



**Universidad
Norbert Wiener**

Facultad de Derecho y Ciencia Política

Escuela Académico Profesional de Derecho

Tesis

*La inejecución de las sentencias en los procesos contencioso-
administrativos y la afectación a la tutela jurisdiccional
efectiva.*

*(El caso de la Municipalidad Distrital
de Santiago de Surco, año 2017)*

Tesis

Presentado por el bachiller:
Ciro Luis Villafuerte Sierra

Para optar
El título profesional de Abogado

Lima, Perú
2018

Título de la tesis

La inexecución de las sentencias en los procesos contencioso-administrativos y la afectación a la tutela jurisdiccional efectiva. (El caso de la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, año 2017)

Índice

Primera parte

El problema de investigación

Capítulo I

El problema de investigación

1. Planteamiento del problema.

1.1. Descripción del problema.

1.2. Enunciado del problema.

1.2.1. Problema general:

1.2.2. Problemas específicos:

1.3. Justificación:

1.4. Hipótesis:

1.3.1. Hipótesis general

1.3.2. Hipótesis específicas.

1.5. Objetivos:

1.5.1. Objetivo general:

1.5.2. Objetivos específicos

Segunda parte

El marco teórico de la investigación

Capítulo II

Antecedentes de la investigación:

2.1. Antecedentes de la investigación:

Capítulo III

El proceso de constitucionalización del derecho

1. Palabras liminares

2. El proceso de constitucionalización del derecho

3. La constitución, norma suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos.

4. ¿Siguen siendo la ley y, el principio de legalidad, la fuente suprema del derecho?

5. La constitución como norma de eficacia directa.
6. El ordenamiento jurídico constitucional
7. Permanecemos en el clásico positivismo jurídico o adoptamos el nuevo paradigma constitucional de proteger los derechos fundamentales
8. Necesaria convergencia entre las familias jurídicas del *civil law* y el *common law*,
9. La constitucionalización del derecho procesal, para enfrentar el nocivo positivista del derecho.
10. La tutela judicial y el debido proceso, son garantías procesales que protegen los derechos fundamentales.
11. La inclusión del precedente (incorporación del *common law*) y la doctrina jurisprudencial en los procesos constitucionales en el Perú.

Capítulo IV

El proceso

1. Las tres construcciones teóricas de un proceso: *derecho-tutela-eficacia*.
2. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pilar fundamental del proceso.
3. Garantismo y duración del proceso
4. Sobre los términos proceso y procedimiento y sus implicancias garantistas
5. Funciones del *proceso*
 - A. Interés individual e interés social en el proceso
 - B. Función privada del proceso
 - C. Función pública del proceso
 - D. El *proceso* como garantía constitucional
6. Los principios procesales
7. Diferencia entre el enunciado normativo y los principios.
8. Concepción publicista del proceso civil.
9. Tres características del sistema procesal publicístico
 - A. Dirección judicial del proceso:
 - B. Estructura procedimental:
 - C. Sentencia como acto de creación del derecho:

Capítulo V

El proceso contencioso-administrativo

- 3.1. Introducción. Régimen del proceso contencioso administrativo.
Ley N° 27584.
- 3.2. Definición
- 3.3. Principios del proceso contencioso-administrativo.
 - A. Principio de integración.
 - B. Principio de igualdad procesal.
 - C. Principio de favorecimiento del proceso;

- 3.4. Finalidad del proceso contencioso-administrativo
- 3.5. Principio de *supra-ordinación* que regula el proceso contencioso administrativo

- A. El control de constitucionalidad.
- B. El control de legalidad.

Capítulo VI

La evolución del proceso contencioso-administrativo en el Perú

- I. Introducción
- 2. El proceso contencioso administrativo en el Perú, en el siglo XIX.
- 3. El proceso contencioso administrativo en el Perú, en el siglo XX.
- 4. El Decreto Supremo N° 037-90-TR, publicado el 13 de junio de 1990 y el Proceso Contencioso – Administrativos.
- 5. ¿El proceso contencioso-administrativo dentro del Código Procesal Civil de 1993?
- 6. El proceso contencioso-administrativo en la Constitución de 1993.
- 7. El sistema judicialista en el control jurisdiccional de la actuación de la
- 8. Los “*fueros privativos*”, que estuvieron dedicados a tramitar procesos en los que se ventilaban conflictos de Derecho Laboral y de Derecho Agrario.
- 9. *Proyecto de Bases* para la reforma de la Constitución peruana del año 2001.

Capítulo VII

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Aproximación teórica.

- 1. Antecedentes y concepto.
- 2. *Common Law* y el sistema románico-germánico.
- 3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la tutela procesal efectiva.
- 4. La doctrina nacional y la *tutela jurisdiccional* y el *debido proceso*
- 5. ¿Qué es la *tutela jurisdiccional efectiva*?
- 6. La *tutela jurisdiccional efectiva*, el Código Procesal Civil del Perú y el derecho comparado.
- 7. La *tutela jurisdiccional efectiva* y la posición del Tribunal Constitucional del Perú.
- 8. La *tutela jurisdiccional efectiva* y la posición de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.
- 9. La *tutela jurisdiccional efectiva* y la posición de la academia en el Perú.
- 10. ¿Cuándo se infringe y se contradice la Constitución de Perú, en materia de tutela jurisdiccional efectiva?
- 11. Los grados de la tutela judicial efectiva.

Conclusiones

Recomendaciones

Referencia bibliografía

Dedicatoria

La presente tesis esta dedicado a Dios, ya que gracias a èl he logrado concluir mi carrera.

A mis padres, aunque no estan fisicamente con nosotros, se que desde el cielo siempre me cuidan y me guian para que todo salga bien.

A mi amada esposa Lucia Vasquez Barrientos, por su sacrificio y esfuerzo, por creer en mi capacidad, aunque henos pasado momentos dificiles siempre ha estado brindadamdome su comprension, cariño y amor.

A mis hijos, por ser fuente de motivacion e inspiracion para poder superarme cada dia más y asi poder seguir luchando para que la vida nos depare un futuro mejor.

A mis hermanos: Edgar, Jersy, Rodolfo, Yousef, Lucio, Ivan, Zonia, Iris, Alecander (F) Mercedes(F), por sus palabras, paciencia y compañía en todo momento, cualquiera fuera la adversidad.

A mis amigos presentes y pasados, con quienes compartimos alegrías y tristezas y a todas aquellas personas que duarnte estos cinco años estuvieron a mi lado apoyandome a lograr que este sueño se haga realidad

Gracias a todos.

Agradecimiento

A mis padres, por haberme forjado como la persona que soy en la actualidad; me formaron con reglas y con algunas libertades, pero al final de cuentas me motivaron constantemente para alcanzar mis sueños, mis plegarias al cielo.

A mi esposa, porque fue participe de este proceso de una manera directa, siendo responsable de que el día de hoy se vea reflejado en la culminación de mis estudios y de no tirar la toalla.

Este es un momento muy especial que espero, perdurará en el tiempo, no solo es la mente de las personas a quienes agradecí, sino también a quienes invirtieron su tiempo para echarle una mirada a mi proyecto de tesis a ellos asimismo les agradezco con todo mi ser.

Resumen

La presente investigación denominada: ***“La inejecución de las sentencias en los procesos contencioso-administrativos y la afectación a la tutela jurisdiccional efectiva. (El caso de la Municipalidad Distrital del Santiago de Surco, año 2017)”***, tiene como objetivo determinar si se ha vulnerado derechos constitucionales por la inejecución de la sentencia que lo repone en el centro de trabajo.

La finalidad del proceso contencioso-administrativo es tanto el control jurídico por el Poder Judicial de los actos o de las actuaciones de la administración pública sujeta al Derecho Administrativo, como la efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas o de los derechos personales de los particulares vinculados a los referidos actos. (Carrión Lugo).

El proceso contencioso-administrativo constituye uno de los mecanismos procesales establecidos por el Estado para controlar el ejercicio del poder por parte precisamente del propio Estado, de cuya facultad está investido. Tiene como finalidad que, mediante el uso del mencionado mecanismo procesal, se pueda evitar que el ejercicio, por parte de algunos de los sujetos integrantes de los organismos administrativos del Estado, sea arbitrario y abusivo. Su uso, asimismo, tendrá como finalidad evitar que ese ejercicio arbitrario y abusivo lesione los derechos de los administrados o se logre la reparación de las lesiones infringidas a los particulares, todos ellos producidos como consecuencia de las actuaciones de la administración pública, lesiones o perjuicios que se encuentren sujetas al Derecho Administrativo como derecho material. (Carrión Lugo).

Es así que, para el caso de la presente investigación, las demandas contenciosas-administrativas tienen por objeto la reincorporación del trabajador a su centro de labores y cuando la sentencia queda consentida o ejecutoriada el juez laboral ordena su reincorporación en el mismo cargo o en otro similar al que venía desempeñando, es en este tramo en donde, el trabajador encuentra mayores dificultades; ya sea, por la lentitud del órgano judicial al emitir el oficio a la entidad demanda apercibiendo a la parte demandada a ejecutar la sentencia, o de establecer un plazo para ejecutarla; o la negativa de la entidad de cumplirla o dilatarla el mayor tiempo posible; afectando así principios constitucionales como la *Tutela Jurisdiccional Efectiva*

La *tutela jurisdiccional efectiva* no solo se viola cuando se niega u obstaculiza, gravemente, a la persona el acceso a la jurisdicción o al proceso en el que pueda plantear su pretensión ante los jueces y tribunales; o se le produce indefensión en el proceso donde se ventila una pretensión; o no obtiene una resolución razonable y fundada en derecho; se viola, de manera flagrante cuando la resolución obtenida no es efectiva.

La violación de los derechos y garantías procesales derivados de la *tutela judicial efectiva* puede producirse en múltiples formas, pero siempre deberá afectar a alguno de los cuatro puntos señalados. El derecho fundamental que es la *tutela judicial efectiva*, para que sea considerado pleno, debe ser apreciado en toda su integridad, por ello, se debe hablar de cuatro grados de efectividad de la *tutela judicial efectiva*. (Francisco Chamorro)

En primer lugar, la doctrina considera la efectividad de primer grado, que garantiza a los ciudadanos (justiciables o administrados) la obtención de una respuesta del órgano jurisdiccional. La *tutela jurisdiccional efectiva* no se agota en el mero acceso y en el proceso debido; sino que se requiere además una respuesta del órgano jurisdiccional. En segundo lugar, la efectividad de segundo grado, que garantiza que la resolución del órgano jurisdiccional será una que resuelva el problema planteado. En tercer lugar, la efectividad de tercer grado, que garantiza que la solución al problema planteado sea razonable y extraída del ordenamiento jurídico. En cuarto lugar, la efectividad de cuarto grado, que garantiza que la decisión adoptada por un órgano jurisdiccional será ejecutada. (Francisco Chamorro)

Es por esto que el objetivo del presente trabajo de investigación es analizar el proceso de ejecución de la sentencia contenciosa-administrativa sobre la reincorporación de trabajadores en la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco para el año 2017. Los métodos a utilizar para el presente estudio son la observación y el análisis documental de las sentencias y la normatividad, el cual se consignará en la ficha documental para cada caso. Finalmente, los resultados que se pretenden esperar es encontrar los puntos críticos mediante los cuales no se cumple la sentencia, para dar alternativas de solución los cuales estarán enmarcados en la normativa peruana.

Palabras claves:

Derecho Constitucional Administrativo. Constitucionalidad del Derecho. Tutela jurisdiccional efectiva. Proceso Contencioso-Administrativo. Ejecución de sentencia.

Abstract

Most Contentious Administrative demands seeks reinstatement to the employee's work center, so that when the statement is accepted or enforceable, the Joint Judge orders reinstatement in the same or a similar position that he occupied , but it is in this section where he finds more difficult ; either by the slowness of the judiciary to issue the job to demand ordering entity warnings to execute the judgment , or to establish a reasonable term to run ; or refusal to comply entity or dilate as long as possible ; thus affecting the Principle of Procedural Haste ; That is why the objective of this research is to analyze the implementation process of the contentious administrative judgment on reinstatement of workers in the Municipalidad Distrital de Santiago de Surco for 2017. Methods used for the present study are observation and documentary analysis of judgments and regulations, which shall be recorded in the documentary record for each case. Finally, the results anticipated wait is to find the critical points by which the decision is not to give alternative solutions, which will be framed in Peruvian legislation.

KEYWORDS:

Administrative Law, Administrative Litigation, reinstatement, execution of sentence.

Introducción

La ejecución de sentencias, en los procesos contencioso-administrativos, especialmente en el caso de reincorporación de trabajadores públicos, presentan dificultades al momento de ejecutar la sentencia que ordena la reincorporación del trabajador en un cargo igual o de similar categoría remunerativa al que venía desempeñando antes del cese.

La demora, en ejecutar la sentencia de reincorporación, afecta derechos constitucionales que hunden sus raíces en convenciones, pactos o tratados sobre derechos humanos. La ejecución de las resoluciones judiciales está contenida dentro de lo que la doctrina constitucional y de derechos humanos llama: la *tutela jurisdiccional efectiva*, que está contemplada en el artículo 139°, numeral 3 de la Constitución del Perú de 1993 y que garantiza que lo ordenado por un juez en una sentencia se cumpla en el tiempo oportuno, no debiendo existir dilaciones indebidas y que el órgano jurisdiccional realice todas las medidas necesarias para facilitar su cumplimiento.

Es por ello que la presente investigación tiene por objetivo analizar el efecto que se produce por el incumplimiento de las sentencias, para lo cual se analizará: la doctrina constitucional, las normas aplicables y los procedimientos que realizan los juzgados laborales de Lima para ejecutar las sentencias, para este cometido se ha trabajado con cuatro variables: 1. *Insuficiencia normativa*, 2. *Las actuaciones judiciales dilatorias que presenta la entidad demanda*, 3. *Las actuaciones que realiza el juzgado* y 4. *Ejecución de la sentencia contenciosa-administrativa sobre reincorporación de trabajadores*.

1. Respecto de la insuficiencia normativa, se ha analizado el TUO de la Ley N° 27584 *Ley del Proceso Contencioso Administrativo*, en el que en el artículo 46° se hace referencia al deber personal del cumplimiento, se ha observado la ausencia de un plazo específico que señale el tiempo en el que se deba cumplir la sentencia, asimismo es facultativo la remisión de un informe comunicando el cumplimiento de la sentencia, el cual es de suma importancia para hacer un seguimiento a la ejecución, por otro lado, la aplicación de la Ley Orgánica del

Poder Judicial a la que hace referencia el artículo 46, numeral 1 del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo y el artículo 53 numeral 1 del Código Procesal Civil que señalan medidas coercitivas en caso de incumplimiento y persuaden a la entidad demandada a cumplir con reincorporar al trabajador.

2. Los escritos presentados por la institución pública demandada son principalmente referidos a la falta de presupuesto y a la inexistencia del cargo en el Cuadro de Asignación de Personal que representa el aproximadamente el 68% de expedientes analizados, por el que alega la imposibilidad de ejecutar la sentencia no existiendo voluntad de dar alguna medida alternativa para efectivizar la reincorporación del trabajador y obedeciendo a una estrategia de la defensa de parte para dilatar su ejecución puesto que se podrían dar soluciones alternativas como ejecuciones provisionales, también se evidencia esta intención de dilación debido a que aproximadamente el 20% de los expedientes no comunica el cumplimiento, ni las acciones que realiza para su ejecución, siendo escasos los escritos en donde se comunica el cumplimiento de la sentencia.

3. Las actuaciones que realiza el órgano jurisdiccional, a fin de materializar lo ordenado en la sentencia, son el 80%, aproximadamente, a petición de parte, a pesar que la responsabilidad también recae en éste; esto se ve reflejado en los decretos que dispone el oficiar a la entidad demanda, ya sea señalando un plazo para su cumplimiento, apercibiendo e imponiendo medidas coercitivas que en su mayoría son la remisión de copias certificadas al Ministerio Público que constituyen el 10% y la imposición de multas acumulativas y progresivas que son 4%, siendo que en la mayoría de los expedientes no se ha impuesto ninguna medida coercitiva.

Es importante señalar también que el plazo, en que se ejecuta las sentencias contenciosas administrativas sobre reincorporación de trabajadores, oscila de seis meses a dos años que constituye un 76%, siendo pocos los casos que se ha ejecutado en un plazo corto, es decir, de un a cinco meses 24%, es la dilación de la ejecución de la sentencia, lo que afecta gravemente los ingresos económicos del trabajador y el de su familia, pues como lo ha señalado el Tribunal Constitucional las remuneraciones tienen carácter alimentario, viéndose obligado a abandonar el proceso para buscar algún trabajo con el cual sustentarse, no debiendo archivarse el proceso, aunque en la práctica se produzca ello.

