

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE



IPSO JURE

AÑO 11 N° 46 AGOSTO 2019
EDICIÓN DÍA DEL JUEZ

POR UNA MEJORA EN LA CALIDAD DEL SERVICIO DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA



PRESENTACIÓN



Oscar Burga Zamora
Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque

CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA IPSO JURE

- Dr. Oscar Burga Zamora. Presidente de Corte y Presidente del Consejo Directivo de la revista.
- Dr. Edwin Figueroa Gutarra, director de la revista y representante de los señores Jueces Superiores.
 - Dra. Blanca Cervera Dávila, en representación de los señores Jueces Especializados
- Dres. Willy López Fernández, Hellen Guevara Jiménez, Carla Paredes Ciccía y Evelyn Alejo Quiroz, en representación de los señores Jueces de Paz Letrados
 - Auxiliares jurisdiccionales de apoyo: Kelly Mego Alarcón

NUMERO DE DEPÓSITO LEGAL 2014-07044



INDICE

PALABRAS DEL DIRECTOR	5
.....	
ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL Y JUECES ¿RELACIONES DE EXCLUSIÓN O COMPLEMENTARIEDAD? <i>EDWIN FIGUEROA GUTARRA</i>	6
.....	
SIETE TESIS SOBRE EL ACTIVISMO JUDICIAL <i>MANUEL ATIENZA</i>	22
.....	
EL EMPLEO PÚBLICO Y LA LEY 24041 <i>LUIS ALBERTO LALUPÚ SERNAQUÉ</i>	29
.....	
EL PROBLEMA DE LA CIENTIFICIDAD DEL DERECHO <i>HUGO LAMADRID IBÁÑEZ</i>	46
.....	
SUBSUNCION Y PONDERACION APLICADA AL DERECHO PENAL <i>ESTEFANY TERESA CARRIÓN SUAREZ</i>	55
.....	



PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

El día del juez representa una ocasión de suyo especial para realizar un balance sobre el desarrollo de la justicia en nuestro país, y, desde esa perspectiva, creemos que es importante asociar esta cuestión, como punto especial de reflexión en esta fecha, al tema de acceso a la justicia respecto de las plataformas tecnológicas de información.

Sin duda la innovación tecnológica representa un factor importante para el acceso a la justicia. Antes, la indispensabilidad de la información escrita constituía, por excelencia, el principal referente y fuente de difusión de las normas. Hoy, una estructura tecnológica importante permite el acceso a un gran número de resoluciones judiciales en el Perú a través del Sistema Integrado Judicial SIJ, y esto constituye una manifestación importante de tutela del derecho de acceso a la información pública.

Lejanos son ya los tiempos en los cuales la sentencia del juez solo era de conocimiento de las partes y del magistrado responsable. La sociedad guardaba un velo de desconocimiento respecto a lo que podía ocurrir en los procesos, a menos que dicha información se hiciera pública. Hoy en día un proceso termina y una de las primeras tareas del juez es colgar su decisión en el respectivo sistema, y ello es de acceso general para toda la comunidad jurídica. Esta cuestión democratiza el acceso a las resoluciones judiciales y por cierto, factor complementario de importancia a considerar es que el juez es más cuidadoso de la información que le corresponde colgar, y por ende, procura mejorar sus estándares de argumentación, dado que toda decisión en el SIJ es pública.

Por otro lado, el factor tecnológico nos lleva también a otra cuestión de interés: ¿podrá avanzar tanto la tecnología y con ella, la inteligencia artificial, de tal modo que pueda reemplazarse al juez en la adopción de decisiones. Existen ya softwares que pueden digitalizar en cuestión de segundos universos de jurisprudencia vinculados con el caso concreto a resolver. A su vez, ya la inteligencia artificial puede brindar soluciones en los casos fáciles respecto de la solución más trabajada en el caso en concreto. Sin embargo, creemos que la complejidad de los casos difíciles y trágicos, si seguimos a Manuel Atienza, hacen indispensable, por ahora, la intervención del juzgador.

La interrogante a discernir es: ¿por cuánto tiempo más existirá esta función de indispensabilidad del juzgador respecto a los casos más exigentes? O en su caso, modificamos la pregunta: ¿podrá la inteligencia artificial evolucionar más allá de los propios límites que la inteligencia humana le asigna? Sin duda, son cuestiones que la ciencia en el futuro habrá de discernir progresivamente. Es una tarea ciclópea pretender construir un sistema en el cual 1000,000 millones de neuronas (número de neuronas con las cuales una persona nace), puedan interactuar a través de conexiones como sinapsis y sin embargo, atendamos al hecho concreto de que la tecnología entra cada vez más, y con más fuerza, a nuestras vidas, así como la inteligencia artificial avanza a paso firme y seguro hacia la conquista de cada vez más funciones antes exclusivamente asignadas a los seres humanos. Incluso el concepto de vida privada hoy se ha relativizado con la existencia de las redes sociales y todos nuestros actos, decisiones o conductas, de alguna manera dejan huella en el ciberespacio.

Lo antes anotado representa una interacción entre el presente y el futuro. Por ahora, celebremos un Día del juez en el cual la sociedad aún considera necesarios e indispensables a los jueces, y nosotros pretendamos servir a la sociedad como guardianes y no dueños de la Constitución - Hütern der Verfassung und nicht Herren der Verfassung- aforismo este último que, en célebres menciones de Schmitt, Lucas Verdú y Landa Arroyo, traducen una férrea defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Feliz Día del Juez.

Hasta la próxima edición.



Edwin Figueroa Gutarra
Director

ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL Y JUECES ¿RELACIONES DE EXCLUSIÓN O COMPLEMENTARIEDAD?¹

Edwin Figueroa Gutarra²



*Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos.
Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.
Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.
Artículo 1.*

Introducción. 1. El estado de cosas inconstitucional. Una aproximación desde la Constitución. 2. Estado de cosas inconstitucional y jueces. 3. Naturaleza jurídica del estado de cosas inconstitucional. 4. Propuesta de aplicación práctica a un tema de profesores. 5. Perspectiva de ampliación de esta figura a otros procesos. Conclusiones

Introducción

En el siglo del constitucionalismo viviente, como en propiedad deberíamos reconocer al siglo XXI, es innegable el rol reconfigurador de la jurisprudencia constitucional para adaptar el sentido interpretativo de las leyes a las nuevas realidades sobre derechos fundamentales. No se trata de esbozar, ni por asomo, que se pueda sostener que los jueces puedan conformar un Estado jurisdiccional, y sin embargo, la dinámica de las relaciones sociales supera, largamente, las previsiones del legislador.

La figura del *estado de cosas inconstitucional* expresa mucho de esta cuestión al pretender respuestas procesales audaces frente a las insuficiencias de las reglas y, en rigor, del propio ordenamiento jurídico. De esa forma, no podríamos sostener, como avance de las ideas que pretendemos presentar, que alguien pudiera ejecutar una sentencia de orden constitucional si no ha sido, de alguna forma, parte previa en ese proceso, y sin embargo, la noción que presentamos apunta, en mucho, a esto último. Si existiere un manifiesto *estado de cosas inconstitucional*, así declarado en una sentencia emblemática, respecto a una vulneración masiva y colectiva de derechos fundamentales, toda persona gravemente afectada por esa situación y que estuviera en situación muy similar a la previsión de vulneración que prevé esa figura, estaría en la posición, sin haber sido parte demandante, de pedir, en ese proceso paradigmático, se ejecute una prestación a su favor.

La respuesta formal frente a un problema grave que afecte a muchos ciudadanos, bien podría ser que todos ellos tengan la calidad de litisconsortes o bien que cada sujeto interponga la demanda respectiva. Ello de hecho respetaría las formas procesales. Sin embargo, el *estado de cosas inconstitucional* va mucho más allá, pues recurre a la figura procesal de expansión de efectos de una sentencia, y si bien esto suena a un grave conflicto entre troyanos desde el punto de vista del proceso, esta figura es una realidad que se va implementando progresivamente en diversos ordenamientos constitucionales.

¹ Ponencia presentada en el XIV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, realizado en Buenos Aires, Argentina, entre los días 21 y 23 de mayo de 2019. Mesa: Poder Judicial y Tribunal Constitucional.

² Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la International Association of Constitutional Law. (IACL). estudiofg@yahoo.com

Ha coadyuvado mucho para darle forma a esta figura procesal, el deber de los jueces respecto a formular propuestas que apunten a un mejor manejo de la carga procesal, así como la idea de propender a una reducción de la misma. Por tanto, es una exigencia material encontrar, de modo fiable, alternativas que nos permitan reducir la carga procesal, redefiniendo, de ser el caso, el principio de congruencia procesal en los asuntos de orden constitucional, en atención a la exigencia de casos que impliquen vulneraciones masivas y simultáneas de derechos fundamentales frente a un colectivo determinado.

La afirmación que antecede es, de alguna forma, una respuesta material que permite la realización de ese postulado tan importante que perfila el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando hace referencia a un *recurso sencillo y rápido* para hacer frente a vulneraciones sustantivas frente a los derechos fundamentales. Nótese que la respuesta del ordenamiento procesal debe ser sencilla y rápida, pues, en caso contrario, estamos frente a un proceso lato y de amplia cognición que pueda esperar con tranquilidad una respuesta. Por el contrario, los procesos constitucionales exigen una respuesta celer, veloz y pronta, dado que conciernen a derechos fundamentales, los cuales exigen una respuesta inmediata, eficaz y adecuada.

En adición a lo expuesto y como cuestión sustantiva, parte este estudio de proponer una incidencia mucho mayor de esta figura con relación a los jueces del Poder Judicial. Podríamos decir, en abstracto, que el *estado de cosas inconstitucional* es una figura procesal que goza de cierto arraigo en la misma justicia constitucional. Tanto la Corte Constitucional de Colombia así como el Tribunal Constitucional de Perú han afianzado, progresivamente, la aplicación de esta figura a partir de sendos fallos en materia constitucional. Nuestra propuesta de examen va un poco más allá, en la medida que parte de una idea de mayor ámbito de crecimiento de esta figura, hacia los predios de la justicia ordinaria, como suele denominársele a aquella que no es exclusivamente constitucional. ¿Los beneficios? Sin duda, se permitirá un rango de mejor manejo de la carga procesal, tema en el cual la justicia ordinaria siempre acusa una característica sensible. De esa forma, realmente esta figura del *estado de cosas inconstitucional* puede lograr, con resultados tangibles, que los procesos puedan manejar resultados con mejores niveles de celeridad y economía procesal, cuestión que consideramos alude a escenarios de complementariedad y no de exclusión, entre la justicia constitucional y la ordinaria.

1. El estado de cosas inconstitucional. Una aproximación desde la Constitución.

La mecánica del *estado de cosas inconstitucional* implica, en términos pragmáticos y en una definición que concordamos con posiciones que más adelante describimos, que quien resulte afectado en un derecho fundamental respecto al cual una Corte o Tribunal Constitucional hubiera declarado un *estado de cosas inconstitucional* (en un caso previo), puede apersonarse a la ejecución del caso en referencia, a fin de ejercitar el derecho que tutela previamente el *estado de cosas inconstitucional* antes declarado.

La pregunta lógica bien podría ser: ¿Cómo podría apersonarse alguien a ejecutar un derecho si no ha sido parte en ese juicio? ¿Y el derecho de defensa de la parte emplazada? ¿Y el derecho al contradictorio? ¿Y el debido proceso? Ciertamente se trataría de derechos afectados pero en el margen de ponderación que se permite entre derechos fundamentales, es viable sacrificar los alcances de un derecho fundamental en favor del contrario. De esa forma, apreciamos



que se tutela bienes que, a su turno, en el caso específico, pesan más, como lo son la tutela de urgencia, la pronta reparación de una vulneración iusfundamental, y la necesidad de que frente a una afectación, exista una reparación no mediata sino celeré.

Los fundamentos procedimentales de esta figura parten, en la jurisprudencia más reciente, de la posición por la Corte Constitucional de Colombia en el año 1997¹ en un caso sobre profesores, aunque ciertamente el desarrollo de esta figura ha sido activo en los años sucesivos. Especifica García Jaramillo² que “la Corte ha declarado un estado de cosas inconstitucional en los siguientes asuntos: a) omisión en la inclusión de docentes cotizantes al fondo prestacional del magisterio; b) violación de derechos de sindicatos y reclusos (salud, seguridad social y por hacinamiento); c) falta de protección a la vida de los defensores de derechos humanos; d) ineficiencia administrativa en la Caja Nacional de Previsión (Cajanal) para el trámite de pensiones de jubilación y mora reiterada en resolver derechos de petición; e) dilación injustificada en la liquidación y pago de pensiones (Gobernación de Bolívar, T-525 de 1999 y Gobernación de Chocó, SU-090 de 2000); f) Desplazamiento, y g) omisión de convocatoria a concurso público para la carrera notarial.”

Otros puntos de partida relevantes son la doctrina alemana de la autonomía procesal de la jurisdicción constitucional- *Verfahrensaautonomie*,³ tratamiento que ha sido prolijo en la doctrina por parte de Landa Arroyo,⁴ quien, a grandes rasgos, identifica la característica de modular los efectos procesales en las acciones constitucionales si éstas protegen derechos fundamentales con necesidades de tutela urgente.

De la misma forma, la Corte Constitucional de Colombia⁵ reconoce el origen de esta figura en una posición activista de la Corte Suprema de EE.U., la misma que diferenció la doctrina de las “*political questions doctrine*”, como noción de un impedimento de revisión de los asuntos de competencia del Poder Legislativo y Ejecutivo en ese país, de la posición de las “*structural remedies*”, cuya mejor referencia se puede entender como una posición de la Corte Warren, la misma que entre los años 1953 y 1969, sentó posición en varios casos emblemáticos⁶ para determinar nuevos mecanismos de mejor defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En propiedad, asumió pues una posición activista en sentido amplio.

1 Corte Constitucional de Colombia, a partir de la Sentencia de Unificación N.º 559/1997.

2 GARCIA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 191. Recuperado de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3962-constitucionalismo-deliberativo-estudio-sobre-el-ideal-deliberativo-de-la-democracia-y-la-dogmatica-constitucional-del-procedimiento-parlamentario>

3 RODRIGUEZ PATRON, Patricia. *La libertad del Tribunal Constitucional alemán en la configuración de su Derecho Procesal*. Revista Española de Derecho Constitucional No. 21. No. 62. mayo-agosto 2001.

4 LANDA ARROYO, César. *Autonomía procesal del Tribunal Constitucional. La experiencia del Perú*. Revista IPSO JURE No. 9. Mayo 2010. Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

5 GOMEZ RAMIREZ, Mateo. *El estado de cosas inconstitucional. Análisis de los motivos de la Corte Constitucional de Colombia para su declaratoria*. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín 2010. p. 10. Recuperado de <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/83/TRABAJO%20DE%20GRADO.pdf?sequence=1>

6 Casos Brown vs Board of Education II, de fecha 31 de mayo de 1955, en el sentido de que los colegios no pueden adoptar medidas de segregación racial, encomendando a las Cortes federales su supervisión; Swann vs. Charlotte-Mecklenburg Board of Education, de fecha 20 de abril de 1971, para hacer más expeditiva la integración racial en las escuelas públicas de los EE.UU., entre otras decisiones importantes.

Bajo esa lógica, el *estado de cosas inconstitucional* reprueba una manifiesta vulneración a los derechos fundamentales y permite una reacción de mayor entidad de la jurisdicción constitucional, en algunos casos superando las formas del proceso, para precisamente buscar una pronta reparación frente a una agresión ostensible a un derecho fundamental. Se trata de remediar en parte, si cabe la mención, el problema de sociedades inequitativas o “*no bien ordenadas*” que enuncia García Jaramillo¹ en parodia aproximada de Rawls, asumiéndose que como el sistema jurídico no permite soluciones razonables a grandes problemas colectivos, entonces se hace necesario estructurar figuras como las que abordamos en este estudio.

En glosa de lo anteriormente expuesto, cabe acotar que la jurisprudencia constitucional ha ofrecido distintas variantes interpretativas de su ejercicio en la misma perspectiva de construir conceptos que busquen consolidar una perspectiva de predictibilidad, elemento necesario para afianzar la resolución urgente de controversias en sede constitucional. ¿Por qué? Por la importancia y necesidad de formación de estándares para la dilucidación de los contenidos de los principios en sede iusfundamental, más aún cuando su calidad de mandatos de optimización exige una definición progresiva de argumentos axiológicos estandarizados, que es, en esencia, el desarrollo actual del Derecho constitucional. A estándares mejor definidos, mayor posibilidad de una justicia constitucional predecible, y a pautas mejor construidas de los casos en examen, mayor legitimidad de los jueces constitucionales.

Una definición jurisprudencial del *estado de cosas inconstitucional* en la perspectiva peruana es abordada en la STC 2579-2003-HD/TC,² y ha sido asumida como una “*técnica (que) comporta que (...)) se efectúe un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, per se, violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración.*”



El proceso en comento, con sentencia estimatoria, se refiere a la demanda de habeas data interpuesta por Julia Arellano Serquén, en relación a la negativa del Consejo Nacional de la Magistratura, de entregarle información estimada pública respecto a su proceso de ratificación como juez superior en Lambayeque, Perú.

El Consejo alegaba que su Ley Orgánica señalaba que la información solicitada tenía carácter de reservada y, sin embargo, el desarrollo del proceso de ratificación había sido esencialmente público. Por lo tanto, la documentación generada, en especial el acta del Informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación, sobre el cual el Poder Judicial desestimó la entrega solicitada, era esencialmente un instrumento público, y su entrega correspondía, dada la naturaleza de información pública, desde la perspectiva constitucional. El Tribunal ordenó la entrega de información solicitada y declaró como *estado de cosas inconstitucional* la renuencia de entrega del tipo de información aludida.

1 GARCIA JARAMILLO, Leonardo. Op cit. p. 175.

2 STC 2579-2003-HD/TC. Caso Julia Arellano
19. (...) dado que este Tribunal es competente para fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales, considera constitucionalmente exigible que se adopte la técnica del “*estado de cosas inconstitucionales*” que, en su momento, implementara la Corte Constitucional de Colombia, a partir de la Sentencia de Unificación N.º 559/1997.

Tomando como referencia el caso Arellano, nos persuadimos de la idea relevante de que, a través del *estado de cosas inconstitucional*, pueda constituirse un efecto *inter comunis*,¹ es decir, de alcance general para un grupo afectado, pues ése es el propósito al ser incoada la demanda. De ese modo, la sentencia constitucional logra alcances, también, para aquellas personas afectadas no partes en el proceso, e igualmente afectadas por el *estado de cosas inconstitucional*.

Expliquemos ello de modo más sencillo: si una persona es afectada en su derecho y el Tribunal declara el *estado de cosas inconstitucional* por una vulneración manifiesta de un derecho fundamental, otra persona, en esa misma situación, puede apersonarse a ese mismo proceso, aún sin ser parte en el mismo, y dado el *estado de cosas inconstitucional* declarado, solicita la ejecución del fallo, también a su favor mas respecto a su derecho, también trasgredido en modo similar al del primer afectado.

¿Qué pasaría si respecto del derecho de un pensionista se declara un *estado de cosas inconstitucional* por no cumplirse el pago de su pensión, al interior de un proceso pensionario constitucional, en las condiciones que fija el *estado de cosas inconstitucional*? Con certeza, decenas o cientos de otros pensionistas, ajenos al proceso pero en idéntica situación, podrían acudir a ese primer proceso, sin necesidad de iniciar un nuevo juicio, tan solo para reclamar la ejecución de su derecho.

En estricto, admitiríamos que se afecta en parte el debido proceso, el derecho de contradicción y el derecho a ser oído, entre otros derechos respecto de la parte emplazada, y sin embargo, la vulneración de esos derechos no es grave, dada la prevalencia de un *estado de cosas inconstitucional* previamente declarado.

Si esta figura se empleara de forma intensa en nuestra jurisprudencia constitucional y más aún, en la ordinaria, tema base que proponemos, se constituiría en herramienta protagónica para disminuir la carga procesal, y para reducir ostensiblemente las horas- hombre dedicadas a resolver numerosos conflictos constitucionales y ordinarios de naturaleza similar. ¿Es solo cuestión de decisión? El Tribunal Constitucional ha fijado lineamientos de campo iniciales² pero aún corresponde estructurar procedimentalmente la figura, y afianzar su nivel de vinculatoriedad a efectos de que representen mecanismos efectivos de aplicación por parte de los jueces constitucionales. Los beneficios serían enormes.

La figura del *estado de cosas inconstitucional*, contemplada primigeniamente en Perú, como hemos señalado *supra*, en la STC 2579-2003-HD/TC, caso Julia Arellano, ha sido desarrollada en varios pronunciamientos relevantes posteriores: la STC 05561-2007- PA/TC,³ caso ONP,

1 GARCIA JARAMILLO, Leonardo. Op cit. p. 178.

2 STC 05561-2007-PA/TC Caso Oficina de Normalización Previsional. Decisorio.
2. Declarar, como un Estado de Cosas Inconstitucional, la participación temeraria, obstructiva y contraria a la jurisprudencia y precedentes de este Tribunal de la ONP en los procesos judiciales relacionados a los derechos pensionarios que administra (...)

3 Las partes más relevantes del fallo 05561-2007-PA/TC son:

38. (...) se ha dejado establecido en el Expediente N.º 2579-2003-HD/TC, que mediante la declaración de Estado de Cosas Inconstitucional "(...) y a fin de que se respeten plenamente los pronunciamientos de esta naturaleza que de ahora en adelante se emitan, este Colegiado enfatiza que, si con posterioridad a la fecha de expedición de una sentencia de esta clase, llegase al Tribunal o a cualquier órgano judicial competente un caso análogo, cuyos hechos se practiquen con fecha posterior a la de esta sentencia, aparte de que se ordene la remisión de copias de los actuados por la violación del derecho constitucional concretamente afectado, también se dispondrá que se abra proceso penal por desacato de una sentencia del Tribunal Constitucional". (...)

40. En tal sentido, la declaración de un Estado de Cosas Inconstitucional, con relación a la contratación de estudios de abogados, y en general de profesionales encargados de la defensa de los intereses de la ONP mediante procesos judiciales, debe merecer una reestructuración integral,



cuyo decisorio precisa importantes aspectos procesales,¹ referidos a la participación temeraria, obstructiva y contraria a la jurisprudencia y precedentes de este Tribunal de la ONP en los procesos judiciales relacionados a los derechos pensionarios que administra; la STC 3426-2008. PHC/TC,² caso Pedro Marroquín, que declara como un estado de cosas inconstitucional, la falta de una política de tratamiento y rehabilitación de la salud mental de personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación por padecer de una enfermedad mental; la STC N° 00853-2015-PA/TC, caso Marleni Cieza Fernández y otra, asunto que involucraba a dos jóvenes que querían seguir estudios secundarios en un colegio de educación regular; y la STC 3149-2004-AC/TC, caso Gloria Yarlequé, decisión referida a comportamientos renuentes, sistemáticos y reiterados, de los funcionarios del Ministerio de Economía y Finanzas, así como también de las autoridades del Ministerio de Educación, a la hora de atender los reclamos que se refieren a derechos reconocidos en normas legales correspondientes al personal docente.

La Segunda Sala Civil del Cusco, sur de Perú, en desarrollo de esta figura, implementó en 2010 un *estado de cosas ilegal*,³ figura que creemos plenamente compatible con el *estado de*

conforme a los considerandos de esta sentencia, a fin de impedir que en el futuro se vuelvan a presentar demandas con el único ánimo de dilatar la atención de los derechos de los pensionistas, sobre todo cuando respecto de tales derechos exista un criterio jurisprudencial establecido e inequívoco sobre la materia, ya sea de parte del Poder Judicial o de este Colegiado.

1 El decisorio se expresa en la siguiente forma:

1. Declarar, como un Estado de Cosas Inconstitucional, la participación temeraria, obstructiva y contraria a la jurisprudencia y precedentes de este Tribunal de la ONP en los procesos judiciales relacionados a los derechos pensionarios que administra; en consecuencia:

a) **ORDENA** a las instancias judiciales que tienen en curso procesos en los que la pretensión esté referida al pago de intereses o devengados como consecuencia de la actuación renuente y unilateral de la ONP, apliquen los criterios jurisprudenciales de este Colegiado, dando por concluidos los procesos judiciales relacionados a reclamos de los pensionistas e imponiendo las medidas disciplinarias a que hubiera lugar a los abogados patrocinantes.

b) **ORDENA** a la ONP para que en los próximos 3 días posteriores a la publicación de la presente sentencia, se allane o se desista de toda demanda constitucional que tuviera en curso y en el que la única pretensión esté referida a la misma materia de la presente demanda, bajo apercibimiento para el titular del pliego de incidir en desacato a la autoridad judicial.

2 A su turno, la STC 03426-2008-PHC/TC señala:

32. (...) teniendo en cuenta los efectos generales de la sentencia en la que se declara el estado de cosas inconstitucional, este Tribunal, de conformidad con lo establecido en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, señala que cualquier persona o personas que se encuentren en las mismas circunstancias a las descritas en esta sentencia, esto es, que sufran agravio por el mismo o similares actos lesivos, podrán acogerse a los efectos de la presente sentencia o a la doctrina constitucional sentada por este Tribunal, no siendo necesaria la interposición de nueva demanda de hábeas corpus. Y es que, tal como ha señalado este Colegiado "La expansión de los efectos de una sentencia más allá de las partes intervinientes en el litigio no debe causar mayor alarma, puesto que, tratándose de un Tribunal encargado de la defensa de la supremacía constitucional, es claro, que sus decisiones -no sólo en los juicios abstractos de constitucionalidad, sino también en los casos concretos de tutela de derechos subjetivos- vincula a todos los poderes públicos" (Exp. N° 3149-2004-AC/TC, fundamento 14).

El decisorio fija los siguientes alcances:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus de autos por haberse producido la violación del derecho fundamental a la salud mental y a la integridad personal; en consecuencia: i) **ORDENAR** al Director del Establecimiento Penitenciario de Lurigancho que, en el día, proceda al traslado del favorecido don Pedro Gonzalo Marroquín Soto al Hospital Víctor Larco Herrera; ii) **ORDENAR** al Director General del Hospital Víctor Larco Herrera para que una vez ejecutado el traslado del favorecido, proceda a su admisión, debiendo la Oficina Ejecutiva de Administración y Oficina de Logística de dicho Hospital superar cualquier imposibilidad material, a fin de que reciba el tratamiento médico especializado.

