

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS Y EL PRINCIPIO-DERECHO A LA IGUALDAD^(*)

*Christian Sánchez Reyes^(**)*

A la memoria de mis padres, Rómulo y Carlota

El 28 de junio de 2008 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo N° 1057 con el objeto de regular el régimen especial de contratación administrativa de servicios –CAS– y así, según expresa la exposición de motivos de dicha norma, garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública.

Dicha norma incorpora la figura del “contrato administrativo de servicios”, que es un contrato *sui generis*, creado como figura jurídica propia del Derecho Administrativo y de uso privativo del Estado, a través de sus diversas reparticiones, instituciones y entidades, aún aquellas cuyo régimen laboral es, por excepción, el de la actividad privada.

El régimen de contratación de personal en el estado creado por esta norma consolida en una sola figura jurídica, denominada “contrato administrativo de servicios”, las diversas modalidades de contratación en las que existe una prestación de servicios no autónomos o subordinados ejecutada por personas naturales pero no contempladas en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, en algún régimen de carrera especial ni en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

(*) El presente artículo ha sido elaborado sobre la base de un informe entregado a la Presidencia del Consejo de Ministros en el mes de octubre del 2009.

(**) Abogado. Profesor del Curso “Regímenes Laborales Especiales” de la Facultad de Derecho de la PUCP.

Con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1057 y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, se han presentado un conjunto de problemas que pretendemos abordar en el presente artículo, vinculados principalmente a: a) la necesidad de definir la naturaleza jurídica de las labores reguladas por dicho régimen; b) el análisis de la constitucionalidad del régimen CAS en relación al principio de igualdad, y c) un conjunto de problemas de interpretación generados a partir del trato diferenciado introducido por el nuevo régimen del CAS.

No abordaremos en este trabajo el análisis de la constitucionalidad formal del Decreto Legislativo N° 1057 pues esta materia, no menos importante, excede los alcances del presente artículo.

A continuación desarrollamos estos problemas y platearemos una alternativa general de solución para cada uno de ellos.

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS REGULADA POR EL CAS

Este primer punto es trascendental en el análisis de los problemas que trataremos luego, y es que solo a partir de una correcta definición de la naturaleza de los servicios comprendidos en este novedoso régimen, podremos abordar con una mejor perspectiva el análisis y solución de los problemas posteriores.

El CAS, si bien es una modalidad especial y propia del derecho administrativo, no altera la naturaleza jurídica del vínculo contractual que regula entre una entidad del Sector Público y una persona natural.

La aparente confusión que surge al momento de precisar la naturaleza jurídica de la prestación de servicios que regula el CAS, parece tener su origen en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1057:

“Artículo 3.- Definición del contrato administrativo de servicios.- El contrato administrativo de servicios constituye una modalidad especial propia del derecho administrativo y privativa del Estado. Se regula por la presente norma, no se encuentra sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales. La presente norma no se aplica a los contratos de prestación de servicios de consultoría o de asesoría, siempre que se desarrollen en forma autónoma, fuera de los locales o centros de trabajo de la entidad”. (las cursivas son nuestras)

El primer párrafo del citado artículo no hace más que señalar que el régimen CAS es una modalidad especial, propia del derecho administrativo y privativa del Estado, no define este párrafo la naturaleza jurídica de las prestaciones de servicios que regula dicho régimen como sí lo hace el segundo párrafo al señalar expresamente que el régimen CAS no se aplica a los contratos de consultoría o asesoría

siempre que se desarrollen de manera “autónoma”. Por su parte, el artículo 7 de la misma norma señala:

“Artículo 7.- Responsabilidad administrativa y civil.- Los funcionarios o servidores públicos que efectúen contratación de personas que presten servicios no autónomos fuera de las reglas del presente régimen, incurrir en falta administrativa y, en consecuencia, son responsables civiles por los daños y perjuicios que le originen al Estado”. (el subrayado y las cursivas son nuestros)

Una interpretación sistemática de ambos artículos permite concluir que el vínculo contractual antes mencionado regula una prestación personal de servicios desarrollada de manera dependiente o subordinada⁽¹⁾ (*no autónoma*⁽²⁾ que es equivalente a subordinada) a través de la cual la persona contratada se somete al poder de dirección de la entidad y desarrolla su actividad conforme a los parámetros previamente designados por ella. Algunos elementos que tomamos en consideración para reforzar la naturaleza subordinada del CAS:

- Su naturaleza jurídica se desprende de la interpretación sistemática de lo dispuesto en los artículos 3 y 7 del decreto legislativo N° 1057⁽³⁾

(1) “La subordinación es un vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción de un lado, y dirección, del otro, son los dos aspectos centrales de este concepto. La subordinación es propia del contrato de trabajo (artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral), ya que en las prestaciones de servicios reguladas por el Derecho Civil o Mercantil, existe autonomía (en los contratos de locación de servicios y de obra, según los artículos 1764 y 1771 del Código Civil, respectivamente)”. NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Lima, 2004

(2) “El trabajo que interesa al Derecho del Trabajo es únicamente el que se cumple por cuenta ajena. Pero la regulación de este sector no le corresponde en exclusiva al Derecho del Trabajo, aunque sí la del subsector compuesto por quienes se vinculan con el tercero en forma subordinada (como veremos en el punto 1.3.2). Los otros subsectores, integrados por sujetos que se desempeñan con autonomía, los regula el Derecho Civil o el Derecho Mercantil. Esta circunstancia ya excluye de partida del ordenamiento laboral en nuestro país, dada la estructura de la población económicamente activa, a alrededor del 60% de esta, que se ocupa en labores por cuenta propia: campesinos, ambulantes, artesanos, etc”. “(...)En el trabajo por cuenta ajena (como ya vimos en el punto 1.2.3), dos individuos tienen entre sí un vínculo jurídico previo a la elaboración del producto, que hace titular de este al tercero. Pues bien, ese vínculo puede ser subordinado o autónomo, según la posición de uno de los sujetos respecto del otro. El primero, le permite al acreedor de trabajo dirigir la prestación del deudor; en el segundo, en cambio, este último dirige su propia prestación”. NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Lima, 2004

(3) Decreto Legislativo N° 1057: “Artículo 3.- Definición del contrato administrativo de servicios.- El contrato administrativo de servicios constituye una modalidad especial propia del derecho administrativo y privativa del Estado. Se regula por la presente norma, no se encuentra sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales. La presente norma *no se aplica a los contratos de prestación de servicios de consultoría o de asesoría, siempre que se desarrollen en forma autónoma*, fuera de los locales o centros de trabajo de la entidad”.