4. **Finalmente, las deficiencias de la ejecución de las sentencias** contencioso administrativas sobre la reincorporación de trabajadores ediles.

Primera parte

Capítulo I

El problema de investigación

1. Planteamiento del problema.

1.1. Descripción del problema.

La mayor parte de la carga procesal en los juzgados laborales de Lima, lo constituyen los procesos contenciosos-administrativos, de los cuales la parte demandante, es el trabajador y la demandada, la institución pública. La finalidad del proceso es que el demandante, al entablar un proceso, sea reincorporado a su centro de labor.

La institución pública en muchas ocasiones contrata al trabajador por tiempo determinado e inclusive a través de un contrato civil, a pesar que debe contratarse a un trabajador por tiempo indeterminado; desarrollando funciones de carácter permanente desnaturalizándose de eses modo el contrato de trabajo.

Además por la naturaleza del cargo se debe contratar a tiempo indeterminado, es en esas circunstancias que el trabajador es despedido por el empleador (Estado), a pesar de haber laborado más de un año de servicios y que el empleador conoce la Ley Nro.24041 la cual señala, en el artículo 1, que los servidores públicos que laboran más de un año ininterrumpidos de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por causa previstas por el Decreto Legislativo Nro. 276, previo proceso administrativo disciplinario.

El proceso contencioso-administrativo se encuentra regulado por la Ley Nro. 27584, que en el artículo 4 señala, cuáles son los actos impugnables y en el artículo 5 las pretensiones que pueden ser dilucidadas en sede jurisdiccional las cuales son:

- 1) La declaración de nulidad, total parcial o ineficacia de los actos administrativos;
- 2) El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado;
- 3) La adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines;
- 4) La declaración contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo; y que
- 5) Se ordene, a la administración pública, la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.

Estas peticiones, adecuadas al caso determinado, son invocadas en la demanda por el trabajador (demandante) teniendo como fin la reincorporación del empleado a su centro de labores, previo agotamiento de la vía administrativa.

Es en este tipo de proceso judicial donde el servidor público tiene que demostrar que ha venido laborando por más de un año, para lo cual adjunta a la demanda las planillas de remuneraciones o las boletas de pago, además de sus contratos de trabajo, que en algunas ocasiones son a plazo determinado o de una naturaleza que no corresponde al régimen público o administrativo sino al laboral, es en estas circunstancias donde prima el principio de primacía de la realidad a favor del empleado para demostrar que se ha desnaturalizado el contrato; puesto que es él, la parte más vulnerable.

Una vez que el juez laboral haya apreciado los medios probatorios presentados por ambas partes, en el proceso, expide la sentencia; pudiendo ser apelada por aquella parte a la que perjudique dicha sentencia, la que es elevada a la Sala Laboral de Lima para que los magistrados superiores se pronuncien en la sentencia de vista, la cual si contiene errores en la interpretación de una norma legal o se ha invocado una norma inadecuada podrá presentarse un *recurso extraordinario de casación* ante la Corte Suprema de Justicia.

Después del pronunciamiento de la Corte Suprema, la sentencia firme es ejecutada por el juzgado primigenio (juzgado laboral), que, en el caso de reincorporación del trabajador, se ordenará que éste sea repuesto al cargo anterior del despido o en otro de similar categoría remunerativa; sin embargo, es en esta estación procesal que el trabajador cesado encuentra mayores trabas:

1. Por la lentitud del órgano judicial al emitir el oficio a la entidad demanda invocando apercibimientos para ejecutar la sentencia o
2. Por no existir un plazo razonable para ejecutar la sentencia; o
3. Por la negativa de la demandada de cumplirla o
4. Por dilatarla el mayor tiempo posible la ejecución de la sentencia; afectando así el Principio de *tutela jurisdiccional efectiva*, en la vertiente de la ejecución.

Caso: Ciro Villafuerte Sierra vs. Municipalidad de Santiago de Surco

En el expediente **753-2009** (experiencia personal); reconoce explícitamente la existencia de inejecuciones a los fallos emitidos por el Órgano Jurisdiccional a la cual decidimos dar frente legalmente.

Para empezar, se verifica que existe en la realidad inejecución planteando un caso de frecuente repetición: la administración pública no cumple debido a que introduce un elemento perturbador para desconocer que desde el 24 de abril de 2001 al 30 de setiembre de 2009, se encontró comprendido en el régimen laboral público.

Dicha sentencia entre otros considerandos establece lo siguiente:

“TERCERO.-Que, la *ratio decidendi* (razón suficiente) de la sentencia estimatoria recaída en el expediente principal, está referida a que el actor durante su récord laboral extendido desde el 24.04.2001 al 30.09.2009, se encontró sujeto al régimen laboral público (entendiéndose Decreto Legislativo N° 276) con la protección laboral conferido por el artículo 1° de la Ley N° 24041, y, que el contrato administrativo de servicios y

addendas suscritas por este en el periodo del 01 de julio 2009 al 30 de septiembre de 2009, son inválidos y, por ende, inaplicables al demandante por ausencia de manifestación de voluntad, conforme lo prescribe el artículo 219° inciso 1) del Código Civil, (...).

CUARTO. - Que, en consecuencia, resulta obvio que el cumplimiento cabal del mandato de reposición provisional del actor, en el mismo cargo que venía desempeñando a la fecha de su cese o en otro de similar nivel o categoría dispuestos mediante resolución número uno, (...) debe ser en el régimen laboral público (Decreto Legislativo N° 276) más no en el régimen especial de contratación de servicios (CAS) que, conforme se ha indicado es inaplicable al demandante.

QUINTO.- Que, sobre el particular, del acta de reposición de fs, 155-157, informe de fojas 171, y declaración asimilada de la parte demandada contenida en su escrito de fecha 05 de febrero de 2014, se desprende que si bien la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco ha cumplido con reponer al demandante en su centro de trabajo; sin embargo, lo ha efectuado bajo el régimen especial de contratación administrativa d servicios(CAS); determinándose, por tanto, que no ha dado cumplimiento integral al mandato contenido en la resolución número uno de fs 152-153” (Sic); resolviéndose requerir a la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco , en la personal de su representante legal, para que en el plazo de diez días, cumpla con reponer al demandante en el mismo cargo que venía desempeñando a la fecha de su cese o en otro de similar o categoría, sujeto al régimen laboral público (Decreto legislativo N° 276), bajo apercibimiento de multa en caso de incumplimiento.

SEXTO. - Que, no obstante, lo señalado precedentemente, de la Carta N° 909-2016-SGGTH: GAF-MSS del 28 de octubre de 2016, de fs. 727-728 se verifica que la emplazada, soslayando el mandato contenido en las resoluciones antes mencionados; en el periodo de octubre de 2013 hasta marzo de 2015, reincorporó al demandante en el régimen especial de contratación administrativa de servicios; cuando correctamente

...debió ser repuesto en el régimen del Decreto Legislativo N°276; tanto más, si así se tiene determinado en la sentencia de vista con autoridad de cosa juzgada con autoridad de cosa juzgada, de fs. 357-373. Por estas consideraciones;

SE RESUELVE: REQUERIR a la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, en la persona de su representante legal. A fin de que en el plazo de diez días cumpla con regularizar la contratación del demandante en el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276, en el periodo de octubre de 2013 a marzo de 2015, bajo apercibimiento de multa. **Hágase saber;**

Lo relevante es que en el análisis el *Juzgado* en el cumplimiento de la sentencia advirtió que se trataba de una actitud constante de la administración respecto al incumplimiento de la sentencia en los términos dispuestos con carácter de cosa juzgada, que la mencionada práctica constituye, además de un incumplimiento sistemático de las normas, una agresión reiterada a los derechos fundamentales.

No es admisible, e incluso carece de toda racionalidad, si se tiene en cuenta que es el propio Estado, a través del presupuesto público, quien solventa los gastos de procuradores y abogados que acuden a los procesos a defender a los funcionarios emplazados con estas demandas, quienes en la mayoría de los casos, ante la *irrefutabilidad* de los hechos, se limitan a argumentar que no existe presupuesto o que, teniendo toda la buena voluntad de cumplir con las resoluciones, no obstante, los beneficiarios deben esperar la programación de parte del Ministerio de Economía y Finanzas.

La responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia. Se requiere, además, que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas. Se debe permitir que el favorecido con la sentencia fundada en los procesos contenciosos administrativos, se encuentre no sólo legitimado para intervenir en el proceso de ejecución, sino dotarlo de las acciones y los recursos necesarios para garantizar la plena reparación de sus derechos fundamentales (Canales, 2008: 61).

El derecho a la protección judicial sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno del Estado Parte permite que una decisión judicial final y obligatoria permanezca ineficaz en detrimento en una de las partes

En efecto el artículo 25° de la Carta Americana de Derechos Humanos, obliga a los Estados a no solo garantizar autoridades y mecanismos accesibles para acceder a una jurisdicción, sino que, como parte de una trinidad doctrinaria, incluye el aseguramiento del cumplimiento de lo que resulte del proceso.

De lo que se concluye dos cosas: que de acuerdo al principio del *pacta sunt servanda*, al margen de la situación del derecho interno, es deber de nuestro país el cumplir y hacer cumplir la eficacia de lo que genere sus tribunales y lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y lo segundo es que el círculo del acceso a la justicia empieza por la existencia de vías reales para poder gozar de tutela judicial, continúa con tener mecanismos eficientes y no limitativos ni excluyentes y se cierra con la eficacia de las sentencias que resuelven el fondo de la pretensión.

Por otro lado, la inconstitucionalidad que existe en la ejecución de sentencias contenciosas-administrativas está en el artículo 46 del TUO de la Ley Nro. 27584, *Ley del Proceso Contencioso Administrativo*, que no contempla un plazo específico para su ejecución, además que, la persona encargada directamente de su ejecución no está obligada a informar, al juzgado y, así, se omite informar si se ha cumplido con la sentencia o si realiza acciones para reincorporar al trabajador, por otro lado no existe una norma infra-legal (directiva o resolución de Consejo Ejecutivo del Poder Judicial) que especifique el procedimiento que debe seguir el órgano jurisdiccional.

Asimismo, las medidas coercitivas reguladas en el artículo 46 del TUO de la Ley Nro. 27584, *Ley del Proceso Contencioso Administrativo*, carecen de precisión y no persuaden, a la institución pública obligada, a cumplir con reincorporar al trabajador, prefiriendo el demandante invocar otros apercibimientos, como el contemplado en el Artículo 53 inciso 1 del Código Procesal Civil, imposición de multas acumulativas y progresivas, pero no se produce la incorporación.

Asimismo, una de las principales causas para que se dilate la ejecución de la sentencia, es la presentación de escritos por de la entidad demandada, indicando la inexistencia del cargo y la falta de presupuesto para crear uno, no resolviéndose el problema inmediato de las remuneraciones.

Las normas infra-constitucionales, que contemplan la ejecución de sentencias en el Proceso Contencioso-Administrativo de reincorporación de trabajadores, es deficiente e insuficiente, el único instrumento legal es el Artículo 46 TUO de la Ley Nro. 27584. Ley del Proceso Contencioso Administrativo”; aplicándose supletoriamente el Artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Artículo 139 inciso 2 de la Constitución que contempla la tutela judicial efectiva.

1.2. Enunciado del problema.

1.2.1. Problema general:

¿La inexecución de la sentencia, dentro del proceso contencioso-administrativo, que ordena la reincorporación de un trabajador en la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, durante el año 2017, vulnera el *principio de constitucionalidad* consagrado en el artículo 51 de la constitución del Perú de 1993?

1.2.2. Problemas específicos:

¿La inexecución de la sentencia, dentro del proceso contencioso-administrativo, que ordena la reincorporación de un trabajador en la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, durante el año 2017, vulnera el *principio de tutela jurisdiccional*

¿La inexecución de la sentencia, dentro del proceso contencioso-administrativo, que ordena la reincorporación de un trabajador en la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, durante el año 2017, vulnera el *principio de tutela jurisdiccional efectiva, en su vertiente de ejecución de sentencia?*

1.3. Justificación:

La presente investigación logrará determinar:

- a. Si se vulnera el principio de constitucionalidad,
- b. Si se vulnera el principio de tutela jurisdiccional efectiva
- c. Si se vulnera el principio de tutela jurisdiccional efectiva, en su vertiente de ejecución de sentencia

El Perú, como cualquier otro Estado, tiene un sistema legislativo y éste se organiza a través de una *jerarquía piramidal*, Esto recibe el nombre de *principio de supra-ordinación* que permite resolver, en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, qué norma jurídica debe ser primero y por qué y que norma debe someterse a la primera.

En la investigación, que sometemos a consideración del jurado, se pretende develar un problema que afecta a la jerarquía de las normas del sistema jurídico peruano, centrado en la vulneración que produce una norma *infra-constitucionales*: es decir, el T.U.O. de la Ley N° 27584 *Ley del Proceso Contencioso Administrativo*, en el que en el artículo 46°, señala una expresión que conlleva, implícito, una violación a principios constitucionales:

“46.2 El responsable del cumplimiento del mandato judicial será la autoridad de más alta jerarquía de la entidad, el que podrá comunicar por escrito al Juez qué funcionario será encargado en forma específica de la misma, el que asumirá las responsabilidades que señala el inciso anterior.

*Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, el Juez podrá identificar al órgano responsable dentro de la entidad y **otorgarle un plazo razonable** para la ejecución de la sentencia.”* (negritas y subrayado agregado)

Es decir, a los principios de *constitucionalidad* y *tutela jurisdiccional efectiva*, que se evidencian en la estación procesal de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas, concretamente sobre la reincorporación de los trabajadores en la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco en el año 2017, para dar las mejores soluciones a la tardía ejecución del mandato judicial.

Se justifica el presente trabajo de investigación, porque al otorgarle a la demandad ... **otorgarle un plazo razonable...** le sirve para vulnerar los derechos de los trabajadores de reponerlo inmediatamente.

Se justifica el presente trabajo de investigación, porque al otorgarle a la demandad ... **otorgarle un plazo razonable...** le sirve para vulnerar los derechos de los trabajadores de reponerlo inmediatamente, en esta hipótesis el juez debe aplicar los artículos constitucionales de aplicación directa, hecho que no se produce.

Se justifica el presente trabajo de investigación, porque es el trabajador y su familia quien es afectado económica y socialmente al dilatarse la ejecución de la sentencia que declara fundada su demanda ordenándose su reincorporación. Por lo tanto, con la presente investigación pretende identificar las violaciones a los principios constitucionales de constitucionalidad y de tutela jurisdiccional efectiva que producen con la inejecución de la sentencia.

En el proceso contencioso-administrativo no existe el plazo de ejecución específico, tal como ocurre en el proceso constitucional de amparo, en el cual se establece dos días para su ejecución, por tanto, la presente investigación busca aportar a la academia, al ejercicio de la profesión y la justiciable para que se ejecute la sentencia en el plazo más breve posible.

Por tanto, la presente investigación es de suma importancia para los trabajadores demandantes que tienen su proceso en ejecución, así como también al órgano jurisdiccional que es el encargado de ejecutar la sentencia.

1.4. Hipótesis:

1.4.1 Hipótesis general:

La inexecución de la sentencia, dentro del proceso contencioso-administrativo, que ordena la reincorporación de un trabajador en la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, durante el año 2017, vulnera el *principio de constitucionalidad*, ¿consagrado en el artículo 51 de la Constitución del Perú de 1993?

1.4.2. Hipótesis específicas.

¿La inexecución de la sentencia, dentro del proceso contencioso-administrativo, que ordena la reincorporación de un trabajador en la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, durante el año 2017, vulnera el *principio de tutela jurisdiccional efectiva*?

¿La inexecución de la sentencia, dentro del proceso contencioso-administrativo, que ordena la reincorporación de un trabajador en la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, durante el año 2017, vulnera el *principio de tutela jurisdiccional efectiva, en su vertiente de ejecución de sentencia*?

1.5. Objetivos:

1.5.1. Objetivo general:

Establecer si la inejecución de la sentencia, dentro del proceso contencioso-administrativo, que ordena la reincorporación de un trabajador en la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, durante el año 2017, vulnera el *principio de constitucionalidad*, ¿consagrado en el artículo 51 de la constitución del Perú de 1993?