2. Declarar, como un *estado de cosas inconstitucional*, la falta de una política de tratamiento y rehabilitación de la salud mental de personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación por padecer de una enfermedad mental; en consecuencia:

a. **ORDENAR** al Ministerio de Economía y Finanzas para que adopte las medidas necesarias que permitan el incremento gradual del presupuesto destinado al Ministerio de Salud, y concretamente, a los centros hospitalarios de salud mental de país.

b. **ORDENAR** al Poder Judicial la adopción de las medidas correctivas para que todos los jueces del país emitan pronunciamiento oportuno sobre los informes médicos que les son remitidos por las autoridades de salud, que recomiendan el cese de la medida de seguridad de internación.

3 Información disponible en <http://es.scribd.com/doc/29686420/Exp-N%C2%BA-2009-000627-Amira-Nunez-del-Padro-Santander>.




cosas inconstitucional, en una muestra de activismo judicial moderado y consecuente con la defensa pronta de los derechos fundamentales.

Indudablemente, la figura del *estado de cosas inconstitucional* puede convertirse en una extraordinaria herramienta procesal respecto de la jurisdicción constitucional, y hacerla extensiva a la jurisdicción ordinaria de los jueces del Poder Judicial; de la misma forma, implica un extraordinario ahorro de horas-hombre al no tener que tramitarse todos los fallos bajo reglas estrictamente apegadas al modo procesal literal. Nos referimos aquí a la extensa secuencia procesal que demanda un proceso tipo.

2. Estado de cosas inconstitucional y jueces

Es cierto que la figura del *estado de cosas inconstitucional* ha logrado un importante crecimiento conceptual en el ámbito constitucional. Sus premisas base han sido desarrolladas por la jurisprudencia de los órganos que representan los estamentos más altos de la interpretación constitucional. Diversos fallos emblemáticos corroboran esta afirmación.

Dada la premisa que antecede, es exigible que abramos la noción de aplicación del *estado de cosas inconstitucional* desde la perspectiva de los jueces del Poder Judicial, y una situación al respecto justifica, de suyo, esta afirmación: la carga procesal de responsabilidad de los jueces de la jurisdicción ordinaria es ostensible, y en todos los países todos los años tiende a crecer más.



La carga procesal es, entonces, antes que un mito, una realidad efectiva que demanda esfuerzos de los ordenamientos jurídicos por respuestas adecuadas frente a la realidad que enfrentan. Las más de las veces esa situación se caracteriza por ser un problema *in crescendo*, y como tal, solo se obtienen respuestas mecánicas, esto es, si crece la carga procesal, entonces debe crecer el número de órganos jurisdiccionales, solución que no siempre sería la más adecuada, ni debería ser la única.

La carga procesal constituye un problema que describe juiciosamente García Belaúnde⁴ cuando señala: “*La reforma judicial pasa por muchos caminos, y no se sabe si todos podrán ser abordados al mismo tiempo y con eficiencia. Pero si entre todos ellos quisiéramos dar una preferencia, o si se quiere, una prioridad, creo que podríamos coincidir que dos puntos básicos son: a) el manejo jurisdiccional, o sea cómo resuelven los jueces, y b) la carga procesal.*”

Creemos que ambos problemas descritos por García Belaúnde presentan una relación indisolublemente estrecha, pues la carga procesal, de no ser excesiva, permite la mejor discrecionalidad del juzgador en el conocimiento de los procesos que han de ser resueltos. En buena cuenta, además, ha de permitir un adecuado manejo jurisdiccional, pues ha de resolverse de mejor forma un menor número de casos.

Sin embargo, la carga excesiva, en cambio, produce diversos problemas e inclusive significa un problema de concepción del proceso: ¿todo debe ser necesariamente resuelto bajo las etapas de demanda, contestación, sentencia de primer grado, apelación de sentencia y resolución final

4

GARCIA BELAUNDE, Domingo. *El Poder Judicial en la encrucijada*. ARA EDITORES. Lima, 2004. p. 9

de segundo grado? Advirtamos que es una concepción procesal abierta que todo aquello cuanto sube a una instancia superior o última, sea irresolublemente resuelto por el órgano revisor, faceta que produce siempre congestión de procesos.

Bajo una perspectiva amplia, insistimos, el juez debe resolver todo aquello que la ley le obliga a conocer, mas, a través de una tesis moderada, la racionalidad de resolución de causas, más que la forma de acceso de procesos a las instancias superiores, incluidos el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, representa una posición intermedia que da respuesta equilibrada a la demanda de justicia. Nos referimos aquí a replantear nuestra concepción de sistema procesal, pues no toda pretensión debería recorrer un largo tránsito para ser resuelta, y esta idea no tendría por qué afectar la idea de tutela jurisdiccional.

Volviendo a la cuestión de la carga procesal, conviene nos volvamos a formular la interrogante acotada *supra*: ¿es la carga procesal una realidad o un mito? Un estudio clásico de JUSTICIA VIVA¹ nos brinda algunas referencias a este respecto, en cuanto analiza, bajo cifras y percepciones bastante bien documentadas, que muchas de las justificaciones en relación a la carga procesal, en buena cuenta no son tales. Y sin perjuicio de ello, si bien los estándares de JUSTICIA VIVA se pueden efectivamente constatar a través de los órganos jurisdiccionales inferiores, lo cierto es que en el caso de las Cortes Supremas, como sucede en Perú, el incremento de la carga procesal es una cuestión objetiva, y cuyas cifras son de por sí manifiestas, pues enfrentan 8 Salas de cinco jueces supremos cada una, aproximadamente 25,000 procesos por año.

En consecuencia, se nos exige, queramos o no, enfrentar el escenario complejo de la carga procesal, el cual presenta características sensibles cuando se trata de la Corte Suprema. En la misma línea de análisis respecto a la carga procesal y si se trata de un incremento sostenido de causas en la Corte Suprema, es relevante tener en cuenta que el promedio propuesto en el contexto internacional para el binomio número de jueces- cantidad de habitantes, es de 10 jueces por cada 100,000 habitantes,² superándonos Europa,³ en la relación descrita. Es inclusive necesario compararnos en número de jueces con nuestros países vecinos,⁴ a fin de apreciar esa necesaria atinencia de capacidad de respuesta.

1 HERNANDEZ BREÑA, Wilson. *13 MITOS SOBRE LA CARGA PROCESAL. Anotaciones y datos para la política judicial pendiente en la materia*. JUSTICIA VIVA. Instituto de Defensa Legal Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad y Departamento Académico de Derecho. Setiembre de 2007.

Este estudio propone 13 mitos:

Mito 1: Cada año ingresan muchos más casos al Poder Judicial; mito 2: El Distrito Judicial de Lima concentra la gran mayoría de la carga procesal; mito 3: Los juzgados de paz letrados son los órganos jurisdiccionales más saturados de trabajo; mito 4: Un juez debe resolver mil casos por año; mito 5: Existe una generalizada sobrecarga procesal; mito 6: Todos los expedientes ingresados equivalen a nuevas demandas; mito 7: Todos los expedientes resueltos equivalen a sentencias; mito 8: El único trabajo del juez es emitir sentencias; mito 9: Basta con la sentencia del juez para que su decisión se cumpla; mito 10: La falta de recursos causa la sobrecarga procesal; mito 11: La carga crece porque la productividad del juez no puede aumentar más; mito 12: El único culpable del incremento de la carga procesal es el juez; mito 13: La mejor solución para reducir la carga procesal es crear más juzgados.

2 ALONSO, Pablo. *Programa de Acceso de Mejoramiento a la Justicia en el Perú*. En VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá. Octubre 2003.

3 España posee 11,2 jueces por cada 100,00 habitantes; Francia, 10,7; Italia, 10,6; Suecia, 11,8; Portugal, 19,2; Alemania, 21,7; Mónaco, 37; Eslovenia, 47; Croacia, 45,3; y Montenegro 42,2. La media del continente europeo es 21. Diario.es . Cifras a noviembre de 2014. Recuperado de https://www.eldiario.es/politica/Espana-jueces-habitantes-media-europea_0_324068429.html

4 BANCO MUNDIAL, DFIY y BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Analizando los Presupuestos Judiciales de la Región Andina*. Lima, 2009. p. 16. Señala entre otras cifras: Bolivia, 9,8 jueces por 100, habitantes y Colombia, 9,5., Perú, 7,7; Venezuela, 6,7; Ecuador, 6,6; Chile, 6,2.



Por lo tanto, la carga procesal existente en el Poder Judicial justifica la adopción de fórmulas procedimentales necesarias, y una de ellas, a juicio nuestro, es la figura del *estado de cosas inconstitucional*.

Tanto la Corte Constitucional de Colombia como el Tribunal Constitucional del Perú, han fijado las ideas marco de esta figura, y en vía de resumen la incidencia de aplicación se inclina por la opción de que un juez constitucional, en ejecución de sentencia, como hemos señalado *supra*, absorba toda pretensión en ejecución de sentencia respecto a una materia declarada antes como *estado de cosas inconstitucional*.

Al respecto, es importante estructurar cómo ha de darse esa cuestión de ejecutarse una sentencia sin haber sido parte demandante, pues es importante enfatizar que el marco general y conceptual de su aplicación ya existe. Pero antes de dar paso al ítem de procedimiento, creemos y así lo sostenemos en este estudio, debemos reiterar la necesidad de considerar viable su aplicación a otros procesos judiciales.

En efecto, la tendencia racionalizadora de esta figura incide en un tema clave: no se necesitaría demandar en todos los casos, y por ende, no habría exigencia de emplazamiento de demanda originaria en todas las peticiones referidas a un *estado de cosas inconstitucional*. De ahí que tendríamos una ventaja definida: habría racionalización del número de demandas sobre cuestiones ya definidas antes por la justicia constitucional. Bajo esta pauta, logramos entonces, desde un esquema de aplicación definido, que no existan decenas, cientos o miles de demandas sobre una misma materia, si ésta ha sido reconocida como un *estado de cosas inconstitucional*, es decir, como un asunto que vulnera, grave y masivamente, determinados derechos fundamentales.

Nuestro estudio pretende dar un paso más allá: no solo debe generalizarse su aplicación en materia constitucional, sino extenderse incluso a otras materias ajenas al campo constitucional, en idea progresiva amplia de que las cuestiones relativas a derechos fundamentales, exigen una respuesta adecuada, proporcional, y sobre todo célere, cuando hay cuestiones que atañen a derechos fundamentales.

Y seamos objetivos: hay cuestiones de este tipo que son vistas por la justicia constitucional en estricto, pero a su vez igualmente ocurren, a nivel de la justicia ordinaria, afectaciones vinculadas a facetas conexas a los derechos fundamentales, de tal forma que deviene necesario optar por un sistema que permita una dilucidación más célere de los procesos judiciales en general, no solo de aquellos que puedan representar, en rigor, una cuestión iusfundamental.

3. Naturaleza jurídica del *estado de cosas inconstitucional*

Es necesario enfatizar, una vez más, que el *estado de cosas inconstitucional* es una figura aplicable, es nuestra propuesta, tanto en procesos constitucionales como en procesos de la justicia ordinaria. Esta separación procedimental en la justicia procesal constitucional peruana puede hacerse, también, desde una perspectiva de competencias. De esa forma, en el ámbito constitucional es viable la aplicación de esta figura en procesos constitucionales como habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento, y por exclusión, lo sería en todo los demás procesos de la justicia ordinaria.



Incluso señalamos *supra* que los supremos intérpretes de la Constitución, tanto en Colombia como en Perú, han fijado un marco general conceptual, señalando algunas referencias de procedimiento, al aludir a la noción de expansión de los efectos de la sentencia.

Sin embargo, la noción directriz del supremo intérprete de la Constitución también exige, desde nuestro punto de vista, la propuesta de reglas de ejecución procedimental, pues si la noción general existe pero no hay mayores pautas sobre su aplicación, entonces corremos el riesgo de solo esbozar los lineamientos de una idea macro del constitucionalismo, o bien un objetivo solamente nominal o semántico, propósito que no nos parece adecuado.

Desde esa perspectiva, creemos necesario fijar algunas pautas sobre la aplicación de esta figura y recapitulando la idea, tendríamos que una alta Corte, como la Corte Constitucional de Colombia, o el Tribunal Constitucional de Perú, o en su caso, una Corte revisora, si aludimos a los jueces del Poder Judicial, fija un *estado de cosas inconstitucional*. y dispone que a futuro, toda vulneración respecto de ese mismo derecho, permitirá que la nueva persona emplazante ya no acuda necesariamente a interponer una nueva demanda, sino se apersonará a la fase de ejecución del proceso paradigma para efectos de solicitar, sin ser parte demandante, la ejecución, a su favor, de la prestación que solicita.

Notemos un aspecto vital: no se trata de una proposición en abstracto ligeramente vinculada a la materia del caso paradigma. Lo que se sustenta es una situación sustantivamente similar a aquella en la cual se produjo una declaración previa del *estado de cosas inconstitucional*. Por consiguiente, hay una base formal y material de apersonamiento, y es sobre esa base que el juez de ejecución, por decirlo de alguna forma, premiará con la no prosecución de todo un proceso con todas sus etapas, la nueva petición que se formula. Se logra, por supuesto, celeridad procesal real y no solo nominal.

Veamos entonces algunas pautas procedimentales necesarias para la consolidación de esta figura, presupuestos con los cuales describimos su naturaleza jurídica.

Una decisión estimatoria declararía un *estado de cosas inconstitucional* respecto a las actuaciones de las entidades o personas emplazadas en relación a las peticiones de los justiciables. De esta forma, se determinan varias cuestiones relevantes:

a) Cualquier pretensión futura vinculada a la cuestión declarada como *estado de cosas inconstitucional*, podrá ser planteada ante el juez de ejecución del fallo paradigma, correspondiendo al juez de ejecución calificar el pedido y de acuerdo a su viabilidad, despachar directamente ejecución respecto al fallo. La exigencia de similitud es un aspecto importante a verificar, pues en ello reside la justificación de no exigencia de acudir a un nuevo proceso, sino en estricto, de acudir a uno ya concluido, que a su vez hubiere merecido una declaración previa de un *estado de cosas inconstitucional*.

b) Las apelaciones formuladas contra los autos en ejecución por la aplicación de la figura del *estado de cosas inconstitucional*, serán concedidos sin suspensión del proceso principal, en los casos de prestaciones de hacer, no hacer y dar, que fije el juez de ejecución, advirtiéndose



que el fundamento de esta pauta es la naturaleza iusfundamental de un derecho masiva y colectivamente afectado en forma continua.

Aquí es importante poner de relieve que debe conservarse el derecho a ser oído respecto de la parte emplazada, mas ello ya no tiene lugar en forma lata, extensa y abierta, como sí correspondería a un proceso que observe las fases de demanda, contestación, sentencia de primer grado, impugnación y sentencia de segundo grado. En esta figura, los pasos procedimentales se ajustan a las fases de petición e impugnación sin suspensión, sin que la formulación de una apelación pueda suspender el proceso de ejecución, dado que éste atañe a un derecho fundamental vulnerado masiva y colectivamente.

c) Deberá oficiarse copia de la resolución a los órganos de control para los fines procedimentales de validación a que hubiere lugar. Nos parece importante, en este ítem, proponer una actuación conforme a ley y a la Constitución, de la enorme responsabilidad que recae sobre los órganos que acaso pudieran tener competencia respecto de cuestiones relativas al *estado de cosas inconstitucional*.

De ahí que sí debe darse cuenta, a juicio nuestro, de que se aplica una solución procesal *sui generis* a un problema que apunta, repetidamente, una vulneración constitucional. Y dado que precisamente se eliminan las etapas de contestación, sentencia e impugnación formal de una sentencia respecto de un proceso regular, entonces se justifica la adopción de necesarios mecanismos de control *ex post*, como lo representa la actuación de los órganos de control interno de los jueces.

Como apreciamos y en vía de resumen, ya no estamos ante un nuevo proceso a iniciarse, sino que, en propiedad, la pretensión similar es conocida por el órgano de ejecución, el cual atiende a que un órgano jurisdiccional superior, o de ser el caso, el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema, o una Sala Superior, ya fijó el *estado de cosas inconstitucional* sobre la materia que se demanda.

En consecuencia, trasladamos al juez de ejecución la responsabilidad de conducir los procesos bajo esta figura, en tanto el órgano superior conoce incidencias de apelación sin efecto suspensivo, pues la figura del caso, un tema diríamos incluso antes abordado en diversas decisiones del Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, ya ha sido objeto de debate en sus líneas sustantivas, esto es, es muy similar a casos ya antes debatidos.

¿Es esto ahorro de de horas-hombre para la sociedad en su conjunto? ¿Es esto una forma de reducir en parte la enorme carga procesal que manejan los jueces del Poder Judicial? Respondemos enfáticamente que sí.

De otro lado, los órganos jurisdiccionales superiores del Poder Judicial, reiteramos este aspecto, y no solo el Tribunal Constitucional, están en la posibilidad de fijar líneas directrices al respecto, es decir, de fijar el *estado de cosas inconstitucional* respecto a una determinada materia. Y en nuestro caso, creemos válida esta atribución de estos órganos, pues ejercen función revisora, y de allí que concluyamos que no es indispensable que solo el Tribunal Constitucional fije la pauta del caso.



De otro lado, el artículo 38¹ de la Constitución de Perú implica un deber extensivo en el sentido de que todos debemos respetar y hacer respetar la Constitución, y por tanto, deben facilitar los jueces, como Poder del Estado, que las causas de los justiciables puedan transitar de mejor forma y sin la demora que en muchos casos constituye punto central de crítica en los procesos a nuestro cargo.

Este esquema puede asumir algunas cuestiones complejas pero esencialmente superables: congestión de procesos ante el juez de ejecución y conocimiento territorial de esta figura. En el primer caso, es verdad que un crecimiento importante de pedidos de la figura del *estado de cosas inconstitucional* ante el juez de ejecución pueda recargar las labores de éste, pero advertimos que, si se consensua y adopta la figura, serán los órganos de gobierno de los jueces, los estamentos que podrán implementar medidas para que un juez de ejecución no vea excesivamente recargado su trabajo. Al respecto, las fórmulas de descarga procesal en países como Perú, implican la creación de órganos jurisdiccionales de ejecución.

El conocimiento territorial es otro aspecto importante del *estado de cosas inconstitucional*. Si la afectación ocurre en la localidad “a” pero la nueva situación de afectación ocurre en la circunscripción “b”, ¿debe trasladarse el afectado a un lugar distinto al de la ocurrencia del agravio? Consideramos que en aras de una mejor fórmula de celeridad y economía procesal, con copias certificadas de los actuados en el área “a”, es viable la figura de que un juez del territorio “b”, por excepción, pueda conocer de la pretensión del afectado. Lo contrario implicaría que la parte afectada se vea en la posición de trasladarse al lugar “a” para emplazar, y ello ciertamente desnaturalizaría la aplicación de esta figura.

4. Propuesta de aplicación práctica a un tema de profesores

Creemos que es propio aportar, desde una visión práctica, un caso de profesores del Magisterio en Perú, como esbozo de posible nueva aplicación procedimental de esta figura.

Es necesario enfatizar que al prever el artículo 48 de la Ley 24029, Ley del Profesorado, que los docentes de Perú reciben una bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación, equivalente al 30% de la *remuneración total*, cuanto se hace es precisar una regla de obligatoria aplicación en tanto la naturaleza jurídica del mandato en mención es de índole prescriptiva.

Al respecto, es importante precisar que la defensa del Estado sostiene, reiterativamente respecto a esta materia, que la base de cómputo de este beneficio corresponde a lo que se llama *remuneración total permanente*, una base de cálculo sustantivamente menor a la que ya han reconocido corresponde distintas altas instancias revisoras, entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema.

En consecuencia, la persistencia del argumento de defensa del Estado es nociva y ajena a estándares constitucionales, pues se trata de una infracción al deber de lealtad que exige el debate procesal, el mismo que demanda se discuta con base en la observancia de los mandatos

¹ Constitución de 1993. Artículo 38.- Deberes para con la patria
Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.



de las más altas instancias en materia constitucional, pretensiones que se ajusten a la ley a la Constitución, deber que se infringe. A tal efecto, existe un abuso del derecho por parte de las Procuradurías del Estado, pues se impugnan resoluciones cuyo sentido interpretativo ya ha sido reiterativamente definido.

Nos encontramos así con la situación de que miles de demandas a nivel nacional son interpuestas con la misma pretensión y, en propiedad, congestionan gravemente el sistema de impartición de justicia, causando que demandas de similar naturaleza, en excesivo número, impidan que otras causas puedan ser atendidas oportunamente. Los demandantes solicitan la aplicación de una base de cálculo mayor, ya reconocida por la jurisprudencia constitucional, en tanto que la referencia de cómputo que propone la defensa del Estado es evidentemente menor. Mas el problema, advirtámoslo, no es nuevo. Ya ha sido esclarecido, ya ha sido debatido y esto genera un innecesario número de demandas nuevas que evidentemente congestiona la atención regular que merecen los procesos judiciales.

Nuestra propuesta, en consecuencia, orienta su enfoque hacia la posibilidad de aplicación de la figura del *estado de cosas inconstitucional* en el caso en concreto, basando nuestra tesis en que existe un sustento normativo importante como el que ha fundamentado ya en su momento el Tribunal Constitucional, en el sentido de que corresponde el pago a profesores con la base de cálculo de la *remuneración total*, es decir, por un monto mayor al que propone la defensa del Estado. Y sin embargo, dicha materia en específico no ha sido declarada aún como un *estado de cosas inconstitucional*.

La pregunta clave sería: ¿lo puede hacer una Corte revisora del Poder Judicial? ¿Lo puede hacer la Corte Suprema? Desde nuestro punto de vista consideramos viable la posibilidad, en tanto ni la Corte Constitucional de Colombia ni el Tribunal Constitucional de Perú fijan una posición restrictiva de aplicación de esta figura por parte de las altas Cortes del Poder Judicial.

Creemos que los beneficios han de ser sustantivos: se expide una sentencia tipo por parte de una Sala Superior, o de ser el caso, de la Corte Suprema, y en ejecución de sentencia, pretensiones de similar naturaleza han de poder ser atendidas sin que se recurra a un complejo tránsito de diversas etapas procesales que causa mora en el sistema de justicia.

Al respecto, el juez de ejecución se encarga de verificar si la pretensión es similar a la del caso matriz, y si corrobora ello, despacha ejecución, sin recurrir a un nuevo proceso. Diversos lineamientos base al respecto ya han sido fijados por el Tribunal Constitucional peruano y corresponde a los jueces, adoptar cuánto de ello se puede implementar.

¿Cuál es el beneficio que se obtiene en el caso que hemos comentado? Creemos que una mejor racionalización de la carga procesal. Notemos un aspecto clave: un reordenamiento del manejo de estos casos, permitiría hacer más eficiente el sistema de justicia, pues la descongestión de causas similares, en este caso demandas de profesores sobre un mismo concepto ya antes definido y reiterado en la jurisprudencia, permitiría reorientar la capacidad de atención de los jueces hacia otros asuntos que requieran, también, pronta atención. Por consiguiente, el *estado de cosas inconstitucional* hace más eficiente al Poder Judicial mismo, y eso lo legitima mejor ante la sociedad.



5. Perspectiva de ampliación de esta figura a otros procesos

Apreciemos este fenómeno en perspectiva: si esta medida se extiende a las numerosas demandas hoy existentes en otras materias afines, entre otros numerosos temas comunes en la impartición de justicia ordinaria y constitucional, entonces es posible reducir el alto número de demandas a interponer, siempre que exista un criterio de consenso respecto a adoptar formas que redimensionen la concepción tradicional lata y extensa del proceso.

Pero nuestro esbozo no solo se queda en temas constitucionales, o de solo orden laboral constitucional. La dimensión en perspectiva de esta figura es mucho más amplia: ¿puede extenderse su aplicación a procesos civiles, contencioso administrativos, de familia, de Derecho comercial, etc.? Creemos que no habría impedimento alguno para realizarlo, pues la naturaleza de los derechos fundamentales es polisémica además de transversal, en cuanto la afectación de derechos tutelados por la Constitución no restringe materia de aplicación.

Sí hacemos una salvedad con relación al Derecho penal, dada la naturaleza intrínseca de esta materia de la prohibición de analogía. Sin perjuicio de ello, si se tratara de una cuestión no controversial, de incidencia micro y no macro respecto a la afectación al debido proceso, creemos que el juez penal puede desarrollar un estudio procesal ponderado de la petición que se formula, y disponer la aplicación de esta figura.

Nuestra propuesta ratifica, en consecuencia, la idea de que nuestras pautas son viables, incluso para área ajenas al Derecho constitucional mismo. Su discusión, configuración e implementación, validaría, como queda dicho, que se proyecte hacia otros tipos de procesos en los cuales las características sean similares a las del proceso que describimos como ejemplo previo, en tanto ante un número de causas muy similares y ya definidas en un caso tipo, ya no tendríamos la necesidad de considerar el tránsito de la causa por todos sus estadios procesales.

Precisamos que la figura ha sido proyectada por el Tribunal Constitucional y los elementos materiales de la misma, han sido fijados por dicho órgano jurisdiccional. Corresponde al Poder Judicial estudiar la figura y adoptar medidas que conduzcan al beneficio de los justiciables, evitándoles el tránsito oneroso de sus procesos por diversas instancias si su materia corresponde a una figura ya definida antes en casos similares.

Si ello tuviere lugar respecto a otras materias, apreciaríamos el mismo deber procedimental y no consideramos un criterio de exclusión respecto a la aplicación de esta figura. Por otro lado, las figuras procesales constitucionales no son patrimonio exclusivo del Derecho procesal constitucional, sino las mismas asumen una naturaleza de irradiación e impregnación respecto a todas las demás materias del ordenamiento jurídico.

Para la consolidación de esta figura consideramos, adicionalmente, algunas cuestiones de incidencia administrativa para la validación del *estado de cosas inconstitucional*. De esta forma, creemos pertinente que al aplicar esta figura los jueces den cuenta, como hemos reseñado *supra*, a los órganos de control respecto de la decisión adoptada, pues en rigor el debido proceso sufre una afectación de nivel leve, en tanto que la satisfacción de otros derechos fundamentales concernidos, presenta un alto grado de realización. Esto correspondería a cada caso en que se aplique esta figura, es decir, aplica el juez la figura del *estado de cosas*



inconstitucional, e inmediatamente lo comunica al órgano de control.