“Artículo 7.- Responsabilidad administrativa y civil.- Los funcionarios o servidores públicos que efectúen contratación de personas que presten servicios no autónomos fuera de las reglas del presente régimen, incurrir en falta administrativa y, en consecuencia, son responsables civiles por los daños y perjuicios que le originen al Estado”.

- Es definido como un contrato que regula prestaciones de servicios no autónomas, esto es, subordinadas
- Se regula en oposición a los contratos que regulan prestaciones de servicios autónomas o no subordinadas, como son los contratos de consultoría o asesoría
- Se establece el derecho a una jornada máxima, descanso físico semanal, descanso anual remunerado, se incluye a los CAS como afiliados regulares del régimen contributivo de la seguridad social en salud, se les otorga a posibilidad de afiliarse a un sistema pensionario, la posibilidad de imponer sanciones a los trabajadores contratados a través de un CAS por incumplimiento en la prestación de servicios (indicio del poder disciplinario de un empleador⁽⁴⁾), todos ellos son rasgos que “laboralizan” la prestación de servicios y ratifican su naturaleza subordinada

Como bien reconoce la doctrina laboral y civil, existen dos grandes modalidades de prestación personal de servicios: el contrato de trabajo y el contrato de locación de servicios; el régimen de contratación administrativa de servicios, por su naturaleza, regula una prestación personal de servicios dependiente con todas las consecuencias jurídicas que dicho régimen genera.

En atención a lo señalado, el régimen del CAS regula una relación jurídica de naturaleza laboral de carácter especial, diferenciada del contrato de trabajo regulado por el régimen laboral de la actividad privada y de la regulación del régimen público general y de aquellos regímenes de carrera especial.

Antes de pasar al análisis de la constitucionalidad del régimen CAS en relación al principio de igualdad, abordaremos un conjunto de problemas de interpretación generados a partir del trato diferenciado introducido por el nuevo régimen del CAS.

II. LOS PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN Y LOS VACÍOS NORMATIVOS GENERADOS POR UN INADECUADO TRATAMIENTO NORMATIVO DEL RÉGIMEN CAS

Los problemas jurídicos que presenta el régimen CAS pueden ser agrupados en dos categorías: a) problemas de interpretación (una norma con más de un

(4) “El poder de dirección que el empleador adquiere a partir del contrato de trabajo, se plasma en algunas atribuciones y se somete a ciertos límites, como veremos a continuación. En lo que se refiere al contenido del poder de dirección, según la doctrina este le permite al empleador dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador. De modo similar define la subordinación la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 9. El empleador puede, pues, impartir instrucciones, tanto de forma genérica, mediante reglas válidas para toda o parte de la empresa (incorporadas comúnmente al reglamento interno de trabajo, al que nos referiremos en el punto 2.3.5), como de forma específica, destinadas a un trabajador concreto; verificar si se cumplen adecuadamente o no; y, en caso de constatar su inobservancia imputable al trabajador, sancionarlo por ello”. NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima, 2004

sentido interpretativo) y b) vacíos normativos (ausencia de una norma jurídica que regule un caso concreto)⁽⁵⁾.

Estos problemas de interpretación y vacíos normativos son de suma gravedad y ponen en serio peligro la adecuada gestión de los recursos humanos en la administración pública, además de colocar innecesariamente a la administración en un dilema mayor: optar por la aplicación irrestricta del principio de legalidad o asumir un rol de intérprete conforme a la Constitución en salvaguarda del principio de supremacía de la norma constitucional, papel que para nuestra administración ha sido históricamente muy difícil de cumplir por las condiciones propias de su incipiente desarrollo y profesionalización.

Debemos advertir que las lagunas que se presentan a partir del texto del Decreto Legislativo N° 1057, resultan ser lagunas normativas de nivel legal, es decir, presentes en una norma con rango de ley. A pesar de ello, como analizamos más adelante, existen un conjunto de derechos laborales reconocidos constitucionalmente y de aplicación directa a los trabajadores a partir de su reconocimiento constitucional como derechos fundamentales.

Frente a los vacíos jurídicos presentados, se deben elaborar interpretaciones que refuercen el principio de coherencia normativa⁽⁶⁾ y de fuerza normativa de la Constitución⁽⁷⁾, todo ello para uniformar y armonizar la aplicación de las normas

(5) “Las normas son producidas para regular hechos. Pero en esta lógica pueden suceder diversas hipótesis. Ellas están enunciadas en el cuadro adjunto, y son las cuatro siguientes: que no haya norma aplicable, que haya una única, que haya una relacionada con otra o que haya varias a la vez. Si no hay norma aplicable se configura una laguna y tenemos que acudir a alguno de los métodos de integración que nos permiten construir una respuesta para el hecho. Si hay una única norma aplicable, estamos ante una hipótesis de aplicación bastante sencilla, salvo que su interpretación se dificulte. Si hay una norma relacionada con otra, debemos resolver primero esta relación, para luego aplicar la norma apropiada al hecho. Por último, si hay varias normas simultáneamente aplicables, tenemos una concurrencia no conflictiva entre ellas y, por lo tanto, se utilizan todas conjuntamente”.