1.5.2. Objetivos específicos

- a. Determinar si la inejecución de la sentencia, dentro del proceso contencioso-administrativo, que ordena la reincorporación de un trabajador en la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, durante el año 2017, vulnera el principio de tutela jurisdiccional efectiva.
- b. Determinar si la inejecución de la sentencia, dentro del proceso contencioso-administrativo, que ordena la reincorporación de un trabajador en la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, durante el año 2017, vulnera el principio de tutela jurisdiccional efectiva, en su vertiente de ejecución de sentencia

Segunda parte Marco teórico

Capítulo II Antecedentes de la investigación:

1.6. Antecedentes de la investigación:

Entre los antecedentes al presente trabajo de investigación se ha encontrado un informe de la defensoría del pueblo titulado “*Incumplimiento de Sentencias por parte de la Administración Estatal*”, el cual señala lo siguiente:

La *Defensoría del Pueblo* ha presentado un informe sobre la reincorporación de trabajadores el cual indica que; en cuanto a las pretensiones de reincorporación, en 12 quejas se aprecia que las entidades estatales cumplieron con reincorporar a los trabajadores a través de un acto administrativo, pero inmediatamente se expidió una segunda resolución que volvió a cesar a dichos servidores públicos, desconociendo así el mandato judicial. De esta manera, entidades tales como el *Instituto Nacional Penitenciario* (INPE) con 6 quejas, el *Ministerio de Relaciones Exteriores* con 2 quejas, el *Ministerio del Interior* con 3 quejas y la *Municipalidad de Nazca* con 1 queja han utilizado esta modalidad.

De otro lado, en dos casos contra el *Ministerio del Interior*, esta entidad respondió que estaba pendiente la firma, del Presidente la República (General PNP Jordán – Caso “*Moquegua*”) de las resoluciones supremas que disponían la reincorporación de dos miembros de la Policía Nacional, en cumplimiento de los respectivos mandatos judiciales. Sucede que, en uno de los casos, habiéndose presentado la queja el 6 de febrero de 1997, el proyecto de resolución suprema se encontraba en el despacho presidencial desde febrero de 1996, es decir, desde hace un año atrás.

A la fecha de elaboración del presente informe se estaba a la espera de información en torno a la expedición de dichas resoluciones. Este tipo de conductas por parte de los entes estatales, constituyen dilaciones no razonables en la ejecución de los mandatos judiciales, puesto que no comprometen mayores costos administrativos para su cumplimiento.

Existen, además, quejas presentadas por una renuencia reiterada al cumplimiento de las sentencias, como por ejemplo en el caso de la reincorporación de un considerable grupo de trabajadores despedidos de la Municipalidad de Lima.

La entidad municipal ha regulado el proceso de reincorporación a través de la Ordenanza N° 117 de 4 de julio de 1997, mediante la cual se ha establecido que, de no existir una plaza vacante ni disponibilidad presupuestal, el trabajador deberá solicitar se tramite la autorización de creación de plaza y la disponibilidad presupuestal respectiva, manteniéndose entre tanto en la condición de “*disponibilidad*”.

Frente a estas disposiciones, la *Defensoría del Pueblo* recordó a la Municipalidad de Lima que las mismas debían armonizar con el artículo 139° inciso 2) de la Constitución, que señala que ninguna autoridad puede retardar la ejecución de resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada; recomendando estudiar otras medidas destinadas a cumplir efectivamente con los mandatos judiciales.

Otras municipalidades también se mostraron renuentes a cumplir con ordenar la reincorporación de trabajadores, como, por ejemplo, la Municipalidad del Rímac, quien no cumplió con una sentencia firme que ordenaba la reincorporación de 276 trabajadores; o la Municipalidad de Santiago (Cusco).

Capítulo III

El proceso de constitucionalización del derecho

1. Palabras liminares

En el marco del desarrollo de su tesis de magister en derecho administrativo Espinosa Velasco, señala lo siguiente:

“En el marco de la instauración del Estado de Derechos y Justicia, el jurista ecuatoriano Ramiro Ávila ilustra sobre la existencia de tres modelos de Estado: a) el estado absoluto; b) el estado de derecho o estado legal de derecho; c) el estado constitucional de derecho. Por el primer modelo, la autoridad radica del monarca, por tanto, las normas y estructura del poder devienen y se concentran en una sola persona, razón por la cual, en palabras del autor, no existiría un reconocimiento de derechos sino a lo sumo de privilegio”. (2010, p.11)

Espinosa Velasco, señala a continuación:

“Por su parte, el segundo modelo se caracteriza porque la ley determina la autoridad, noción edificada sobre el principio de tripartición de poderes, en virtud de la cual “los límites del Estado los impone el parlamento: el ejecutivo sólo puede hacer lo que establece la ley y el judicial es *“boca de la ley”*”. Citado en (Ávila, Ramiro. 2008, pg. 20)

De manera que, el reconocimiento de derechos precisa de reconocimiento legal y protección jurisdiccional; en este contexto, señala Espinoza:

(...) la principal crítica que ha recibido tal expresión estatal deviene del hecho de que “la burguesía, a través de la idea de ciudadanía y de la representación, colmó el parlamento, limitó al ejecutivo y controló al judicial, gracias al principio de legalidad. Al final, tenemos lo que podría considerarse como una “democracia absoluta” y en este modelo no hay mayor diferencia al anterior.

Las personas que tienen ciertas características son ciudadanas; el resto de personas –que es la mayoría en términos numéricos- sigue siendo vasalla o súbdita”. Citado en (Ávila, Ramiro. 2008, pg. 21)

Finalmente, por el tercer modelo, el Estado constitucional, “la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura del poder”. Espinosa Velasco, 2010, p.12

Sobre este tipo de Estado, añade el propio Ramiro Ávila:

“La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos; procedimental porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas.” Citado en (Ávila, Ramiro. 2008, pg. 21)

“En suma, en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio. Los derechos de las personas son, a la vez, límites del poder y vínculos. Límites porque ningún poder los puede violentar, aún si proviene de mayorías parlamentarias, y lo que se pretende es minimizar la posibilidad de violación de derechos; y vínculos porque los poderes de los estados están obligados a efectivizarlos, y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos”. Citado en (Ávila, Ramiro. 2008, pg. 21)

Finalmente, añade el propio Ramiro Ávila:

En el modelo constitucional se distingue entre la representación parlamentaria y la representación constituyente. El segundo, que es el instrumento de la soberanía popular, limita al primero; por ello las constituciones, como garantía, son rígidas, y no pueden ser reformadas por procedimientos parlamentarios ordinarios. La constitución es, además, norma jurídica directamente aplicable por cualquier persona, autoridad o juez. Al considerarse una norma vinculante requiere de una autoridad competente para sancionar su incumplimiento (...) Citado en (Ávila, Ramiro. 2008, pg. 21)

La investigación que sometemos a consideración del jurado gira en torno a la *inejecución de sentencias en procesos contencioso-administrativo en material de derecho laboral público*. Como señala el profesor Ávila: “La constitución es, además, norma jurídica directamente aplicable por cualquier persona, autoridad o juez” Con lo cual los jueces antes de ser jueces de cualquier especialidad, a que tienen derecho, deben ser jueces constitucionales y aplicar directamente la norma o el principio constitucional.

En la tesis se desarrollarán los conceptos de control de legalidad, el control de constitucionalidad y finalmente el control de convencionalidad, toda vez que al in-ejecutar la sentencia está violando los tres controles constitucionales señalados precedentemente

2. El proceso de constitucionalización del derecho

El actual proceso de constitucionalización del derecho hunde sus raíces más profundas en la propia etapa de formación del *Estado de derecho*, basado en el *principio de legalidad* y del rol jerárquico de la ley en el ordenamiento jurídico. En ese momento en el desarrollo y configuración del *Estado de derecho*, la Constitución no era entendida sino como una mera norma política carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones regulatorias de la labor de los poderes públicos.

Desde entonces, el concepto de Constitución ha transitado hasta un momento en el que ya no cabe duda de que la Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento normativo nacional. (Landa Arroyo, C. 2013, p.14).

Esta transición solo ha sido posible a partir de dos procesos sucesivos. El primero de ellos tiene lugar cuando los *derechos públicos subjetivos del Estado liberal* se transforman en *derechos fundamentales* e incorporan valores, principios constitucionales y derechos socioeconómicos en el Estado social de derecho, a partir de la segunda posguerra. **Este hecho obligó —sobre todo a los jueces y tribunales— a la aplicación directa de la Constitución** ya no solo dentro de lo jurídicamente debido, sino también dentro de lo constitucionalmente posible. (Landa Arroyo, C. 2013, p.14). (subrayado agregado)

3. La constitución, norma suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos.

Por su parte, el segundo proceso surge cuando la Constitución se legitima como norma democrática suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos, en la medida que tienen el deber de cumplirla y defenderla. Así, «a través de múltiples transformaciones que ha sufrido, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden». (Landa Arroyo, C. 2013, p.14).

4. ¿Sigue siendo la ley y, el principio de legalidad, la fuente suprema del derecho?

De esta forma, la Constitución ha ido desplazando a la ley y a su principio de legalidad como la fuente suprema del derecho. Actualmente, de la Constitución emana todo el ordenamiento jurídico y vincula directamente a los poderes públicos y privados (citado en Guastini, R. 2007, p. 23); (citado en Pérez Royo. 1985p. 27), lo cual no es solo un cambio de posición jerárquica de las normas, sino que lleva a replantear la manera de entender el derecho, la jurisprudencia, la jurisdicción y el propio rol del juez. (citado en Ferrajoli, L. pp. 13 y ss):(Atienza, M. 2007, pp. 113 y ss.)

5. La constitución como norma de eficacia directa.

En tal sentido, se ha señalado que **«si la Constitución tiene eficacia directa no será solo norma sobre normas, sino norma aplicable»**¹; no será solo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más». Por tanto, la Constitución es considerada la norma *normarum* —la norma de creación de las normas— y la *lex legis* —la ley suprema—, que se extiende a todas las ramas del derecho, siendo sus principios y disposiciones de alcance general (citado en Hesse, H. 1885, p. 14), es decir, aplicables no solo al ámbito del ordenamiento jurídico público, sino también privado. (Landa Arroyo, C. 2013, p.15) (subrayado agregado)

6. El ordenamiento jurídico constitucional debe ser creación del derecho, no es algo que viene ya dado o acabado por la norma. 2

Ahora bien, cuando se alude al ordenamiento jurídico no se piensa únicamente en la Constitución o en las leyes, o en los decretos y reglamentos de un determinado país; por el contrario, se piensa en algo mucho más dinámico y vital. (Citado en Díez-Picazo, L. 1987, p. 162); (citado en Iturralde Sesma, V. 1995, p. 14)

De ahí que algún sector de la doctrina haya criticado la noción de ordenamiento jurídico entendido únicamente como un conjunto de normas, puesto que considera que el ordenamiento jurídico, en su conjunto, no es sino «una entidad que se mueve en parte según las normas, pero que sobre todo dirige a las propias normas como si fueran las piezas de un tablero de ajedrez, normas que de este modo resultan más bien el objeto, e incluso el medio de su actividad, que no es un elemento de su estructura». (citado en Romano, S. 1963, p. 100)

Si el ordenamiento jurídico constitucional debe ser dinámico y vital —*living constitution*, el concepto de Constitución se convierte en un concepto interpretativo por excelencia, donde la

1 Afirmación que sostendrá la tesis, en la presente investigación, según la cual los magistrados que sustancian los procesos contencioso-administrativo ignoran la dogmática constitucional y al hacerlo dejan en la indefensión al justiciable.

2 Para los magistrados que sustancian los procesos contencioso-administrativos, en el caso de la presente investigación, aún son *la boca de la ley*, para ellos el derecho, es algo que viene ya dado o acabado.

...creación del derecho no es algo que viene ya dado o acabado por la norma, sino que se convierte en el producto de una interpretación constructiva a partir de la relación que se establece entre un sujeto —el Tribunal Constitucional (en adelante TC)—, un objeto —la Constitución— y un método —los tipos de interpretación y los tipos de sentencias—. (citado en Ruiz Manero, J. pp. 69 y ss)

7. Permanecemos en el clásico positivismo jurídico o adoptamos el nuevo paradigma constitucional de proteger los derechos fundamentales.

Esta relación no se puede entender a partir del clásico positivismo jurídico, sino a través del nuevo paradigma constitucional de los valores y principios que dan sentido de unidad al orden jurídico, tanto para proteger los derechos fundamentales como para garantizar la supremacía jurídica constitucional (citado en Dworkin, R. 1996, pp. 1-38).

Esto implica un nuevo rol en la creación judicial del derecho y es una consecuencia natural del desarrollo del *Estado constitucional* y, en particular, de la aparición de la justicia constitucional encarnada en los tribunales constitucionales de los países de tradición jurídica romano-germánico. Landa Arroyo, C. p.16

8. Necesaria convergencia entre las familias jurídicas del *civil law* y el *common law*,

El *World Bank Group*, ha establecido las características Claves entre los sistemas de *Common Law* y *Derecho Civil* o *civil law*:

“Sistema de *Derecho Anglosajón* o *Common Law*. Los países que adoptan el derecho anglosajón son por lo general aquellos que formaron parte de las colonias y protectorados ingleses, incluyendo a los Estados Unidos. (World Bank Group. 2006, en línea)

Las características del derecho anglosajón incluyen: No siempre existe una constitución escrita o normas codificadas. Las decisiones judiciales son forzosas. (World Bank Group. 2006, en línea)

El *World Bank Group*, añade al respecto:

“Sistema del *derecho civil*. Los países que se rigen bajo un sistema de *derecho civil* son típicamente aquellos que fueron colonias o protectorados franceses, holandeses, alemanes, españoles o portugueses, incluyendo varios [países] de Centroamérica y Sudamérica, asimismo como la mayoría de Europa Central, Oriental y Asia del Este. El sistema de *derecho civil* es un sistema de leyes codificadas”. (World Bank Group. 2006, en línea)

“Su origen es el derecho romano. Las características del sistema del derecho civil son las siguientes: Generalmente, existe una constitución escrita, existen códigos de normas específicas (por ejemplo, códigos que cubren el derecho corporativo, el derecho administrativo, el derecho arancelario y el derecho constitucional) consagrando derechos y responsabilidades básicas. **Sin embargo, el derecho administrativo tiende a ser menos codificado y los jueces del derecho administrativo se comportan más como jueces del *Common Law*.**” (World Bank Group. 2006, en línea) (subrayado agregado)

“Solamente las promulgaciones legislativas son consideradas con fuerza de ley. Los jueces tienen poco alcance. En algunos sistemas, como Alemania, las publicaciones de catedráticos del derecho tienen una influencia significativa en las cortes”. (World Bank Group. 2006, en línea)

Por otro lado, Juan Diego Rabat Celi, ha señalado lo siguiente:

“A pesar de sus diferencias teóricas, estos dos sistemas comparten sus aspectos más importantes y se necesitan mutuamente para funcionar mejor y de manera más eficiente en la tarea de administrar justicia. En consecuencia, en la práctica se vinculan entre sí más de lo que cualquiera podría creer. Y ¿por qué no? quizás algún día las circunstancias permitirán su unificación”.³ (Rabat Celi J. D. p.22, en línea)

Rabat Celi, describe las características del *Common Law*:

“La Ley Común o *Common Law* es aquella que no deriva de la legislación propiamente tal, sino que tiene su origen en las decisiones de los jueces. Se le conoce como la ley no escrita, o aquel cuerpo legal capaz de dar una solución a cada situación como si simplemente no existiera estatuto alguno. Esto a su vez quiere decir que la Ley Común es decodificada, lo que se traduce en la inexistencia de un compilado de normas legales y estatutos como sucede en la Ley Civil”. (Rabat Celi J. D. p.23, en línea)

“En otras palabras, la Ley Común está dada por el poder que tienen los jueces para crear una ley nueva interpretando la ya existente, lo que también se conoce como la ley hecha por los jueces, donde cada decisión crea una vía por la cual casos similares deben ser resueltos, y respecto de los cuales surge lo que conocemos como “precedente”. Así, si es que tuviéramos que definir la Ley Común en una sola palabra, “precedente” sería la más apropiada.” (Rabat Celi J. D. p.23, en línea)

³ En el Perú, esta afirmación es válida toda vez que las decisiones del Tribunal Constitucional del Perú (control concentrado) se toman teniendo en cuenta dicho modelo. Lo propio está sucediendo con las sentencias que emite el Poder Judicial del Perú. (control difuso)

“En síntesis, la Ley Común se funda principalmente en el “precedente”, que en simple corresponde a una resolución judicial que ya ha sido emitida en uno o más casos similares, y que se va almacenando en los registros de las cortes, como asimismo en registros de ley casuística o libros anuales. (...)”