Adicionalmente, la viabilidad de la medida, nos conduce a considerar, de la misma forma, que si el *corpus iuris* considera, de inicio, conducente este mecanismo, y como parte de una especie de validación previa, se debe oficiar a las más altas instancias administrativas del ente judicial el inicio de implementación de esta figura. Esto sería un suerte de validación administrativa si cabe la expresión. En el caso de Perú lo es el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, entidad que, en nuestra propuesta, debería tomar conocimiento de la viabilidad de implementación de este sistema que, en buena cuenta, opta, radicalmente, por buscar una salida de rigor frente al reto de cómo los jueces resuelven con mejor eficiencia sus causas.

Del mismo modo y siempre en ese propósito de legitimación administrativa como validación previa, habrá de oficiarse a los Colegios de Abogados a efectos de que se promueva entre los Letrados, la difusión, viabilidad y emprendimiento de este sistema de resolución de conflictos, más aún si se adopta la idea de implementar realmente esta figura en casos en los cuales una Corte decida su plena aplicación.

El tema es de por sí relevante en cuanto concierne, en primera línea, también, a los abogados: si ellos no impulsan estas medidas, la propuesta de los jueces solo podrá quedar en un esbozo de racionalización del sistema de justicia y ése no es el objetivo de esta figura. Por el contrario, son los abogados quienes deben objetivamente postular ante el juez de ejecución esta figura, y es por tanto un aspecto medular sustantivo que exista el conocimiento procesal suficiente de la propuesta, pues son los Letrados quienes tienen la responsabilidad de la postulación del *estado de cosas inconstitucional* ante el juez de ejecución.

Finalmente, no implementar medidas como ésta o no adoptar una estrategia para reducir la carga procesal, o de ser el caso, abordarla solo con las respuestas formales del caso, nos va a conducir solo a la respuesta mecánica, por cierto repetitiva, de la sola creación de nuevos órganos jurisdiccionales, a prever más personal y a dimensionar sin razonabilidad el trabajo de los jueces. Creemos que es un imperativo categórico de todo Poder del Estado buscar las mejores soluciones en las áreas a su cargo para bienestar de la colectividad.

Otra cuestión importante a dirimir es si acaso un *estado de cosas inconstitucional* representa un imposible constitucional. Robert Alexy¹ afirma que la Constitución es un “orden marco” y un “orden fundamental”. Alude a un “orden marco” porque hay un ámbito prohibido, lo que identifica lo *constitucionalmente imposible*, a su vez definido por lo que es *constitucionalmente necesario*. De otro lado, la discrecionalidad se encuentra inserta dentro de ese marco, lo que nos permite inferir lo *constitucionalmente posible*. La realidad compleja de las afectaciones colectivas y generalizadas obliga, entonces, a la adopción de medidas extraordinarias como el *estado de cosas inconstitucional*. No es, en propiedad, tampoco, una falacia activista, a decir de Sunstein,² sino una forma de lograr el equilibrio adecuado de los derechos fundamentales conculcados por los poderes públicos, siendo incluso que las Cortes no se replieguen³ en casos difíciles que exigen adoptar decisiones complejas.

1 GARCIA JARAMILLO, Leonardo. Op cit. p. 180.

2 GARCIA JARAMILLO, Leonardo. Op cit. p. 181.

3 GARCIA JARAMILLO, Leonardo. Op cit. p. 190.

A esto podemos sumar un deber de colaboración que se torna imperativo así como la realización de una cláusula de progresividad de los derechos fundamentales,¹ asumiéndose al respecto que la propia naturaleza de exigencia de tutela urgente que demandan los derechos fundamentales, igualmente demanda soluciones mejor trabajadas, que no necesariamente se ciñan a una rigurosa formalidad.

Conclusiones

El *estado de cosas inconstitucional* no es un sola propuesta teórica. Su naturaleza es ciertamente compleja, pues, en principio, afecta diversos principios procesales. Y sin embargo, su enorme potencial beneficio como expansión de los efectos de una sentencia previa y paradigmática, permite una respuesta distinta a la usual fórmula de creación de órganos jurisdiccionales, solución usual cuando la carga procesal se incrementa.

Hemos asociado esta noción del *estado de cosas inconstitucional* a la idea de carga procesal, pues es en el campo de los procesos que manejan los jueces, donde mejor se pueda apreciar la exigencia material que implica la formulación de soluciones creativas para reducir la carga procesal ante los jueces del Poder Judicial.

De esa forma, una política judicial de una aplicación ordenada, sistemática y organizada de este sistema, puede coadyuvar a que los jueces cumplan el deber de resolver con celeridad, eficiencia y en tiempo oportuno, premisas que no solo deben significar un matiz etéreo de los procesos, sino una figura objetiva, tangible y de resultado previsible.

De la misma forma, nuestra propuesta de que la figura del *estado de cosas inconstitucional* se amplíe a muchos nuevos procesos, no solo de la jurisdicción constitucional sino también de la ordinaria, parte de la exigencia de que un sistema procesal sea célere, mucho más cuando la noción de *recurso sencillo y rápido* es una previsión que impulsa el propio sistema interamericano de derechos humanos frente a las vulneraciones a los derechos fundamentales.

Por último, la aplicación de esta figura nos remite a una relación de complementariedad entre justicia constitucional y justicia ordinaria. No podemos seguir sustentando, de modo estrictamente formal, nociones de exclusión, o separación estricta de competencias, funciones y atribuciones. El Derecho se sirve de sus postulados materiales y más aún lo hace la justicia constitucional, la cual trabaja bajo el influjo constante de los derechos fundamentales. Por tanto, es importante que se ejercicio se traduzca hacia todo el Derecho. El sentido de la historia de los derechos lo exige.



1 GOMEZ RAMIREZ, Mateo. Op cit. p, 12-13.

SIETE TESIS SOBRE EL ACTIVISMO JUDICIAL

Manuel Atienza



1.

“Activismo judicial” es un término poco claro. Analizar en qué consiste esa obscuridad ha de ser, por ello, una operación previa a la de emitir un juicio fundado en favor o en contra de esa manera de entender la función judicial.

Un primer dato, muy obvio, en relación con el uso que hoy se hace de la expresión es que, en contextos europeos (por ejemplo, en España), calificar a un juez, o a una de sus decisiones, de activista, tiene un sentido inequívocamente descalificatorio: un juez activista es uno que actúa como no debería actuar un juez. Pero las cosas no son así en relación al uso que se hace en Latinoamérica: si no siempre, al menos en muchas ocasiones (y me refiero al empleo de la expresión no sólo en los medios de comunicación, sino también por parte de juristas profesionales) calificar a un juez de activista supone atribuirle una cualidad positiva: activista es el juez que se toma en serio lo que constituye la función esencial de la jurisdicción: la defensa de los derechos fundamentales de las personas (individual y colectivamente consideradas).

Curiosamente, esa diversidad en cuanto al significado emotivo puede detectarse también en los Estados Unidos, que es de donde parece provenir la expresión: el sintagma español es una traducción de *judicial activism* (para expresar esa noción en francés, por ejemplo, no se habla de *activisme judiciaire*, sino de *gouvernement des juges*); e incluso la idea: Estados Unidos es el primer país -desde comienzos del XIX- en situar, por así decirlo, a los jueces en una posición de primacía en relación con el legislativo y el ejecutivo, o sea, el primer país en contar con una justicia constitucional. Pero en este caso, la variación en cuanto a la emotividad que suscita el término no es geográfica, sino histórica: el vocablo *“judicial activism”* no tuvo en sus orígenes (comienza a emplearse a mitad de los años 40 del siglo XX) una connotación peyorativa, sino que la adquiere algo después, a partir de mediados de los años 50¹, esto es, en la época en la que la Corte Suprema de ese país empezaba a desempeñar un papel relevante en el desarrollo de una cultura de los derechos.

Otro dato de interés se obtiene al remontarse a la historia del concepto de activismo judicial que, de alguna forma, es anterior al uso de la expresión. En efecto, en los Estados Unidos (que, como digo, es de donde proviene la idea) parece existir un consenso, si no en cuanto al significado exacto de activismo judicial, sí en cuanto al origen de esa idea: los primeros jueces activistas habrían sido los que, a comienzos del siglo XX (y hasta que triunfa la política del *New Deal*), se opusieron a la legislación social proveniente de los Estados y de la Federación. El hito fundamental es el famoso caso *Lochner*, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1905. Se trataba de la cuestión de si era o no constitucional una ley del Estado de Nueva York que limitaba el trabajo en las tahonas a 10 horas diarias y 6 días a la semana. La mayoría del tribunal entendió que era inconstitucional y lo argumentó efectuando lo que hoy llamaríamos una ponderación: por un lado estaría la libertad de contratación establecida en la 14ª Enmienda, y por otro los “poderes de policía” que otorgaban a los Estados competencia para legislar por razones de seguridad, sanidad, etc. En opinión del tribunal (no hace falta entrar aquí en las razones que se adujeron), el primero de los derechos debía prevalecer pues, dadas las circunstancias, tenía un peso superior al otro. Hubo cuatro magistrados que se apartaron

¹ Vid. Keenan D. Kmiec, “The origin and Current Meaning of Judicial Activism”, 92 Cal. L. Rev. (2004), especialmente, p. 1452.

de la mayoría, pero lo que pasó a la historia fue sólo el voto disidente del juez Holmes. Al parecer, Holmes no tenía ninguna simpatía por el movimiento socialista que era la fuerza política que había impulsado la ley en cuestión. Pero defendió una concepción de la jurisdicción constitucional (y, a fortiori, de la jurisdicción sin más) basada en una actitud de deferencia al legislador: “La sentencia se ha basado en una teoría económica [el liberalismo del *laissez faire*] que la mayoría del país no comparte. Si fuese importante saber si yo la comparto, tendría que estudiar el asunto mucho más a fondo. Pero no se trata de eso. Estoy firmemente convencido de que mi acuerdo o mi desacuerdo es irrelevante en relación con el derecho de la mayoría de los ciudadanos a ver sus opiniones e ideales reflejados por las leyes [L]as Constituciones y las leyes estatales pueden regular cualquier aspecto de la vida, y pueden hacerlo de muchas maneras que, si fuésemos legisladores, podríamos considerar inoportunas o tan tiránicas como la ley que ahora examinamos. Creo que el término ‘libertad’, tal y como figura en la 14ª Enmienda, resulta desnaturalizado cuando se utiliza para impedir a la mayoría de los ciudadanos y, por tanto, a las convicciones mayoritarias, conseguir los fines que persiguen, a menos que sea posible demostrar que una persona sensata y razonable pueda considerar la ley de que se trate como contraria a nuestros principios fundamentales, según se derivan de las tradiciones del pueblo y del Derecho. No es preciso reflexionar mucho para darse cuenta de que la ley de Nueva York que ahora se somete a este Tribunal está muy lejos de merecer esta descalificación”².

De manera que, si contemplamos la noción de activismo judicial desde una perspectiva política, con lo que nos encontramos es con que, mientras que hoy en día (o, en el caso de los Estados Unidos, desde mediados de los años 50) le atribuimos básicamente un sentido progresista (los jueces activistas serían, simplificando, los jueces de tendencia izquierdista), a comienzos del siglo XX no era así: el activismo judicial tuvo un significado netamente conservador (aunque, como en el caso de Holmes, era posible enfrentarse a esa ideología o a esa posición acerca de la jurisdicción sin tener que asumir para ello posiciones de izquierda). Y esa fue precisamente la razón de que un jurista francés, Eduard Lambert, escribiera, en 1921, un libro que entonces tuvo mucha influencia, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*¹, y que expresaba con claridad, como se ve ya en el título, sus razones para oponerse al activismo judicial: los jueces, también los jueces constitucionales, tienen una tendencia natural al conservadurismo social, y de ahí el peligro de instaurar un sistema que establezca la primacía de los jueces sobre los otros poderes, esto es, un sistema basado en una “aristocracia judicial”.

2.

Una definición aceptable de activismo judicial podría ser esta: Un juez activista es el que decide una cuestión jurídica de acuerdo con sus opiniones de lo que es justo, aunque ello suponga transgredir los límites fijados por el Derecho.

La definición no es, sin embargo, comprensible (o suficientemente clara) por sí misma. O, si se quiere, no puede ser utilizada adecuadamente sin considerar una serie de presupuestos que la dotan de sentido. Básicamente, estos dos: 1) los jueces (en general, los aplicadores del Derecho) deben decidir siguiendo criterios preestablecidos en el sistema normativo en el que desempeñan su función; y 2) esos criterios (al menos por lo general) determinan una respuesta correcta para cada caso.

El primero de esos presupuestos supone reconocer que el Derecho es una práctica autoritativa, aunque no sea sólo eso. En relación con los jueces, eso implica que ellos tienen que considerar que

¹ El título completo era *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, Paris, 1921.

² Cito por la traducción de Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CEPC, Madrid, 2006, p. 175-6.



lo que establece la Constitución (el conjunto de reglas, principios y valores) les vincula no (o no sólo) porque lo ahí contenido se conforme con su manera de pensar, sino por la fuente de que procede (con independencia de su contenido); o sea, les vincula también en los casos en los que pudieran tener razones fundadas (de naturaleza moral o política) para pensar que alguno de esos contenidos carecen de justificación: por ejemplo, la Constitución rechaza el matrimonio entre personas del mismo sexo -como ocurre con algunas recientes Constituciones latinoamericanas-; o bien otorga un trato de privilegio a una determinada religión -como pasa con la Constitución española-; o bien establece derechos que no deberían serlo, como el derecho a portar armas de la Constitución de los Estados Unidos; etcétera. Y, en relación con las leyes (y las normas infralegales), reconocer la autoridad de las mismas significa aproximadamente lo que el juez Holmes señaló en el caso *Lochner*: aceptar que las normas dictadas por el legislador son constitucionales a no ser que no haya ninguna forma razonable de interpretar que las mismas no contradicen los principios y valores básicos de la Constitución; y otro tanto cabría decir en relación con las normas infralegales: el juicio de ilegalidad de un reglamento, por ejemplo, tendría que basarse en la convicción de que no cabe ninguna interpretación razonable de este que permita verlo como conforme a la ley; etcétera.

El segundo de esos presupuestos significa que la noción de activismo judicial sólo tiene sentido en relación con las concepciones del Derecho que sostengan alguna modalidad de la tesis de la respuesta correcta o, dicho en términos negativos y quizás más exactos, que no acepten la tesis de que el Derecho está radicalmente indeterminado. O sea, si el material normativo que supuestamente tiene que “aplicar” un juez es completamente maleable (y/o, en relación con las cuestiones fácticas, no existe algo así como una realidad objetiva, sino que los “hechos” son siempre hechos contruidos), entonces no se puede hablar tampoco de activismo judicial, simplemente porque la noción de “respuesta correcta” y de respetar o no los “límites” establecidos por la autoridad carecen de sentido. No hace falta tanto como sostener que para todo caso que se les presenta a los jueces existe una única respuesta correcta, pero sí alguna noción de corrección suficientemente fuerte (que determine al menos límites negativos que permitan descartar lo que no cabe en el Derecho). Esa es la razón por la que, en mi opinión, no es posible hablar de activismo judicial (no resulta un término comprensible) si se suscribe una concepción del Derecho como el decisionismo de Carl Schmitt, el realismo jurídico (al menos en sus formulaciones más extremas: en España, un ejemplo podría ser la posición de Alejandro Nieto); o las llamadas “teorías jurídicas críticas” (como las de los *Critical Legal Studies*). Y tampoco parece muy claro que sea posible hacerlo desde una concepción como la de Kelsen, puesto que para este autor (en virtud de lo que llamó “cláusula alternativa tácita”) los jueces no pueden violar las normas generales (porque su contenido es tautológico: establecen por ejemplo, la obligación de realizar p pero, tácitamente, también el permiso de no hacer p) que, por lo tanto, no fijarían límite alguno; dicho de otra manera, las únicas normas en sentido estricto que existen en el Derecho serían las normas individuales que ordenan actos concretos de ejecución material¹.

3.

La anterior definición no permite muchas veces establecer de manera precisa cuándo un juez actúa de manera activista. Ello se debe a que la noción de límite depende, como se ha visto, de propiedades que son graduables: la mayor o menor indeterminación (o determinación) del Derecho.

Ahora bien, que existan lo que cabría llamar zonas de penumbra, a la hora de calificar una actuación judicial como activista o no, no quiere decir que no haya también casos claros, supuestos que inequívocamente caerían dentro o fuera del ámbito de aplicación de la expresión (que -recuerdo sólo puede usarse con sentido si se presupone la noción de límite, de que el Derecho fija ciertos límites a la actividad judicial). Así, es un caso claro de activismo judicial (y quizás también de algo peor) la sentencia del Tribunal Plurinacional de Bolivia (0084/2017) que declaró la inconstitucionalidad de varias normas de la propia Constitución boliviana que fijaban un límite para la reelección de

¹ Vid. sobre esto Juan Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, esp. p.94-5.

diversas autoridades “por una sola vez de manera continua”; y eso, sobre la base del art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos humanos (que se refiere en términos generales a los derechos políticos) que se declara “de aplicación preferente”. Si a eso se añade que poco antes había habido un referéndum para cambiar la Constitución (y permitir que el presidente Evo Morales se presentara a un nuevo mandato presidencial) cuyo resultado fue contrario a esa pretensión, la manipulación política llevada a cabo por el Tribunal (para no aplicar el Derecho) no ofrece, creo yo, ninguna duda. Pero a efectos de clarificar el concepto, seguramente lo más interesante sea fijarse en casos que sí han sido ampliamente discutidos. Dos que me parecen emblemáticos serían estos: el auto dictado por el juez Garzón en 2008 declarándose competente para instruir una serie de denuncias por más de cien mil desapariciones forzadas ocurridas bajo la sublevación militar y durante los primeros años de la dictadura franquista (hasta diciembre de 1951); y la jurisprudencia de la Corte constitucional colombiana (en particular, la sentencia de tutela T-720 de 2008) que estableció en aquel país un derecho fundamental a la salud (que no estaba explícitamente reconocido en la Constitución).

En mi opinión, la primera de esas decisiones (que no supuso la condena del juez, sino la anulación del Auto) es un ejemplo de activismo, de actuación judicial carente de justificación (en términos jurídicos); he tratado con cierto detenimiento esta cuestión en otro lugar², pero baste con recordar que un argumento fundamental del juez Garzón (para sortear lo que él llamó “escollos” que se opondrían a su decisión) fue que las conductas en cuestión “siguen cometiéndose en la actualidad, dada la naturaleza de los delitos permanentes” (o sea, en 2008 seguía cometiéndose, en su opinión, la acción de desaparición forzosa de personas por parte de quienes habían muerto hacía mucho tiempo: una tesis que, entre otras cosas, presupone una concepción manifiestamente irracional de la acción humana).

Mientras que la segunda constituiría, a mi juicio, un ejemplo de actuación activa (pero no activista) de los jueces en la defensa de los derechos fundamentales: la misma supuso una creación judicial de Derecho pero legítima: el tribunal colombiano estableció una serie de requisitos mínimos (por ejemplo, al ordenar que se estableciera un plan de salud) que caen dentro de lo indisponible según la Constitución (de lo que afecta a la dignidad humana y que, por tanto, no puede dejar de reconocerse a todos y cada uno de los individuos), pero no invadió el ámbito de la discrecionalidad (el ámbito de lo disponible) de las autoridades legislativas y administrativas. En realidad, el efecto que tuvo (o el más descollante) fue que, años después, el Parlamento de ese país dictó una ley que desarrollaba el derecho a la salud (implícito en la Constitución) siguiendo lo que había establecido la Corte¹.

4.

Un juicio fundado de activismo no puede emitirse en abstracto, sin considerar una serie de circunstancias referidas al contexto teórico y al contexto práctico del juez.

Con lo de contexto teórico quiero decir que la calificación como “activista” de una cierta conducta judicial varía mucho según que quien emita ese juicio lo haga (dentro siempre de las concepciones que reconocen la existencia de límites jurídicos) desde una posición más o menos formalista del Derecho que niega a los jueces el poder -legítimo- de crear Derecho (como ocurre, por ejemplo, con el garantismo de Ferrajoli), o se sitúe, por el contrario, en una perspectiva postpositivista (como pueda ser la de Dworkin) en la que los límites del Derecho (y de la jurisdicción) son concebidos de manera mucho más amplia. O sea, el espacio que queda para el activismo es tanto mayor, cuanto más estrecha

¹ Sobre el caso puede verse el libro de Henrik López Sterup, *Protección judicial de los derechos sociales. El diálogo entre teoría y praxis*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2018.

² Vid. Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 51-60.



(más tendente hacia el formalismo) sea una concepción del Derecho. Por poner un ejemplo bien conocido: el caso *Riggs v. Palmer* (resuelto, como se sabe, apelando no a las reglas del sistema, sino a principios implícitos³) es, de acuerdo con Dworkin, un modelo de buena decisión judicial (los jueces no se habrían saltado el Derecho, sino que lo habrían interpretado adecuadamente), mientras que alguien que suscriba una concepción como la de Ferrajoli seguramente tendría que considerarlo como un ejemplo de activismo judicial.

Y el contexto práctico tiene que ver, al menos, con estas dos circunstancias. La primera es que el juicio de activismo (entendido en términos descalificatorios) no puede hacer abstracción del medio social y el medio jurídico en su conjunto en el que se inserta la actividad judicial. No es lo mismo que el juez opere dentro de sociedades bien organizadas, con una institucionalidad jurídica fuerte, en la que existen otras instancias- aparte de la judicial- encargadas de la defensa de los derechos fundamentales, a que no sea así, y la alternativa a la actuación judicial sea simplemente el desamparo de los individuos en relación a la protección de sus derechos. El caso recordado de la actuación del Tribunal Constitucional de Colombia constituye, me parece, un buen ejemplo de esto último: lo que resulta aceptable en un país como Colombia, seguramente no lo habría sido si se tratase de un juez (en algún caso más o menos semejante) de un país como Alemania. Y la segunda circunstancia con la que se debe contar es el nivel que ocupe el juez en la pirámide judicial. Así, parece razonable considerar que el ámbito de discrecionalidad de los jueces constitucionales o supremos ha de ser más amplio que si se trata de jueces ordinarios (que han de ser deferentes no solo en relación con la Constitución y con las leyes, sino también en relación con las decisiones de los órganos judiciales que ocupan lugares más altos en la estructura piramidal). Aquí, la circunstancia de que el juez Garzón fuera simplemente un juez de instrucción contribuye también (aunque no sea la razón más fuerte) para considerar su actuación como activista.

5.

El formalismo y el activismo constituyen algo así como el Scila y el Caribdis que debe evitar un juez. Ambas son posiciones que dan lugar a conductas judicialmente desviadas.

Por formalismo estoy entendiendo aquí una concepción que ve el Derecho única o muy preferentemente como un conjunto de reglas y que rechaza interpretar las normas acudiendo a lo que son sus razones subyacentes. La desviación consiste por ello en prescindir de los fines y valores que dan sentido a la práctica jurídica (al para qué interpretar).

Y el activismo se caracteriza por ver en el Derecho únicamente esta última dimensión (valorativa), dejando pues de lado que el Derecho es también una práctica autoritativa, en la que las reglas juegan un papel esencial. La desviación consiste aquí en prescindir de los medios, de las formas; en no tomar en cuenta que si la interpretación es tan relevante en el Derecho, ello se debe precisamente al papel que juega en él la autoridad (donde no hay autoridades, como ocurre en el caso de la moral -la moral no heterónoma-, la necesidad de interpretación prácticamente desaparece).

El juez que es deferente hacia el legislador (que asume la existencia de límites) no es,

³ Aunque existía (se trata de un caso resuelto por el Tribunal de Apelaciones de Nueva York en 1889) una regla explícita que otorgaba al reclamante el derecho a recibir la herencia de su abuelo, el tribunal se lo negó basándose en que el nieto había asesinado al abuelo, y en la existencia de un principio implícito según el cual nadie puede obtener un provecho como consecuencia de un acto ilícito suyo.

por ello, el juez formalista, sino el que trata de encontrar un equilibrio adecuado entre las exigencias de la autoridad y la necesidad de satisfacer los fines y valores que caracterizan al Derecho del Estado constitucional. Es el juez justo, no justiciero; activo, no activista; y que asume como ideal regulativo de su función el logro de la justicia a través del Derecho aunque eso suponga aceptar que en ocasiones el Derecho no le permite alcanzar la justicia. Por eso, la conducta conforme (o sea, no anómica) de los jueces suele producir pesar y desasosiego. La profesión de juez no puede ser una profesión cómoda, porque el sistema judicial, y el sistema jurídico en general, forma parte del entero sistema social, y este último no es un sistema justo. La existencia de una tensión entre cumplir con el Derecho y realizar la justicia es ineliminable, no puede resolverse negando uno de esos dos polos.

6.

Al menos por lo que se refiere a un país como España, el activismo judicial no parece ser el principal problema de la judicatura.

En los últimos tiempos, fenómenos como la constitucionalización del Derecho, la crisis de la política y el consiguiente aumento del poder de los jueces han llevado a muchos a considerar que el activismo judicial, el gobierno de los jueces, constituye una seria amenaza para el Estado de Derecho². Si los jueces no se sienten vinculados por el tenor de las normas establecidas por el legislador, sino que consideran que pueden (deben) resolver los casos que se les presentan (los casos, digamos, difíciles) acudiendo a los principios y los valores constitucionales y, por ello, no subsumiendo, sino ponderando, entonces lo que está en riesgo es la seguridad jurídica y el resto de los valores que hace posible el imperio de la ley: de manera muy significativa, la autonomía, que dejaría de existir si las decisiones de las autoridades no fueran previsibles.

En la anterior crítica, hay algunos presupuestos que me parecen más que discutibles: así, el razonamiento ponderativo no tiene por qué ser visto como un procedimiento arbitrario de justificación de decisiones; y la idea de que los jueces han de decidir siempre recurriendo exclusivamente a la subsunción, sin apelar a principios y valores, no pasa de ser, en el mejor de los casos, una ilusión. Pero no cabe duda también de que el aumento del poder de los jueces (y el recurso a procedimientos como la ponderación) que caracteriza el Derecho del Estado constitucional supone riesgos; y que alguno de esos riesgos tienen que ver con lo que hemos llamado activismo judicial.

