

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE



# IPSO JURE

AÑO 11 N° 44 FEBRERO 2018

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



## PRESENTACIÓN



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

# CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA IPSO JURE

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

NUMERO DE DEPÓSITO LEGAL 2014-07044



# INDICE

<b>PALABRAS DEL DIRECTOR</b>	5
<b>ENSAYO SOBRE RACIONALIZACIÓN DE LA CARGA JUDICIAL POR TIPO DE ÓRGANO JUDICIAL, ESPECIALIDAD Y NIVEL, BAJO CRITERIOS CUALITATIVOS Y CUANTITATIVOS</b> <i>JORGE LUIS SALAS ARENAS</i>	6
<b>MÁS SOBRE LA CUESTIÓN DE CONFIANZA</b> <i>DOMINGO GARCÍA BELAUNDE</i>	22
<b>COSA JUZGADA VS IMPUESTO A LA RENTA</b> <i>CARLOS SILVA MUÑOZ</i>	26
<b>LAS FORMAS MODERNAS DE TRABAJO FORZOSO Y LA TRATA DE SERES HUMANOS</b> <i>EDWIN FIGUEROA GUTARRA</i>	44
<b>EL FIN DE LA DISCRIMINACIÓN ENTRE BRASILEÑOS Y EXTRANJEROS: PROTECCIÓN A LA MUJER EXTRANJERA EMPLEADA</b> <i>LORENA DE MELLO REZENDE COLNAGO</i>	55
<b>EL IMPACTO SOCIOJURÍDICO DE LA DEFRAUDACIÓN AL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD</b> <i>DANNA VALERY ROJAS REGALADO</i>	65
<b>LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO</b> <i>STALIN PÉREZ ALARCÓN</i>	74
<b>LA NECESIDAD DE MOTIVAR LA RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE REITERA UN MANDATO DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL, EN LOS EMBARGOS DE BIENES CUANDO EL DEUDOR YA NO ES EL ACTUAL TITULAR REGISTRAL</b> <i>DEYSI LIBERTAD RIOS QUISPE</i>	86
<b>EL DELITO DE PREVARICATO DE AQUELLOS MAGISTRADOS (JUECES Y FISCALES) QUE RESUELVAN APARTÁNDOSE E INOBSERVANDO, LAS REGLAS ESTABLECIDAS COMO PRECEDENTES VINCULANTES POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO.</b> <i>ABG. SIRLEY ILEANA ESPINOZA ZAPATA</i>	92
<b>NLPT: VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO EN LA REVISIÓN DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA EN EL PROCESO ABREVIADO LABORAL.</b> <i>EDINSON SAMIER ALEMAN CHORRES</i>	103
<b>EL V PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO LABORAL Y EL TRATAMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN EN LOS CASOS DE DESPIDO INCAUSADO Y FRAUDULENTO</b> <i>LUIS M. LIZA CASTILLO</i>	113
<b>EL MONOPOLIO DE LA REPARACIÓN CIVIL EN LOS DELITOS AMBIENTALES</b> <i>JORGE MARCELINO PEREZ TORO</i>	129



## PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

Nuevos vientos se avizoran en la judicatura con la creación de la Junta Nacional de Justicia JNJ, órgano constitucional autónomo que reemplaza al fenecido Consejo Nacional de la Magistratura CNM, y varias interrogantes acuden a nosotros dadas las implicancias constitucionales de estas modificaciones.

En primer lugar, habrá que velar porque no sea solo un cambio de denominación. Nos explicamos. El sistema de nombramiento de magistrados del ex CNM no era en propiedad contrario a las reglas de la razonabilidad de una democracia de decisiones despolitizadas, pues la decisión de 7 consejeros para el nombramiento de un juez matizaba la participación de distintos entes del Estado y la sociedad civil. En rigor, el sistema del ex CNM era sustantivamente bueno, y la JNJ, al seguir un esquema de igual participación democrática, conserva ese rasgo de independencia en la elección de magistrados.

Esta cuestión nos lleva a concluir en el asunto relevante de que cuanto es necesario afinar es propiamente la calidad del componente humano en la elección de consejeros, un aspecto que esperamos pueda afinar bien la nueva JNJ, a fin de que no solo apreciemos el cambio de denominación de una institución, sino que efectivamente pueda optarse por elegir buenos integrantes de una nueva institución, ahora encargada de la compleja tarea del nombramiento, ratificación y destitución de jueces y fiscales.

En segundo lugar, creemos que es una cuestión de relevancia que sean los mismos magistrados quienes participen en forma activa en la definición de los rasgos esenciales de la nueva JNJ, y si bien es cierto que existe ya un referéndum que decide la creación de esta institución, es necesario que el debate de la configuración, funciones y desarrollo del nuevo ente cuente con los partícipes propios de los sistemas de trabajo de la JNJ. ¿Por qué? Porque un diseño teórico externo, esquemático y sistemático de la evaluación de magistrados, siempre será un intento de aproximación, quizá bueno, a la labor de jueces y fiscales, pero es solo con el concurso de estos últimos que puede entenderse descrita idóneamente la realidad propia que ha de ser objeto de evaluación.

Adicionalmente, si bien es cierto que se ha aprobado también la evaluación parcial de magistrados cada tres años y medio, sistema que se añade a la ratificación cada siete años, no olvidemos que ya el Tribunal Constitucional declaró antes inconstitucional el sistema de evaluación parcial en la STC 006-2009-AI/TC, de fecha 22 de marzo de 2010, en la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley de Carrera Judicial, por tratarse de una institución no prevista en la Constitución de 1993. En consecuencia, este es un aspecto enteramente discutible dentro de las nuevas funciones de la JNJ, dado que ya existe pronunciamiento de fondo del supremo intérprete de la Constitución sobre este ítem.

Para concluir, ¿es necesaria una prueba del polígrafo para quienes pretendan acceder a la judicatura, como se propone en los proyectos de evaluación? A juicio nuestro, es una propuesta enteramente discutible pues la prueba del polígrafo adolece de fundamentos de razonabilidad y proporcionalidad, al estar teñida de una sospecha de inconstitucionalidad, dada su característica de mecanismo vulneratorio de los derechos fundamentales, aspecto que nos conduce a un cuestionamiento sustantivo de la prueba propuesta.

Confiemos en la labor de los jueces. Impongamos los necesarios controles para que el ejercicio de la judicatura se conduzca por una vertiente de constitucionalidad pero excluyamos, en ese propósito, mecanismos enteramente ajenos a los derechos fundamentales de los magistrados.

Hasta la próxima edición.

**Edwin Figueroa Gutarra**  
Director



# ENSAYO SOBRE RACIONALIZACIÓN DE LA CARGA JUDICIAL POR TIPO DE ÓRGANO JUDICIAL, ESPECIALIDAD Y NIVEL, BAJO CRITERIOS CUALITATIVOS Y CUANTITATIVOS

Jorge Luis Salas Arenas  
Juez supremo



**SUMARIO: INTRODUCCIÓN: El Problema.- Las Interrogantes.- Las Hipótesis.- 1. Necesidad de aplicar los avances de la ciencia en la medición y distribución equitativas del trabajo judicial.- 2. Componentes de la Fórmula Cualitativo-Cuantitativa de Ponderación.- 3. Descripción de la Operatividad de la Fórmula.- 4. A modo de Conclusión.- 5. Anexos. 6. Bibliografía**

## Resumen:

El presente ensayo propone una forma aritmética de ponderar técnicamente la carga judicial bajo criterios cuantitativo-cualitativos, para que la medición sea científicamente aceptable, alejando toda forma de improvisación o ausencia de racionalidad en esa materia.

Los términos clave del ensayo son:

- Medición de la carga judicial
- Algoritmo matemático
- Indicadores cuantitativos
- Indicadores cualitativos

## Abstract

Se propone una fórmula de ponderación del trabajo judicial bajo criterios cuantitativos y cualitativos, para generar las bases de una estandarización racional por tipo, nivel y especialidad.

We propose a weighting formula of judicial work on quantitative and qualitative criteria, to generate the basis for a rational standardization by type, level and specialty.

## INTRODUCCIÓN:

El ciudadano interesado en una causa judicial (la parte) invierte recursos legítimos en el pleito: algunos renovables y además, el no renovable recurso del tiempo (que nunca volverá). Espera por tanto, (razonable, equivocada o irracionalmente) un resultado favorable.

Los órganos judiciales (el Estado) emplean también recursos diversos y entre ellos el tiempo en la tramitación, hasta la resolución de la causa.

Hoy no hay como medir técnicamente el peso de una causa simple, medianamente compleja o sumamente compleja en la labor concreta y total del órgano judicial en un período concreto; no obstante, irracionalmente (sin criterio técnico) se diseñan políticas de incremento anual cuantitativo de productividad.

Un conjunto de variables que componen la complejidad, muchas de las cuales son cualitativas, deben ser consideradas para establecer razonablemente el peso de la causa.

En el presente ensayo se aborda la forma de ponderar con fines de estandarización de la carga judicial bajo criterios cualitativos y cuantitativos, materia que no se ha abordado en el Perú, ni se

conocen formas de abordamiento en el mundo; cuando mucho se suelen considerar en algunos casos algunos criterios de complejidad de las causas, pero sin forma de estimar su impacto en la carga del órgano judicial correspondiente.

Tras plantear el problema y las interrogantes que se responderán mediante el sistema de hipótesis, se planteará en el primer acápite, la necesidad de aplicar los avances de la ciencia en la medición y distribución equitativas del trabajo judicial; en el segundo, se mostrarán los componentes de la fórmula cualitativo-cuantitativa de ponderación que se propone; en el tercero se describirá la operatividad de la fórmula propuesta y en el cuarto se señalará la conclusión.

Los anexos de sustento se apreciarán en el quinto acápite; finalmente, la bibliografía básica.

### **EL PROBLEMA:**

Comúnmente (incluidos los predios judiciales) se estima que no es posible estandarizar la carga judicial; se dice que intentarlo es inútil, constituye un dispendio de tiempo y de recursos, no solo por ser una tarea imposible, sino por cuanto en algún momento, a alguno (juez unipersonal o integrantes de órgano judicial colegiado, cualquiera que sea la especialidad o el nivel) le corresponderá ("le tocará") atender causas simples, complejas y muy complejas.

Se dice que esa probabilidad (la de atender causas de diversa complejidad) se puede estimar estadísticamente; por lo que basta un confiable sistema aleatorio de distribución de causas para que se garantice que la equidad prevalezca; el resto es buena o mala suerte.

A criterio de éste ensayista, resulta poco razonable apelar a los criterios del albur para estimar que la carga judicial en algunos casos sumamente compleja atosigue a algunos órganos judiciales, mientras que otros manejan carga esencialmente menos compleja o de mínima complejidad.

Estima el ensayista que se debe acudir al conocimiento técnico/científico para resolver racionalmente el problema de la distribución equitativa de la tarea de impartir justicia.

### **INTERROGANTES ESENCIALES:**

- a. **¿ES NECESARIO ESTABLECER UNA FORMA DE ESTANDARIZACIÓN DE LA CARGA JUDICIAL? (NECESIDAD)**
- b. **¿SE PUEDE ESTANDARIZAR LA CARGA JUDICIAL? (FACTIBILIDAD)**
- c. **¿ES POSIBLE DISEÑAR UNA FÓRMULA DE PONDERACIÓN PARA EL TRABAJO JUDICIAL? (MODO DE HACER)**

### **HIPÓTESIS DE TRABAJO:** (Respuesta a las interrogantes)

Dado el problema indicado:

- a. Es posible estandarizar (relativamente) la carga judicial por órgano judicial, por especialidad y nivel.
- b. Es necesario estandarizar la carga judicial para medir racionalmente la productividad entre órganos judiciales de similar nivel y especialidad y establecer las posibilidades racionales de incremento de productividad.



- c. Es posible diseñar una fórmula aritmética de ponderación de carga judicial para repartir la carga judicial, medir el desempeño concreto en un período concreto y dar cuenta periódicamente a la colectividad de los resultados de la labor jurisdiccional.

### **1. Necesidad de aplicar los avances de la ciencia en la medición y distribución equitativas del trabajo judicial**

Hasta hoy, periódicamente el Poder Judicial del Perú reporta el levantamiento estadístico de la labor de cada órgano judicial de cada especialidad y localidad y de todos en conjunto a escala nacional, por número de causas (y aunque eventualmente se habla de complejidad, el sistema estadístico no registra esos datos por que no se ha establecido una forma racional de medirlos).

Es poco razonable que en el siglo XXI persista el arcaico sistema de medición cuantitativa de la carga judicial, limitada solo a considerar el número de causas por órgano judicial -de la que luego se derivan mediciones de productividad- (cada causa pesa 01 independientemente de su carácter de simple o sumamente compleja).

Se producen así paradojas por indebida equiparación (basta remitirse a los casos emblemáticos, en especial de orden penal que la justicia peruana ha tramitado).

El trabajo judicial de cada Juez se halla mal distribuido y la productividad mal evaluada; este último aspecto, genera efectos diversos (apreciaciones internas de dilación, medidas disciplinarias por demora, afectación a la imagen profesional ante la colectividad, etc.).

La complejidad debe ser abordada de manera técnica, para lograr datos confiables y de ellos diseñar políticas sustentables.

Los datos ciertos (verificables) se deben recoger adecuadamente (instrumentos idóneos) y ser catalogados técnicamente (estableciendo las variables de medición), organizándolos de alguna manera que permita a los sistemas informáticos facilitar la tarea de calcular el "peso" de una causa -que ciertamente es dinámico- (un algoritmo de ponderación); como resultado, se tendrá una cifra (un factor) por cada proceso, cualquiera que fuera su naturaleza; ello permitirá saber cuál es el peso que soporta cada unidad jurisdiccional en un período concreto y al mismo tiempo se podrá informar a la colectividad con el detalle debido.

La Academia de la Magistratura del Perú (Sistema Nacional de Auto Capacitación; Serie Reforma Judicial) me honró publicando virtualmente el libro de mi autoría: "Bases para la Racionalización de la Carga Judicial: Justicia en el Reparto de la Tarea de Administrar Justicia" (Lima 2003).

Sobre la base de aquella propuesta teórica, he desarrollado (con apoyo especializado) un sistema aplicativo que da soporte a la medición cuantitativa y cualitativa de la carga judicial, que a su vez permitirá medir el trabajo que soporta cada órgano judicial, repartir técnicamente la carga (corregir los desbalances en la asignación aleatoria de labor) y reportar a la sociedad la auténtica dimensión del trabajo que soportan y resuelven los operadores judiciales, órgano por órgano, en todas las especialidades y niveles.

La fórmula inicialmente propuesta (2003) ha evolucionado; el planteamiento, con alguna modificación fue presentado en Nicaragua (2007), con motivo del evento sobre administración de





justicia convocado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA); el fundamento teórico esencialmente sigue siendo el mismo:

**Fórmula 2003** (página 39 del libro virtual)

La fórmula de ponderación que proponemos es la siguiente:

$$\text{PESO DEL PROCESO} = \left( \frac{npp + \frac{gdp + \left(\frac{100 - \hat{p}}{100}\right)}{2} + gdv + \frac{300 - (pd + bs + pri)}{300} + \frac{10 - \left(\frac{ec + 5}{5}\right) + epc}{2}}{5} \right) + (8 - nht) * \frac{1}{8}$$

Desde entonces se han producido reajustes, fruto de la mayor experiencia directa y de la revisión y discusión de los conceptos-base<sup>1</sup>.

**Fórmula 2010**

$$\text{Peso} = \frac{f(p, npp) + \frac{\sum_{i=1}^p gdp_i + \sum_{i=1}^p (1 - \hat{p}_i)}{2} + gdv + \frac{300 * (+b + pri)}{6} + \frac{\sum_{i=1}^p \frac{prom(e_i) + 5}{5} + prom(epc)}{2} + \epsilon}{5} + \frac{8 * nht}{8} * l * spp$$

Donde

$$f(p, npp) = \frac{p + (npp * (p * 2) * 0.5)}{2}$$

Se trata de un algoritmo conformado con valores cuantitativos y valores cualitativos –previamente validados- que se conjugan en operaciones matemáticas básicas que arroja un como resultado un producto (un valor) que ha de estimarse como el peso cualitativo/cuantitativo de una causa judicial determinada.

**2. Componentes de la Fórmula Cualitativo-Cuantitativa de Ponderación**

Cada causa (constitucional, civil, comercial, familiar, penal, laboral, de tránsito vehicular, etc.) contiene un conjunto de elementos –la mayoría desde el mismo momento del planteamiento- que pueden identificarse y asignárseles valores para la ulterior mensura<sup>2</sup>.

1 Hemos acudido a los poseedores de las habilidades ingenieriles propias de la ciencia de los sistemas para articular la forma adecuada de combinación de las variables cuantitativas con las variables cualitativas que integran el concepto “peso del proceso” –en una etapa determinada-.

2 El procedimiento para la asignación de valores debe ser cuidadoso: por un lado ha de ser el fruto del pronunciamiento de los expertos en las materias jurídicas correspondientes (habrán algunos valores de alcance regional) y por otro lado, su



VARIABLES CUANTITATIVAS	VARIABLES CUALITATIVAS <sup>a</sup>
1. <b>npp</b> (número de partes procesales)	1. <b>gdp</b> (grado de dificultad procesal)
2. <b>np</b> (número de pretensiones)	2. <b>gdv</b> (grado de dificultad por la vía procesal)
3. <b>fp</b> (frecuencia de la pretensión)	3. <b>epc</b> (especialización para el cargo)
4. <b>pd</b> (porcentaje de personal disponible)	4. <b>es</b> (expectativa social)
5. <b>bs</b> (porcentaje de bienes y servicios disponibles en la especialidad)	5. <b>il</b> (índice de litigiosidad)
6. <b>pri</b> (porcentaje de los recursos informáticos disponibles)	6. <b>spp</b> (situación procesal de las partes)
7. <b>ec</b> (experiencia en el cargo)	
8. <b>nht</b> (número de horas de trabajo)	

### 3. Descripción de la Operatividad de la Fórmula

La idea de la solución al problema de la ponderación cualitativo/cuantitativa de la medición de la carga que propuse, con los indicadores correspondientes, ha tendido que ser materializada por los conocedores; en los albores de la propuesta conté con el apoyo del ahora abogado y Juez de Moquegua, don Edwin Rodríguez Barreda; luego, con el apoyo de la Srta. doña Margareth Paola Paredes Pinto, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín y Bachiller en Ingeniería de Sistemas por la misma universidad; han apoyado también el Ing. de Sistemas don Edwin Maldonado Cárdenas y el Ing. de Sistemas don Julio Becerra Núñez.

La materia se halla propuesta desde mayo 2010 al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú, con el aplicativo informático correspondiente, para que se estudie la factibilidad de su ejecución en el país.

Como se aprecia esta fórmula esta dividida en tres cuerpos

$$\text{Peso} = \frac{f(p, npp) + \sum_{i=1}^p gdp_i + \sum_{i=1}^p (1 \cdot f_i)}{2} + gdv + \frac{300 \cdot (b + pri)}{300} + \frac{\sum_{i=1}^p \frac{prom(e_i) + 5}{5}}{2} + prom(epc) + \frac{8 \cdot nht}{8} * l * spp$$

Acto seguido, presentamos la descripción de cada uno de los cuerpos::

#### a. Primer cuerpo

Presenta diversos componentes, a continuación se describen cada uno de ellos:

□ **Primer componente:**  $f(p, npp)$

<sup>a</sup> validación ha de efectuarse bajo el consenso como expresión de la democracia cuya afirmación es un compromiso constante.

Es una función que se aplica al **np**<sup>1</sup>(número de pretensiones) y a **npp**<sup>2</sup> (número de partes procesales).

$$f(p, npp) = \frac{p + (npp \cdot (p \cdot 2) \cdot 0,25)}{2}$$

Como puede verse dicha función es igual al número de pretensiones y adiciona 0,25 por cada parte procesal adicional (se consideran partes procesales no adicionales al doble de pretensiones) ello debido a que consideramos como base una pretensión con dos partes.

□ **Segundo componente:** 
$$\frac{\sum_{i=1}^p gdp_i + \sum_{i=1}^p (1 - fp_i)}{2}$$

El segundo componente se obtiene al sumar la sumatoria del **gdp**<sup>3</sup> (grado de dificultad de las pretensiones) con la sumatoria de uno menos la **fp** (frecuencia de la pretensión). En este caso se está calculando 1-fp debido a que a más frecuencia menos peso del proceso. Finalmente se divide esta suma entre dos debido a que se está trabajando con dos variables.

□ **Tercer Componente:**  $gdv$

El **gdv** (grado de dificultad por la vía procesal) se obtiene del valor que tiene asignado en una tabla discreta, la vía procesal que seguirá la causa

□ **Cuarto Componente:** 
$$300 \cdot \left( \frac{pd + bs + pri}{3} \right)$$
  
 Utiliza el valor 300 para representar 300% (que resulta de los tres 100% de los indicadores **pd** (porcentaje de personal disponible), **bs** (porcentaje de bienes y servicios disponibles en la especialidad), **pri** (porcentaje de los recursos informáticos disponibles)) valores que serán calculados por cada órgano jurisdiccional al inicial al año judicial.

□ **Quinto Componente:** 
$$\frac{\frac{\sum_{i=1}^n \frac{prom(e_i) + 5}{10} + prom(epc)}{2}}$$

Inserta las condiciones personales de la judicatura, para lo cual utiliza el promedio de la variable **ec** (experiencia en el cargo) de los magistrados encargados de un proceso, donde se utiliza el valor 10 para crear una escala que oscile de 0.00 a 0.9, y el valor 5 para representar los quinquenios y luego se adicionado el promedio de la variable **epc** (especialización para el cargo) de todos los magistrados que intervienen en dicho proceso, este cuerpo exige dividir entre dos, por ser dos sus insumos.

1 Contiene una constatación simple del número total de pretensiones a acumuladas en una causa. Se trata en principio de una variable cuantitativa, pero es factible encontrar valoraciones cualitativas si distinguimos entre pretensiones principales y accesorias; en tal caso, en tal caso, será posible asignar valores diferenciados, y con ello, lograr una ponderación más técnica.

2 Contiene un valor cuantitativo de constatación simple, i se pretende llegar a una ponderación mas exquisita, se puede también distinguir entre partes originarias y litisconsortes no necesarios, y en materia penal, de un lado, imputados (s) y agraviado (s) y del otro, tercero (s) civilmente responsable (s), asignándoseles valores diferenciados, en cuyo caso, abandonará el carácter de cuantitativa para tornarse en cualitativa

3 Se obtiene de una tabla que asigna valores de dificultad del proceso por cada pretensión.



□ **Sexto Componente:**  $\epsilon$

La **es** (*expectativa social*) se obtiene del valor que tiene asignada dicha variable de una tabla discreta prefijada con antelación<sup>1</sup>.

En la fórmula propuesta se suman todos estos componentes y se dividen entre 6 (por ser seis los aspectos o factores involucrados)

**b. Segundo cuerpo**

□ **Primer Componente:**  $\frac{8 \square nht}{8}$

Al valor obtenido hasta ese momento, se le aplica el último componente de la fórmula, **nht** (*número de horas de trabajo*) que utiliza el valor 8, por ser la jornada ordinaria de trabajo, la misma que puede variar por diversos motivos (como en el caso de los juzgados itinerantes); hecho ello, se obtiene el peso cualitativo del expediente.

**c. Tercer cuerpo**

□ **Primer Componente:**  $i$

El **ii** (índice de litigiosidad), se puede calcular de la siguiente manera, bajo expectativas cuantitativas:

$$i = \frac{\text{población\_d\_una\_localidad\_a\_u\_tiempo}}{\text{numeros\_d\_procesos\_d\_h\_localidad\_a\_b\_mismo\_tiempo}}$$

$$i = \frac{p (loc(t))}{nproc(loc(t))}$$

Pero, si se consideraran los aspectos técnicos, se mediría así:

$$i = \frac{\text{población\_d\_una\_localidad\_a\_u\_tiempo}}{\text{peso\_cualitativo\_d\_causas\_a\_una\_localidad\_h\_mismo\_tiempo}}$$

$$i = \frac{p (loc(t))}{p (loc(t))}$$

□ **Segundo Componente:**  $spp$

Una variable que se agrega al final y que influye en el peso del proceso es la **spp** (situación procesal de las partes) en un proceso, sobre todo en los procesos penales, ello como consecuencia del traslado de los señores magistrados y de los auxiliares jurisdiccionales a los penales. Esta

<sup>1</sup> Se trata de una variable que en principio recoge el interés colectivo en la materia debatida en sede judicial, factor que incide en el peso de la causa.

Puede asignársele el valor "0" si la expectativa es nula o muy leve y "1" si la expectativa es considerable.

Se puede también emplear una escala de tres tramos: baja (0.25), media (0.50) y alta (1).

Es factible también diseñar otras escalas de varios tramos, fruto del consenso de los especialistas.

variable afectará a toda la fórmula, de esta manera si es que no hay detenidos, el peso del proceso será el mismo, pero si hay detenidos el peso del proceso se incrementará determinado porcentaje.

El valor de la variable **spp** puede calcularse teniendo en cuenta el tiempo de desplazamiento promedio al penal, pero a modo genérico se puede considerar como sigue:

$$spp = \begin{cases} S_{\_n\_hay\_detenidos} \\ spp = 1 \end{cases}$$

$$spp = 1 + \frac{S_{\_hay\_detenidos} \cdot minutos\_d\_traslado\_h\_penal}{480(jornada\_diaria)}$$

En nuestro caso, con un tiempo de traslado de 90 minutos, la variable **spp** asumirá los siguientes valores:

Situación procesal de las partes	
Proceso con detenidos	spp = 1.2
Proceso sin detenidos	spp = 1.0

#### 4. A modo de conclusión

Una vez más, es propio señalar que el establecimiento de los valores en las variables cualitativas, debe ser el fruto del consenso entre los expertos y que esta propuesta de cálculo aritmético se halla sujeta a debate<sup>1</sup>.

Es claro que hoy la productividad judicial se mide por órgano judicial, teniendo en cuenta el número de procesos ingresados y resueltos en un tiempo dado; pero si se midieran las causas por peso, se debería comparar el peso ingresado en un tiempo dado en determinado órgano jurisdiccional y el peso trabajado (resuelto).

Lo pernicioso es que de aquellos datos se pueden derivar medianas, ratios y otros indicadores, y en consecuencia, proponer metas aceptables y no aceptables; premiar y sancionar<sup>2</sup>.

En el Perú, la productividad es uno de los aspectos que evalúa el Consejo Nacional de la Magistratura para realizar los periódicos procesos de ratificación judicial (cada siete años), a partir de los datos cuantitativos (número de expedientes ingresados y resueltos).

El control de plazos de respuesta, debe tener en cuenta la complejidad de la causa, que no es un factor intrascendente o infrecuente<sup>3</sup>.

De una medición cuantitativa de productividad (que parte de considerar a todos los casos como

1 Subyacen en el asunto cuestiones tales como democracia en la forma de acercar a la colectividad a la estimación de la carga de trabajo y hacerla participar en los debates para la validación del peso de las variables cualitativas, transparencia en la información interna y externa sobre carga y productividad, eficiencia, eficacia y responsabilidad, igualdad entre los pares, solidaridad (al repartir el tiempo y los recursos de suyo escasos, de la manera menos dispendiosa), y también el rechazo a la corrupción, a la dilación y la apatía, así como a la negligencia en sede judicial.

2 De hecho, a partir de la información cuantitativa, los especialistas de la sociedad civil ensayan propuestas de políticas judiciales y presentan ante la colectividad a “los que mas producen”, frente a los “menos productivos”.

3 La administración judicial debe hallarse en aptitud de estimar técnicamente la complejidad, apreciando el peso de las variables que la componen.



simples o sencillos) derivará el establecimiento de plazos para ese tipo de casos, probablemente con márgenes arbitrarios de tolerancia para los casos complejos<sup>1</sup>.

Es factible por ello hoy hablar de la existencia de un derecho de la magistratura judicial a trabajar una carga ponderada y equitativa como reivindicación moderna de la judicatura.

Adicionalmente, es de resaltar que la propuesta vale para el manejo de procesos de cualquier área en la administración pública centralizada o descentralizada y desde luego es también de interés, para el manejo técnico de las causas ante la Fiscalía, sin distingo de especialidad ni de nivel; todo ello efectuando las lógicas particularizaciones que resultaran pertinentes, compatibles con el tipo de labor y la naturaleza de la función.

## 5. Anexos.

### Anexo 1: Descripción de las variables

Origen	Variable	Descripción	Modo de Cálculo	Valor
Del número de partes	npp	Número de partes procesales	Se extrae del expediente	Número entero mayor o igual a 1
	spp	Situación procesal de las partes	Se extrae del expediente	1 ó 1.2
De la pretensión	gdp	Grado de dificultad de la pretensión	Se extrae de una tabla de valores	Número entre 0.1 y 1
	np	Número de pretensiones	Se extrae del expediente	Número entero mayor o igual a 1
	fp	Frecuencia de la pretensión	Se extrae de una tabla de valores	Número entre 0.1 y 1
De la Vía Procesal	gdv	Grado de dificultad de la vía	Se extrae de una tabla de valores	Número entre 0.1 y 1
De los Recursos del juzgado	pd	Personal disponible	Se obtiene al inicio de trimestre de la oficina de personal	Porcentaje entre 0.0 y 100
	bs	Bienes y servicios disponibles	Se obtiene al inicio de semestre de la oficina de administración	Porcentaje entre 0.0 y 100
	pri	Recursos informáticos disponibles	Se obtiene al inicio de semestre de la oficina de informática	Porcentaje entre 0.0 y 100
	nht	Número de horas trabajadas	Se obtiene al inicio del semestre de la información de los juzgados (sobre todo los itinerantes)	Número entre 0 y 8
Del Magistrado	ec	Experiencia en el cargo	Se recaba de la oficina de personal o del propio juez anualmente	Número mayor o igual a uno
	epc	Especialización en el cargo	Se recaba de la oficina de personal o del propio juez anualmente	Número entre 0.1 y 1
	nm	Número de magistrados	Se extrae del proceso	Número mayor que uno
De la población	il	Índice de litigiosidad	Se calcula anualmente: $i = \frac{\text{cantidad\_d\_procesos\_d\_localidad}}{\text{población\_d\_localidad}}$	Valor mayor a 0.1

<sup>1</sup> Cuyos marcos de definición como tales no se expresan con claridad en este momento.