(6) “Apuntala la normatividad sistemática del orden jurídico, que consiste en considerar al Derecho como un sistema y a este como un conjunto de partes interrelacionadas y que rigen su relación por principios comunes. En el derecho como sistema, las diversas normas son consonantes entre sí y trabajan armónicamente. Solo en caso de no poderse encontrar un vínculo entre ellas, cuando son antagónicas, quien trabaja en el Derecho debe elegir una de las dos y desechar la otra (aplicando las reglas de la jerarquía de normas, o bien qué norma posterior prima sobre una norma anterior, o bien qué norma especial prima sobre una norma general, etc.) En cualquier caso y salvo las circunstancias excepcionales indicadas al final del párrafo anterior, el Derecho debe buscar que sus diferentes normas sean coherentes y armónicas entre sí. Como indica la sentencia citada, dos son los elementos que permiten hacer este trabajo: -La coherencia normativa, que consiste en trabajar la armonización de las normas entre sí. - La jerarquía de las normas dentro del sistema, porque, como es obvio, una norma superior siempre primará sobre una norma inferior (lo que está expresamente establecido en el artículo 51 de la Constitución. Hay que notar que estos dos principios no son excluyentes entre sí y que, ante sbien, trabajan conjuntamente. Ello quiere decir que, respetando la jerarquía de normas jurídicas, siempre se deberá buscar la coherencia entre ellas. Esto es exigible cuando las normas tienen la misma jerarquía, pero también cuando esta es distinta”. RUBIO CORREA. Marcial. *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, pp. 111-112.

(7) Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 5854-2005-PA/TC, fundamento jurídico N° 12: “*El principio de fuerza normativa de la Constitución*: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no solo parcialmente.

que regulan el régimen del CAS en todas las entidades de la Administración Pública, a efectos de que no existan discrepancias en su aplicación y que se respeten los derechos reconocidos constitucionalmente a todo el personal contratado bajo dicho régimen. El primer esfuerzo está orientado a armonizar su contenido con la Constitución y el “bloque de constitucionalidad”⁽⁸⁾ que componen las normas que se integran a la interpretación de los derechos que la Constitución reconoce.

Frente a este conjunto de problemas de interpretación e integración, establecimos algunos ejes centrales que servirían de guías para la labor interpretativa e integradora que describiremos más adelante.

III. NORMAS CONSTITUCIONALES DIRECTAMENTE APLICABLES A TODA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SUBORDINADA

El marco constitucional que define el conjunto de derechos previstos para todo trabajador (persona que desarrolla una prestación personal de servicios subordinada) tiene como sustento constitucional lo establecido en los artículos 23⁽⁹⁾ y 51⁽¹⁰⁾ de la Constitución.

A partir de lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución, ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, quedando comprendidos los que le corresponden al trabajador como tal (denominados por la doctrina derechos laborales específicos, como la libertad sindical o la estabilidad

Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto”.

- (8) Sobre el particular el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico VII de la sentencia recaída en el expediente N° 053-2004-AI/TC ha señalado: “En anteriores oportunidades el Tribunal Constitucional ya se pronunció sobre el contenido del parámetro de constitucionalidad, señalando que el mismo “(...) puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (v.g. la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de “normas sobre la producción jurídica”, en un doble sentido; por un lado, como “normas sobre la forma de la producción jurídica”, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como “normas sobre el contenido de la regulación”, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido”. (STC N° 007-2002-AI/TC y STC N° 0041-2004-AI/TC). Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico, la referencia al parámetro de constitucionalidad o Bloque de la Constitucionalidad, tiene como antecedente inmediato el artículo 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que hoy se incorpora en el artículo 79 del Código Procesal Constitucional como principio de interpretación, cuyo tenor es: “(...) para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona” (Subrayado nuestro). En estos casos, las infracciones directas a las normas que conforman el parámetro de constitucionalidad determinarán, por consiguiente, afectaciones indirectas a la jerarquía normativa de la Constitución, como lo prevé el artículo 75 del Código Procesal Constitucional”.
- (9) Constitución, artículo 23: “Artículo 23.- El Estado y el trabajador. (...) Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.
- (10) Constitución, artículo 51: “Artículo 51.- Supremacía de la constitución. La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. (...)”

laboral como parte del contenido esencial del derecho al trabajo) como aquellos que le corresponden por el hecho de ser persona (denominados derechos laborales inespecíficos, como es la libertad de expresión). La aplicación de estos derechos constitucionales no puede ser limitada por ninguna norma.

Conforme al artículo 23 de la Constitución, los derechos laborales reconocidos a todo trabajador tienen aplicación directa por tratarse de derechos fundamentales, a esta conclusión arribamos a partir de una interpretación del texto constitucional en base a los principios de coherencia normativa, fuerza normativa de la Constitución y concordancia práctica⁽¹¹⁾.

Así, por ejemplo, el derecho constitucional a la libertad sindical, si bien no está expresamente reconocido en el Decreto Legislativo N° 1057 configurando una laguna a nivel legal, al encontrarse previsto en la Constitución resulta de aplicación directa junto con lo dispuesto por el Convenio N° 87 de la OIT que regula libertad sindical, conformando un bloque de constitucionalidad en tanto las normas internacionales, según lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución⁽¹²⁾, sirven de marco interpretativo del contenido constitucional de los derechos reconocidos por la Constitución⁽¹³⁾.

