muy cuestionada, y eso alcanzaba a los registradores. En el pro-

(159) PAU PEDRÓN, Antonio, «Panorama del sistema inmobiliario alemán», en *RCDI*, núm. 551, 1982, pág. 961

(160) ORDENANZA INMOBILIARIA ALEMANA, DE 24 DE MARZO DE 1897, REDACTADA DE NUEVO EL 5 DE AGOSTO DE 1935.

Sección I. Disposiciones Generales:

1. El Juzgado de Primera Instancia como Oficina registral; competencia:

1) *Los libros registrales serán llevados por los Juzgados de Primera Instancia (Oficinas registrales). Estas son competentes respecto de las fincas que estén en su circunscripción.*

2) Si una finca radica en la circunscripción de diversas Oficinas registrales, la Oficina competente se determinará según el parágrafo 5 de la Ley sobre Actos de Jurisdicción Voluntaria.

3) *La competencia objetiva de los funcionarios registrales y la organización y llevanza de los libros registrales se determinan, en cuanto no esté regulado en esta ley, por las disposiciones del Ministerio de Justicia.*

(161) Hay que hacer la acotación que a pesar de las facultades delegadas a dicho funcionario, se deberá acudir en consulta en ciertos casos que enumera la *Rechpflegergesetz* al juez de primera instancia.

(162) PAU PEDRÓN, Antonio, *ibid.*, pág. 962.

yecto de Código Civil de 1836 se regulaba la labor de los tenedores de los Registros (163).

Toda vez que comienzan a realizarse las reformas en la Administración Pública, surgiendo espontáneamente cuerpos de funcionarios que buscaban solucionar el tema de la ineficiencia, la Ley Hipotecaria de 1861 buscó enmendar dicha situación reconociendo la importancia de la labor registral exigiendo, por tanto, una mayor formación para los aspirantes a los cargos (164), tratando de formar una especie de carrera facultativa en la Dirección general que se ha de establecer en Madrid, siendo sus bases constitutivas la oposición para el ingreso, la inamovilidad en el cargo y la antigüedad para el ascenso (165).

(163) Artículo 1.789 del proyecto de Código Civil de 16-11-1836: «*El encargado del Registro de Hipotecas está obligado a entregar a cualquier interesado que se las pida copias de los contratos en que haya habido toma de razón o bien un certificado en el que conste no haberse verificado ninguna.*

Artículo 1.883 de proyecto de Código Civil de 12-6-1851: «*El Tenedor del Registro examinará los títulos por el orden que le hayan sido presentados y concluido el examen inscribirá bajo su responsabilidad únicamente los que estuvieran arreglados a la ley.*

Artículo 1.884 del Proyecto de Código Civil de 1851: «*Si el Tenedor del Registro advierte en el título algún defecto subsanable suspenderá la inscripción (...) Si entiende que debe rehusar definitivamente la inscripción lo anotará en el libro de Presentación.*

Asimismo, debe señalarse la adscripción desde el comienzo de los registradores al Ministerio de Gracia y Justicia y no al Ministerio de Hacienda. «*La Ley de bases de la Ley Hipotecaria de 11-2-1858 insistió mucho y así se reflejó en la base 5.^a; en la necesaria y exclusiva dependencia de los Registradores del Ministerio de Gracia y Justicia, sin perjuicio de la adopción de las medidas necesarias en cuanto a la ejecución por los registradores de los impuestos establecidos o que establecieren sobre los actos sujetos a inscripción.*» GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, «Análisis histórico de la calificación registral. Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral. GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier (Editor), Madrid: Civitas, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Tomo 1, 1996, pág. 191.