**Anexo 2:**  
**Tabla de frecuencia por tipo de Audiencia**

<b>AUDIENCIA</b>	<b>ARTÍCULO</b>	<b>FRECUENCIA</b>
[1] Audiencia para resolver medios de defensa (improcedencia de acción, cosa juzgada, amnistía, prescripción, cuestión previa)	(8)	1.0
[2] Audiencia preliminar para debatir los fundamentos del pedido de sobreseimiento	(345.3)	0.5
[3] Audiencia para aprobar abstención en casos en los que existe interés público	(2.5)	0.1
[4] Audiencia para aplicar principio de oportunidad después de promovida la acción penal	(2.7)	0.1
[5] Audiencia para determinar la minoría de edad (Juez IP, JU/JC)	(74.2)	0.1
[6] Audiencia de terminación anticipada	(468.1 y 4-5)	0.1
[7] Audiencia para tutelar al imputado	(71.4)	1.0
[8] Audiencia para resolver pedido de constitución en actor civil	(102.2)	1.0
[9] Audiencia para el dictado de medidas de coerción procesal	(254.1)	1.0
[10] Audiencia de control del plazo de la IP	(343.2)	1.0
[11] Audiencia Preliminar (procedencia de cuestiones planteadas y pertinencia de la prueba ofrecida - etapa intermedia)	(351, 352)	1.0
[12] Audiencia de reforma de medida de coerción personal y reales	(255.3)	0.5
[13] Audiencia de convalidación de detención preliminar	(266.2)	0.5
[14] Audiencia para determinar procedencia de prisión preventiva	(271.1-2)	0.5
[15] Audiencia para resolver pedido de constitución de tercero civil	(112.1)	0.5
[16] Audiencia de cese o sustitución de prisión preventiva	(283)	0.5
[17] Audiencia para resolver medios de defensa (naturaleza de juicio, cuestión prejudicial –suspensión)	(8)	0.1
[18] Audiencia de actuación de pruebas en nulidad de transferencias	(15.2. c)	0.1
[19] Audiencia para resolver declinatoria de competencia	(34.2)	0.1
[20] Audiencia para resolver contienda de competencia entre juzgados penales	(45.2)	0.1
[21] Audiencia para resolver cuestiones sobre inimputabilidad (juez IP, JU/JC)	(75.2)	0.1 (sigue procedimiento de seguridad)
[22] Audiencia para resolver cuestiones sobre inimputabilidad sobrevenida (juez IP, JU/JC)	(76.1)	0.1 (sigue procedimiento de seguridad)
[23] Audiencia para resolver pedido de incorporación de persona jurídica en la IP	(91.2)	0.1
[24] Audiencia para resolver requerimiento de restricción de derechos fundamentales para el esclarecimiento del proceso	(203.2)	0.1
[25] Audiencia de confirmación de medidas restrictiva de DD.FF. ya ejecutadas por la PNP y MP	(203.3)	0.1





[26] Audiencia de reexamen de medidas restrictivas de DD.FF.	(204.2)	0.1
[27] Audiencia para resolver solicitud de incautación o exhibición de actuaciones y documentos protegidos por secreto profesional	(224.2)	0.1
[28] Audiencia para resolver solicitud de incautación o exhibición de actuaciones y documentos protegidos por secreto de Estado	(224.3)	0.1
[29] Audiencia para verificar afectación irrazonable de derechos en exhibición e incautación de actuaciones y documentos no privados	(225.5)	0.1
[30] Audiencia de reexamen de diligencias de interceptación e incautación postal	(228.2)	0.1
[31] Audiencia para resolver la entrega de correspondencia de la cual se alega secreto de Estado	(229)	0.1
[32] Audiencia de reexamen de intervención de comunicaciones telefónicas (231.4)		0.1
[33] Audiencia de reexamen de inspección de documentos contables y administrativos	(234.2)	0.1
[34] Audiencia de prueba anticipada	(245)	0.1
[35] Audiencia para determinar la prolongación de la prisión preventiva	(274.2)	0.1
[36] Audiencia para determinar la revocatoria de la libertad (Juez IP, JU/JC)	(276)	0.1
[37] Audiencia para revocar la comparecencia y ordenar prisión preventiva	(279.2)	0.1
[38] Audiencia para decidir prolongación de detención domiciliaria (Juez IP, JU/JC)	(290.4)	0.1
[39] Audiencia para determinar la revocatoria de la libertad en caso de detención domiciliaria (Juez IP, JU/JC)	(290.4)	0.1
[40] Audiencia para determinar la inimputabilidad e internación preventiva	(293.2)	0.1
[41] Audiencia para determinar internamiento previo en hospital psiquiátrico público	(294.1)	0.1
[42] Audiencia para determinar la procedencia de impedimento de salida del país, o de la localidad donde domicilia o del lugar que se le fije al imputado	(296.1)	0.1
[43] Audiencia para determinar la procedencia de impedimento de salida del país, o de la localidad donde domicilia o del lugar que se le fije al testigo considerado importante	(296.1)	0.1
[44] Audiencia para determinar la prolongación de impedimento de salida del país	(296.2)	0.1
[45] Audiencia para determinar el levantamiento de medidas cuando el afectado es un testigo importante	(296.4)	0.1
[46] Audiencia para determinar la cesación de la suspensión preventiva de derechos (en delitos sancionados con pena de inhabilitación) (juez IP o JU, JC)	(299.2)	0.1
[47] Audiencia para determinar la sustitución, acumulación e impugnación de la suspensión preventiva de derechos con otras medidas de comparecencia	(301)	0.1
[48] Audiencia para determinar la sustitución del bien embargado y su levantamiento	(305.2)	0.1
[49] Audiencia para variar o reexaminar la incautación	(319.3)	0.1
[50] Audiencia para determinar el exceso de duración de las diligencias preliminares o plazo irrazonable	(334.2)	0.1



[51] Audiencia para resolver incidentes derivados de la ejecución de la reparación civil y demás consecuencias accesorias juez IP, JU/JC	(493.3)	1.0
[52] Audiencia para concesión de remisión de la pena, suspensión de la ejecución de la pena, liberación condicional, conversión de pena privativa de libertad por multa, prestación de servicios o limitación de días libres	(478.3)	0.1
[53] Audiencia para revocatoria de beneficios Juez IP, JU/JC	(480.1)	0.1
[54] Audiencia para decidir la procedencia de pedidos de conversión de la pena y otros	(491.2)	0.1
[55] Audiencia para determinar la procedencia de libertad anticipada	(491.3)	0.1
[56] Audiencia para resolver la cesación o continuación de la medida de internación juez IP, JU/JC	(492.2)	0.1
[57] Audiencia para proceder a la formulación de la denuncia constitucional dirigida por el Juez (juez IP, JU/JC)	(451.1)	0.1
[58] Audiencia para elevar los actuados del imputado al Presidente de la Corte Superior (juez IP, JU/JC)	(453.2)	0.1
[59] Audiencia de control de la extradición pasiva dirigida por el JIP	(521.3)	0.1
[60] Audiencia de extradición pasiva dirigida por el JIP	(521.4)	0.1
[61] Audiencia por arresto provisorio en extradición pasiva	(523.6)	0.1
[62] Audiencia de control de entrega de personas dirigida por el JIP (cooperación internacional)	(557.4)	0.1
[63] Vista de la causa para resolver la solicitud de las autoridades extranjeras para la práctica de diligencias en el Perú JIP	(539.2)	0.1
[64] Vista de la causa para resolver la solicitud de cooperación de diligencias de investigación del Fiscal de la Corte Penal Internacional IP	(563.2)	0.1
[1] Audiencia para determinar la minoría de edad	(74.2)	0.1
[2] Audiencia de aprobación del Acuerdo de Beneficios y Colaboración	(477.3)	0.1
[3] Audiencia de colaboración eficaz cuando el proceso contradictorio está en el juzgado penal y antes del inicio del juicio oral	(478.1)	0.1
[4] Audiencia de Juzgamiento	(345.3)	1.0
[5] Audiencia del proceso de seguridad	(457.6-10)	0.1
[6] Audiencia por delito de ejercicio privado de la acción penal	(462.2-3)	0.1
[7] Vista de la causa para resolver la apelación del proceso por faltas	(486.2)	0.1
[8] Audiencia para resolver cuestiones sobre inimputabilidad	(75.2)	0.1 (sigue procedimiento de seguridad)
[9] Audiencia para resolver cuestiones sobre inimputabilidad sobrevinida	(76.1)	0.1 (sigue procedimiento de seguridad)
[10] Audiencia para determinar la revocatoria de la libertad	(276)	0.1





[11] Audiencia para decidir prolongación de detención domiciliaria	(290.4)	0.1
[12] Audiencia para determinar la revocatoria de la libertad en caso de detención domiciliaria juez IP o JU, JC	(290.4)	0.1
[13] Audiencia para determinar la cesación de la suspensión preventiva de derechos (en delitos sancionados con pena de inhabilitación) (juez IP o JU, JC)	(299.2)	0.1
[14] Audiencia para resolver incidentes derivados de la ejecución de la reparación civil y demás consecuencias accesorias juez IP, JU/JC	(493.3)	0.5
[15] Audiencia para revocatoria de beneficios Juez IP, JU/JC	(480.1)	0.1
[16] Audiencia como consecuencia de la revocatoria de exención de pena	(480.2.b-c)	0.1
[17] Audiencia como consecuencia de la revocatoria de disminución de la pena	(480.3.b)	0.1
[18] Audiencia para resolver la cesación o continuación de la medida de internación juez IP, JU/JC	(492.2)	0.1
[19] Vista de la causa para resolver la solicitud de traslado de extranjero condenado en el Perú Juzg.penal Colegiado	(543.1)	0.1
[20] Audiencia para proceder a la formulación de la denuncia constitucional dirigida por el Juez juez IP, JU/JC	(451.1)	0.1
[21] Audiencia para elevar los actuados del imputado al Presidente de la Corte Superior juez IP, JU/JC	(453.2)	0.1
[22] Audiencia para resolver incidentes derivados de la ejecución penal	(491.4)	0.1
[23] Audiencia para resolver pedidos de refundición o acumulación de penas	(491.5)	0.1
[24] Audiencia para resolver si corresponde iniciar la solicitud de traslado de un reo extranjero o nacional	(544. 3)	0.1
[1] Audiencia de apelación de autos	(420.2 y 5-6)	1.0s
[2] Audiencia de apelación de sentencias (423, 424)		1.0s
[3] Audiencia de apelación para dictado de sentencia de segunda instancia	(425.4)	1.0s
[4] Audiencia de apelación sobre la constitución en actor civil	(103.2)	0.1
[5] Audiencia de apelación del auto del JIP sobre restricción de derechos	(204.1)	0.1
[6] Audiencia de apelación para disponer desalojo y ministración provisional	(311.5)	0.1
[7] Vista de la causa para resolver la apelación sobre solicitud de asistencia judicial internacional	(532.2)	0.1
[8] Vista de la causa para resolver la apelación sobre detención preliminar, detención preliminar incomunicada y convalidación de la detención	(267.2)	0.1
[9] Vista de la causa para resolver la apelación sobre prisión preventiva	(278.2)	0.1
[10] Vista de la causa para resolver la apelación sobre incomunicación del imputado con mandato de prisión preventiva	(280)	0.1
[11] Vista de la causa para resolver la apelación sobre cesación de prisión preventiva y su sustitución por una medida de comparecencia	(284.2)	0.1

[12] Vista de la causa para resolver la apelación sobre variación, sustitución o cesación de orden de inhibición, desalojo preventivo, medidas anticipadas, medidas preventivas contra las personas jurídicas y pensión anticipada de alimentos.	(315.2)	0.1
[13] Vista de la causa para resolver la apelación sobre liquidación y ejecución de costas	(506.4)	0.1
[14] Vista de la causa para resolver la apelación sobre solicitud de cumplimiento de penas no privativas de libertad en el Perú. SP	(545.5)	0.1
[15] Vista de la causa para resolver la apelación sobre solicitud de cumplimiento de penas de inhabilitación en el Perú SP	(548.2)	0.1
[16] Vista de la causa para resolver la apelación sobre requerimiento de cumplimiento de penas de multa, inhabilitación o decomiso en el extranjero	(549.3)	0.1
[17] Audiencia de Apelación de desestimatoria de requerimiento de extradición activa. SP.	(525.2)	0.1
[1] Audiencia de revisión	(443.4-5)	0.1
[2] Audiencia de revisión para dictado de sentencia	(443.5)	0.1
[3] Audiencia de casación	(431.2-4)	0.1
[4] Audiencia para pronunciamiento sobre tipificación diferente de los hechos a la señalada en la resolución acusatoria del Congreso Vocal de la Investigación Preparatoria (VIP)	(450.6)	0.1
[5] Audiencia para proceder a la formulación de la denuncia constitucional dirigida por la SP. SUPREMA	(451.1)	0.1
[6] Audiencia de extradición activa SP SUPREMA	(526.2)	0.1
[7] Audiencia de control de entrega de personas dirigida por la SP.SUPREMA	(557.5)	0.1
[1] Audiencia del proceso de faltas	(484)	1.0



**Anexo 3:**  
**Tabla de pretensiones penales**

ORDEN	PRETENSIONES PENALES	PESO DE PRETENSIÓN	DISTRIBUCIÓN DE FRECUENCIA
1	Abandono de mujer embarazada	0,6	0,02%
2	Abigeato	0,4	0,43%
3	Aborto consentido	0,7	0,17%
4	Aborto eugenésico	0,8	
5	Aborto no consentido	0,8	
6	Aborto no consentido seguido de muerte	0,7	
7	Aborto preterintencional	0,7	
8	Aborto sentimental	0,8	
9	Aborto terapéutico	0,6	
10	Abuso de poder económico	0,8	
11	Alteración o supresión de estado civil	0,1	
12	Alteración o supresión de estado civil de menor	0,6	
13	Apropiación Ilícita	0,4	7,33%
14	Asesinato	1	0,02%
15	Atentado contra yacimiento arqueológico	0,2	
16	Autoaborto	0,7	
17	Autorización ilegal de matrimonio	0,5	
18	Bigamia	0,3	0,09%
19	Bigamia agravada	0,3	
20	Calumnia	0,3	0,13%
21	Coacción	0,6	0,02%
22	Contra Confianza y Buena fe en los Negocios	0,6	0,00%
23	Contra el estado civil con móvil altruista	0,6	
24	Contra los Derechos de Autor	0,1	0,15%
25	Daños	0,3	0,48%
26	Difamación	0,3	1,89%
27	Estafa	0,7	4,51%
28	Exposición a peligro de persona dependiente	0,8	0,11%
29	Exposición o abandono peligrosos	0,7	0,11%
30	Falsificación de documento	0,8	0,37%
31	Fabricación o uso no autorizado de patente	0,8	0,11%
32	Filicidio	0,9	
33	Fingimiento de embarazo o parto	0,3	
34	Fraude en la Administración de Personas Jurídicas	0,7	0,37%
35	Genocidio	0,8	
36	Homicidio Culposo	0,6	1,99%
37	Homicidio Piadoso	0,9	
38	Homicidio por emoción violenta	1	
39	Homicidio Simple	0,9	0,17%
40	Hurto	0,4	2,23%
41	Inducción a fuga de menor	0,5	
42	Infanticidio	0,8	
43	Información Falsa de Calidad de Producto	0,3	
44	Injuria	0,3	0,69%



45	Injuria encubierta	0,3	0,69%
46	Injuria recíproca	0,3	
47	Instigación o ayuda al suicidio	1	
48	Instigación o liderazgo en pandillaje pernicioso	0,7	
49	Lesiones culposas	0,6	14,78%
50	Lesiones graves a menor	0,8	
51	Lesiones graves con daño físico o psíquico	0,7	
52	Lesiones graves con mutilación de órgano principal	0,7	
53	Lesiones graves con peligro inminente de la vida	0,7	
54	Lesiones graves seguidas de muerte	0,8	1,15%
55	Lesiones leves	0,6	2,56%
56	Lesiones leves a menor	0,7	
57	Lesiones leves seguidas de muerte	0,7	
58	Lesiones preterintencionales	0,8	
59	Libramiento indebido	0,1	
60	Matrimonio con persona casada	0,5	0,09%
61	Matrimonio ilegal por inobservancia de formalidades	0,1	
62	Ofensa al Pudor Público	0,5	0,07%
63	Omisión de auxilio inmediato	0,7	
64	Omisión de prestación de alimentos	0,1	4,55%
65	Omisión de socorro	0,7	
66	Parricidio	0,9	
67	Proxenetismo	0,8	0,17%
68	Receptación	0,4	0,37%
69	Retención o traslado de menor o incapaz	1	
70	Robo	0,6	0,54%
71	Secuestro	0,9	0,02%
72	Secuestro con crueldad y peligro	1	
73	secuestro con pretexto de enfermedad inexistente	0,9	
74	Secuestro de funcionario o diplomático	0,9	
75	Secuestro de funcionario para conceder exigencias ilegales	1	
76	secuestro de menor o anciano	0,9	
77	Secuestro de pariente	0,9	
78	Secuestro para facilitar nuevo delito	1	
79	Secuestro para obligar incorporación en banda	1	
80	Secuestro por actividades del sector privado	1	
81	secuestro seguido de daños o muerte	0,9	
82	Sustracción de menor	0,2	
83	Uxoricidio	1	
84	Usura	0,5	0,04%
85	Usurpación	0,4	4,18%
86	Venta ilegal de mercaderías	0,4	
87	Violación de Domicilio	0,5	0,78%
88	Violación de Intimidad	0,7	
89	Violación de la libertad de reunión	0,5	
90	violación de la libertad de trabajo	0,5	
91	Violación de la Libertad Sexual	0,7	
92	Violación del secreto de las comunicaciones	0,6	
93	Violación del secreto profesional	0,6	



**Anexo 4:**  
**Tabla de pretensiones civiles**

ORDEN	PRETENSIONES CIVILES	PESO DE PRETENSIÓN	DISTRIBUCIÓN DE FRECUENCIA
1	DAR SUMA DE DINERO	0,4	27,32%
2	EJECUCIÓN DE GARANTÍAS	0,3	18,89%
3	DESALOJO	0,4	7,26%
4	ACCIÓN DE AMPARO	0,9	4,81%
5	NULIDAD DE ACTO JURÍDICO	0,7	4,15%
6	MEDIDA CAUTELAR FUERA DE PROCESO	0,4	3,50%
7	TERCERÍA DE PROPIEDAD	0,5	2,80%
8	DAÑOS Y PERJUICIOS	0,6	2,64%
9	PRUEBA ANTICIPADA	0,4	2,27%
10	PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA	0,7	2,19%
11	RESOLUCIÓN DE CONTRATO	0,5	2,03%
12	NULIDAD DE COSA JUZGADA FRAUDULENTA	0,5	1,68%
13	OTORGAMIENTO DE ESCRITURA	0,4	1,44%
14	REIVINDICACIÓN	0,7	1,31%
15	NULIDAD DE CONTRATO	0,6	1,22%
16	PARTICIÓN DE BIENES	0,8	1,16%
17	CUMPLIMIENTO DE CONTRATO	0,6	0,66%
18	AUXILIO JUDICIAL	0,1	0,63%
19	COBRO DE SOLES	0,4	0,55%
20	NULIDAD DE ESCRITURA PÚBLICA	0,5	0,52%
21	ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO	0,6	0,50%
22	COBRO DE DÓLARES	0,4	0,50%
23	RECTIFICACIÓN DE AREA	0,5	0,50%
24	INTERDICCIÓN CIVIL	0,2	0,46%
25	TÍTULO SUPLETORIO	0,4	0,44%
26	ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO	0,5	0,42%
27	TERCERÍA PREFERENTE DE PAGO	0,5	0,39%
28	INTERDICTO DE RECOBRAR	0,4	0,37%
29	PETICIÓN DE HERENCIA	0,6	0,33%
30	DIVISIÓN Y PARTICIÓN	0,6	0,31%
31	INEFICACIA DE ACTO JURÍDICO	0,6	0,31%
32	INTERDICTO DE RETENER	0,4	0,28%
33	INHIBITORIA DE COMPETENCIA	0,2	0,26%
34	MEDIDA CAUTELAR	0,4	0,26%
35	CANCELACIÓN DE ASIENTO REGISTRAL	0,3	0,24%
36	AUTORIZACIÓN DESCERRAJE	0,1	0,22%
37	CONVOCATORIA A ASAMBLEA GENERAL	0,3	0,22%
38	CUMPLIMIENTO DE RESOLUCIÓN	0,3	0,22%
39	INVENTARIOS	0,4	0,22%
40	NULIDAD DE DOCUMENTO	0,5	0,22%



41	NULIDAD DE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA	1	0,22%
42	QUEJA	0,3	0,22%
43	RENDICIÓN DE CUENTAS	0,4	0,22%
44	EXTINCIÓN DE OBLIGACIONES	0,6	0,20%
45	COBRO DE HONORARIOS	0,2	0,17%
46	INEFICACIA DE TÍTULO VALOR	0,1	0,17%
47	NULIDAD DE ASIENTO REGISTRAL	0,5	0,17%
48	CANCELACIÓN DE HIPOTECA	0,4	0,15%
49	IMPUGNACIÓN DE ACUERDO	0,6	0,15%
50	IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA	1	0,15%
51	RESCICIÓN DE CONTRATO	0,5	0,15%
52	CONVOCATORIA A JUNTA GENERAL	0,3	0,13%
53	DECLARACIÓN DE MUERTE PRESUNTA	0,2	0,13%
54	NULIDAD DE ANTICIPO LEGÍTIMA	0,3	0,13%
55	DECLARACIÓN DE AUSENCIA	0,2	0,11%
56	DESLINDE	0,5	0,11%
57	LEVANTAMIENTO DE HIPOTECA	0,3	0,11%
58	NULIDAD DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL	0,5	0,11%
59	NULIDAD DE TÍTULO VALOR	0,3	0,11%
60	ACCIÓN DE HABEAS DATA	0,7	0,09%
61	ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA	0,7	0,09%
62	MEDIDA CAUTELAR DE INNOVAR	0,4	0,09%
63	MEJOR DERECHO DE POSESIÓN	0,5	0,09%
64	NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADOR	0,4	0,09%
65	NULIDAD DE ACUERDO	0,5	0,09%
66	NULIDAD DE COMPRAVENTA	0,7	0,09%
67	OFRECIMIENTO DE PAGO	0,4	0,09%
68	CONSIGNACIÓN	0,5	0,07%
69	CORRECCIÓN DE SENTENCIA	0,2	0,07%
70	DESAFECTACIÓN	0,3	0,07%
71	LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES	0,3	0,07%
72	NULIDAD DE ADJUDICACIÓN	0,2	0,07%
73	NULIDAD DE TESTAMENTO	0,5	0,07%
74	RECTIFICACIÓN DE PARTIDA	0,3	0,07%
75	ADMINISTRACIÓN JUDICIAL	0,5	0,04%
76	ANULABILIDAD DE TESTAMENTO	0,5	0,04%
77	AUTORIZACIÓN PARA SUSCRIBIR ESCRITURA	0,2	0,04%
78	COBRO DE MEJORAS	0,6	0,04%
79	COMPROBACIÓN DE TESTAMENTO	0,3	0,04%
80	CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE	0,6	0,04%
81	DECLARACIÓN DE BIEN PROPIO	0,4	0,04%
82	DECLARACIÓN DE INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN	0,3	0,04%
83	DELIMITACIÓN DE LINDEROS	0,5	0,04%
84	EJECUCIÓN DE LAUDO ARBITRAL	0,5	0,04%
85	INSCRIPCIÓN DE AREA	0,5	0,04%
86	NULIDAD DE CONVENIOS	0,5	0,04%
87	NULIDAD DE TRANSACCIÓN	0,4	0,04%





88	RESTITUCIÓN DE DINERO	0,3	0,04%
89	RESTITUCIÓN DE FONDO RÚSTICO	0,4	0,04%
90	SUSCRIPCIÓN DE CONTRATO	0,3	0,04%
91	ACCESIÓN INDUSTRIAL	0,4	0,02%
92	ACCIÓN POSESORIA	0,4	0,02%
93	ANULACIÓN DE ASIENTO REGISTRAL	0,4	0,02%
94	ANULACIÓN DE INSCRIPCIÓN	0,4	0,02%
95	APROBACIÓN DE CUENTAS	0,5	0,02%
96	AUTORIZACIÓN	0,3	0,02%
97	AUTORIZACIÓN PARA DISPONER BIENES	0,2	0,02%
98	CADUCIDAD DE PAGARÉ	0,3	0,02%
99	CADUCIDAD DE TESTAMENTO	0,5	0,02%
100	CANCELACIÓN DE PRECIO	0,4	0,02%
101	COBRO DE ALIMENTOS	0,3	0,02%
102	COBRO DE FRUTOS	0,3	0,02%
103	COBRO DE PENALIDAD	0,4	0,02%
104	COBRO DE REMUNERACIONES	0,3	0,02%
105	CONTRADICCIÓN DE JUSTIPRECIO	0,5	0,02%
106	CONVOCATORIA A JUNTA DE ACCIONISTAS	0,5	0,02%
107	DAR BIEN MUEBLE DETERMINADO	0,4	0,02%
108	DECLARACIÓN DE ABUSO DE DERECHO	0,8	0,02%
109	DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD FÍSICA	0,2	0,02%
110	DECLARACIÓN DE INCOMPATIBILIDAD	0,2	0,02%
111	DECLARACIÓN JUDICIAL DE UNIÓN DE HECHO	0,4	0,02%
112	DESAPARICIÓN Y AUSENCIA	0,2	0,02%
113	DESHEREDACIÓN	0,6	0,02%
114	DESIGNACIÓN JUDICIAL DE ARBITROS	0,3	0,02%
115	DEVOLUCIÓN DE CARTA FIANZA	0,3	0,02%
116	DEVOLUCIÓN DE PREDIO ARRENDADO	0,3	0,02%
117	DISOLUCIÓN DE ASOCIACIÓN	0,4	0,02%
118	DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD CIVIL	0,4	0,02%
119	DUPLICADO DE WARRANT	0,1	0,02%
120	EJECUCIÓN DE SENTENCIA	0,5	0,02%
121	ENTREGA DE POSESIÓN	0,4	0,02%
122	ENTREGA DE VEHÍCULO	0,4	0,02%
123	EXCLUSIÓN DE BIENES	0,5	0,02%
124	EXCLUSIÓN DE NOMBRE	0,4	0,02%
125	FACCIÓN DE INVENTARIOS	0,5	0,02%
126	IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIÓN JUDICIAL	0,5	0,02%
127	INCLUSIÓN DE HEREDEROS	0,3	0,02%
128	INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL	0,6	0,02%
129	INEFICACIA DE ACCIONES DE TRABAJO	0,1	0,02%
130	INEFICACIA DE CONTRATO	0,5	0,02%
131	INSCRIPCIÓN DE CONTRATO	0,3	0,02%
132	INSTITUCIÓN DE HEREDEROS	0,3	0,02%
133	INVALIDEZ DE CONTRATO DE HIPOTECA	0,5	0,02%
134	LIQUIDACIÓN DE BIENES	0,2	0,02%



135	MEJOR DERECHO DE PROPIEDAD	0,1	0,02%
136	MINISTRACIÓN DE POSESIÓN	0,1	0,02%
137	NOMBRAMIENTO DE ALBACEA	0,5	0,02%
138	NOMBRAMIENTO DE CURADOR	0,6	0,02%
139	NULIDAD DE CESIÓN DE DERECHOS	0,5	0,02%
140	NULIDAD DE HIPOTECA	0,6	0,02%
141	NULIDAD DE PARTIDA	0,4	0,02%
142	NULIDAD DE SENTENCIA	0,2	0,02%
143	NULIDAD DE SUCESIÓN INTESTADA	0,6	0,02%
144	NULIDAD DE TRANSFERENCIA	0,5	0,02%
145	NULIDAD Y CADUCIDAD DE TESTAMENTO	0,7	0,02%
146	OBLIGACIÓN DE HACER	0,5	0,02%
147	PATRIMONIO FAMILIAR	0,3	0,02%
148	PRÓRROGA DE ANOTACIÓN PREVENTIVA	0,2	0,02%
149	PROTOCOLIZACIÓN DE ESCRITURA	0,2	0,02%
150	RECTIFICACIÓN DE TÍTULO DE PROPIEDAD	0,3	0,02%
151	REMOSIÓN DE ADMINISTRADOR	0,2	0,02%
152	REMOSIÓN DE ALBACEA	0,2	0,02%
153	RESTITUCIÓN POSESIÓN	0,3	0,02%
154	REVOCATORIA DE ACTO JURÍDICO	0,5	0,02%
155	SANEAMIENTO POR EVICCIÓN	0,6	0,02%
156	SEPARACIÓN DE GERENTE	0,3	0,02%
157	SUCESIÓN INTESTADA	0,2	0,02%
158	SUSTITUCIÓN DE HIPOTECA	0,3	0,02%
159	TRANSFERENCIA	0,3	0,02%



## 6. Bibliografía

- [Diseño e implementación de un algoritmo de generación de trayectorias para la evasión de un obstáculo para un robot móvil](#)
- Gutiérrez Suárez, Bryan Ciro. Publisher Edition Publishing Date 2012
  
- [Algoritmo de control de temperatura de flujo de gases para el prototipo de equipo de soporte de vida neonatal](#)
- Villavicencio Salcedo, Verónica. Publisher Edition Publishing Date 2011
  
- [Algoritmo para monitoreo de un estacionamiento vehicular usando procesamiento de imágenes](#)
- Palacios Andrade, Jorge Luis. Publisher Edition Publishing Date 2011

# COSA JUZGADA VS IMPUESTO A LA RENTA

Carlos Silva Muñoz  
Juez Superior



Si a una persona meridianamente concedora de derecho se le preguntara si una decisión con la calidad de cosa juzgada puede ser variada o dejada sin efecto, la respuesta obvia sería que ello no es posible. Sin embargo, no podemos dar una respuesta absoluta al respecto, ya que la jurisprudencia nos hace conocer casos en los cuales la cosa juzgada cede en su vigencia a situaciones que aparentemente son más relevantes, esta afirmación la hago a partir de casos donde ha entrado en conflicto la invariabilidad de la cosa juzgada con el pago del impuesto a la renta, asunto que lo desarrollaremos de manera exacta más adelante, pero para ello es menester referirme a algunos aspectos relevantes de la cosa juzgada, necesarios para contextualizar el tema.

## Concepto

Sobre el concepto de cosa juzgada hay una serie de posiciones, ello desde ya nos da idea que el asunto no es tan claro. Liminarmente puedo precisar que la cosa juzgada es un atributo propio de la función jurisdiccional, esto es reconocido por nuestra Constitución Política, en su artículo 139, incisos 2 (no se puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada) y 13 (prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada)<sup>1</sup>; en concordancia con ello el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial se ocupa inicialmente de la cosa juzgada en su artículo 4 (No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso). Los principales ordenamientos procesales internos también se han ocupado de ella, así tenemos que el Código Procesal Civil en su artículo 123, hace saber cuando una resolución adquiere la calidad de cosa juzgada<sup>2</sup>; el Código Procesal Constitucional, por su parte, en su artículo VII del Título Preliminar<sup>3</sup>, también se refiere a la cosa juzgada que generan las sentencias de este órgano autónomo.

Teniendo en cuenta que la cosa juzgada es una institución ampliamente reconocida por nuestro

1 La Constitución de 1993, no ha sido la única que se ha ocupado de la cosa juzgada, así tenemos que en la Constitución de 1823, si bien no se reconoce expresamente a la cosa juzgada, si podemos inferirla de lo previsto en su artículo 113°, el cual establece que “No se conocen más que tres instancias en los juicios”, lo cual implica, que la resolución queda firme (adquiere la calidad de cosa juzgada), transitadas que sean las instancias indicadas. Idéntico dispositivo encontramos en el artículo 115° de la Constitución Política de 1826. Es ya en la Constitución de 1828, que aparece en su artículo 161°, la prescripción de que “Es un derecho de todos los ciudadanos el que se conserve la independencia del Poder Judicial. Ninguna autoridad puede avocarse causas pendientes, sustanciarlas, ni hacer revivir procesos concluidos.” (subrayado es nuestro). Similar prescripción encontramos también en el artículo 127° de la Constitución de 1834; en el artículo 129° de la Constitución de 1839; en el artículo 130° de la Constitución de 1856; en el artículo 129° de la Constitución de 1860; en el artículo 127° de la Constitución de 1867; en el artículo 155° de la Constitución Política de 1920; y en el artículo 228° de la Constitución de 1933. Es en la Constitución de 1979, que se reconoce con nombre propio a la cosa juzgada, esa prescripción la tenemos en el artículo 233.2°, al señalar que no se “puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada”, lo cual reitera en el artículo 233.11°, al establecer la prohibición de revivir procesos fenecidos, y de que nadie puede ser juzgado nuevamente por hechos por los cuales haya sido absuelto o condenado por sentencia firme.

2 Código Procesal Civil.- “Cosa Juzgada.- Artículo 123.- Una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando:  
1. No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o  
2. Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos.

La cosa juzgada sólo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos. Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda.

La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 178 y 407.”

3 Código Procesal Constitucional.- “Artículo VII.- Precedente. Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. (...)”

sistema jurídico legal, entonces vamos a ver como se entiende esta institución desde tres puntos de vista – pueden haber más desde luego-. Desde un punto de vista semántico, se puede analizar la cosa juzgada partiendo de sus dos términos. Según Couture -en Alemania- el concepto se expresa con los vocablos *Recht* y *Kraft*, derecho y fuerza, fuerza legal, fuerza dada por la ley; en nuestro idioma, la cosa juzgada es *res judicata*, la cosa materia de decisión judicial. En inglés no existen los vocablos y se usa la expresión latina. En ninguno de esos idiomas los vocablos expresan plenamente el concepto<sup>1</sup>, no obstante, haciendo el análisis a partir de nuestra lengua, podría decirse que la palabra “cosa”, según el diccionario de la RAE, se refiere a una entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, concreta, abstracta o virtual, esto es, algo que existe, pero que no es una persona o sujeto<sup>2</sup>. La palabra “juzgar o juzgada”, hace alusión, en sentido propio, a la actividad que realizan los órganos jurisdiccionales del Estado cuando se encuentran conociendo un asunto para emitir una decisión. Entonces, si juntamos las dos palabras, tenemos que concluir, desde el punto de vista semántico, que la cosa juzgada se refiere a la decisión que ha emitido un órgano jurisdiccional del Estado, referida a algo que ha sido planteado ante su instancia. Couture<sup>3</sup>, analizando este asunto nos dice que, en sus términos literales, la cosa juzgada podría definirse, como un objeto que ha sido motivo de un juicio, pone como ejemplo a la proposición “este vaso es de plata” es, en esta primera acepción, una cosa juzgada; la cosa, objeto material, aparece unida al atributo, de ser de plata<sup>4</sup>.

Sin embargo, el concepto de cosa juzgada desde el punto de vista semántico no nos da el alcance real y claro sobre lo que debería entenderse jurídicamente por cosa juzgada, de allí que debemos analizar esta institución desde otra perspectiva. Desde el punto de vista político-constitucional, se tiene que cualquiera sea la estructura orgánica que asuma el Estado, sus funciones pueden ser agrupadas en tres líneas: legislativa, ejecutiva y jurisdiccional, y cada una de estas funciones son asumidas por órganos especializados para ello, sin embargo, las facultades no son absolutas, sino que se establecen mecanismos de control interinstitucional. Para estos efectos nos interesa el estudio de la función jurisdiccional, y al respecto tenemos que, por principio y naturaleza, esta función pertenece a los órganos jurisdiccionales establecidos en nuestra Constitución Política<sup>5</sup>; ello no significa que esté vedada la posibilidad a que a otros entes, públicos o privados, se les faculte a resolver conflictos en similares condiciones que el Poder Judicial, sin embargo ello es excepcional<sup>6</sup>.

La función jurisdiccional, o jurisdicción, ha sido materia de numerosas conceptualizaciones<sup>7</sup>, sin embargo, de una manera muy precisa, se puede decir respecto de ella que, es la función que desarrolla el Estado

1 COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil; tercera edición (póstuma), Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1958, p. 400 - 401.

2 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española; palabra: Cosa; en: <http://dle.rae.es/?id=B3yTydM>. Recuperado: 29 de octubre de 2018.

3 COUTURE; ob. Cit., p. 399 - 400.

4 Couture, afirmaba que en este segundo sentido, también un hombre puede ser una cosa. Así cuando decimos “Sócrates es un hombre”, el objeto se ha transformado y sin ser susceptible del derecho de propiedad, constituye a su vez una cosa sobre la que se vierte un juicio. También el vocablo juzgado o su femenino juzgada, tiene una segunda acepción. No se refiere ya, genéricamente, a lo que ha sido objeto de una operación lógica destinada a relacionar dos conceptos. Abarca, también, el juicio jurídico. Cuando decimos “este vaso es de Sócrates”, el juicio se hace jurídico, si lo que se está disputando es la propiedad del vaso. En esta segunda acepción de los vocablos, es también cosa juzgada la proposición “Sócrates es inocente”. COUTURE; ob. Cit., p. 400.

5 CONSTITUCIÓN POLÍTICA.- “Administración de Justicia. Control difuso.- Artículo 138.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. (...)”.

6 La Constitución Política establece las siguientes excepciones a la función jurisdiccional del Poder Judicial: Jurisdicción militar y arbitral (artículo 139°.1), Comunidades campesinas y nativas (artículo 149°), Jurado Nacional de Elecciones y Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 142).

7 Para Monroy, la llamada función jurisdiccional o más específicamente, jurisdicción, “es el poder-deber del Estado, previsto para solucionar conflictos de intereses intersubjetivos, controlar las conductas antisociales (faltas o delitos) y también la constitucionalidad normativa, en forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto, utilizando su imperio para que sus decisiones se cumplan de manera ineludible, y promoviendo a través de ellas una sociedad con paz social en justicia”. MONROY. GÁLVEZ, Juan. Introducción al Proceso Civil, T. I, Temis de Belaunde & Monroy, Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1996, p. 213.



mediante sus estructuras correspondientes, destinada a resolver conforme a Derecho, un conflicto con trascendencia jurídica mediante la heterocomposición, desarrollando un debido proceso, y produciendo así, el fenómeno de la cosa juzgada. Desde este punto de vista podemos concluir preliminarmente que la cosa juzgada es un producto que se obtiene del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado<sup>1</sup>.

Se considera que una de las razones para que en un Estado la institución de la cosa juzgada sea tan importante -que incluso tenga arraigo constitucional-, estriba en el hecho que no se concibe la existencia de esta organización, si no está presente la seguridad jurídica<sup>2</sup>, siendo una de las instituciones básicas para ello, la cosa juzgada. Por eso Recasens Siches, ha señalado que el Derecho no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para colmar la ineludible urgencia de seguridad y de certeza en la vida social<sup>3</sup>. Es dentro del contexto antes indicado, que en la Enciclopedia Omeba, se precisa que para determinar con exactitud el concepto de lo que es la cosa juzgada, debemos tener presente que la jurisdicción, como función del Estado, tiene un modo especial y propio de manifestarse: la sentencia, que resume y concreta la función jurisdiccional misma, acto estadual realizado por un órgano del mismo, en torno al cual debemos vincular la cosa juzgada<sup>4</sup>. En similar sentido se pronuncia Monroy, para quien la actividad jurisdiccional se concreta en una sucesión de actos que se realizan entre los sujetos que contienden respecto del conflicto de intereses, y también entre estos y el órgano jurisdiccional encargado del caso. Este conjunto de actos conforma una relación jurídica especial llamada proceso. El mismo nombre sugiere algo evidente: la progresión de esos actos en el tiempo con destino a fines determinados, como el fin privado orientado a la solución del conflicto de intereses<sup>5</sup>, y el fin público, que es lograr la paz social en justicia; fines

1 Si bien la Constitución Política no define a la cosa juzgada, sin embargo si la reconoce como una categoría emergente del ejercicio de la jurisdicción por parte de los órganos jurisdiccionales del Estado y le brinda protección (artículo 139° 2 y 13).

2 La seguridad jurídica es uno de sus más grandes valores de Derecho, ello en razón que la justicia no sería operativa, si no se pudiera establecer un mínimo de seguridad para que el mismo pueda ser cumplido. La Torre, decía que entre otros aspectos, la seguridad jurídica significa que el Derecho sea “cierto”, es decir, que sus normas sean conocidas y comprendidas y fijen con razonable precisión qué ordenan, qué prohíben, qué autorizan o las consecuencias legales de nuestra conducta. pero es también una necesidad en la vida jurídica el que los jueces y, en general, los órganos encargados de aplicar el Derecho, gocen de una cierta elasticidad para aplicarlo a los casos concretos, extraordinariamente variados por naturaleza. LA TORRE, Angel. Introducción al Derecho; Editorial Ariel, S.A., 9a. edición: noviembre 1983, Barcelona - España, p. 46.