Sin embargo, una cosa es que exista ese riesgo, esa patología, y otra que debamos considerarla como la principal amenaza (o una de las más importantes) para el buen funcionamiento del sistema judicial. En mi opinión, en un país como España (pero me parece que ese juicio puede ampliarse a todos -o casi todos- los países del mundo latino), el principal defecto -casi congénito- de nuestra cultura judicial (y, en general, jurídica) sigue siendo el formalismo. De lo que adolece la judicatura (hablando en términos generales) no es, yo creo, de una tendencia a prescindir de la letra de la ley y a remontarse a principios de filosofía moral y política a la hora de resolver los casos que se le presentan, sino más bien de entender el Derecho de una manera excesivamente estrecha, literalista y formalista. Lo que más falta, yo diría, es una mayor altura de miras (lo que requiere, entre otras cosas, formación teórica) y, por así decirlo, ampliar los límites del Derecho (no suprimirlos) para facilitar así el poder hacer justicia a través del Derecho. Me parece que hay muchos ejemplos que pueden



ponerse de esa tendencia al formalismo de nuestros jueces, y algunos de ellos bien recientes, como el problema de los desahucios que generó la crisis económica: la judicatura española (incluyendo al Tribunal Constitucional) podría haber hecho, en mi opinión, mucho más de lo que hizo si hubiese operado con una idea suficientemente amplia del Derecho¹.

7.

Las razones para no ser activista serían fundamentalmente aquellas que permitan contestar a la pregunta de por qué un juez no debe tomar una determinada decisión si él piensa que esa es la más justa.

Quizás la manera más obvia de contestar a la anterior pregunta consista en recordar que lo anterior viene a ser una definición de lo que se entiende por autoridad práctica: reconocer que alguien tiene autoridad práctica significa precisamente eso, supeditar nuestro juicio sobre lo que se debe hacer en determinadas circunstancias (las que delimitan el ámbito de la autoridad) al de otro. Pero entonces surge una nueva pregunta: por qué debemos reconocer (debe reconocer el juez) autoridades prácticas.

Y la contestación a la misma ya ha quedado al menos insinuada antes: eso forma parte del Estado de Derecho, y si los jueces no actuaran conforme a los esquemas de ese tipo de organización del poder (respetando el principio de legalidad y el de división de poderes), habría valores muy fundamentales de los individuos que no se verían satisfechos. Eso quiere decir, por lo demás, que la existencia de autoridades prácticas resulta más fácil de justificar cuando se trata de agentes que desempeñan un rol institucional, como es el caso de los jueces. Si estos deben someter su juicio al de otros (al del legislador o al del constituyente) ello se debe precisamente a que actúan en el marco de una institución y al servicio de los intereses y valores de otros: los ciudadanos, los justiciables. Por eso, la independencia judicial no es una manifestación del derecho de autonomía de los jueces, sino que responde al derecho de los ciudadanos a ser juzgados exclusivamente de acuerdo con los parámetros establecidos en el Derecho; como establece el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial (art. 2), el juez independiente es “aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo”.

Pero hay además otras razones (si se quiere, subordinadas a la anterior) para oponerse al activismo judicial. Una de ellas es que la corrección, la justicia, de una decisión ha de verse no de manera aislada, sino tomando en consideración todos los efectos que la misma pueda acarrear; y, entre otras cosas, por razones institucionales, la judicatura no dispone de medios para efectuar un control de esas consecuencias. Otra (dirigida contra concepciones “progresistas” pero más bien ingenuas de la jurisdicción) consiste en recordar algunos datos poco discutibles: históricamente, como se ha visto, el activismo estuvo al servicio de una ideología política conservadora; y no hay razón para pensar que hoy no vaya a ocurrir lo mismo, puesto que entre los miembros de la judicatura, en su conjunto, sigue predominando una orientación más bien conservadora que progresista. Además, los juicios morales, aunque tengan la pretensión de ser objetivos, son obviamente falibles, y esto es algo que ha de tener un peso considerable en favor de mostrar deferencia hacia autoridades políticas que (a diferencia de las judiciales) cuentan con un respaldo de tipo democrático. Y, en fin, si recurriéramos al principio de universalidad, me parece que muy pocos estarían dispuestos a aceptar las consecuencias que se producirían si todos los jueces - o una parte significativa de los mismos- optaran por ser activistas, esto es, por no sentirse vinculados por el Derecho (lo que quiere decir, no sólo por sus principios y valores, sino también por sus reglas)

¹ He desarrollado este punto en mi libro *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Pasos Perdidos, Madrid, 2013, capítulo quinto.

² Un ejemplo recientísimo puede encontrarse en la excelente tesis de doctorado de Pedro da Silva Moreira, *Deferencia al legislador. La vinculación del juez a la ley en el Estado constitucional*, leída en la Universidad Autónoma de Madrid el viernes 19 de octubre (2018).

EL EMPLEO PÚBLICO Y LA LEY 24041.



Luis Alberto Lalupú Sernaqué¹

SUMARIO: 1. Contenido, 1.1. Introducción, 1.2. La Administración Pública, 1.3. Función y Servicio Público, 1.4. Servidor y Funcionario Público, 2. De la normativa del empleado público, 2.1. La carrera administrativa desde la Constitución, 2.2. La Ley marco del empleo público, 2.3. La Ley del Servicio Civil, 3. De la Ley 24041, 3.1. Los supuestos de la Ley 24041, 3.2. Reflexión Final, 4. Conclusión.

1.- CONTENIDO

1.1.- Introducción.

La sucesión de Gobiernos Regionales y Locales que se inició en enero del presente año, ha puesto de manifiesto la escases o ausencia de mano de obra calificada, profesional por parte de Funcionarios Públicos para ocupar diversos cargos de dirección y confianza en estos órganos de gobierno descentralizados². No obstante, la vieja costumbre de la “repartija” muy arraigada en la cultura social y política, hacen que persista las designaciones amicales para ocupar los cargos públicos de alta dirección y de confianza por parte de los titulares de los Gobiernos Regionales y Locales quienes continúan designando a su antojo a los empleados públicos en general sin tener en cuenta si están o no preparados o calificados para ocupar los mismos. Esta situación de grave incertidumbre en que se han mantenido y aún se mantienen algunas Entidades Públicas ha conllevado a que la Contraloría General de la República venga realizando labores de fiscalización posterior afín de determinar si las personas designadas cumplen o no con el perfil requerido para ocupar dichos cargos³. Sin embargo, el problema de la escases de mano de obra calificada en las diversas dependencias del Estado, no sólo ocurre con los cargos directivos o de confianza sino que va más allá, comprometiendo a la gran mayoría de servidores públicos, profesionales, técnicos, auxiliares que ingresan a la Administración sin exigírseles ningún mérito ni tampoco poner a prueba sus habilidades y destrezas que requiere el cumplimiento eficiente de la función. De manera que sigue siendo hasta ahora, en nuestro país, la vieja costumbre “Dedocrática” del “amiguismo” “partidismo” o “clientelismo político”, la directiva imperante para ingresar a brindar servicios en la Administración Pública, o como lo tiene dicho el profesor Orlando Vignolo “*La perversa repartija de plazas públicas realizada con voracidad extrema por el partido gobernante de turno, en los tres niveles de Administraciones Públicas territoriales existentes y sus Organismos públicos adscritos...*”⁴. Al ser pública dicha infeliz situación casi normalizada y tolerada en nuestra sociedad peruana, no se necesita hacer un análisis profundo para imaginarnos la real situación en que se encuentra la Administración Pública en nuestro país, la que hasta ahora sigue siendo lenta, ineficiente, renuente a los cambios, poco profesional y muy proclive a los actos de corrupción. En buena cuenta, actualmente estamos percibiendo y asumiendo los resultados de no contar con una Administración Pública profesionalizada, moderna, meritocrático, calificada

1 Abogado por la Universidad Nacional de Piura, Doctor en Derecho y Magister en Derecho Civil y Ciencia Política, Juez Titular del Juzgado Laboral Permanente de La Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

2 Véase: <https://elcomercio.pe/peru/apurimac/apurimac-103-funcionarios-cumplen-perfil-requerido-contraloria-noticia-638169>.

3 <https://www.elperuano.pe/noticia-contraloria-verificara-perfiles-funcionarios-77809.aspx>

4 VIGNOLON CUEVA, Orlando. Antecedentes jurídicos relevantes y datos básicos acerca del empleo público peruano, sin perder de vista el nuevo servicio civil., en: Comentarios y Críticas a la Ley del Servicio Civil, ECB Ediciones S.A.C., año 2015, p23.



e institucionalizada que hagan posible los intereses de la Nación, por el contrario gran parte de ella, viene siendo seriamente afectada por actos de corrupción y con ello, su debilitamiento y desconfianza de la ciudadanía¹.

Así descrito de manera general y poco auspicioso el panorama del empleo público en el Perú, nos conlleva a analizar en este ensayo, ¿cuál es la situación normativa y jurisprudencial del empleo público en el Perú *ad portas* del bicentenario?, para lo cual abordaremos algunos conceptos básicos y propios del derecho administrativo que viene reclamando “reconocer, aprender y acercarnos a los olvidados moldes corporativistas de función pública (...) en los cuales se demanda una lealtad, dedicación y compromisos absolutos del empleado o funcionario al interés general, impidiendo el surgimiento de otros propósitos alternativos, a cambio de una serie de derechos y garantías que de manera equilibrada les permitan acometer el anterior objetivo (...). Así, entenderemos que la gestión continúa de la cosa pública solo es posible con y mediante un *funcionariado permanente y profesionalizado*, siendo esta cuestión una consustancial exigencia del estado moderno y de nuestra propia Constitución”². Para luego, analizar la normativa vigente respecto al empleo público en nuestro país, y, posteriormente abordar los alcances de la Ley 24041 que al parecer rompe con las exigencias de mérito y capacidad que exige el acceso a la función pública³.-

1.2. La administración pública.-

Morón Urbina considera que, <en general, la Administración Pública es el conjunto de organismos a cargo de la función administrativa. Pero no se restringe al Poder Ejecutivo, pues también existe administración pública, en los otros poderes, en los organismos autónomos, en los municipios, en los gobiernos regionales, etc. Tampoco es sinónimo de estatalidad porque también está conformada por personas naturales y jurídicas, de origen privado, que asumen cometidos, o servicios públicos por autorización o concesión. (...) La Administración Pública, como conjunto de entidades, se funda en una metáfora organicista, por la cual la administración es el cuerpo integralmente considerado, las entidades son sus diversos órganos, sus dependencias al interior de las entidades son las subdivisiones de los órganos, y, finalmente, las formas de vinculación entre ellas, constituyen un conjunto de relaciones inter administrativas (sistemas, jerarquías, descentralización, adscripción, tutela, control, etc.)>⁴. El profesor argentino Juan Carlos Cassagne señala que, el conjunto de órganos y entes estatales estructurados orgánicamente para desempeñar con carácter predominante la función administrativa conforma la Administración Pública, considerada desde el punto de vista orgánico⁵, y luego nos explica la vinculación de sus funcionarios, <las personas jurídicas, y entre ellas el Estado, requieren de la actuación de la voluntad de una persona física que sea idónea para ejercer derechos y contraer obligaciones, encarnando la voluntad del ente, (...). De este modo, cuando actúa el órgano es como si actuara la propia persona jurídica, (...) los vínculos que existen entre la persona jurídica y quienes, al expresar su voluntad, imputan la respectiva declaración o hecho material a la entidad. El órgano no actúa sobre la base de un vínculo exterior con

1 Véase el reporte de corrupción elaborado por la Defensoría del Pueblo, la que a mayo del 2017 reporta un total de 32,925 procesos por corrupción a nivel nacional, en : <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/Reporte-de-corrupcion-DP-2017-01.pdf>, cifra que con el fenómeno delictual del caso Lava Jato a la fecha es casi seguro que se habría duplicado.-

2 VIGNOLON CUEVA, Orlando., Ob. Cit. p. 66.

3 Sólo es posible hacer efectivo el principio de igualdad de oportunidades e igualdad ante la Ley si hay oportunidades de acceso mediante concursos públicos de méritos.

4 MORON URBINA, Juan C. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Tomo I, Gaceta Jurídica, Décimo tercera edición, Mayo de 2018, p. 24-25.

5 CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo Tomo I, Palestra editores, segunda edición Julio de 2017, p. 263.



la persona jurídica estatal sino que la integra, formando parte de la organización, generándose una relación de tipo institucional, que emana de la propia organización y constitución del estado o de la persona jurídica pública estatal>¹.

Porsulado, Piero Roja sostiene que, la administración pública debe ser necesariamente vista como una forma de organización del poder público que actúa en ejercicio de potestad administrativa. Al ser poder público, posee otros elementos, como son su fin público, su servicio objetivo a los intereses generales, la necesidad de satisfacer los principios de eficacia y economía, aspectos que son predicables a todos los poderes públicos². Como es de verse, no encontramos una definición exacta de los que se debe entender por Administración Pública ni tampoco de lo que debe abarcar; no obstante, siempre en su configuración estará presente la organización del poder público y la realización de actividades efectuadas por dicha organización para hacer posible o servir a los intereses mayoritarios o generales; por ello algunos autores la definen <desde un sentido objetivo (sustancial-material) y, un sentido subjetivo (orgánico –formal), **objetivamente** como, “un conjunto de actividades enderezadas hacia un fin, con total prescindencia de la índole del órgano, agente o autor del acto. Es la actividad concreta dirigida a través de una acción positiva a la realización de los fines de los fines de seguridad, progreso y bienestar de la colectividad, función por tanto encaminada a la integración de la actividad individual en vista del interés colectivo. O sea que puede haber administración en la actividad de los tres órganos fundamentales del Estado (órgano ejecutivo, órgano legislativo y órgano judicial). **Subjetivamente**, implica una estructura orgánica, un ente o complejo de entes al que el ordenamiento jurídico le atribuye la función de administrar. En otros términos, Administración Pública en sentido subjetivo equivale al aparato administrativo dentro del ámbito más general del aparato estatal que integra también el aparato legislativo y el jurisdiccional. Con más propiedad, la Administración en sentido subjetivo está integrada por el conjunto de órganos que es el centro de la función administrativa>³. En tal orden de ideas, podemos decir que la administración pública comprende los diversos órganos públicos que estructuran al Estado, los cuales realizan distintas actividades encaminadas a satisfacer fines colectivos.-



1.3.- Función y Servicio Público

Así entonces, pasaremos a definir lo que debe entenderse por función pública para poder comprender lo que se quiere significar cuando se habla de funcionario público o servidor público. En principio podemos anotar que la palabra **función** según el *DRAE*⁴ significa en sus dos primeras acepciones capacidad de actuar, actividad, acción, tarea. Y Público según el *DRAE*⁵, lo que es conocido por todos, lo que se hace a vista de todos o perteneciente al Estado o a la *Cosa Pública* y por tanto accesible a todos. Por tanto, podemos señalar a los fines del presente trabajo que, **función**

1 Ibidem, p. 217.

2 Rojas, Piero. Administración Pública y los Principios del derecho Administrativo en el Perú en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4191/4637> visitado el 15 de junio de 2019.

3 CABRERA VÁSQUEZ, Marco. A, QUINTANA VIVANCO, Rosa y ALIAGA DIAZ, Félix Moisés. Comentario exegético al T.U.O. de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ediciones Legales E.I.R.L., 2017, pp. 60-61.

4 1. f. Capacidad de actuar propia de los seres vivos y de sus órganos, y de las máquinas o instrumentos.

2. f. Tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas.

(...) Véase: <https://dle.rae.es/?id=lbQKTYT>

5 adj. Conocido o sabido por todos.

2. adj. Dicho de una cosa: Que se hace a la vista de todos.

3. adj. Perteneciente o relativo al Estado o a otra Administración. *Colegio, hospital público*.

4. adj. Dicho de una cosa: Accesible a todos.

5. adj. Dicho de una cosa: Destinada al público.

6. m. Conjunto de personas que forman una colectividad.

pública es la actividad, acción o el conjunto de actividades o tareas que realizan los diversos órganos o entidades públicas para hacer posible los diversos fines del aparato público, los cuales son intereses mayoritarios o comunitarios en contraposición de los intereses privados. O como lo sostienen los autores Cabrera, Quintana y Aliaga la función pública, <es el conjunto de actividades que se realizan o ejercen para el cumplimiento de los fines del Estado. Las mismas que son efectuadas por personas físicas, para los que se cuenta con la investidura correspondiente y que implica derechos, deberes y obligaciones o la actividad ejercida por un órgano público para realizar fines del Estado>¹.

Por su lado la palabra **servicio**², significa también actividad, acción de servir y, servir implica estar al servicio de alguien o realizar una acción a favor de alguien, en suma, para los fines que venimos analizando podemos sostener que, se trata de actividades o acciones realizadas por los diversos órganos del Estado, o terceros autorizados por este para satisfacer fines públicos, o en otros términos se puede decir que, “es toda actividad que la persona jurídica pública ejerce, directa o indirectamente para satisfacción de necesidades colectivas, mediante procedimiento peculiares del derecho público”³, y también “Función Pública es la actividad dirigida a la realización y cautela de los intereses de la Nación y a la integridad del territorio. En otra perspectiva es la acción derivada del ejercicio del poder del Estado o, simplemente, de sus fines”⁴. En tal sentido, el término función pública cobra una amplitud omnicompreensiva, como ejercicio de todas las potestades para la convivencia normada⁵; o como lo sostiene el supremo intérprete, “(...) el Tribunal Constitucional ha sostenido que una interpretación constitucionalmente adecuada del concepto “función pública” exige entenderlo de manera amplia, esto es, desde el punto de vista material como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado...”⁶.

1.4.- Servidor y Funcionario público.-

Al parecer de los conceptos de Función y Servicio Público ha surgido lo que se viene en denominar Servidor y Funcionario Público, siendo ambos empleados del Estado para ejecutar sus fines. Por ello, algunos autores señalen que, “en los estudios, tratados y textos de la Administración Pública Francesa, cuando se alude a la función pública, se está tratando de la situación del funcionario público, de sus derechos, deberes y obligaciones”⁷; sin embargo, al igual que la función pública no existe una definición uniforme de lo que debe entenderse por servidor público o funcionario público, por eso es que se sostenga que, <existen legislaciones en donde la frase servidor público engloba por igual a funcionarios y a empleados, y el término empleado define también al de funcionario. Esta arbitrariedad en el uso lingüístico y en la connotación semántica de las palabras aún no ha sido superada en el contexto legislativo, lo que explica el desorden y la miscelánea de terminología existente a nivel de sistemas jurídicos>⁸. Comúnmente se suele designar a las personas que brindan sus servicios para el Estado indistintamente, ya sea como funcionario público, servidor público, trabajador público o empleado público sin efectuar distinción alguna, bastando el vínculo laboral que les une con

7. m. Conjunto de las personas que participan de unas mismas aficiones o con preferencia concurren a determinado lugar. *Cada escritor, cada teatro tiene su público.*

8. m. Conjunto de las personas reunidas en determinado lugar para asistir a un espectáculo o con otro fin semejante.

9. f. En algunas universidades, acto público, compuesto de una lección de hora y defensa de una conclusión, que se tenía antes del ejercicio secreto para recibir el grado mayor.

1 CABRERA VÁSQUEZ, Marco. A, QUINTANA VIVANCO, Rosa y ALIAGA DIAZ, Félix Moisés. *Ibidem*. P.48.-

2 Significa: 1. m. Acción y efecto de servir (...).

3 CABRERA VÁSQUEZ, Marco. A, QUINTANA VIVANCO, Rosa y ALIAGA DIAZ, Félix Moisés. *Ob. cit.* p.52.

4 GUERRA CRUZ, citado por SILVA-ROMERO, Cristian., “Mérito y Capacidad: en defensa de la carrera y función pública”, en: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2866/DER_092.pdf?sequence=1 visitado 27 de junio de 2019.

5 CABRERA VÁSQUEZ, Marco. A, QUINTANA VIVANCO, Rosa y ALIAGA DIAZ, Félix Moisés, *ob. Cit.* p. 49.

6 Exp. N° 05057-2013-PA/TC. Fj 8a.

7 CABRERA VÁSQUEZ, Marco. A, QUINTANA VIVANCO, Rosa y ALIAGA DIAZ, Félix Moisés, *loc.cit.*

8 ESTELA HUMAN, José A. y MOSCOSO TORRES, Víctor J., *Derecho Administrativo y Administración Pública*, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., 2018, p.367.

la entidad pública sin repararse si en efecto técnicamente se trata de los mismos. Dicha distinción es necesaria a efectos de tener claridad conceptual respecto a cómo se les debe denominar a este gran sector de empleados del Estado. Además para determinar las responsabilidades penales debido a que puede ser distinta la responsabilidad para uno como para el otro atendiendo a que los funcionarios pueden representar al estado y el servidor se suele considerar como un agente sin mando¹, y podríamos decir también, para graduar o determinar las responsabilidades administrativas en que se pueda incurrir.-

Sin perjuicio de lo anterior, y en lo atinente a la definición de servidor público, en nuestra normativa actual, el artículo 3 del Decreto Supremo N°005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, Decreto Legislativo N° 276, define lo que es un **servidor público** de la siguiente manera, *“Entiéndase por servidor público al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de Ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares. **Hace carrera el servidor nombrado** y por tanto tiene derecho a estabilidad laboral indeterminada de acuerdo a Ley”*. Para esta norma, la denominación de servidor público es utilizado en su acepción amplia para referirse a todo ciudadano que brinda sus servicios en las entidades públicas con nombramiento o contrato efectuado por autoridad competente observando las formalidades de Ley. Haciendo la salvedad que solo los servidores públicos nombrados hacen Carrera Administrativa². Por otro lado, el referido Decreto Supremo en su artículo 4 define al **Funcionario Público** del siguiente modo, *“Considerase funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar **cargos del más alto nivel en los poderes Públicos y los organismos con autonomía**. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por Ley”³*. Como es de verse, la Ley de Bases de la Carrera Administrativa utiliza estas dos categorías de empleados públicos – servidores y funcionarios -, reservándose la denominación de Funcionario Público para aquellos que desempeñan cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía, pudiendo ser elegidos o designados, es decir, se es Funcionario Público por elección popular o por designación de otros funcionarios con potestades para ello, haciéndose la salvedad que los funcionarios políticos o de confianza son determinados por Ley y tampoco están comprendidos en la Carrera Administrativa⁴.

En idéntico sentido la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público hace una nueva clasificación de los empleados públicos bajo tres categorías: funcionarios públicos, empleados de confianza⁵ y servidores públicos. Definiendo al **funcionario público**

1 ROJAS VARGAS, FIDEL. Citado por: ESTELA HUMAN, José A. y MOSCOSO TORRES, Víctor J., Ob. Cit. P. 367-368.

2 La Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, Decreto Legislativo N° 276 en su artículo 1, define la Carrera Administrativa, así: 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. 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. Se expresa en una estructura que permite la ubicación de los servidores públicos, según calificaciones y méritos.

3 Negrita agregado.

4 Artículo 2°.- SERVIDORES NO COMPRENDIDOS.- No están comprendidos en la Carrera Administrativa los servidores públicos contratados, 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 norma alguna de la presente Ley los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional ni los trabajadores de las Empresas del Estado o Sociedades de Economía Mixta., cualquiera sea su forma jurídica.

5 Artículo 4 inciso 2 de la Ley 28175 “El que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario



como: “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”¹. Y a su vez, pueden ser: **a)** De elección popular directa y universal o confianza política originaria. **b)** De nombramiento y remoción regulados. **c)** De libre nombramiento y remoción. De este modo, esta norma les otorga la condición de Funcionarios Públicos a aquellos que ejercen cargos de preeminencia política, pero también a otros altos funcionarios que sin ser políticos pueden ser nombrados y removidos por causas reguladas en la ley² o cargos estrictamente de confianza. Y, respecto a los **Servidores Públicos**, no se hace definición alguna, sino más bien los 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% 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, entiéndase por ellas al ejercicio de autoridad, de atribuciones resolutorias, 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 ocupacional³. Como se puede apreciar, esta norma no define lo que es un servidor público sino hace una clasificación por grupos ocupacionales entre directivos, ejecutivos, especialistas, y de apoyo; pudiendo existir, salvo en los empleados de apoyo, empleados de confianza, y, forman parte de la carrera administrativa⁴ e ingresan por concurso público de méritos conforme los señala el artículo 5 de la Ley⁵.

Esta situación tan diversa en la designación de los empleados públicos, y, ante la vigencia de varias normas que utilizan varias denominaciones como ocurre con el Decreto Legislativo 276 –servidor y funcionario público-, Decreto Legislativo 728 –aplicable a un gran sector de empleados públicos los cuales se denominarían, trabajadores estatales o públicos-, la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público –empleados públicos-, Decreto Legislativo 1057 –trabajador administrativo⁶-, Decreto

público. Se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad. El Consejo Superior del Empleo Público podrá establecer límites inferiores para cada entidad. En el caso del Congreso de la República esta disposición se aplicará de acuerdo a su Reglamento”. En este grupo podremos clasificar a los Asesores de Gobiernos Regionales, Alcaldes, Congresistas, Asesores Técnicos de Organismos Constitucionalmente Autónomos, entre otros, los cuales son removidos libremente atendiendo a quien los designa

1 Véase artículo 4 inciso 1 de la Ley 28175.

2 Como se puede apreciar en este grupo se pueden ubicar los Alcaldes, Regidores, Gobiernos Regionales, Congresistas, el Presidente de la República, Ministros, Directores Regionales, Presidente de la ONPE, Contralor General de la República, Superintendente de Banca y Seguro, Superintendente Nacional de Aduanas y Administración Tributaria, el Jefe de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, entre otros. Funcionarios cuyo desempeño dura el tiempo por el cual son designados o por el periodo en que han sido elegidos.-

3 Artículo 4 inciso 3 de la Ley 28175.-

4 Salvo los empleados de confianza como los señala el art. 40 de nuestra Constitución.-

5 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.

6 Véase artículo 6 de dicha norma.-

Legislativo 1024¹ -Gerentes Públicos-, y la Ley del Servicio Civil N° 30057 que crea la denominación de Servidor Civil². Todo ello, hacen necesario la existencia de una sola denominación para aquellas personas que brinden sus servicios para el Estado. Como bien lo anota el profesor Orlando Vignolo cuando sostiene, <esta realidad tan heterogénea que podría cambiar en parte con la LSC, hace útil la utilización de la denominación genérica de *empleados públicos*, en tanto, esta englobaría a todas las formas o regímenes de personal que realizan tareas públicas o desempeñan funciones retribuidas por parte de las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales. (...) el hecho de ser un empleado público, bajo cualquier modalidad, conlleva inexorablemente la sumisión a un régimen jurídico especial de estas personas físicas que tienen a su cargo las funciones y tareas públicas. Así, la figura del *empleado público* “sigue siendo el prototipo de las personas que se vinculan con la estructura organizativa en la que sirven, mediante una relación mucho más duradera y exigente que las existentes en el ámbito de las relaciones laborales entre patronos, empresarios y sus trabajadores”³. Nosotros venimos utilizando dicha denominación dado que la Ley Marco del Empleo Público así los considera⁴.