(164) El señor Permanyer en nombre de la Comisión precisamente aclaró cómo los escribanos obtuvieron sus nombramientos cuando ya estaba anunciada la reforma hipotecaria, con lo que ya supieron que en lo sucesivo se exigiría ser letrado para ser Registrador. E incluso dice: «*Lo característico del sistema que representa la nueva Ley Hipotecaria es que son muy difíciles, son muy elevadas las atribuciones que de hoy en adelante están llamados a desempeñar los registradores; será éste en lo sucesivo un cargo delicadísimo, ya por las relaciones íntimas que tiene el nuevo régimen hipotecario con casi todas las instituciones del derecho civil, ya por las innovaciones que en el mismo derecho civil se han introducido por la nueva ley (...). En vista de todo esto se ha llegado a decir, y es una gran verdad, que el cargo de Registrador de hipotecas vendría a ser desde hoy una verdadera magistratura. Y si esto es así, ¿no se comprende ya desde luego, sin que tenga yo necesidad de esclarecerlas, las razones que hacen indispensable exigir a los que van a ser registradores que van a desempeñar tan alta magistratura mayores garantías de aptitud que las que se han exigido hasta hoy cuando el cargo de contador se confiaba a un escribano?*» GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, *ibid.*, págs. 188, 189.

(165) PAREJA DE ALARCÓN, F., «Planteamiento de la Ley Hipotecaria» (tomado del Faro Nacional, núm. 182, de 12-3-1861, pág. 113), en GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier

En ese sentido, de los secretarios de ayuntamiento y de los escribanos (166), la Ley de 1861 (167) exigió, en principio, para acceder al cargo, el ser abogado, siendo que luego en 1869 se instauró en forma definitiva el sistema de oposición para el acceso al cargo de registrador.

Actualmente, los registradores están constituidos bajo la técnica organizativa de los *officiers ministeriels* «profesionales oficiales» (168), que le dan una mayor autonomía y su correlativo de responsabilidad (169), accediendo mediante un procedimiento que se denomina oposición, el cual tiene una duración de aproximadamente de cuatro a ocho años, en el que se

(Editor), Madrid, Civitas. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Tomo 1, 1996, pág. 200.

(166) En la Pragmática de 1768: «*Los oficios están a cargo de los “Escribanos de Cabildo”, o sea, de “los Escribanos de Ayuntamiento”. Por tanto, está por un lado, el escribano propiamente dicho, que es el que autoriza los instrumentos y tiene su protocolo; y por otro lado, los Escribanos de Ayuntamiento, que son los encargados de la toma de razón en los Oficios. Estos últimos han de ser nombrados por la “Justicia y Regimiento de las Cabezas de Partido, precediendo las fianzas correspondientes de su cuenta y riesgo”.* En cuanto a las sanciones, corresponde a la “*Justicia Ordinaria del Pueblo, al Corregidor o Alcalde mayor del Partido, y al Juez en cuya Audiencia se presente el Instrumento*”», GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Madrid, Civitas, Tomo 1, 1999, págs. 174-175.

(167) «*Con ello aparece el Registro y el Registrador de la Propiedad como figuras separadas de la Administración General, configuradas sui generis y relacionadas con el ámbito cuasijudicial de la jurisdicción voluntaria. En todo caso la Ley Hipotecaria de 1861 pretende también separarse del sistema francés en el que, desconociendo los importantes aspectos civiles, la institución registral quedaba desnaturalizada*», GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *ibid.*, págs. 204-205.

(168) La fórmula de la profesión oficial respondió a las exigencias del liberalismo económico en el que nace el Estado moderno, y que obligaba a delegar a los particulares el mayor número posible de actividades, pagar con tasa y no con tributos y presupuestos los servicios públicos divisibles y relegar al último lugar la aplicación de la fórmula burocrática estricta de la relación funcionarial. PARADA VÁSQUEZ, José Ramón, «Los Registradores de la Propiedad (a propósito de la presentación del Libro *Práctica Hipotecaria*)», en *La Calificación Registral (Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral)*. Francisco Javier (Editor), Madrid, Civitas. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Tomo 1, 1996, págs. 52-53.