Este valor del derecho también ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el expediente N° 0016-2002-AI/TC LIMA COLEGIO DE NOTARIOS DE JUNÍN (fundamentos 2 a 4). En esta sentencia, en primer término, se señala que nuestra Norma Fundamental no reconoce de modo expreso a la seguridad jurídica como un principio constitucional, no obstante este principio si tiene rango constitucional, y, por ende, es susceptible de alegarse como afectado a efectos de determinarse la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley o parte de ésta; nosotros agregamos también a las decisiones del órgano jurisdiccional del Estado.

El principio de la seguridad jurídica -según el Tribunal Constitucional- forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho, y que la predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. El principio en comentario no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la “predecible” reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal.

Termina señalando que la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, a la Norma Fundamental que lo preside. Que su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, pero se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2°, inciso 24, parágrafo a) (“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido se hacer lo que ella no prohíbe”), y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2°, inciso 24, parágrafo d) (“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”) y 139°, inciso 3, (“Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación”). Publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, el día 13 de mayo de 2003.

3 RECASSENS SICHES, L. Vida humana, sociedad y Derecho. Fundamentación de la Filosofía del Derecho; 3a edición, Porrúa, México, 1953, p. 209.

4 ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, tomo XX, Muti-Opci; Bibliográfica Omeba, Driskill S.A., Buenos Aires, 1990, p. 971.

5 ALSINA, refiriéndose al fin que las partes persiguen en el proceso, señala que no es otro que el de obtener del juez una declaración por la cual se decida definitivamente la cuestión litigiosa, de manera que no sólo no pueda ser discutida de nuevo en el mismo proceso, sino en ningún otro futuro (non bis in idem); y que, en caso de contener una condena, pueda



que solo podrán ser logrados en un proceso siempre que este alcance un momento en el cual-de una vez y para siempre- concluya. Es inimaginable que un conflicto de intereses se solucione, si el trámite para lograrlo es ilimitado, al contrario, esta sería la mejor expresión de que el fin jamás se va a lograr. Por cierto, la predicción es válida también para el otro fin, ¿qué paz social en justicia se puede lograr en un proceso infinito, es decir, sin límite en el tiempo? Sin duda, ninguno. Esta es la razón por la cual una tendencia intrínseca de la jurisdicción es que –presentados determinados requisitos- se llegue al estado en el cual la decisión judicial habrá obtenido con carácter definitivo, irrevocable, inmutable y permanente el objetivo propuesto (la solución del conflicto de intereses, por ejemplo), siendo que esta calidad de las decisiones judiciales recibe el nombre de cosa juzgada<sup>1</sup>.

Otro punto de vista para llegar a conocer la cosa juzgada, es desde el punto de vista jurídico procesal. Podemos coincidir con Couture en el sentido que el concepto varía en el tiempo y en el espacio, de tal forma que p.e. la idea romana clásica no coincide con la idea romana de nuestros días; la cosa juzgada del derecho inglés no coincide con la del derecho francés; por lo que el concepto debe ser extraído por el jurista, del conjunto de normas positivas<sup>2</sup>. Por otro lado, también pueden encontrarse dos opciones respecto a la ubicación del concepto de cosa juzgada; así, algunos autores consideraban que se trataba de un concepto perteneciente al ámbito del Derecho Sustantivo, Chiovenda señalaba al respecto que el tema de la cosa juzgada considerase generalmente como perteneciente al derecho sustancial, y por esto se trataba con preferencia por los civilistas y pandectistas<sup>3</sup>, sin embargo, estas posiciones no tuvieron mayor arraigo. La casi totalidad de doctrinarios se orientan por la posición respecto a que la cosa juzgada es un concepto perteneciente al ámbito del Derecho Procesal.

La cosa juzgada –para Couture- desde el punto de vista jurídico es una forma de autoridad y una medida de eficacia, es decir, la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla<sup>4</sup>. Obviamente debemos entender que la sentencia así catalogada proviene de un juicio lógico por parte de los órganos jurisdiccionales, esto es, una cuestión acerca de la cual ha tenido lugar un juicio que la resuelve mediante la aplicación de la norma general para el caso concreto y que, precisamente porque ha constituido objeto de un juicio lógico, se llama juzgada. Este trabajo de subsunción del caso concreto dentro de la norma general se hace, por medio de un juicio lógico, y, concretamente, por medio de un silogismo en el cual la premisa mayor da la norma, la menor la relación concreta, y la conclusión una norma especial inferida de la norma general: mediante la norma particular así obtenida se determina que una relación jurídica singular debe ser regulada por el derecho<sup>5</sup>. No se crea sin embargo, que cualquier sentencia tiene la aptitud para constituirse en cosa juzgada, sino, por lo regular, solo aquellas sentencias que son expedidas válidamente<sup>6</sup> en procesos contenciosos y que hayan adquirido firmeza<sup>7</sup>; se trata, como lo diría Devis

ser ejecutada sin nuevas revisiones. Este efecto de la sentencia, sin duda alguna el más importante, es el que se designa con el nombre de cosa juzgada, que significa “juicio dado sobre la litis”. ALSINA, Hugo. Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo IV, Juicio Ordinario, 2da parte, 2da edición, Ediar Soc. Anónima Editores, Bs As, 1961, págs. 122 a 124.

1 Cfr. MONROY; ob. Cit., 219 – 220.

2 COUTURE; ob. cit., p. 400 - 401.

3 CHIOVENDA, José. Principios de Derecho Procesal Civil; Tomo II, Editorial Reus (S.A.); Madrid, 1925; p. 412.

4 COUTURE; ob. cit., p. 400 - 401.

5 ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil – II Parte General; 2ª reimpresión inalterada; Temis - Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 313.

6 En tal sentido, y en algunas circunstancias, es posible revisar una sentencia, no a través de un recurso, sino por medio de otro proceso, y de tal manera asegurar definitivamente la coexistencia pacífica de ambos objetivos. DIOGUARDI, Juana. Teoría General del Proceso; primera edición, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004; p. 315.

7 Dioguardi, señalaba al respecto que para que la sentencia adquiriera la cualidad de cosa juzgada, debe ser definitiva-firme y dictada en contradictorio y de conocimiento, es decir, el juez resolvió sobre un conflicto y las partes acercaron las pruebas. Cfr. DIOGUARDI; ob. Cit., p. 315.

Devis Echandia, por su parte consideró que la existencia de la cosa juzgada exige como factores que la determinan y que, por consiguiente, funcionan como requisitos de la misma: que haya una sentencia; que se pronuncie en juicios que no estén excluidos expresamente de esta clase de efectos, y que esa decisión no sea susceptible de impugnación por vía de recurso,



Echandia, de un efecto o calidad especial<sup>1</sup>. Hay que precisar también que la cosa juzgada no puede alcanzarse en cualquier proceso contencioso, sino solamente en aquellos en los cuales la norma positiva no limite la firmeza de la decisión, un caso que al respecto encontramos es el del proceso cautelar, que en nuestro sistema procesal civil se permite el ejercicio del derecho de contradicción, vía oposición, con lo cual se puede conseguir que se deje sin efecto la medida cautelar por el mismo juez que dictó dicha medida; de allí que algunos prefieran limitar la configuración de la cosa juzgada solo para las decisiones finales en los procesos de cognición<sup>2</sup>.

Como estamos apreciando, no es posible dar el concepto de cosa juzgada desde una sola perspectiva, sin embargo, hay elementos comunes en todas las que se han desarrollado, por lo que a partir de allí podemos extraer como concepto, que la cosa juzgada se refiere a la decisión que ha emitido un órgano jurisdiccional del Estado, referida a algo que ha sido planteado ante su instancia, y solo en ejercicio de dicha función<sup>3</sup> dentro de un debido proceso<sup>4</sup>; esta decisión debe tener el carácter de definitiva, irrecurrible, inmutable y coercible.

### Características de la cosa juzgada

Como sabemos, la característica es una cualidad que distingue a algo o a alguien, de cosas o sujetos que les resultan similares o parecidos. En el caso de la cosa juzgada pasa ello, pues si algunos afirman que la cosa juzgada es una cualidad que acompaña a ciertas resoluciones judiciales, entonces dichas resoluciones deben tener algo que no tienen las demás de su género.

Carnelutti, al respecto, tiene una posición especial sobre las características de la cosa juzgada. Así, señala que son caracteres normales de la cosa juzgada la complementariedad y la particularidad o singularidad. Respecto a la complementariedad, se tiene que la cosa juzgada consiste en un mandato complementario (adicional), puesto que normalmente el proceso es declarativo, el mandato en que se resuelve el juicio del juez no crea, sino que declara cierta una relación jurídica preexistente; por lo demás, el carácter imperativo del juicio se presenta todavía, por cuanto después de él la relación jurídica existe como si la ley misma la hubiese estatuido singularmente<sup>5</sup>. Sin menoscabar en lo esencial lo señalado por el maestro italiano, sin embargo, debo señalar que no todos los procesos tienen la calidad de declarativos, sino que también hay procesos que tienen por objetivo emitir decisión final con carácter constitutivo de derechos, p.e., un proceso de divorcio donde la sentencia declara fundada

sino que esté cerrada a este tipo de discusiones en razón de su firmeza (...).” DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*; editorial Aguilar, Madrid, 1966; p. 51.

1 “No es la cosa juzgada un efecto general de toda sentencia, sino uno especial, o mejor dicho, una calidad especial, que la ley les asigna a ciertas sentencias, en virtud del poder de jurisdicción del Estado. La naturaleza de la cosa juzgada es la misma de la sentencia que la contiene. En toda sentencia ejecutoriada se contiene un mandato singular y concreto, que es imperativo y obligatorio, no por emanar de la voluntad del juez, sino por voluntad de la ley. Pero la cosa juzgada le agrega una calidad especial: la inmutabilidad y definitividad, que son los efectos propios de ella”. DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General del Proceso*, Tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1985, pp. 560-561.

2 “Esta fórmula reclama, según el concepto común, no tanto el resultado de cualquier proceso de cognición, cuanto el del proceso de cognición contencioso; por lo demás, a medida que el conocimiento profundo de los fenómenos procesales hace surgir al lado de la del proceso contencioso la figura del proceso voluntario, y también junto al proceso definitivo el proceso cautelar, no hay razón para no extender su concepto a todas las especies del proceso jurisdiccional: es iudicata la res cuando el juez ha formulado el juicio de fondo tanto en sede contenciosa como en sede voluntaria, tanto en sede definitiva como en sede cautelar.” CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*; Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Quinta edición: Buenos Aires, 1959; p. 137.

3 Como sabemos un órgano jurisdiccional no solo realiza función de índole jurisdiccional, sino también, en algunos casos función cuasi administrativa, por ejemplo, en los procesos no contenciosos.

4 Es obvio que si la decisión final que se alcanza en un proceso, ha estado precedida de afectación a derechos fundamentales de índole procesal, como por ejemplo, la afectación al derecho al contradictorio, entonces la decisión solo tiene la apariencia de cosa juzgada, y en otro proceso (nulidad de cosa juzgada fraudulenta o proceso de amparo por afectación a la tutela procesal efectiva), puede ser dejada sin efecto. esta es la llamada por la doctrina la cosa juzgada írrita.

5 CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*; Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Quinta edición: Buenos Aires, 1959; p. 138 - 139



la pretensión, modifica el estado civil, de casados a divorciados<sup>1</sup>; y también existen procesos en los cuales la decisión sólo se circunscribe a la ejecución de una prestación, como son los procesos de ejecución<sup>2</sup>.

Respecto a la característica de particularidad o singularidad de la cosa juzgada, Carnelutti consideraba la misma se advierte, en tanto que la decisión del juez atañe a un caso singular (a una o más relaciones jurídicas) no a una serie de casos (de relaciones jurídicas)<sup>3</sup>; por lo demás, afirmaba, el carácter imperativo existe todavía y hasta se afirma mejor por cuanto en lo que respecta a un caso singular el juez ha considerado que vale como si para aquel caso el legislador lo hubiese mandado<sup>4</sup>. Acá también debo precisar que existen procesos en los cuales la decisión final no solo es vigente o válida para un caso singular, sino también para varios casos, como sucede en el caso del patrocinio de intereses difusos<sup>5</sup>.

No obstante lo anterior, es menester señalar que para la mayoría de autores las características más comunes de la cosa juzgada son: la irrecurribilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad, algunos autores adicionan otras más, pero me parece que las indicadas son las principales<sup>6</sup>. A decir de Ledesma, estas características, sólo se presentan en los actos que emanen de la función jurisdiccional del Estado, puesto que ni la legislación, ni la administración pueden expedir actos con estas modalidades, ya que, por su propia naturaleza, las leyes se derogan con otras leyes y los actos administrativos se revocan o modifican con otros actos, de allí que se concluya que sin cosa juzgada no hay jurisdicción<sup>7</sup>.

## 1. Irrecurribilidad

A esta característica también se le suele conocer con otros nombres, como inimpugnabilidad, irrevisibilidad o irrevocabilidad. Ahora bien, las decisiones de los jueces, por regla general, están sujetas a cuestionamientos por los sujetos que participan en un proceso, y que cuestionan la validez de la decisión por el incumplimiento de un requisito de forma o fondo, por considerar que se afectan sus derechos. Los jueces como seres humanos son falibles, pasibles de equivocación, y es por ello que las legislaciones prevén un sistema de revisión para corregir cualquier error que se advierta y que traiga como consecuencia afectación de derechos, en nuestro caso nacional tenemos regulado todo un sistema impugnatorio con la incorporación de remedios procesales y recursos en nuestra legislación<sup>8</sup>.

1 Según Couture, la jurisdicción es declarativa y constitutiva al mismo tiempo. Declara el derecho preexistente y crea nuevos estados jurídicos de certidumbre y de coerción inexistentes antes de la cosa juzgada. En ese sentido, es preciso señalar que, si bien la cosa juzgada es susceptible de ejecución, en caso que se imponga una sentencia de condena, ello no implica que el triunfador esté obligado a ejecutar la sentencia; pero sí debe estar facultado para hacerlo cuando desee. Sin esa facultad la jurisdicción se frustra. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil; tomo I, Primera edición, Julio 2008; Lima; p. 474.

2 Esto es lo que se regula en el Título V del CPC, donde la sentencia o auto final solo dispone cumplir con el pago de la obligación demandada, bajo apercibimiento de ejecución forzada.

3 Si bien coincido con Carnelutti, en el sentido que la decisión del juez atañe a un caso singular, sin embargo, no así se excluye que la decisión también pueda ser utilizada para otros casos, y si bien eso no encontramos expresamente previsto en el CPC, si lo hallamos en el artículo 9, inciso 2 del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, norma que establece que cuando se presenten casos análogos y se requiera idéntica motivación para la resolución de los mismos, se podrán usar medios de producción en serie, siempre que no se lesione las garantías del debido proceso, considerándose cada uno como acto independiente.

4 CARNELUTTI; ob. Cit., p. 138 - 139

5 El artículo 82 del CPC, establece una especie de cosa juzgada a la cual se llama "class action", siendo que en virtud de la misma, la sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso, obviamente siempre que estos terceros afecten el mismo derecho que se protegió en el indicado proceso.

6 Monroy Gálvez, sostiene que una tendencia intrínseca de la jurisdicción es que –presentados determinados requisitos- se llegue al estado en el cual la decisión judicial habrá obtenido con carácter definitivo, irrevocable, inmutable y permanente el objetivo propuesto (la solución del conflicto de intereses, por ejemplo), a lo cual se llama cosa juzgada. MONROY; ob. Cit., p. 220.

7 LEDESMA NARVAEZ; ob. cit., p. 473.

8 CPC.- "Clases de medios impugnatorios.- Artículo 356.- Los remedios pueden formularse por quien se considere agraviado por actos procesales no contenidos en resoluciones. La oposición y los demás remedios sólo se interponen en los



No obstante lo anteriormente indicado, es necesario que las decisiones judiciales, en algún momento adquieran firmeza, esto es, ya no puedan ser materia de cuestionamientos, para así ejecutarlas plenamente, pues así se logrará alcanzar seguridad jurídica<sup>1</sup>; estas decisiones son las que adquieren calidad de cosa juzgada. Una vez que una decisión ha adquirido dicha calidad ya no resulta viable su cuestionamiento<sup>2</sup> a través de ningún medio impugnatorio ni proceso especial, en otras palabras, precluye<sup>3</sup> la actividad impugnatoria<sup>4</sup>; el bien juzgado se convierte en inatacable (*finem controversiarum accipit*); la parte a la que el bien le fue negado no puede reclamarlo más; la parte a la que fue reconocido, no solo tiene derecho a conseguirlo prácticamente frente a la otra, sino que no puede sufrir de estos posteriores ataques a este derecho y a este goce.<sup>5</sup> Es pacífica la posición doctrinaria en el sentido que la cosa juzgada, per se implica la irrecorribilidad de la resolución que la contiene<sup>6</sup>; lo cual a su vez supone la invariabilidad de la decisión<sup>7</sup>.

Para Gozaini, la irrevocabilidad del fallo cuenta con tres nociones bien definidas. La primera, refiere a la preclusión, que se dirige a mostrar cómo operan las clausuras de las etapas procesales una vez superados los tiempos que las partes tienen para impugnar. Según Chioyenda, “la preclusión consiste en que después de la realización de determinados actos o del transcurso de ciertos términos queda precluido a la parte el derecho de realizar otros actos procesales determinados o en general, actos procesales. El segundo criterio, reposa en la cosa juzgada formal, que significa la imposible deducción de recursos contra una sentencia dictada en el proceso. Una “suma preclusión”<sup>8</sup>, que sin embargo no entorpece la facultad de replantear la cuestión en otro juicio posterior (v.gr.: ordinario posterior al juicio ejecutivo). El último concepto, escala en la cosa juzgada material, que elimina toda impugnación posible, dentro o fuera del proceso donde se dicta<sup>9</sup>.

La jurisprudencia nacional también se ha ocupado de la irrecorribilidad de la cosa juzgada. Así, el Tribunal

casos expresamente previstos en este Código y dentro de tercer día de conocido el agravio, salvo disposición legal distinta. Los recursos pueden formularse por quien se considere agraviado con una resolución o parte de ella, para que luego de un nuevo examen de ésta, se subsane el vicio o error alegado.”

1 Según Dioguardi, “La irrevocabilidad que adquieren las sentencias, cuando respecto de las mismas no proceden impugnaciones que admitan su directa modificación, se denomina cosa juzgada. Desde ese punto de vista, podemos referir que la cosa juzgada es una cualidad de la sentencia, que le permite proyectar seguridad jurídica como su efecto más ponderable, (...)” DIOGUARDI; ob. Cit., p. 314.

2 Palacio señala al respecto que “En otras palabras, dado que la finalidad auténtica del proceso (contencioso) radica en la satisfacción de una pretensión y ese resultado ha sido obtenido a través de una sentencia inimpugnable que ha actuado o denegado la actuación de aquélla, atentaría contra la seguridad jurídica y comprometería incluso el prestigio de la actividad jurisdiccional del Estado, en desmedro del poder que esa actividad entraña, la posibilidad de reeditar el debate y la decisión acerca de las cuestiones involucradas en el objeto del proceso. De allí que, sin perjuicio de las facultades de las partes precedentemente referidas, la institución de la cosa juzgada reviste carácter público y obsta a la proposición eficaz de una pretensión ya juzgada en una sentencia provista de aquella calidad”. PALACIO, Lino Enrique. Manual de Derecho Procesal Civil, 17a edición actualizada, Bs As, Abeledo-Perrot, 2003, p. 501.

3 La institución de la preclusión es la base práctica de la eficacia de la sentencia, quiere decir que la cosa juzgada substancial (obligatoriedad en los juicios futuros) tiene por presupuesto la cosa juzgada formal (preclusión de las impugnaciones). Pero es preciso no confundir la cosa juzgada y preclusión; porque esta es una institución general en el proceso, que tiene aplicaciones en muchos casos distintos de la cosa juzgada. CHIOYENDA; ob. Cit., p. 417.

4 De lo dicho se sigue que la cosa juzgada supone, fundamentalmente, la inimpugnabilidad de la sentencia, o, lo que es igual, la preclusión de los recursos que procedan contra ella (tanto por no haberse deducido cuanto por haberse consumado la facultad de deducirlos). Al operarse tal preclusión, que obsta al ataque directo de la sentencia, se dice que ésta adquiere autoridad de cosa juzgada en sentido formal. Cuando en cambio la sentencia, aparte de ser insusceptible de ese ataque directo mediante la interposición de un recurso, también lo es de ataque indirecto a través de la apertura de un nuevo proceso, se dice que aquélla goza de autoridad de cosa juzgada en sentido material. PALACIO; ob. Cit., p. 534.

5 CHIOYENDA, Giuseppe; Instituciones de Derecho Procesal Civil; Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid, 1954; p. 432 - 433.

6 MONROY GÁLVEZ hace saber que un requisito adicional para que la autoridad de la cosa juzgada acompañe a una resolución es que se presente alguna de estas situaciones: sea que se hayan agotado todos los medios impugnatorios posibles de ser deducidos contra ella, sea que se trate de una decisión inimpugnable o que haya transcurrido el plazo legal correspondiente sin haberse interpuesto impugnación alguna contra esta.

7 Alsina consideraba que, la cosa juzgada supone la irrecorribilidad de la sentencia y tiene como consecuencia la inmutabilidad de la decisión. La primera condición irrecorribilidad que, según sabemos, constituye la cosa juzgada formal, resulta de la inadmisibilidad de los recursos ordinarios y extraordinarios, o del desistimiento de los recursos interpuestos. ALSINA; ob. Cit., p. 155 y 156.

8 Chioyenda, citado por GOZAINI, Osvaldo Alfredo; Elementos de Derecho Procesal Civil; 1ª edición, Buenos Aires: Ediar, 2005; p. 392 - 393.

9 GOZAINI; ob. Cit., p. 392 - 393.





Constitucional en el fundamento 5 de la sentencia emitida en el Expediente N° 04063-2007-PA/TC1, ha señalado que mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla.

Por otro lado, debe tenerse también presente que en casos muy especiales, se prevé la existencia de mecanismos procesales para proceder a la revisión de decisiones judiciales que formalmente han alcanzado la condición de cosa juzgada. En sede nacional claramente encontramos dos mecanismos: la nulidad de cosa juzgada fraudulenta (artículo 178° CPC<sup>2</sup>), y el proceso de amparo (artículo 4° del Código Procesal Constitucional<sup>3</sup>). Sin embargo, en estricto, a través de estos procesos no se cuestiona la validez de la cosa juzgada, sino la validez de una resolución con apariencia de ella, puesto que la cosa juzgada sólo se alcanzará cuando la decisión se haya emitido en un proceso en el cual se han observado las garantías que conforman los principios-derechos constitucionales del debido proceso y la tutela jurisdiccional<sup>4</sup>.

## 2. Inmutabilidad

Al igual que la anterior característica, a esta también se le suele conocer como invariabilidad, irreversibilidad o irrevocabilidad.

Inmutabilidad genéricamente significa no cambiar, no modificar, no variar. En similar sentido, cuando se habla de la inmutabilidad de la cosa juzgada, se hace referencia a que una decisión judicial que por mandato legal ha resuelto definitivamente un asunto, ya no puede ser cambiada, no puede variarse<sup>5</sup>. La inmutabilidad es una característica que expresamente se encuentra reconocida por el artículo 139,



1 Publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, el día 02 de agosto de 2010.

2 CPC.- “Artículo 178.- Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta.- Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, si no fuere ejecutable puede demandarse, a través de un proceso de conocimiento la nulidad de una sentencia o la del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso que se origina ha sido seguido con fraude, o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez o por éste y aquellas.

Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se considere directamente agraviado por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos en este Título.

En este proceso sólo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles.

Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda. Sin embargo la nulidad no afectará a terceros de buena fe y a título oneroso.

Si la demanda no fuera amparada, el demandante pagará las costas y costos doblados y una multa no menor de veinte unidades de referencia procesal”.(subrayado nuestro)

3 Código Procesal Constitucional.- Artículo 4.- Procedencia respecto de resoluciones judiciales

El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo.

El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal. (subrayado nuestro).

4 Constitución Política del Perú. Principios de la Administración de Justicia.- Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. (...).

5 El artículo 139°.2, 2do párrafo de la Constitución Política, señala que no se puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada. En similar sentido el artículo 4°, segundo párrafo, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que no se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.

inciso 2 de la Constitución Política<sup>1</sup>; también en el párrafo final del artículo 123 del CPC<sup>2</sup> y en el segundo párrafo del artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)<sup>3</sup>; y se traduce en una prohibición al juez para modificar lo que se ha decidido en una resolución que ha adquirido la calidad de cosa juzgada; implica ello que no se puede decidir de nuevo y en un proceso posterior sobre el litigio ya resuelto por una sentencia emitida en un proceso anterior; no solamente para decidir en desacuerdo con esta, sino simplemente para que no se pronuncie sobre ese litigio. Esta es la eficacia procesal de la cosa juzgada, que complementa su eficacia material y significa la preclusión no solo del derecho a provocar el cambio de la decisión, sino a revisarla. Pero debe entenderse revisión posterior, porque la preclusión de la impugnación en el mismo juicio es la ejecutoria<sup>4</sup>; debiéndose entender por ejecutoria a la decisión emitida por el órgano jurisdiccional de la más alta instancia, en nuestro caso la Corte Suprema.

Alessandri, al respecto consideraba que la cosa juzgada es irrevocable en el sentido de que la sentencia reglamenta la situación jurídica de las partes, es el estatuto de las partes, les da un derecho de que no pueden ser privadas en forma alguna. Este derecho no puede ser alterado ni por los tribunales ni por el legislador, sino de acuerdo con los principios establecidos por la Constitución Política. El legislador mismo no puede desconocer el derecho que la cosa juzgada da a las partes<sup>5</sup>. Palacio, por su lado, afirma que la irrevocabilidad no constituye, un efecto de la sentencia, sino una cualidad que se agrega a ella para aumentar su estabilidad y que igualmente vale para todos los posibles efectos que produzca<sup>6</sup>. La inmutabilidad o irrevocabilidad, implica que la cosa juzgada produce dos tipos de efectos: a) efectos materiales, sobre el derecho material, para darle de manera permanente o perpetua entre las partes la certeza jurídica o negarlo y rechazarlo con iguales efectos sustanciales (definitividad); y, b) efectos procesales: para imponer a todos los funcionarios del Estado, y no solo a los jueces, el deber de respetar la decisión y de abstenerse de revisarla en proceso posterior<sup>7</sup> (ya que el proceso donde fue proferida está concluido)<sup>8</sup>. Esta es la eficacia procesal de la cosa juzgada, que complementa su eficacia material y significa la preclusión no solo del derecho a provocar el cambio de la decisión, sino a revisarla.

La distinción entre cosa juzgada formal y cosa juzgada sustancial o material no constituye sino un modo de aclarar situaciones diversas, a las que no siempre la doctrina ha prestado justa consideración. Durante largo tiempo se habló de “cierta especie de autoridad de cosa juzgada” para referirse a situaciones en las cuales, en forma anómala, la llamada cosa juzgada perdía uno de sus atributos fundamentales: la inmutabilidad. Hoy puede determinarse con relativa precisión que, cuando una sentencia no puede ser ya objeto de recurso alguno, pero admite la posibilidad de modificación en un procedimiento posterior, se está en la presencia de una situación de cosa juzgada formal, y cuando a la condición de inimpugnante mediante recurso, se agrega la condición de inmodificable en cualquier otro procedimiento posterior, se dice que existe cosa juzgada sustancial, ya que entonces ninguna autoridad podrá modificar, definitivamente, lo resuelto<sup>9</sup>.

1 Constitución Política.- “Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 2. (...) Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias, (...)” (resaltado es nuestro)

2 CPC.- “Artículo 123.- Cosa Juzgada.- (...) La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 178 y 407.” (resaltado es nuestro)

3 LOPJ.- “Artículo 4.- (...) No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución (...)” (resaltado es nuestro)

4 DEVIS ECHANDIA; ob. Cit., p. 572 y 573.

5 ALESSANDRI R., Fernando D.; Curso de Derecho Procesal (apuntes tomados en clase), Imprenta El Esfuerzo, Santiago de Chile, 1934, p. 73.

6 PALACIO; ob. Cit., p. 533-534.

7 Cfr. DEVIS ECHANDIA. Ob. Cit., págs. 572 y 573.

8 La Constitución en su artículo 139°.<sup>13</sup>, determina que está prohibido revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada.

9 COUTURE; ob. cit., p. 421 - 422.



La inmutabilidad de la sentencia que la cosa juzgada ampara, está condicionada por la exigencia de que exista identidad de procesos<sup>1</sup>, siendo que en el segundo proceso la pretensión a la cual se opone sea la misma que motivó el pronunciamiento del primer proceso. Este proceso de identificación de la identidad se hace, a petición de parte vía excepción<sup>2</sup>, o de oficio por el juez, y consiste en la comparación de los elementos de ambas pretensiones en los dos procesos: 1) las partes o quienes de ellos deriven sus derechos sean las mismas en ambos procesos, 2) igual petitorio, y 3) el mismo interés para obrar<sup>3</sup>. Basta que un solo elemento difiera para que la excepción de cosa juzgada sea desestimada. Esta distinción no fue hecha por los romanos, ya que ellos resolvían la cuestión en conjunto; como casos aislados y para determinar si había cosa juzgada, procedían de la misma manera. Las leyes de Partidas tampoco separaron el objeto de la causa, y el criterio fundamental estaba dado por el peligro de sentencias contradictorias. Fueron los glosadores quienes elaboraron la doctrina de las tres identidades, echando las bases de su construcción actual<sup>4</sup>. La inmutabilidad requiere pues de un pronunciamiento expreso sobre el punto litigioso, de tal manera que no se cumple con ello cuando el pronunciamiento deja expresamente para otro juicio la solución del punto, o se dejan a salvo los derechos del actor o del emplazado<sup>5</sup>.

Por otro lado, si se tiene en cuenta los fines que se persigue con el proceso, ellos no se alcanzarían sin la inmutabilidad de la cosa juzgada, siendo ésta una condición esencial para ello<sup>6</sup>. Si una decisión judicial que resuelve el conflicto en última instancia, se desconoce, modifica, o se deja sin efecto, simplemente es ineficaz, creándose una situación de pendencia permanente, y por lo mismo insatisfacción en el colectivo social. Puede ser que el no acatamiento de la decisión se deba a que uno de los justiciables considere que, aunque la decisión se haya obtenido en última instancia, la misma es injusta, sin embargo esto no justificará que se desconozca la decisión si ésta se ha obtenido respetando los derechos fundamentales que conforman el debido proceso y la tutela jurisdiccional. Como decía Alsina, la sentencia puede ser injusta, en cuanto sus conclusiones se aparten de la regla establecida en la norma substancial, pero, una vez pasada en autoridad de cosa juzgada, vale como si fuese justa<sup>7</sup>. Para cierto sector doctrinario es posible que las partes de común acuerdo puedan modificar la cosa juzgada, siempre que el asunto se trate de derechos disponibles, por ejemplo, un proceso de obligación de dar suma de dinero en el cual el acreedor vencedor del proceso condona la deuda debido a motivos personales -matrimonio con su deudora-<sup>8</sup>. Sin embargo, cabe precisar que si bien pueden presentarse

1 Para Devis Echandia, la sentencia solo obliga como cosa juzgada a las partes respecto de las cuales se dictó, con excepciones de algunos casos de efectos erga omnes, expresamente consagrados en la Ley; únicamente se aplica para el mismo objeto o relación jurídico-material que fue controvertida y respecto de la cual se surtió la litis, y no impide que se debata sobre el mismo objeto y entre las mismas partes, pero con base en una causa distinta, o sea en un título o motivo jurídico diferente. Se deduce también de este principio que las resoluciones judiciales solo pueden impugnarse por los medios que la Ley consagra para el efecto. Cfr. DEVIS ECHANDIA. Ob. Cit., págs. 51 y 545.

2 CPC.- "Artículo 446.- Excepciones proponibles.- El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones: (...) 8. Cosa Juzgada; (...)".

3 CPC.- "Artículo 452.- Procesos idénticos.- Hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos."

4 ALSINA; ob. Cit., págs. 134 - 135.

5 Cfr. ALSINA; ob. Cit., págs. 155 y 156.

6 Chioyenda señalaba que la razón de ser de la cosa juzgada está en la necesidad de poner término a los litigios decididos por sentencia judicial para impedir su sucesivo replanteamiento por la parte desfavorecida y evitar así la incertidumbre en la vida jurídica. Sin la cosa juzgada el trabajo de los funcionarios judiciales se desvirtuaría, ya que al serle posible a la parte insatisfecha el plantear de nuevo el litigio, dependería de la voluntad particular la eficacia en el tiempo de las sentencias y se les restaría su mayor importancia y utilidad práctica.». Chioyenda, citado por DEVIS ECHANDIA, Hernando; Nociones generales de Derecho Procesal Civil; Editorial Aguilar, Madrid, 1966; p. 545.

7 ALSINA; ob. Cit., págs. 127 y 128.

8 En nuestro sistema procesal, también es posible la modificación de la resolución que ha adquirido la calidad de cosa juzgada, en cuanto se refiere al cumplimiento de la obligación que en ella se ha determinado; así, se advierte del artículo 339 del CPC, en el cual se prevé la posibilidad de que las partes acuerden, aunque hubiera sentencia consentida o ejecutoriada, condonar la obligación que ésta contiene, novarla, prorrogar el plazo para su cumplimiento, convenir una dación en pago y, en general, celebrar cualquier acto jurídico destinado a regular o modificar el cumplimiento de la sentencia; sin embargo, tampoco puede tomarse como una excepción a la inmutabilidad de la cosa juzgada, ya que las variaciones pueden permitirse respecto a la forma de ejecutar la sentencia, pero no altera en lo absoluto lo decidido en ella.



casos como el señalado, sin embargo, esa circunstancia no modifica lo decidido, esto es, la existencia de una obligación impaga y la determinación de un acreedor y un deudor, quedando a criterio del vencedor si ejercita actividad procesal tendiente a hacer cumplir lo decidido, ya que no se constituye como una obligación la ejecución de la cosa juzgada, tanto así que inclusive se ha establecido legalmente la posibilidad de declararse prescritos los derechos que emanan de una resolución firme, situación jurídica que la encontramos en el artículo 2001° del Código Civil<sup>1</sup>, y que se presentará obviamente cuando hay inercia del vencedor.<sup>2</sup> Sin embargo, en ningún caso, aunque las partes se pongan de acuerdo, podrá someterse nuevamente a decisión judicial la cuestión anteriormente decidida.

La inmutabilidad, no es absoluta, ya que dependiendo de ciertas condiciones la misma debe ceder ante valores más trascendentes del derecho. Alsina, precisando al respecto, se preguntaba sobre las razones que habrían para sacrificar un derecho -perdido por una sentencia injusta- impidiendo una nueva revisión, llegando a concluir que no puede decirse que sea una razón natural, desde que la equidad, por el contrario, indica que un pronunciamiento debe ser revisado tantas veces como sea necesario para darle un contenido conforme a derecho. Así lo ha hecho algunas veces el legislador, acordando un recurso de revisión –en nuestro caso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta<sup>3</sup>-, tanto en materia civil como en otras materias, y hasta puede decirse que la institución de la cosa juzgada no presenta los mismos caracteres a través del tiempo y del espacio<sup>4</sup>.