-
- (11) Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N° 5854-2005-PA/TC, PIURA “**El principio de concordancia práctica**: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 de la Constitución)”.
- (12) En la sentencia recaída en el expediente N° 00218-2002-HC/TC, el Tribunal constitucional ha señalado que “*De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado peruano. Tal interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región*”.
- (13) Es pertinente mencionar que a fines del años 2008 la Central Autónoma de Trabajadores del Perú –CATP– presentó una queja ante El Comité de Libertad Sindical –CLS– de la OIT en tanto la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de la Región Ucayali denegó el registro de un sindicato de trabajadores por que el mismo estaba integrado por trabajadores contratados bajo el régimen del CAS, señalando que estos no se encuentran sujetos a ningún régimen laboral. Sobre el particular el CLS señaló: “*El Comité desea recordar que el Convenio núm. 87 y más concretamente el derecho de constituir organizaciones se aplica a todos los trabajadores «sin ninguna distinción» con la sola posible excepción de las fuerzas armadas y la policía y considera, por lo tanto, que los trabajadores de la limpieza de la Municipalidad de Coronel Portillo, deberían disfrutar de las garantías del Convenio. Todos los trabajadores, sin distinción alguna, deben tener derecho a constituir las organizaciones de su elección y a afiliarse a ellas, ya sean trabajadores permanentes trabajadores contratados temporalmente o, trabajadores temporeros [véase Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, quinta edición, 2006, párrafo 255]. El Comité expresa pues la firme esperanza de que las autoridades tendrán plenamente en cuenta este principio en el examen que están realizando sobre el derecho de sindicación del personal de las entidades públicas contratado bajo el régimen de contratación administrativa de servicios y de que la decisión que tome el Gobierno será adoptada sin demora y permitirá a los afiliados al Sindicato de Trabajadores de*

Ahora bien, para la regulación del derecho constitucional debemos recurrir, por analogía, a las normas del régimen laboral privado por ser de naturaleza similar a la del régimen laboral del CAS, no siendo posible integrarlas recurriendo al régimen laboral público pues este último tiene una naturaleza distinta al regular un régimen de carrera administrativa. La aplicación analógica, en todo caso, debe siempre aplicarse respetando la naturaleza similar de la institución jurídica no regulada y la regulada⁽¹⁴⁾.

IV. EL RÉGIMEN CAS Y EL DERECHO-PRINCIPIO A LA IGUALDAD

El punto de partida para el análisis de este punto tiene directa relación con el trato diferenciado que introduce el régimen CAS entre los trabajadores de la administración pública al constituirse en un régimen de contratación de prestaciones personales de servicios subordinadas diferenciado del régimen laboral de la actividad privada y pública y de cualquier régimen de carrera especial.

De ahí que debemos analizar si esta diferenciación normativa obedece a criterios objetivos, es decir, si el trato diferenciado es constitucional o de lo contrario viola el principio-derecho a la igualdad⁽¹⁵⁾.

Servicios de la Municipalidad de Coronel Portillo obtener el registro. El Comité urge al Gobierno a que lo mantenga informado al respecto. Recomendación del Comité 892. En virtud de las conclusiones que preceden, el Comité invita al Consejo de Administración a que apruebe la recomendación siguiente: Recordando que los trabajadores de la limpieza de la Municipalidad de Coronel Portillo, deberían disfrutar de las garantías del Convenio núm. 87 y, en particular, del derecho de constituir organizaciones, el Comité expresa la firme esperanza de que las autoridades tendrán plenamente en cuenta este principio en el examen que están realizando las autoridades sobre el derecho de sindicación del personal de las entidades públicas contratado bajo el régimen de contratación administrativa de servicios y de que la decisión que tome el Gobierno sea adoptada sin demora y permitirá a los afiliados al Sindicato de Trabajadores de Servicios de la Municipalidad de Coronel Portillo obtener el registro. El Comité urge al Gobierno a que lo mantenga informado al respecto”.

- (14) “La doctrina distingue entre la analogía y la interpretación extensiva. Hay muchas y muy diversas propuestas de diferenciación, entre las cuales nos resulta más convincente la elaborada por Díez-Picazo (1982: 283). Según este autor, estamos ante la analogía cuando trasladamos la norma de un marco institucional a otro, y ante la interpretación extensiva, cuando nos movemos dentro de su marco institucional, pero ampliamos el supuesto de la norma. En ambos casos debe haber semejanza sustancial entre el elemento no regulado y el regulado, para poder emplear este para aquel. Atendiendo al criterio expuesto, hay utilización de la analogía si nos desenvolvemos en instituciones distintas. Por ejemplo, si una norma sobre vacaciones no establece si los días de ausencia por enfermedad se computan como trabajo efectivo para la percepción del beneficio, pero otra referida a la compensación por tiempo de servicios sí considera ese supuesto como computable para este beneficio, y se entiende que hay similitud entre ambos, puede conferirse también para el primero. En cambio, opera la interpretación extensiva si actuamos en la misma institución. Por ejemplo, si una norma reconoce el derecho a seguro contra accidentes a varios tipos de trabajadores mineros, pero no menciona a uno concreto. Si se constata la identidad entre esos supuestos, puede considerarse al último también comprendido en el beneficio”. NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Lima. 2004.
- (15) Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en la acción de inconstitucionalidad seguida por el Colegio de Abogados de Ica contra el Congreso de la República, Exp. N° 00027-2006-PI, fundamentos jurídicos 1 y 2: “A nivel constitucional, se ha reconocido en el artículo 2, numeral 2) el principio-derecho a la igualdad, dentro del Capítulo correspondiente a los *Derechos Fundamentales de la Persona*, en el Título *De la Persona y de la Sociedad*: “Toda persona tiene derecho a: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe

Conforme a lo dispuesto por el artículo 23 de la Constitución, el Estado asume las siguientes responsabilidades con relación al trabajo: a) promover condiciones para el progreso social y económico, para tal efecto, tiene la obligación de establecer políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo; b) asegurar que ninguna relación laboral limite el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador; c) asegurar que a ningún trabajador se le obligue a prestar servicios sin retribución compensatoria o sin su libre consentimiento y d) proteger especialmente la actividad laboral de la madre, el menor de edad y el impedido.

Precisamente, con apego a la cláusula de Estado Social, las medidas legislativas adoptadas de cara regular el empleo público no pueden estar divorciadas de los derechos reconocidos por la Constitución para todo trabajador y no pueden privar a estos del goce de los derechos económicos y sociales consagrados en la Constitución.

Conforme lo hemos señalado anteriormente, debemos analizar si el trato diferenciado introducido por el régimen CAS es uno justificado por motivos o razones objetivas o si nos encontramos frente a un caso de vulneración al principio de igualdad ante la ley, determinando si los trabajadores contratados bajo el régimen CAS estarían siendo víctimas de un trato diferenciado no justificado frente al resto de trabajadores de la administración pública. Para ello utilizaremos el denominado test de igualdad desarrollado por el Tribunal Constitucional⁽¹⁶⁾.