(169) «*El Registrador, por otra parte, califica bajo su responsabilidad no sólo patrimonial, sino técnica; y si la responsabilidad se le impone, debe dársele también los medios para evitarla cuando crea que puede incurir en ella. Esta responsabilidad lleva inevitablemente a la contrapartida de la autonomía de calificación. Al igual que el Juez, el Registrador no puede estar condicionado en su decisión por la opinión de ningún otro compañero ni por la de muchos ni siquiera por la suya propia anterior, así lo han reconocido reiteradas resoluciones de la Dirección General, por ejemplo la de 18 de noviembre de 1960, 5 de diciembre de 1961 y otras y aunque es lógico, la propia Dirección dice que la calificación debe ser seria y no plantear cuestiones intrascendentes o conducir a una encubierta huelga de celo*», VIDAL FRANCÉS, Pablo, «La problemática actual en la calificación registral», en *La calificación registral. Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral*. GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier (Editor), Madrid, Civitas, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Tomo 1, 1996, pág. 287.

evalúan diversas materias a partir de enfoque teórico y práctico, de forma oral y escrita, siendo que al final de su preparación deben rendir su evaluación frente a un Tribunal (170).

Tal cual lo afirmó PARADA VASQUEZ, la fórmula de la profesión oficial respondía —y responde actualmente— a las exigencias del liberalismo económico en el que nació el Estado moderno, y que obligó —y obliga— a dejar en manos de los particulares el mayor número posible de actividades, pagar con tasa y no con tributos y presupuestos los servicios públicos divisibles y relegar al último lugar la aplicación de la fórmula burocrática estricta de la relación funcional. Así pues, el modelo de la profesión oficial es el fruto de un compromiso que permitía y permite, en mayor medida que la concesión de servicio, compatibilizar el control público de la profesión mediante la selección y vigilancia de las personas encargadas de ejercerla, con la eficiencia que supone la gestión privada movida entre el riesgo y el ánimo de lucro de modo análogo a como se produce en la concesión de servicio público (171). En esos parámetros —más amplios que en nuestra sede— se desarrolla la labor del funcionario, lo cual le permite desarrollar su labor como una empresa, la cual tiene los incentivos necesarios para realizar su labor de una manera eficiente.

3.3. EL REGISTRADOR PÚBLICO EN EL PERÚ

3.3.1. *Antecedentes legislativos de los Registros en el Perú y del Registrador Público*

Antecedentes a la era republicana los encontramos en la Pragmática de 1539 y de 1768, los cuales, si bien no se aplicaron debidamente en nuestro país, fueron el marco legislativo existente. Luego de la independencia, se difundió el Proyecto de Código Civil, el Proyecto de Código Civil de don Manuel Lorenzo de Vidaurre (1835) y se promulgó el Código Civil de 1852. En 1868 el doctor Francisco García Calderón emite un informe sobre el Banco de Crédito Hipotecario y Leyes Hipotecarias en el año 1868. El 2-5-1888 se promulga la primera norma consolidada que regula temas hipotecarios, siendo complementada por las Leyes de 25-11-1892, 10-1-1899, 27-12-1895, y el Reglamento Orgánico de los Registros de la Propiedad Inmueble de 11-3-1911.

(170) GÓMEZ GÁLLIGO, Javier, *Revista de Registradores de España*, núm. 42, enero-febrero, III época, pág. 19.

(171) PARADA VÁSQUEZ, José Ramón, «Los Registradores de la Propiedad (a propósito de la presentación del Libro *Práctica hipotecaria*)», *ibid.*, págs. 52-53.

Así pues, la Ley de 1888, en su artículo 1, estableció que el Registro de la Propiedad Inmueble se encontraba bajo la dirección e inspección del Poder Judicial (172). Asimismo, en el ámbito subjetivo, señala los requisitos necesarios para que se pueda acceder al cargo de registrador, indicando que debe prestar las mismas calidades personales y las mismas garantías que los secretarios de cámara de las cortes superiores (173).

El Reglamento de 1905 en su artículo 6.^º dispone la existencia de una Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble en la capital bajo la inmediata dependencia de la Junta de Vigilancia.