De esta manera, el precedente a ser utilizado en un caso particular deberá ser seleccionado por el juez que conoce de la causa en consideración a los hechos y circunstancias sometidos a su conocimiento y resolución.” (Rabat Celi J. D. p.23, en línea)

Rabat Celi, confirma la utilidad que produce, en Chile, el uso del *sistema anglo-sajón*, lo propio ocurre en el Perú, como se ha señalado en una cita anterior a pie de página de esta investigación.

“Sin ir más lejos, hoy en día el precedente o la jurisprudencia, como se conoce en los países de la Ley Civil, es una herramienta legal que posee gran fuerza probatoria a la hora de acreditar y sustentar las alegaciones vertidas en un caso determinado. Un claro ejemplo radica en el Recurso de Unificación de Jurisprudencia promulgado en Chile el año 2008. (Rabat Celi J. D. p.24, en línea)

A mayor abundamiento, la aplicación del precedente se ha transformado en una útil herramienta para ahorrarles trabajo intelectual a los jueces; hoy en día algunos tribunales están considerablemente colapsados para analizar e interpretar la ley en cada caso particular. Además, el precedente instauro orden en la sociedad, que requiere una constante estabilidad y predictibilidad respecto a las consecuencias de los actos perpetrados por cada individuo. (Rabat Celi J. D. p.24, en línea)

En consecuencia, frente a la pregunta de si estos sistemas son tan distintos entre sí, cabría señalar que en la práctica ambos se vinculan entre sí más de lo que cualquiera podría creer y ¿por qué no? quizás algún día las circunstancias permitirán su unificación”. (Rabat Celi J. D. p.23, en línea)

Este nuevo rol es tradicional de los tribunales supremos de los países del *common law*, donde la jurisprudencia es la fuente del derecho y no solo la ley; por ello se ha señalado que se viene produciendo una convergencia de estos dos modelos o familias jurídicas. (citado en Merryman, J. 1978, pp. 210-213); (citado en Cappelletti, M.1993, pp. 66-68)

Este proceso de judicialización del derecho, que se manifiesta a través de los tribunales constitucionales o supremos encargados de garantizar los derechos fundamentales, también se evidencia a través del proceso de globalización internacional y regional que no solo es económica o política; por ejemplo, en las sentencias de los tribunales internacionales de integración o derechos humanos, como el Tribunal de Luxemburgo o la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Landa Arroyo, C. p.16

A partir de esta noción transformadora del ordenamiento jurídico nacional —dinámico y vital— presidida por la Constitución en tanto fuente normativa del derecho, se plantean algunas reflexiones sobre la impronta de la Constitución y la jurisprudencia del TC peruanos en las distintas áreas del derecho. Landa Arroyo, C. p.16

11. La constitucionalización del derecho procesal, para enfrentar el nocivo positivista del derecho.

La *concepción positivista del derecho*⁴ y del proceso ha llevado a desnaturalizar la vigencia de la tutela de los derechos fundamentales, en la medida en que su validez y eficacia han quedado a condición de la aplicación de normas procesales autónomas, neutrales y científicas. Por eso, el derecho constitucional contemporáneo se ha replanteado la institución del proceso a partir de su relación con la Constitución, una vez recuperado el *Estado de derecho*, basado en valores democráticos y constitucionales. Esta procura [la Constitución] la reintegración del derecho y el proceso, así como superar el positivismo jurídico procesal basado exclusivamente en la ley, a partir del reconocimiento del rol tutelar al juez 53. (citado en Chiovenda, J. 1922, pp. 43 y ss., en particular, pp. 61-64)

4 La cual hemos criticado en la presente investigación y a la cual no adherimos.

En esta revisión conceptual, los derechos fundamentales son valiosos en la medida que se los concibe como garantías procesales que permiten accionarlos no solo ante los tribunales, sino también ante la administración, 5, e incluso entre los particulares y las cámaras parlamentarias.

La tutela de los derechos fundamentales, a través de procesos, conduce necesariamente a dos cosas: a que se garantice el derecho al debido proceso material y formal de los ciudadanos, y a que el Estado asegure la tutela jurisdiccional. 6 Landa Arroyo, C. p.32

12. La tutela judicial y el debido proceso, son garantías procesales que protegen los derechos fundamentales.

De esa manera, *la tutela judicial* y el *debido proceso* se han incorporado al contenido esencial de los derechos fundamentales como elementos del núcleo duro de aquellos. Se permite, de esta manera, que a un derecho corresponda siempre un proceso y que un proceso suponga siempre un derecho, pero en cualquiera de ambos supuestos su validez y eficacia la defina su respeto a los derechos fundamentales⁷. Landa Arroyo, C. p.32

En efecto, plantearse los derechos fundamentales como garantías procesales materiales o sustantivas, supone actualizar las garantías procesales de cara a proteger los propios derechos fundamentales. Sin embargo, esto no supone crear una estructura organizacional determinada en tanto que ya existen el Poder Judicial, el TC, los tribunales ordinarios los tribunales administrativos y militares, e incluso procesos arbitrales, los cuales también cautelan parcelas de los derechos fundamentales; supone más bien traspasar adecuadamente principios, institutos y

5 Tema que ocupa la presente investigación

6 Hechos que no se está produciendo en el Perú, lo que ha motivado la presente investigación

7 En los procesos contencioso-administrativos, objeto de la presente investigación, tiene por finalidad reincorporar al trabajador del estado, al puesto de trabajo. En esta etapa procesal el justiciable ve vulnerado sus derechos y la garantía de un debido proceso: la poca celeridad para emitir el correspondiente oficio para que cumpla la sentencia o, en ocasiones, los magistrados sostienen que no hay en la norma procesal un plazo.

elementos de la teoría general del proceso al derecho constitucional procesal, adecuándose a los principios y derechos fundamentales que consagra la Constitución. 8. Landa Arroyo, C. p.33

En ese sentido, los derechos fundamentales, como garantías procesales, se convierten tanto en derechos subjetivos como en derechos objetivos fundamentales, irradiando los procesos.

Por ello, se puede interpretar que la Constitución de 1993 ha consagrado, por vez primera, como principios y derechos de la función jurisdiccional: la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (Art. 139-3, Capítulo VIII, Título IV del Poder Judicial). Estos se han potencializado con la jurisprudencia del TC, la cual ha aumentado considerablemente el interés por la naturaleza, objeto y carácter de los procesos. (Landa, C. 2012, p. 162)

11. La inclusión del precedente (incorporación del *common law*) y la doctrina jurisprudencial en los procesos constitucionales en el Perú.

Pero, tal como señala el profesor Pedro De Vega, el TC, bajo pena de traicionar los fines de la justicia constitucional, no puede ni debe operar con los principios y mecanismos del procedimiento ordinario de la justicia rogada —*da mihi facta dabo tibi jus*—. Si esto sucediera, no se comprendería que el juez constitucional —en virtud del principio inquisitivo— no indagara más allá de las pruebas aportadas por las partes para contemplar el problema desde todos los ángulos y puntos de vista posibles. Landa Arroyo, C. p.33

De ello deriva la importancia de los principios constitutivos o informadores de los procesos que el TC del Perú, ha ido desarrollando a través de la autonomía procesal. Estos principios permiten viabilizar de forma adecuada el ejercicio de la justicia constitucional, al permitir que esta no acabe sumergida en las ineficiencias de la práctica o la teoría procesal, sino que se convierta en una magistratura garante de la libertad y medio para la realización de la Constitución. Landa Arroyo, C. p.33

8 Es en este apartado de la investigación que los magistrados no comprenden el alcance de la aplicación inmediata de la norma constitucional.

En ese entendido, qué duda cabe de que el TC, como máximo intérprete de la Constitución y órgano supremo de control de la constitucionalidad, es titular de una autonomía procesal para el desarrollo jurisprudencial, e incluso funciona como un complemento normativo sobre la regulación procesal, mediante resoluciones judiciales, en el marco de los principios generales del derecho constitucional material y de los fines de los procesos constitucionales. (Landa, C.2008)

En efecto, un cambio importante en esta materia es la inclusión del precedente y la doctrina jurisprudencial en los procesos constitucionales que ha permitido al Tribunal desarrollar, bajo la forma de resoluciones judiciales en casos concretos, un espectro bastante amplio de reglas que afectan los ordenamientos procesales ordinarios. (Landa, C. 2010).

Esto ha generado un grado de tensión entre la justicia constitucional y la [justicia] ordinaria, debido a la revisión de los fallos que han pasado en calidad de *cosa juzgada*; sin embargo, ello ha sido posible debido a los *déficits* de confianza ciudadana en los fallos del Poder Judicial 9 y que han podido ser satisfechos por las resoluciones del TC, sobre todo durante el período 2002-2008. (Landa Arroyo, C. p.33)

Por ejemplo, en materias de plazos, emplazamientos, notificaciones, citaciones, posibilidad de modificación, allanamiento, acumulación y separación de demandas, prescripción de admisibilidad de demandas subsidiarias y condicionales, gratuidad para el pobre, determinación de costas y costos, capacidad procesal, consecuencias de la muerte del demandante, retroacción de las actuaciones, ejecución y eficacia de las sentencias. (Landa Arroyo, C. p.33)

9 Desconfianza que se ha incrementado con la revelación de audios que sindicaron a los magistrados del Poder Judicial quienes fallan de manera impropia y ejercen conductas disfuncionales.

Capítulo IV

El proceso

10. Las tres construcciones teóricas de un proceso: *derecho-tutela-eficacia*.

Resulta trascendente observar como cuestión previa al tema de investigación, que, en la experiencia jurídica, el aspecto procesal se da a través de tres construcciones teóricas: *derecho-tutela-eficacia*. El *derecho* regula la relación de los ciudadanos con el Estado. La *tutela* es el instrumento para hacer efectivos los derechos reconocidos a los ciudadanos y salvaguardar las infracciones jurídicas. La *eficacia* es la obtención de una respuesta cierta y fundada en derecho con plenas consecuencias jurídicas¹⁰. (Obando Blanco V. R. 2010, p. 3)

11. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pilar fundamental del proceso.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se ha convertido en el pilar fundamental del proceso, mereciendo que, además de ser adoptado en el Título Preliminar del Código Procesal Civil (artículo I) sea reconocido como derecho constitucional fundamental (inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política). Cabe recordar como dato histórico que la Ponencia presentada en el Congreso Constituyente Democrático por la agrupación oficialista, sustentada por el entonces congresista César Fernández Arce en la Comisión de Constitución y Reglamento, el 30 de marzo de 1993, sostuvo que para su elaboración se habían basado en los proyectos presentados por el Poder Judicial (Anteproyecto de Reforma Constitucional del Poder Judicial de diciembre de 1992) y por el Colegio de Abogados de Lima, que señalaba que “Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva por medio de los órganos jurisdiccionales del Estado” (Obando Blanco V. R. 2010, p. 3)

¹⁰ Para efectos de nuestra investigación y la inejecución de las resoluciones, solo tenemos el derecho, pero no la tutela y menos la eficacia,

Durante el debate en la citada Comisión, el congresista Enrique Chirinos Soto propuso eliminar la expresión “efectiva” pues dicho adjetivo no le gustaba, con lo que evidenciaba un desconocimiento sobre la noción y alcances de este derecho fundamental, señalando que, si se tiene protección, ella era efectiva, por lo que no hacía falta señalarlo.

Por su parte, el congresista Fernández Arce expresó que no tenía inconveniente en suprimir la palabra “efectiva” (Citado en CCD 1993. pp. 1430-1432)

El *derecho a la tutela jurisdiccional efectiva* implica no sólo que las personas puedan recurrir a los órganos jurisdiccionales solicitando tutela de su derecho, sino que, además, asegura la expedición de sentencias en justicia y no arbitrarias. Según constante doctrina constitucional, anota el procesalista Augusto Morello, el derecho a la tutela judicial efectiva se configura, fundamentalmente, como la garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso serán resueltas por los órganos judiciales con criterios jurídicos razonables. (citado en Morello A. 1994, p. 286.)

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva constituye la reafirmación del carácter instrumental del proceso, en tanto mecanismo de pacificación social. En esa línea, dicha efectividad abarca no sólo aquellas garantías formales que suelen reconocerse en la conducción del proceso (lo que, en teoría, atañe más al derecho al debido proceso) sino que, primordialmente, se halla referida a la protección eficaz de las concretas situaciones jurídicas materiales, amenazadas o lesionadas, que son discutidas en la Litis. 11 (citado en TC. 2010) *Expediente N° 00607-20009-PA/TC*)

La tutela jurisdiccional efectiva será aquel derecho fundamental de la persona a través del cual se busca defender en el plano real sus derechos materiales. De esta manera, el proceso jurisdiccional es un instrumento para alcanzar dicho fin; es por ello que sólo es aplicable dentro

11 Debe desprender, entonces, que los magistrados que sustancian los procesos, objeto de la presente investigación, desconocen el derecho a la tutela jurisdiccional, además desconocen los efectos: a la protección eficaz de las concretas situaciones jurídicas materiales, amenazadas o lesionadas, que son discutidas en la Litis.

del proceso judicial. En conclusión, son dos derechos que pueden convivir en un mismo ordenamiento. No basta pues el proceso justo con garantías, sino que se hace necesario el reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, ya que permite que dentro de un proceso judicial el particular pueda ver satisfechos sus intereses. (Obando Blanco V. R. 2010, p. 5)

12. Garantismo y duración del proceso

La tendencia contemporánea en materia jurídica, es hablar de garantismo (Luigi Ferrajoli y otros), pero al mismo tiempo esa necesidad de un proceso plenamente garantista, tiene como alternativa la necesidad de afrontar el drama del tiempo del proceso.

Sostiene el jurista Juan Monroy Gálvez, vivimos una lucha entre garantismo y urgencia, que tiene que reconducirse, porque tan importante como tener un proceso garantista es tener fórmulas distintas, que aseguren la duración del proceso, no destruya ni acabe con la fe ni con el derecho del que tiene la razón, y eso es el ámbito donde se inserta la tutela cautelar contemporánea. (Obando Blanco V. R. 2010, p. 5)

En épocas en los que los estudios procesales apuntan a atacar de raíz el irresuelto problema entre tiempo y proceso, sobre el efecto nocivo de la dilación en el proceso, el profesor brasileño Luiz Ghuillerme Marinoni señala: “en la realidad de la vida, la lentitud del proceso puede significar angustia, sufrimiento psicológico, perjuicios económicos y hasta la misma miseria”. (citado en XXI Congreso ...2001, noviembre 2008, p. 83)

Luigi Ferrajoli, al tratar la teoría general del garantismo, afirma que una de sus acepciones refiere a una teoría jurídica de la “validez” y de la “efectividad” como categorías distintas, no sólo entre sí, sino también respecto de la “existencia” o “vigencia” de las normas. En este sentido, la palabra *garantismo* expresa una aproximación teórica que mantiene separados el “ser” y el “deber ser” en el derecho.

El principal presupuesto metodológico de una teoría general del garantismo está en la separación entre derecho y moral y, más en general, entre ser y deber ser. Ferrajoli llama democracia sustancial o social al “*estado de derecho*” dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales, y democracia formal o política al “*estado político representativo*”, es decir, basado en el principio de mayoría como fuente de legalidad. (citado en Ferrajoli. L. 1995 pp. 852, 854 y 864)

13. Sobre los términos proceso y procedimiento y sus implicancias garantistas.

Es frecuente que se utilicen los términos proceso y procedimiento para indicar la misma cosa, sin embargo, dentro del marco normativo tienen elementos de diferenciación entre ambos conceptos. El tratadista José María Asencio Mellado, desarrolla el concepto de *procedimiento* como “la forma o método o simplemente sucesión de actos que desarrolla el órgano jurisdiccional y las partes para el fin de la aplicación del Derecho. Procedimiento que se refiere, por tanto, al aspecto puramente externo de la actividad, a su desenvolvimiento formal.” (citado en Asencio Mellado, J. M. 1997. Pág. 196 – 198)

El *procedimiento* está sujeto a resolver conflictos sociales evitando arbitrariedades para lo cual tiene impuesta un modo de actuar preestablecido para cada actuación y trámite. El mismo autor por su parte indica que *proceso* “se refiere a una realidad bien distinta y, en concreto, a un aspecto sustancial de la actividad de los órganos jurisdiccionales o bien con relación al objeto procesal.” (citado en Asencio Mellado, J. M. 1997. Pág. 196 – 198)

Es importante resaltar la diferenciación entre *procedimiento* y *proceso*, principalmente en materia administrativa la cual deriva mucha confusión. El *procedimiento* es la etapa del derecho procesal administrativo que se desarrolla en la administración pública o ente encargado de conocer el asunto sometido a su conocimiento y resolverlo conforme los procedimientos ya preestablecidos, esta etapa concluye con una resolución definitiva de la administración pública que causa estado.