Conforme a dicho test, pasaremos a analizar el régimen CAS a la luz de sus tres sub principios: el de idoneidad o de adecuación, el de necesidad y el de proporcionalidad.

En cuanto al primero de ellos, sub principio de idoneidad o adecuación, nos dice el Tribunal que el análisis de “(...) *toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente*

ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, o de cualquiera otra índole. 2. Con relación a la Igualdad, este Colegiado se ha pronunciado indicando que “(...), la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho, y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscriben todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables”.

- (16) Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N° 0027-2006-AI, Colegio de Abogados de Ica vs. Congreso de la República, fundamento jurídico N° 73: “Este Tribunal ya se ha pronunciado acerca del desarrollo del *Test de Igualdad (Razonabilidad o Proporcionalidad)*, indicando que “El *test* de razonabilidad o proporcionalidad (...) es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por lo tanto, violatorio del *derecho-principio* a la igualdad. Dicho *test* se realiza a través de tres subprincipios: 1. subprincipio de idoneidad o de adecuación; 2. subprincipio de necesidad; y 3. subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu*. Criterios que en su momento fueron utilizados por este Colegiado en las sentencias 0016-2002-AI y 0008-2003-AI (...)”.

legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada". (las cursivas son nuestras)

En primer lugar debemos señalar que el régimen CAS sí tiene directa incidencia en derechos constitucionales que corresponden a todos los trabajadores, pensemos por ejemplo en el carácter eminentemente temporal de la relación de trabajo que regula (incluso puede ser utilizado para realizar labores permanentes de la entidad) lo que afecta el principio de causalidad en la contratación temporal y la estabilidad laboral del trabajador como parte del contenido del derecho al trabajo.

También debemos destacar entre sus principales características: la supresión y no reconocimiento de la libertad sindical para los trabajadores del régimen CAS, la ausencia de regulación de la licencia por maternidad para las trabajadoras del régimen CAS, la ausencia de un mecanismo de protección contra el desempleo de los trabajadores del régimen (al carecer de Compensación por Tiempo de Servicios se les priva de este mecanismo de protección) y en el carácter no obligatorio de la afiliación de todos los trabajadores a un régimen de pensiones.

Todos ellos, son derechos de contenido eminentemente constitucional por estar vinculados a derechos reconocidos expresamente por nuestra Constitución para todos los trabajadores: la libertad sindical, la protección de la madre trabajadora en el caso de la licencia por maternidad, la protección contra el desempleo y el derecho a obtener una pensión, estos últimos vinculados al contenido de la seguridad social como instrumento protector contra las contingencias que afectan a los trabajadores. La intervención del régimen CAS en un conjunto de derechos que atañen a todos los trabajadores resulta evidente y reviste gravedad.

Sobre la legitimidad constitucional del objetivo que pretende alcanzar el régimen CAS es pertinente citar lo señalado por el TC en los fundamentos 1 y 2 de la sentencia recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC, el cual indica:

“1.La materia regulada por la ley se refiere al empleo público, elemento fundamental para el adecuado funcionamiento del Estado. Respecto al empleo público en el Perú, el Informe Final de la Comisión Multisectorial Encargada de Estudiar la Situación del Personal de la Administración Pública Central (creada por Decreto Supremo N° 004-2001-TR) presentado el 15 de julio de 2001, constató que existe un verdadero caos en la Administración Pública, reflejado en la existencia de múltiples organismos y sistemas de pagos al personal; una dispersión de conceptos remunerados y no remunerados; y una gran variedad de montos. Del mismo modo, de la revisión de los cuadros estadísticos del mismo informe, este Tribunal comprueba la inequidad existente en las remuneraciones de los servidores del Estado en sus diversas jerarquías y de instituciones públicas frente a otras.

2. Asimismo, la subsistencia de diferentes regímenes legales de contratación del empleado público ha generado la cantidad de 60,000 trabajadores públicos administrativos que se desempeñan en la modalidad de servicios no personales⁽¹⁷⁾, con contratos que vencen cada dos o tres meses, sin seguridad social, ni CTS, ni vacaciones, situación que no puede ser tolerable en un Estado Democrático y Social de Derecho. (Véase Verdades y Mitos, La Reforma del Empleo Público, Encarte de Derecho, El Peruano, 10 de mayo de 2005).

En tal sentido, la síntesis del Acuerdo Nacional de fecha 19 de abril de 2004, expresa en su punto 17 como una de las medidas de corto plazo a implementarse hasta el año 2006, que se debe establecer un sistema adecuado de la carrera pública y realizar un censo integral de todos los funcionarios que reciben pago por parte del Estado. Asimismo, en el Compromiso Político, Social y Económico de Corto Plazo del Acuerdo Nacional del 19 de abril de 2004, se dispone en el numeral 114 plantear un nuevo sistema de remuneraciones en el sector público.

Por las consideraciones precedentes, el Tribunal Constitucional reconoce que le corresponde al Congreso de la República la tarea de revertir la situación descrita con carácter prioritario y urgente, a fin de iniciar la uniformidad, equidad y modernización del empleo público, sin lo cual no puede haber un adecuado funcionamiento de la Administración Pública. Establecidas estas premisas, procederemos a evaluar la constitucionalidad de las normas cuestionadas”. (las cursivas son nuestras)

Como se puede apreciar, la legitimidad constitucional de la medida se sustenta en la necesidad de regular el acceso al empleo público⁽¹⁸⁾ como también en la necesidad de revertir una situación de informalidad laboral de un conjunto de personas que prestaban servicios para la administración pública sin ningún estatuto que regule su prestación personal de servicios, privadas de un conjunto de derechos de naturaleza individual o colectiva y sin protección social, situación que se traducía en un evidente trato discriminatorio frente al resto de trabajadores subordinados que sí contaban con un régimen que regulara sus derechos y con un sistema de protección social en salud y pensiones.