En lo concerniente a los registradores, dicho reglamento señala que la elección de éstos es por nombramiento de la Junta de Vigilancia a propuesta del Director General (174), luego de lo cual —a fin de tomar posesión de sus cargos, deben prestar garantía hipotecaria (175)—. Asimismo, entre otras cosas, se señalan las incompatibilidades (176) de la labor del Registrador.

Si bien la norma pudo tener una serie de errores e imprecisiones, en el tiempo fue beneficiosa para el país, tal cual lo manifiesta BALAREZO: «(...) *En 1921 se habían inscrito 24.876 propiedades urbanas y 21.398 propiedades rústicas. Puede calcularse en un 40 por 100 la parte de la propiedad que está bajo el régimen del Registro, siendo mayor la proporción en las propieda-*

(172) No obstante esto, por Ley de 25-11-1892 se reemplazó a la Excmo. Corte Suprema con una Junta de Vigilancia.

(173) Sin embargo, en provincias se reduce la exigencia, asumimos por la poca preparación que en ese tiempo pudiesen tener los sujetos, toda vez que luego de la guerra con Chile y España, adicionalmente con las guerras civiles, el agro fue abandonado y la mayoría de personas con ciertos recursos venían a la capital. Artículo 18 de la Ley de 1888. *Los encargados del Registro de la Propiedad, en las capitales de Departamento, deben reunir las mismas calidades personales y prestar las mismas garantías que la ley exige a los Secretarios de Cámara de las Cortes Superiores. En los de las provincias bastarán las requeridas para ser escribanos públicos.*

(174) Artículo 32 del Reglamento de 1905. *Los Registradores serán nombrados por la Junta de Vigilancia, á propuesta en terna sencilla del Director General, acompañándose los documentos que comprueben que los propuestos tienen las calidades designadas en el artículo anterior.*

(175) Artículo 33. *Los Registradores no podrán tomar posesión de sus cargos, sin prestar garantía hipotecaria por la suma que señale la Junta de Vigilancia al tiempo de hacerse el nombramiento, según la extensión que comprenda el respectivo Distrito de Propiedad y el movimiento y valor de los inmuebles en ese lugar (...).*

(176) Artículo 29 del Reglamento de 1905. *El cargo del Registrador es incompatible con cualesquiera funciones políticas, administrativas, judiciales o municipales. Los cargos de Registrador Principal y Sustituto de Lima son incompatibles además, con el ejercicio de la abogacía, procuración o agencia de pleitos; salvo en las cuestiones en que sean interesadas cualquiera de las personas indicadas en el siguiente artículo. Esta incompatibilidad se hará extensiva para los Registradores de los Departamentos en que los productos permanentes del Registro, basten para el sostenimiento del Registrador, á juicio de la Junta de Vigilancia.*

des urbanas y en las que están cerca de la sede del Registro» (177). Agrega: «(...) cada vez que se ha abierto una nueva oficina, caso en el que la inscripción del primer año, invariablemente ha superado en mucho a las posteriores. Con todo, los propietarios siguen afluendo al Registro, pudiendo establecerse, a partir de 1921, un promedio de 1.000 inscripciones anuales para toda la República» (178).

Luego se promulga el Código de Comercio de 1-7-1902, el Reglamento del Registro Mercantil, la Resolución Suprema de 30-11-1922; Ley número 2.411 de 30-12-1916; El Reglamento Interior de la Oficina de Registro de Lima de 27-9-1921.

Debe tomarse en cuenta que la Constitución de 1920 delega a la Corte Suprema ejercer autoridad y vigilancia sobre el Registro, teniendo la facultad de, incluso, sancionar:

«Artículo 151 de la Constitución de 1920.—La Corte Suprema ejercerá autoridad y vigilancia sobre todos los Tribunales y Juzgados de la República y funcionarios judiciales, notariales y del Registro de la Propiedad, tanto en el orden judicial como en el disciplinario, pudiendo, conforme a la ley, corregir, suspender y destituir a los Vocales, Jueces y demás funcionarios».

Otro interesante detalle de esta normativa, que debe tomarse en consideración, es la aparente consideración de los notarios y registradores como funcionarios públicos.