Por otro lado, el *proceso* es la fase judicial que permite al administrado velar por la juricidad y legalidad de los actos administrativos a través de un proceso judicial. Ambos conceptos están íntimamente relacionados, pero corresponden a etapas y circunstancias distintas en el Derecho Procesal Administrativo siendo el procedimiento la vía administrativa y el proceso la vía judicial. (Citado en Ortega van Beusekom, J. P. 2012, p.2)

El tratadista Carlos Arellano García³ (Arellano García, C. 1980, Pág. 3) desarrolla el término proceso y lo acredita a una sucesión de actos, relacionados entre sí con un objetivo común.

La finalidad del *proceso jurisdiccional* es la solución de una controversia donde se resuelven sus respectivas reclamaciones deducidas en un órgano que ejerce las facultades jurisdiccionales. Los conceptos procedimiento y proceso son aplicados como sinónimos y pueden generar confusión, sin embargo, no hay sinonimia entre ambos conceptos. El proceso es abstracto y el procedimiento es concreto. En ese sentido, el proceso es el desarrollo sucesivo de actos o etapas regulados por la ley cuyo objetivo es resolver controversias. (Citado en Pallares, E. 1966. Pág. 602)

El *procedimiento* es el desenvolvimiento de cada uno de los actos o etapas desarrollado de manera progresiva a través del tiempo y que además mantengan vínculos que los relacionen entre sí sea por el fin que tienden todo el proceso, sea por la causa generadora del mismo. (Citado en Pallares, E. 1966. Pág. 602)

Como complemento el Maestro Rafael de Pina define el *proceso* desde una perspectiva jurídica como: “el conjunto de actos regulados por la ley realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo y la satisfacción consiguiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto mediante una decisión de Juez competente. (Obando Blanco V. R. 2010, p. 3)

14. Funciones del *proceso*

Según (citado en Couture 2002), el proceso cumple determinadas funciones que son:

E. Interés individual e interés social en el proceso

El *proceso*, es necesariamente teleológico, porque su existencia sólo se explica por su fin, que es dirimir el conflicto de intereses sometido a los órganos de la jurisdicción. Esto significa que el proceso por el proceso no existe. Dicho fin es dual, privado y público, porque al mismo tiempo satisface el interés individual involucrado en el conflicto, y el interés social de asegurar la efectividad del derecho mediante el ejercicio incesante de la jurisdicción.

Por lo expuesto, el *proceso*, tiende a satisfacer las aspiraciones del individuo, que tiene la seguridad de que en el orden existe un instrumento idóneo para darle razón cuando la tiene y hacerle justicia cuando le falta. (Juárez Chiroque, Y. M. 2016, p 29)

F. Función privada del proceso

Al proscribirse la justicia por mano propia, el individuo halla en el *proceso* el instrumento idóneo para obtener la satisfacción de su interés legítimo por acto de la autoridad. (Juárez Chiroque, Y. M. 2016, p 29)

G. Función pública del proceso

El proceso, es un medio idóneo para asegurar la continuidad del derecho; porque a través del proceso el derecho se materializa, se realiza cada día en la sentencia. Su fin social, proviene de la suma de los fines individuales. (Juárez Chiroque, Y. M. 2016, p 29)

H. El *proceso* como garantía constitucional

Según (citado en Couture 2002) El *proceso* en sí un instrumento de tutela de derecho (...); y se realiza por imperio de las disposiciones constitucionales (...). Está consagrada en la mayoría de las constituciones del siglo XX, con muy escasas excepciones que una proclamación programática de principios de derecho procesal es necesaria en el conjunto, de los derechos de la persona humana y de las garantías que ella se hace acreedora. (Juárez Chiroque, Y. M. 2016, p 29)

15. Los principios procesales

La importancia del estudio de los principios procesales radica en que constituye la herramienta de interpretación del Código Procesal. (Obando Blanco V, R. 2008, p.211)

Es indispensable que el juez advierta que los principios son pautas orientadoras de su decisión, en tanto este los somete al cotejo con las necesidades y los intereses sociales al tiempo de su uso. (Obando Blanco V, R. 2008, p.211)

16. Diferencia entre el enunciado normativo y los principios.

Debe tenerse presente que existe una diferencia entre el enunciado normativo y los principios. El enunciado normativo define la conducta y la consecuencia. Los principios son reglas interpretativas, orientación metodológica y base teleológica (fin). El enunciado normativo es la expresión en un lenguaje bien configurado, apta para interpretarse en sentido normativo. La norma es el contenido de significado normativo que, según cierta interpretación, puede recabarse de un enunciado. (Obando Blanco V, R. 2008, p.211)

17. Concepción publicista del proceso civil.

El Código Procesal Civil se alinea a una concepción publicística del proceso civil, que considera que lo trascendente en él es la función pública que cumple el Estado a través de su órgano jurisdiccional. El proceso se concibe no solo como instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además como medio para cumplir una función pública del Estado. (Obando Blanco V, R. 2008, p.211)

18. Tres características del sistema procesal publicístico

Examinando tres características del Sistema Procesal Publicístico señalaremos:

a. Dirección judicial del proceso: en el sistema publicístico se regula y ambienta el predominio del juez. En efecto, en el sistema publicístico el juez es el encargado de impulsar y orientar el desarrollo del proceso al cumplimiento de sus fines.

b. Estructura procedimental: se propone intermediación como un medio de asegurar que el juez esté en aptitud de conocer para resolver el drama humano sumergido en un proceso. La intermediación exige concentración. De allí el sistema de audiencias recoge el código. Indudablemente, conforman también parte trascendente de este elenco de principios, los de economía, celeridad, buena fe y lealtad procesales. (Obando Blanco V, R. 2008, p.212)

c. Sentencia como acto de creación del derecho: sin duda, la sentencia es mucho más que desarrollar y aplicar un pensamiento silogístico. Lo que hace es crear una norma específica para el caso concreto. (Obando Blanco V, R. 2008, p.212)

Capítulo V

El proceso contencioso-administrativo

3.1. Introducción. Régimen del proceso contencioso administrativo. Ley N° 27584.

La Ley N.º 27584 titulada "*Ley que regula el Proceso Contencioso - Administrativo*", fue publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 7 de diciembre de 2001. Dicha norma fue aprobada por el Congreso sobre la base de un *Anteproyecto* preparado por una Comisión designada para dicho propósito mediante Resolución del Ministerio de Justicia N.º 174-2000-JUS12 y que estuvo integrada por distinguidos profesionales con experiencia en la gestión administrativa, en la función jurisdiccional y en la actividad académica. (Danos Ordóñez, J.)

Conforme lo señaló el profesor Ordoñez:

“La comisión trabajó sosteniendo reuniones semanales durante cerca de 7 meses desde su instalación formal en octubre de 2000. Puesto que varios de sus integrantes formaron parte de la Comisión que elaboró el anteproyecto que luego sería aprobado por la Ley N.º 27444 como la nueva *Ley del Procedimiento Administrativo General*, se aprovechó de la experiencia anterior para adoptar un plan de trabajo que priorizó la aprobación de un esquema del contenido del futuro Anteproyecto, con el objeto de que sirviera de pauta para las deliberaciones de la Comisión, cuyas ideas matrices fueron las siguientes:

A. La nueva ley debería potenciar el rol del proceso contencioso - administrativo en atención a su doble objeto de control judicial de la legalidad de las decisiones de la Administración Pública y garantía de los derechos e intereses de los particulares. (Danos Ordóñez, J.)

12 De fecha 21 de junio de 2000.

B. El proceso contencioso - administrativo debería configurarse como un proceso de plena jurisdicción a fin de desterrar la lamentablemente muy difundida creencia de que los jueces están restringidos a constatar la invalidez o nulidad del acto administrativo, o su posible ineficacia, es decir, la mera carencia de efectos legales, sin entrar al fondo del asunto. (Danos Ordóñez, J.)

C. La nueva regulación debería poner énfasis en la necesidad de que mediante el contencioso administrativo se controle a plenitud la actuación de la administración pública en ejercicio de potestades reguladas por el derecho administrativo, de modo que el juez asuma que su rol es la protección y satisfacción de los derechos e intereses de los particulares afectados por actuaciones administrativas. (Danos Ordóñez, J.)

D. La nueva regulación del proceso contencioso - administrativo debería consagrar la universalidad del control jurisdiccional de las actuaciones administrativas realizadas en ejercicio de potestades públicas, no reconociéndose la existencia de ámbitos de la actividad administrativa que puedan considerarse exentos o inmunes al control jurisdiccional. (Danos Ordóñez, J.)

E. La nueva ley debería regular específicamente los aspectos que diferencian al proceso contencioso - administrativo respecto del proceso civil, en materias tales como: principios, actuaciones administrativas impugnables, pretensiones, instancias competentes, sujetos, cuestiones procedimentales (especialmente los requisitos de admisibilidad y procedencia), régimen de las pruebas, así como efectos y ejecución de las sentencias. En los demás aspectos era obvio que por tratarse de materias predominantemente del ámbito del derecho procesal la disciplina de las mismas debería remitirse a la regulación del Código Procesal Civil. (Danos Ordóñez, J.)

F. La nueva ley debería unificar la regulación del proceso contencioso - administrativo a fin de evitar la dispersión legislativa existente en diversos cuerpos legales como el Código Tributario y la Ley Procesal del Trabajo, entre otros, que rompe innecesariamente la

homogeneidad que debería existir en el tratamiento legislativo de la materia mediante el establecimiento de reglas comunes en materia de plazos de interposición de la demanda, de trámite del proceso, ejecución de sentencias, etc. (Danos Ordóñez, J.)

G. La nueva ley debería crear las condiciones para asegurar la eficacia del proceso contencioso - administrativo, a fin de que se convierta en un medio ágil y efectivo para la resolución de las controversias de los particulares con la Administración Pública, evitando que se recurra innecesariamente al proceso constitucional de amparo para la impugnación de decisiones administrativas que podrían ser cuestionadas mediante el contencioso administrativo. (Danos Ordóñez, J.)

H. En atención a la reciente modificación del marco legal del procedimiento administrativo en nuestro país mediante la Ley N° 27444, se estimó que una nueva ley del proceso contencioso administrativo debería establecer cauces para que tal como ha sucedido en otros países la jurisprudencia generase criterios y doctrina que consoliden las instituciones propias del derecho administrativo, creando las bases para una especialización en la materia que debería determinar la futura exigencia de jueces y salas especializadas en lo contencioso - administrativo, requisito esencial para asegurar que la actuación administrativa actúe sometida al derecho”. (Danos Ordóñez, J.)

Asimismo, conforme lo señaló el profesor Ordoñez:

Terminado sus trabajos la Comisión entregó al Ministerio de Justicia el respectivo *Anteproyecto* acompañado de una prolija *Exposición de Motivos* que tuvo el deliberado propósito de explicitar la orientación y los objetivos de la propuesta y la explicación puntual de cada uno de los preceptos proyectados, teniendo en cuenta que en varios de los principales aspectos del proceso contencioso - administrativo se proponía una ruptura radical con la regulación precedente.

El texto del citado *Anteproyecto* y su respectiva *Exposición de Motivos* fue pre-publicado en una separata especial del diario oficial *El Peruano*, con fecha jueves 5 de julio de 2001, con el objeto de recibir opiniones y sugerencias que permitieron el perfeccionamiento del documento. (Danos Ordóñez, J.)

Por otro lado, Danos Ordoñez sostiene que:

(...) se ha podido constatar que durante el trámite parlamentario del Proyecto de ley se introdujeron algunas modificaciones que, si bien no alteran lo sustancial de la propuesta de la Comisión que formuló el respectivo Anteproyecto, no parecen sintonizar con el espíritu que animó su elaboración. (Danos Ordóñez, J.)

Finalmente, indica Danos Ordoñez:

El impacto en nuestro ordenamiento jurídico de la promulgación de una nueva Ley reguladora del Proceso Contencioso - Administrativo, pocos meses después de la aprobación de un nuevo marco legal del Procedimiento Administrativo General, deberá incidir en la recuperación de la institucionalidad democrática de nuestro país, porque al potenciar las posibilidades de actuación judicial en orden al control jurisdiccional de la administración pública, el proceso contencioso - administrativo permitirá mejorar sustancialmente la defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos, garantizando que la actividad administrativa se sujete plenamente a la legalidad. (Danos Ordóñez, J.)

3.2. Definición

Raúl Chanamé, (2006) señala, que el proceso contencioso administrativo: es un proceso que se fundamenta en la norma prevista en el artículo 148 de la Constitución Política del Estado, el cual permite que un magistrado con función jurisdiccional revista y falle en relación a un acto administrativo producido por un funcionario o un organismo de la administración pública.

Cervantes (2008) manifiesta que es la parte del Derecho Público que fija la organización y determina la competencia de las autoridades administrativas, a la vez que indica a los individuos los recursos contra la violación de sus derechos. Corresponde al Derecho Administrativo dictar las reglas o normas pertinentes a la función administrativa, y también fijar la organización de las autoridades administrativas. Para referirse al Proceso Contencioso Administrativo, Cabrera et al (2011), precisa: Etimológicamente contencioso es *contenderé*, —*Cuml*, que significa con y —*Tenderell*, luchar, resistir, lidiar, disputar, cuestionar. En términos jurídicos, debemos indicar lo que informa la doctrina al respecto:

Para María Paredes, la acción contencioso-administrativa no viene a ser sino el reclamo o acción judicial que se interpone agotada la vía administrativa, para poner fin a la negación o limitación del derecho establecido a favor del demandante por una ley o por una disposición administrativa. (Juárez Chiroque. 2016. p.37)

Gustavo Bacacorzo (1997), sobre el proceso contencioso administrativo plantea: —Es lícito considerar al proceso administrativo como la consecuencia emanada del procedimiento realizado en materia estrictamente administrativa, cualquiera que fuere el órgano y organismo estatal, como también algunos de carácter privado a los que la ley les concede el privilegio de ejecutar actos administrativos. (Juárez Chiroque. 2016. p.38)

Cervantes (2008) manifiesta Es la parte del Derecho Público que fija la organización y determina la competencia de las autoridades administrativas, a la vez que indica a los individuos los recursos contra la violación de sus derechos. Corresponde al Derecho Administrativo dictar las reglas o normas pertinentes a la función administrativa, y también fijar la organización de las autoridades administrativas. (Juárez Chiroque. 2016. p.38)

Santofimio (1994) desarrolla una importante evaluación al referirse al proceso administrativo y al proceso contencioso administrativo, señala que es frecuente encontrar autores que utilizan de manera confusa ambos términos, refiere que en el derecho colombiano es imposible incurrir en dicho error pues el proceso contencioso administrativo constituye un

proceso judicial, el cual se ventila ante los jueces especializados de la jurisdicción; en tanto que el proceso administrativo surte efectos ante los funcionarios administrativos, tanto del Poder Ejecutivo, como de otros poderes que ejercen la función administrativa. (Juárez Chiroque. 2016. p.38)

Por su parte Patricia Elena Barrios (2011) sostiene que, el proceso contencioso administrativo supone la instauración de una relación jurídica que se constituye a consecuencia del ejercicio del derecho de acción de un sujeto de derecho a través del cual solicita al Estado que, en ejercicio de su función jurisdiccional, se pronuncie sobre un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica, los mismos que tendrán como una base común una actuación de la administración. Tiene por objeto el control judicial de la legalidad de los actos y resoluciones de la Administración Pública y la defensa de los derechos e intereses de los administrados cuando se considere que han sido afectados por la actuación de la Administración Pública. (Juárez Chiroque. 2016. p.38)