(17) Según la información estadística que obra en el anexo I de este informe, tenemos que al 31 de diciembre del año 2007 existían en el sector público un total de 149,386 trabajadores contratados a través de contratos por servicios no personales.

(18) El Tribunal Constitucional ha expresado en la sentencia recaída en los expedientes N° 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC (acumulados), que el derecho de acceso a la función pública tiene rango constitucional por estar contemplado en tratados sobre derechos humanos. Sobre el particular, el Tribunal ha señalado que el contenido, por antonomasia, del derecho de acceso a la función pública es la facultad de acceder o intervenir en la gestión de la cosa pública, esto es, en el ejercicio de una función pública. El Tribunal entiende que los contenidos de este derecho son los siguientes: a) acceder o ingresar a la función pública, b) ejercerla plenamente, c) ascender en la función pública y d) condiciones iguales de acceso.

En relación a la idoneidad de la medida⁽¹⁹⁾, se aprecia que se cumple una relación de causalidad si vinculamos el fin constitucionalmente válido de la política (regulación del acceso al empleo público y superación de un trato discriminatorio de un grupo de trabajadores de la administración pública a través de su formalización) con el medio utilizado (establecimiento de un régimen de contratación para labores subordinadas pero diferenciado de cualquier régimen laboral y privativo del estado). De esta forma, el régimen CAS supera el test en cuanto al primer sub principio.

Según el segundo sub principio, el de necesidad, el Tribunal afirma “(...) *para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental*”.

Tratándose de un grado de intervención grave en el ejercicio de un conjunto de derechos constitucionales de los trabajadores del sector público contratados bajo el régimen CAS, el medio elegido (creación de un régimen de contratación especial que incide en la reducción de derechos como un instrumento de reducción de costos laborales para no afectar el gasto público) debe aparecer como absolutamente necesario para la consecución del objetivo constitucional (formalizar las relaciones de trabajo en el empleo público), sin que exista otra política menos gravosa o que genere un menor daño.

La creación de un régimen especial con menores derechos para los trabajadores debe constituirse en un instrumento absolutamente necesario para la formalización del empleo público; si existen otras medidas de formalización menos gravosas para los derechos constitucionales de los trabajadores, la política no superaría el juicio de necesidad.

Dos argumentos nos permiten afirmar que este sub principio se ve afectado. En primer término, se pudo haber logrado la formalización de este grupo de trabajadores aplicando el principio de primacía de la realidad y reconociendo la existencia de un contrato de trabajo con todas las consecuencias jurídicas que ello implica, incorporando progresivamente a estos trabajadores a un régimen de contratación laboral sin afectar desproporcionadamente otros principios que regulan el acceso al empleo público⁽²⁰⁾.

(19) Sobre el análisis de la idoneidad nos dice el Tribunal que “(...) *es necesario recordar que se refiere a una relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención, y el fin que busca la medida*”, *sentencia recaída en el expediente N° 018175-2006-PA/TC, Víctor Ricardo Luna Mendoza y otros vs. contra el Congreso de la República y el Ministerio de Relaciones Exteriores.*

(20) Recordemos que una de los medios de provisión de personal utilizado por el Estado era el denominado contrato por “servicios no personales”, sustituido posteriormente por el CAS. Tanto el Tribunal Constitu-

De otro lado, la formalización de los vínculos basada en un trato diferenciado en relación a un menor conjunto de derechos reconocidos a los trabajadores con el pretexto no generar una mayor gasto público, solo podía afectar derechos de simple contenido económico (como las gratificaciones, asignación familiar, entre otros) pero de ninguna manera derechos de contenido constitucional. De otro lado, es previsible que este trato diferenciado genere a futuro un mayor gasto público por el reconocimiento de derechos a favor de los trabajadores a través del acceso a la justicia ordinaria o constitucional.

Finalmente, sometemos al régimen CAS al juicio de proporcionalidad, al respecto señala el Tribunal “(...) *para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por lo tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental*”.

Corresponde entonces verificar si la realización del fin perseguido (formalización las relaciones de trabajo en el empleo público de un grupo de trabajadores que venía prestando servicios para el Estado a través de contratos de servicios no personales) es proporcional a la medida adoptada (formalización basada en la creación de un régimen diferenciado de los regímenes laborales público o privado con un reconocimiento parcial de derechos para no afectar el gasto público).

Para este análisis es imprescindible señalar que por tratarse de una política de formalización del empleo público con grave intervención en el ejercicio de un conjunto de derechos constitucionales, la temporalidad de la misma debe ser estricta, sin embargo, el régimen CAS aparece como uno sin límite de tiempo que, sumado a los anteriores periodos de prestación de servicios de los trabajadores que estuvieron contratados a través de un contrato por servicios no personales, termina extendiendo en el tiempo una situación de trato diferenciado sin que existan motivos objetivos que lo justifiquen.

Consecuentemente, el régimen CAS como política de formalización del empleo público basada en un reconocimiento parcial de derechos para no afectar el gasto público, no supera el test de igualdad al haber generado un trato diferencia-

cional, como el Poder Judicial, aplicando del principio de primacía de la realidad, han dictado sentencias que han permitido que algunas personas contratadas mediante contratos por “servicios no personales” sean consideradas como trabajadores públicos incorporándolas a un régimen laboral o de carrera sin haber ingresado por concurso público. Esta situación vulnera los principios de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos y los de mérito y capacidad, de ahí que las soluciones que brinde la justicia ordinaria o la constitucional a futuro deberían ponderar los principios en conflicto sin sacrificar desproporcionadamente aquellos regulan el acceso a un cargo público y que, por su naturaleza, protegen intereses de carácter colectivo. Así, por ejemplo, una solución ponderada sería la de garantizar al trabajador un derecho a solicitar la creación de una plaza y postular a ella con una bonificación adicional, una solución de este tipo protegería adecuadamente los principios antes mencionados sin sacrificarlos desproporcionadamente.

do injustificado en los trabajadores sujetos a un contrato de servicios no personales sustituido posteriormente por un sujeto al régimen CAS.