Luego, en el Código Civil de 1936 se incluye en su Sección V del Libro IV a los Registros Públicos, indicando los Registros que lo conforman, actos materia de inscripción, entre otros, así como lo que algunos creen es el reconocimiento de la autonomía de los registros (179).

La Dirección de Registros era dirigida por un jefe denominado Director General, el cual tuvo autoridad jerárquica sobre todos los demás registradores de la República. El territorio se dividió en distritos, los cuales estuvieron bajo la dirección de un registrador y sus empleados (180).

(177) BALAREZO, Teodoro, *Obligatoriedad de la inscripción inmobiliaria. Tesis para optar por el grado de doctor en Derecho*, Lima, 1930, pág. XI.

(178) BALAREZO, Teodoro, *ibid.*, pág. XI.

(179) «La declaración I del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos consagra la autonomía de los Registros. Dicha autonomía surge de la simple lectura del artículo 1.038 del Código Civil de 1936, el cual habla de los Registros como una “Institución”, o sea, un organismo especial del Estado, sujeto a la dirección de la Junta de Vigilancia; no se trata, pues como comúnmente se cree, de una dirección del Ministerio de Justicia, si no de un organismo autónomo». GUEVARA MANRIQUE, Rubén, y GUEVARA BRINGAS, Rubén, *Derecho Registral*, Tomo I, Lima, Horizonte, 1999, pág. 98.

(180) En Lima existieron tres distritos. S. PORTOCARRERO, Felipe, *ibid.*, págs. 134-135.

Posteriormente se promulgan diversas normas —como el Reglamento General de 16-5-1968 de la Corte Suprema— hasta el Código Civil de 1984 y la Ley número 26366.

3.3.2. *Ley 26.366 y la SUNARP*

Ahora bien, producto de la Ley 26.366 se creó el Sistema Nacional de los Registros Públicos y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos —(en adelante SUNARP)—, la cual es un Organismo Público Descentralizado Autónomo del Sector Justicia que dirige el Sistema Nacional de los Registros Públicos, teniendo personería jurídica de Derecho público, con patrimonio propio y autonomía funcional, jurídico-registral, técnica, económica, financiera y administrativa.

En ese sentido, se aprobó su estatuto mediante Resolución Suprema número 135-2002-JUS, la cual normó la naturaleza, funciones generales y régimen económico y laboral de la SUNARP y establece su estructura orgánica, así como las atribuciones y obligaciones (181) de sus distintos órganos.

Según el artículo 6 del estatuto, los órganos que conforman son la Alta Dirección (conformada por el Superintendente Nacional de los Registros Públicos, el Directorio, el Superintendente Adjunto de los Registros Públicos y el Gerente General), el Órgano Consultivo, el Órgano de Control, los Órganos de Asesoramiento (Gerencia Registral, Gerencia Legal y Gerencia de Presupuesto y Desarrollo), los Órganos de Apoyo (la Secretaría General, la Gerencia de Catastro, la Gerencia de Administración y Finanzas, la Gerencia de Informática, la Escuela de Capacitación Registral, la Oficina de Imagen Institucional y Relaciones Públicas), el Órgano de Segunda Instancia Registral (Tribunal Registral) y los Órganos Desconcentrados (Zonas Registrales).

Ahora bien, el artículo 2 de la Ley 26366 divide a los registros en personas naturales, personas jurídicas, propiedad inmueble y bienes muebles. Estos registros, a su vez, comprenden otros, los cuales no son los únicos, dado que el literal e) incluye a los demás registros de carácter jurídico creados o que se crearán en el futuro.

Cada uno de estos registros están ubicados territorialmente en diferentes oficinas registrales, son organismos públicos desconcentrados de la SUNARP, gozando de un patrimonio propio y autonomía registral, administrativa y económica con las limitaciones establecidas en la presente ley.

Su presupuesto se financia con los ingresos que se generen por la aplicación de sus tasas registrales, donaciones, legados, transferencias y otros recursos provenientes de instituciones públicas y privadas y de la cooperación técnica y financiera internacional.