3.3. Principios del proceso contencioso-administrativo.

Giovanni, P (2006) señala, que el proceso contencioso se rige por los principios que establece el Artículo 2° del Decreto Legislativo de la ley N° 27584 que regula el Proceso Contencioso Administrativo, y por los del derecho procesal, sin perjuicio de la aplicación supletoria de los principios del derecho procesal civil en los casos que sea compatible:

D. Principio de integración.

En virtud del cual los jueces no pueden dejar de resolver por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, se aplicarán los principios del Derecho Administrativo que regulan la actuación de los entes administrativos (Ley N° 27444, arts. 230 y IV del Título Preliminar). (Juárez Chiroque. 2016. p.39)

Según Gonzales (2011) nos dice que según este principio los jueces no deben dejar de resolver el conflicto de intereses o la incertidumbre con relevancia jurídica por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos deberán aplicar los principios del derecho administrativo. (Juárez Chiroque. 2016. p.39)

E. Principio de igualdad procesal.

Por el cual tanto el Estado como el administrado deberán ser tratados con igualdad en la tramitación de la Litis. Está referida a las partes en el proceso contencioso administrativo deberán ser tratadas con igualdad, independientemente de su condición de entidad pública o administrada. (Juárez Chiroque. 2016. p.39)

F. Principio de favorecimiento del proceso;

En aplicación del cual no se podrá rechazar *liminarmente* la demanda en caso de incertidumbre del agotamiento de la vía administrativa o sobre la procedencia de la demanda. Principio de suplencia de oficio; en virtud del cual el juez deberá suplir las deficiencias formales en que incurran las partes. Adicionalmente, el proceso se regirá por los principios del Derecho Procesal: legalidad, inmediación, concentración, celeridad, entre otros, previstos en el arto 6 del T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial (D.S. N° 017-93-JUS), y, en los casos que resulten compatibles, supletoriamente por los principios del Derecho Procesal Civil, desarrollados en el Título Preliminar del Código Procesal Civil (en adelante CPC). (Juárez Chiroque. 2016. p.39)

3.4. Finalidad del proceso contencioso-administrativo

De conformidad con lo expuesto en el Art. 1° de la Ley N° 27584, (...) la acción contencioso administrativo prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujeta al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados (Citado en Cajas, 2011, p. 916)

A lo expuesto se puede agregar que el propósito no solo es el respeto al orden establecido en la Constitución Política, esto en virtud de que los procesos constitucionales es garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales; sino que a su vez su fin último es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica de carácter administrativo, a efectos de construir o lograr la paz social en justicia, esto último en interpretación extensiva de lo previsto en el primer párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil. (Citado en Cajas, 2011, p. 916)

3.5. Principio de *supra-ordinación* que regula el proceso contencioso administrativo

Las normas que regula el proceso contencioso administrativo se encuentran en el marco constitucional y en el marco legal:

C. El control de constitucionalidad.

El proceso contencioso-administrativo forma parte de un conjunto de procesos citados en la Constitución Política del Estado, específicamente se ubica en el Art. 148°, Proceso Contencioso-Administrativo: Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante acción contencioso-administrativo (Chanamé, 2006, p. 477). En virtud de lo expuesto, las personas podrán recurrir ante el Poder Judicial, para que anule cualquier acto o resolución del Poder Ejecutivo o de cualquier órgano administrativo del Estado. (Juárez Chiroque. 2016. p.40)

D. El control de legalidad.

Esta prevista en la Ley N° 27584 denominada Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo. Asimismo, son de aplicación supletoria las normas procesales de naturaleza procesal civil en la tramitación de un proceso contencioso. (Juárez Chiroque. 2016. p.41)

Capítulo VI

La evolución del proceso contencioso-administrativo en el Perú

I. Introducción

Es oportuno, en la presente investigación, tratar el tema del proceso contencioso administrativo, que es como se le designa en la Constitución [del Perú] de 1993 y en su predecesora la [Constitución del Perú] de 1979 cuando se le consagró en el ámbito constitucional. (Danos Ordóñez, J.)

II. El proceso contencioso administrativo en el Perú, en el siglo XIX.

Conforme lo señala el profesor Danos Ordoñez:

“(…) En el Perú los constituyentes del siglo XIX no tuvieron entre sus preocupaciones la creación de una magistratura especializada en resolver controversias sobre materias administrativas, ni tampoco consagraron o hicieron alusión a un proceso especial para tal efecto. Las veces que las constituciones de esa centuria hacían referencia a las controversias que podían suscitarse derivadas de los contratos que suscribía el Estado o de lo que denominaban “*contenciosos de hacienda pública*” e incluso de minería y “*comisos*” asignaban la resolución de las mismas a los tribunales ordinarios que conformaban el Poder Judicial. (Danos Ordóñez, J.)

Las constituciones [del Perú] de 1834, 1839 y 1855 consagraron a un órgano que denominaron “*Consejo de Estado*”¹³ pero sin vinculación alguna con el conocido antecedente francés, porque se trataba de un cuerpo que tenía exclusivamente por objeto auxiliar al Congreso en la defensa de la Constitución mediante la detección de

13 Sobre el rol del *Consejo de Estado* en las Constituciones mencionadas ver: Daniel SORIA LUJAN “*Los mecanismos iniciales de defensa de la Constitución en el Perú: El poder conservador y en consejo de Estado (1839-1855)*”. En: Pensamiento Constitucional. Revista de la Maestría con mención en derecho constitucional. PUCP. Lima. 1988. Pág. 355 y ss, Citado en Danos Ordóñez, J.

infracciones constitucionales y el correspondiente emplazamiento a los infractores, pero carecía de toda capacidad resolutoria la que estaba reservada al Congreso. Danos Ordóñez, J.

III. El proceso contencioso administrativo en el Perú, en el siglo XX.

Mas adelante, Danos Ordoñez ha señalado enfáticamente:

Iniciado el siglo XX la Carta de 1920, que rigió solo durante dicha década, consagró un “*Consejo de Estado*” compuesto de siete miembros nombrados con el voto del Consejo de Ministros y con aprobación del Senado que debía cumplir funciones de cuerpo consultivo del Gobierno y del cual incluso se aprobó su ley de organización N.º 4024 con fecha 31 de enero de 1920 pero que nunca llegó a funcionar por falta de designación de sus integrantes. (Danos Ordóñez, J.)

Probablemente la primera norma legal que con carácter general estableció la posibilidad de cuestionar ante el Poder Judicial los actos de la administración pública fue el artículo 94º de la Ley N.º 1510 Orgánica del Poder Judicial de 1912 con el siguiente tenor: LOPJ,1912, artículo 94º.- *Corresponde a los jueces de primera instancia de Lima, conocer, en primera instancia, de los despojos que infiera el Gobierno y de las demandas que contra él se interpongan sobre derechos que hubiese violado o desconocido ejerciendo funciones administrativas.* (Danos Ordóñez, J.)

Acota el profesor Danos:

“(…) Otro dato importante en la evolución del contencioso – administrativo en el Perú pero que no llegó a concretarse normativamente es el anteproyecto de Constitución preparado en 1931 por la Comisión de juristas más conocida en nuestro medio como “*Comisión Villarán*” por el ilustre jurista que la presidió don Manuel Vicente Villarán, que propuso asignarle a la Corte Suprema o a la Corte Superior, según los casos, la resolución de los denominados “recursos contencioso – administrativos”, condicionado al previo agotamiento de la vía administrativa. (Danos Ordóñez, J.)

Lamentablemente, señala el profesor Danos, la referida propuesta:

(...) no fue recogida por los constituyentes que elaboraron lo que sería conocida como la Constitución de 1933, que, sin embargo, sí consagró un proceso *ad hoc*, especial, para el control judicial de las normas reglamentarias denominado “*acción popular*”, el que ha subsistido hasta nuestros días con carácter de proceso constitucional para el control jurisdiccional en vía directa de las disposiciones de carácter general de rango subordinadas a la ley, lo que importa una importante diferencia con la mayor parte de países con un régimen administrativo semejante al nuestro, en los que el control judicial de la legalidad de los reglamentos generalmente es materia de los procesos contencioso – administrativos. (Danos Ordóñez, J.)

Por otro lado, indica Danos, La Ley Orgánica del Poder Judicial que fuera dictada en 1963 mediante el Decreto Ley N.º 14605:

“(...) estableció también la posibilidad de cuestionar ante el Poder Judicial las actuaciones administrativas, aunque sin configurar un proceso específico al respecto:

LOPJ, 1963, artículo 12º.- Hay acción ante el Poder Judicial contra todos los actos de la administración pública, departamental y municipal que constituyan despojo, desconocimiento o violación de los derechos que reconocen la Constitución y las leyes.”

Otro dato histórico importante en la evolución del proceso administrativo en el Perú, aunque vinculado a la organización de la administración de justicia en atención a la resolución de controversias contra la

“(...) Lo constituyó el Decreto Ley N.º 18060 y su posterior modificación por el Decreto Ley N.º 18202, que crearon en la Corte Suprema de Justicia una nueva Sala de “*asuntos contenciosos – administrativos, laboral y derecho público en general*”, junto a las tradicionales salas del más alto tribunal dedicadas a las clásicas materias civil y penal. (Danos Ordóñez, J.)

IV. El proceso contencioso administrativo en la Constitución de 1979

La etapa más importante en la evolución de la institucionalización del proceso administrativo en el Perú, señala Danos:

(...) lo constituye la consagración, por la Constitución de 1979 en su artículo 240°, de las por primera vez denominadas “*acciones contencioso – administrativas*” con el siguiente tenor: Constitución de 1979, artículo 240°.- Las acciones contencioso – administrativas se interponen contra cualquier acto o resolución de la administración que causa estado. La ley regula su ejercicio. Precisa los casos en que las cortes superiores conocen en primera instancia, y la Corte Suprema en primera y segunda y última instancia. (Danos Ordóñez, J.)

No se tendría un panorama completo de los mecanismos para el control jurisdiccional de la administración en el Perú, señala una vez más Danos:

(...) si no hacemos hincapié que dicha Carta de 1979 consagró también, por primera vez, al proceso de *amparo*, diferenciándolo del *habeas corpus* dedicado exclusivamente a la protección de la libertad personal, como un proceso destinado a la tutela de los derechos fundamentales cuando “*sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona*”, de modo que el *amparo* se ofrecía como otro mecanismo, alternativo al proceso contencioso – administrativo, para el control de la actuación de los poderes públicos pero exclusivamente cuando estuviera en juego la protección de los derechos constitucionales. (Danos Ordóñez, J.)

Asimismo, el profesor Danos señala que, la Constitución de 1979 recogió también:

“(...) el proceso de *acción popular* antes citado para el control judicial de la legalidad y constitucionalidad de los reglamentos y de toda otra norma de carácter general con rango inferior a la ley. (Danos Ordóñez, J.)

Lamentablemente, no obstante su proclamación constitucional, el proceso administrativo careció durante muchos años de una ley especial que estableciera su trámite, a diferencia de los procesos constitucionales como el *amparo* y *habeas corpus* que fueron regulados por la Ley N.º 23506 desde 1982 y la denominada *acción popular* para el control judicial de los reglamentos desarrollada mediante la ley N.º 24968 desde finales de 1988, en nuestro país durante muchos años no existió una ley que desarrollara específicamente el cauce procesal del contencioso – administrativo. (...) (Danos Ordóñez, J.)

V. El Decreto Supremo N° 037-90-TR, publicado el 13 de junio de 1990 y el Proceso Contencioso – Administrativos.

Debido a la ausencia de una ley reguladora del proceso administrativo, señala Danos:

(...) se llegó al extremo que el propio Poder Ejecutivo, es decir, el poder del Estado cuyos actos administrativos podían ser sometidas a control judicial, reguló mediante una norma reglamentaria, el Decreto Supremo N° 037-90-TR, publicado el 13 de junio de 1990, diversos aspectos procesales “*de las acciones contencioso – administrativas que se interpongan contra resoluciones de la administración que causen estado en materia laboral*” ante los Tribunales especializados en materia laboral de Lima. (Danos Ordóñez, J.)

VI. ¿El proceso contencioso-administrativo dentro del Código Procesal Civil de 1993?

Danos ha señalado que es recién en 1991:

(...) a propósito de la expedición de una nueva *Ley Orgánica del Poder Judicial*, que se establece, por primera vez en el Perú, reglas procesales específicas para los denominados procesos contencioso – administrativos, en un Capítulo ubicado en las disposiciones finales de dicha ley, que sin embargo lamentablemente tuvo efímera existencia porque fue prontamente derogado mediante el Decreto Legislativo N.º 767 que aprobó el nuevo Código Procesal Civil en 1993. (Danos Ordóñez, J.)

Dicho Código adjetivo sustituyó el vetusto Código de Procedimientos Civiles de 1911, por una regulación moderna del proceso civil, en la que sin embargo se decidió sumar la regulación del *proceso contencioso - administrativo* entre los artículos 540° a 545° con el título de “impugnación de acto o resolución administrativa”, como una modalidad de los denominados procesos abreviados. (Danos Ordóñez, J.)

Por dicha razón en el Perú hasta antes de la entrada en vigencia de la reciente Ley N° 27584 reguladora del proceso contencioso administrativo, las reglas de dicho proceso estaban contenidas en el Código Procesal Civil de 1993, no obstante lo inapropiado de regular el proceso administrativo en un cuerpo legal que regula procesos de naturaleza civil y a diferencia de otros países que tienen una ley procesal específica que regula el proceso contencioso – administrativo, aunque no es posible negar que ello se debe a que en la mayoría de tales ordenamientos existe una jurisdicción especializada en la materia administrativa de la cual carece el ordenamiento peruano. (Danos Ordóñez, J.)

VII. El proceso contencioso-administrativo en la Constitución de 1993.

Posteriormente, señala Danos, la Constitución de 1993:

(...) actualmente vigente, consagró, a su vez en el artículo 148°, la denominada “*acción contenciosa – administrativa*” en el capítulo dedicado al Poder Judicial con un texto no idéntico, pero sí semejante al de la Constitución precedente: Constitución de 1993, artículo 148°.- Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contenciosa – administrativa. (Danos Ordóñez, J.)

Como señala el profesor Danos, a fin de completar la descripción de los mecanismos de control jurisdiccional de la actuación de la administración pública en el Perú:

(...) conviene tener presente que la Constitución de 1993, vigente, aparte de consagrar el antes citado proceso de *amparo* para la protección de los derechos constitucionales distintos a la libertad individual, tutelados estos últimos más bien por el proceso de *habeas corpus*, y de haber recogido, asimismo, el proceso de *acción popular* para el control judicial de la legalidad de las disposiciones reglamentarias, ha consagrado dos nuevos procesos constitucionales destinados en gran parte para el control jurídico de la administración pública: es el caso del proceso de “*habeas data*” mediante el cual los ciudadanos pueden impugnar ante el juez la negativa de la administración pública a sus solicitudes de acceso a la información que obra en su poder o para la protección de los datos personales respecto de los servicios informáticos, públicos o privados y es también el caso del proceso denominado “*acción de cumplimiento*” mediante el cual los ciudadanos pueden acudir ante el juez para solicitarle requiera a cualquier autoridad o funcionario de la administración pública renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo para que cumpla con sus obligaciones. (Danos Ordóñez, J.)

VIII. El sistema judicialista en el control jurisdiccional de la actuación de la administración pública:

Como ha señalado el profesor Danos:

(...) se puede apreciar en el Perú ha sido una constante histórica la opción por el sistema judicialista en el diseño de los mecanismos de control jurisdiccional de la actuación de la administración pública, por tanto, no se ha considerado justificado crear una organización diferente a la jurisdicción ordinaria similar al Consejo de Estado de Francia. (Danos Ordóñez, J.)

IX. Los “*fueros privativos*”, que estuvieron dedicados a tramitar procesos en los que se ventilaban conflictos de Derecho Laboral y de Derecho Agrario.

Durante el gobierno militar que gobernó nuestro país entre 1968 y 1980:

Se crearon dos organizaciones paralelas a la judicial ordinaria denominados “fueros privativos”, compuesto cada uno de ellos de jueces de primera instancia y salas de nivel superior con competencia para decidir con carácter de cosa juzgada, dedicados a tramitar procesos en los que se ventilaban conflictos de Derecho Laboral y de Derecho Agrario, respectivamente, con el deliberado propósito del Gobierno de entonces de que el tratamiento de los citados conflictos no fuera resuelto por los jueces o tribunales ordinarios que consideraba conservadores y escasamente conocedores de los temas. Sin embargo, la citada experiencia recibió numerosas críticas por lo que, terminado el régimen militar, por mandato de la Constitución de 1979 dichos "*fueros privativos*" fueron obligatoriamente integrados a la jurisdicción ordinaria y con los años incluso la especialización de los jueces en la materia agraria fue suprimida. (Danos Ordóñez, J.)