Por otro lado, según Ledesma, la cosa juzgada es el fin del proceso. Si este no culmina en cosa juzgada es procedimiento. Los fines del proceso no se logran por éste, que es solo un medio, sino por la cosa juzgada. Entre el proceso y la cosa juzgada existe una relación entre medio y fin. El medio es el proceso, el fin la cosa juzgada. Como señala Fenech, la cosa juzgada es el efecto del proceso consistente en la trascendencia que concede el Derecho positivo a la decisión del objeto del proceso. Reforzando la idea, que la cosa juzgada por sí misma no se justifica; un sector de la doctrina la presenta en una relación de medio a fin entre ella y la efectiva vigencia del derecho. El fin no es la inmutabilidad, sino la justicia; la paz, el orden, la seguridad, es decir, los valores a los cuales el derecho accede y sirve. En ese orden de ideas, tampoco la sentencia inhibitoria constituye cosa juzgada. Como el juez se limita a declarar que está inhibido para resolver la existencia del derecho material pretendido, por lo cual no niega ni afirma que ese derecho exista, es imposible que se produzca cosa juzgada sobre un punto que no ha sido objeto de la decisión.<sup>5</sup>

Devis Echandia, por su parte, y en similar posición, consideraba que la inmutabilidad es condición esencial para que el fin del proceso se cumpla a cabalidad, es decir, para obtener la certeza jurídica en forma definitiva, mediante la aplicación de la voluntad concreta de la Ley al caso en litigio. En este sentido se presume cierta esa voluntad del legislador declarada en la sentencia, y, por tanto, se presume justa la decisión, aun cuando la idea de tal presunción no tiene ninguna realidad, por lo cual debe desecharse. Como una excepción, en casos muy especiales y por motivo de moralidad y de

1 CÓDIGO CIVIL.- “Plazos de prescripción.- Artículo 2001.- Prescriben, salvo disposición diversa de la ley: 1.- A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico. (...)”

2 Palacio, dice al respecto, que siempre que se trate de materia disponible las partes tienen la facultad de modificar el alcance de la cosa juzgada, la parte vencedora no sólo puede renunciar al resultado favorable obtenido a través de la sentencia que goza de aquella cualidad, sino también, de común acuerdo con el vencido, regular nuevamente los términos de la relación o del estado jurídico sobre que versó el pronunciamiento. Cfr. PALACIO, Lino Enrique. Derecho Procesal Civil, Tomo V – Actos Procesales, 4ta reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993. p. 500.

3 Ledesma considera al respecto que la inmutabilidad de la cosa juzgada no es un dogma, pues esta se doblega ante el argumento del fraude procesal; esto implica que si en el proceso o con el proceso ha existido actividad dolosa o fraudulenta y que como consecuencia de dicha actividad se ha logrado una sentencia injusta que causa agravio a las partes o terceros, no estaríamos ante la cosa juzgada sino ante una apariencia de ella, porque el Derecho no puede otorgar seguridad jurídica a sentencias provenientes de la actividad fraudulenta. En esas circunstancias, de manera excepcional y extraordinaria, cabe interponer la revisión por fraude procesal, al amparo del artículo 178 del CPC, a fin que la jurisdicción verifique la actividad dolosa y como consecuencia de ello rescinda los efectos de la cosa juzgada. Cfr. LEDESMA; ob. Cit., p. 473.

4 ALSINA; ob. Cit., págs. 127 y 128.

5 LEDESMA; ob. Cit., p. 474.

justicia, se permite una revisión de la sentencia que tiene valor de cosa juzgada. Pero, se trata en realidad de que la cosa juzgada produce efectos materiales y procesales: aquellos, sobre el derecho material, para darle de manera permanente o perpetua entre las partes la certeza jurídica o negarlo y rechazarlo con iguales efectos sustanciales (definitividad); estos, para imponer a todos los funcionarios del Estado, y no solo a los jueces, el deber de respetar la decisión y de abstenerse de revisarla en juicio posterior (ya que el juicio donde fue proferida está concluido), es decir, su inmutabilidad<sup>1</sup>.

Otra excepción que se puede hacer a la inmutabilidad de la cosa juzgada la encontramos en el artículo 407 de nuestro CPC, pues en dicho dispositivo, que está referido a la corrección de resoluciones, se precisa que los errores numéricos y ortográficos pueden corregirse incluso durante la ejecución de la resolución. Como se ve no está referido este asunto a situaciones de fondo o sustanciales, de tal forma que una resolución que ha adquirido la calidad de cosa juzgada puede ser corregida incluso respecto al nombre de los justiciables si en la decisión final se han consignado nombres distintos al de aquellos que participaron durante todo el proceso.

La jurisprudencia constitucional también ha reconocido la característica de la inmutabilidad, así el Tribunal Constitucional en el fundamento 5 de la sentencia emitida en el Expediente N° 04063-2007-PA/TC2, ha señalado que: "(...) que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición –cosa juzgada-, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó" (STC 4587-2004-AA/TC, fundamento 38). El mismo Tribunal en el fundamento 3 de su sentencia emitida en el expediente N° 0818-2000-AA/TC3, ha establecido que "(...) el respeto de la cosa juzgada (...) impide que lo resuelto pueda desconocerse por medio de una resolución posterior, aunque quienes lo hubieran dictado entendieran que la decisión inicial no se ajustaba a la legalidad aplicable, sino tampoco por cualquier otra autoridad judicial, aunque ésta fuera de una instancia superior, precisamente porque habiendo adquirido el carácter de firme, cualquier clase de alteración importaría una afectación del núcleo esencial del derecho"<sup>4</sup>.



### 3. Coercibilidad

Queda claro que la coerción es uno de los elementos de la función jurisdiccional del Estado. Esto es, no será posible catalogar una actividad pública como jurisdicción, si además de los otros elementos que la integran<sup>5</sup>, no se autoriza el uso de la fuerza al Juez para hacer que sus decisiones se cumplan. El profesor español Guasp, al desarrollar el tema de la cosa juzgada en sentido amplio, señalaba que ello está referido a la fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales, y que esta fuerza se traduce en un necesario respeto y subordinación a lo dicho y hecho en el proceso<sup>6</sup>. La coerción siempre estará presente en la ejecución de una decisión judicial si quienes deben cumplirla no

1 DEVIS ECHANDIA, Hernando. Nociones generales de Derecho Procesal Civil, Editorial Aguilar, Madrid, 1966. págs. 572-573.

2 Expediente N° 04063-2007-PA/TC, publicada en el diario oficial "El Peruano", el día 02 de agosto de 2010.

3 Expediente N° 04063-2007-PA/TC, publicada en el diario oficial "El Peruano", el día 02 de agosto de 2010.

4 Sobre la inmutabilidad de la cosa juzgada constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, son casos relevantes los siguientes: 1. Caso Panamericana Televisión (Expediente N° 04617-2012-PA/TC); 2. Caso Augusto Sipión Barrios (Expediente N° 03700-2013-PA/TC); 3. Caso Luis Alberto Cardoza Jiménez (Expediente N° 2135-2012-PA/TC). Cfr. CURACA KONG, Alfredo Orlando, y Luis Andrés ROEL ALVA; La inmutabilidad de la cosa juzgada constitucional: ¿se puede anular una sentencia del Tribunal Constitucional?; en: Revista Peruana de Derecho Constitucional; p. 162; en: [https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/revista/revista\\_peruana\\_der\\_consti\\_9\\_08.pdf](https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/revista/revista_peruana_der_consti_9_08.pdf); Recuperado: 24-10-18.

5 La ciencia procesal nos hace saber que la jurisdicción presenta los siguientes elementos o poderes: 1. Poderes técnicos esenciales: Notio, Vocatio, Jurisdictio, Efectivización procesal; y 2. Poderes técnicos contingentes: Coertio, Executio, Declaración de inconstitucionalidad, Dirección del proceso y medidas de socialización.

6 GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. Tomo I. Madrid. Ed. Civitas S.A. España, 1998. p. 511.

lo hacen, caso en el cual al juez no le queda otra opción de constreñirlos a su cumplimiento sea a través de “astreintes”<sup>1</sup>, empleo de la fuerza pública u otro mecanismo, pero de ninguna manera puede dejar incumplida la decisión. Si bien la coercibilidad acompaña a toda decisión judicial, sea o no firme, sin embargo en el caso de la cosa juzgada no existe discusión alguna al respecto, atendiendo al carácter de inmutable e irrecurrible que le asiste.

Luego de haber verificado, de manera muy sucinta como lo exige un artículo académico, que la cosa juzgada es esencial en el ejercicio y eficacia de la función jurisdiccional, y que dicha institución está ampliamente protegida por la Constitución y las leyes internas, pues con ella se alcanza seguridad jurídica, sin embargo, también por experticia apreciamos que la cosa juzgada puede ceder en su eficacia, sobre todo en su característica de inmutabilidad, cuando existen situaciones que ameritan el cambio en lo decidido, o al menos que se cumpla de manera exacta como se ha dictado la decisión; y esto es lo que hemos apreciado en un caso donde entró en conflicto una resolución que había adquirido la calidad de cosa juzgada con el cobro del impuesto a la renta. Este tema de conflicto de instituciones es precisamente lo que voy a desarrollar a partir de la Casación N° 10255-2014 AREQUIPA.

El caso fue el siguiente. Doña Juana Ariela Velarde Castro presentó una demanda contenciosa administrativa, en contra de la Municipalidad Provincial de Arequipa y el Procurador Público de dicha Municipalidad. La pretensión principal fue la declaración de nulidad total de la Resolución de Alcaldía N° 309 de fecha 14 de marzo del 2012, por la causal señalada en el artículo 10° inc.1 de la Ley N° 274442, pidiendo que la demandada devuelva los montos indebidamente descontados desde agosto del 2007 a julio del 2009 con sus respectivos intereses. La demandante argumentó que era trabajadora de la entidad demandada y había iniciado un proceso judicial (expediente N° 1208-2001) sobre reintegro de devengados, que en dicho proceso la sentencia ejecutoriada había ordenado el pago del reintegro de sus sueldos por el período de enero de 1993 a diciembre de 2002, y en la etapa de ejecución la demandada depositó sin su consentimiento S/. 200.00 nuevos soles en su boleta de pago, los cuales iban a cuenta de la diferencial remunerativa que se ordenó pagar en el referido proceso, siendo que este depósito originó que el sueldo de la demandante en apariencia sea mayor, dando lugar a que se le hicieran descuentos por concepto de impuesto de quinta categoría, los cuales ascendían a S/. 936.58 nuevos soles por el periodo de agosto del 2007 a diciembre de 2007. Los descuentos que le hiciera la demandada de quinta categoría en forma indebida dio lugar a que la recurrente tramitara un proceso judicial N° 6870-2008, en contra de la Municipalidad, la sentencia de dicho proceso declaró fundada la demanda interpuesta, y a pesar que la recurrente ya había ganado el proceso antes indicado, en un acto ilegal se había continuado realizando descuentos de su boleta por el período de agosto del 2007 a julio de 2009, alcanzando dicho descuento la suma de S/. 1,266.90 nuevos soles. Estos descuentos se habían realizado en mérito a que la demandada, dispuso en forma ilegal agregar S/. 200.00 a su boleta a pesar que dichos montos no le eran cancelados, los descuentos fueron de setiembre a diciembre del 2007 alcanzando la suma de S/. 1,801.11 nuevos soles. Que se le han efectuado descuentos ascendentes a la suma de S/. 1,266.90 nuevos soles.

En la contestación de demanda, el Procurador Público de la Municipalidad Provincial de Arequipa señaló, que conforme el artículo 6 de la ley de productividad y competitividad laboral, se entiende por remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios en dinero o especie sin interesar la forma o denominación, lo que se encuentra corroborado por el artículo 34 de la ley del impuesto a la renta, por tanto todo concepto de remuneraciones esta afecto a descuentos de

1 Astreinte es un término de origen francés, y tiene que ver con la imposición de sanciones económicas (multas progresivas) a quienes resistan el cumplimiento de los mandatos judiciales.

2 Ley N° 27444.- “Artículo 10.- Causales de nulidad.- Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. (...)”

quinta categoría.

La sentencia de primera instancia N° 149 - 2013-4JT, del veintiocho de enero de 2013, establece que en el proceso judicial N° 6870-2008, se ordenó que la entidad demandada cumpla con el pago de S/. 936.58 soles por los descuentos ilegales realizados más los intereses legales que serían pagados en ejecución de sentencia previa liquidación. En el presente proceso, la entidad demandada había regularizado, según refiere, las boletas de pago de la demandante, consignando distintas sumas en el rubro de reintegro de remuneraciones por mandato judicial en el período comprendido entre agosto del dos mil siete y julio del dos mil nueve; situación de hecho que origina el descuento total por concepto de impuesto de quinta categoría de S/. 1,266.90 correspondiendo S/. 1,019.42 al mes de octubre a diciembre del dos mil siete y de S/. 247.48 en los meses julio a diciembre del dos mil ocho. Se argumentó también que, no obstante existir una resolución judicial con la calidad de consentida y un mandato de pago por suma determinada, que no contemplaba la aplicación de ningún descuento, sin embargo la entidad demandada, luego de realizar una supuesta regularización en la planilla de la actora ha afectado los montos otorgados por orden judicial con la renta de quinta categoría originando el descuento de una suma total de S/.1,266.90 Nuevos Soles por el período de agosto del dos mil siete a julio del dos mil nueve conforme se verificó de las boletas de pago presentadas. Que, la resolución número veinticinco, emitida en el expediente Nro. 1208-2001, ordenó el pago del adeudo, sin establecer ningún descuento o afectación, resolución que fue confirmada por la Sala Superior, por lo que la administración estaba en la obligación de dar cumplimiento a la misma sin poder modificar su contenido; siendo así, la afectación realizada a los montos pagados, por la entidad, originan una variación no permitida en el monto de la suma dispuesta como a pagar por la entidad demandada, y en consecuencia la vulneración de una garantía constitucional, tanto más si respecto a una situación similar ya obraba pronunciamiento expreso emitido a nivel jurisdiccional situación que evidenciaba renuencia de la entidad a dar cumplimiento a la resolución judicial que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada. Si bien era cierto, existe una directiva que dispone que el cumplimiento de pago de remuneraciones adeudadas se encuentra afecta a las deducciones por renta quinta categoría, también es cierto que la sentencia emitida dispuso el pago de una suma líquida, no sujeta a condición ni descuento alguno, por lo que mal podría la administración dejar sin efecto el pago del monto ordenado jurisdiccionalmente disponiendo la aplicación de descuentos o gravámenes. Por estas consideraciones se amparó la demanda, declarándose la nulidad total de la Resolución de Alcaldía Nro. 309 de fecha catorce de marzo del dos mil doce, y se dispuso que la demandada cumpla con devolver los montos indebidamente descontados desde agosto del dos mil siete a julio del dos mil nueve, más el pago de intereses.

El Procurador Público de la Municipalidad Provincial de Arequipa, interpuso recurso de apelación contra la sentencia antes indicada, siendo que la Primera Sala Laboral Permanente de Arequipa, confirmó la recurrida con resolución de vista N° 374-2014-1SLP, del diez de junio del dos mil catorce. La Sala Superior argumentó al respecto que, si bien era cierto las remuneraciones de un trabajador dependiente están sujetas al pago del impuesto de quinta categoría, siendo el empleador agente retenedor; en este caso, se ha acreditado que el pago que realiza la demandada deriva de un proceso judicial de acción de cumplimiento que se encuentra en ejecución de sentencia (Exp. N° 1208-2011) sobre pago de reintegros e intereses, debiendo la sentencia emitida en ese proceso cumplirse conforme a sus términos, y no por el contrario, como en efecto ha procedido la demandada, afectando el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales. Además, se determina que la retención realizada por la demandada por impuesto a la renta de quinta categoría contraviene la autoridad de cosa juzgada que ha adquirido la sentencia emitida en el proceso antes señalado, donde se ha ordenado se cumpla con pagar el monto





de S/. 81,170.92. En consecuencia de conformidad a la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente número 01538-2010-PA/TC1, la demandada al no haber cuestionado durante el proceso de cumplimiento las deducciones de ley, como el impuesto a la renta de quinta categoría no puede alterar los alcances de la sentencia firme que dispuso el pago de remuneraciones e intereses a favor de la actora; por lo tanto, se había vulnerado lo señalado en el artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial e incurriendo en la causal de nulidad prevista en el numeral primero del artículo 10° de la Ley N° 27444. Con respecto al argumento de la apelante que no se ha considerado la Resolución Ministerial número doscientos cincuenta – dos mil siete - TR, en concordancia con la Directiva número trece – noventa y nueve SUNAT y Decreto Supremo N° 002-2008-TR, que establecen que los descuentos de Ley son aplicables a las remuneraciones devengadas, reintegros, remuneraciones por mandato judicial y otros, acreditándose que por mandato legal se está efectuando la renta de quinta categoría; señala que en cumplimiento a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 123° del Código Procesal Civil y el artículo 4° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial - Decreto Supremo N° 017-93-JUS, la sentencia firme recaída en el expediente número 1208-2011, tiene la calidad de cosa juzgada y en consecuencia debe cumplirse conforme a sus términos y no de otra manera; y siendo que en el proceso mismo no ha existido controversia en el acogimiento o no al pedido de deducción de la renta de quinta categoría en ejecución de sentencia, entonces corresponde afirmar que el descuento realizado por la entidad demandada representa una afectación al derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales que han adquirido la calidad de cosa juzgada y que en base a lo tratado en el Acuerdo 08-99 del Pleno Jurisdiccional Laboral de mil novecientos noventa y nueve llevado a cabo en la ciudad de Trujillo, no es obligación del Juzgado exigir los pagos de tributos, ni determinar su monto. Nuevamente el Procurador Público de la Municipalidad Provincial de Arequipa, cuestionó la decisión judicial vía recurso de casación, siendo que dicho recurso fue atendido por la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, la misma que emite su Casación N° 1025-2014 AREQUIPA, declarándose fundado el recurso, y en consecuencia casaron la sentencia de vista, y actuando en sede de instancia, revocaron la sentencia apelada, y reformándola se declaró infundada la demanda. La Sala Suprema se sustentó en el artículo 34 inciso a) del Decreto Supremo N° 179-2004-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta<sup>3</sup> y en la Directiva N° 013-99-SUNAT, publicada con fecha 23 de diciembre de 1999, señalando que de las citadas normas, fluye con claridad que

1 Expediente N° 01538-2010-PA/TC (www.tc.gob.pe/ consulta de causas).

2 El referido Acuerdo se puede encontrar en la siguiente dirección: [http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/10\\_10b\\_pleno\\_laboral\\_99.pdf](http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/10_10b_pleno_laboral_99.pdf)

Acuerdo N° 08-99

Incompetencia de los Juzgados de Trabajo para determinar Monto de las Retenciones de Tributos a cargo del Empleador

#### CONSIDERANDO:

Primero.- Que la competencia por razón de la materia de los Juzgados de trabajo está determinada por el artículo 4° de la Ley Procesal de Trabajo;

Segundo.- Que la referida ley no otorga competencia tributaria alguna a los Jueces de Trabajo;

Tercero.- Que el artículo 54° del Código Tributario referido a la exclusividad de las facultades de los órganos de administración establece que ninguna otra autoridad, organismo, ni institución distinta a los señalados en los artículos 50ª y siguientes del mismo Código, podrá ejercer las facultades conferidas a los órganos administradores de tributos, bajo responsabilidad lo que significa que la determinación de la obligación; tributaria corresponde, en primer lugar, al deudor tributario y en el caso de los trabajadores en relación de dependencia, a los empleadores, correspondiendo a la Administración Tributaria, verificar la realización del hecho generador de la obligación tributaria, identificar al deudor tributario, señalar la base imponible y la cuantía del tributo, así como efectuar la fiscalización correspondiente, tal como lo establecen los artículos 59ª y 61ª del mismo Código;

Cuarto.- Que la competencia de los jueces se determina por ley y no por interpretación jurisprudencial;

#### EL PLENO ACUERDA:

Los Juzgados de Trabajo no son competentes para determinar las retenciones a cargo del empleador del Impuesto a la Renta y de cualquier otro tributo o aportación sobre los reintegros de remuneraciones ordenados pagar a favor del trabajador. La responsabilidad de establecer el monto de la retención corresponde al empleador.

3 Decreto Supremo N° 179-2004-EF (Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta).- “Artículo 34, inciso a) “Son rentas de quinta categoría las obtenidas por concepto de: a) el trabajo personal prestado en relación de dependencia, incluidos cargos públicos, electivos o no, como sueldos, salarios, asignaciones, emolumentos, primas, dietas, gratificaciones, bonificaciones, aguinaldos, comisiones, compensaciones en dinero o en especie, gastos de representación y, en general, toda retribución por los servicios personales. (...)”.

4 DIRECTIVA N° 013-99/SUNAT - Lima, 22 de diciembre de 1999 (<http://www.sunat.gob.pe/legislacion/direc/1999/01399.htm>)

1. MATERIA: Impuesto a la Renta - Retenciones sobre remuneraciones abonadas por mandato judicial, y devengadas con



las remuneraciones de los trabajadores dependientes se encontraban gravadas con el Impuesto a la Renta, por tanto, sujetas a las retenciones correspondientes (por el empleador) a las rentas de quinta categoría al momento de su percepción; siendo que los agentes de retención se encuentran obligados a su pago independientemente de la fecha o período devengado, pues con el hecho de pago, surge la obligación de efectuar la retención correspondiente por mandato legal (décimo tercero considerando). La Suprema Sala consideró, además, que si bien la figura jurídica procesal de cosa juzgada, en términos del artículo 139° inciso 2) de la Carta Fundamental, debe ser respetada y cumplida, sin embargo, en el presente caso, dicha garantía constitucional no se afectaba, pues el pago de las remuneraciones -como en el caso de los trabajadores dependientes-, ya sea por mandato judicial o legal, se encuentra afectado por el impuesto a la renta por quinta categoría; este criterio concuerda con los linderos de razonabilidad, debido a que en la realidad, los servicios que presta el trabajador a su empleador genera como retribución una remuneración, la misma que se encuentra afecta al pago del impuesto a la renta; por lo que la posterior determinación de un adeudo remunerativo, ya sea por mandato judicial o legal, también conlleva el pago del impuesto, pensar lo contrario sería ilógico e irrazonable. Por ende, la sentencia judicial favorable obtenida por la accionante en el aludido proceso constitucional, -según la Corte Suprema- no se veía afectada, pues su ejecución importa necesariamente la aplicación armónica de la cosa juzgada con el principio de legalidad, no solo porque el empleador tiene la obligación legal de ejercer una facultad de control del principio de legalidad, sino el de contribuir -al igual que el trabajador- con los gastos públicos reteniendo y pagando los tributos pertinentes. Asimismo, agregó que si bien los sujetos procesales tienen derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales que han adquirido la calidad de cosa juzgada, también lo es que éstos tienen la obligación de contribuir con los gastos públicos, que es una regla de orden público tributario, además, una manifestación del principio de solidaridad consagrado implícitamente en la cláusula que reconoce al Estado como un Estado Social y Democrático de Derecho, por el artículo 4° de la Carta Magna, como así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 004-2004-AI/TC, Fundamento Jurídico 9; aspectos relevantes o principales que se deben también tener presente (décimo cuarto considerando).



anterioridad.

2. OBJETIVO: Precisar si las remuneraciones devengadas anteriormente y pagadas por mandato judicial se encuentran gravadas con el Impuesto a la Renta, y por tanto, sujetas a las retenciones correspondientes a las rentas de la quinta categoría al momento de su percepción.

3. BASE LEGAL:

Inciso a) del Artículo 34°, Artículo 57°, inciso g) del Artículo 67° e inciso a) del Artículo 71° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por el Decreto Supremo N° 054-99-EF.

4. ANALISIS:

El inciso a) del Artículo 34° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, considera como rentas de la quinta categoría, entre otras, a las obtenidas por concepto del trabajo personal prestado en relación de dependencia, incluidos cargos públicos, electivos o no, como sueldos, salarios, asignaciones, emolumentos, primas, dietas, gratificaciones, bonificaciones, aguinaldos, comisiones, compensaciones en dinero o en especie, gastos de representación y, en general, toda retribución por servicios personales.

De otro lado, el inciso g) del Artículo 67° de la mencionada norma dispone que, entre otros, los agentes de retención se encuentran obligados a pagar el impuesto con los recursos que administren o dispongan y a cumplir las demás obligaciones que, de acuerdo con las disposiciones de la misma norma corresponden a los contribuyentes.

Del mismo modo, el inciso a) del artículo 71° del mencionado Texto Único Ordenado, considera como agentes de retención a las personas que paguen o acrediten rentas consideradas de segunda y quinta categoría.

Cabe indicar finalmente que, de conformidad con el Artículo 57° de la referida norma, las rentas de la quinta categoría, siguen el criterio de lo percibido, debiéndose considerar como percibidas las rentas que se encuentren a disposición del beneficiario, aún cuando éste no las haya cobrado en efectivo o en especie.

De acuerdo a las normas glosadas, puede apreciarse que las rentas de la quinta categoría son objeto de retención en la fuente, y se consideran producidas en el momento de su percepción.

En este sentido, resulta irrelevante el hecho que las mismas se hubieren devengado en períodos anteriores a su percepción puesto que, es con éste último hecho, que surge la obligación de efectuar la retención correspondiente.

Finalmente, el hecho que la percepción se efectúe como consecuencia de un mandato judicial, no desvirtúa su naturaleza de retribución por la labor desempeñada en relación de dependencia, motivo por el cual mantiene su condición de renta gravada de la quinta categoría.

5. INSTRUCCIONES:

La percepción de remuneraciones por mandato judicial devengadas con anterioridad, se encuentran sujetas a la retención correspondiente, por tratarse de rentas de quinta categoría afectas al Impuesto a la Renta.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JAIME R. IBERICO - Superintendente

El Tribunal Constitucional anteriormente ya se había pronunciado en sentido similar a la casación antes desarrollada, eso lo vemos en el expediente N° STC 2183-2012-AA1, donde en los votos que hicieron resolución por mayoría (Ledesma Narvaez, Urviola Hani y Espinoza-Saldaña Barrera), se dejó meridianamente claro (voto de Ledesma), que conforme a lo establecido en el artículo 34 del Decreto Legislativo 774, Ley del Impuesto a la Renta, este impuesto grava todo ingreso proveniente del trabajo personal en relación de dependencia; y, conforme al artículo 75 de la citada ley, es obligación del empleador, en tanto agente de retención, deducir el impuesto y depositarlo al fisco. El incumplimiento de esto último genera infracción tributaria, según el artículo 177, inciso 13, del Texto Único Ordenado (T.U.O) del Código Tributario. Es decir, la retención de quinta categoría es de imperativo cumplimiento; y que el hecho que las instancias judiciales del proceso subyacente hayan omitido, en la sentencia laboral, pronunciarse en relación a los descuentos antes mencionados, no enerva la obligatoriedad del cumplimiento de tales deberes, tanto para el trabajador como para la empleadora, por ende la resolución expedida por los jueces superiores emplazados, en etapa de ejecución, y que da por válidos los descuentos tributarios y previsionales precitados realizados por el empleador, no ha vulnerado los derechos a la cosa juzgada ni a la debida motivación del demandante.

Es menester acotar que la situación antes descrita, también fue materia de análisis en un proceso anterior que conoció el Tribunal Constitucional –con otros integrantes- en el Expediente N° 01538-2010-PA/TC, en dicho proceso se vio la impugnación que se hacía respecto a un tema donde también entró el conflicto el pago del impuesto a la renta con la cosa juzgada. En el expediente que se cuestionaba, la sentencia de primera instancia había declarado fundada la demanda sobre pago de remuneraciones devengadas, y ordenó que la demandada pague a la actora en el plazo de cinco días la suma de S/. 36,149.91 (remuneraciones devengadas y reintegro de utilidades); esta decisión fue confirmada por la segunda instancia. En ejecución de sentencia Telefónica del Perú S.A.A. (demandada), había solicitado se permita la deducción del impuesto a la renta -entre otros-, del monto total ordenado pagar, siendo que los órganos jurisdiccionales habían desestimado el pedido, y es por ello que se planteó la acción de amparo; sin embargo, dicha pretensión constitucional también fue desestimada pues el Tribunal Constitucional quien consideró que ya se había determinado en otras sentencias (expdts. N° 4587-2004-AA/TC, fundamento 38, y N° 0818-2000-AA/TC, fundamento 4), que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido la calidad de cosa juzgada, no podía ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos; asimismo, que el respeto a la cosa juzgada impide que lo resuelto pueda desconocerse por medio de una resolución posterior, aunque quienes lo hubieran dictado entendieran que la decisión inicial no se ajustaba a la legalidad aplicable, y que cualquier alteración importaría una afectación del núcleo esencial del derecho.

Además, el mismo Tribunal Constitucional en dicha sentencia, observando la literalidad de lo ordenado en sede judicial, advirtió que en las dos sentencias emitidas no se había hecho excepción alguna a su cumplimiento total en los propios términos en que ellas mismas lo habían expresado, por lo que consideró que el pedido de deducción tenía por finalidad última frustrar el cumplimiento cabal y total de lo ordenado en la sentencia (pago de S/. 36,149.91 nuevos soles), de modo tal que la desestimatoria de dicho pedido bajo ningún concepto conllevaba a la vulneración de los derechos constitucionales alegados por la recurrente, máxime si lo ordenado en la sentencia no establecía hipótesis alguna de excepción para su cumplimiento total. Y es que las sentencias judiciales, se ejecutan en sus propios términos y no dejan margen de acción para que su cumplimiento sea pensado, meritado y/o evaluado por la parte encargada de ejecutarla, no existiendo en ese caso motivos razonables para proceder a

1 Cfr. [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe) – Consulta de causas

su incumplimiento toda vez que el pedido de deducción (pago por concepto de prestaciones de salud, ONP o AFP, y pagos por impuesto a la renta) constituía un asunto cuya dilucidación estaba íntimamente vinculada con el fondo de la cuestión controvertida en el proceso judicial subyacente; por lo que debía ser discutida en el mismo proceso judicial y no en la etapa de ejecución de la sentencia.

Esta última sentencia constitucional (Exp. 01538-2010-PA/TC), se expidió el 19 de agosto de 2010, esto es, estando ya vigente el Decreto Legislativo 774 del 08 de diciembre de 2004, la Ley del Impuesto a la Renta, el Decreto Supremo N° 179-2004-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta y la Directiva N° 013-99/SUNAT, por lo que podría decirse que dichos textos normativos no eran relevantes para enervar la inmutabilidad de la cosa juzgada, o al menos así parece lo consideró tácitamente el Tribunal Constitucional, pues no aparece disquisición al respecto, como si se aprecia en Casación N° 1025-2014 AREQUIPA y en la STC 2183-2012-AA. Es bueno acotar que ninguna de las resoluciones jurisdiccionales antes indicadas constituyen precedente vinculante.

Lo que queda por hacer entonces es que al no existir sentencia con carácter vinculante para dejar de lado la cosa juzgada, cuando se trata de conflicto con el impuesto a la renta, entonces, los jueces deben optar por la decisión que más se ajuste a un criterio justo, obviamente, si se opta por cualquiera de las posiciones expuestas es importante que se haga la correspondiente motivación en la sentencia, a efectos que en ejecución ya no se produzca debate alguno al respecto, que degenera a esta etapa procesal, enervando la validez de la cosa juzgada.

De lo desarrollado, claramente se aprecia que la cosa juzgada no es absoluta, y dependerá de las circunstancias particulares del caso, para que su inmutabilidad ceda, ante situaciones que tienen, razonable y ponderadamente, una mayor relevancia que la observancia de lo decidido de manera definitiva en un proceso judicial.



# LAS FORMAS MODERNAS DE TRABAJO FORZOSO Y LA TRATA DE SERES HUMANOS<sup>1</sup>

Edwin Figueroa Gutarra<sup>2</sup>



## Sumario

**Introducción I. El trabajo forzoso y la trata de seres humanos. Definiciones claves. II. Algunos rostros de la esclavitud moderna. III. Medidas de acción frente al trabajo forzoso y la trata de personas. IV. El rol de los jueces. Dignidad, seguridad y respeto como valores exigibles frente al trabajo forzoso y la trata de personas. A título de conclusión.**

**Resumen:** El presente estudio aborda aspectos conceptuales del grave problema que representan tanto el trabajo forzoso como la trata de personas, nociones que se relacionan estrechamente. De igual forma, aborda las formas de esclavitud moderna que estas figuras transmiten, así como repasa algunas medidas de acción a adoptar por parte de los Estados. Cerramos nuestro análisis con el rol que le compete a los jueces frente a estos retos.

**Summary:** This paper addresses conceptual aspects of the serious problem that both forced labor and human trafficking represent, ideas that are closely related. Similarly, it addresses the forms of modern slavery that these figures transmit as well as reviews some measures of action to be taken by States. We close our analysis with the role that judges are responsible for facing these challenges.

**Palabras clave:** trabajo forzoso, trata de personas, esclavitud moderna, medidas de acción, rol de jueces.

**Key words:** forced labor, trafficking in persons, modern slavery, action measures, role of judges.

## Introducción

La superación de las formas de esclavitud convencionales, entre ellas, la noción de propiedad sobre otro ser humano, la facultad de disposición de la vida del esclavo, la libertad de venta de la persona sujeta a esclavitud, significaron, entre los siglos XIX y XX de nuestra era, un avance sustantivo material de los derechos humanos, en clara expresión de que todas las personas, sin distinción, gozan de un abanico de derechos mínimos, los cuales tienen la calidad de inalienables, imprescriptibles e indisponibles.

<sup>1</sup> Ponencia presentada a las Jornadas Iberoamericanas de Derecho del Trabajo por los 100 años de la Organización Internacional del Trabajo. Academia brasileña de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa. Lisboa, Portugal, 22 y 23 de enero de 2019.

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

A lo anterior, debemos sumar una considerable *fiebre de Constituciones* una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, y formulado su doloroso balance de entre 40 y 60 millones de muertos. De esa forma, Declaraciones, Convenciones y Cartas Fundamentales fueron consolidando contenidos intrínsecos de los derechos humanos, de tal forma que en este siglo XXI podemos proclamar que el abanderamiento de los derechos humanos tiene lugar prácticamente en todos los países del orbe, siendo los ámbitos de exclusión muy restringidos (dictaduras, tiranías, etc. ) pues no existe zona exenta de control constitucional, como premisa metodológica del denominado Estado constitucional. De esa forma, la Organización de las Naciones Unidas representa, *prima facie*, un sistema universal de protección de los derechos humanos cuyo objetivo precisamente es tutelar la dignidad de la persona humana.

Sin embargo, advirtamos que figuras como el trabajo forzoso y la trata de seres humanos, representan, en distintos grados, modernas formas de esclavitud y de negación de los derechos mínimos de las personas, implicando su existencia un oxymoron de contradicciones. En efecto, de un lado, nunca antes la humanidad había logrado una conquista de redimensionamiento de los derechos como hasta ahora, entre la consolidación de diversos instrumentos normativos internacionales de tutela, así como la creación de instituciones como la Organización Internacional del Trabajo OIT para la tutela de los derechos en la relación de trabajo; pero, de otro lado, la existencia de estas formas modernas de esclavitud a las que aludimos, precisamente constituyen manifestaciones negativas y aún peyorativas respecto a la dignidad humana.