(181) Artículo 3.

3.3.3. *El marco legal de los registradores*

El artículo 6 de la Ley 26366 señala entre los requisitos para acceder al cargo el ser abogado (182) y el haber aprobado el concurso público de méritos supervisado por la SUNARP, el cual debe estar desprovisto de injerencia política alguna (183).

Dicho concurso no nos debe llevar a deducir que existe un régimen de carrera administrativa (184), toda vez que en principio el régimen en el que se encuentran casi todos los trabajadores es en el laboral (185). De esto se desprende que no existe un régimen de inamovilidad absoluta, pudiendo la administración utilizar su *ius variandi*, siempre que no degrade la investidura del funcionario (186). Asimismo, no existe propiamente un sistema de ascen-

(182) Consideramos que si bien la preparación jurídica es importante, un funcionario debe tener otros conocimientos que deben evaluarse a fin de que el desenvolvimiento del agente sea pleno. ROYO-VILLANOVA, S., «La formación de los funcionarios públicos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 2, mayo-agosto de 1950, pág. 17.

(183) (...) «*No cabe duda que todo afán discriminatorio que pudiera intentarse, por ejemplo, en razón de las ideas políticas, supondría una grave lesión de dicho precepto, así como también la ruptura de ese principio de convivencia al que nos hemos referido y que el nuevo orden constitucional pretende plasmar. En primer lugar, pues, el derecho fundamental al respeto de la dignidad humana. Junto a él también el derecho fundamental de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley y ante el Estado. En efecto, en el artículo 3.º se proclama, concretamente, la igualdad de todos ante la Ley y la prohibición de cualquier tipo de discriminación o trato desigual en razón de raza, sexo, lugar de proveniencia, idioma, concepción religiosa o política, por lo que aquí interesa*». MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, «¿Funcionarios Públicos por gracia del Partido? Consideraciones en torno a las relaciones entre funcionarios públicos y partidos políticos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 39, septiembre-diciembre de 1962, pág. 231.

(184) Para el presente trabajo se realizó una encuesta —entre el 24 y 31 de marzo del presente año— a 22 de 29 registradores del Registro de Propiedad Mueble (se adjunta copia del cuestionario y de los resultados en el anexo I y II) en el cual se obtuvo que el 31,8 por 100 de los encuestados considera que los registradores sí hacen carrera administrativa. De este porcentaje, el 85,71 por 100 considera al ingreso por concurso como un rasgo característico que define tal característica.

(185) El artículo 8 de la Ley 26366 estableció que los registradores nombrados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley están comprendidos dentro del régimen laboral de la actividad privada. Asimismo, respecto a los trabajadores que al momento de la promulgación de la norma ya se encontraban en el régimen del Decreto Ley 276, mediante la séptima Disposición Transitoria se dispuso que deberían optar por continuar en dicho régimen o acogerse al Régimen Laboral de la Actividad Privada. Al respecto, IZQUIERDO HERNÁNDEZ considera que la opción por el otro régimen no desnaturaliza la relación estatutaria entre el funcionario y la administración. «*Un derecho tal ha de clasificarse, de otro lado, como derecho potestativo constitutivo, por oposición a los modificativos y extintivos, pues, como se desprende de lo expuesto hasta ahora, en virtud de su ejercicio, no se modifica la relación jurídica estatutaria existente entre el funcionario y la Administración, cuya relación permanece, por el contrario, inalterable, aunque en suspensio, sino que se superpone a esa relación otra, nueva y diferente, de naturaleza laboral*». IZQUIERDO HERNÁNDEZ, Francisco Javier, y MOLINA GARCÍA, Mónica, *ibid.*, págs. 52-53.

(186) En la inamovilidad relativa se conjugan la normal estabilidad de los funcionarios en el desempeño de sus funciones y la disponibilidad organizativa de la Administra-

sos (187), toda vez que la denominada carrera registral empieza por el cargo de técnico registral, luego asistente y registrador. Sin embargo, para acceder a cada uno de estos cargos debe postularse mediante concurso público.