X. Proyecto de Bases para la reforma de la Constitución peruana del año 2001.

Dentro de la explicación que describe el profesor Danos sobre el proceso contencioso administrativo:

(...) La decidida opción por el sistema judicialista para el control jurisdiccional de la administración pública es ratificada por el Proyecto de Bases para la futura reforma de la Constitución Peruana elaborada en julio del año 2001 por una Comisión de juristas designada por el Gobierno de Transición presidido por el doctor Valentín Paniagua que sucedió al régimen de Fujimori, y que tuve la satisfacción de integrar, porque en el Capítulo dedicado a la Administración Pública se consignó una propuesta con el siguiente tenor: (...) *Bases para la Reforma Constitucional del Perú, Capt. XV De la Administración Pública, 2. Control de la constitucionalidad y legalidad de la actuación administrativa. - Corresponde al Poder Judicial, controlar la constitucionalidad y legalidad de toda la actuación u omisión administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican mediante el proceso contencioso - administrativo que será regulado mediante ley.* (Danos Ordóñez, J.)

Capítulo VII

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Aproximación teórica.

12. Antecedentes y concepto.

En la experiencia jurídica, el resumen procesal se da a través de tres construcciones teóricas: derecho – tutela – eficacia. De esa manera tenemos que: El derecho regula la relación de los ciudadanos con el Estado. La tutela es el instrumento para hacer efectivos los derechos reconocidos a los ciudadanos y salvaguardar las infracciones jurídicas. La eficacia es la obtención de una respuesta cierta y fundada en derecho con plenas consecuencias jurídicas. (Obando Blanco. V. 2010, p.33)

El proceso es un instrumento de tutela del Derecho, de modo que, si se desnaturaliza por violación de sus formas esenciales, el instrumento de tutela falla y con él sucumbe inexorablemente el derecho de los justiciables. Existe entonces, la necesidad de cuidar el normal desarrollo del proceso. (Obando Blanco. V. 2010, p.33)

Goldschmidt, precursor del derecho *justicial*, citado por Eduardo Couture en su obra “*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*”⁴⁷, sostenía que:

“(..) las funciones del proceso son tres: a) esencialmente lógico-teórica encaminada a determinar lo que en cada caso es justo; b) esencialmente práctica al ejecutar lo que se ha reconocido como derecho; y c) tuteladora al materializar la realidad de la acción procesal o pretensión de tutela jurídica”. (Obando Blanco. V. 2010, p.33)

Couture establece que:

Por tutela judicial se entiende, particularmente en el léxico de la escuela alemana de donde proviene a partir del derecho *justicial*, la satisfacción efectiva de los fines del derecho, la

realización de la paz social mediante la plena vigencia de las normas jurídicas; es decir, la misma idea que anima el origen y finalidad del proceso judicial. (Obando Blanco. V. 2010, p.33)

13. *Common Law* y el sistema románico-germánico.

Obando Blanco, señalaba acertadamente que:

“Debemos partir de la posición aceptada por la doctrina procesal que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso se constituyen en respuestas óptimas a situaciones procesales diversas con problemas comunes. Por un lado, la *tutela jurisdiccional efectiva* es propia de un sistema de derecho occidental, que involucra a la vieja Europa, de donde surge el sistema románico-germánico, en contraposición básicamente al derecho surgido en la isla británica (*Common Law*). La constitucionalización expresa del “derecho a la tutela judicial de los derechos” desarrolla una idea dominante en las Constituciones nacidas de la trágica experiencia del conflicto mundial. La tutela jurisdiccional efectiva surge en una tradición donde el Derecho evoluciona sobre la base de la doctrina”. (2010, p.34)

Del sistema anglosajón, sostenía Obando Blanco:

(...) como es sabido, el concepto del debido proceso legal y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos, en larga tarea de consolidación y ajuste, le ha impuesto, sucesivamente, una entonación constitucional-legal-funcional, de efectiva vigencia en la práctica. El debido proceso en la jurisprudencia norteamericana actual representa el final de ese largo desarrollo donde pasó de ser concebido como un conjunto limitado de procedimientos que el *Common Law* anglosajón exigía al soberano cumplir antes de afectar un determinado derecho para convertirse en el instrumento fundamental a partir del cual se desarrollará un amplio conjunto de garantías de rango constitucional

que los gobiernos deben observar antes de afectar un interés referido a los derechos de vida, propiedad y libertad. Aquello que la Corte buscará es la determinación de los procedimientos de tutela en función de lo que J. Mathews llamó en *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1866) “*principios fundamentales de libertad y justicia*” en los cuales se aplicará la protección debido proceso.”. (2010, p.34)

14. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la tutela procesal efectiva.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala Obando Blanco, ha utilizado diversas expresiones:

(...) para referirse al asunto que ahora interesa: garantías procesales, tutela procesal efectiva, debido proceso, por ejemplo, aun cuando no se trata –conforme a un análisis exigente- de términos sinónimos. José Cafferata Norez deslinda *debido proceso* de derecho a la *tutela jurisdiccional efectiva*: [la] identificación resulta inadecuada, no sólo porque se trata de dos derechos que tienen un origen diferente (el proceso justo de origen anglosajón y la tutela jurisdiccional efectiva de la Europa continental), sino también porque extienden su fuerza normativa a ámbitos de aplicación también diferentes. Así, mientras la tutela jurisdiccional efectiva está circunscrita a los procesos jurisdiccionales –valga la redundancia-, el proceso justo o debido proceso rige además los procedimientos administrativos, arbitrales, militares, políticos y particulares. (Citado en Centro de Estudios Legales y Sociales, del Puerto, Buenos Aires 2000)

15. La doctrina nacional y la *tutela jurisdiccional* y el *debido proceso*

De acuerdo con Obando Blanco, un sector de la doctrina nacional señala que;

(...) la *tutela jurisdiccional* y el *debido proceso* tienen finalidades distintas y por ende pueden convivir en un mismo ordenamiento afirmando que es cierto que el derecho al debido proceso es más amplio que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva puesto que es

aplicable a todo procedimiento, pero de ello no puede colegirse que lo englobe; esta tutela jurisdiccional efectiva se viene a convertir por el contrario en la principal garantía fundamental dentro de un proceso jurisdiccional. Y es que provienen de tradiciones distintas, y a distintas finalidades también conllevan. (2010, p.36)

16. ¿Qué es la *tutela jurisdiccional efectiva*?

Obando dice que:

La tutela jurisdiccional efectiva será aquel derecho fundamental de la persona a través del cual busca defender en el plano real sus derechos materiales. De esta manera, el proceso jurisdiccional es un instrumento para alcanzar dicho fin: es por ello que el derecho a la *tutela jurisdiccional efectiva* sólo es aplicable dentro del proceso judicial. El derecho a la *tutela jurisdiccional efectiva* permite que el proceso cumpla con sus fines.

Obando Blanco, sostiene sobre el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva:

(...) es un derecho público y subjetivo por el que toda persona, por el solo hecho de serlo, en tanto sujeto de derechos, está facultada a exigirle al Estado tutela jurídica plena, y cuyo contenido básico comprende un “complejo de derechos”: derecho de acceso a la justicia, derecho al debido proceso, derecho a una resolución fundada en derecho y el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

Francisco Chamorro, sostiene sobre el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva:

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consagrado en el inciso tercero del artículo 139° de la Constitución Política y artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, y cuya cualidad de “*efectividad*” se desprende de su interpretación, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos, como es el caso del artículo

8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es un atributo subjetivo que responde a la necesidad de que el proceso cumpla realmente con sus fines a los que está llamado a cumplir, en la medida que el proceso supone el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. La efectividad de la tutela jurisdiccional sin duda constituye el rasgo esencial de este derecho, de forma tal que una tutela que no fuera efectiva, por definición, no sería tutela. (Citado en 1994, p. 276)

De acuerdo a la doctrina desarrollada por el profesor brasileño Luiz Guilherme Marinoni,;

(...) el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consiste en exigir una prestación del Estado, para lo cual se requiere de técnicas procesales idóneas para la efectiva tutela de cualquiera de los derechos. Se desea proponer, que el derecho a la tutela jurisdiccional, aún sin perder su característica de derecho a la igualdad de oportunidades de acceso a la justicia, pase a ser visto como el derecho a la efectiva protección del derecho material, del cual son deudores el legislador y el Juez. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva confiere el derecho al procedimiento (técnica procesal) realmente capaz de atender a los derechos, sea ante el Estado, sea ante los particulares. En el uso de la técnica cautelar, la expansión de la cautelar innominada significó un fenómeno de democratización del proceso, del acceso a la justicia y a la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos. (Citado en Marinoni, 2007, p. 230)

(...) El derecho fundamental a la *tutela jurisdiccional efectiva* –garantizado por el art. 5, XXXV, de la Constitución Federal- obviamente corresponde, en el caso del derecho no patrimonial, al derecho a una tutela capaz de impedir la violación del derecho. La acción inhibitoria, por tanto, es absolutamente indispensable en un ordenamiento que se funda en la *‘dignidad de la persona humana’* y que se empeña en garantizar realmente –y no sólo en proclamar- la inviolabilidad de los derechos de la personalidad. No hay que olvidar, cuando se piensa en el derecho a la efectividad en sentido lato, que la tutela jurisdiccional, debe ser oportuna y, en algunos casos, tener la posibilidad de ser preventiva. (Citado en Marinoni, 2007, p. 230)

17. La *tutela jurisdiccional efectiva*, el Código Procesal Civil del Perú y el derecho comparado.

Obando Blanco señala sobre nuestro Código Procesal Civil, lo siguiente.

(...) consagra este derecho en su Título Preliminar (art. I), en concordancia con el inciso tercero del artículo 139 de la Constitución Política, que encuentra su antecedente en el derecho comparado en el artículo 24 de la Constitución Española de 1978. Un derecho semejante había sido ya establecido por otras constituciones del entorno europeo, las cuales pueden marcar la pauta a la hora de conocer con detalle el caso español: se trata de la Constitución italiana de 1947 y la de la República Federal de Alemania de 1949. Esta norma contiene un derecho fundamental de garantía constitucional, que se expresa como el derecho a la *tutela judicial efectiva* de jueces y tribunales, es decir, el derecho de acceder al órgano jurisdiccional, ponerlo en movimiento con las debidas garantías y obtener del mismo una respuesta cierta y fundada en derecho con plenas consecuencias jurídicas. Similar norma la encontramos en los dos primeros párrafos del artículo 17° de la Constitución mexicana; parágrafo c) del inciso 4 del artículo 34° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina. Debe considerarse un verdadero derecho a la justicia, que implica un acceso real de los justiciables a la propia jurisdicción. (2010, pp. 42-43)

Vallespín Pérez, respecto de la realidad española señala:

Con la promulgación de la Constitución española, el derecho procesal español incorpora el movimiento de “constitucionalización” de ciertos derechos y principios procesales, tomados como derechos fundamentales de los justiciables. Tal constitucionalización es una de las notas más sobresalientes que caracterizan al derecho procesal europeo a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y consiste en la especial protección que se concede a tales derechos fundamentales, no solo en el plano procesal, sino también en el constitucional. (2008, p. 8)

18. La *tutela jurisdiccional efectiva* y la posición del Tribunal Constitucional del Perú.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado el derecho de la efectividad de las resoluciones judiciales, como componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y asimismo ha sostenido que:

“la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva puede tener lugar, entre otras situaciones, cuando se produce el rechazo liminar de una demanda invocándose una causal de improcedencia impertinente con la ejecución de la sentencia modificándose sus propios términos, o con su inejecutabilidad” (Sentencia del T.C. de fecha 28 de enero del 2003, Expediente No. 1546-2202-AA/TC-Lima, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha 4 de noviembre de 2003) (Obando Blanco, 2010, p.43)

En cuanto al contenido constitucional del derecho a la ejecución de resoluciones, el Tribunal Constitucional mediante Sentencia recaída en el Expediente N° 5792008-PA/TC de fecha 5 de junio de 2008, ha señalado:

“(…) Dentro de los derechos que forman parte del genérico derecho a la tutela procesal efectiva se encuentra el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes a las que les alcanza además la garantía político-jurídica de la cosa juzgada. Así una cosa es el derecho a la ejecución de las sentencias y otra distinta la garantía de la cosa juzgada que tiene, entre sus consecuencias prácticas: a) la inmutabilidad de las decisiones judiciales firmes; b) la imposibilidad de revivir procesos ya decididos por los órganos judiciales; c) la exigencia de cumplimiento de lo resuelto en forma definitiva; d) la prohibición de que las autoridades judiciales o cualquier poder externo al Poder Judicial pueda interferir o retardar la ejecución de lo resuelto de manera definitiva por el poder jurisdiccional de los jueces. En tal sentido, el segundo párrafo del inciso 2) del referido artículo hace referencia también a tal derecho al establecer como ya ha quedado precisado, la prohibición de que los poderes públicos puedan, ‘(…) dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada (...) ni retardar su ejecución. (Obando Blanco, 2010, p.44)

Por su parte el Código Procesal Constitucional también consagra el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales como manifestación del derecho a la tutela procesal efectiva cuando en el tercer párrafo de su artículo 4° prescribe que ‘se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respeten, de modo enunciativo su[s] derechos a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales (...)’ (*Fundamento jurídico 15*). (Obando Blanco, 2010, p.44)

19. La *tutela jurisdiccional efectiva* y la posición de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

Obando Blanco, al analizar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia del Perú señala:

“La Corte Suprema de Justicia peruana ha señalado que el derecho a la *tutela jurisdiccional efectiva*, en tanto derecho público y subjetivo, debe entenderse como la atribución que tiene todo justiciable a acceder a los órganos jurisdiccionales correspondientes, a fin de obtener una respuesta de éstos a sus pretensiones; además debe tenerse en cuenta que el derecho a la *tutela jurisdiccional efectiva* no tiene el mismo contenido que el derecho al *debido proceso*, el que está referido a la atribución que tiene toda persona para que dentro de un proceso, ya sea judicial o administrativo, sus pretensiones sean evaluadas por una autoridad competente e imparcial, y exigir de ella el respeto al derecho de defensa, el ser oído y que se *merituen* los medios probatorios incorporados al proceso, para que finalmente se emita dentro del plazo correspondiente la resolución que ponga fin a la controversia sujeta al conocimiento de dicha autoridad.”¹⁴ (2010, p.45)

“(…) Asimismo, establece que no se agota [la *tutela jurisdiccional efectiva*] en prever mecanismos de tutela en abstracto, sino que supone posibilitar al justiciable la obtención de un resultado óptimo con el mismo empleo de la actividad procesal.” ¹⁵ (Obando Blanco, 2010, p.45)

¹⁴ Citado en, casación No. 535-2001-Callao de fecha 18 de junio del 2001, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

¹⁵ Citado en, casación No. 24562005-Callao de fecha 23 de mayo del 2006, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

20. La *tutela jurisdiccional efectiva* y la posición de la academia en el Perú.

En nuestro medio el jurista Juan Monroy Gálvez, señala Obando Blanco, define el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva:

“(…) como un derecho público y subjetivo por el que toda persona, por el solo hecho de serlo, en tanto es sujeto de derechos, está facultada a exigirle al Estado plenamente, y que se manifiesta de dos maneras: 1. *El derecho de acción* y 2. *El derecho de contradicción*. En su opinión, entre el derecho a la tutela jurisdiccional y el derecho a un debido proceso, existe la misma relación que se presenta entre la anatomía y la fisiología cuando se estudia un órgano vivo, es decir, la diferencia sólo reside en la visión estática y dinámica de cada disciplina, respectivamente. El primero es el postulado, la abstracción; en cambio, el segundo es la manifestación concreta del primero, es su actuación”. (Citado en Monroy Gálvez, 1996, pp. 248-249)

Por su parte, el constitucionalista Eloy Espinosa Saldaña, destaca Obando Blanco, sostiene que:

“(…) Si bien la *tutela jurisdiccional efectiva* implicaría por lo menos un acceso de todo justiciable a los tribunales judiciales tanto en el desarrollo del proceso judicial (incluida la ejecución de sentencias) como en el desenvolvimiento de los diferentes procedimientos administrativos y las relaciones entre los particulares deberán respetarse las garantías del debido proceso. (Citado en Espinosa Saldaña. 2000, p. 53, nota 27).