No existe más, por cierto, una relación directa de propiedad respecto a la persona, como en siglos precedentes, y sin embargo, las formas de coacción que representan el trabajo forzoso y la trata de personas, expresan una figura de violencia unas veces aún física pero otras tantas también psicológica, de tal forma que se desdibuja la dignidad de la persona como valor elemental en un Estado de derecho.

En relación a ello, la OIT ha dirigido esfuerzos conjuntos en forma regional e internacional para no solo instar a los Estados parte sino a desarrollar mecanismos de exhortación directa para combatir el trabajo forzoso en sus diversas formas de expresión, así como la trata de personas, figura que se vincula en grado superlativo al trabajo forzoso, como hemos de desarrollar en este estudio.

Este propósito de la OIT ha rendido resultados importantes aunque aún no totales, dada la complejidad de las patologías a las que aludimos. Sin embargo, es encomiable que los Estados vayan tomando conciencia de la necesidad de adecuar sus instrumentos de Derecho Interno para la erradicación de los índices de trabajo forzoso que aún prevalecen en muchos países. Desde esa perspectiva, los esfuerzos se vienen direccionando hacia un énfasis mayor de propuestas y medidas de acción en países en los cuales estas figuras presentan una alarmante realidad. A esto debemos sumar lo que denominamos un aporte de la jurisprudencia en lo que denominamos una necesaria lucha legal contra estos flagelos modernos. Se trata, en propiedad, de esfuerzos que tienen la naturaleza kantiana de imperativos categóricos de los cuales la sociedad moderna no se puede sustraer.



## I. El trabajo forzoso y la trata de seres humanos. Definiciones claves

El trabajo forzoso y la trata de seres humanos requieren, para un análisis conceptual, que nos refiramos a algunas denominaciones previas contenidas en diversos instrumentos internacionales. De ese modo, la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>1</sup> prevé en su artículo 4 que: “Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”. Es importante aquí advertir que no existe una referencia directa al trabajo forzoso sino a la prohibición de esclavitud.

El trabajo forzoso tiene un primer matiz de relevancia: implica desconocer en forma elemental la libre voluntad del trabajador en la prestación de trabajo. El artículo 2.1 del Convenio Nro. 29<sup>2</sup> de la OIT señala y define el trabajo forzoso como: “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”.

El artículo 2.2 comprende algunas exclusiones: cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio; las labores que formen parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos; el trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial; las tareas que se exijan en casos de fuerza mayor, como guerras, siniestros, etc.; los pequeños trabajos comunales.

En forma complementaria, el Convenio Nro. 1053 de la OIT prescribe en su artículo 1ro: “Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio”. En relación a ello prevé cinco formas de supuestos obligatorios de supresión cuando este trabajo en mención exista: como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido; como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico; como medida de disciplina en el trabajo; como castigo por haber participado en huelgas; y como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.

Mientras que el Convenio 29 de 1930 asume una posición definicional de trabajo forzoso, el Convenio 105 de 1957 orienta su eje de desarrollo a la obligación de los Estados de eliminar las formas de trabajo aludidas, dada su expresa contravención con el valor dignidad de los derechos humanos.

La trata de personas es una figura estrechamente ligada al trabajo forzoso. El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional,<sup>4</sup> también denominado Protocolo de Palermo, señala en su artículo 2: “ Los fines del

<sup>1</sup> La Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III).

<sup>2</sup> Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, 1930 (núm. 29). Entró en vigor el 01 mayo de 1932. Fue adoptado en Ginebra, Suiza, en la 14ª reunión CIT (28 junio 1930).

<sup>3</sup> Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105). Entró en vigor el 17 de enero de 1959. Fue adoptado en Ginebra Suiza, en la 40ª reunión CIT (25 junio 1957).

<sup>4</sup> Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Adoptado por Naciones Unidas en Palermo, Italia, el año 2000. Entró en vigencia el 25 de diciembre de 2003.

presente Protocolo son: a) Prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños; b) Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y c) Promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines.”

Resulta útil precisar ciertas definiciones previstas por el artículo 3 de la norma en mención. Al respecto, para los fines del Protocolo, por “trata de personas” se entenderá “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.”

Precisa la norma en mención que esa explotación: “incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

La norma igualmente prevé que el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios en el artículo en mención. De igual forma, la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del propio artículo 3.

El Estatuto de Roma, referido al Tribunal Penal Internacional, prevé en su artículo 7<sup>1</sup> inciso c lo siguiente: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: (...) c) Esclavitud (...).”

A nivel interamericano, constituyen instrumentos de lucha contra este fenómeno la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores,<sup>2</sup> cuyo artículo 7 prescribe: “Los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas eficaces, conforme a su derecho interno, para prevenir y sancionar severamente el tráfico internacional de menores definido en esta Convención.” De igual forma, refuerza esta lucha la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)<sup>3</sup> de 1994.

Un estudio del gobierno colombiano<sup>4</sup> señala que la tendencia moderna indica que las víctimas de trata son trasladadas de países pobres a países más prósperos dentro de una misma región. Sin embargo, es menester prestar atención a que esta figura implica prevalentemente formas

---

1 Aprobado en Roma, Italia el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. El Estatuto entró en vigor el 1o. de julio de 2002.

2 Convención Interamericana Sobre Tráfico Internacional de menores (B-57). México, D.F. 18 de marzo de 1994. Entró en vigor el 15 de agosto de 1997.

3 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer, “Convención de Belém do Pará”. Brasil, 09 de junio de 1994. Entró en vigor el 05 de marzo de 1995.

4 Gobierno de Colombia. La esclavitud moderna y la lucha mundial contra el comercio de seres humanos, mayo 2017. p. 2. Recuperado de <https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/actualizacionembajadoraastridvalladares1.pdf>



de explotación, antes que verificaciones de las formas de llegada de un destino a otro.<sup>1</sup> La explicación a ello reside en la naturaleza social y económica que adquiere la trata como fenómeno contemporáneo, exigiendo esta forma de abuso el diseño de mecanismos para su erradicación, tarea que por cierto es compleja por el carácter muchas veces oculto de este fenómeno. Desde esa pauta, los deberes del Estado al respecto deben verse reforzados, social, legal y constitucionalmente.

## II. Algunos rostros de la esclavitud moderna

Una diferencia sustantiva anotada *supra* entre la esclavitud en sentido clásico y la esclavitud que podemos llamar moderna, se expresa en las distintas formas que asumen estos fenómenos sociales materia del presente estudio. Siguiendo un estudio del Departamento de Estado de EE.UU.,<sup>2</sup> constatamos las siguientes manifestaciones:

**Trata con fines de explotación sexual.** La realización de un acto sexual con fines comerciales bajo fuerza, engaño o coacción,<sup>3</sup> implica una figura de trata. En esta figura el perpetrador asume todos los medios necesarios para la consumación del fin: traslado, alimentación, vivienda y mantenimiento de la víctima de trata. En esta figura el consentimiento de la persona afectada no es relevante.

Existen algunas diferencias a anotar entre tráfico ilícito y trata.<sup>4</sup> En el tráfico ilícito de migrantes, la *víctima* consiente en el tránsito; en la trata, es usual que la *víctima* no hubiere expresado su consentimiento; y si lo hubiera dado antes, la coacción desvirtúa esa *aceptación inicial*. De igual forma, el tráfico concluye al llegar los migrantes a su destino; en la trata, existe explotación sexual continuada. Por último, el *tráfico* es transnacional; la trata, por su lado, puede no serlo.<sup>5</sup>

**Trata de menores con fines de explotación sexual.** Se entiende como niño a una persona menor de 18 años y en forma similar a la figura antes tratada, el consentimiento no es exigible en estos casos. Es doblemente dañosa esta figura pues no solo afecta la integridad corporal del menor sino también su indemnidad sexual, figura entendida desde una perspectiva de intangibilidad. A diferencia de un adulto, quien goza de libertad sexual, el menor no posee este discernimiento en libertad y la sola referencia a la afectación de su indemnidad constituye ya una agresión grave a su derecho a la dignidad.

Trabajo forzoso, en sentido general. Esta figura también suele denominarse trata laboral y su acepción es amplia. El empleador es el tratante y el empleado es una víctima de trata.<sup>6</sup> En países como Birmania,<sup>7</sup> en forma sistemática los ciudadanos son obligados a trabajar para la

1 Gobierno de Colombia. Op. cit. p. 3.

2 Departamento de Estado. Estados Unidos de América. Informe de la trata de personas. Junio de 2014. Recuperado de <https://www.state.gov/documents/organization/229514.pdf>.

Resulta de sumo interés que este instrumento fije una guía de niveles: en el nivel 1 se encuentran países cuyos gobiernos cumplen plenamente con las normas mínimas de la Ley Pública 106-386 de 2000, de Protección a las Víctimas de Trata (TVPA) para la eliminación de la trata. En el nivel 2 aparecen países cuyos gobiernos no cumplen plenamente con las normas mínimas de la TVPA pero que hacen esfuerzos considerables para cumplirlas. Finalmente, en el nivel 3 se aprecia países cuyos gobiernos no cumplen plenamente con las normas mínimas de la TVPA ni hacen esfuerzos considerables para cumplirlas.

3 Departamento de Estado. Estados Unidos de América. Op. cit.

4 CSI. Confederación Sindical Internacional. Trabajo forzoso. Mini guía de acción. ITUC CSI IGB. Noviembre 2008. p. 20

5 CSI. Confederación Sindical Internacional. Op. cit. p. 21

6 Departamento de Estado. Estados Unidos de América. Op. cit.

7 CSI. Confederación Sindical Internacional. Op. cit. p. 13.



junta militar. En Corea del norte, los presos son obligados a trabajar sin decisión judicial de por medio. En Sudán, las milicias del Gobierno de Jartum secuestran a personas para ponerlas a trabajar de forma ilegal.

Puede ocurrir que la familia sea amenazada con represalias en caso que el trabajador abandone su puesto de trabajo. En este caso, la agresión se expande hacia terceros, trascendiendo el entorno de afectación de la víctima.

**Trabajo en condiciones de servidumbre o servidumbre por deudas.** En este caso, el origen de la relación laboral se vincula a una deuda o caución, realmente contraída o no, que puede crecer exponencialmente en detrimento del trabajador. El Informe del Departamento de Estado a que aludimos, detalla una situación especial: en el sur de Asia existen millones de víctimas de trata que trabajan para pagar las deudas de sus antepasados. Aquí se configura igualmente una situación anómala: el salario solo sirve para pagar la deuda, terminando el trabajador por cobrar muy poco o casi nada. Esto ocurre, según esta fuente, en países como India, Nepal, y Pakistán.<sup>1</sup>

En EE.UU. fue emblemático el caso de la compañía R & A Harvesting. Los propietarios obligaron entre los años 2000 a 2001 a 700 de sus trabajadores, entre mexicanos y guatemaltecos cuya labor era la recolección de naranjas, a trabajar sin remuneración, a fin de recuperar las sumas adeudadas al empleador por el transporte desde Arizona hasta Florida, así como para pagar el costo de la vivienda y otros elementos de primera necesidad.<sup>2</sup> La justicia condenó a los propietarios como culpables del delito de trabajo forzoso.

Otro caso de interés es el caso Rivera v. NIBCO INC.,<sup>3</sup> ocurrido en 1998 en EE.UU. La empresa despidió a sus trabajadoras de fábrica después de someterlas a un examen de inglés en el cual desaprobaron. La decisión afectaba a 23 trabajadoras provenientes de América Latina y Asia sudoriental. El Tribunal Federal de Apelaciones del Noveno Circuito de EE.UU., sentenció que la empresa estaba prohibida de indagar sobre la condición de inmigrantes de las demandantes con el propósito de coartar sus reivindicaciones legítimas, *aún tratándose* de trabajadoras indocumentadas.

**Servidumbre doméstica involuntaria.** En este caso, el servidor no goza de beneficios propios de una relación convencional de trabajo y cuestiones tan elementales como un día de descanso, les son negadas. Igualmente, el empleador no permite las inspecciones regulares de trabajo y la víctima vive en un nivel de aislamiento. La coacción se expresa en el hecho de la sistematicidad en el no pago de haberes justos para estos trabajadores, quienes a su vez no gozan de un horario límite de trabajo.

**Trabajo forzoso de menores.** Esta situación supone el quebrantamiento de las formas legales que permiten el trabajo de menores, labor esta última que se ciñe a ciertas pautas mínimas legales en todos los ordenamientos jurídicos. Se obliga al niño a la realización de un trabajo económico en beneficio de alguien que no es de la familia y no hay opción de dejar el trabajo.<sup>4</sup> Por lo demás, el pago o es inexistente o es simbólico y no existe autorización

1 CSI. Confederación Sindical Internacional. Op cit. p. 12

2 Oficina Internacional del Trabajo. Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación. Guía sobre la legislación y su aplicación. Ginebra, Suiza. 2006. p. 36.

3 Oficina Internacional del Trabajo. Op. cit. p. 44

4 Departamento de Estado. Estados Unidos de América. Op cit.



administrativa para el trabajo de menores.

**Reclutamiento y empleo ilícitos de niños soldados.** Los perpetradores son fuerzas armadas, regulares o no, y los niños tienen la calidad de combatientes obligados. Pueden ser cargadores, cocineros, guardias, sirvientes, mensajeros o espías.<sup>1</sup> Igualmente, aquí el menor es coaccionado para enrolarse militarmente y la posibilidad de escape de dicho tipo de labor, o bien es mínima así como inexistente, o bien en su caso se sanciona físicamente al menor. En algunos casos, se produce la muerte del menor por agresiones físicas contra el mismo.

En casos extremos como en Afganistán,<sup>2</sup> grupos de insurgentes obligan a niños mayores a tomar parte en atentados terroristas suicidas, explotando con ellos la carga mortal. Se trata, en buena cuenta, de asesinatos con gran crueldad.

Esta lista no es cerrada sino tentativa.<sup>3</sup> Las formas de implementación de estas formas de esclavitud se van adaptando conforme los Estados van desarrollando necesarias reglas de represión frente a estas inconductas que lesionan gravemente los derechos humanos. Se trata de una espiral de acción y reacción, pues desmontados esquemas de trabajo forzoso y trata, la delincuencia organizada transnacional reformula sus esquemas de procedimiento, recurriendo bien a nuevas formas de coacción, o bien implementando medios tecnológicos que les permiten una momentánea menor detección de ilícitos, entre otras figuras. Aquí la exigencia a los Estados es desarrollar esquemas de alerta pronta frente a estas nuevas contingencias.

### III. Medidas de acción frente al trabajo forzoso y la trata de personas.

Si 21 millones de personas son víctimas de trabajo forzoso en el mundo, generando un estimado de 150,000 millones de dólares EE.UU. en beneficios ilegales, y 168 millones de niños se encuentran en situación de trabajo infantil,<sup>4</sup> cifras estimadas hacia el 2016, el mensaje claro que dichas cifras expresan es que los esfuerzos e iniciativas para la erradicación de estos complejos fenómenos aún deben recorrer largos tramos de coordinación. A esto podemos sumar otra cifra preocupante: el costo de la coacción implica que las víctimas de trabajo forzoso pierden cerca de US\$ 20,000 millones cada año en salarios no pagados.<sup>5</sup> Un dato final: hay 300,000 niños soldados que toman parte en más de 30 conflictos armados en todo el mundo.<sup>6</sup>

En ese sentido, la interrogante natural es cuáles son los mecanismos más óptimos para la eliminación de estos serios problemas. En efecto, los acápites que anteceden han desarrollado

1 Departamento de Estado. Estados Unidos de América. Op cit.

2 Departamento de Estado. Estados Unidos de América. Op cit.

3 Por ejemplo, la “venta de vírgenes” en Camboya es una práctica habitual en ciertas comunidades y algunas familias tienden a obtener un “certificado de virginidad” con fines meramente comerciales. Otro caso es el de la delincuencia forzada en México, impulsada por la delincuencia organizada. Vid. Departamento de Estado. Estados Unidos de América. Informe de la trata de personas. Junio de 2014. Recuperado de <https://www.state.gov/documents/organization/229514.pdf>

4 Organización Internacional del Trabajo. Alianza 8.7. Por un mundo libre de trabajo forzoso, formas modernas de esclavitud, trata de seres humanos y de trabajo infantil. Enero de 2017. p. 2. Recuperado de [http://www.alliance87.org/wp-content/uploads/2017/03/Alliance87\\_VisionDocument\\_Short\\_ES\\_WEB.pdf](http://www.alliance87.org/wp-content/uploads/2017/03/Alliance87_VisionDocument_Short_ES_WEB.pdf)

5 CASCANTE CASTILLO, Germán. La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio. Revista Real card. Junio 2012. p. 56. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29022.pdf>

6 VILLALIBRE FERNANDEZ, Vanessa. Esclavitud ¿moderna? Reflexiones desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Generalitat de Catalunya. Abril 2009. p. 21. Recuperado de <http://docplayer.es/15997015-Finalista-esclavitud-moderna-reflexiones-desde-el-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos-vanessa-villalibre-fernandez.html>  
Datos de UNICEF, [unicef.org/spanish/protection/index\\_armedconflict.html](http://unicef.org/spanish/protection/index_armedconflict.html).

varias referencias normativas respecto a los instrumentos más significativos contra el trabajo forzoso y la trata de personas. Igualmente, hemos diagnosticado algunas de las facetas de estas y otras formas de esclavitud moderna. La cuestión central ahora es cuál debe ser el rol de acción del Estado frente a estas contingencias que preocupan a la sociedad.

La Alianza 8.7,<sup>1</sup> una iniciativa de la Organización Internacional del Trabajo contra el trabajo forzoso, prevé las siguientes pautas:

**a) Aceleración de plazos.** Si bien existen un conjunto de iniciativas internacionales para erradicar el trabajo forzoso y la trata de personas, los Objetivos de Desarrollo Sostenible ODS de la Alianza 8.7 deben lograr, hacia el año 2030, armonizar los planes y estrategias de los Estados para eliminar estas contravenciones a los derechos humanos. Aquí cobran importancia medidas como asistencia técnica a los gobiernos, mecanismos de apoyo a las organizaciones de trabajadores y empleadores así como cumbres mundiales cada 4 años.

En rigor, no se trata solo de trabajar con plazos para la erradicación del trabajo forzoso sino de acelerarlos y ello demanda esfuerzos de coordinación muy necesarios, promoviendo entre los países el intercambio de experiencias exitosas en la lucha contra estas patologías sociales.

**b) La realización de investigaciones y el intercambio de conocimientos.** Resulta importante aquí no duplicar esfuerzos pues la data que van levantando los Estados, al implicar el trabajo forzoso y la trata, muchas veces, desplazamientos internacionales, debe ser utilizada en forma conjunta y no aislada.

Estas tareas son una consecuencia de la tarea anterior. La data es poder y desde esa perspectiva, las investigaciones van promoviendo un análisis de la realidad social que a su vez implica no solo diagnósticos de una realidad, sino se traducen en elementos de convicción para construir luego políticas públicas contra estos fenómenos de agravio a los derechos humanos que representan estas formas de esclavitud moderna.

**c) El fomento de la innovación.** Combatir el trabajo forzoso y la trata de seres humanos requiere un indudable apoyo y respaldo tecnológico. Observemos que estos delitos potencialmente son ilícitos ocultos y su detección requiere de verificación tecnológica avanzada. Por ejemplo, ¿cómo corroborar una migración legal destinada a esclavitud sexual? La persona afectada logra desplazarse desde su país pero en cuanto arriba su destino, le es requisado su pasaporte por el tratante y la obliga éste a prostituirse. En este caso, es necesario, sin que constituya una medida invasiva de la privacidad, constatar que las migraciones laborales cumplen su propósito: registros laborales adecuados, cumplimiento de obligaciones sociales del empleador, inscripciones para prestaciones de salud, etc., elementos que pueden obtenerse de cruces de información.

La innovación está indisolublemente ligada a la investigación y como tal, los Estados se ven en el deber de investigar su realidad social para luego innovar medidas de acción contra las formas de esclavitud reseñadas.

**d) El incremento y aprovechamiento de los recursos.** Los recursos que los países destinen

<sup>1</sup> Organización Internacional del Trabajo. Alianza 8.7. Op. cit. p. 5



a combatir el trabajo forzoso y la trata, van a ser siempre limitados. De esa forma, las políticas de ayuda y reciprocidad internacional en el intercambio de información sobre trabajo forzoso y trata, van a permitir readecuar las políticas públicas que al respecto se generen, utilizando los limitados recursos de modo más óptimo.

Reviste importancia direccionar adecuadamente los gastos del Estado en la lucha contra el trabajo forzoso, la trata y otros fenómenos. El uso de recursos sin un fin específico, más aún respecto a estos problemas sociales, implica un dispendio innecesario. Dada esa situación, el intercambio de experiencias exitosas en esta lucha por cierto ayuda a la racionalización del gasto.

#### **IV. El rol de los jueces. Dignidad, seguridad y respeto como valores exigibles frente al trabajo forzoso y la trata de personas.**

Casi en una vía de balance final de lo trabajado en líneas anteriores, nos permitimos llegar a la conclusión referencial previa de que sigue siendo necesaria la implementación de adecuadas políticas públicas para reforzar el diseño de instrumentos normativos que combatan el trabajo forzoso y la trata de personas. De igual forma, los Estados debe también desarrollar esfuerzos de coordinación inter estatales para asegurar objetivos de éxito para la erradicación de las taras sociales a las que aludimos.

Sin embargo, creemos que esos propósitos deben verse reforzados, también, por una orientación jurisprudencial de las decisiones jurisdiccionales en el propósito de una lucha aún más eficaz contra el trabajo forzoso y la trata. Con ello, nos referimos a dos ámbitos de acción: de un lado, es conveniente la especialización de los jueces en estas materias así como corresponde, dado el nivel de especialización que las judicaturas van alcanzando, la creación de juzgados cuya especialidad sea la de la represión de todas estas formas de esclavitud moderna, entre las cuales el trabajo forzoso y la trata de personas, representan elementos basilares. De esa forma, los Estados deberán contar con jueces especializados en trabajo forzoso y trata de personas.

De otro lado, consideramos que es importante que los fallos de los jueces en materia de trabajo forzoso y trata de personas, implementen determinados ejes en las resoluciones sobre la materia. De esa forma, tomamos prestados los valores de dignidad, seguridad y respeto<sup>1</sup> como principios básicos en la dilucidación judicial de este tipo de casos.

De esa forma, la dignidad del ser humano constituye el primer elemento angular de enfoque en este tipo de casos, así como la seguridad de las víctimas constituye condición esencial en el examen jurisdiccional de este tipo de controversias. Por último, el respeto a los derechos humanos de la parte afectada representa un nivel de sujeción a los instrumentos internacionales sobre la materia.

No debemos perder de vista el grado de explotación al que se encuentra sometida una persona durante el cautiverio que implican el trabajo forzoso y la trata de personas. Estamos ante un escenario de deshumanización de la persona<sup>2</sup> que a su vez constituye una negación manifiesta de los derechos mínimos que representan los valores de dignidad, seguridad y respeto.

1 Departamento de Estado. Estados Unidos de América. Op cit.

2 VILLALIBRE FERNANDEZ, Vanessa. Op cit. p. 21

El rol de los jueces en esta materia ya ha sido objeto de reconocimiento en algunas experiencias comparadas. Así, el juez Tek Narayan Kunwar,<sup>1</sup> juez del distrito de Lalitpur, Nepal, introdujo un sistema de tramitación rápida para reducir el período de espera de los sobrevivientes víctimas de trata, para comparecer ante un Tribunal. De esa forma, logró que las víctimas pudieran escoger una fecha de comparecencia para una pronta audiencia judicial, así como elaboró un sistema de indemnizaciones para que el Gobierno de Nepal pagara unos US\$ 3,000 a una víctima de trata. El Consejo Judicial de Nepal reconoció a Kunwar como el juez con mejor desempeño en 2013.

Igualmente, la experiencia comparada ha desarrollado algunos criterios jurisdiccionales para dilucidar los problemas de trata,<sup>2</sup> aportando algunas categorías de pruebas acusatorias: evaluar la propaganda con fines de captación y la captación propiamente dicha; examinar el alquiler de viviendas, locales, vehículos vinculados a trata; examinar la formas de transporte en todas sus formas en situaciones de trata; escrutar las comunicaciones: teléfono fijo y móvil, correo electrónico, etc. en este tipo de casos; y observar las transacciones financieras en todas sus formas. Se trata de criterios marco que no deben dejar de ser tenidos en cuenta en la valoración judicial de los problemas de trata.

En suma, es nuestra posición que estos problemas representan un enorme reto para las judicaturas y ello se traduce en el reforzamiento de estos valores ancla de dignidad, seguridad y respeto, para aportar una solución en justicia frente a estos graves problemas sociales.

### **A título de conclusión**

Los problemas de trabajo forzoso y trata de personas son fenómenos contemporáneos de suma complejidad. Se trata de formas de esclavitud moderna cuya represión ya es objeto por parte de la comunidad internacional a través de diversos instrumentos normativos, los cuales pueden parecer insuficientes frente al enorme reto que estas cuestiones representan.

Las formas de esclavitud asumen diferentes dimensiones, las cuales se van perfeccionando por parte de la delincuencia organizada, nacional y transnacional, a medidas que los Estados van reprimiendo estas conductas contrarias a los derechos humanos. De esa forma, medidas de acción como la aceleración de plazos para la erradicación de estas patologías, la realización de investigaciones y el intercambio de conocimientos, el fomento de la innovación, y el incremento y aprovechamiento de los recursos, constituyen formas de acción que los Estados deben desarrollar en forma coordinada.

Consideramos, de igual forma, que les compete a los jueces una tarea importante en el combate de estas lacras modernas, asegurando fallos cuyos valores base sean la dignidad, la seguridad y el respeto de los derechos de las víctimas de estos delitos. De esta forma, creemos que se completa una plataforma de acciones que no solo ha de lograr resultados objetivos en la ambiciosa tarea de erradicación de estos fenómenos, sino que ha de lograr cambios relevantes en los patrones de cultura de los derechos humanos a propósito del trabajo forzoso y la trata de personas. El reloj de la historia, de esa forma, marca un sentido de progresividad y no de regresividad de los derechos humanos.

<sup>1</sup> Departamento de Estado. Estados Unidos de América. Op cit.

<sup>2</sup> Oficina Internacional del Trabajo. Op. cit. p. 56.



## Bibliografía

- CASCANTE CASTILLO, Germán. *La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio*. Revista Real card. Junio 2012. p. 56. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29022.pdf>
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer, “Convención de Belem do Para”. Brasil, 09 de junio de 1994.
- Convención Interamericana Sobre Tráfico Internacional de menores (B-57). México, D.F. 18 de marzo de 1994.
- Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, 1930 (núm. 29).
- Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105).
- CSI. Confederación Sindical Internacional. *Trabajo forzoso. Mini guía de acción*. ITUC CSI IGB. Noviembre 2008.
- Departamento de Estado. Estados Unidos de América. Informe de la trata de personas. Junio de 2014. Recuperado de <https://www.state.gov/documents/organization/229514.pdf>.
- Gobierno de Colombia. *La esclavitud moderna y la lucha mundial contra el comercio de seres humanos, mayo 2017*.
- Oficina Internacional del Trabajo. *Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación. Guía sobre la legislación y su aplicación*. Ginebra, Suiza. 2006. p. 36.
- Organización Internacional del Trabajo. Alianza 8.7. *Por un mundo libre de trabajo forzoso, formas modernas de esclavitud, trata de seres humanos y de trabajo infantil*. Enero de 2017. p. 2. Recuperado de [http://www.alliance87.org/wp-content/uploads/2017/03/Alliance87\\_VisionDocument\\_Short\\_ES\\_WEB.pdf](http://www.alliance87.org/wp-content/uploads/2017/03/Alliance87_VisionDocument_Short_ES_WEB.pdf)
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Adoptado por Naciones Unidas en Palermo, Italia, el año 2000.
- VILLALIBRE FERNANDEZ, Vanessa. *Esclavitud ¿moderna? Reflexiones desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Generalitat de Catalunya. Abril 2009. p. 21. Recuperado de <http://docplayer.es/15997015-Finalista-esclavitud-moderna-reflexiones-desde-el-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos-vanessa-villalibre-fernandez.html> Datos de UNICEF, [unicef.org/spanish/protection/index\\_armedconflict.html](http://unicef.org/spanish/protection/index_armedconflict.html).



# EL FIN DE LA DISCRIMINACIÓN ENTRE BRASILEÑOS Y EXTRANJEROS: PROTECCIÓN A LA MUJER EXTRANJERA EMPLEADA

*Lorena de Mello Rezende Colnago*

*Mail: lorena\_de\_mello@hotmail.com<sup>1</sup>*



“El trabajador que se aventura a dejar su país hacia una tierra lejana, en busca de oportunidades y de mejora en su condición económica, enfrenta usualmente desafíos relacionados con la cultura, el clima, la organización política, la lengua, las costumbres y la geografía, sólo para citar algunos ejemplos. En el caso de los países receptores que, como bien puntualizan Firmino Ales de Lima, reciben “con desconfianza la presencia de extranjeros entre los suyos, pues hay natural rechazo inicial del ser humano a los que no hablan la misma lengua, no profesan las mismas creencias y no tienen las mismas costumbres”<sup>2</sup> – Jorge C. Boucinhas Filho.

**Resumen:** El derecho humano a la inclusión social está inserto en los principales diplomas internacionales, en especial con el énfasis en el derecho de los pueblos. La doctrina de Peter Harbele propaga la posición del hombre mientras sea cosmopolita ciudadano del mundo mientras sea destinatario de derechos y deberes ante el globo terrestre y no sólo en un Estado Nación, pero eso se hace más evidente en tiempos de globalización e intensificación de la transición de personas entre los países. Brasil adecuó su política migratoria al contexto humanitario de su Constitución de 1988 y alteró la política migratoria, construyéndola a partir de una investigación directa hecha con migrantes dentro de su territorio, igualando el trato del brasileño y del extranjero, donde antes había discriminación, aplicación de la legislación de las trabajadoras nacionales a las extranjeras.

Palabras clave: derechos humanos, derecho de los pueblos, migración, legislación brasileña

## Introducción:

La migración en el mundo globalizado es una realidad. Brasil también ha pasado por problemas como otros países del mundo con referencia a la migración. Sin embargo, la política migratoria ha evolucionado bastante en los últimos años, especialmente en la última década.

No sólo el ordenamiento jurídico internacional, tratados, declaraciones y convenciones de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización Internacional del Trabajo, así como la Constitución de la República Federativa Brasileira y su legislación interna, tienen normas de inclusión social destinadas a la acogida de las personas que migran de sus países .

El derecho de los pueblos tiene su importancia e influye considerablemente en las tratativas referentes a la circulación de personas en diversos Estados, pero también a la reciente doctrina

<sup>1</sup> Maestro en Processo. Profesor. Juez en el Trabajo (São Paulo/Brasil).

<sup>2</sup> BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Convenções Internacionais sobre Migração de Trabalhadores. In COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de(coord). Direito Internacional do Trabalho e as Convenções Internacionais da OIT Comentadas. São Paulo: LTr, 2014, p. 289.



multicultural de Peter Harbele.

Brasil alteró su legislación en 2017 para desburocratizar y mejor reglamentar la situación migratoria de recepción de los ciudadanos de países vecinos, siendo el de venezolanos el más reciente flujo migratorio existente. La idea es comparar los avances de la nueva legislación para verificar si la discriminación de trato entre brasileños y extranjeros aún persiste en el ordenamiento brasileño con la nueva ley y la aplicación de la protección al mercado de la mujer brasileña para las extranjeras.

### **Migración y derechos humanos**

Los derechos humanos pueden ser entendidos como el haz de derechos mínimos que fundamenta el ordenamiento jurídico. Son al mismo tiempo derechos morales, libertades públicas, derechos subjetivos y derechos fundamentales cuando se inserta en las Constituciones de los Estados Nacionales.

Los derechos naturales, derechos morales o derechos humanos son nomenclaturas utilizadas por la escuela jusnaturalista para designar el haz mínimo de derechos inalienables y universalizables, por lo que morales o naturales, y, anteriores al ordenamiento jurídico. Es decir, causa de su fundamento, a través del llamado pacto social - un gran contrato hecho entre los individuos que se unen en sociedad para la tutela de la seguridad jurídica, del derecho de propiedad, del derecho a la vida, del derecho a la libertad, etc..<sup>1</sup>

En cambio, en una visión positivista, el haz de derechos que tutelan al hombre sólo existe si está positivado en los ordenamientos jurídicos. La ruptura con la visión moral de esos derechos, originaria del positivismo ideológico, significó mucho más una mera conversión en instrumentos de poder, que una mera reducción de significados<sup>2</sup> Y, a partir de ese pensamiento, hay una nueva gama de nomenclaturas utilizables, además de la nomenclatura usual “derechos humanos”: “derechos públicos subjetivos”, con origen en la Alemania del s. XIX o “derechos fundamentales”, como una teoría calcada en la Ley Fundamental<sup>3</sup>, o “libertades públicas” como expresión de una moralidad apoyada por la fuerza del derecho positivo, designándose mucho más privilegios para ciertas clases, como en la Carta Magna de 1212<sup>4</sup>.

El término “derechos humanos” es fuertemente utilizado por las declaraciones internacionales de la ONU - Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales -, lo que ha contribuido a una confusión terminológica del término<sup>5</sup>.

En efecto, la utilización del término “derechos fundamentales” en detrimento del término “derechos humanos” como un lenguaje más preciso que pueda abarcar más dimensiones de los derechos humanos, sin incurrir en el reduccionismo de la posición de los jusnaturalistas o positivistas, pues el término “derecho” “moral” o “derecho natural” encierra visiones restringidas que no dan cuenta de todas las dimensiones tuteladas por esos derechos, así,

1 MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. Curso de derechos fundamentales: teoría generale. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 1999, p. 24.

2 MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. Curso de derechos fundamentales: teoría generale. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 1999, p. 56.

3 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Lael, 2002, p. 28.

4 MARTÍNEZ, op. cit., p. 29.

5 SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.17.





derechos fundamentales vinculan el reconocimiento de esos derechos legalmente por las constituciones. Los términos “libertades públicas” o “derechos públicos subjetivos” alejan el carácter moral de esos derechos y tampoco son adecuados para la denominación.<sup>1</sup> Así, la propuesta de fijar el término “derechos fundamentales”, constituyendo al mismo tiempo una moralidad y juridicidad básicas, a la que se puede llamar norma material básica del ordenamiento jurídico, a partir de su función integrativa, completándose sólo con su positivación.<sup>2</sup> Es decir, para que los derechos conferidos al hombre como el derecho a la vida, a la libertad, a la expresión, a la propiedad, a la dignidad, al medio ambiente sano, etc., sean tutelables, se hace su positivación por el Estado, sin descuidar de su carácter ético y moral. Por lo tanto, para que un derecho humano sea concretado, él necesita de todo un instrumental de garantía y protección jurídica, derivado de su inserción en las Constituciones de los Estados Nacionales.

La opción por la doctrina de Härbele sobre la teoría de los derechos humanos deriva de su visión cosmopolita del análisis del Estado Constitucional moderno, que tiene un enfoque humanitario prevalente de cooperación entre los pueblos para el desarrollo de todos y la efectividad de los derechos humanos. “Objetivos educativos son elementos centrales de los Estados constitucionales. Ellos expresan con elocuencia la autocomprensión de una comunidad política”<sup>3</sup>.