2.- De la normativa del empleo público.-

2.1.- La Carrera Administrativa desde la Constitución.-

Nuestra constitución en su Artículo 40 señala de manera textual lo siguiente: “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. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente. No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos”. Nuestra constitución de 1993, sigue la misma denominación que otorga la ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público respecto a los empleados que brindan su servicio en la Administración Pública⁵, estableciendo similares exclusiones respecto a la Carrera Administrativa de los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Además, señala que es la Ley la que regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos.

Comentando este artículo el profesor Juan Carlos Morón Urbina destaca cuatro aspectos de relevancia Constitucional que deben constituir el punto de base para el desarrollo normativo ulterior, respecto a la Carrera Administrativa así sostiene: <<a) En primer término, este artículo constitucional establece la reserva de ley formal respecto a la regulación de los aspectos concernientes a la carrera administrativa, y a los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. Dicha disposición se sustenta en un intento por preservar al cuerpo de servidores de la injerencia absoluta del grupo de funcionarios de confianza y en cargos políticos, en su regulación, por lo que se reserva para el cuerpo deliberante representativo de la

1 Norma que crea el cuerpo de gerentes públicos, reglamentada por el D° S° 030-2009-PCM.

2 Esta norma utiliza la denominación de Servidor Civil, el cual se suelen sub clasificar en grupos: a) Funcionario público. b) Directivo público. c) Servidor Civil de Carrera. d) Servidor de actividades complementarias. En cualquiera de estos grupos pueden existir servidores de confianza. Cfr. Art 2 de la Ley 30057.

3 VIGNOLO CUEVA, Orlando. Ob. Cit., p. 33.

4 Véase Art. 2, 3, 4 de la Ley 28175.

5 Aunque debe advertirse que el Art. 39 de la Constitución se emplea la denominación de trabajadores públicos.



comunidad la regulación de los aspectos medulares del servicio civil. Por lo tanto, el desarrollo de esta institución y del estatuto de los servidores públicos solo puede aprobarse por normas con rango formal de ley, y no por otras normas subalternas, **b)** (...) la distinción constitucionalmente relevante entre el régimen jurídico aplicable a los funcionarios y servidores públicos, y el régimen jurídico aplicable a la relación laboral propia de la actividad privada, aspectos que lamentablemente no han sido valorados por el intento fracasado de “laboralizar” el servicio civil, extrapolarlo a la relación funcional, principios, reglas y criterios ajenos al quehacer del servicio público. Si la relación funcional estuviera contenida en la relación laboral, ¿qué sentido tendría un capítulo específico y diferenciado para los funcionarios públicos?, **c)** Otro aspecto que se deriva directamente de la Constitución, es la necesaria uniformidad o unidad del régimen de la carrera administrativa, y no la pluralidad de carreras. El texto es claro al referirse a “la carrera administrativa” como institución, y no alude a la existencia de tantas carreras como el legislador quiera crear. Por el contrario, cuando el legislador constituyente quiere individualizar alguna carrera administrativa en función de la especialidad, lo hace expresamente, como cuando se refiere a los magistrados judiciales, a las Fuerzas Armadas, y la Policía Nacional...”, **d)** La configuración constitucional de la carrera administrativa como una institución jurídica, diferenciada del Gobierno, como elemento indispensable para el funcionamiento eficiente y correcto de la Administración Pública. Nuestro constituyente reconoce que para un equilibrado ejercicio de poder público resulta necesario contar con una carrera administrativa, entendida como el instrumento técnico permanente de administración de personal que le permita viabilizar el acceso igualitario a los cargos públicos, promover la profesionalización y la retención del núcleo estratégico de empleados públicos, en función de su desempeño, con el propósito de garantizar la eficiencia, eficacia y probidad de la Administración Pública. Así, mientras que el Gobierno da iniciativa, impulso y dirección política a la Administración, sin patrimonializarla, esta debe poseer estabilidad y perdurabilidad para la continuidad de las políticas públicas, así no haya gobierno, o se encuentre en deterioro. ..”>>¹.

De lo anteriormente expuesto, es de destacar que el Constituyente ha delegado al legislador la dación de una Ley que regule de manera especial el régimen público de la Carrera Administrativa como institución o como lo tiene dicho el Tribunal Constitucional como bien jurídico constitucional², debiendo contener dicho estatuto sus principios, derechos, deberes y responsabilidades de los empleados públicos, situación que, como bien anota el Dr. Morón Urbina, hace distinto el régimen jurídico aplicable a los funcionarios y servidores públicos, y el régimen jurídico aplicable a la relación laboral propia de la actividad privada³, sino no hubiera tenido sentido que se haga la diferenciación normativa constitucional en capítulos diferenciados⁴. Esta diferenciación a nuestro entender radica en la primacía del interés público del servicio que se brinda para hacer posible los fines colectivos del Estado sobre los intereses patrimoniales privados, por ello es que nuestra Constitución ha señalado que todos los trabajadores y funcionarios públicos están al servicio de la Nación⁵ o, como lo ha establecido el Tribunal Constitucional Peruano: “Los servidores del Estado, sean civiles, militares o policías, están obligados, conforme el artículo 44.º de la

1 MORON URBINA, Juan C., Comentario al artículo 40 de la Constitución en, La Constitución Comentada, Tomo I, Segunda edición, enero de 2013, Gaceta Jurídica S.A., p. 905-906.

2 Al respecto, el artículo 40º de la Constitución reconoce la carrera administrativa como un bien jurídico constitucional, precisando que por ley se regularán el ingreso, los derechos, deberes y las responsabilidades de los servidores. Por tanto, en rigor, estamos frente a un bien jurídico garantizado por la Constitución cuyo desarrollo se delega al legislador. (Exp. N.º 00008-2005-PUTC FJ 44). Exp. N.º 05057-2013-PA/TC FJ 8b.

3 Ibidem, 905.

4 Los principios relacionados al Derecho Laboral privado están regulados básicamente en el Capítulo II. De los derechos sociales y económicos, y en lo que atañe a la carrera administrativa en el Capítulo IV De la función pública.-

5 Art. 39 de la Constitución.

Constitución, por los deberes primordiales de defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. En suma, de las normas citadas se concluye que la finalidad esencial del servicio a la Nación radica en *prestar los servicios públicos a los destinatarios de tales deberes, es decir a los ciudadanos, con sujeción a la primacía de la Constitución, los derechos fundamentales, el principio democrático, los valores derivados de la Constitución y al poder democrático y civil en el ejercicio de la función pública*¹. Existiendo prohibición de deformar dicho régimen estatutario de los empleados públicos conforme lo ha señalado el intérprete constitucional cuando ha sostenido, *“En efecto, si por autorización legal se posibilita que una determinada institución estatal se pueda regir por el régimen laboral de la actividad privada, ello no implica convertir a los funcionarios y servidores de dicha institución en trabajadores de la actividad privada, y, menos aún, que aquellos se encuentren desvinculados de su función pública”*² o, que *“la condición de funcionario o servidor público no se identifica, por ejemplo, por un tipo de contrato o vínculo de un trabajador con la Administración Pública, sino por el desempeño de funciones públicas en las entidades del Estado”*³.

En tal orden de ideas, si lo que se busca es establecer y mantener un único régimen funcional aplicable a los servidores y funcionarios públicos como ocurre en otras latitudes⁴, podemos decir, que hasta la fecha en nuestro país, pese a la existencia de la Ley del Servicio Civil N° 30057, no se ha implementado, aunque ese sea el objetivo que se busca con su aplicación progresiva⁵. Pese a ello, revisemos brevemente lo que la normatividad ha establecido respecto a la Carrera administrativa y el empleo público.

2.2.- La Ley Marco del Empleo Público.-

El Poder Legislativo con el afán de regular o desarrollar el mandato dado por el Constituyente al Legislador en el artículo 40 de nuestra Constitución, en febrero del año 2004 se publicó la Ley Marco del Empleo Público N° 28175⁶, la cual desarrolla los principios, acceso, derechos, obligaciones, responsabilidades en la relación laboral entre Estado y empleado⁷; esta norma tiene como finalidad modernizar la administración pública haciéndola más eficiente, eficaz, y transparente en aras de una mejor atención a las personas y preserva la continuidad de las políticas del Estado⁸. Sin embargo, a la fecha poco o casi nada de los objetivos y principios se ha logrado.

Esta norma pone énfasis en el mérito y capacidad para el ingreso al empleo público conforme lo señala el artículo 5 de la Ley⁹, como para el ascenso recogiéndolo como un principio

1 Exp. N° 008-2005-PI/TC., fj. 14.

2 Exp. N° 05057-2013-PA/TC fj. 8d.

3 Ibídem, fj. 8a.

4 Este es, en muy resumidas cuentas, el modelo de burocracia que se implanta en Prusia, en Francia y en otros países europeos en la época de la Ilustración y las revoluciones liberales, que se adopta también en Gran Bretaña desde mediados del siglo XIX y básicamente en los Estados Unidos, a partir de la Pendleton Act de 1883. Es el mismo modelo que, conforme a sus propias tradiciones, se configura también en Japón y más recientemente en los demás tigres asiáticos y el que ha asumido para su propia burocracia esa organización cuasifederal que es hoy la Unión Europea, un modelo de derecho público. Sánchez Morón, Miguel. En: Prólogo a Comentarios y Críticas a la Ley del Servicio Civil, ECB Ediciones S.A.C., año 2015, p. 12.

5 Véase la entrevista efectuada al Presidente de SERVIR en: <https://elcomercio.pe/politica/servir-seguir-alta-rotacion-funcionarios-noticia-ecpm-638379> Visitado el 21 de Junio de 2019.

6 Dicha ley entró en vigencia el 01 de enero de 2015.-

7 Art. III del Título Preliminar señala: La presente Ley regula la prestación de los servicios personales, subordinada y remunerada entre una entidad de la administración pública y un empleado público, cualquiera fuera la clasificación que éste tenga, y la parte orgánica y funcional de la gestión del empleo público.-

8 Véase artículo I, II y IV del Título Preliminar de la Ley 28175.-

9 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.



básico a ser observado por la Administración Pública¹, de igual modo se recogen los principios de imparcialidad, transparencia y rendición de cuentas entre otros; no obstante, pese a su existencia a la fecha son pocas las instituciones públicas que reclutan a su personal vía concurso de méritos, ya que en su mayoría todavía sigue haciéndolo por decisión eminentemente subjetiva -“partidismo”, “clientelismo”, “amiguismo”, “nepotismo”- como dan cuenta los hechos recientes respecto a la designación “dedocrática” de funcionarios y servidores públicos quienes no cuentan con el perfil que requiere el ejercicio del cargo²; escenario que en nada garantiza un servicio eficiente y la continuidad de las políticas estatales que deben ser conservadas y mantenidas a largo plazo.

Los objetivos y fines que la norma se trazó aún siguen pendientes, no obstante, en aquella espera, sigue acentuándose la ineficiencia e ineficacia de la burocracia estatal haciendo deficiente el servicio que brindan y, dilapidando, malgastando los recursos públicos y, a la par, acentuándose la corrupción en que han caído muchos empleados públicos³.

2.3.- La ley del Servicio Civil.

Continuando con el afán de establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado, el 04 de Julio de 2013, se publicó en el diario oficial el peruano la Ley N° 30057, y que fuera reglamentado por el Decreto Supremo N° 040-2014-PCM⁴; sin embargo, dichas normas todavía no se aplican en su integridad y sólo se vienen aplicando las normas relativas a los procedimientos administrativos disciplinarios no así en lo que corresponde al acceso, compensaciones, etc.⁵, debido a múltiples factores y resistencias de algunos sectores de empleados como ha ocurrido con los servidores del Congreso de la República, del Banco Central de Reserva, de los Trabajadores del Poder Judicial, y los gremios Regionales y Municipales que la ven como una amenaza a su estabilidad y derechos laborales de los que vienen gozando, y quizá por eso en un inicio se excluyó de su aplicación a un grupo de empleados⁶; no obstante, el Tribunal Constitucional en los Expediente acumulados N°s. 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, y 0017-2014-PI/TC; declaró inconstitucional la exclusión que hacía el primer

1 Art. IV del Título Preliminar señala: Son principios que rige el empleo público: (...) 7. Principio de mérito y capacidad.- El ingreso, la permanencia y las mejoras remunerativas de condiciones de trabajo y ascensos en el empleo público se fundamentan en el mérito y capacidad de los postulantes y del personal de la administración pública. Para los ascensos se considera además el tiempo de servicio.

2 Véase: <https://diariocorreo.pe/edicion/lambayeque/detectan-37-funcionarios-que-no-cumplen-el-perfil-885293/> visitado el 23 de junio de 2019.

3 Véase: <https://www.elperuano.pe/noticia-mas-meritocracia-la-direccion-publica-68192.aspx> Visitado 23 de junio de 2019.

4 Publicado en el diario oficial el Peruano el viernes 13 de junio de 2014.-

5 Reglamento de Compensaciones de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, Decreto Supremo N° 138-2014-EF, publicado el 13 de junio de 2014.-

6 Se puede decir que la Ley tuvo contradicciones desde su origen ya que por un lado en su artículo 1 señala: El régimen del Servicio Civil se aplica a las entidades públicas de: i) El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos, ii) El Poder Legislativo, iii) El Poder Judicial, iv) Los Gobiernos Regionales, v) Los Gobiernos Locales, vi) Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía, vii) Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto, se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público. Sin embargo, y de manera injustificada excluyó a cierto grupo de trabajadores, así en su Primera Disposición Complementaria Final de la LSC dispuso que no sería aplicable a los 1.- trabajadores de las empresas del Estado, 2.- los servidores civiles del Banco Central de Reserva del Perú, 3.- el Congreso de la República, 4.- la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, 5.- la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, 6.- la Contraloría General de la República, 7.- los servidores sujetos a carreras especiales, y 8.- Los obreros de los gobiernos regionales y gobiernos locales; pero posteriormente el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la exclusión del 1.- Banco Central de Reserva del Perú, 2.- el Congreso de la República, 3.- la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, 4.- la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, 5.- la Contraloría General de la República, y 6.- los obreros de los gobiernos regionales y locales

párrafo de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30057, en el extremo que dispone “(...) así como los servidores civiles del Banco Central de Reserva del Perú, el Congreso de la República, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, y la Contraloría General de la República (...)” y “(...) Tampoco se encuentran comprendidos los obreros de los gobiernos regionales y gobiernos locales (...)”. Es decir, se dejó sin efecto la exclusión de la Ley del Servicio Civil a estos empleados públicos.

Pese a ello, y en un claro desacato a los mandatos emitidos por el máximo intérprete de la Constitución, el Congreso de la República emitió la Ley N° 30647, publicada el 17 de agosto de 2017, en la que precisó que el Congreso de la República, el Banco Central de Reserva del Perú y la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones se regían por el régimen laboral de la actividad privada y no estaban comprendidos dentro de los alcances de las normas que regulan la gestión de recursos humanos del Servicio Civil⁷ y, si a ello, le sumamos que el Congreso aprobó la Ley N° 30745 que en su segunda disposición complementaria y final excluye a los trabajadores del Poder Judicial de los alcances de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil; podemos colegir, que son los propios actores políticos lo que no entienden la importancia de tener un solo estatuto funcional que rijan el empleo público meritocrático, profesional y eficiente en el Perú, quizá por ello el profesor Vignolo Cueva sostenga, <<no podemos permanecer inermes ante esta riesgosa y descalabrada realidad de <libre contratación y despido>, la cual en lo absoluto sirve a los trillados procesos de reforma estatal iniciados por los tres últimos gobiernos democráticos, y que peor aún, desconoce abiertamente las ventajas que ofrece un auténtico sistema estatutario de funcionarios en puntos tan esenciales como el aseguramiento de la <memoria institucional y la continuidad en la responsabilidad del funcionamiento de las organizaciones y servicios públicos>, por encima de los votos, los partidos políticos y la democracia representativa>>⁸.



Con todo, en la actualidad la única entidad que al parecer se ha sometido al régimen del Servicio Civil, Ley N° 30057, es la Oficina de Normalización Previsional (ONP)⁹, ya que los propios servidores públicos de SERVIR lo han empezado recién este año¹⁰ conforme lo ha señalado su presidente en una reciente entrevista¹¹, no existiendo al parecer voluntad política de ponerla en marcha en los próximos años sino será dentro de un proceso gradual que tardará algunos años¹².

De la Ley 30057 debemos destacar como principios medulares del Servicio Civil, el de igualdad de oportunidades y el mérito¹³ que se hacen presentes tanto en el acceso, la permanencia como en la progresión del servicio civil, y que van permitir reclutar a los mejores empleados públicos en aras de hacer más eficiente, transparente y eficaz el servicio público que ofrecen; sin embargo, como lo venimos sosteniendo, la entrada en vigencia de esta norma en su totalidad aún mantiene cierta resistencia de algunos personajes

7 Norma que si se revisa con atención no se aprecia que se den mayores argumentos del porqué de la exclusión. Por ello consideramos que es inconstitucional por contravenir un mandato expreso emitido por el TC. Pues, ¿qué cuestión especial haría diferente los servicios de estos empleados? Ninguna. Más aún, si a estos servidores por estar relacionados a entidades altamente técnicas, deberían exigírseles que su ingreso y permanencia sea meritocrático.-

8 VIGNOLO CUEVA, Orlando. Ob. Cit., p. 22-23.

9 <https://www.servir.gob.pe/gerencia-publica/directivos-publicos/concursos/> Visitado el 14 de junio de 2019.

10 <https://andina.pe/agencia/noticia-servir-ingresa-al-regimen-del-servicio-civil-tras-aprobacion-cuadro-puestos-738130.aspx> Visitado el 14 de junio de 2019.

11 Véase: <https://elcomercio.pe/politica/servir-seguir-alta-rotacion-funcionarios-noticia-ecpm-638379> Visitado el 14 de junio de 2019.

12 Ibídem.

13 Art. III del Título Preliminar de la Ley 30057

políticos, dirigentes gremiales y ciertos sectores de trabajadores como viene ocurriendo con los trabajadores del Poder Judicial¹; pero no solo es ese el problema, sino que también el panorama normativa y jurisprudencial no es auspicioso debido a la existencia de variedad de normas que regulan distintos regímenes laborales con distintos beneficios aplicables a los trabajadores públicos como ocurre con el Decreto Legislativo N° 276, Decreto Legislativo 728 y el Contrato Administrativo de Servicios, regulado por el Decreto Legislativo N° 1057 y su reglamento, así como la existencia de la Ley 24041; que hacen necesario e imprescindible la existencia de un único cuerpo normativo que regule todo lo concerniente al empleo público en el Perú² como lo señalan los artículos 39 y 40 de nuestra Constitución en aras de no seguir deformando el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos como hasta ahora se viene haciendo³.

No siendo nuestro objetivo abordar el análisis de la Ley 30057, sino más bien analizar la situación actual del empleo público en el Perú, dando cuenta de su importancia de tener un único régimen funcional aplicable a todos los empleados públicos, cuyas notas características deben ser siempre el acceso basado en el mérito y capacidad vía concursos públicos en plazas debidamente presupuestadas en aras de garantizar el acceso al empleo público en condiciones de igualdad; o como lo diría el profesor Sánchez Morón citado por Orlando Vignolo <<existen garantías fundamentales en el empleo público que no se pueden suprimir tales como el <acceso basado en el *mérito y capacidad* y condiciones de ejercicio de las funciones con *objetividad e imparcialidad* (...) La cuestión, pues, es sustantiva y no de formas jurídicas (...) los empleados públicos –todos ellos– deben ser seleccionados mediante procedimientos que garanticen la igualdad de los aspirantes, en función exclusiva de su mérito y capacidad, lo que no es incompatible con la mayor agilidad en la selección. También parece necesario que los empleados públicos –sean funcionarios o laborales– gocen de las *garantías necesarias* frente a eventuales despidos, cambios de puesto o de mera confianza personal. Viceversa, el empleado público, sea funcionario o contratado, debe realizar su función con imparcialidad y para ello ha de ajustarse a ciertos límites e incompatibilidades. En fin, todo empleado público, por el hecho de serlo debe respetar un *código de conducta* en parte distinto y más exigente que el de los otros empleados por cuenta ajena, así como someterse a un régimen disciplinario que, con las debidas garantías para el interesado, permita asegurar su cumplimiento⁴>>. Hay pues, que “deslaborizar” el empleo público llevando la mirada hacia las características del empleador, cuya organización, estructura y configuración de órganos y puestos requieren cumplir un perfil determinado con miras de satisfacer o cumplir finalidades públicas, situaciones que hacen distinto con relación al empleador privado cuyo interés siempre serán crear e incrementar su riqueza patrimonial.-

Así, los principios, meritocrático y de igualdad de oportunidades que recogen tanto la Ley del Servicio Civil, como la Ley Marco del Empleo Público, la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y recientemente impuesto a los empleados públicos que se encuentran inmersos en la Ley de Productividad y Competitividad

1 Los trabajadores del Poder judicial han sido los últimos en ser excluidos de la Ley del Servicio Civil mediante Ley N° 30745 publicada oficialmente el 03 de abril de 2018; sin embargo el Poder Ejecutivo ha planteado una demanda de inconstitucionalidad de dicha norma por considerar que contraviene disposiciones de la Constitución Política del Perú de 1993 relacionadas con la carrera administrativa como bien jurídico constitucionalmente protegido (artículo 40), el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 2, inciso 2), el principio de separación de poderes (artículo 43) y la competencia del Poder Ejecutivo sobre la reglamentación de la organización y gestión del empleo público (artículo 118, inciso 8), esta última en concordancia con lo dispuesto por el artículo 46 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Véase: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/00029-2018-AI%20Admisibilidad.pdf>

2 Con excepción de regímenes especiales como ocurre con los policías, militares, Jueces, etc.

3 El Tribunal Constitucional Peruano interpretando el Art. 40 de la Constitución ha sostenido: “(...) de tal regulación constitucional se desprende la prohibición de deformar el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos, convirtiéndolo en un régimen, por ejemplo, propio de la actividad privada. En efecto, si por autorización legal se posibilita que una determinada institución estatal se pueda regir por el régimen laboral de la actividad privada, ello no implica convertir a los funcionarios y servidores de dicha institución en trabajadores de la actividad privada, y, menos aún, que aquellos se encuentren desvinculados de su función pública. Véase Exp. N° 05057-2013-PA/TC fj. 8d.

4 Citado por VIGNOLO CUEVA, Orlando. Ob. Cit., p. 29-30.

Laboral, Decreto Legislativo 728 y su reglamento, Decreto Supremo N° 003-97-TR¹, se vienen observando con poca intensidad por los Tribunales de Justicia Ordinaria pese a la existencia del Precedente Vinculante recaído en el caso *Rosalía Huatuco Huatuco vs Poder Judicial*², pues consideran que es atentatorio contra el derecho de trabajo y sus principios tuitivos de este, pero no se hace mayor análisis al servicio público que brindan como a la situación especial distinta al servidor privado en que se encuentran estos empleados conforme emerge del artículo 40 de la Constitución³. Igual situación, de inaplicación del acceso meritocrático al empleo público, viene ocurriendo con la aplicación de la Ley 24041, cuyo análisis pasaremos a efectuar.-

3. De la Ley 24041.-

Esta norma se publicó el 28 de diciembre de 1984, cuando aún estaba vigente la Constitución de 1979, es decir, se emitió cuando desde la Constitución se dispensaba estabilidad absoluta frente al despido injustificado⁴; en idéntico sentido también la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, Decreto Legislativo 276 vigente desde el 24 de marzo de 1984, que regula el ingreso a la Carrera Administrativa vía *concurso de admisión* conforme se establece en el artículo 12 inciso d) y 15 de la citada norma, permitiéndose la destitución solo por causa debidamente estipulada en la ley⁵; pero al emitirse la Ley 24041, se rompió con el acceso meritocrático establecido en aquella norma, si bien no para ingresar a la Carrera Administrativa, sí para ingresar a laborar de manera permanente en la Administración Pública en calidad de Servidor Público contratado si es que supera un año de servicios en labores permanentes e ininterrumpidas, los que posteriormente pueden ser nombrados por el órgano correspondiente⁶ con la autorización legal respectiva como viene ocurriendo con la Ley N° 30879⁷; esta situación de idas y vueltas que trastocan u omiten el acceso meritocrático que señalan las normas que venimos haciendo referencia así como a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, contribuyen a la situación caótica en que se encuentra actualmente nuestra administración pública cada vez más lenta, ineficiente, corrupta, incompetente, cuyos servicios que brindan salvo raras excepciones son de mediana o mala calidad.

Ahora bien, estos servidores si superan el año en labores permanentes de manera ininterrumpida no podrán ser destituidos o cesados salvo causa establecida en el Decreto Legislativo 276, es decir, están protegidos por la estabilidad laboral de salida tan igual de aquellos que se encuentran inmersos en la Carrera Administrativa o que tienen la condición de servidores nombrados. Y, dado que, hasta ahora las entidades públicas en su mayoría no convocan a concursos públicos sino que eligen a su personal de manera directa bajo criterios eminentemente subjetivos y por ende arbitrarios – clientelismo, amiguismo, dedocracia, partidismo, nepotismo-; son estos empleados públicos quienes al concluirseles o dárseles por finalizados sus contratos acuden en mayor medida a los órganos jurisdiccionales reclamando tutela al amparo de la referida norma, dando lugar a que la Administración

1 Exp. N° 05057-2013-PA/TC, caso Rosalía Huatuco Huatuco.

2 Véase en línea: <https://legis.pe/inaplican-precedente-huatuco-la-figura-distinguish-exp-27013-2013-0-1801-jr-la-03/>

3 <http://omartoledotoribio.blogspot.com/2015/10/el-precedente-huatuco-huatuco-y-la.html> y, también, <https://legis.pe/inaplican-precedente-huatuco-la-figura-distinguish-exp-27013-2013-0-1801-jr-la-03/> visitado el 28 de junio de 2019.