No obstante, señala Obando Blanco, hay un debate sobre los profesores peruanos, respecto de la *tutela jurisdiccional efectiva* y el derecho al *debido proceso*, evidenciándose que el tema es polémico, aquí la evidencia:

(…) El derecho al *debido proceso* es una manifestación del derecho a la *tutela jurisdiccional efectiva*, se adhieren a esa posición Francisco Eguiguren Praeli, Juan Monroy Gálvez, Víctor Ticona Postigo. (2010, p.51)

(...) El derecho a la *tutela jurisdiccional efectiva* y el derecho al *debido proceso* se relacionan por un estricto orden secuencial, de forma que primero opera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y luego el debido proceso. Para esta posición el *debido proceso* no es una manifestación del derecho a la *tutela jurisdiccional efectiva* (Eloy Espinoza Saldaña). (2010, p.51)

(...) El derecho a la *tutela jurisdiccional efectiva* y el derecho al *debido proceso* son, en sustancia, lo mismo, se adhieren a esa posición: Marcial Rubio Correa, Aníbal Quiroga León, Samuel Abad Yupanqui. (2010, p.51)

(...) El reconocimiento del derecho al *debido proceso* hace innecesario reconocer el derecho a la *tutela jurisdiccional efectiva*, pues los elementos que configuran este derecho se encuentran dentro del primero, se adhiere a esa posición: Reynaldo Bustamante Alarcón. (2010, p.51)

El profesor Giovanni Priori Posada, fija su posición ubicada dentro de la primera expuesta, indicando que el derecho al *debido proceso* es una manifestación del derecho a la *tutela jurisdiccional efectiva*, y que tiene un contenido complejo, variando la forma de explicar su contenido.

El profesor Giovanni Priori Posada, expone de esta manera su posición:

“Creemos que en la denominación del derecho está su real alcance y contenido: lograr una efectiva *tutela jurisdiccional*; alcance y contenido que no se logra extraer de la denominación ‘*debido proceso*’, denominación que pone énfasis en el instrumento, antes que en la finalidad; que se preocupa del medio, antes que del resultado.

Lo trascendente es que el medio se ha adecuado para alcanzar el resultado. No que el medio se respete sin importar el resultado. Creemos que el énfasis puesto en la propia designación del *debido proceso* está en el proceso mismo y no en la tutela que él brinda.

La noción de *tutela jurisdiccional* responde más a esa necesidad de que el proceso cumpla realmente los fines a los que está llamado a cumplir, en la medida que el proceso supone el ejercicio de la función jurisdiccional de Estado, los particulares tienen un sinnúmero de derechos que sólo son aplicables y oponibles en ella y ante ella.

En eso consiste el complejo de derechos que forman parte del derecho a la *tutela jurisdiccional efectiva* (Creemos que se debe reconocer constitucionalmente tanto el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho a un ‘*debido proceso* o procedimiento’; sin que se tenga que tratar de mezclar ambos derechos, pues hacerlo significaría crear un artificio inconsistente en la medida que a la larga la confusión que se produce al intentar con un mismo nombre dos situaciones complejas distintas determina un gran peligro de que ninguno de esos dos derechos constitucionales tenga una efectiva vigencia.” (citado en 2003, pp. 287, 289.)

21. ¿Cuándo se infringe y se contradice la Constitución de Perú, en materia de tutela jurisdiccional efectiva?

Jordán Manrique señala, en posición que compartimos:

Mientras la *tutela jurisdiccional efectiva* tiene como finalidad la satisfacción de los intereses de los particulares a través de un proceso; el derecho al *debido proceso* será ese conjunto de garantías procesales que debe contar todo particular en todo tipo de procedimiento sea este jurisdiccional o no. Es decir, el derecho a la *tutela jurisdiccional* sería una visión de unión entre derecho sustancial y proceso judicial. Se quiere que las situaciones jurídicas sean efectivas; se den en el plano real. Y ello se da precisamente tan sólo través de un proceso jurisdiccional. El *debido proceso*, por el contrario, sería un sinónimo de respeto a garantías procesales. (citado en 2005, pp. 79 y 80.)

El profesor español Francisco Chamorro señala que se infringirá la *tutela jurisdiccional efectiva* en los siguientes casos:

- (a) se niega u obstaculiza gravemente a la persona el acceso a la jurisdicción o al proceso en el que pueda plantear su pretensión ante los Jueces y Tribunales;
- b) se le produce indefensión en el proceso donde se ventila esa pretensión;
- c) no obtiene una resolución razonable y fundada en derecho;
- d) la resolución obtenida no es efectiva. (subrayado agregado) 16

La violación de los derechos y garantías procesales derivados de la *tutela judicial efectiva* puede producirse en múltiples formas, pero siempre deberá afectar a alguno de los cuatro puntos señalados. Todas las demás infracciones o serán incumplimientos de legalidad derecho a la *tutela judicial efectiva*. (Citado en 1994, pp. 11 y 12)

22. Los grados de la tutela judicial efectiva.

Para que este derecho fundamental (*tutela judicial efectiva*.) pueda ser considerado pleno, sostiene el profesor Francisco Chamorro:

(...) debe ser apreciado en toda su integridad. Por ello, se puede hablar de cuatro grados de efectividad:

a) **La efectividad de primer grado**, garantiza a los ciudadanos la obtención de una respuesta del órgano jurisdiccional. La tutela jurisdiccional efectiva no se agota en el mero acceso y en el proceso debido; sino que se requiere además una respuesta del órgano jurisdiccional. (subrayado agregado)

b) **La efectividad de segundo grado**, garantiza que la resolución del órgano jurisdiccional será una que resuelva el problema planteado.

c) **La efectividad de tercer grado**, garantiza que la solución al problema planteado sea razonable y extraída del ordenamiento jurídico.

16 Afirmación que coincide con el tema de investigación

d) **La efectividad de cuarto grado**, garantiza que la decisión adoptada por un órgano jurisdiccional será ejecutada. (Citado en 1994, pp. 277-279)

Conclusiones

Primera: ¿La inejecución de la sentencia, dentro del proceso contencioso-administrativo, que ordena la reincorporación de un trabajador en la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, durante el año 2017, vulneró el principio de constitucionalidad consagrado en el artículo 51 de la constitución del Perú de 1993?

Segunda: La inejecución de la sentencia, dentro del proceso contencioso-administrativo, que ordena la reincorporación de un trabajador en la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, durante el año 2017, vulneró el *principio de tutela jurisdiccional*.

Tercera: La inejecución de la sentencia, dentro del proceso contencioso-administrativo, que ordena la reincorporación de un trabajador en la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, durante el año 2017, vulneró el *principio de tutela jurisdiccional efectiva, en su vertiente de ejecución de sentencia*.

Cuarta: La ejecución de las sentencias es un derecho fundamental, que se vincula con los efectos de la cosa juzgada, es decir, con la sentencia que ha adquirido esta calidad. Al ser un derecho de rango constitucional, necesariamente –por la fuerza normativa de la Constitución– vincula a todos los órganos del Estado y la sociedad en general para que coadyuven en el cumplimiento del fallo.

Quinta: La inejecución (total o parcial, e incluso tardía) de las sentencias del constituye no sólo una vulneración al derecho constitucional que ha sido objeto de pronunciamiento en la sentencia, sino que también es una vulneración al derecho fundamental a la efectividad de las resoluciones jurisdiccionales y, en última instancia se trata de una violación al derecho a la tutela procesal efectiva.

Recomendaciones

Primera: Se sugiere la modificación, a través de una ley del Congreso de la República, del Artículo 46 del TUO de la Ley Nro. 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo; puesto que, no obliga al juez exigir que la entidad demanda cumpla con informar el nombre del funcionario encargado en forma específica de cumplir la sentencia, ni informar con la ejecución de las sentencia o las acciones que realiza para su ejecución dado que es facultativo, asimismo dicha norma debería contemplar un plazo específico para su ejecución.

Segunda: Del mismo modo se sugiere la incorporación, a través de una ley del Congreso de la República, de un artículo en el TUO de la Ley Nro. 27584, Ley del Proceso Contencioso-Administrativo, que señale los lineamientos y procedimientos que deben realizar los órganos jurisdiccionales para ejecutar las sentencias en la que se reincorpora a trabajadores.

Tercera: Se recomienda, a través de una ley del Congreso de la República, la creación de una base de datos en donde se precise a los trabajadores que se encuentran pendientes de ser reincorporados, para que cuando exista una plaza presupuestada libre se le reincorpore en ella no sometándose a concurso dicha plaza, asimismo que de manera provisional se le contrate a dichos trabajadores en otro régimen laboral mientras se les asigne un plaza.

Referencia bibliografía

- Arellano García, Carlos. *Teoría General del Proceso*, Editorial Porrúa, S.A. México 29 de mayo 1980, Pág. 3
- Asencio Mellado, José María. (1997) *Introducción al Derecho Procesal*, Editorial Guada Litografía S.L. España, Valencia, Pág. 196 – 198.
- Atienza, Manuel. (2007) «*Argumentación y Constitución*». En Joseph Aguiló, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Fragmentos para una teoría de la Constitución. Madrid: Iustel, pp. 113 y ss.
- Ávila, Ramiro. (2008) *Ecuador. Estado Constitucional de Derechos y Justicia en La Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Editor Ramiro Ávila. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, pg. 20.
- Canosa Usera, Raúl. (1988) *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: CEC, pp. 302 y ss,
- Cappelletti, Mauro. (1993) *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. México: Porrúa, pp. 66-68
- Centro de Estudios Legales y Sociales, del Puerto, Buenos Aires (2000) *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Citado por García Ramírez, Sergio. *Elementos del Debido Proceso en la Jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos*. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Año VI. - N° 9, 2006, p. 45
- Congreso Constituyente Democrático, (CCD) (1993) *Diario de los Debates. Debate Constitucional – 1993*. Comisión de Constitución y de Reglamento, Tomo III, pp. 1430-1432.
- Couture, Eduardo. (1993) *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, pp. 145-147.
- XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en San Juan (República Argentina) los días 13 a 16 de junio del 2001. Disertación pronunciada en el citado Congreso por José Tam Pérez, En: “Los intereses o derechos individuales homogéneos en el marco de la tutela procesal efectiva”, Revista Actualidad Jurídica, N° 180, noviembre 2008, p. 83
- Chamorro, Francisco. (1994) *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch, pp. 11 y 12
- Chiovenda, José. (1922) *Principios de derecho procesal civil*. Tomo I. Madrid: Reus, pp. 43 y ss., en particular, pp. 61-64

- De Bernardis, Luis Marcelo. (1995) *La Garantía Procesal del Debido Proceso*, Biblioteca Universitaria de Derecho Procesal. Cultural Cuzco S.A., Lima N.º 1, pp. 275-276-289.
- Diez-Picazo, Luis. (1987) *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel. Segunda edición., p. 162:
- Dworkin, Ronald. (1996) *Freedom's Law. The moral reading of the American constitution*. Cambridge: Harvard University Press, pp. 1-38.
- Espinosa Saldaña Barrera, Eloy. (2000) *El debido proceso en el ordenamiento jurídico peruano y sus alcances en función a los aportes hechos por la Corte Suprema sobre el particular*. En: Cuadernos Jurisdiccionales. Asociación No hay Derecho. Lima, Ediciones Legales, p. 53, nota 27.
- Espinosa Velasco, Sebastián. (2010) *El alcance del principio de legalidad en el sistema administrativo ecuatoriano a la luz de la Constitución del 2008*. Programa de Maestría en Derecho. Mención Derecho Administrativo. Tesis para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar. Quito. Ecuador.
- Ferrajoli, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de derecho*. En M. Carbonell (ed.) Neoconstitucionalismo... Ob. cit., pp. 13 y ss.;
- Ferrajoli. Luigi (1995) *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Editorial Trotta, pp. 852, 854 y 864.
- Guastini, Ricardo. (2007). «*Sobre el concepto de constitución*». En M. Carbonell (ed.). Teoría del neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta - IIJ/UNAM, p. 23.
- Hesse, Honrad. (1885) *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, p. 14
- Iturralde Sesma, Victoria. *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas, 1995, p. 14.
- Juárez Chiroque, Yessica Miriam. (2016) *Calidad de sentencias de primera y segunda instancia sobre acción contenciosa administrativa por nulidad de resolución administrativa expediente n° 00594-2008-0-3101-jr-ci-02. Distrito judicial de Sullana. Piura*. Tesis para optar el título profesional de abogada. Facultad de Derecho. Uladech Chimbote. Ancash.
- Jordán Manrique, Hernán (2005) *Los límites al derecho de impugnación en general y la apelación en particular: Una visión desde la perspectiva de la efectiva tutela jurisdiccional*, Revista de Derecho Foro Jurídico, Año II, N° 4, pp. 79 y 80.
- Landa Arroyo, C. (2013). *La constitucionalización del derecho peruano*. Derecho PUCP. Núm. 71 (2013), p.14
- Landa, César. (2012) *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Academia de la Magistratura, p. 162

- Landa, César. (2010). Los *precedentes constitucionales. El caso del Perú*. En C. Escobar (ed.), Teoría y práctica de la justicia constitucional. Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Landa, César. (2008) *Autonomía procesal del Tribunal Constitucional*. En E. Ferrer, A. Zaldívar y E. De Larrea. (coords.). La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. México: IJ.
- Marinoni, Luiz Guilherme. (2007) *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima, Palestra Editores. Biblioteca de Derecho Procesal N° 5, p. 230
- Merryman, John. (1978) *Convergence of civil law and common law*. En M. Cappelletti (ed.). *New perspectives for a common law of Europe*. Italia: European University Institut, pp. 210-213;
- Monroy Gálvez, Juan. (1996) *Introducción al Proceso Civil*, Editorial Temis S.A., Bogotá, tomo I, pp. 248-249.
- Morello Augusto. (1994) *El Proceso Justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los Derechos*. Buenos Aires, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot S.A., p. 286.
- Kelsen, Hans. (1982) *La Garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*. RDP, XXXV, p. 204. Vaduz: Topos Verlag.
- Obando Blanco Víctor Roberto. (2010) *Proceso civil y el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva base para un modelo*. Tesis Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial. Universidad Nacional Mayor De San Marcos Facultad De Derecho Y Ciencia Política Escuela De Post Grado, p. 3
- Obando Blanco V, R. (2008) Los *principios procesales* En: *JUS. Doctrina & Práctica*, 4/2008, p.211.
- Ortega van Beusekom, Juan Pedro. (2012) *Nulidad en el Proceso Contencioso Administrativa*. Grado académico de: Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Guatemala, marzo 2012. Universidad Rafael Landívar. Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales, p.2
- Pallares, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Editorial Porrúa, 5ª Edición, México 1966. Pág. 602.
- Pérez Royo, Javier. (1985) *Las fuentes del derecho*. Madrid: Tecnos, p. 27
- Priori Posada, Giovanni. (junio 2003) *La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso*. En: *Revista Ius et Veritas* N° 26, pp. 287, 289.

- Rabat Celi J. D. (¿?) *Civil Law y Common Law. ¿Son distintos?* En: Revista del Abogado, Publicación de Molina Ríos, estudio de abogados establecido en Santiago de Chile. p.22.
<http://www.molinarios.cl/>
- Romano, Santi. (1963) *El ordenamiento jurídico*. Traducción de Sebastián y Lorenzo Martín-Retortillo, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, p. 100.
- Ruiz Manero, Juan. *Una tipología de las normas constitucionales*. En Joseph Aguiló, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Fragmentos para una teoría de la Constitución... Ob. cit., pp. 69 y ss
- Starck, Christian. (1995) «*Constitutional Interpretation*». En Christian Starck (Ed.). *Studies in German Constitutionalism, the german contribution to the forth world congress of the International Association of Constitutional Law*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, pp. 59 y s
- Tribunal Constitucional del Perú. (TC) (2010) *Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00607-20009-PA/TC* de fecha 15 de marzo de 2010.
- Vallespín Pérez, David (2008) *Los nuevos retos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*. En: Derecho procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas. Lima, Universidad de Lima, p. 8
- World Bank Goup. (2006) *Características claves entre los sistemas de Common Law y Derecho Civil*. World Bank Toolkit Approaches to Private Participation in Water Services, presentation to IFC on Some Differences between Civil Law and Common Law in a "nutshell" - Gide Loyrette Nouel 2007PPPLRC Public-Private-Partnership Legal Resource Center
- <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/ley-regulacion/common-law-derecho-civil>