La educación es elegida por Härbele como el valor básico fundamental de los Estados constitucionales, pues tiene el objetivo de infundir una mentalidad comunitaria orientada al desarrollo de la personalidad humana, de la protección al medio ambiente y de la educación para los derechos humanos.

[...]Es significativo que el objetivo educativo apunta más allá del Estado, en parte, hacia el aspecto universal de la humanidad y de sus respectivos matices verticales. A partir del Derecho Internacional, el art. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948), debe haber servido de inspiración: “La formación debe tener por objetivo (...) el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos”<sup>4</sup>

Y para que haya un entendimiento en torno a los derechos humanos, una educación orientada hacia el respeto a la dignidad humana, es necesario celebrar cláusulas y declaraciones de cooperación y de amistad, pues ellas “constituyen una especie de texto propio”<sup>5</sup>, pudiendo ser concebidas de forma regional o universal, pero siempre objetivando la solidaridad y el entendimiento entre los Estados. Estos tratados y convenciones internacionales muy probablemente influenciaron las Constituciones Nacionales para la existencia de institutos marcados por un humanismo cosmopolita<sup>6</sup>.

En el ámbito mundial, los Estados han intentado implementar la participación en el fortalecimiento de las relaciones pacíficas basadas en el fomento de los derechos fundamentales, en el fortalecimiento de las fuerzas económicas y culturales de los países en desarrollo, tal como Hungría, que estableció a través de su Constitución, una cláusula de transferencia de

1 MARTÍNEZ, op. cit, p.37.

2 MARTÍNEZ, op. cit, p. 36.

3 HARBELE, Peter, A humanidade como valor básico constitucional, In Direito e Legitimidade. Trad. Cláudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy, 2003, p. 58.

4 HÄBERLE, op. cit, p. 59.


5 Idem.

6 HÄBERLE, op. cit, p. 63.



derechos de soberanía a los países vecinos<sup>1</sup>. Por lo tanto, al promover la paz, la cooperación y la amistad a través de la interiorización de los derechos humanos en los Estados constitucionales, se crea una cultura de unión por la solidaridad y el reconocimiento del valor de la humanidad y del individuo como un ser cosmopolita, parte de una humanidad multicultural que necesita el entendimiento mutuo para su propio desarrollo pacífico.

Por ejemplo, la Declaración del Derecho de los Pueblos celebrada por la Organización de las Naciones Unidas en 1947, en la ciudad de Argel, cuya primera edición fue aprobada por el “Cumbre de la CONSEU” el 27 de mayo de 1990, la segunda edición, el 22 de noviembre de 1998, en Valencia, proclamada públicamente, el 24 de abril de 1999 es de suma importancia en la medida en que es positivo el derecho transindividual de respeto a la dignidad humana de los grupos sociales de diferentes culturas y tradiciones, manteniendo siempre la misma identidad. En consecuencia, una protección fundamental de la existencia de los sujetos de los derechos colectivos. La ausencia de una definición universalmente admitida del concepto de “pueblo” pone en evidencia que no se trata de un concepto estático, sino dinámico. La historia muestra que ciertas comunidades reconocidas como pueblo han aparecido y desaparecido, o, surgido después en la escena internacional con otros nombres. Sin embargo, las modificaciones, extinciones o surgimiento de las comunidades humanas o de los pueblos no pueden en modo alguno fundamentar los grados de aceptación, de negación o imitación del respeto debido a los derechos colectivos e individuales de los individuos que los componen.



La Declaración Universal del Derecho de los Pueblos contribuyó, primero para la formación de un concepto universal de pueblo, que se extrae de su art. “Toda colectividad humana que tenga referencias comunes a una cultura y una tradición histórica, desarrolladas en un territorio geográficamente determinado o en otros ámbitos, constituye un pueblo.” Como se observa el principio de la dignidad humana de la colectividad reunida en un pueblo (“ y el principio de la autodeterminación de los pueblos (art. 5) embasa toda gama de derechos positivos en la Declaración Universal del Derecho de los Pueblos, pero también se encuentra en la declaración el derecho de libertad económica, de cultura, de creencia; el derecho al trabajo, a las riquezas contenidas en sus tierras; el derecho de protección contra la discriminación por cualquier motivo, entre otros. La libertad económica significa el derecho de los pueblos de no ser subyugados o dominados económicamente, o sea, libertad contra cualquier injerencia extranjera.

Lo más importante a destacar es que todos estos derechos expresados en la Declaración Universal del Derecho de los Pueblos son exactamente los mismos derechos humanos contenidos en la Declaración Universal de los Derechos de los hombres de 1948, bipartida en el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sin embargo, con la marcada idea de INCLUSIÓN SOCIAL de las minorías olvidadas.

La Organización Internacional del Trabajo también adoptó dos convenios relativos a los migrantes, el 97 y el 143 (más reciente), con el fin de fomentar un trato digno en la inserción de las personas en los programas de trabajo y empleo de los países a los que se se pretende.

Lo más importante a destacar es que todos estos derechos expresados en la Declaración

<sup>1</sup> HÄBERLE, op. cit, p. 62.

Universal del Derecho de los Pueblos son exactamente los mismos derechos humanos contenidos en la Declaración Universal de los Derechos de los hombres de 1948, bipartida en el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sin embargo, con la marcada idea de INCLUSIÓN SOCIAL de las minorías olvidadas.

### **Migración y el ordenamiento brasileño**

En Brasil, la política migratoria sufrió una vuelta copernicana en 2017 con la Ley nº 13.445, de 24 de mayo, que reconoce como migrante al extranjero que ingresa en el país, independiente de su Estado Nación de origen en sustitución del Estatuto del Extranjero, Que se ve en el migrante una potencial amenaza a la soberanía nacional, derivada de la herencia del régimen militar brasileño (1964/1985).<sup>1</sup>. El período de elaboración de la nueva legislación pasó por la consulta pública por internet entre el 1 y el 13 de noviembre de 2016, además de recibir 68 enmiendas en actividad presencial en el Foro de Participación Social creado por el Consejo Nacional de Inmigración, vinculado al Ministerio de Trabajo, Pablo también el año anterior a su publicación.<sup>2</sup> Aunque integrantes de la sociedad civil todavía criticaban la nueva legislación y su diálogo “reducido”<sup>3</sup>, sa fue la primera vez que el gobierno dialogó con la sociedad y adaptó su legislación migratoria a las normas de su ley fundamental, oyendo las necesidades de los migrantes ya residentes en el país.

La Constitución Federal de 1988, la Constitución Ciudadana, incluyó el derecho de autodeterminación de los pueblos expresamente como uno de los principios que rigen a Brasil en sus relaciones internacionales:

Art. 4º La República Federativa del Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios:

- I - independencia nacional;
- II - prevalencia de los derechos humanos;
- III - autodeterminación de los pueblos;
- IV - no intervención;
- V - igualdad entre los Estados;
- VI - defensa de la paz;
- VII - solución pacífica de los conflictos;
- VIII - repudio al terrorismo y al racismo;
- IX - cooperación entre los pueblos para el progreso de la humanidad;

<sup>1</sup> KENICCKE, Pedro Henrique Gallotti. O estatuto do estrangeiro como vértice da política migratória no Brasil. In Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 94/2016, p. 15 – 30, Jan - Mar / 2016.

<sup>2</sup> MIGRA MUNDO. Notícias. Lei de migração. Disponível em: < <http://migramundo.com/lei-de-migracao-entra-em-vigor-mas-regulamentacao-ameaca-avancos/>>. Acesso em: ago.2018.

<sup>3</sup> MIGRA MUNDO. Notícias. Lei de migração. Disponível em: < <http://migramundo.com/lei-de-migracao-entra-em-vigor-mas-regulamentacao-ameaca-avancos/>>. Acesso em: ago.2018.



## X - concesión de asilo político.

Párrafo unico. La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, buscando la formación de una comunidad latinoamericana de naciones.

Hay en la ley fundamental brasileña una visión integracionista de Brasil con los pueblos vecinos para el progreso común en todos sus aspectos. Otro destaque es la prevalencia de los derechos humanos, que, conjugada con los párrafos segundo y tercero del art. 5º, in verbis, demuestran la apertura de Brasil para la plena realización de los derechos humanos fundamentales, en especial, la valorización de la dignidad humana.

§ 2º Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte.

§ 3º Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que sean aprobados, en cada Casa del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales.

Así, se creó un sistema de apertura del ordenamiento jurídico patrio para los nuevos derechos humanos internacionales, agregándolos con el status constitucional al ordenamiento jurídico interno.

Todo ese rol legislativo propició un ambiente favorable para la alteración de la política migratoria que venía siendo practicada desde la década de los cuarenta, política que resguardaba el mercado nacional contra los migrantes, imponiendo a las empresas cuotas de contratación de 2/3 de brasileño, art. 354 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, no acogido por la Constitución de la República de 1988. Actualmente, o migrante trabalhador, aunque se ingresa irregularmente en el país, si se encuentra trabajando tienen los mismos derechos que un trabajador brasileño, si es empleado, se incluye en el rol de esos derechos el de tener una cartera de trabajo, aunque provisional anotada, y esa situación se extrae sólo del art. 5, caput, de la Constitución Federal, pero también se extrae del art. 14, §5º de la Ley nº 14.445 / 2017:

“Se observan las hipótesis previstas en reglamento, el visado temporal para trabajo podrá ser concedido al inmigrante que venga a ejercer actividad laboral, con o sin vínculo laboral en Brasil, desde que compruebe oferta de trabajo formalizada por persona jurídica en actividad en el país, dispensada esta exigencia si el inmigrante comprueba la titulación en curso de enseñanza superior o equivalente. “

Y aún su residencia será autorizada no sólo a condición de existir una oferta de trabajo formal, art. 30, I, “y” o de vacaciones de trabajo (art. 30, I, “f”), pero también en las hipótesis de personas (art. 30, II): a) sea beneficiaria de tratado en materia de residencia y libre circulación, (...) c) ya haya poseído la nacionalidad brasileña y no desee o no reúna los requisitos para readquiriéndola; (...) e) sea beneficiaria de refugio, de asilo o de protección al apátrida; f) sea menor nacional de otro país o apátrida, desatendida o abandonada, que se encuentre en las fronteras brasileñas o en territorio nacional; g) haya sido víctima de tráfico de personas, de trabajo esclavo o de violación de derecho agravada por su condición migratoria.



La nueva legislación migratoria transforma a Brasil en una patria cosmopolita y acogedora, incluso con todos los problemas internos de seguridad pública, desempleo, educación y salud, por qué pasan sus nacionales, los migrantes son bienvenidos y eso va al encuentro del principio de la solidaridad .

El actual caso reciente de migración en razón de refugio, que viene sucediendo en masa, por la frontera del norte del país es el de los venezolanos, que en razón del régimen totalitario en que el país vive agregado a una de las mayores recesiones económicas del país, adentran las fronteras de Brasil en busca de mejores condiciones de vida y trabajo. La Policía Federal estima que más de 40 mil ciudadanos de Venezuela están abrigados hoy en Boa Vista, lo que representa el 12% de la población de la capital de Roraima, estimada en 332 mil habitantes. Entre el 1 y el 25 de enero de 2018, 354,6 extranjeros entraron al día en el Estado sólo por el puesto de policía federal instalado en Pacaraima (frontera norte)<sup>1</sup>.

Ante este grave problema el Poder Ejecutivo Brasileño editó una medida provisional, MP n°820, el 16 de febrero de 2018, con vigencia hasta el 22/06/2018, cuando fue transformada en la Ley n° 13684/2018, disponiendo sobre medidas de asistencia de emergencia para acogida a personas en situación de vulnerabilidad derivada de flujo migratorio provocado por crisis humanitaria con el objetivo de articular acciones integradas a ser desempeñadas por los gobiernos federal, estaduais, distritales y municipales, por medio de adhesión a instrumento de cooperación federativa, en el cual serán establecidas las responsabilidades de los entes federativos involucrados, entre esas medidas hay expresa mención en la ley sobre: protección social, salud, oferta de actividades educativas, formación y cualificación profesional; oferta de infraestructura y saneamiento; seguridad pública y fortalecimiento del control de fronteras; logística y distribución de insumos; y la movilidad, contemplados la distribución y la interiorización en el territorio nacional, la repatriación y el reasentamiento de las personas.

Como se puede comprobar la situación no sólo del migrante venezolano, pero de otros países ha mejorado bastante, habiendo una desburocratización de su ingreso y estancia en Brasil, apenas a título comparativo, el art. 7 del Estatuto del Extranjero de la década de los ochenta, ya no en vigor, preveía:

Art. 7 No se concederá visa al extranjero:

- I - menor de 18 (dieciocho) años, no acompañado del responsable legal o sin su autorización expresa;
- II - considerado nocivo al orden público oa los intereses nacionales;
- III - anteriormente expulsado del país, salvo que la expulsión haya sido revocada;
- IV - condenado o procesado en otro país por crimen doloso, pasible de extradición según la ley brasileña; o
- V - que no satisfaga las condiciones de salud establecidas por el Ministerio de Salud.

<sup>1</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Relações exteriores. Disponível em : <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/RELACOES-EXTERIORES/553375-PUBLICADA-MEDIDA-PROVISORIA-PARA-ATENDER-VENEZUELANOS-QUE-MIGRAM-PARA-RORAIMA.html>>. Acesso em: ago.2018.



Conforme a los datos oficiales del Consejo Nacional de Migración Brasileña, en el segundo trimestre de 2018 se concedieron 6865 autorizaciones previas de residencia, siendo 6.339 pedidos realizados por hombres, contra 4.772 en el mismo período del año 2017, lo que totalizó en el trimestre de 2017, 5.566 peticiones. En 2018 se observó que del total de pedidos, 4.075 personas tenían el curso superior completo contra 2.787 personas en el 2º trimestre de 2017.<sup>1</sup> Se observa que estos son los datos formales, y que entre las nacionalidades investigadas no se encuentra la de venezolanos, cuya migración no fue previamente pleiteada, siendo una situación de emergencia que se agudizó en el primer semestre de 2018, y por los últimos datos de las autoridades del gobierno, Estado de Roraima el flujo diario de venezolanos llega a 800 refugiados por día. Según datos de la policía federal 936 venezolanos ingresaron en el país, pero sólo 131 pidieron auxilio de refugio y residencia temporal sólo el 19 de agosto de 2018. Los refugios en la ciudad de Pacanaíma no fueron suficientes y el gobierno federal celebró un acuerdo con más de siete Estados para recibir una parte de los refugiados para proporcionarles mejores condiciones de acogida.<sup>2</sup>

En vista de la legislación anterior, principalmente bajo el aspecto del trabajo con vínculo de empleo, la nueva ley brasileña, iguala a los nacionales y los extranjeros, protegiéndolos en vez de deportarlos; que permite la residencia del inmigrante que tiene hasta un año para vivir en Brasil mientras busca empleo, diferente de la ley anterior que sólo permitía al inmigrante la vivienda en caso de estudio, trabajo o problemas humanitarios.

Con la Ley nº 13.684 / 2018 y el art. De la Constitución de la República de 1988 queda revocado, ahora sin duda, el capítulo de la consolidación de las leyes del trabajo que protegía el empleo nacional, entre otras medidas, fijando la obligatoriedad de contratación de 2/3 de brasileños en las empresas nacionales. Hombres y mujeres nacionales y extranjeros tienen los mismos derechos al pleno empleo en Brasil, lo que se adecua a los objetivos del Convenio 111 de la OIT.

Además, en cuanto a la protección de la mujer en el mercado de trabajo, todo el capítulo de la consolidación de las leyes brasileñas referente a las mujeres empleadas, que refleja la ratificación del Convenio 3 y 4 de la OIT, se aplica a la empleada migrante. El Capítulo III del Título III de la CLT fue titulado “De la protección del trabajo de la mujer” trató de protecciones como: a la duración y condiciones del trabajo, al trabajo nocturno, a los períodos de descanso, a los métodos y lugares de trabajo ya la protección a la maternidad en su origen.

La Constitución Federal de 1934 innovó al asegurar la isonomía salarial entre hombres y mujeres, pero en razón de la dictadura de Getúlio Vargas, la Constitución otorgada, llamada “Carta de 1937” no repitió esta garantía en su texto, permitiendo que el 30 de agosto de 1940 se promulgó el decreto-ley nº 2.548 que permitía que a la mujer empleada ganara el diez por ciento menos del valor fijado para el salario mínimo. La reapertura del país a la democracia ocurrió en 1946 con la Constitución Federal democrática que hizo de la Justicia del Trabajo un órgano del Poder Judicial, antes pertenecía al Ejecutivo, y bajo la égida de ella, antes del nuevo período de otorgamiento constitucional con el Golpe Militar de 1964 , la modificación del estado de la mujer casada, la Ley nº 4.121./62 llamada Estatuto de la Mujer casada, extinguió

1 OBMigra. Autorizações de residência concedidas a imigrantes, Relatório 2º Trimestre (abr-jun) 2018/ Observatório das Migrações Internacionais; Ministério do Trabalho/ Conselho Nacional de Imigração. Brasília, DF: OBMigra, 2018

2 ROTA DO SOL. Forças Armadas brasileiras intervêm para pacificar área de fronteira com Venezuela. Notícia. Disponível em: < <http://rotadosolfm.com/noticia-11121>>. Acesso em: ago. 2018.

la condición relativamente incapaz de la mujer casada, constante hasta entonces en el Código Civil de 1916, repercutiendo en la ley laboral al retirar de su marido el poder de autorizar el trabajo de su esposa. Este estatuto legal surge en consonancia con el nuevo papel social que la mujer comenzó entonces a desempeñar en función de su trabajo.

El 24 de enero de 1967 el otorgamiento de la nueva Constitución, inaugurando formalmente el régimen militar en el plano constitucional con texto modificado por la enmienda constitucional n° 1 de 17 de octubre de 1969, fue reinsertada la prohibición de diferenciación salarial por motivo de sexo o estado civil; y se introdujo la prohibición del trabajo de la mujer en condiciones insalubres, garantía de licencia remunerada a la gestante antes y después del parto, sin perjuicio del salario, o empleo, así como beneficios previsionales, asegurando jubilación a la mujer trabajadora a los treinta años de servicio con salario integral, siendo la del hombre 35 años. La Constitución Federal de 5 de octubre de 1.988 en la reapertura del régimen democrático igualó el trato de hombres y mujeres, apenas diferenciando a la mujer del hombre en algunos puntos para en la desigualdad igualarlos, como es el caso de la maternidad. De esta forma, el impedimento del trabajo nocturno para la mujer ya no existe.

Y de ese modo, la extranjera migrante y la brasileña adquieren los mismos derechos, sin ninguna distinción ante el Estado y las entidades privadas.

### **Conclusiones**

Los derechos humanos internacionalmente consagrados constituyen una gran conquista histórica de la humanidad a través de diversas generaciones, sin embargo, cada agrupación de esos derechos es clasificada como dimensión para enfatizar la diferencia de su evolución que es dinámica y complementaria.

Al interiorizarse los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos nacionales, estos pasan a ser denominados derechos fundamentales, teniendo en cuenta que la correspondencia de esos con aquellos, desgraciadamente, no siempre es una realidad. Brasil experimenta en 2018 una grave crisis de migración de refugiados venezolanos, en una época en que el propio país pasa por una crisis económica, y con una legislación más humanitaria intenta reforzar el carácter humanitario de la recepción de esas personas, interiorizando la migración a fin de proporcionar mejores condiciones de vida a los refugiados, sin descuidar sus propios problemas que afectan a toda la población brasileña.

Más precisamente en cuanto a las mujeres, el ordenamiento jurídico brasileño las igualó a los hombres no habiendo distinciones que las excluían del mercado de trabajo, lo que también fue aplicado a la migrante que opta por la residencia y trabajo en Brasil, sin distinción de género o origen con la misma nueva legislación, que supera y crea un nuevo paradigma de igualdad no sólo para el migrante hombre, sino también para la mujer, en especial la mujer empleada.

### **Bibliografía citada**

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relações exteriores*. Disponível em : <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/RELACOES-EXTERIORES/553375-PUBLICADA-MEDIDA-PROVISORIA-PARA-ATENDER-VENEZUELANOS-QUE-MIGRAM-PARA->



RORAIMA.html>. Acesso em: ago.2018.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Convenções Internacionais sobre Migração de Trabalhadores. In COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de(coord). *Direito Internacional do Trabalho e as Convenções Internacionais da OIT Comentadas*. São Paulo: LTr, 2014.

HARBELE, Peter, *A humanidade como valor básico constitucional*, In Direito e Legitimidade. Trad. Cláudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy, 2003.

**KENICCKE, Pedro Henrique Gallotti. O estatuto do estrangeiro como vértice da política migratória no Brasil. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 94/2016, p. 15 - 30, Jan - Mar / 2016.**

**MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoría generale*. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 1999**

MIGRA MUNDO. Notícias. Lei de migração. Disponível em: < <http://migramundo.com/lei-de-migracao-entra-em-vigor-mas-regulamentacao-ameaca-avancos/>>. Acesso em: ago.2018.

**OBMigra. Autorizações de residência concedidas a imigrantes, Relatório 2º Trimestre (abr-jun) 2018/ Observatório das Migrações Internacionais; Ministério do Trabalho/ Conselho Nacional de Imigração. Brasília, DF: OBMigra, 2018.**

**ROTA DO SOL. Forças Armadas brasileiras intervêm para pacificar área de fronteira com Venezuela. *Notícia*. Disponível em:< <http://rotadosolfm.com/noticia-11121>>. Acesso em: ago. 2018.**

**SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004**





# EL IMPACTO SOCIOJURÍDICO DE LA DEFRAUDACIÓN AL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD



Danna Valery ROJAS REGALADO<sup>1</sup>

**RESUMEN:** La afiliación indebida es un asunto relevante a tratar en la agenda del Seguro Social de Salud – EsSalud, puesto que el éxito de las estrategias normativas previstas para combatirla, tiene incidencia directa en el equilibrio económico y financiero de la referida Institución, al constituir un sistema que se sostiene del pago periódico de las aportaciones, y en la defraudación de la confianza legítima depositada por los asegurados titulares y sus derechohabientes, que comprenden el régimen contributivo de seguridad social en salud, para recibir prestaciones asistenciales, económicas y/o sociales de calidad y oportunas. El presente artículo analizará brevemente los componentes del sistema de aseguramiento universal, como una garantía que el Estado debe brindar a los ciudadanos residentes en el territorio nacional, para acceder a un seguro social de salud digno y eficiente; así como también el mecanismo procedimental llevado a cabo por EsSalud, para prevenir y detectar las filtraciones al sistema contributivo de salud, mediante la imposición de sanciones administrativas que pretenden desincentivar conductas que atenten contra la buena fe, de supuestos empleadores y trabajadores, que simulan una relación laboral, a fin de acceder indebidamente, entre otros, a las prestaciones que otorga EsSalud.

## MARCO NORMATIVO:

- Constitución Política del Perú
- Ley N° 27056, Ley de Creación del Seguro Social de Salud y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 002-99-TR
- Ley N° 26790, Ley de Modernización del Seguro Social de Salud y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 009-97-SA
- Ley N° 29135 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 002-2009-TR.
- Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
- Directiva N° 001-GCSPE-ESSALUD-2015 aprobada por Resolución de Gerencia Central de Seguros y Prestaciones Económicas N° 22-GCSPE-ESSALUD-2015 y modificada mediante Resolución N° 63-GCSPE-ESSALUD-2016

## ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO:

1. **El régimen de financiamiento Contributivo como componente del Sistema de Aseguramiento Universal**

De la lectura conjunta de los Artículos 9° y 10° de la Constitución Política del Perú<sup>2</sup>, se desprende que

<sup>1</sup> Abogada por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Egresada de la maestría en derecho con mención en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Especialista en derecho administrativo. Con amplia experiencia laboral en fiscalización administrativa en entidades públicas. Ex Jefa de la Unidad de Control de Filtraciones de la Oficina de Seguros y Prestaciones Económicas San Isidro de EsSalud.

<sup>2</sup> Constitución Política del Perú

“Política Nacional de Salud

Artículo 9.- El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los



el Estado es el responsable de implementar políticas nacionales que garanticen el acceso equitativo y universal a la seguridad social en salud de la población peruana.

Al respecto, mediante la Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, Ley N° 29344 (en lo sucesivo, Ley AUS) se previó el establecimiento de tres regímenes de financiamiento, conformantes del sistema de aseguramiento universal, los cuales pretenden en todo momento garantizar que la población que resida en territorio nacional, cuente con un seguro de salud que le otorgue prestaciones oportunas y de calidad. Dichos regímenes son, a saber: (I) el régimen Subsidiado<sup>1</sup>, (II) el régimen Semiccontributivo<sup>2</sup> y (III) el régimen Contributivo<sup>3</sup>, que se diferencian entre sí, como es evidente, en virtud a la fuente que origina el financiamiento, así como a la población que se orienta a asegurar.

A todo esto, se debe indicar que el Estado aún tiene desafíos que afrontar, pues nuestro sistema de salud es bastante fragmentado, al existir un porcentaje considerable de la población que no cuenta con un seguro de salud, o en la población asegurada amplitud de diferencias en las coberturas alcanzadas. Según reportes del Ministerio de Salud (MINSA) – autoridad rectora en el Sector Salud – al año 2015, el 80% de la población peruana, ya cuenta con seguro de salud, siendo que el 49% de este, se encuentra afiliado al MINSA, el 29% a EsSalud y el 2% a otros<sup>4</sup>.

Sin perjuicio de lo indicado en los párrafos precedentes, cada régimen de financiamiento tiene sus propios presupuestos, y en la medida de lo posible, el Estado debe garantizar que los mismos se cumplan, a fin de no afectar la sostenibilidad financiera de las instituciones que lo conforman.

Con relación al régimen de financiamiento contributivo, se encuentra administrado por EsSalud, y su función consiste en dar cobertura a los asegurados – titulares y sus derechohabientes – a través del otorgamiento de prestaciones de promoción, recuperación, rehabilitación, y prestaciones económicas y sociales, así como de otros seguros de riesgos humanos, para cuyo efecto, oferta entre otros, los

---

servicios de salud.

Derecho a la Seguridad Social

Artículo 10.- El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.”

1 De conformidad con lo establecido en el Artículo 80° del Reglamento de la Ley N° 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud aprobado por el Decreto Supremo N° 008-2010-SA, (en lo sucesivo, Reglamento de la Ley AUS), son afiliados al régimen subsidiado los pobladores residentes en territorio nacional en condición de pobreza o extrema pobreza que no cuenten con un seguro de salud contributivo o semicontributivo. Cabe indicar que es financiado en su totalidad por la Institución Administradora de Fondos de Aseguramiento en Salud (IAFAS) Sistema Integral de Salud (SIS).

2 El Artículo 81° del Reglamento de la Ley AUS, señala que son afiliados al régimen Semiccontributivo los trabajadores y/o conductores de las microempresas, los beneficiarios o afiliados individual o familiarmente al SIS dentro del componente denominado semisubsidiado, previo pago de una aportación; así como aquellos cuya cobertura se encuentre cofinanciada por recursos de un gobierno regional u otros. Cabe indicar que dicho régimen es cofinanciado por el Estado y el ciudadano aportante.

3 El Artículo 79° del Reglamento de la Ley AUS establece que son afiliados dependientes al régimen contributivo los trabajadores activos, sujetos a un régimen laboral privado o público (incluidos los servidores públicos del Contrato Administrativo de Servicios – CAS), jubilados, así como los afiliados independientes, aquellos trabajadores y profesionales independientes y demás personas que no reúnan los requisitos de una afiliación contributiva dependiente, teniendo la libertad de optar por su afiliación ante cualquiera de las IAFAS que oferten esta modalidad de aseguramiento.

4 De acuerdo a la información proporcionada por el Estudio Actuarial Financiero del 2015 elaborado por EsSalud y la Organización Internacional del Trabajo (OIT), publicado en el mes de febrero del 2016. Página 59.

seguros regular<sup>1</sup>, agrario<sup>2</sup>, y potestativo<sup>3</sup>.

Al respecto, y solo para ilustrar el panorama, de acuerdo a información oficial vertida por EsSalud en su portal web institucional<sup>4</sup>, en los años 2013 y 2015, se detectaron ochocientas (800) y cinco mil quinientos veintiuno (5,521) afiliaciones indebidas respectivamente, a los seguros regular y agrario, las cuales fueron declaradas previo procedimiento administrativo. Dicha detección habría permitido un ahorro económico potencial<sup>5</sup> de millonarias sumas de dinero, al evitar o interrumpirse las distintas prestaciones que brinda EsSalud a asegurados afiliados indebidamente.

Las precitadas incidencias, someramente pueden reflejar la saturación financiera que ocasionan las afiliaciones indebidas en el Régimen Contributivo de Seguridad Social en salud, toda vez que éste debe destinar recursos económicos en el tratamiento y rehabilitación de enfermedades, por lo general de muy alto costo<sup>6</sup>, así como en el pago de subsidios por incapacidad temporal para el trabajo, maternidad, lactancia y sepelio, de asegurados que por conveniencia han simulado el establecimiento de relaciones laborales con supuestos empleadores. Sumado a ello, el malestar social generado va en incremento, por la postergación en la atención de asegurados a quienes realmente les asiste el derecho a acceder a las prestaciones brindadas por EsSalud con la celeridad y calidad que amerita.

En ese contexto, amerita que la Autoridad Administrativa competente, compruebe la correspondencia entre lo declarado por los empleadores de los diversos regímenes laborales<sup>7</sup> regulados por la normativa vigente, que acceden a los seguros regular y/o agrario, y lo ocurrido en la realidad, cuando advierta indicios razonables de simulación laborales; a efectos de acceder indebidamente entre otros, a los beneficios económicos, sociales y/o asistenciales que EsSalud otorga. Debe entenderse que la selección indiciaria de las afiliaciones a verificarse, se fundan en la racionalización del empleo de los recursos presupuestarios de EsSalud, pues un procedimiento de verificación implica actuaciones que requieren de atención logística, operativa y de gestión de recursos humanos.



1 Reglamento de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud aprobado por Decreto Supremo N° 009-97-SA

“Artículo 7.- Son asegurados del Seguro Social de Salud los afiliados regulares (...) y sus derechohabientes. Son afiliados regulares: los trabajadores activos que laboran bajo relación de dependencia o en calidad de socios de cooperativas de trabajadores, y los pensionistas que reciben pensión de jubilación, incapacidad o sobrevivencia. (...)”

2 Reglamento de la Ley N° 27360, Ley que aprueba las Normas de Promoción del Sector Agrario aprobado por Decreto Supremo N° 49-2002-AG

“Artículo 20.- El Seguro de Salud Agrario tiene por finalidad otorgar cobertura de salud a los trabajadores de la actividad agraria y sus derechohabientes.

Para tal efecto, se consideran:

Trabajadores de la actividad agraria: a todo aquél que trabaja para los empleadores que se encuentren comprendidos en los alcances del numeral 1 del Artículo 2, considerando la exclusión prevista en la Tercera Disposición Transitoria y Final de la mencionada Ley.(...)”

3 Reglamento de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud aprobado por Decreto Supremo N° 009-97-SA

“Artículo 24.- Los trabajadores y profesionales independientes, incluidos los que estuvieron sujetos a regímenes especiales obligatorios, y las demás personas que no reúnan los requisitos para una afiliación regular, así como todos aquellos que la ley determine; se afilian al Seguro Social bajo la modalidad de potestativos.”

4 El artículo 8° del Decreto Supremo N° 004-2008-PCM señala que la información brindada en el Portal electrónico institucional de las Entidades públicas, tiene carácter y valor oficial. Por ende, cada Entidad es responsable de la actualización y veracidad de la información brindada en sus referidos portales electrónicos.

5 La fuente de información señala que la cantidad de ahorro potencial es resultante de estimaciones por tratamientos de enfermedades de alto costo de los titulares y/o derechohabientes dados de baja por afiliaciones indebidas. En este caso en particular, cincuenta millones y cuatrocientos millones de soles en los años 2013 y 2015, respectivamente.

6 El Estudio Financiero Actuarial de EsSalud del 2015 elaborado con la colaboración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) señala que dentro de los tratamientos de alto costo, que EsSalud brinda a los asegurados, cinco son los procedimientos más significativos por los montos dinerarios que involucran, tales como el tratamiento para VIH/SIDA, tratamiento de quimioterapia, soporte nutricional artificial, tratamiento para pacientes con insuficiencia renal crónica, e inmunoterapia para trasplante.

7 Tales como los regímenes general, y especiales de construcción civil, de la micro y pequeña empresa, de trabajadores del hogar, portuario, agrario, entre otros.

Tales indicios pueden consistir en la advertencia de:

- i) la discontinuidad o irregularidad del empleador en el pago de los aportes al seguro del trabajador declarado,
- ii) la inmediatez del requerimiento de prestaciones asistenciales de alto costo y/o económicas de asegurados sin antecedentes laborales,
- iii) el reporte mensual de trabajadores por parte de un empleador, cuya inscripción en el registro único de contribuyente (RUC) ha sido dada de baja por la SUNAT, por cierre o cese definitivo de actividades o fallecimiento,
- iv) las inconsistencias en la documentación presentada por el asegurado y/o empleador para el pago de prestaciones económicas, etcétera.

## 2. La afiliación indebida

La Afiliación indebida es la vinculación irregular, ilegal o fraudulenta, que efectúa una persona natural o jurídica en condición de empleador, para declarar como su (s) trabajador (es), a quien (es) no reúne (n) dicha condición, ante EsSalud, a efectos de que acceda (n) junto con sus derechohabientes (de ser el caso), a las diversas prestaciones que brinda.

Por otro lado, podría configurarse una afiliación indebida cuando, pese a existir una prestación personal de servicio, la cual además es remunerada y subordinada entre un empleador y su (s) trabajador (es), no se ha declarado la real naturaleza de la labor desempeñada por este. Dicha situación, evidentemente no puede ir en desmedro del trabajador, sin embargo el desarrollo de un procedimiento que determine tal estado, podría habilitar a la Autoridad Administrativa, a imponer las sanciones correspondientes a los empleadores al no haber transparentado la información proporcionada, para probablemente obtener algún beneficio económico. Tal es el caso, del empleador que declara como trabajador (es) agrario (s) a quien (es) no realiza (n) actividades agrarias<sup>1</sup> sino labores ordinarias, pretendiendo tal vez efectuar un aporte a la seguridad social en salud, inferior al que le corresponde<sup>2</sup>.

Asimismo, la inscripción de una persona como derechohabiente de un asegurado titular sin serlo, es considerada una afiliación indebida por fraude a la ley, conducta que se sujetará a la responsabilidad administrativa, penal y/o civil a que hubiere lugar.

## 3. El procedimiento de verificación de la condición de asegurado

En virtud al Artículo 1° de la Ley N° 29135<sup>3</sup>, EsSalud se encuentra facultada a ejercer de oficio y/o a petición de parte, la función de verificación de la condición de asegurados del Régimen Contributivo de la Seguridad Social en Salud y de otros regímenes que administre, pudiendo determinar la baja de oficio del Registro de Asegurados del titular y/o sus derechohabientes, incluso desde el inicio de la afiliación objeto de verificación, debiendo para tal efecto desplegar las actuaciones o diligencias

<sup>1</sup> Del Artículo 2° del Reglamento de la Ley N° 27360, Ley que aprueba las Normas de Promoción del Sector Agrario aprobado mediante Decreto Supremo N° 049-2002-AG, se desprende que son consideradas actividades agrarias, las de cultivo y/o crianza, (con excepción de la industria forestal), la agroindustrial (siempre que se utilicen principalmente productos agropecuarios producidos directamente o adquiridos de personas que desarrollen cultivos y/o crianzas), la avícola (que no utiliza maíz amarillo duro importado en el proceso productivo),

<sup>2</sup> El Artículo 22° del Reglamento de la Ley N° 27360, Ley que aprueba las Normas de Promoción del Sector Agrario aprobado mediante Decreto Supremo N° 049-2002-AG, establece que en el caso de los trabajadores dependientes e independientes del sector agrario, el aporte por afiliación al Seguro de Salud Agrario es equivalente al cuatro por ciento (4%) de la remuneración mensual que corresponde abonar al trabajador dependiente o de la Remuneración Mínima Vital respectivamente.