4 Artículo 48. El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada.

5 Art. 28 del decreto Legislativo 276.

6 En ese sentido, debemos acotar que desde el ejercicio presupuestal del 2012, las entidades públicas no cuentan con habilitación legal para emitir resoluciones de nombramiento. Prohibición que las leyes de presupuesto ha mantenido vigente hasta la actualidad, permitiendo únicamente la contratación de personal en los supuestos de reemplazo por cese, ascenso o promoción de personal, o para la suplencia temporal de los servidores públicos. INFORME TÉCNICO N° 2242-2016-SERVIR/GPGSC

7 La Centésima Vigésima Novena Disposición Complementaria Final de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2019 — Ley N° 30879, excepcionalmente autorizó el nombramiento del personal administrativo contratado bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276. Para mayores detalles véase: <https://laley.pe/art/8104/servir-estas-son-las-reglas-para-el-nombramiento-de-los-contratados-por-servicios-personales> visitado el 25 de junio de 2019.



Pública –tras una decisión jurisdiccional favorable- cada vez más se vea incrementada en su personal al ser repuestos bajo el amparo de la mencionada norma.

3.1 Los supuestos de la Ley 24041.-

El artículo 1 de la mencionada Ley, señala: “Los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de la misma ley”

De la lectura de dicho artículo, dos son las condiciones o reglas que se desprenden del artículo 1 de la Ley 24041 para que un trabajador se encuentre tutelado dentro de sus alcances, a saber, i) Laborar como servidor público ininterrumpidamente más de un año, ii) Labores de naturaleza permanente. Respecto a lo primero, se trata de establecer el tiempo ininterrumpido en el empleo para lo cual se debe tener en cuenta el precedente vinculante N° 005807-2009 JUNIN, que señala que las *breves interrupciones* encaminadas a impedir que surta efecto la Ley 24041 constituyen interrupciones tendenciosas que atentan contra el artículo 26 de la Constitución¹, siendo que al parecer dicho periodo de interrupción es tolerable hasta menos de un mes según la Casación N° 7298-2015 Piura, donde se señala: <Que el precedente judicial en comento, estableció como regla que las **“breves interrupciones”** de los servicios prestados, no pueden afectar el carácter ininterrumpido de los servicios prestados por los servidores públicos contratados para desconocer el derecho del trabajador a la protección frente al despido; **sin embargo, del tenor de sus fundamentos puede apreciarse que en ningún extremo de éste se estableció que estas interrupciones puedan alcanzar hasta 30 días, (...)**²>, como se puede apreciar, por **breves** interrupciones debe entenderse algunos días, algunas semanas o quince días como lo determinó el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 3508-2004-AA/TC; como fuere, lo que está claro es que no podrá ser más allá de un tiempo brevísimo, atendiendo a lo que exige la norma, **ININTERRUMPIDAMENTE**, más aún si las labores permanentes exigen continuidad en la prestación de los servicios que no pueden detenerse bajo riesgo de causar perjuicio a los destinatarios, en caso contrario, ya no podrían considerarse como interrupciones breves sino el reinicio de un nuevo vínculo contractual en labores similares o distintas de las que se venían ejerciendo dependiendo de cada caso en particular.

La segunda regla, nos ofrece mayor amplitud y apertura, pues no se ha definido aún con bastante claridad y alcance que se entiende por labores de carácter permanente³, ya que si nos atenemos a la definición semántica del término, se considera permanente, lo **que permanece, sin limitación de tiempo**⁴, es decir, lo que es duradero; y, para el caso en análisis serán labores permanentes aquellas que siempre se realizarán por estar ligadas a las tareas a las que se dirige el servicio público o la actividad pública que se brinda, se trata por tanto, de labores estructurales, necesarias e indispensables que siempre deberán brindarse, o como lo sostiene la Corte Suprema, <(…) como aquella que es

1 Ya antes el TC Peruano en el Exp. N° 3508-2004-AA/TC Exp. N° 1084-2004-AA/TC, se había pronunciado en idéntico sentido. No obstante, debe advertirse que no se señala cuánto eran los días o el periodo en el que se interrumpió las labores que se encuadre dentro de lo que se denomina *breves interrupciones*.-

2 Fundamento décimo cuarto. Véase también Casación N° 2048-2015-Loreto, donde las interrupciones se dan por pocos días.

3 Concepto abierto y genérico

4 En su primera y segunda acepción del DRAE: <https://dle.rae.es/?id=SfNax8j>

constante por ser inherente a la organización y funciones de la Entidad Pública, así como a los servicios que brinda la misma en el ámbito de su competencia. Dentro de este grupo podemos considerar a los servidores públicos que laboran a nivel desconcentrado u operativo de los diversos Sistemas Administrativos, previstos en el artículo 46¹ de la Ley N° 29158, ...>²; la permanencia tiene que ver también con el tiempo en que se realizan las tareas, así, si estas se vienen realizando por un tiempo prolongado las cuales siempre se han de realizar por ser necesarias³ no cabe duda que dichos servicios son permanentes, pero podría darse el caso que las funciones que se han realizado hayan sido distintas y en diversas áreas con tiempos limitados, esta situación nos podría evidenciar que dichas tareas habían sido coyunturales o transitorias. Por eso, es necesario tener claro, si las labores que se han realizado en efecto, siempre han sido permanentes o, coyunturales, como las tareas de seguridad en los Municipios (Casación 869-2010 cusco⁴), presupuesto público, tributos y rentas, registros, área de personal o gestión de recursos humanos, etc., para lo cual hay que tener claro el área donde se han desempeñado y las funciones que se han realizado, verificando si estas son o no permanentes, ya que si bien la contratación puede superar el tiempo exigido –más de un año- pero si las labores no son permanentes, no habría lugar a la protección de permanencia que dispensa la referida norma. Tal como lo señala su artículo 2 que refiere: *“No están comprendidos en los beneficios de la presente ley los servidores públicos contratados para desempeñar: 1.- Trabajos para obra determinada. 2.- Labores en proyectos de inversión, proyectos especiales, en programas y actividades técnicas, administrativas y ocupacionales, siempre y cuando sean de duración determinada. 3.- Labores eventuales o accidentales de corta duración. 4.- Funciones políticas o de confianza”*. Tareas que si se reparan pueden ir más allá de un año pero por su propia naturaleza son temporales o coyunturales como los cargos políticos y de confianza que pueden durar todo un periodo de gobierno, en idéntico sentido las *actividades técnicas, administrativas y ocupacionales* si es que no se han realizado en un órgano estructural permanente.



3.2. Reflexión final.-

Hemos querido destacar, la existencia de varias normas aplicables a los empleados públicos en nuestro país, las cuales si bien no recogen un criterio uniforme de cómo es que deben denominarse en su vinculación de empleabilidad con las instituciones públicas lo cual genera confusión respecto a su denominación; empero, sí contienen una serie de principios trascendentales que deben observarse tanto en el Ingreso a la Carrera Administrativa como a lo largo de su permanencia, principios como el de Transparencia, Mérito, Igualdad, Probidad entre otros, que buscan hacer más transparente, profesional, eficiente y eficaz el servicio público que se brinda; no obstante, la realidad pura y dura nos revela que muchos funcionarios, actores políticos -como los miembros del Congreso

1 Artículo 46.- Sistemas Administrativos Los Sistemas Administrativos tienen por finalidad regular la utilización de los recursos en las entidades de la administración pública, promoviendo la eficacia y eficiencia en su uso. Los Sistemas Administrativos de aplicación nacional están referidos a las siguientes materias: 1. Gestión de Recursos Humanos 2. Abastecimiento 3. Presupuesto Público 4. Tesorería 5. Endeudamiento Público 6. Contabilidad 7. Inversión Pública 8. Planeamiento Estratégico 9. Defensa Judicial del Estado 10. Control. 11. Modernización de la gestión pública. El Poder Ejecutivo tiene la rectoría de los Sistemas Administrativos, con excepción del Sistema Nacional de Control. El Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico se rige por la ley de la materia. En ejercicio de la rectoría, el Poder Ejecutivo es responsable de reglamentar y operar los Sistemas Administrativos, aplicables a todas las entidades de la Administración Pública, independientemente de su nivel de gobierno y con arreglo a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Esta disposición no afecta la autonomía de los Organismos Constitucionales, con arreglo a la Constitución Política del Perú y a sus respectivas Leyes Orgánicas.

2 Fundamento jurídico cuarto de la Casación N° 1774-2010 Cusco, y tercero de la Casación N° 005807-2009 Junín.

3 Me refiero a labores ordinarias, no aquellas que son de confianza o cargos políticos que pueden permanecer todo el periodo en que se mantiene quien los elige, o las exclusiones a que se refiere el Art. 2 de la Ley 24041.-

4 Véase en línea: https://portal.mpfj.gob.pe/descargas/fsc_a_docs/20130906184431_7673259.pdf Visitado el 20 de junio de 2019. Aunque debemos aclarar que las labores de vigilancia, serenazgo y seguridad, así como de los trabajadores de limpieza y ornato público de los Gobiernos Municipales son considerados obreros por la Ley Orgánica de Municipalidades los cuales no pueden invocar la Ley 24041.

- se vienen mostrando reacios a su real aplicación; de ello dan cuenta la exclusión de la Ley del Servicio Civil, Ley N° 30057, los empleados públicos del Congreso, Banco Central de Reserva, la Superintendencia de Banca y Seguros y, AFP y últimamente los servidores del Poder Judicial efectuado a través de normas aprobadas por nuestros legisladores. Así también algunos Tribunales Ordinarios son renuentes a aplicar dichos criterios -meritocrático y de Igualdad de oportunidades- que deben regir la selección de los empleados públicos, tal como dan cuenta la inaplicabilidad del Precedente Vinculante Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco sin ponderar otros bienes constitucionales como la Carrera Administrativa meritocrático y la prohibición de su deformación, situación que podría evitarse con la vigencia de un solo estatuto que regule todo lo concerniente a los empleados del Estado como se pretende hacer con la Ley del Servicio Civil.

Por otro lado, la Ley 24041 es una norma que podríamos calificarla de excepción, ya que rompe con el esquema meritocrático de los empleados públicos establecido desde la Constitución en su artículo 40, así como la Ley Marco del Empleo Público, el Decreto Legislativo 276 y su reglamento, y la Ley del Servicio Civil N° 30057 y su reglamento, Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, por dicha situación su aplicación solo deberá ser comprendida en el entendido de que la permanencia que refiere no implica ingresar a la carrera administrativa por cuanto existe prohibición constitucional de deformar el régimen de los servidores y funcionarios públicos como lo tiene dicho el Tribunal Constitucional, en tal sentido sus reglas que contiene - más de un año ininterrumpido y labores permanentes - deben ser interpretadas de manera rigurosa al tratarse de una ley que colisiona con los principios consagrados en las normas anteriormente mencionadas, dicha exigencia nos conduce a tener claro además del tiempo exigido, la naturaleza de las labores que son las que determinarán si son o no permanentes, pues las labores accidentales, auxiliares, o de apoyo que no están vinculadas a una actividad duradera, constante continua y estable no estarían tuteladas por la norma, ya que, además, su ausencia en nada dificultarían el servicio que se brinda.-

4.- Conclusión.-

A lo largo de este trabajo, hemos querido poner en evidencia la situación actual del empleo público en el Perú, el cual es caótico por la existencia de varias normas que se encuentran vigentes, entre ellas el Decreto Legislativo 728 que es propio de la actividad privada pero que se aplica a un gran sector de empleados públicos, por eso el Tribunal Constitucional ha delimitado ya sus alcances en el precedente vinculante *Rosalía Huatuco Huatuco vs Poder Judicial* respecto al acceso y permanencia en el empleo público en atención a lo prescrito en el Art. 39 y 40 de nuestra Constitución; sin embargo, no se viene observando cabalmente por algunos Tribunales Ordinarios al considerar lesivo al derecho al trabajo, situación que es considerado por la doctrina administrativa como un intento de “laboralizar el empleo público” ya que ambos sectores –público y privado- responde a un interés y una regulación distinta.

Por su lado, y muy ligado a lo anterior, el empleo público sigue siendo muy deficitario conforme dan cuenta las acciones que viene tomando la Contraloría General de la República respecto a los Funcionarios y Servidores Públicos designados subjetivamente por los Gobernadores y Alcaldes que no reúnen con el perfil requerido para desempeñar los diversos cargos, pero ello no solo viene sucediendo en esos sectores sino en casi toda la Administración Pública; y, no solo con el personal de confianza sino también con los de mando medio, profesionales y técnicos que no son sometidos a ningún tipo de evaluación para asumir las funciones que se les encomienda; sin embargo, muchos de estos empleados que han sido contratados al superar el año en labores permanentes e



ininterrumpidas buscan estabilidad absoluta al amparo de la Ley 24041 tan igual a los empleados de Carrera que regula el Decreto Legislativo 276, esta situación tan real y pocos veces analizada, pone en evidencia que la Administración Pública actual en nuestro país en su mayoría, no está conformada por personal competente, eficiente y profesionalizada ya que no recluta a su personal por concurso de méritos y en igualdad de condiciones, en tal sentido, los servicios que se brindan no son altamente satisfactorios en desmedro de la ciudadanía y en el debilitamiento de las instituciones.-

BIBLIOGRAFÍA.

Cabrera, M., Quintana, A. y Aliaga, R. (2017). Comentario exegético al T.U.O. de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Perú: Ediciones Legales E.I.R.L.

Cassagne, J. (2017). Derecho Administrativo. (2.^a ed.). Perú: Palestra editores

Estela, J. y Moscoso, V. (2018). Derecho Administrativo y Administración Pública. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.

Morón U., J. (2013). Comentario al artículo 40 de la Constitución en, La Constitución Comentada. (2.^a ed.). Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Morón U., J. (2018). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. (3.^a ed.). Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Rojas, P. (2015). Administración Pública y los Principios del derecho Administrativo en el Perú. Recuperado de

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4191/4637>

Silva R., C. (2017). Mérito y Capacidad: en defensa de la carrera y función pública. Recuperado de

https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2866/DER_092.pdf?sequence=1

Vignolon C., O. (2015). Antecedentes jurídicos relevantes y datos básicos acerca del empleo público peruano, sin perder de vista el nuevo servicio civil: Comentarios y Críticas a la Ley del Servicio Civil. Lima: ECB Ediciones S.A.C.



EL PROBLEMA DE LA CIENTIFICIDAD DEL DERECHO



Hugo Lamadrid Ibáñez¹

“El hombre no puede vivir sin teoría. El hombre es un animal teórico por excelencia”

**Francisco Miro Quezada Cantuarias
Filósofo Peruano (1919-2019)**

I. Introducción:

Hablar de la cientificidad del derecho, implica relanzar una temática poco atractiva que requiere propuestas audaces y creativas. En nuestro país, salvo el jurista Carlos Fernández Sessarego, reconocido por su contribución a la teoría tridimensional del derecho, son pocos los que de alguna manera se han ocupado de temas de interés epistemológico como este ². Aquí, casi todas las publicaciones jurídicas están dedicadas al análisis de los códigos y de las leyes vigentes; limitándose los autores de tales publicaciones a comentar con distintas palabras, cada cual más sofisticadas que otras, lo que ya ha sido comentado y publicado por otros. Bajo esta modalidad se han escrito montañas de libros. Eso no es hacer ciencia, sino exégesis y dogmática pura; lo que interesa es crear conocimiento científico partiendo de un análisis metódico de la realidad social.

Las universidades que tenemos no son semilleros de científicos del derecho; esto porque los que enseñan en las facultades de derecho, la mayoría de ellos no son investigadores, sino tan solo comentaristas de las leyes. Este tipo de enseñanza, como indica el profesor M. Atienza, se caracteriza por revestir formas acusadamente acrílicas y dogmáticas alejadas del conocimiento científico³. Nuestro compromiso como juristas debería traducirse en un mayor interés por conocer y desarrollar el tema de la cientificidad del derecho; no hacerlo es una expresión de conformismo y de marasmo intelectual; es seguir actuando bajo el paraguas ideológico de la dogmática jurídica cuestionada por su carácter a – científico.

La dogmática jurídica se desenvuelve en un plano exclusivamente teórico y de abstracción. Es un mundo de ficciones jurídicas y deliberaciones pseudo científicas, elucubradas según el parecer de los comentaristas del ordenamiento jurídico. Esos comentarios de los juristas, dogmáticos le sirven de ropaje a las normas legales que conforman las diferentes ramas del derecho, para que esos preceptos legales dejen de ser un producto normativo bruto, desprovisto de alma o de contenido. Así se habla del espíritu de la ley desentrañado por los juristas.

Es en el campo penal donde la dogmática jurídica ha alcanzado su máximo desarrollo con la teoría del delito, que viene a ser un conjunto de reglas, principios y conceptos que se utilizan para interpretar y sistematizar las normas penales, así como para determinar las condiciones en las que una conducta debe ser considerada como delito. Algunos autores consideran a la dogmática jurídico penal como la ciencia del derecho penal; pero, al no ser un sistema lógico deductivo construido en base a hipótesis comprobables a través del método científico y circunscribirse a un

¹ Mg. en derecho con mención en ciencias penales. Mg. en derecho con mención en derecho constitucional y gobernabilidad. Dr. en derecho y ciencia política. hulamil@hotmail.com.

² En este sentido, cabe mencionar el trabajo publicado por la Editorial Grijley, correspondiente al año 1999, con el título: *Discusión sobre el carácter anti – científico del derecho*. De Kirchmann a la discusión epistemológica actual, volumen colectivo que bajo la dirección y el análisis introductorio de José F. Palomino Manchego, recoge los aportes de Christian Courtis, Enrique Pedro Haba, Julius Hernán Von Kirchmann, Francois Ost y Antonio Enrique Pérez Luño. Entre los autores peruanos destaca también Domingo García Belaunde: “La ciencia del derecho y la filosofía del derecho”, en AA.VV, libro homenaje a Mario Alzamora Valdez, Cultural Cuzco S.A, Lima 1988, pp. 205-2013; y Fidel Rojas Vargas, quien hace denodados esfuerzos por demostrar que la dogmática jurídico penal es una ciencia, cuestionado “los criterios de validación científica entendidos empíricamente, que desestiman al derecho como ciencia, por no ser observable fácticamente su estructura normativa o por hallarse revestida por elementos metafísicos (valores)” en *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, Grijley, 1997, pp. 18- 50.

³ ATIENZA, Manuel. *Ideas para una filosofía del derecho. Una propuesta para el mundo latino*, Universidad Inca Garcilazo de la Vega, Fondo Editorial, 2008, pp. 17 -18

plano de mera legalidad formal alejado de la realidad, es obvio que la dogmática penal tampoco puede ser considerada como un conocimiento científico.

Si el derecho quiere progresar como ciencia por una vía distinta a la de la dogmática jurídica, tiene que partir de un enfoque empírico – normativo, para desde allí construir un sistema de normas y una teoría del sistema, cuyas proposiciones se deriven de sucesos observables y susceptibles de verificación empírica, y no como hasta ahora se ha hecho; al concebir al derecho como si fuese un producto normativo imaginario. De lo que se trata es terminar con la disparidad existente entre el derecho y la realidad social, y de esta manera optar por el diseño de un modelo de ciencia jurídica vinculado al de las ciencias sociales; pero es importante recalcar que cualquier esfuerzo que se haga en ese sentido no generará cambios inmediatos, pues, se trata de un trabajo de largo aliento. El culto a la dogmática jurídica está demasiado enraizado en la mente de los distintos operadores del derecho y será muy difícil que esa mentalidad cambie de un día para otro.

II. Ciencia y derecho:

La ciencia no es otra cosa que un cuerpo homogéneo de conocimientos rigurosamente contrastables empujando el método científico y aceptados como tales por la comunidad científica. En su momento, los representantes del neopositivismo o empirismo lógico creían que solo los enunciados de las ciencias formales como la matemática, la lógica y los enunciados de las ciencias empíricas que son verificables mediante el experimento, podían ser considerados conocimiento científico. Más tarde, bajo el influjo de las ideas desarrolladas por Popper, Kuhn, Lakatos y Feyerabend, representantes del racionalismo crítico, en el campo de la filosofía de la ciencia, se aceptó la tesis de que el conocimiento científico está sujeto a continuas rectificaciones; y, por lo tanto no constituye una verdad infalible y perdurable en el tiempo.

Ni la física considerada como el modelo ideal de ciencia, deja de estar sujeta a modificaciones; pues, como señala Hawking *“cualquier teoría física es siempre provisional, en el sentido de que es solo una hipótesis; nunca se puede probar. A pesar de que los resultados de los experimentos concuerden muchas veces con la teoría, nunca podríamos estar seguros de que la próxima vez, el resultado no vaya a contradecirla...”*¹. En cuanto a la verificación a través del experimento, Bunge aclara que *“... no todas las ciencias pueden experimentar, y en ciertos capítulos de la astronomía y de la economía, se alcanza una gran exactitud sin ayuda del experimento”*²

El conocimiento científico clásico, se basa también en el supuesto de que existe una realidad exterior objetiva, cuyas propiedades se manifiestan con independencia del investigador que las observa, quien debe limitarse a describirlas tal como son, sin alteraciones. A esto se le denomina neutralidad ética; sin embargo, ningún conocimiento científico puede ser totalmente neutral, siempre el sujeto que es un ser humano y no un robot, va de antemano con una noción propia acerca de la que va a investigar. En el caso de las ciencias sociales, no existe neutralidad valorativa, ya que el investigador no es ajeno a lo investigado. En este tipo de conocimiento científico se confunde el sujeto con el objeto.

En ese sentido, el cuestionamiento formulado por Atienza, acerca de que la llamada ciencia jurídica no es ni quisiera conocimiento, ya que no guarda distancia entre el sujeto y el objeto, típica del conocimiento científico, puesto que el objeto es creado por el jurista sujeto, sería en cierto modo aceptable, solo en el caso de que el término ciencia jurídica esté referido a la dogmática jurídica que, como ya se sabe, no es conocimiento científico porque no reúne las condiciones que a toda ciencia se exigen³. Aún así, no se puede negar que hay hechos jurídicos que no son producto de la voluntad del jurista sino fenómenos físicos independientes de la voluntad, como es el caso del nacimiento, la muerte, mayoría de edad, etc.

1 HAWKING, Stephen W. Historia del tiempo. Del bigbang a los agujeros negros, Trad. de Miguel Ortuño, Grijalbo Mondadori, 1988, p.23

2 BUNGE, Mario. La ciencia su método y su filosofía, Ediciones San Santiago, 1994, p.23

3 ATIENZA Manuel. Introducción al derecho. Editorial Club Universitario, 1985, pp. 246 -247



Atienza sostiene también que la dogmática jurídica es una mera técnica social específica y no puede ser otra cosa¹, por lo que tampoco podría ser tecnología, al ser esta una técnica que emplea conocimiento científico². Empero, Bunge, al hacer una redefinición de la tecnología, como el mismo lo dice, da cabida en esta a todas las disciplinas orientadas a la práctica, siempre que empleen el método científico; y sugiere una clasificación de las ramas actuales de la tecnología en la que comprende a las ciencias sociales y menciona entre ellas a la sociología y politología aplicadas, urbanismo y también a la jurisprudencia, etc.³

A contrario de lo dicho por Atienza en esa clasificación, Bunge menciona a la jurisprudencia como una de las ramas de la tecnología, a través de la cual, no solo se puede crear materiales, artefactos o cosas nuevas, sino también métodos, sistemas, servicios, etc. Esto de alguna manera nos mueve a la confusión, pues daría a entender que la dogmática o sistemática jurídica es una ciencia, pese a que ya sabemos que se trata de un conocimiento meramente teórico que tiene al conjunto de normas vigentes como único y exclusivo objeto de estudio, no obstante que las normas jurídicas carecen de rigor científico, al ser creaciones abstractas del legislador.

Sin duda se trata de algo difícil de asimilar, pero creo que no se equivoca Bunge, pues aún en su versión actual, el derecho se efectiviza en la realidad a través de la técnica y la tecnología; esto es, por medio de la técnica legislativa, los métodos de interpretación, la técnica de resolución de conflictos, las reglas del razonamiento y la argumentación jurídica, etc. Al igual que lo hacen actualmente las ciencias naturales y las ciencias sociales, el derecho emplea también tecnología ajena como la informática y, por medio de ella, ha elaborado el expediente electrónico, los remates electrónicos, las audiencias virtuales, etc. El uso de las tecnologías de la información debe ser el comienzo para el establecimiento de un modelo de justicia virtual previsible, que hará posible estandarizar y resolver un mayor número de casos iguales en menor tiempo y con un mayor grado de imparcialidad.

De otro lado, tenemos que decir que como consecuencia de la existencia de dos cosmovisiones jurídicas distintas: la del iusnaturalismo y la del positivismo, la definición del objeto de estudio del derecho, se ha convertido en un tema conflictivo. Esto se debe a que, la delimitación del objeto de estudio constituye un factor decisivo para entender lo que es el derecho y como este debe ser conceptualizado en términos epistemológicos. De allí que la falta de un objeto de estudio vinculado a la realidad social haya determinado que la dogmática jurídica o “doctrina de los autores”, en palabras de Nino⁴ no sea considerada como una ciencia, sino como una técnica; siendo este también un factor a tener en cuenta, cada vez que se quiera hacer una definición sobre el derecho.

Sin pretender ser exhaustivo respecto a las cuestiones que se consideran relevantes en el campo de la ciencia, cabe recordar también que una de las características de las ciencias naturales como la física, es que estas logran explicar los hechos en términos de leyes generales, vg. la ley de la caída libre de los cuerpos de Galileo; lo cual no sucede con las ciencias sociales, pues ninguna de ellas, ni siquiera la economía ha logrado convertirse en un cuerpo teórico del cual sea posible deducir leyes de carácter universal, aceptadas como tales por la comunidad científica. A falta de mercados desregulados o verdaderamente libres, ni a la ley de la oferta y la demanda se le reconoce universalidad⁵. Eso, según algunos filósofos de la ciencia se debería a la falta de generalidad del lenguaje de las ciencias sociales. Sin embargo, esta falencia epistemológica no descalifica del todo el carácter científico de esta clase de ciencias.