Así pues, si el ascenso comporta siempre el paso a un puesto superior al que se ocupaba anteriormente, concibiéndose como un acrecentamiento de competencia y círculo de atribuciones, así como elevación del grado jerárquico en el sentido que el funcionario ascendido deja de ser subordinado respecto de otros y simultáneamente tiene nuevos y más subordinados, éste debe lograrse mediante una evaluación entre los mismos funcionarios y no mediante un concurso abierto, toda vez que de verificarse esto no estaríamos propiamente frente a la figura de ascenso, sino de ingreso a la administración (188).

De igual manera, nominalmente se ha establecido que el cargo de funcionario público es incompatible con otros cargos públicos o actividades privadas, lo cual tiene su razón de ser en tres fundamentos: los dos primeros de carácter ético, el tercero de índole pragmático: i) la libertad de acción e independencia y honestidad profesional; ii) la de sustraer tiempo a las actividades del cargo público con el desempeño de otro público o de actividades privadas; iii) una equitativa distribución de haberes, obviando su acumulación en perjuicio de personas aptas para el desempeño de funciones públicas (189).

3.3.4. Autonomía e independencia por parte de los registradores

El literal *a*) del artículo 3 de la Ley 26366 menciona como garantía del sistema la autonomía de sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones registrales, lo cual implica de por sí la independencia de los mismos frente a cualquier injerencia interna o externa que busque influir —fuera de los causes legales— en su decisión (190). Así pues, la presión puede prove-

ción, que puede adoptar las medidas oportunas para la mejor prestación de los servicios. MARTÍN MATEO, Ramón, *ibid.*, pág. 20.

(187) Ascenso es el nombramiento irrevocable y temporalmente ilimitado de un funcionario para un puesto superior dentro del Cuerpo a que pertenece. GUAITA, Aurelio, «El ascenso de los funcionarios públicos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 39, septiembre-diciembre de 1962, pág. 128.

(188) GUAITA, Aurelio, *ibid.*, pág. 139. Así tampoco debe considerarse ni los aumentos de sueldo, ni categorías salariales medios que determinan un ascenso.

(189) ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino, «El problema de las incompatibilidades de los funcionarios públicos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 39, septiembre-diciembre de 1962, pág. 93.

(190) «Los funcionarios han pasado, pues, a ser servidores del Estado, de un Estado integracionista que absorbe y se sirve de muy diversos grupos y partidos en su intento de lograr una regulación adecuada de la convivencia. Servidores de un Estado que se declara alejado, como consecuencia de ello, de cualquier clase de culto a la personalidad, sea en su versión tradicional del monarchisches Prinzip, sea en su versión más reciente,

nir tanto de usuarios externos interesados en el resultado de la calificación, como de funcionarios de la propia institución (191). Por tanto, la independencia propiamente no se otorga en favor del funcionario como sujeto de derecho, sino en función de la labor —investida con facultades públicas— que desempeña (192).

Ahora bien, tal como lo mencionamos líneas atrás, la SUNARP está conformada en sustancia por cargos directivos, los cuales son en su mayoría de confianza, lo cual es pasible de ser utilizado como botín político para el gobierno de turno.

Esto, sumado a la falta de determinación de los límites entre el área política y área administrativa, derivan —entre otros— en el conflicto por mayor libertad de actuación. Los políticos se verán tentados por situar y promocionar al personal de su estricta confianza y tener la mayor capacidad de poder de decisión; en cambio, los funcionarios buscarán asegurarse un ámbito de relativa autonomía (193).

Debe pues cambiarse de enfoque en este tipo de relaciones, toda vez que ambos agentes —el político y el de carrera— se necesitan mutuamente, es decir, el funcionario especializado necesita de la confianza que el político le otorga para desarrollar su tarea, de la misma manera que el político necesita de aquél para traducir en resultados tangibles sus proyectos. El conflicto es latente, sin embargo la colaboración entre ambos es necesaria para el adecuado funcionamiento del sistema (194).