<sup>3</sup> Ley que establece el porcentaje que deben pagar ESSALUD y la Oficina de Normalización Previsional - ONP a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT, por la recaudación de sus aportaciones, y medidas para mejorar la administración de tales aportes.

conducentes a comprobar las condiciones para tener la calidad de asegurado del referido régimen de financiamiento, y en consecuencia de trabajador de la entidad empleadora que lo declara como tal.

### 3.1. Los verificadores del procedimiento:

Entre otras diligencias, EsSalud a través del personal de verificación designado para tal fin<sup>1</sup>, efectúa visitas de constatación del vínculo jurídico de seguridad social, en el domicilio fiscal de la entidad empleadora y/o centro laboral del asegurado sujeto de verificación, requiere documentación que acredite el referido vínculo durante el periodo verificado, así como toma declaraciones juradas a la entidad empleadora y/o su representante legal, el asegurado verificado y/o terceros capaces de proporcionar información y/o documentación relevante que dilucide la existencia del vínculo verificado.

### 3.2. Los instrumentos del procedimiento de verificación:

Para tal efecto, EsSalud dispone de diversos instrumentos que permitirán materializar el resultado obtenido por los verificadores durante sus diligencias, de conformidad con la Directiva N° 1-GCSPE-ESSALUD-2015<sup>2</sup> (en lo sucesivo, la Directiva de Verificación) que establece los formatos de la Orden de Verificación<sup>3</sup>, las Actas de Verificación<sup>4</sup>, Declaraciones Juradas de asegurado, entidad empleadora y terceros, entre otros, los cuales deberán contener los requisitos mínimos exigidos en la norma sobre la materia, a fin de premunir a dichas actuaciones administrativas del principio de presunción de veracidad<sup>5</sup>.

Con relación al inicio del procedimiento de verificación, éste se concreta con la notificación de la Orden de Verificación a la entidad empleadora y/o asegurado verificado, a quienes además se les emplazará la exhibición durante la primera diligencia de verificación, de información y/o documentación relevante para determinar el vínculo jurídico de seguridad social. En su defecto, se les otorgará un plazo expreso no mayor de tres (3) días hábiles<sup>6</sup> para que en el lugar y forma establecidos, sea presentada ante la Autoridad Administrativa.

Posteriormente, el personal de verificación efectuará visitas de constatación inopinadas, considerando la información previamente recabada, a fin de constatar por ejemplo, si el asegurado verificado

1 Los verificadores son servidores públicos designados como tales mediante Resolución de la Gerencia Central de Seguros y Prestaciones Económicas de EsSalud, debidamente publicada en el Diario Oficial El Peruano. Cabe indicar que durante las diligencias, los verificadores deberán portar documentación que los acredite y exhibirla a los administrados involucrados, de ser requerida la misma.

2 Aprobada por Resolución de Gerencia Central de Seguros y Prestaciones Económicas N° 22-GCSPE-ESSALUD-2015 y modificada por Resolución N° 63 GCSPE-ESSALUD-2016.

3 Reglamento de la Ley N° 29135 aprobado por Decreto Supremo N° 002-2009-TR

“Artículo 14.- Orden de Verificación

Es el documento mediante el cual se comunica el inicio del procedimiento a la entidad empleadora y/o asegurado y se solicita la entrega y/o exhibición de documentación, así como la comparecencia del asegurado en el centro de trabajo para la verificación de hechos materiales o toma de dichos de la entidad empleadora y/o asegurado.”

4 Reglamento de la Ley N° 29135 aprobado por Decreto Supremo N° 002-2009-TR

“Artículo 19.- Valor probatorio del Acta de Verificación

Las Actas formalizadas con arreglo a los requisitos establecidos en el presente reglamento estarán dotadas de certeza de los hechos y circunstancias reflejados en la misma que hayan sido constatados por el funcionario y/o servidor, sin perjuicio del derecho de defensa del administrado.”

5 Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

“TÍTULO PRELIMINAR:

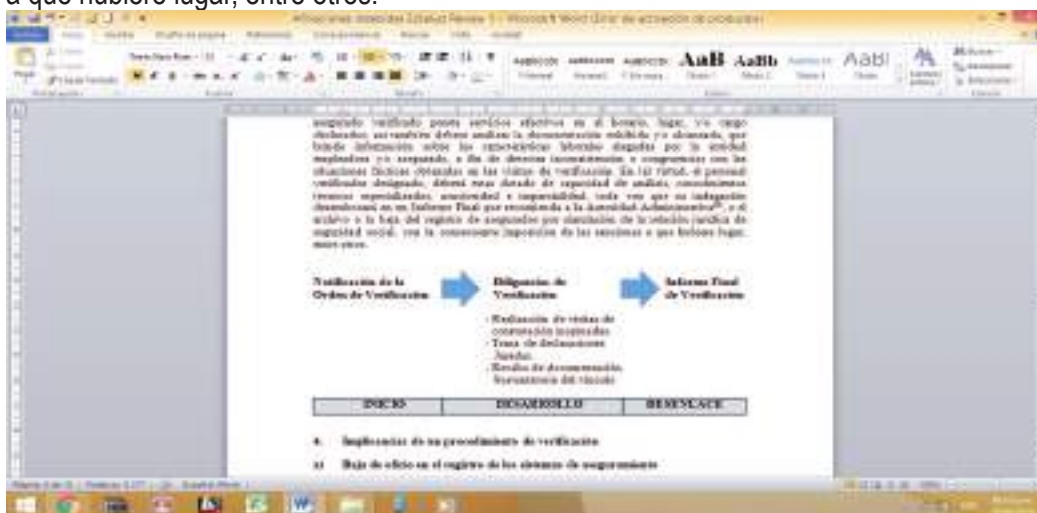
Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo (...)

1.7. Principio de presunción de veracidad.- En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.”

6 Prorrogable excepcionalmente por tres (3) días hábiles adicionales. Al no ser un acto administrativo definitivo que pone fin a la instancia administrativa, sino por el contrario la inicia, es inimpugnable.



presta servicios efectivos en el horario, lugar, y/o cargo declarados; así también deberá analizar la documentación exhibida y/o alcanzada, que brinde información sobre las características laborales alegadas por la entidad empleadora y/o asegurado, a fin de detectar inconsistencias o congruencias con las situaciones fácticas obtenidas en las visitas de verificación. En tal virtud, el personal verificador designado, deberá estar dotado de capacidad de análisis, conocimientos técnicos especializados, acuciosidad e imparcialidad, toda vez que su indagación desembocará en un Informe Final que recomienda a la Autoridad Administrativa<sup>1</sup>, o el archivo o la baja del registro de asegurados por simulación de la relación jurídica de seguridad social, con la consecuente imposición de las sanciones a que hubiere lugar, entre otros.



#### 4. Implicancias de un procedimiento de verificación

##### a) Baja de oficio en el registro de los sistemas de aseguramiento

Si la Autoridad Administrativa aprueba el Informe Final del verificador, que recomienda la baja del registro del asegurado titular y sus derechohabientes, por el periodo verificado, deberá emitir con la celeridad que el caso amerita, la Resolución de Baja de Oficio correspondiente, fundamentando jurídica y fácticamente dicha consecuencia administrativa.

Al respecto, es de importancia señalar que la inacción o demora de la Autoridad Administrativa, no puede ir en desmedro del administrado que está expectante de un pronunciamiento sobre su controversia, ni de los recursos administrados por EsSalud, al solventar prestaciones indebidamente brindadas, por lo que la referida Resolución debe emitirse en un plazo razonable, desde que se culminaron las labores de campo y gabinete del personal verificador a cargo<sup>2</sup>.

Por otro lado, a efectos de que los administrados involucrados, conozcan de las principales incidencias que determinaron la baja en el registro de asegurados y ejerzan ampliamente su derecho de contracción, el Informe Final de Verificación debe notificarse a los administrados involucrados en el procedimiento, junto con la Resolución de Baja de Oficio, en atención a lo establecido en el Artículo 6° del Texto Único

<sup>1</sup> De acuerdo a la actual estructura del Reglamento de Organizaciones y Funciones (ROF) de EsSalud, aprobado mediante Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 767-PE-ESSALUD-2015, y modificatorias, la Autoridad Administrativa que resuelve en primera instancia la baja de oficio de asegurados, previo procedimiento de verificación es el Jefe de la Oficina de Seguros y Prestaciones Económicas de la Gerencia Central de Seguros y Prestaciones Económicas.

<sup>2</sup> Debe considerarse que el Numeral 8.2.3 de la Directiva de Verificación, establece que el verificador debe elaborar el Informe Final de Verificación, entre el décimo primer y décimo cuarto día hábil de efectuada la última actuación de verificación determinante de la baja de oficio del asegurado, a fin de elevar el mismo, al Jefe de la Oficina de Seguros y Prestaciones Económicas de EsSalud para que emita la Resolución de Baja de Oficio correspondiente.

Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>1</sup>.

Es de recalcar que, en tanto la Resolución de Baja de Oficio no haya quedado firme o se haya agotado la vía administrativa, EsSalud no puede restringir y/o condicionar al asegurado titular y/o sus derechohabientes el acceso a las diversas prestaciones que brinda, toda vez que se estaría vulnerando el debido procedimiento, al recortar el ejercicio de su derecho de contradicción, así como también, podría ponerse en grave riesgo la salud y/o vida de estos.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto, manifestando que independientemente que una persona cuente o no con un seguro asistencial vigente que le permita obtener una atención asistencial inmediata, la existencia de una investigación administrativa en curso destinada a verificar o desestimar el carácter irregular de una afiliación, de ninguna manera puede convertirse en óbice para dejarla en una situación de desprotección absoluta, toda vez que se puede poner en grave riesgo su estado de salud y por consiguiente su vida. (Sentencia N° 02034-2009-PA/TC, fundamento 20).

**b) Valorización de las prestaciones de salud y/o económicas que el titular y/o sus derechohabientes hubieran recibido durante el periodo de verificación.**

Como una consecuencia accesoria a la baja del registro de asegurados, EsSalud está facultado a exigir vía procedimiento de ejecución coactiva, el reembolso del costo de las prestaciones de recuperación de la salud o prestaciones económicas que hubieran sido percibidas indebidamente por el titular y sus derechohabientes durante el periodo de baja.

Al respecto, es de mencionar que entidad empleadora y asegurado titular dado de baja, son sujetos obligados solidariamente al reembolso de las prestaciones indebidamente otorgadas y valorizadas, de conformidad con el Artículo 4° de la Ley N° 29135.

**c) Imposición de sanciones**

El Reglamento de la Ley N° 29135 aprobado por Decreto Supremo N° 002-2009-TR, prevé los procedimientos administrativos sancionadores de multa e inhabilitación a tramitarse contra la entidad empleadora y el asegurado respectivamente, como consecuencia del ejercicio de la potestad sancionadora que ostenta EsSalud.

La inhabilitación es una sanción administrativa consistente en la suspensión temporal al asegurado titular dado de baja, del derecho al acceso de las prestaciones que brinda EsSalud durante un año calendario. Dicha restricción no le alcanza a sus derechohabientes, en caso de tenerlos y se encuentre laboralmente activo.

Por su parte, la multa es una sanción de carácter pecuniario que consiste en la imposición del pago de una suma de dinero (de hasta 2 Unidades Impositivas Tributarias – UIT) derivada de la comisión de una conducta infractora por el empleador, sujeto de un procedimiento de verificación de la condición

<sup>1</sup> Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS Artículo 6°.-Motivación del Acto Administrativo“(…)

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.” (Subrayado y cursiva agregados)



de asegurado, de algún (o) de su (s) trabajador (es) declarados. Entre las conductas pasibles de ser sancionadas se tiene la negativa a exhibir documentación requerida dentro de los plazos otorgados, impedir el ingreso al verificador comisionado, al domicilio fiscal del empleador y/o centro laboral del asegurado verificado para efectuar las diligencias correspondientes, proporcionar información no conforme con la realidad, entre otros.

Cabe indicar que solo el procedimiento administrativo sancionador de inhabilitación se encuentra supeditado al desenlace del procedimiento de verificación de la condición de asegurado, toda vez que el mismo solo puede instaurarse cuando la Resolución de Baja de Oficio haya quedado consentida y/o se haya agotado la vía administrativa. No sucede lo mismo, con el procedimiento administrativo sancionador de multa, el cual puede iniciarse paralelamente al procedimiento de verificación, por cualquiera de las causales explicadas en el párrafo precedente, previo informe debidamente sustentado por el verificador comisionado.

d) **Improcedencia de devolución de aportes**

Es de importancia señalar que los pagos de aportaciones efectuados respecto de aquellas personas que han sido dadas de baja de oficio por afiliarse indebidamente, en ningún caso configurarán una situación de aseguramiento, por lo cual no hay derecho a la devolución de los mismos. Así lo han prescrito el Inciso 2 del Artículo 22º del Reglamento de la Ley N° 29135 y la Trigésimo Novena Disposición Final del Código Tributario<sup>1</sup>.

e) **Remisión de actuados a la SUNAT y ONP**

Una vez firme el acto administrativo que dispone la baja de oficio de un asegurado titular y/o sus derechohabientes, y/o entidades empleadoras de trabajadores del hogar, o se haya agotado la vía administrativa, EsSalud deberá comunicar a la SUNAT tal incidencia, identificando a las personas naturales y periodos de baja involucrados en el procedimiento de verificación tramitado, a efectos de que modifique la información del Registro de Asegurados Titulares y Derechohabientes ante EsSalud; o del Registro de Empleadores de Trabajadores del Hogar, Trabajadores del Hogar y sus Derechohabientes, y aplique las sanciones tributarias correspondientes.

Asimismo, EsSalud deberá poner en autos a la ONP, de la precitada información, para que durante sus procesos de determinación de pensiones, no computen los periodos de baja de oficio de los asegurados titulares, que fueron declarados como trabajadores indebidamente.

f) **Infracciones a la ley penal**

Eventualmente, podrían detectarse presuntos ilícitos penales en el ínterin del procedimiento administrativo, los cuales deberán ser remitidos por las Oficinas de Seguros y Prestaciones Económicas, con la fundamentación y sustentos correspondientes, a la dependencia de EsSalud que ejerce la defensa jurídica de sus intereses, esto es, a la Oficina de Asuntos jurídicos, a fin de que evalúe el inicio de acciones legales ante el órgano jurisdiccional competente.

En la práctica, pueden identificarse diversas variantes de ilícitos penales, que van desde la simple inscripción

<sup>1</sup> Texto Único Ordenado del Código Tributario aprobado por Decreto Supremo N° 133-2013-EF “Trigésimo Novena Disposición Final. - No tendrán derecho a devoluciones En caso se declare como trabajadores a quienes no tienen esa calidad, no procederá la devolución de las aportaciones al ESSALUD ni a la ONP que hayan sido pagadas respecto de dichos sujetos.”





# LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Stalin Pérez Alarcón  
Juez



## I.- INTRODUCCIÓN.

El 15 de enero del 2010 se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ley N° 25497, Nueva Ley Procesal del Trabajo la que, de acuerdo a lo establecido en la Novena Disposición Complementaria de la Ley, entrará en vigencia a los seis meses de su publicación, es decir, el 15 de julio del 2010. Esta norma derogará la actual Ley Procesal del Trabajo (LPT), Ley N° 26636. El cambio en la concepción del proceso laboral que supone la entrada en vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo es fundamental, porque no solo supone un cambio normativo en sus reglas sino además toda una modificación en el sistema del litigio. La norma procesal apunta a introducir la oralidad al proceso laboral, es decir, otorgar un rol muy activo al magistrado a efectos que se involucre totalmente con el expediente y sea el director del proceso, y procurar que los procesos sean más ágiles y se resuelvan en el menor tiempo posible. En suma, modernizar nuestra justicia laboral y colocarla a la altura de los ordenamientos procesales de otros países de nuestra región. Lo anterior implicará que tanto las partes, sus abogados y los magistrados afronten de manera distinta el proceso laboral, con mayor compromiso y dedicación, dejando de lado el recurso al documento por la palabra, obviando formalismos innecesarios con la finalidad de agilizar la resolución de los casos y hacer realidad el derecho a la tutela judicial efectiva, pues muchas veces la excesiva demora de los procesos judiciales ha tomado en irreparable el daño, restando total efectividad a nuestro sistema de justicia. En estricto, como afirma Priori, “supone un cambio en la cultura del litigio que ha imperado en el Perú en los últimos años” y, añade, como si fuera poco, “supone invertir dinero no solo en capacitación de los magistrados, sino en la incorporación de tecnología nueva en los juzgados”<sup>332</sup>. En efecto, para que la Nueva Ley Procesal del Trabajo sea real y no permanezca en el plano ideal solamente, será indispensable dotar de presupuesto suficiente al Poder Judicial para reestructurarse y poder implementarla. Lo que nos llama la atención es que a poco más de un mes de su entrada en vigencia aún no se advierta ninguna medida de avance, salvo la conformación de comisiones al interior del Poder Judicial. Además de este gran cambio en lo que venimos entendiendo como proceso laboral en el país, la Nueva Ley Procesal del Trabajo trae consigo una serie de innovaciones más. En el presente trabajo estudiaremos la relativa a la presunción de laboralidad contemplada en su artículo 23.2, el cual señala que “acredita la prestación personal de servicios, se presume la existencia del vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario”. Este artículo viene a revolucionar el sistema probatorio imperante en el proceso laboral peruano, pues con la aún vigente Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 26636), se exige al trabajador probar la existencia del vínculo laboral, lo cual supone que deberá demostrar principalmente que sus servicios han sido de naturaleza subordinada<sup>333</sup>. A fin de estudiar la presunción de laboralidad, iniciaremos el presente trabajo con un análisis de la subordinación, la cual no ha dejado de ser el elemento esencial por excelencia de la relación laboral, para luego comentar el clásico principio de primacía de la realidad. En tercer lugar abordaremos la presunción de laboralidad y las razones técnicas para su regulación desde nuestro punto de vista, y finalmente esbozaremos algunas reflexiones sobre el particular.

### I.1.-La carga de la prueba

Acertadamente se ha dicho que probar “no es para las partes ni un deber ni una obligación, sino una carga”<sup>1</sup>. En efecto, si tenemos en consideración que a quien invoca uno o varios derechos le corresponde demostrar que aquellos le asisten, no estamos ante un deber ni una obligación, estamos en estricto frente a una incumbencia.

Y decimos ello porque la persona que ha esgrimido determinados hechos tiene que probarlos a efectos de que sus alegaciones puedan ser consideradas veraces; sin embargo, es claro que la persona no está “obligada” a acreditar sus afirmaciones, pues si no lo hace no recibirá sanción alguna ni recibirá el apercibimiento del juez que realice tal acreditación. Lo que sucederá en este caso es que el juez no atenderá su pedido, y no por ello estamos ante una obligación.

Tampoco estamos ante un “deber” porque la persona que ha demandado uno o varios derechos no debe acreditar sus afirmaciones por estar en deuda o comprometido con alguien. Sencillamente, la persona debe acreditar sus afirmaciones si quiere que le concedan los derechos solicitados.

Entonces, queda claro que estamos ante una carga, y más precisamente frente a una carga probatoria. Siendo así, en una versión más principista, este razonamiento se convierte en la regla general del Derecho probatorio, por lo que se colige que toda persona que alega algo tiene la carga de probarlo a efectos de que se le conceda lo peticionado.

Esto es recogido por nuestro Código Procesal Civil, el cual establece en su artículo 196° que: “Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien contradice alegando nuevos hechos”.

Sin embargo, al tratarse de una regla general, tiene sus excepciones, por lo que en muy puntuales casos esta carga no recae sobre el peticionario del derecho sino sobre un agente diferente, que puede ser la contraparte o un tercero.

## **1.2.-La distribución de la carga de la prueba**

Como quiera que por razones enteramente justificadas la aludida regla general puede ser variada, es posible que se establezca legalmente que quien alegue un derecho no sea el encargado de probarlo. En estricto, si el demandante realiza ciertas afirmaciones pero corresponden que sean probadas por el demandado, estamos frente a la figura de la inversión de la carga de la prueba.

Esto puede hacerse mediante el traslado total de la carga de la prueba a la contraparte o mediante su distribución tanto a la parte demandante como a la demandada.

Tratándose de primer caso, nos encontramos en aquel supuesto en donde al demandante solo incumbe la probanza del marco general que da origen a las peticiones judiciales, pues luego de ello será el demandado el encargado de probar el cumplimiento de las obligaciones exigidas. Será el caso, por ejemplo, en el cual al trabajador solo le atañe acreditar la existencia de la relación laboral, y si lo hace la carga de prueba de las obligaciones que emanan de ella es totalmente de cargo del empleador demandado.

---

1 ARIANO DEHO, Eugenia, “La etapa probatoria en el proceso civil”, artículo no publicado, p. 21.



Distinto es el caso de la distribución de la carga de la prueba, pues en este supuesto tanto el demandante como el demandado les incumbe la probanza de ciertos hechos y en determinados casos, es decir, no es que les traslade totalmente la carga de la prueba al empleador demandado, sino que esta se distribuye y recae tanto sobre el demandado y el trabajador demandante, de modo tal que a ambos les atañe probar los hechos invocados por ellos mismos o por la contraparte.

La diferencia entre el traslado de la carga de la prueba y de su distribución es significativa, pues mientras que en el primer caso la tarea del trabajador demandante se agota con la acreditación de la relación laboral, del despido o de la hostilidad, según corresponda; en el segundo caso su responsabilidad probatoria va más allá, extendiéndose hacia determinados supuestos que la ley establece que son de su incumbencia.

Además, es menester señalar que, en el primer caso, luego de acreditada la relación de trabajo, al demandado le corresponde probar todo lo que afirma el demandante, sencillamente porque la carga de la prueba se le ha trasladado; no obstante, en el caso de la distribución la actividad probatoria es más equitativa y equilibrada, pues legalmente se fija qué es lo que le concierne probar a cada parte, y ello no se hace de forma arbitraria, sino que se realiza sobre la base de hechos reales, es decir, tomando en consideración quien se encuentra más cercano o tiene mayores facilidades para aportar la prueba que fuere.

La distribución de la carga de la prueba se constituye sobre la base de reglas indirectas de conducta para los justiciables, las cuales les señalan los hechos que tienen que demostrar el demandante y el demandado para que sus pretensiones puedan ser satisfechas judicialmente. La carga de la prueba compete única y exclusivamente a las partes, por ello el juez no puede suplirla, a lo sumo, el órgano jurisdiccional puede completar la actividad probatoria de las partes, cuando esta exista. Las partes tienen, pues, la carga de acreditar los hechos que alegan en el proceso, a efectos de que el juez pueda reconstruir la realidad y formase convicción sobre lo acontecido, para así dictar el derecho que corresponda.

En ciertos casos, el ordenamiento jurídico determina la conducta que el justiciable debe observar para que pueda alcanzar un resultado jurídico conveniente a sus intereses. Ello se traduce en los hechos que deben ser acreditados por un determinado sujeto para obtener el fin jurídico que desea. La distribución de la carga de la prueba a la parte obligada a demostrar un hecho, pues la citada distribución de la carga de la prueba únicamente indica a la persona que tiene interés jurídico en la prueba, a efectos de verse afectado con las consecuencias que conlleva la improbanza del hecho alegado.

Solo cuando no haya prueba alguna sobre el particular, es que se hace uso de las reglas de la carga de la prueba que sindicán a la parte que debió acreditar algún hecho. Las reglas de la carga de la prueba resultan pertinentes si la prueba (de parte o de oficio) no resulta idónea o útil para formar convicción en el juzgador sobre los hechos de la controversia.

Las reglas de distribución de la carga de la prueba contribuyen para que el magistrado se forme un juicio, en sentido afirmativo o negativo, acerca de la pretensión o pretensiones que se reclaman en el proceso, porque, si bien existe incertidumbre con relación a las circunstancias de hecho, tales reglas le indican al juez la forma en que tiene que decidir ante tal situación. En otras palabras, las reglas atinentes a la carga de la prueba sirven como instrucciones que el ordenamiento legal proporciona al juez sobre el modo en que debe orientar su pronunciamiento en la sentencia cuando no pueda verificarse a ciencia cierta la verdad de una afirmación de hecho relevante en el pleito. Las reglas de la carga de la prueba constituyen un complemento indispensable en caso de la insuficiencia –y no omisión– probatoria, porque sirven como pauta que el juez sigue en tal situación a efectos de emitir su decisión final.



### **I.3.-La carga de la prueba en la nueva ley procesal de trabajo.**

La regulación de la carga probatoria u *onus probandi* en la Nueva Ley Procesal de Trabajo se instaura a partir del núcleo básico del Derecho probatorio, es decir, de la regla en virtud de la cual “la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o quien los contradice alegando nuevos hechos”. En efecto, la regla general que se impone en el proceso laboral y en otros tipos de procesos respecto a la carga de la prueba consiste en que esta última le corresponde al sujeto procesal que alega hechos que sustentan su pretensión, así como al sujeto procesal que contradice tales hechos invocando a su vez nuevos hechos.

Como se aprecia, el ordenamiento jurídico distribuye la carga de la prueba entre la parte demandante y la parte demandada sobre la base de los hechos que tales sujetos procesales aleguen como fundamento fáctico de su demanda o de su contestación. En ese sentido, la carga de la prueba recae en el actor respecto de los hechos señalados en la demandada como *causa petendi*, vale decir, como sustento de su de su pretensión.

No obstante ello, esta norma adjetiva establece reglas especiales de distribución de la carga probatoria y, además, deja abierta la posibilidad para que mediante otras disposiciones legales se regulen nuevos y diferentes supuestos de distribución de la carga de la prueba.

Como quiera que ese es el marco normativo sobre el cual se asienta la carga de la prueba, pasemos a analizar cómo es que se desarrolla la actividad probatoria de las partes y en qué casos se produce la inversión y distribución de la carga de la prueba.

### **I.4.-Le incumbe al trabajador acreditar la prestación personal de servicios.**

Al encontrarnos todavía bajo los efectos de la regla general probatoria, corresponde que sea el trabajador demandante quien pruebe sus afirmaciones; en especial, la que se refiere al título que da origen a los derechos que reclama.

En efecto, si el demandante pretende que se le reconozcan y otorguen una serie derechos propios de toda relación laboral, entonces tendría que probar que existió una relación laboral entre las partes, pues a partir de allí que resultan exigibles los subsecuentes derechos.

Es claro que esta probanza le concierne al demandante, ya que es él quien debe darle a conocer al juzgador que efectivamente hubo o hay un vínculo entre las partes y que, siendo veraces a sus afirmaciones, existe una acreencia a su favor de tipo laboral.

Y esto no significa que sea el propio trabajador demandante quien en todos los casos sea el que directamente aporte o incorpore en el proceso los medios probatorios que correspondan, pues podría suceder que a solicitud de él, el propio empleador o un tercero sean quienes lo hagan, ello en virtud de la figura de la exhibición.

Siendo, así podemos afirmar que el hecho de que la carga de la prueba recaiga sobre el trabajador demandante implica que es él quien debe ofrecer los medios probatorios pertinentes y con ellos acreditar la existencia de la prestación personal de servicios; no obstante, esto no supone que sea él quien necesariamente deba



aportar la prueba que fuere, pues esto puede ser efectuado por un agente distinto a él.

Ofrecer un medio probatorio no es en todos los casos sinónimo de incorporar o adoptar directamente al proceso los instrumentos que respaldan las afirmaciones; ofrecer un medio probatorio implica también indicarle al juez laboral cómo es que se prueba lo alegado y en poder de quién se encuentra el medio probatorio en cuestión.

Lo que decimos encuentra respaldado en el hecho de que la insuficiencia probatoria no puede dar lugar a la desprotección de un derecho cuando la prueba que haría que se le proteja existe pero no está en manos del peticionante.

Ahora bien, pero legalmente también pueden establecerse mecanismos con los cuales se haga más viable la actividad probatoria del demandante, sin que ello suponga que se le supla en su tarea de acreditar sus afirmaciones. Uno de ellos es sin duda la fijación de presunciones, en virtudes de las cuales, habiendo dejado medianamente claro que los derechos peticionados son viables, se presume la certeza de los hechos, pero dejando abierta la posibilidad de que la parte contraria pueda desvirtuar lo presumido.

Precisamente esto es lo que ocurre con el numeral 23.2 del artículo 23° de Nueva Ley Procesal de Trabajo, pues como es fácil advertir, le aligera la carga probatoria al demandante, siendo su regulación bastante llamativa.

Si uno lee la norma puede colegir que al demandante solo le compete acreditar la prestación personal de servicios –entendiéndose no una prestación de servicios subordinados, sino simplemente una prestación de servicios–, y si ello ocurre el juez deberá asumir que entre las partes en litigio existe una relación laboral de plazo indeterminado. Es decir, el demandante no tiene que probar la subordinación, sino solo la existencia de una relación prestacional. Esto lo podría realizar con la presentación de sus recibos por honorarios profesionales, la impresión de un correo electrónico, un fotocheck, la copia del contrato de locación de servicios o, en general, con cualquier medio de prueba que sustente que entre las partes existió una relación contractual de tipo prestacional.

Frente a esta presunción de tipo *iuris tantum*, le incumbe al demandado –si es que así lo considera conveniente– acreditar, por un lado, que la relación no fue de plazo indeterminado o, por otro lado, que la relación laboral presumida nunca existió.

En resumen, con esta disposición se está asumiendo la existencia de una relación laboral de plazo indeterminado aun cuando en algunos casos el demandante no prueba la presencia de subordinación.

Es claro que se trata de un clara muestra de inversión de la carga de prueba, sin embargo, eso no es lo llamativo, sino lo es el hecho de que tan solo acreditando que hubo una prestación personal de servicios se presume que existe una relación laboral y de plazo indefinido.

En efecto, es indudable que esta presunción se origina en razón de la presunción contenida en el artículo 4° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-07-TR, que literalmente señala que: “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”; no obstante, la presunción contenida en la norma adjetiva va más allá, pues opera tan solo con la demostración de la prestación personal de servicios, ni importando a priori la presencia de la



remuneración y la subordinación como elementos configurantes del contrato de trabajo.

La norma contenida en la ley procesal presume la existencia de subordinación tan solo porque el demandante acredita que prestó servicios personales, lo que acarrea que sea el demandado quien pruebe que ello no es cierto, y que si bien existió una prestación personal, ello se llevó a cabo en razón de un contrato de locación de servicios, un convenio sobre modalidades formativas laborales, o cualquier otro título que no genere relación laboral; en el mejor de los casos que acredite que la relación laboral es o fue de plazo determinado.

Consideramos que no puede hablarse de conflicto entre la norma objetiva y la sustantiva en la medida que ambas entienden que el contrato de trabajo se configura por la confluencia de tres elementos esenciales, que son: la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación.

La norma sustantiva es la que ha fijado la necesaria presencia de ellos para la existencia del contrato de trabajo, y la norma adjetiva no los niega, solo presume la aparición de la subordinación y la remuneración ante la cercana probabilidad de su existencia.

En suma, la estructura probatoria en el proceso laboral se inicia y depende de que el demandante acredite que ha prestado servicios personales en favor de otra persona, los cuales no necesariamente deben tener connotación labora. Si esto es realizado con éxito, deberá presumirse que entre las partes existió una relación de trabajo de plazo indefinido, correspondiéndole al demandado demostrar que la presunción no es tal y que, en todo caso, la relación generada entre las partes no es de carácter laboral o, si lo es, se trata de una de naturaleza temporal.

### **1.5.-La norma de presunción: probada la prestación personal de servicios se debe presumir la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado.**

Si aceptamos la afirmación que en el Perú existe una escasa aplicación de las normas laborales y que la mayoría de los trabajadores subordinados están excluidos del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo debido a maniobras elusivas, bajo la apariencia externa de licitud, que dificultan su examen por parte de las autoridades administrativas y judiciales, resulta lógico inferir la configuración de los factores técnicos que apoyan la introducción en nuestro sistema jurídico de una presunción de laboralidad<sup>1</sup>. Presunción legal que, repetimos, protege al trabajador frente a la supresión de sus derechos por un acto propio o de terceros. Pero no determina, en modo alguno, la indestructibilidad de los elementos que constituyen la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado. Una presunción legal absoluta en estos términos sería inválida por dejar en indefensión a uno de los sujetos de la relación laboral: el empleador (artículo 139.4 de la Constitución Política). En efecto, la regla contenida en el artículo 23.2 de la NLPT no deja margen de duda sobre el particular al prever que “acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario”. Así pues, los componentes de la estructura de esta presunción son: i) Hecho base: prestación personal de servicios. ii) Hechos presuntos: existencia de una relación laboral, la cual es, además, a plazo indeterminado. iii) Regla de inferencia: Intentos de eludir el ordenamiento laboral (ley defraudada), amparándose en normas jurídicas que en estricto no son aplicables al hecho (ley de cobertura). Es decir, fraude en la contratación. De esta manera, el legislador considera de

<sup>1</sup> Un primer intento de un tipo especial de presunción de la laboralidad se encuentra contenida en el Título V del Título Preliminar del Proyecto de la Ley General de Trabajo. “El artículo 23 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo



gran valor el derecho fundamental al trabajo, razón por la cual fija como regla que a partir de la demostración de la existencia de la prestación personal de servicios, el más básico de los elementos, se deba presumir la existencia de una relación de trabajo a plazo indeterminado. En consecuencia, el trabajador tiene la carga de probar como mínimo la prestación personal de servicios para que el juez deba tomar como cierto que el vínculo entre las partes del proceso es uno de carácter laboral y a plazo indeterminado. Nuestros órganos jurisdiccionales y algún sector de la doctrina<sup>1</sup>, no obstante, piensan distinto. El argumento que pretende sustentar el regreso a la regla general de la carga de la prueba es, en síntesis, el siguiente: “dicha facilitación probatoria no implica una ausencia de probanza de parte del trabajador demandante, toda vez que por lo menos debe aportar indicios racionales del carácter laboral de la relación bajo discusión” (Cas. Lab. No. 14440-2013 LIMA, del 29 de septiembre de 2014, dictada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República). Frente a este pronunciamiento habría que señalar que el argumento esgrimido no resulta razonable pues la finalidad de esta institución es precisamente aligerar la carga probatoria del demandante de tal forma que él no tenga que demostrar la existencia de los elementos remuneración y subordinación para situarse dentro del ámbito de protección del Derecho del Trabajo. Ergo, lo correcto es que el demandante sólo debe probar que prestó servicios personales para que el juez deba presumir que la relación bajo discusión es de carácter laboral y de duración indeterminada. Finalmente, no está de más señalar que parece existir incertidumbre incluso sobre la articulación entre la presunción de laboralidad y la presunción contenida en el artículo 4 de la LPCL. El dilema se plantearía por la ubicación de ambas normas jurídicas<sup>2</sup>. Nos parece que esta disyuntiva está mal planteada por dos motivos. En primer lugar, el artículo 4 de la LPCL contiene una presunción de indeterminación de la relación laboral, no una presunción de la existencia de esta última. Como es obvio, si el demandante prueba la prestación personal de servicios, la remuneración y la subordinación existe certeza sobre los elementos que conforman su individualidad. En este caso, el juez sólo debe presumir la contratación indefinida. Sin duda, la diferencia entre las referidas normas de presunción resulta muy significativa. Las consecuencias de la presunción de laboralidad son conocidas. Una vez activada el demandado debe desvirtuar la existencia de la relación de trabajo y de indeterminación de la contratación<sup>3</sup>. En consecuencia, la presunción contenida en el artículo 23.2 de la NLPT engloba la norma de presunción de indeterminación de la relación laboral. En segundo lugar, ambas son reglas jurídicas sustanciales. La ubicación de la presunción de laboralidad en la NLPT no desvirtúa su naturaleza material<sup>21</sup> ni su alcance en nuestro sistema jurídico<sup>22</sup>. Por consiguiente, no existe ningún conflicto de normas porque el artículo 4 de la LPCL ha perdido vigencia. Si hubiera <sup>4</sup>incertidumbre, en todo caso, deberían emplearse los criterios de temporalidad y favorabilidad. En definitiva, en el ámbito laboral, las presunciones de la existencia de una relación de trabajo y de su indeterminación se rigen por el artículo 23.2

1 “El artículo 23 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, inciso 2), establece la presunción de laboralidad, señalando, que acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia del vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario; sin embargo, considero que tal presunción no exime al juzgador de determinar la existencia del elemento de subordinación en la relación laboral pues, como ya se expresó, es éste el que lo diferencia justamente de una relación de naturaleza civil; por lo que al aplicar el principio de realidad de los hechos deben valorarse los medios de prueba que demuestren las alegaciones de las partes”. AYVAR ROLDÁN, Carolina. “Los principios procesales en la Nueva Ley Procesal de Trabajo”. En: Justicia & Democracia, Revista de la Academia de la Magistratura N° 10, Fondo Editorial, Lima, 2011, p. 197.