1 ATIENZA Manuel. Introducción al derecho, cit. p. 255

2 ATIENZA Manuel. Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo. DOXA 3, 1986, p.307

3 BUNGE, Mario. Epistemología. Siglo XXI, 2004, p.191

4 NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho 2ª edición, ampliada y revisada, 7ª reimpresión. Editorial Astrea, 2003 p. 352

5 HEINZ DIETERICH, Steffan, aclara que la diferencia entre una ley científica y una hipótesis científica “consiste en que la ley es una hipótesis múltiples veces confirmadas, p.e: “El calor dilata los cuerpos” (...), mientras que la hipótesis es un enunciado sistemático avanzado para una primera contrastación”. Nueva guía para la investigación científica. Fondo editorial del pedagógico San Marcos, 2006, p.117

Y en lo que respecta a la aplicación de la metodología de la ciencia en el derecho, resulta que, como el objeto de estudio de la dogmática jurídica no es un objeto real, sino un objeto formal (la norma general y abstracta), lo que se emplea es el método jurídico formal que, en rigor no viene a ser un método científico, porque prescinde del estudio de la realidad social y se centra en el análisis del derecho positivo y del envoltorio teórico – conceptual que le sirve de complemento para facilitar su entendimiento y su aplicación.

Si se optara por un nuevo formato de ciencia jurídica que tenga que ver con las ciencias sociales, se tendría que utilizar un método de investigación distinto al de la dogmática jurídica, dedicado esta vez al estudio de la realidad social vista como una realidad empírico normativa; dado que científicamente no es posible admitir que pueda escindirse la norma jurídica de la realidad social y estudiarlas por separado como si fuesen compartimentos estanco. Un método que se acomodaría a esta manera de concebir la ciencia del derecho, sería el método jurídico social; tendría cierto parecido de familia con el método de otras ciencias sociales, pero solo sería aplicable al estudio del derecho. Creo que nada se opone a ello; recordemos que Feyerabend, desde una posición radicalmente opuesta a las reglas metodológicas de la ciencia ha dejado entrever la posibilidad de acceder a toda opción que se tenga para lograr conocimiento científico.¹

III. Un cambio de paradigma

Creo que los adelantos científicos y tecnológicos, del mundo moderno y globalizado, exigen que el derecho al igual que otras disciplinas, cumpla con los estándares epistemológicos necesarios para que pueda insertarse en la comunidad científica. Sin embargo, tanto en la filosofía como en la teoría del derecho, actualmente solo se registran tímidos estudios y aproximaciones sobre la materia. La tarea recién comienza, hace falta mayor rigurosidad en el análisis y un abordaje más directo del tema problema.

De lo que se trata es repensar el actual paradigma de ciencia jurídica, el de la dogmática, a fin de que el derecho se convierta en un saber científico compatible con otros conocimientos científicos, específicamente con aquellos que corresponden a las ciencias sociales. La resistencia al cambio es quizás el peor enemigo de esta iniciativa. Un nuevo modelo de ciencia jurídica factual, tiene que empezar a construirse necesariamente de abajo hacia arriba. De la realidad social hacia la norma y el conocimiento teórico; no como hasta ahora que es a la inversa. Se crea la norma jurídica en abstracto y luego se hace exégesis y dogmática pura.

Esta concepción artificiosa y dogmática del derecho tiene que terminar; un nuevo enfoque empírico – normativo se impone a estas alturas. Es hora de ver a la ciencia del derecho como una realidad socio jurídica. Para que ello ocurra, es necesario que el derecho empiece a ser visto como un saber que tiene como sustento normas jurídicas que se supone tienen su origen en la realidad social de un país.

Esto último se puede lograr auscultando la realidad socio jurídica por medio de observatorios legales enfocados en trabajos de investigación, desde los cuales se pueden formular hipótesis acerca de si tal o cual norma legal es compatible o interactúa con determinadas porciones de esa realidad, para de esta manera proponer su derogatoria o su modificación, o ver la necesidad de legislar para cubrir ciertos vacíos legales. Esto es de vital importancia, pues es de interés predominante de la ciencia jurídica la elaboración del derecho, función que es ajena a la dogmática.

Aún, cuando el legislador trate de ser lo más exhaustivo posible, en ciertos casos es imposible regular en un solo intento todas las situaciones jurídicas existentes en la realidad en un solo texto legal, por lo que es menester seguir observando e interpretando la realidad social para descubrir otras situaciones que pasaron desapercibidas y que deben ser materia de regulación jurídica. Esta es una tarea de perfeccionamiento del ordenamiento jurídico reservada a los observatorios legales, llamados a convertirse en verdaderos laboratorios de ciencia jurídica.

1 Véase. FEYERABEND, Paul K. Contra el método: esquema de una teoría anarquista del conocimiento. Ariel, 1981.



De esta manera, el derecho dejará de ser visto como una entelequia formada a base de proposiciones imaginarias; es decir, sin un correlato fáctico, sin el cual no es posible que pueda ser considerado como un conocimiento científico. Las evidencias empíricas normativas que se obtengan en esas investigaciones, será el insumo que se utilizará para la elaboración del marco teórico – doctrinario de la ciencia jurídica, para la sistematización de sus conceptos, y de sus principios, así como para que la actividad legislativa sean vistos como el resultado de un análisis jurídico riguroso y objetivo de la realidad social, diferenciándose así de la dogmática jurídica, cuyo método de análisis excluye toda consideración de índole tanto valorativa como sociológica.

Los observatorios legales encargados del estudio científico de la realidad jurídica, deben estar conformados por equipos de especialistas en diferentes materias afines al derecho. Estos observatorios deben instalarse en el Parlamento, en el Ministerio de Justicia, en el Poder Judicial, en el Ministerio Público, en los Colegios de Abogados, universidades, en los ministerios, gobiernos regionales, entes reguladores, etc. Sería una manera de revolucionar la elaboración jurídica en el mundo entero.

Los observatorios legales pondrán punto final al mito o a la ficción del legislador racional creación de la comunidad dogmática, que considera la existencia de un legislador con una sabiduría fuera de lo normal, supuestamente creador de un orden legal cuasi perfecto, que garantiza su permanencia, obediencia y cuya voluntad es tomada en cuenta al momento de interpretar el derecho; algo que por supuesto no existe ya que los legisladores son personas de carne y hueso, con sus virtudes y sus defectos¹.

Los observatorios legales tendrían que efectuar trabajos de investigación científica sobre determinadas porciones del ordenamiento jurídico de un país, para determinar si este reúne el requisito de objetividad y verificabilidad empírica, o si por el contrario solo es producto de deliberaciones pseudo científicas, elucubradas al libre capricho del legislador. En este sentido, en el caso peruano abundan los ejemplos de propuestas legislativas alejadas de la realidad y que en algunos casos lindan con lo absurdo.

La multiplicación de leyes y otras normas de carácter sectorial y temporal y la pluralidad de fuentes a los que ya se refirió en su momento Zagrebelsky², son factores que conspiran contra el ideal de ciencia jurídica que avizoramos en este trabajo. La editora Gaceta Jurídica publicó un informe que tituló “Perú país de las leyes”, correspondiente al año 2014, donde se indica que el año anterior el Estado peruano emitió 20,470 normas, es decir 1,795 más que antes, alcanzando una tasa anual de producción legal del 10%. De estas más de 16 mil corresponden al ejecutivo. La información da cuenta que la producción legislativa del Congreso de la República, es del 10% anual, en tanto que, en conjunto, los gobiernos regionales solo emitieron 575 normas y los municipios más de 2 000 a razón de una norma promedio por cada municipio.

En lo que concierne a la volubilidad de las normas, Gaceta Jurídica señala que el 2004 se registraron más de 2,700 cambios normativos, la mayoría debido a las modificaciones de procedimientos, plazos, ampliación de alcances y derogaciones. Al respecto la nota editorial de otra publicación periodística denominada “La ley y el desorden”, se lamenta diciendo: *“Estas y otras informaciones nos ratifican la ausencia de un horizonte normativo de país, donde se legisla sin ton ni son, en un proceso en el que el derecho positivo, el núcleo de nuestra tradición jurídica romano germánica, pierde su esencia organizadora de la actividad social y publica en favor de la dispersión y del populismo legislativo”*³.

1 Véase al respecto, CALSAMIGLA, Alberto. Introducción a la ciencia jurídica. Editorial Ariel S.A, Barcelona, 1986, p.95. Según este autor “A pesar de este carácter irreal, el modelo del legislador racional tiene una gran vigencia. Este modelo constituye el núcleo de las ideas básicas de la dogmática. Los juristas no solo deben creer en ese modelo, sino que deben respetar las reglas y principios que se derivan de él. De tal modo que solo se aceptaran como teorías dogmáticas aquellas que respetan esas reglas y esos principios, cit. p.99.

2 ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Editorial Trotta octava edición, 2008, pp. 37 -38.

3 Diario La República, 15/01/2015, p.6



La Comisión Multipartidaria encargada del ordenamiento legislativo del Congreso de la República del Perú, llegó a depurar del ordenamiento jurídico 14, 403 normas legales y para el 2018, tenía previsto depurar 1,200 normas que se contraponen a otras disposiciones vigentes.¹ En medio de un escenario de caos y desorden legislativo como este, podemos comprobar que Kirchmann, no se equivocó cuando afirmó que tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles.

Hay ordenamientos legales que sin haber pasado por la lupa de los observatorios legales, reflejan una alta dosis de objetividad empírica y se han mantenido vigentes por un largo periodo de tiempo; vg, el Código Civil Francés de Napoleón. No sucede lo propio en nuestro país, donde el Código Tributario ha sido modificado más de 1000 veces y, el Código Penal ha sufrido más de 500 modificaciones, al estar sujetos ambos códigos a los vaivenes y caprichos del legislador, a tal punto que ya existe en el Congreso un nuevo proyecto de Código Penal.

En la actualidad los proyectos de ley en el Congreso de la República del Perú, sólo implican un proceso de debate en comisiones y la existencia de consensos partidarios para su aprobación, sin importar si esas propuestas legislativas están en armonía con la realidad social. De ahí la necesidad de contar con observatorios legales que se convertirían en aliados imprescindibles de los legisladores. La creación de una Cámara de Senadores en el actual parlamento unicameral, que se viene reclamando con insistencia para evitar supuestamente la aprobación de leyes sin reflexión, en nada va a subsanar el déficit de objetividad y racionalidad empírica que tienen casi todas las leyes que se aprueban en la actualidad².

Esto último que hemos expuesto, debería hacernos reflexionar sobre la necesidad que existe de generar propuestas para hacer viable un cambio de paradigma en el derecho. Lamentablemente, a los juristas dogmáticos amantes de la formalidad, más les preocupa que las leyes no sean inconstitucionales y también están interesados en el tema de la constitucionalización del derecho. Un derecho constitucionalizado, en opinión de Comanducci³ se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos³. Pero, cabe preguntarse ¿Es acaso la Constitución una creación científica; o lo qué es lo mismo un producto empírico normativo? Claro que no; por más que se diga lo contrario⁴; lo cierto es que adolece de la misma falencia epistemológica que el resto del ordenamiento jurídico que tiene como sustento, precisamente a la misma Constitución. Posiblemente, esto se debe a que la ley fundamental tiene un contenido normativo sui generis, al ser en parte un estatuto orgánico del Estado, en virtud de lo cual asigna competencias y atribuciones a los distintos componentes orgánicos del aparato estatal y a los funcionarios que lo representan; y, en parte también viene hacer un catálogo de derechos fundamentales que no tienen un origen fáctico, sino más bien espiritual, al ser considerados derivaciones de la dignidad del ser humano. En todo caso, esto es algo que excede con holgura los límites de este trabajo, por lo que no vamos a entrar en mayores detalles al respecto.



IV. Definición, objeto y método

4.1 Definición:

En materia jurídica, uno de los temas más recurrentes es el relativo a la definición del derecho, y es este precisamente como ya lo hemos anotado, el motivo de la divergencia entre iusnaturalistas y positivistas. Nosotros, desde una perspectiva epistemológica distinta a la del iusnaturalismo y el positivismo, nos inclinamos aquí por una definición que intenta rescatar la dimensión social del derecho. Desde este punto de vista, considero que se debería denominar ciencia del derecho a

1 Diario Perú 21, 02/03/2018, p.7

2 Sobre el déficit de deliberación de los proyectos de ley en el Congreso de la República del Perú, es interesante la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00015-2012- PI/TC, sobre proceso de inconstitucionalidad de la Ley N° 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, en la que se abordan aspectos relacionados con la aprobación del proyecto de ley en comisiones; la aprobación de la ley; la ampliación de la agenda; sobre los votos necesarios para la aprobación y la atención a las opiniones de los actores incluidos.

3 COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico. Isonomía N° 16/abril/2002.p.95

4 Véase al respecto HABERLE, Peter. Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura, Madrid, Editorial Tecnos, 2000

la disciplina que tiene por objeto el estudio racional y sistemático del derecho considerando como una realidad empírico normativa, cuya elaboración teórica, es conocimiento científico obtenido mediante el empleo de un método propio afín al de las ciencias sociales.

Podría decirse que al optar por esta definición, en cierta forma estaríamos confundiendo al derecho con la sociología; pero cabe aclarar que no existe la posibilidad de que el derecho pueda ser confundido con la sociología, ya que se trata de dos disciplinas distintas; la sociología es descriptiva y el derecho; además de ser una disciplina descriptiva es prescriptiva y valorativa. Tanto la sociología como el derecho tienen en común ser ciencias sociales.

4.2 El Objeto:

La delimitación del objeto de estudio de lo que debe ser la ciencia del derecho, constituye uno de los aspectos problemáticos a dilucidar desde un punto de vista epistemológico; esto debido a los reproches y cuestionamientos que se le han hecho a la dogmática jurídica, al considerar que las normas jurídicas vigentes que son su único objeto de estudio, no tienen sustento fáctico y son inestables, al estar sujetas a las cambiantes decisiones del legislador.

El objeto de estudio de lo que debería ser el modelo ideal de ciencia del derecho, lo constituye la realidad empírico – normativa considerada como una unidad indisoluble, ya que no es posible imaginar una ciencia jurídica desligada del contexto empírico propio de las ciencias sociales. Cabe señalar que no siempre es posible describir con exactitud los hechos que son objeto de estudio de una ciencia. Al respecto Bunge admite que ningún investigador aprehende su objeto tal como es, sino tal como queda modificado por sus propias operaciones; pero también precisa que tales cambios deben ser objetivos y se presume que pueden entenderse en términos de leyes, y que no pueden ser conjurados arbitrariamente por el investigador¹.

La realidad empírico – normativa que es el objeto de estudio de la ciencia del derecho, está compuesta por hechos, conductas humanas y fines jurídicamente relevantes, a los que hay que analizar, para ver si es necesario que sean materia de una determinada regulación jurídica. El derecho vendría a ser así, una ciencia social con un objeto fijo de estudio, lo que podría variar es la forma de entender o regular ese objeto; esto por razones de técnica legislativa o de convivencia social, por lo que ya no se podría decir que el derecho es un producto voluble y aislado del contexto social.

Un modelo de ciencia jurídica como el que avizoramos en este modesto trabajo, sería viable, en la medida en que se conciba al derecho, ya no como un producto teórico normativo divorciado de la realidad, sino más bien como un producto empírico normativo obtenido luego de un riguroso proceso de recolección de datos relevantes de la realidad social, enfocados desde una óptica metodológica vinculada a las ciencias sociales, pero con identidad propia. Actualmente, en el derecho, al igual que en otros campos de las ciencias sociales, sobre todo a nivel de maestrías, no solo se realizan investigaciones básicas o teóricas, destinadas a incrementar y profundizar conocimientos sobre temas relacionados con la dogmática jurídica, sino también investigaciones aplicadas, con el objeto de producir cambios cualitativos en un determinado sector de la realidad empírico normativa a través de propuestas legislativas.

Por ejemplo, una de esas investigaciones aplicadas podría estar orientada a determinar, cuales son las causas del incremento de los casos de violencia familiar contra la mujer, para poder tomar una decisión adecuada en materia legislativa; toda vez que la solución adoptada actualmente en nuestro país, consistente en la sobrecriminalización de esas conductas violentas, no ha disminuido los índices de criminalidad; y, más bien el considerar como delitos los que antes eran faltas contra la vida, el cuerpo y la salud, ha incrementado considerablemente el número de casos de violencia familiar en las fiscalías, poniéndolas al borde del colapso.

1

BUNGE, Mario. La ciencia, su método y su filosofía. Ediciones San Santiago, cit. 1994, pp. 16 -17

IV.3 El método:

En algún momento se pensó que la teoría de la argumentación jurídica podría ser considerada como la nueva metodología de la ciencia jurídica. Ahora se sabe que es una técnica jurídica más inventada por los juristas dogmáticos del siglo XX, aplicable sobre todo a los conflictos sociales con la finalidad de dotar de racionalidad o de razonabilidad a las decisiones que se adoptan en sede judicial para resolver esos conflictos. Pese a que abundan los cultores de la llamada teoría estándar de la argumentación jurídica, no faltan los detractores; Haba, por ejemplo, la considera una teorización pseudo descriptiva, con respecto a los razonamientos jurídicos¹. Con lo cual da a entender que solo sirve para retocar o cubrir con un manto de aparente racionalidad o de razonabilidad los discursos empleados por los jueces al redactar sus sentencias; aunque el modo de razonar de estos no sea precisamente el idealizado por esta teoría.

Al método de estudio de lo que vendría a ser la ciencia del derecho, se le podría denominar método jurídico social, al estar dirigido a investigar una realidad empírico normativa considerada como un todo, al que no es posible dividir en partes para investigarlas individualmente, dada la interrelación que existe entre la realidad social y la realidad normativa. Es un método de investigación distinto al método de investigación jurídico formal de la dogmática que se limita el estudio de las normas jurídicas divorciadas de la realidad, y que por ello no puede ser considerado un método científico.

Es un método comprensivo – interpretativo; comprende las conductas humanas que forman parte de la realidad social y si son de interés jurídico las traduce en proyectos de ley; luego interpreta esos proyectos para ver si están acorde con esa realidad para que puedan convertirse en leyes. Esa labor hermenéutica del investigador; no debe confundirse con la que realizan los distintos operadores del derecho a través de las técnicas o métodos de interpretación jurídica, los que se emplean una vez que la ley es aprobada por el legislador y debe ser aplicada a los casos concretos.

En lo que concierne al método científico, se sabe que este no se aplica en las ciencias formales como la matemática y la lógica, sino en las ciencias de la naturaleza y en las ciencias sociales. En cuanto a estas últimas, Bunge considera que tal método puede aplicarse a otras disciplinas humanísticas distintas a la sociología, politología, psicología social e historia; entre ellos la filosofía científica, sin que en tales casos sea necesario aplicar directamente el método experimental. Admite también este autor que estas disciplinas puedan ser empíricas de modo indirecto²; o sea que pueden ser contrastables, así no sea de modo directo; por lo que siendo así, no se descarta la posibilidad de que el derecho, en tanto sea considerado como una disciplina humanística distinta a la dogmática jurídica pueda llegar a ser considerado un saber científico.

Es obvio que Bunge se refiere a la contrastación indirecta de la hipótesis empírica; aunque es dable recordar que en materia de investigación científica también existen otros tipos de contrastación, como la contrastación indirecta teórica, que se lleva a cabo por inferencias de tipo analógico, inductivo deductivo, es decir, sin el empleo de técnicas o procedimientos empíricos; y , la contrastación teórica que al igual que la anterior fundamenta la hipótesis científica con bases distintas a la evidencia empírica³. Otra clasificación habla de cuatro métodos de análisis y contrastación básicos: 1.- la observación; 2. El experimento, 3. La documentación; y 4. El muestreo y la entrevista⁴, destacando el hecho de que en algunas ciencias sociales como la antropología, se utiliza la observación directa, que se realiza mayormente sin el auxilio de instrumentos metodológicos⁵. Sin que ello desmerezca su carácter de ciencia. Algo similar podría tener lugar en el caso del derecho.

1 HABA, Enrique P. (coordinador). "Razones para no creer en la actual teoría (ilusionista) de la argumentación", en Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica, Palestra - Temis - Lima - Bogotá; 2014, p.33

2 BUNGE, Mario. Epistemología, cit. pp. 47 y 48

3 ORTIZ URIBE, Frida Gisela. Diccionario de metodología de la investigación científica, LIMUSA, México, 2004, p. 35- 36

4 HEINZ DIETERICH, Steffan. Nueva guía para la investigación científica. Fondo Editorial Pedagógico San Marcos, 2006, op. cit. p. 126

5 Ídem, p. 131



No se puede exigir a un investigador social que se comporte como un tercero neutral respecto al objeto materia de su investigación. En las ciencias sociales no hay una separación radical entre el sujeto y el objeto de estudio, y se asume como ya lo hemos visto, que en este tipo de conocimiento el objeto de estudio puede ser interpretado, modulado y hasta creado por el investigador. Corresponde a los especialistas convertir al derecho en una ciencia social normativa con los datos obtenidos luego de comprender e interpretar las conductas sociales que tengan implicancias jurídicas, y de contrastar aunque sea de modo indirecto la validez de sus sistemas de enunciados teóricos y de sus respectivas creaciones normativas con la realidad social.

Conclusiones

Lo que hemos hecho aquí, es exponer algunas ideas básicas sobre lo que vendría a ser un modelo de ciencia jurídica empírico normativo, ideado a partir de la instrumentación de algunos planteamientos vinculados a las ciencias sociales. Se trata de una propuesta que no pretende agotar un tema tan complejo como el de la cientificidad del derecho, temática que por lo visto parece preocupar a los juristas de nuestro tiempo, los cuales dan la impresión de haberse resignado a aceptar que definitivamente el derecho no es una ciencia, sino tal vez una técnica, un arte o un oficio lucrativo que desempeñan indistintamente doctos y profanos.

Una propuesta de signo renovador como la que hemos reseñado en estas líneas, implica una ruptura radical con el modelo jurídico tradicional. Esto a su vez conllevaría a un cambio en el modo de interpretar y aplicar el derecho, pues, el juez ya no se limitará a analizar los casos desde un punto de vista estrictamente normativo, sino que también tendrá que tener en cuenta el fin social para el cual fue creada la norma jurídica, y de esta manera poder brindar una solución integral y realista al problema planteado.

Por mucho tiempo la dogmática ha sido vista por la comunidad jurídica como un conocimiento racional y sistemático; pero es preciso hacer hincapié una vez más, que se trata de un conocimiento abstracto desvinculado de la realidad social, a la que debe su origen y su razón de ser el derecho. El de la ciencia jurídica tiene que ser un conocimiento esencialmente práctico y no retórico y plagado de ficciones legales. Aún con todo, sería ingenuo pensar que esa manera de entender el derecho que ha calado profundamente en la mente de los juristas cambie de la noche a la mañana. Tal vez sea algo imposible, pero, mientras tanto creo que bien vale la pena reflexionar y acariciar el sueño de la cientificidad del derecho.



SUBSUNCION Y PONDERACION APLICADA AL DERECHO PENAL

Estefany Teresa Carrión Suarez¹
Universidad Tecnológica del Perú



I. INTRODUCCIÓN. II. SUBSUNCION Y PONDERACION APLICADA AL DERECHO PENAL. 2.1. LA ARGUMENTACION COMO PARTE DE LA SUBSUNCION Y PONDERACION. 2.1.1 La Coherencia dentro de la Argumentación. 2.2. SUBSUNCION. 2.2.1 Otra forma de aplicar la subsunción. 2.3. PONDERACION. 2.3.1. Aplicación de la Ponderación en base a su estructura. III. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

En la doctrina y en la mayoría de fuentes de información es común contraponer o encontrar unidos los métodos de ponderación y subsunción. Los defensores de la ponderación siempre tienen en cuenta si pesa más o prevalece uno u otro de los derechos o principios que se enfrentan, de la cual resulta una regla, cuyo supuesto de hecho está formado por las circunstancias de ese caso delimitado y cuya consecuencia jurídica es la contenida en o derivada del principio vencedor. En el caso de la Subsunción este se resuelve subsumiendo, valga la redundancia, los hechos que se juzgan. Por lo tanto, en el proceso de la ponderación hay una primera etapa en la que se prepondera o predomina el principio y una segunda de subsunción bajo la regla así surgida.

En el campo de la práctica jurídica, los jueces, al momento de resolver los denominados casos fáciles, tienden por optar por la subsunción jurídica; en cambio, en los casos difíciles, se inclina más por un juicio de ponderación. La diferencia importante que hallamos es que, en la primera etapa (subsunción) la operación básica consiste en una interpretación de la o las normas generales y abstractas que puedan venir al caso, mientras que, para los segundos (ponderación) lo más importante es sopesar o ponderar las circunstancias del caso a fin establecer cuál de las normas que se enfrentan merece ganar en esa ocasión. Por lo que, dentro de este contexto se debe tener en cuenta lo dicho por Sócrates:

“Cuatro características corresponden al juez: escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente”. Sócrates

Actualmente, en el Perú, se ha dado inicio a una etapa normativa de control constitucional al poder y de protección nacional e internacional de los derechos fundamentales que se da a través del Estado constitucional como garantía de los derechos y de las diferentes acciones constitucionales que se pueden tomar.

Conforme a lo indicado por el profesor **Ricardo Guastini**, un sistema ha sido constitucionalizado cuando presenta al menos 7 componentes²: **i)** garantía jurisdiccional de la supremacía de la constitución; **ii)** constitución rígida: incluye los derechos fundamentales; **iii)** fuerza vinculante de la Constitución, como conjunto de norma preceptivas; **iv)** interpretación conforme a la constitución; **v)** influencia de la Constitución en el debate público; y, **vi)** sobre interpretación de la Constitución: interpretación extensiva y principios.

También se señala las garantías procesales (**propias del proceso civil**), se han extendido a los procesos constitucionales, adquiriendo especial connotación por la materia que estos derechos protegen, como son los **derechos fundamentales** de la persona humana³.

Estando a ello, se tiene que muchas veces se presentan conflictos entre derechos constitucionales del mismo nivel, la salud, el derecho a la intimidad, el derecho a la libertad de expresión, entre otros; un

1 Estudiante de Derecho de Octavo Ciclo - Universidad Tecnológica del Perú, Escuela de Derecho

2 GUASTINI, Ricardo: “La interpretación: objetos, conceptos y teorías”, en: Vásquez, Rodolfo (Compilador): Interpretación Jurídica y decisión judicial. Ediciones Fontanera S.A. Tercera edición. México 2002.