Corresponde a un Estado Social de Derecho decidir los correctivos que restablezcan los equilibrios necesarios para el ejercicio de los derechos constitucionales afectados, los que a nuestro juicio pasan por una derogación del régimen CAS y la contratación de los trabajadores a través del régimen laboral privado el que ofrece suficientes garantías para los trabajadores un amplio margen de flexibilidad para el Estado empleador.

V. CONCLUSIONES

- El régimen del CAS regula una relación jurídica de naturaleza laboral de carácter especial, diferenciada del contrato de trabajo regulado por el régimen laboral de la actividad privada y de la regulación particular que hace el régimen público general o de aquellos regímenes de carrera especial de las prestaciones de servicio dependientes en el Estado. La cuestión central a resolver es si ese trato diferenciado está basado en motivos objetivos para finalmente determinar si es concordante con el principio-derecho a la igualdad.
- El régimen CAS como política de formalización del empleo público basada en un reconocimiento parcial de derechos para no afectar el gasto público, no supera el test de igualdad al haber generado un trato diferenciado injustificado. Se trata de un régimen que no encuentra sustento en las diferencias que justificarían un trato diferenciado y pierde de vista que las evidentes situaciones de desigualdad deben ser compensadas por el Estado a través del reconocimiento efectivo de los derechos sociales que permitan transitar de una igualdad formal a una igualdad sustancial⁽²¹⁾.

(21) “Por ello, nos parece que la mejor manera de identificar con precisión cuando se presenta una diferencia y cuando una desigualdad es remitirnos al trabajo que el profesor italiano Luigi Ferrajoli ha realizado sobre el particular. En suma, Ferrajoli plantea que “las diferencias -sean naturales o culturales- no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los derechos fundamentales. Las desigualdades -sean económicas o sociales- son en cambio las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción. Las primeras concurren, en su conjunto, a formar las diversas y concretas identidades de cada persona; las segundas, a formar las diversas esferas jurídicas”⁰. De este modo, mientras las diferencias deben ser tuteladas y valorizadas por el principio de igualdad formal frente a discriminaciones o privilegios, las desigualdades deberían ser removidas o al menos reducidas por la igualdad sustancial a la que apunta la garantía y ejercicio de los derechos fundamentales sociales. Más aún, Ferrajoli conecta claramente el principio de igualdad con los derechos fundamentales de la persona: “a los de libertad en cuanto derechos al igual respeto de todas las ‘diferencias’; y a los sociales en cuanto derechos a la reducción de las ‘desigualdades’”. En definitiva, cuando nos encontremos frente a diferencias, la igualdad ante la ley (desplegando su enfoque formal) debe garantizar su valoración y respeto, manteniendo dichas diferencias; cuando nos encontramos frente a desigualdades, en cambio, la igualdad ante la ley (desplegando su enfoque sustancial) debe apuntar a reducirlas o compensarlas, buscando eliminar las referidas desigualdades. Nótese, pues, que identificar una situación de desigualdad y buscar su reducción, compensación y -eventualmente- su eliminación constituye la garantía esencial del principio de igualdad ante la ley desde su enfoque sustancial y se vincula íntimamente con el ejercicio efectivo de los derechos

Corresponde a un Estado Social de Derecho decidir los correctivos que restablezcan los equilibrios necesarios para el ejercicio de los derechos constitucionales afectados, lo que a nuestro juicio pasa por una derogación del régimen CAS y la contratación de los trabajadores a través del régimen laboral privado que ofrece suficientes garantías para los trabajadores así como un amplio margen de flexibilidad para el Estado empleador. Corresponde a las instancias técnicas del Poder Ejecutivo efectuar el análisis costo-beneficio de esta medida, lo que de ningún modo puede servir como justificación para mantener una política de formalización laboral discriminatoria.

- El régimen CAS contiene varios problemas jurídicos que pueden ser agrupados en dos categorías: a) problemas de interpretación (una norma con más de un sentido interpretativo) y b) vacíos normativos (ausencia de una norma jurídica que regule un caso concreto).

Estos problemas de interpretación y vacíos normativos son de suma gravedad y ponen en serio peligro la adecuada gestión de los recursos humanos en la administración pública, además de colocar innecesariamente a la administración en un dilema mayor: optar por la aplicación irrestricta del principio de legalidad o asumir un rol de intérprete conforme a la Constitución en salvaguarda del principio de supremacía de la norma constitucional, papel que para nuestra administración ha sido históricamente muy difícil de cumplir por las condiciones propias de su incipiente desarrollo y profesionalización. En todo caso, y mientras no se produzca la supresión o modificación del régimen, correspondería la Administración y al Poder Judicial asumir un rol, y por que no una actividad interpretativa e integradora, garantista de los derechos fundamentales vulnerados por este régimen, ponderando adecuadamente los diversos intereses en conflicto⁽²²⁾.

fundamentales de contenido social, dentro de los que destaca -naturalmente- el derecho al trabajo". En: QUIÑONES, Sergio y SANCHEZ Christian. *Igualdad ante la Ley y Regímenes Laborales Especiales*. pp. 291-307. Libro Homenaje a Javier Neves Mujica.