CONCLUSIONES

1. En el Perú nos encontramos en un estado de tipo constitucional, toda vez que se recoge la supremacía de un texto constitucional, el control y la limitación del poder, y el respeto y tutela de los derechos fundamentales. En ese marco se debe integrar el presente trabajo.

2. La función pública la entendemos como aquella potestad abstracta que otorga el estado para el ejercicio de sus agentes, a fin de lograr desple-

aunque bien distante, desde luego, de la anterior, del *Führerprinzip*». MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, *ibid.*, págs. 235, 236.

(191) Revíse el caso de la destitución del superintendente adjunto Manuel García, el cual, bajo sospecha de haber intentado presionar a registradores de la zona registral de Trujillo fue separado de su cargo. Véase <http://www.larepublica.com.pe/content/view/126421/483/> visitado el 21-5-2008.

(192) CHIRONI, Giampietro, *La culpa en el Derecho Civil moderno*. Traducción de la segunda edición italiana corregida y aumentada por C. Bernardo de Quirós. Madrid, Ed. Reus, Tomo II, 2.^a ed., 1928, pág. 14.

(193) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *ibid.*, pág. 24.

(194) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *ibid.*, pág. 22.

gar las actividades propias de la administración a fin de satisfacer el interés general.

En ese sentido, consideramos que funcionario público es aquel agente sujeto que labora en la Administración Pública y ha sido investido de competencias públicas.

3. Nos adherimos, en parte, a la distinción que hace MAYER entre los dos aspectos que existen en el funcionario público, interno y externo, siendo este último el que distingue a dicho agente.

No obstante esto no debe dejar de analizarse al ámbito interno, relación funcionario-administración, dado que pueden luces para establecer el nivel de responsabilidad por parte del funcionario. Si por ejemplo, el vínculo interno es tal en el cual el funcionario se encuentra en un área de normativa dispersa y vasta, con permanente fiscalización, y con una gran carga de trabajo, pero que sin embargo no tiene las condiciones necesarias para desenvolver su labor, esto afectará en el producto de su labor —acto administrativo— pudiendo eventualmente cometer errores, no pudiendo establecerse por tanto responsabilidad directa contra dicho agente.

4. En sede nacional, la normativa para definir quién es funcionario, servidor o empleado público, es diversa y confusa. Sin embargo, en el presente trabajo hemos adoptado que el Registrador es un funcionario público.

Dicho funcionario, si bien forma parte de la administración —sujeto a responsabilidad administrativa, siendo dirigido administrativamente por autoridades superiores, entre otras cosas—, no se encuentra en el régimen de carrera administrativa, estando propiamente en el régimen laboral de la actividad privada.

RESUMEN

PERÚ. REGISTRADOR

La importancia actual del Registrador Público en los diferentes ordenamientos se encuentra fuera de discusión. Sin embargo, es importante conocer la ubicación del mismo dentro de cada sistema. Así como Rechtsfleger alemán, el conservador francés o italiano, o el registrador —profesional liberal español—, en el Perú dicho agente público tiene una configuración propia.

En ese sentido, la idea del texto gira en torno de ubicar la figura del Registrador Público en el ordenamiento jurídico

ABSTRACT

PERÚ. REGISTRAR

The current importance of public registrars in different countries' legislations is beyond dispute. However, it is important to gain a grasp of where public registrars are situated within each system. Like the German Rechtsfleger, the French conservateur, the Italian registrar and the Spanish liberal professional registrar, these public agents have their own unique configuration in Peru.

The idea of the text revolves around situating the figure of the public registrar within Peruvian law (taking the dis-

peruano —tomando como referencia lo desarrollado en el Derecho Histórico Comparado— a partir del tipo de estado, la Administración Pública y su relación con los agentes públicos.

cussion concerning comparative historical law as the reference point) in terms of the type of state, the public administration and its relationship with public agents.

(Trabajo recibido el 14-08-08 y aceptado para su publicación el 29-05-09)