3 Balelnas Loayza, Patricia, ob. Cit., p. 16.



claro ejemplo, es cuando se infringe el derecho a la libertad del procesado y el derecho a la justicia para la víctima, ambos principios aquí son importantes, y se debe sopesar, la necesidad de anteponer uno sobre el otro, en muchas ocasiones el derecho del procesado se encuentra por encima del de la víctima, aquí se pondera la libertad del procesado y los derechos de la víctima frente a un injusto penal u otro cuando se enfrentan el derecho a la intimidad, el derecho a la libertad de expresión aquí se presenta el conocido caso de la exhibición del vídeo titulado “Prostivedettes”, donde supone una intromisión inaceptable que penetra el ámbito del derecho a la intimidad personal y que no trata de una información de interés público; además, se considera que el hecho de que la información que se revele puede ser veraz no impide que se configure una violación a la intimidad personal, cuando la persona afectada, como Mónica Adaro, no es personaje público y la referencia a prostitución clandestina no es un delito ni un asunto de interés general. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA R. N. N° 449 – 2009 – LIMA)

BALLENAS, Patricia señala que *“a la jurisdicción constitucional corresponde de manera especial los procesos constitucionales, tanto es así que el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional permite al juez constitucional una razonable valoración en la adecuación de la formalidad a los fines del proceso constitucional; todo ello para no relegar la defensa de los derechos y la supremacía de la constitucional; agregando que estos dos puntos: defensa de la supremacía constitucional y derechos fundamentales así como posibilidad de actuación del juez, son quizás los más resaltantes para distanciarnos de los procesos ordinarios, puesto que dichas finalidades no son prima facie los fines de éstos procesos”*.

La doctrina constitucional asegura que, frente a la jerarquía equivalente de los principios constitucionales, los conflictos procedentes de su aplicación deben resolverse a partir del balance de sus implicaciones. El juicio de ponderación obliga así a considerar los elementos circundantes a cada principio en pugna, para determinar, luego de un análisis de alcances y consecuencias, derivado del peso mismo de cada principio, a favor de cuál debe resolverse la colisión.

”La finalidad del juicio de ponderación es la maximización de los principios involucrados en las normas en disputa –cuando el análisis se hace respecto de normas jurídicas–, de manera que ninguno de los extremos resulte anulado, sino meramente atenuado por el que lo enfrenta”¹.

Ante todo, lo señalado, se tiene que mayormente la doctrina, fuentes de estudio y otros consideran al Método o teoría de la Ponderación mas importante que la subsunción ya que básicamente la última señalada consiste en interpretar la norma que aparece en cada caso en concreto; sin embargo, la ponderación consiste en prevalecer los derechos inmiscuidos en casa caso y depende a ello evaluar cuál es el derecho que tiene más valor o más peso frente al otro.

Se puede decir que el principal problema e importancia de estos dos temas radican en su aplicación, ya que, es finalmente el juzgador quien va a determinar si estos métodos son utilizables al caso concreto que se está desarrollando. Por lo que, en el presente vamos a desarrollar ambos métodos en su amplia definición y aplicación para así poder constreñir una definición propia, dar una opinión y finalmente explicar si se está aplicando de la manera correcta o no, de acuerdo a nuestro criterio.

II. SUBSUNCION Y PONDERACION APLICADA AL DERECHO PENAL

2.1. LA ARGUMENTACION COMO PARTE DE LA SUBSUNCION Y PONDERACION.

En la práctica jurídica, sobre todo en el derecho de los Estados Constitucionales, implica relevancia en la argumentación. Sobre todo, en los sistemas anglosajones en donde se da especial relevancia de la perspectiva del juez y del abogado. Ejemplifica Atienza con el caso español en el que, a partir de la Constitución de 1978, las resoluciones judiciales se motivan de mejor forma que con anterioridad,

¹ Aponte Cardona Alejandro, (2008) Manual para el Juez de Control de Garantías en el Sistema Acusatorio Penal.

debido al carácter obligatorio en la constitución y la práctica del tribunal constitucional, así como la introducción del jurado en 1995, al que se le obliga a motivar sus resoluciones. El otro factor es el paso de un Estado legislativo a un Estado Constitucional, en este último no se entiende exclusivamente que debe estar vigente una constitución, sino que en estos sistemas se contiene:

- El principio dinámico del sistema jurídico político (distribución del poder).
- Derechos fundamentales que limitan o condicionan la producción, interpretación y aplicación del derecho.
- Mecanismos de control de constitucionalidad de leyes y por ende del poder legislativo, lo que viene a dar prevalencia de la función judicial, respecto de la función legislativa, obligándose a esta última justificarse en forma más exigente, sobre todo en cuanto al contenido de la norma. Así el Estado Constitucional implica un incremento en la teoría justificativa de los órganos públicos y por consecuencia mayor demanda en la argumentación jurídica.

Recasens Siches¹, refiriéndose a Geny, establece como la ley no es la expresión de un principio lógico sino una manifestación de voluntad; como ante la incapacidad de la ley para resolver los problemas, el juez tiene un amplio campo de aplicación de voluntad y que, en todo caso debe regirse por principios valorativos.

Respecto de lo antes señalado, opino que no solo debemos regirnos en base a lo que expresa la Ley ya que nos estaríamos centrando meramente en el Derecho Positivista donde solo aplicamos la norma en todos sus extremos, sin necesidad de tomar en cuenta los factores externos de esta, que vendrían a ser el contexto de los hechos. Sin embargo, si se pretende que el derecho se realice a través de lo razonable, es necesario desentrañar que es lo que se entiende por "razonable". Dehesa parece confundir lo razonable con lo justo, al expresar:

"En consecuencia, el juez, muy lejos de aplicar con ceguera silogismos de tipo formal, debe interpretar la ley de modo que lleve a la conclusión más justa para resolver el problema planteado.... El legislador se propone realizar con sus leyes del mejor modo posible lo que la sociedad considera como exigencias de la justicia. Entonces si el juez trata de interpretar esas leyes de modo que el resultado de aplicarlas a los casos singulares aporte la realización del mayor grado de justicia, con eso no hace sino servir con exactitud al mismo fin que se propone el legislador²"

Aunado a ello, se tiene también lo referido anteriormente, (...) el juez tiene un amplio campo de aplicación de voluntad y que, en todo caso debe regirse por principios valorativos; donde podemos darnos cuenta del ámbito de aplicación y el poder que tiene el Juez de decidir si toma en cuenta los principios valorativos como señala el autor o en este caso opta por los métodos de Subsunción o Ponderación tratando así de interpretar la ley y aplicarla en cada caso concreto para realizar justicia.

2.1.1. La Coherencia dentro de la Argumentación.

Recasens, encuentra luego el aspecto valorativo en la actuación del juez, limitándolo a valoración de hechos y pruebas y hace ver que la labor del juez, dentro del derecho formalmente válido, debe realizar una función eminentemente creadora que se alimenta de valoraciones particulares sobre el caso específico. En relación con la justificación racional del razonamiento judicial, Andreut concluye que toda resolución judicial debe pasar una prueba de coherencia, en los siguientes aspectos:

- a) la coherencia en la narración de los hechos.
- b) la coherencia en el derecho que es aplicado, en cuanto sea sustancial o procesal
- c) la coherencia en la respuesta judicial que es dispuesta en el caso concreto
- d) la coherencia que se debe advertir entre la sentencia y los contornos sociales en los cuales ella se introduce y como tal, tiene efectos no inmediatos, pero si mediatos o incluso remotos
- e) la coherencia en la motivación de la misma resolución

1 Recasens Siches Luis. "Tratado General de Filosofía del Derecho". Editorial Porrúa, S. A. México. 1978

2 "Introducción a la retórica y la argumentación". Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera edición.



Concluyendo, si hablamos de razonamiento judicial advertimos lo dicho anteriormente, no solo se debe tener en cuenta lo citado por la norma sino aplicarlo a los hechos, de tal manera que exista COHERENCIA, debiendo sopesar los bienes jurídicos que se enfrentan, así como los intereses de la justicia, de la investigación y los fines de la medida de protección, para manifestar una decisión ajustada a las normas constitucionales y legales, además de proporcional entre el principio protegido y el que se busca limitar.

Al hablar de *coherencia* lo asemejo a que se debe tener en cuenta, la pertinencia, utilidad, necesidad y razonabilidad de la medida a aplicar en cada caso en concreto, pues de ello se deducirá una resolución lógica justa aplicando la Ley en su contenido expreso y teniendo en cuenta como surgieron los hechos; pues es muy común tener un caso en donde se enfrenten derechos o principios similares, en este caso a modo de ejemplo se tiene a la Legítima Defensa por parte de los Ciudadanos sin la necesidad de estar en igualdad de condiciones y el derecho a la Vida por parte de los delinquentes.

En ejemplo antes citado es producto de un Proyecto de Ley promovido por el congresista Carlos Tubino el cual busca eximir de responsabilidad penal o civil a las personas que hagan uso de armas cuando se tropiecen con delinquentes al interior de sus viviendas; el cual será la base del presente.

2.2. SUBSUNCION

La formalización de los sistemas lógico-deductivos reporta toda una serie de antecedentes históricos, partiendo del nacimiento de la lógica formal y la aplicación en el mundo jurídico de la lógica axiomática deductiva, a partir del uso de los enunciados de subsunción en el cual se evidencia, al menos en los casos fáciles, el uso de un razonamiento de tipo deductivo que partía de una norma de contenido general, aplicada a un caso particular.

El modelo deductivo operativamente delimita la decisión jurídica de un caso concreto bajo la inferencia lógica de las normas vigentes ligadas al uso de las definiciones del derecho y las proposiciones empíricas (Alexy, 1995, p. 37).

Un sistema normativo como sistema deductivo equivale a una amalgama de enunciados, provistos de consecuencias. Para todo sistema normativo su función primordial consiste en “establecer correlaciones entre casos y soluciones” (Alchourrón y Bulygin, 1974). En un sistema normativo, los enunciados correlacionan casos con soluciones. La técnica deductiva para correlacionar casos con soluciones normativas ha sido el método de aplicación de subsunción.

La subsunción —o los enunciados de subsunción—, de acuerdo con la metalógica de lenguajes y sistemas formales, ocupa el lugar del método efectivo de aplicación de las reglas de derecho, considerando que para los casos en los que el derecho determina el estatus corresponde una respuesta correcta como consecuencia de la aplicación de la regla por subsunción; es decir, determina un número de pasos que conllevan a la respuesta correcta: la solución de un caso.

Dentro de esta aparecen “dificultades” que se encuentran presentes en el sistema jurídico como las lagunas o contradicciones normativas, asumiendo que el ordenamiento jurídico ofrece siempre una única solución correcta que se obtiene luego de indagar la voluntad única del legislador, descubriendo el sentido objetivo —norma— que incorpora la disposición normativa.

Para un modelo de juez mecánico en donde las decisiones judiciales pueden tomarse conforme a las reglas inferenciales de la lógica deductiva, la subsunción como el silogismo jurídico aparecería como la única garantía de racionalidad en el razonamiento jurídico encargado de dotar de seguridad y certeza al sistema jurídico el cual tiene como consecuencia jurídica de carácter procesal: la sentencia o fallo, evidenciada como el resultado de una fórmula aritmética que se obtiene de agregar hechos más normas.

A modo de ejemplo;

El caso de Luis Miguel Llanos. La noche del 27 de diciembre del 2012, el empresario recogía a su enamorada en Miraflores cuando tres hombres armados intentaron asaltarlo. Él estaba preparado, había recibido entrenamiento y utilizando su arma hirió a dos asaltantes, en el pecho y en la nuca. Ambos murieron en el acto, pero su historia



no terminó con el asalto frustrado. A Llanos la fiscalía le abrió una larga investigación por homicidio y lo acusaron de haberse ensañado con los delincuentes.

PREMISA 1: El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años.

PREMISA 2: Luis Miguel Llanos mató a dos asaltantes; hiriéndolos en el pecho y en la nuca, lo que causó su muerte en el acto.

CONCLUSION: Luis Miguel Llanos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años.

Apenas un mes después, un joven universitario también decidió defenderse, Gastón Gabriel Mansilla disparó a un hombre que intentó asaltarlo con un cuchillo. También lo acusaron, bajo el argumento de que había actuado de manera desproporcionada ante el ataque y estuvo 3 días preso.

PREMISA 1: El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años.

PREMISA 2: Gastón Gabriel Mansilla disparó a un hombre causándole la muerte.

CONCLUSION: Gastón Gabriel Mansilla será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años.

Estando a ello, se tiene colisionan dos Derechos; primero, el Derecho de Legítima Defensa por parte de los Ciudadanos sin la necesidad de estar en igualdad de condiciones y segundo el derecho a la Vida por parte de los delincuentes. Entonces si hacemos la operación básica en la que basa la subsunción (Silogismo Jurídico) las víctimas serían culpables y finalmente los culpables serían víctimas. Por lo tanto, no se estaría aplicando la Norma de manera justa.

2.2.1 Otra forma de aplicar la subsunción.

Es fácil entender que la aplicación de la ley no se agota en el tipo de deducción antes señalado y que ante las dificultades en nuestro sistema jurídico se puedan presentar como las lagunas o contradicciones normativas. Existen dos soluciones para ello. Una primera es que siempre es posible que haya otra norma que resulte aplicable y prevea una solución distinta. Si este es el caso, surge una cuestión previa. La respuesta a esta cuestión podría ser resuelta por medio de la ponderación, pero no es ese el caso. Usualmente, resultan aplicables *meta-reglas*, como: *lex superior derogat legi inferiori, lex posterior derogat legi priori o lex specialis derogat legi generali* (Ley superior deroga ley inferior, ley posterior deroga ley anterior o ley especial deroga ley general) A efectos de llegarse a una solución, debe realizarse una segunda subsunción sobre la base de una meta-regla. Se puede llamar a esta segunda subsunción: "metasubsunción". En la medida que los conflictos entre normas sean resueltos a través de la metasubsunción, se permanecerá dentro del dominio de la subsunción. Tan pronto recurramos a la ponderación para resolver el conflicto, se saldrá del primer nivel de la subsunción y se pasará hacia la ponderación en un segundo nivel¹.

Entonces si desarrollamos los ejemplos antedichos con este método simplemente las víctimas serían culpables del delito de homicidio ya que solo se tomaría en cuenta el Homicidio que trata de proteger el Bien jurídico Vida, así sean en defensa propia, y que en el caso se ha vulnerado. Otra solución sería la segunda subsunción o metasubsunción, teniendo en cuenta el Proyecto de Ley que busca eximir de responsabilidad penal o civil a las personas que hagan uso de armas cuando se tropiecen con delincuentes al interior de sus viviendas y el Derecho de Legítima Defensa por parte de los Ciudadanos sin la necesidad de estar en igualdad de condiciones, el cual si bien es cierto no se encuentra vigente, pero manera de ejemplo vamos a suponer que tiene vigencia. Entonces, *lex posterior derogat legi priori* (ley posterior deroga ley anterior; finalmente, el caso se resolvería en la liberación de cargos, pues actuaron en legítima defensa.

A efectos de justificar un juicio, no es suficiente que éste se sustente lógicamente en determinadas premisas,

1 ROBERT ALEXI "Sobre la Ponderación y la Subsunción. Una Comparación Estructural" pg. 40.



puesto que las premisas en sí deben ser justificadas. Esto demuestra, también, que puede distinguirse dos fases o niveles de justificación del juicio legal. El primero consiste en la deducción del juicio legal a partir de premisas como se representó mediante la Fórmula de la Subsunción. Esto puede ser llamado “la justificación interna” (Wróblewski 1974, 39; Alexy 1989, 221) o “justificación de primer orden” (MacCormick 1978, 101)². La segunda fase o nivel consiste en la justificación de las premisas empleadas en la justificación interna o de primer orden. Esto es la justificación externa o de segundo orden. Acá puede emplearse toda clase de argumento admisible en la argumentación jurídica.

Para ello, es que la estructura lógica se incorpora en una argumentación jurídica interactiva de posiciones, lo cual define, a la vez, primero, los mínimos requisitos de racionalidad, y segundo, los puntos de partida de cualquier intento efectivo - en el contexto de la justificación externa - más allá del nivel de racionalidad definida mediante los requisitos mínimos antes indicados. Estas consideraciones hacen surgir la cuestión de si es posible señalar algo similar en el campo de la ponderación.

En conclusión, la subsunción y la ponderación deberían ir de la mano en todo tipo proceso, es decir, debería subsumirse en la norma, respetando sus estándares que esta despliega y ponderando el contexto de los hechos y que a mi parecer agregaría una tercera premisa que referiría la situación en la que surgieron los acontecimientos, lo cual contemplado en los ejemplos se desarrollarían de la siguiente manera:

PREMISA 1: El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años.

PREMISA 2: Luis Miguel Llanos y Gastón Gabriel Mansilla dispararon a unos delincuentes causándole la muerte.

PREMISA 3: Se tiene que los hechos devienen en un asalto, su actuación fue producto de una Legítima Defensa (o eran ellos o los delincuentes), cuando esta en peligro la vida de alguien no debe tenerse en cuenta la igualdad de condiciones.

CONCLUSION: Luis Miguel Llanos y Gastón Gabriel Mansillas serán liberados de los cargos, pues actuaron en legítima defensa, es decir sus disparos fueron para resguardar su vida y las leyes pueden protegerlos así la defensa sea con una fuerza mayor ya que no se requiere la necesidad de estar en igualdad de condiciones.

2.3. PONDERACION

Según Robert Alexy, la ponderación está presente a lo largo de todo el Derecho, y señala que hay casos que pueden ser resueltos simplemente por subsunción. Sin embargo, en los casos difíciles se da que hay razones a favor y en contra de cualquier resultado que se esté considerando. La mayoría de este tipo de conflictos es resuelto a través de la ponderación. Esta razón general sobre la ubicuidad de la Ponderación en el Derecho, es reforzada por la estructura del Estado Constitucional. Si la constitución garantiza los derechos constitucionales, entonces muchas, sino todas, de las decisiones jurídicas que restringen las libertades individuales tienen que ser entendidas como interferencias de los derechos constitucionales. No obstante, las interferencias de los derechos constitucionales son admisibles si y solo si están justificadas, y están justificadas si y solo si éstas son proporcionales. La proporcionalidad de los juicios presupone la ponderación.

Sin embargo, Habermas y Schlink son dos prominentes representantes de este punto de vista escéptico. De acuerdo con Habermas no existen estándares racionales para la ponderación o pesaje:

“En razón de que no hay estándares racionales para ello, el pesaje tiene lugar o en la arbitrariedad o en la irreflexión, de acuerdo con los estándares y jerarquías acostumbradas” (Habermas 1996, 259).

Si en caso de colisión todas las razones pudieran aceptar el carácter de argumentos de fijación de objetivos (Zielsetzungsargument), entonces caería todo muro de fuego que con una concepción deontológica de las normas y principios del derecho, se hubiera instalado en el discurso jurídico. (HABERMAS, Jürgen, Faktizität und



Geltung, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994, p. 312).

Schlink expresa la misma tesis señalando que la ponderación, a fin de cuentas, se diluye en “*evaluaciones subjetivas y decisorias*” (Schlink 2001, 460).

Lo que genera en este punto una gresca de opiniones; por un lado, se tiene lo dicho por Alix, que la ponderación opera dentro de los casos difíciles, donde se deberá tener en cuenta el Estado Constitucional, que en nuestro caso es garantista los derechos constitucionales, pero además va a requerir una decisión debidamente motivada y por otro lado lo señalado por Habermas y Schlink que refieren que la ponderación deviene meramente en evaluaciones personales, es decir que depende del individuo y su manera de ver las cosas.

La ponderación puede ser considerada como una parte de lo que requiere un principio más general: el principio de proporcionalidad y comprende tres sub-principios: el principio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Aquí sólo nos interesa el último de estos tres principios.

El principio de proporcionalidad en la actualidad cobra absoluta relevancia, especialmente en el campo del derecho penal y del derecho constitucional, como quiera que asiduamente se presenta conflicto entre derechos fundamentales que deben ser resueltos a través de dicho test y de la ponderación, para determinar con el mayor acierto posible cuál de ellos habrá de resultar vencido para dar prevalencia al que mejor resuelva la situación planteada, o en otras circunstancias, se buscará un equilibrio que haga viable la coexistencia de los derechos en el caso concreto, dentro de ciertos límites de aplicación.

“Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción, o detrimento, de un principio o derecho, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro principio.” (Alexy 2002a, 102).

2.3.1. Aplicación de la Ponderación en base a su estructura

La ley de ponderación muestra que ésta puede descomponerse en tres pasos. En el primero debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro¹.

Teniendo en cuenta lo antes señalado, aplicaremos los mismos ejemplos antes citados para resolverlos en base al método de la ponderación:

Gastón Gabriel Mansilla un joven universitario disparó a un hombre que intentó asaltarlo con un cuchillo. Lo acusaron, bajo el argumento de que había actuado de manera desproporcionada ante el ataque y estuvo 3 días preso.

Primero, debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio:

- El grado de la infracción deviene en que no se tomó en cuenta su Derecho de Legítima Defensa frente al Homicidio consumado en un acto de defensa.

Segundo, la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario.

- Actuó en Defensa propia, pues estaba siendo víctima de asalto con arma blanca.

Por último, la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro

- Por lo tanto, queda libre de los cargos formulados, pues actuó en legítima defensa, es decir sus disparos fueron para resguardar su vida. Las leyes pueden protegerlos así la defensa sea con una fuerza mayor.

Sin embargo, dentro de esta se ha vulnerado su Derecho a la Libertad ya que estuvo 3 días preso, además, se le acusó de haber actuado de manera desproporcionada ante el ataque, vulnerándose así su derecho a la defensa.

1 JOSÉ JUAN MORESO. Alexy y la aritmética de la ponderación pg. 1



Si bien es cierto ante la ponderación, del hecho de ser culpable o no del delito de homicidio de de lado la ponderación de su derecho como persona a no ser declarado culpable sin antes haberse desarrollado un juicio, por lo tanto, debió habersele indemnizado por los días que estuvo detenido pues se debió ponderar su derecho a la Libertad.

III. CONCLUSIONES

En conclusión, los métodos de Subsunción y Ponderación forman parte de la Argumentación Jurídica donde se tiene en cuenta los Silogismos y lo expresado por la Norma; podemos darnos cuenta que es el Juez quien tiene el poder de decidir y ver si toma en cuenta los principios valorativos u opta por los métodos de antes señalados tratando así de interpretar la ley y aplicarla en cada caso concreto para realizar justicia. (*“Introducción a la retórica y la argumentación”*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera edición).

Subsumir un caso individual en una regla general equivale a establecer que un determinado caso individual es una instancia de un caso genérico al que una regla general correlaciona con una solución normativa determinada. Un caso genérico está definido mediante una propiedad o una combinación de propiedades. De este modo la regla, al correlacionar dicho caso genérico con una determinada solución normativa, realiza una selección de propiedades. Son relevantes las propiedades que la regla selecciona, el resto de propiedades de un caso individual determinado son irrelevantes¹. Por lo tanto, pretender subsumir un hecho en la norma, resulta descabellado, pues la norma prevé una solución para un sinfín de contextos que puedan surgir dentro de un hecho.

En la teoría jurídica contemporánea la concepción más articulada de la ponderación es la de Robert Alexy, es la técnica que consiste en resolver los conflictos entre principios que establecen derechos. Esta consiste en mostrar que la ponderación es un procedimiento racional de aplicación del derecho, para la cual no solo se debe seguir su estructura o tres pasos que presenta, sino también, la estructura del Estado Constitucional y los derechos que este garantiza para así llegar a una decisión proporcional.

Finalmente, considero que la Subsunción y Ponderación no deberían ser dos métodos distintos de aplicación, sino, debería aplicarse de manera unitaria, es decir, que deben ir de la mano; aplicándose la subsunción en el caso de la tipicidad de la norma respetando sus estándares que esta despliega y la ponderación en el contexto en el que surgen los hechos, para sí valorar el correcto funcionamiento de nuestro sistema de justicia.

¿Se debe eximir de responsabilidad penal o civil a las personas que hagan uso de armas cuando se tropiecen con delincuentes al interior de sus viviendas?, ¿El Derecho de Legítima Defensa debe estar condicionado a igualdad de condiciones?; es aquí donde surge el debate, pues, para defenderte deberías tener la misma arma que el delincuente, lo que implica ¿esperar a que lo maten a usted o tomar medidas? Es un tema que por el momento necesita regulación y para lo cual ya existe un Proyecto de Ley a fin de combatir la Inseguridad Ciudadana y es donde se debería tener en cuenta primordialmente la Subsunción y Ponderación, asumiendo el derecho de la víctima, el derecho del agresor y el intento por parte del estado de combatir la Inseguridad Ciudadana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GUASTINI, Ricardo: “La interpretación: objetos, conceptos y teorías”, en: Vásquez, Rodolfo (Compilador): Interpretación Jurídica y decisión judicial. Ediciones Fontanera S.A. Tercera edición. México 2002.

Ballenas Loayza, Patricia, ob. Cit., p. 16.

Aponte Cardona Alejandro, (2008) Manual para el Juez de Control de Garantías en el Sistema Acusatorio Penal.

Recasens Siches Luis. “Tratado General de Filosofía del Derecho”. Editorial Porrúa, S. A. México. 1978 Dehesa.

“Introducción a la retórica y la argumentación”. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera edición.

ROBERT ALEXI “Sobre la Ponderación y la Subsunción. Una Comparación Estructural” pg. 40.

SEBASTIÁN LÓPEZ HIDALGO. Ponderación versus subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del Derecho? Revista de Derecho, No. 23, UASB-Ecuador / CEN • Quito, 2015

PABLO BONORINO. Interpretación y aplicación del derecho. Apuntes críticos sobre la propuesta de Rafael Hernández Marín

ÓSCAR ALEXIS AGUDELO GIRALDO. Subsunción y aplicación en el derecho

ROBERT ALEXI. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad

LINKOGRAFIA

<http://garciamado.blogspot.com/2017/07/subsuncion-y-ponderacion-en-robert.html>

<https://www.garciamado.es/2014/06/ponderacion-y-subsuncion-metodos-intercambiables/>

https://www.academia.edu/32707849/T%C3%A9cnicas_de_Aplicaci%C3%B3n_del_Derecho

<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/10887/Articulo%20LA%20PONDERACION%20DE%20DERECHOS%20FUNDAMENTALES.pdf;jsessionid=47FDB9A4DFEE559CF670C7A4A80D70BF?sequence=1>

https://legis.pe/proteccion-derechos-fundamentales-legislacion-peruana/#_ftnref8



IPSO JURE

REVISTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

La República

SOMOS DIARIO JUDICIAL - LAMBAYEQUE 2019