- (22) El "garantismo" resulta ser una técnica de protección de los derechos fundamentales, que ofrece un marco teórico apropiado y consecuente con los parámetros constitucionales. En su propuesta, resulta necesario distinguir entre el reconocimiento jurídico del derecho fundamental y las "garantías" destinadas a "reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad", transitando de una dimensión formal de la democracia a un dimensión sustancial; esta es la perspectiva garantista que proponemos para el derecho del trabajo. Por la especial naturaleza de los derechos sociales, es posible reconocer en ellos un conjunto de obligaciones de hacer y no hacer que exigen del Estado correspondientes garantías de no lesión del derecho así como garantías de concreción y efectividad tan complejas que van desde medidas de carácter administrativo, judicial y hasta de inversión de recursos públicos. Al respecto se señala: "Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por lo tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Por eso, reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya tutela o satisfacción ha sido previstas: las garantías liberales, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; las garantías sociales, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen". FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 25. Complementariamente: "Existen tres planos sobre los cuales podemos entender

- A partir de lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución, ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, tanto de los que le corresponde al trabajador como tal (denominados por la doctrina derechos laborales específicos, como la libertad sindical o la estabilidad laboral como parte del contenido esencial del derecho al trabajo) como aquellos que le corresponden por el hecho de ser persona (denominados derechos laborales inespecíficos, como es la libertad de expresión); la aplicación de estos derechos constitucionales no puede ser limitada por alguna norma de inferior jerarquía como es la norma que regula el régimen CAS.
- Conforme a lo dispuesto por el artículo 23 de la Constitución, los derechos laborales reconocidos a todo trabajador tienen aplicación directa por tratarse de derechos fundamentales, a esta conclusión arribamos a partir de una interpretación del texto constitucional en base a los principios de coherencia normativa, fuerza normativa de la Constitución y concordancia práctica. Por lo expuesto en la conclusión anterior y la presente, y en tanto todos los poderes públicos quedan sometidos a la constitución, es jurídicamente posible

el garantismo, según Ferrajoli, y son los siguientes: Modelo normativo de derecho: se caracteriza como un sistema de poder mínimo que concibe a los derechos fundamentales como límites, a través del cual se maximiza la libertad y se minimiza la arbitrariedad, por parte del gobernante. Propone una reestructuración de la democracia, escindiéndola en dos dimensiones: democracia formal (relacionada con el procedimiento) y democracia sustancial (ligada al contenido de esas decisiones). Esta última concepción se relaciona directamente con la legitimidad formal y sustancial, creada a partir de la redimensión del concepto de democracia y relacionada directamente con el cumplimiento de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho 11 . Teoría del derecho y crítica del derecho: el aporte de la positivización de los derechos es propia del positivismo jurídico; la cual se relaciona directamente con el garantismo, argumentando que mediante la creación del Estado Liberal de Derecho se brindó seguridad jurídica al gobernado. Partiendo de la concepción clásica de validez, vigencia y eficacia de las normas jurídicas 12 , propone un iuspositivismo crítico, frente al iuspositivismo dogmático. El iuspositivismo dogmático sigue el esquema rígido de vigencia de la norma, donde se privilegia la forma de producción de la misma, en lugar de su contenido. Por otro lado, el iuspositivismo crítico retoma las tres características ya referidas, aquí el juez se encuentra obligado a emitir juicios de validez de las normas, dotando de sustancia a las mismas leyes ante la existencia de lagunas y antinomias en la ley, procurando la discrecionalidad en los juicios de validez que emite 13 . Una filosofía de la política: esta última concepción concibe al Estado como un instrumento o fin legitimado para garantizar los derechos fundamentales. El garantismo como doctrina filosófica política permite la crítica de las instituciones jurídico positivas, conforme a la clásica y rígida separación (propia del positivismo), entre derecho y moral, o entre validez y justicia 14 . Ferrajoli retoma el concepto de utopoyesis, de Niklas Luhman sobre el carácter autorreferencial de los sistemas políticos, repasa la división clásica que hace el autor alemán sobre las siguientes doctrinas: “las autopoyéticas, en las cuales el Estado es un fin y encarna valores ético políticos de carácter suprasocial y supraindividual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse el derecho y los derechos, y, por otro lado, están las doctrinas heteropoyéticas, en estas, el Estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aún, si el mismo los viola” 15 . De esta forma, el garantismo, en sentido filosófico-político, consiste esencialmente en la fundamentación heteropoyética del derecho, separado de la moral en los diversos significados De tal manera, que la deslegitimación externa de las instituciones jurídico positivas dependerá directamente de la eficacia con la que esos derechos sean cumplidos 16”. En: AGUILERA. Rafael y LOPEZ Rogelio. Los derechos fundamentales en la filosofía jurídica garantista de Luigi Ferrajoli. <http://www.letstrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/articulos4/filosofia%20garantista%20de%20ferrajoli.pdf>

introducir los cambios sugeridos para hacer compatible el régimen CAS con la Constitución.

- La Administración debe afrontar un panorama complejo producido por la inadecuada regulación de un régimen de contratación como el CAS, concebido y aprobado sin reparar en los límites constitucionales que toda política estatal debe respetar y sin reparar en las instituciones del derecho del trabajo, muchas de ellas con un evidente contenido constitucional como hemos podido advertir del análisis efectuado a través de este artículo. De cualquier forma, es imperativo introducir los cambios advertidos para evitar que los problemas actuales se profundicen con el tiempo.

ANEXO I

Información estadística sobre empleo público

NIVEL	N° DE ENTIDADES	N° DE TRABAJADORES							TOTAL
		D.L. N° 276	D.L. N° 728	PROYECTOS DE INVERSION	SERVICIOS NO PERSONALES	D.S N° 213-90-EF	DIRECTORES	OTROS*	
Gobierno Nacional	197	113,383	40,824	6,115	71,384	235,642	46	93,309	560,703
Gobiernos Regionales	26	169,289	6,054	7,056	17,133	1,817	0	181,974	383,323
Gobiernos Locales	1,503	91,621	16,923	6,974	54,701	469	0	915	171,603
Organismos Municipales	28	118	1,946	16	2,876	0	24	1	4,981
Empresas Estatales	92	23	38,291	460	3,279	16	398	1,980	44,447
Otras Entidades	2	14,594	22,256	0	13	0	15	0	36,878
Tota	1,848	389,028	126,294	20,621	149,386	237,944	483	276,179	1,201,935

*Regímenes especiales

Nota: Información estimada al 31 de Diciembre de 2007

Fuente: Dirección Nacional de Contabilidad Pública, Ministerio de Economía y Finanzas.