2 “Si bien la NLPT es absolutamente innovadora, oral, moderna, busca la celeridad, la predictibilidad y la igualdad de las partes, no se debe perder de vista que la LPCL establece las instituciones y derechos que genera una relación de trabajo, la cual se distingue de una relación civil o comercial porque para el nacimiento de una relación laboral exige necesariamente que la prestación del servicio reciba como contraprestación una remuneración y que esta prestación necesariamente sea subordinada jurídicamente, motivo por el cual presumir la existencia de un vínculo laboral a plazo indeterminado con solo la prestación del servicio excede los límites que la norma sustantiva ha previsto”. MONZÓN ZEVALLOS, Willy. “23>4 A propósito de la presunción de laboralidad regulada en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497. Extendiendo el ámbito de protección del Derecho del Trabajo”. En: II Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo, Editorial El Búho, Lima, 2014, p. 404.

3 ARCE ORTIZ, Elmer. Los principios en el derecho procesal del trabajo peruano. Cuaderno de Trabajo del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) N° 7, Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013, p. 19.

4



de la NLPT.

## II. EL PRINCIPIO PROTECTOR Y LAS RAZONES DE UNA PRESUNCIÓN QUE DEJA DE LADO LA EXIGENCIA DE PROBANZA DE LA SUBORDINACIÓN.

El artículo 23. 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo recoge una presunción de laboralidad al señalar que, “Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario”. En este numeral estudiaremos las razones que, a nuestro entender, justifican dicha presunción, sus alcances y la prueba en contrario.

### II.1.- Acción del Principio Protector en el proceso laboral como sustento jurídico de la presunción de laboralidad.

Nuestro texto Constitucional en su artículo 1 señala que, “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Según lo entiende Marcial Rubio, este artículo es un principio hermenéutico para todo nuestro sistema jurídico, pues sirve “para que allí donde no haya significados claros en las normas, o donde debamos sustituir una laguna del Derecho con una regla, la primacía de la persona humana sea un elemento determinante en los contenidos a diseñar y, también, en la metodología que se utilice para solucionar el problema jurídico de que se trate”<sup>1</sup>. En ese sentido, el significado del artículo glosado anteriormente apunta a consagrar que la sociedad en general debe defensa y respeto a la dignidad de la persona, la misma que consiste, en esencia sostiene Rubio, “en que cada uno es igual al otro por su condición de ser humano, y más allá de cualquiera de las múltiples diferencias que hay entre una y otra persona”<sup>2</sup>. La dignidad humana es concebida como un principio y un límite a la actuación del Estado, particulares y la sociedad en general, como un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar<sup>3</sup>. En cuanto a la relación entre dignidad y derechos fundamentales, tenemos que la dignidad es la razón de ser, fin y límite de los mismos, operando como un derecho individual sino también como un derecho objetivo, sirviendo de límite a los derechos fundamentales, lo cual se traduce en el deber general de respetar derechos ajenos y propios<sup>4</sup>. La dignidad humana es un valor, fuente de todos los derechos independientemente de su naturaleza, que provienen de esa dignidad inherente a todo ser humano. Esta expresión de la dignidad humana como fundamento de los Derechos Fundamentales y como exigencia al Estado de asegurar la vigencia de los mismos supone -tratándose del Derecho al Trabajo y en el seno del proceso, del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva- que el Estado genere mecanismos de especial tutela a la parte débil de la relación laboral -el trabajador- facilitando su tránsito por el proceso laboral en atención a la desigualdad existente, con medidas como las presunciones reguladas a su favor por ejemplo. El reconocimiento de la dignidad como pilar de nuestro Estado, aunado a la Cláusula Social del Estado recogida en el artículo 43 de nuestra Constitución, abona a favor de la tesis enunciada. En efecto, como lo señala Gonzales<sup>5</sup>, el sistema jurídico en el Estado Social de Derecho trasciende la nueva regulación formal. “El Derecho es un conjunto normativo, pero tiene connotaciones sociales; es decir, se entiende que el Derecho, en especial los Derechos Fundamentales, no sólo implican su vigencia formal, sino también las condiciones materiales para permitir un ejercicio efectivo del Derecho”. Justamente un Estado Social de Derecho garantiza la vigencia efectiva de la dignidad humana como pilar de los Derechos Fundamentales, entre los que se encuentran aquellos de naturaleza laboral. Vinatea<sup>365</sup>, cuya opinión compartimos, afirma que, “(...) la cautela de esos derechos fundamentales sugiere, en el proceso laboral, por lo menos la intención de equilibrar las desigualdades

1 RUBIO CORREA, MARCIAL. (1999), p. 115.

2 Ibid., p.114

3 FERNANDEZ SEGADO, FRANCISCO. (1996), p. 32.

4 Miguel Angel Alegre Martínez citado por: LANDA ARROYO, CESAR. (1996), p. 20. )

5 FERNANDEZ SEGADO. (1996), Op.cit. p. 33.



existentes con respecto al acceso y a la obtención de tutela judicial efectiva, y ello no se contradice con el conjunto normativo laboral y constitucional. En efecto, dentro del marco de la Constitución, las garantías de la administración de justicia de vinculan con la defensa de la La presunción de laboralidad en la nueva ley procesal del trabajo persona y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado (art. 1 de la Constitución). Ello expresa un contenido social insoslayable (...). Esa expresión de la acción estatal para equiparar lo desigual, plasmada en el Principio Protector, se ve recogida -qué duda cabe- en la presunción de laboralidad contemplada en el artículo 23.2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Así pues, el Estado asume un papel interventor cuyos fines se asimilan al Principio Protector, reflejándose el mismo en la definición de normas, en su aplicación o interpretación y en la propia actuación del Juez Laboral<sup>366</sup>. En otras palabras, es el Juez Laboral el llamado a aplicar el Principio Protector recogiendo las instituciones normativas del Derecho Procesal Laboral, como la presunción que comentamos y también a través de una visión crítica de los hechos sometidos a su conocimiento. En esa medida, consideramos que el Principio Protector se deriva de la esencia de nuestro ordenamiento constitucional, siendo una legítima expresión del mismo el reconocimiento de la presunción de laboralidad por la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

## II.2.- El recurrente fraude laboral como sustento fáctico de la presunción de laboralidad.

La presunción de laboralidad contenida en el artículo 23.2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo supone el alivio probatorio al trabajador o ex trabajador demandante en un proceso laboral pues se facilita la demostración de la existencia de su relación laboral con su empleador o ex empleador demandado. A diferencia de la regulación actual que exige al trabajador acreditar la existencia de la relación laboral -lo cual al final pasa por demostrar que su actividad fue subordinada-, con la nueva ley basta la presunción para que acredite, aunque sea en forma indiciaria, que prestó servicios en forma personal al demandado. Esta facilitación o alivio, como vimos en la sección anterior, tiene su sustento jurídico en el despliegue del Principio Protector al proceso laboral. Sin embargo, no debemos evitar tener en cuenta que la realidad imperante en nuestro país -en lo que a contratación laboral se refiere- constituye un sustento adicional para la regulación de la presunción. En efecto, la existencia de trabajadores precarios que no tienen acceso a derechos laborales básicos ni a protección social, debido a un uso fraudulento del contrato de locación de servicios (falsos autónomos) genera la necesidad de regular este auxilio judicial. El fraude a la ley, como lo señala el profesor Neves, consiste en “eludir la regulación de la ley aplicable al hecho (ley defraudada), amparándose en una ley en estricto no aplicable a él (ley de cobertura)”<sup>1</sup>. En el caso que nos ampara, la ley defraudada sería la que regula la contratación laboral mientras que la ley de cobertura sería la regulación sobre el contrato de locación de servicios (Código Civil). En nuestro ejercicio profesional nos hemos topado con una realidad que aún impera en nuestro país: la contratación de falsos trabajadores autónomos bajo el absurdo argumento de ahorrar el costo laboral que supone su incorporación en planillas. Inicialmente las empresas exigían que estos “locadores de servicios” se inscribieran en el Registro Único de Contribuyentes a cargo de SUNAT, obtuvieran un número de registro y tramitaran sus recibos por honorarios, los cuales servían como sustento de la retribución abonada. Los falsos autónomos reunían sus recibos consecutivos, lo cual acreditaba continuidad en el servicio, así como un fotocheck, una tarjeta de asistencia, un memorándum o algún indicio más y ya tenían sustento suficiente para plantear su demanda laboral a efectos de ser reconocidos como trabajadores de su cliente. Actualmente estamos experimentando una sofisticación en el tratamiento de los falsos autónomos pues la imaginación perversa de algunos malos empleadores los lleva a exigir recibos por honorarios de terceros, o pagar el dinero mediante un sobre sin registro alguno, así como evitar la creación de indicios de subordinación, con la finalidad de dejar sin sustento cualquier demanda laboral. Inclusive, ante la presencia de inspectores laborales se ha generado la costumbre de desalojar a los falsos autónomos por puertas traseras, o esconderlos en los baños de los centros de trabajo. Frente a ello consideramos que resulta

1 NEVES. (2000). Op. cit. p. 35.

necesaria una medida como la presunción laboral para evitar que verdaderos trabajadores se encuentren extramuros del Derecho del Trabajo, frustrándose la finalidad protectora del mismo al no poder demostrar la existencia de una relación laboral<sup>1</sup>. Como acertadamente opina Sanguinetti, “la denominada presunción de laboralidad constituye, precisamente, el instrumento diseñado por los ordenamientos laborales, desde su etapa germinal, para solventar este tipo de inconveniente, facilitando a quienes alegan su exclusión ilícita del terreno laboral la acreditación de la subsistencia de un vínculo de este tipo (...)”. Ahora bien, la facilitación probatoria no implica una ausencia de probanza por lo que el demandante deberá al menos aportar indicios racionales del carácter laboral de la relación bajo discusión. Este principio de prueba se constituye en la demostración de la prestación de servicios a beneficio de quien es pretendidamente el empleador<sup>370</sup>. Esta exigencia indiciaria evidencia que la presunción no supone una inversión en la carga probatoria sino más bien una alteración del contenido de la prueba, “sustituyendo el deber del sujeto de probar todas las notas que permiten afirmar el carácter laboral de la prestación de servicios (hecho presunto), por la exclusiva demostración de la existencia de esta última (hecho base de la presunción)”. En cuanto a la operatividad práctica de la presunción de laboralidad en un proceso laboral, creemos que el demandante deberá acreditar entonces, la prestación personal de servicios, pudiendo su demostración ser en forma indiciaria utilizando, por ejemplo, recibos por honorarios, correos electrónicos, cartas a proveedores, comunicaciones de terceros dirigidas a la empresa pero a la atención del demandante, entre otros. Lo anterior supondrá demostrar desde cuando inició sus servicios, para fijar una fecha inicial para efectos de la determinación de los beneficios laborales adeudados por el empleador, pues a partir de ahí la presunción entiende que los mismos han sido indeterminados. Quedará a cargo del empleador demostrar el pago de los beneficios laborales y el estado del vínculo laboral, es decir, si se encuentra vigente o si ya concluyó y, en este último caso, la causa del despido o el motivo del cese. Por ende, somos de la opinión, que la presunción resulta apropiada en razón a la necesidad de facilitar la actuación probatoria del trabajador o ex trabajador demandante debido a la desigualdad natural de la relación laboral aunada a la informalidad existente en nuestro país que se traduce en un uso fraudulento de la contratación independiente con la finalidad de encubrir verdaderas relaciones laborales cuya probanza resulta difícil para el trabajador.



### **II.3.- Compatibilidad entre la presunción de laboralidad y la presunción contenida en el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.**

El artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece textualmente que “en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”. Por su parte, como vimos, el artículo 23. 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo recoge una presunción de laboralidad al señalar que, “Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario.” La pregunta inmediata que surge ante la presunción del artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral es si realmente opera como tal. Si analizamos con cuidado la redacción de la misma advertiremos que el supuesto en que se coloca es aquél en el que el demandante demuestra que sus servicios han sido personales, subordinados y remunerados, es decir, cumple con acreditar los elementos esenciales de la relación laboral, en cuyo caso, el efecto lógico es concluir que la relación es de trabajo y no independiente. En otras palabras, lo que presumiría este artículo no es la existencia de una relación laboral sino que la misma es a plazo indeterminado. Se da por sentada que toda relación jurídica de carácter personal que sea onerosa y principalmente subordinada es laboral no siendo necesario para arribar a dicha conclusión el utilizar una presunción. En esa medida, el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral resulta útil para determinar la naturaleza indefinida del vínculo laboral cuando se presentan los elementos de la relación laboral, trasladando la prueba en contrario al empleador. Sobre la presunción del artículo 4 de

<sup>1</sup> SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO. (2003), p. 43.

la norma citada, Sanguinetti considera que “(...) tampoco hay nada que se presuma en esta fórmula, cuya estructura parece calcada de la del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores español, como no sea, una vez por norma legal expresa pese a reunir los elementos esenciales antes mencionados, como es el caso de las modalidades formativas laborales o en el Estado el Contrato Administrativo de Servicios (CAS). Sin embargo, creemos que, salvo este fenómeno excepcional de la exclusión, toda relación jurídica en la que se presenten los elementos esenciales deberá ser calificada como laboral. La presunción de laboralidad en la nueva ley procesal del trabajo más, el consentimiento de las partes para obligarse la preferencia del legislador por el contrato de trabajo frente a otros regímenes a los que puede estar sujeta la prestación subordinada de servicios en el Perú, como el de los servidores del Estado o el de los convenios de formación laboral juvenil”<sup>373</sup>. Teniendo en cuenta que ambos enunciados presumen la existencia de un contrato de trabajo indefinido, la diferencia entre ambos radicaría en que la presunción contenida en el artículo 23.2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo es aplicable únicamente en el ámbito del proceso laboral y en este escenario englobaría a la presunción a favor del contrato indeterminado comprendida en el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el cual podría emplearse en situaciones ajenas al proceso laboral. Tengamos en cuenta que el artículo 4, a nuestro entender, recoge el Principio de Primacía de la Realidad, cuyo ámbito de aplicación comprende toda situación en la que nos encontremos ante un discordancia entre la formas y los hechos que puedan tener incidencia en una relación de trabajo. Por lo expuesto, consideramos que las presunciones glosadas en este acápite no resultarían incompatibles entre sí, y que inclusive debería recogerse la presunción de laboralidad de la Nueva Ley Procesal del Trabajo en una norma laboral general como la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, o una Ley General de Trabajo.

#### **II.4.- La “destrucción” de la presunción a cargo del demandado**

La presunción de laboralidad bajo comentario califica como una presunción juris tantum pues puede ser enervada mediante la acreditación del demandado de que, o bien la prestación de servicios es inexistente, que es a plazo determinado, o que la misma ha sido de carácter autónomo. En esa medida, al admitirse prueba en contrario, se encontrará a cargo del empleador demandado no solamente negar la existencia de una relación laboral sino demostrarlo pues, si no cumple con su carga probatoria, entonces el resultado del proceso le será desfavorable, viéndose condenado al pago de los beneficios sociales reclamados por el demandante. 373 SANGUINETI. (2003). Op. cit, pp.54-55 195 Doctrina y análisis sobre la nueva ley procesal del trabajo Si el demandado pretende rebatir la presunción relativa la naturaleza indeterminada de la relación laboral deberá acreditar la celebración de contratos sujetos a modalidad (plazo fijo), debida y objetivamente justificados (causados) y demostrar que cumplió con las formalidades previstas por el ordenamiento laboral. Entonces, es el demandado, normalmente empleador o ex empleador, quien debe acreditar que la presunción carece de sustento, no bastando sus solas afirmaciones sino también requiriéndose un acervo probatorio concluyente. Tengamos en cuenta que la ruptura de una presunción exigirá desplegar una actividad probatoria consistente, no siendo suficiente pretender su quiebre a través de una prueba indiciaria.-

### **III.- CONCLUSIONES.**

1.- En el nuevo proceso laboral que regula la Ley N° 29497 se le impone un deber mínimo de probanza al trabajador, pues ello, sirve para combatir el fraude en la contratación laboral, sin conllevar claro está, un arbitrario privilegio probatorio, toda vez que puede ser destruida por el demandado, en salvaguarda de verdaderas relaciones civiles o mercantiles.

2.- Siendo la subordinación la nota esencial de la relación laboral, el uso de esta medida cada vez más sofisticada para evitar que despliegue sus efectos por parte de malos empleadores complica las posibilidades

del trabajador de recurrir a los órganos jurisdiccionales en busca de la tutela judicial efectiva a partir de su reconocimiento como tal. Esta realidad innegable constituye a nuestro entender una justificación que se haya considerado en la Ley procesal del trabajo de la presunción de laboralidad, la cual constituye una facilitación probatoria para el trabajador que se ve perjudicado por el “ingenio” de su empleador al ocultar la subordinación. La ley señala que bastará con acreditar la prestación personal de servicios para que se presuma la existencia de un contrato indeterminado, salvo prueba en contrario del empleador.

3.- No negamos que la presunción de laboralidad podría prestarse a conductas inadecuadas por parte de los demandantes (mala fe, uso abusivo), que en la realidad de los hechos (primacía de la realidad), sean prestaciones autónomas, y en mérito a dicha presunción valerse para obtener algún beneficio patrimonial en perjuicio del empleador; sin embargo, consideramos que de producirse estos casos, serán fácilmente detectados por el Juez, dado su nuevo rol con la Nueva Ley Procesal, que exige una mayor compenetración y conocimiento de los expedientes, y si se detectase se debe llevar a sanción este litigante pues resulta totalmente injusto activar la maquinaria jurisdiccional con la única finalidad de obtener dinero mediante un empleo indebido de las instituciones de tutela del trabajador, prevista en el ordenamiento procesal como la presunción de laboralidad.

4.- El contratar irregularmente a una persona, no reconociéndole el acceso a derechos laborales y protección social genera al empleador más perjuicios que beneficios, pues podrá ser objeto de inspecciones e imposición de multas por parte de la Autoridad administrativa de Trabajo, la Sunat, además de sendas demandas laborales interpuestas por el trabajador que se ve perjudicado por dicha situación.

5.- La Presunción también requerirá que los jueces actúen sesudamente en su aplicación, exigiendo verdaderos indicios a los trabajadores que la invoquen pues no se trata de eximir de toda prueba al demandante sino solamente de facilitarle dicha actividad, por lo que se esperará que éste demuestre que ha prestado servicios al demandado, activándose seguidamente la carga probatoria del empleador que pasa por demostrar que cumplió su obligación como tal, si el vínculo se encuentra vigente o no, y la causa de su terminación.



#### IV.- BIBLIOGRAFIA.

- ARCE ORTÍZ, Elmer. *“la función del derecho del trabajo contemporáneo”*. En: Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafío y deficiencias. palestra Editores, Lima, 2003, segunda edición actualizada.
- SANGUNETY RAYMOND. Wilfredo. “La presunción de laboralidad y la Nueva Ley Procesal del Trabajo”. En: soluciones Laborales N° 36, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2010.
- NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho Laboral. Lila, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- PALOMEQUE LOPEZ, Manuel y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. Derecho del Trabajo. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- PLA RODRIGUÉS, Américo. Los principios del derechos del trabajo. Buenos Aires, Ediciones de Palma.

# LA NECESIDAD DE MOTIVAR LA RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE REITERA UN MANDATO DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL, EN LOS EMBARGOS DE BIENES CUANDO EL DEUDOR YA NO ES EL ACTUAL TITULAR REGISTRAL

Deysi Libertad Rios Quispe<sup>1</sup>



## Resumen

El presente artículo trata sobre la importancia de la motivación de las resoluciones judiciales que reiteran el mandato de inscripción del embargo de un bien que pertenece a tercero y no al deudor, no solo para el propio titular registral sino para cualquier persona que contrate sobre la base de lo publicitado por Registros Públicos.

## Sumario

La Calificación Registral. La Formalidad de los Partes Judiciales de Anotación de Embargo en forma de Inscripción. Las Limitaciones a la Calificación Registral de las Resoluciones Judiciales Contenidas en el Segundo Párrafo del Artículo 2011 del Código Civil. Embargo de Inmueble inscrito a nombre de tercera persona. El Carácter Vinculante de las Decisiones Judiciales. La Necesidad de la Motivación de la Resolución Judicial del mandato reiterativo. Conclusiones. Referencia Bibliográfica.

## Introducción

A menudo sucede que ante el incumplimiento de una obligación, los acreedores como las entidades financieras y personas naturales, se ven obligados a entablar un proceso judicial a efectos de que se embargue bienes de propiedad de sus deudores y así cautelar su derecho. También sucede que estos para evitar el desmedro de sus bienes con la inscripción de un embargo, transfieren sus bienes a personas que conocen de esta obligación no asumida, o que desconocen esto ya que al momento de la transferencia no consta un embargo inscrito ni pendiente de inscripción, adquiriendo así un bien sin cargas. Entonces, el Juez de la casusa emite una Resolución judicial que ordena se conceda medida cautelar de embargo en forma de inscripción sobre el bien de propiedad del deudor quien también deberá de ser el actual titular registral, de lo contrario deberá requerirse se le acredite que el bien sigue perteneciendo al deudor. Si bien lo antes descrito deberá suceder por norma general, es el caso, que en algunas ocasiones la resolución que reitera el mandato de inscripción ante la negativa de inscribir por parte del registrador, no refleja esto.

<sup>1</sup> Analista Registral de la SUNARP Zona Registral N°XI-Ica. Estudios concluidos de Maestría en Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica.

El presente artículo, merece a manera de ejemplo el siguiente caso: Mediante Resolución Judicial N° 01 del 05/06/2017, que resuelve dictar medida cautelar fuera del proceso en la modalidad de embargo en forma de inscripción sobre el bien inmueble inscrito en la partida N°12345678 de propiedad de Maritza Dominga Chávez Vargas; se advierte, que existe inadecuación del título presentado con su antecedente registral, por cuanto verificado el titular registral, se ha podido determinar que la citada partida publicita en el asiento C0002 que Daniela Dominga Salcedo Chávez ha adquirido el predio en mérito de la donación realizada por su anterior propietaria Maritza Dominga Chávez Vargas mediante Escritura Pública N°364 del 15/06/2017, en tal sentido, la demandada, ya no es la actual propietaria del predio. Por lo que estando al amparo de lo dispuesto por el Art. 656 del C.P.C., así, no procedería efectuarse la inscripción, dado que no existe adecuación del mandato judicial con el antecedente registral.

Siendo así, el registrador público procede a emitir una esquila de observación, adjuntando además copia de la actual partida registral, donde consta que la demandada ya no es la titular del bien. El juez, al recepcionar la esquila se limita a reiterar el mandato de inscripción mediante otra resolución, sin dar mayor detalle del porque de su decisión o de si se incorporó al fondo del proceso la circunstancia advertida por el Registrador. Entonces, con esta nueva resolución el registrador deberá de cumplir con acatar la orden de inscripción, pese a que subsiste el obstáculo que de que el demandado no es el actual propietario, en virtud del carácter vinculante de las decisiones judiciales.

Lo anterior, es el caso más conocido, el embargo de un bien inmueble registrado a nombre de tercero, y ya no del demandado como dicta la resolución judicial, esto por haber sido inscrita la transferencia antes de la presentación a Registros Públicos de la medida cautelar de embargo. Si el deudor transfirió el bien antes o después de haberse dictado el embargo no está en discusión, así como tampoco el modo de transferencia, sino que, el objeto del presente artículo se centra en ¿Qué sucede cuando el Juez hace uso del poder jurisdiccional que tiene y ordena cumplir con el mandato de inscripción? ¿Si corresponde un segundo pedido de aclaración después de que el juez reitera el pedido de inscripción sin indicar que se cumplió lo requerido por el artículo 650 del Código Procesal Civil<sup>1</sup> para estos casos?



## LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

La calificación registral es la evaluación integral de los títulos presentados al registro que tiene por objeto determinar la procedencia de su inscripción está a cargo del Registrador y tribunal Registral, en primera y en segunda instancia respectivamente, quienes actúan de manera independiente, personal e indelegable, en los términos y con los límites establecidos el TUO y en las demás normas registrales.

Es obligación del registrador al ejercer la función de calificación registral, “confrontar la adecuación de los títulos con los asientos de inscripción de la partida registral en la que se habrá de practicar la inscripción, y, complementariamente, con los antecedentes registrales referidos a la misma, sin perjuicio de la legitimación de aquellos”.<sup>2</sup>

## LA FORMALIDAD DE LOS PARTES JUDICIALES DE ANOTACIÓN DE EMBARGO EN FORMA DE INSCRIPCIÓN

El título material que da mérito a la anotación de embargo en forma de inscripción es la resolución judicial que

1 Artículo 650 del Código Procesal Civil: “(...) también en caso que se acredite, de modo fehaciente que el bien pertenece al deudor y se encuentra inscrito a nombre de otro; deberá notificarse con la medida cautelar a quien aparece como titular en el registro; la medida se anotará en la partida respectiva; la subasta se llevara adelante una vez regularizado el tracto sucesivo registral.

2 Literal a) del artículo 32 del Reglamento General de los Registros Públicos.

concede dicha medida cautelar. De otro lado, el título formal está constituido por el parte judicial remitido por el órgano jurisdiccional competente, mediante oficio dirigido por el Juez al funcionario público, el cual debe estar conformado por la copia certificada de la resolución que concede la medida, la que contendrá la individualización del predio afectado y el monto de la afectación.

Asimismo, el número de la partida registral del predio debe constar en la resolución que concede la medida cautelar o desprenderse del parte judicial correspondiente.<sup>1</sup>

### **LAS LIMITACIONES A LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES CONTENIDAS EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 2011 DEL CÓDIGO CIVIL**

El artículo 2011 del Código Civil establece que los registradores califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los Registros Públicos. En el segundo párrafo del mismo artículo se señala que lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplica, bajo responsabilidad del registrador, cuando se trate de parte que contenga una resolución judicial que ordene la inscripción. Agrega que, de ser el caso, el registrador podrá solicitar al juez las aclaraciones o información complementaria que precise, o requerir se acredite el pago de los tributos aplicables, sin perjudicar la prioridad del ingreso al Registro. En esa línea, el penúltimo párrafo del artículo 32 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos establece que en los casos de resoluciones judiciales que contengan mandatos de inscripción o solicitudes de anotaciones preventivas, el Registrador y el Tribunal Registral se sujetarán a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 2011 del Código Civil.

Se desprende del tenor del artículo bajo comentario, así como por lo expuesto en reiteradas y uniformes resoluciones emitidas por el Tribunal<sup>2</sup>, que tratándose de resoluciones judiciales que ordenan una inscripción, la función calificadora del registrador público a que se contrae el artículo 2011 del Código Civil se encuentra limitada a verificar si el mandato judicial efectivamente se ha producido, si cumple con las formalidades requeridas, como son la firma del juez o secretario, los obstáculos que se puedan presentar en cuanto a la incompatibilidad entre la resolución judicial y los antecedentes registrales, quedando fuera de la calificación, la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiese dictado, los fundamentos o el contenido de la resolución, así como su adecuación a la Ley.

Así, la limitación en la calificación de los partes judiciales no significa que dichos documentos no sean materia de calificación en ciertos aspectos, tales como la formalidad del documento y la adecuación con la partida registral, teniendo en cuenta que el segundo párrafo del artículo 2011 del código sustantivo no ha dejado sin efecto los demás artículos contenidos en dicho cuerpo de leyes, tales como los artículos 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017 que recogen diferentes principios registrales, facultándose al registrador que tenga a su cargo la calificación de un título que provenga de sede judicial, a solicitar al juez las aclaraciones o informaciones adicionales complementarias sobre su mandato, siempre que no impliquen el cuestionamiento de los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la sentencia o sobre la competencia del órgano jurisdiccional o la congruencia del mandato en el proceso.

En ese sentido, respecto de la calificación de resoluciones judiciales, el Tribunal Registral, aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria, cuya sumilla es la siguiente: CALIFICACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES “El Registrador no debe calificar el fundamento o adecuación a la ley del contenido de la resolución judicial. Conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 2011 del Código Civil, el Registrador está autorizado para solicitar aclaración o información adicional al Juez, cuando advierte el carácter no inscribible del acto que se solicita inscribir o la inadecuación o incompatibilidad del título con el antecedente registral. Si en respuesta a ello el Juez reitera el mandato de anotación o inscripción mediante una resolución, incorpora

1 Artículo 128 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios.

2 Resolución N°1461-2018-SUNARP-TR-L del 20/06/2018.



al fondo del proceso dicha circunstancia, y en consecuencia, al emitir pronunciamiento sustantivo, el mismo no puede ser objeto de calificación por parte del Registrador, siendo en estos casos, responsabilidad del magistrado el acceso al Registro del título que contiene el mandato judicial, de lo que deberá dejarse constancia en el asiento registral.”<sup>1</sup>

De acuerdo a este precedente constituyen aspectos de la calificación registral de resoluciones judiciales:

- Las formalidades extrínsecas del parte judicial.
- La verificación del carácter inscribible del acto materia de rogatoria, y
- La adecuación del título con el antecedente registral.

Asimismo, estos aspectos tienen que ser puestos en conocimiento del juez y si este a pesar de ello reitera su mandato de inscripción, el registrador deberá acatar e inscribir el título.

Ahora bien, surge el cuestionamiento en torno a si la solicitud de aclaración únicamente debe limitarse a errores numéricos y ortográficos<sup>2</sup> o es posible abordar una aclaración más amplia que abarque otros conceptos, como a la falta de motivación en ella.

## **EMBARGO DE INMUEBLE INSCRITO A NOMBRE DE TERCERA PERSONA**

De acuerdo al artículo 650 del Código Procesal Civil concordado con el Artículo 129° del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, en caso que se acredite, de modo fehaciente que el bien pertenece al deudor y se encuentra inscrito a nombre de otro; deberá notificarse con la medida cautelar a quien aparece como titular en el registro; la medida se anotará en la partida respectiva; la subasta se llevara adelante una vez regularizado el tracto sucesivo registral.

Entonces, el Juez al advertir la denegatoria de inscripción por Registros Públicos, deberá de solicitar al interesado se le acredite que el bien sigue perteneciendo al deudor y no a quien se publicita como actual titular registral, es por eso que el presente artículo, está centrado en este supuesto, en lo que sucede cuando de la Resolución judicial se advierte la inadecuación de esta con la partida registral del inmueble donde se solicita la inscripción. ¿Qué sucede si el juez, no considera necesario acreditar ante registro que el bien sigue perteneciendo al deudor, pese de que ante su despacho esto fue acreditado? ¿Es válido que el juez, solo se limite a reiterar el pedido de inscripción?

No es menos cierto que estando inscrito el embargo con anterioridad a la transferencia el nuevo adquirente debe soportar la carga existente. Pero no es lo mismo que habiendo adquirido un bien sin cargas y luego de inscribir la transferencia, posteriormente se inscriba un embargo y menos que en el que el mandato judicial no se dé mayor cuenta del porque la procedencia de su inscripción si la partida registral publicita que el bien ya no pertenece al demandado.

## **EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS DECISIONES JUDICIALES**

Sustentado en el Artículo 4° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>3</sup>, asimismo, este carácter ha sido recogido en el citado precedente de observancia obligatoria (señalado líneas arriba) y ha sido complementado con la Directiva N° 02-2012-SUNARP-SA aprobada mediante Resolución del Superintendente Adjunto de los

1 V Pleno Registral, llevado a cabo en sesión ordinaria realizada los días 5 y 6 de setiembre del 2003

2 Artículos 406° y 407° del Código Procesal Civil

3 Artículo 4° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial “Carácter vinculante de las decisiones judiciales, toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad civil, penal o administrativa, que la ley señala” - Decreto supremo N°017-93-JUS.



Registros Públicos N° 029-2012-SUNARP-SA, en cuyos numerales 5.1, 5.2 Y 5.3 se señala que el registrador público, conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 2011 del Código Civil, se encuentra autorizado para solicitar aclaración o información adicional al juez, cuando considere que el acto no resulta jurídicamente inscribible, cuando existan obstáculos que surjan del registro o no se cumplan las formalidades extrínsecas del parte judicial, y en el caso que el juez reitere el mandato de anotación o inscripción, sin que a juicio del registrador público se haya efectuado la aclaración respectiva, extenderá el asiento registral correspondiente, dejando constancia de dicha circunstancia en el asiento registral.

En ese sentido, cuando un título proviene de un proceso judicial, el Registrador Público debe limitarse en poner en conocimiento al juez de los obstáculos que se puedan presentar en cuanto a la incompatibilidad entre la resolución judicial y los antecedente registrales, y de reiterarse el mandato de inscripción, proceder con la inscripción sin mayores cuestionamientos. Pero cabe preguntarse, ¿Cuál es el límite al artículo 4° de la LOPJ?

### **LA NECESIDAD DE LA MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DEL MANDATO REITERATIVO**

El artículo 76 del Reglamento de los Registros Públicos establece: “Se entiende por título para efectos de la inscripción, el documento o documentos en que se fundamenta inmediata y directamente el derecho o acto inscribible y que, por si solos, acrediten fehaciente e indubitadamente su existencia (...)” por su parte, el numeral III del título preliminar del TUO de los Registros públicos, refuerza el concepto de que el único hecho generador de un asiento de inscripción, que incorpore una situación jurídica, sea el título presentado; al establecer que los asientos de inscripción se extiende en virtud del título que conste en instrumento público, salvo disposición en contrario.

El acto inscribible, se fundamenta en el título, y en los títulos archivados, entonces como se le explica al ciudadano de a pie y a cualquier interesado, el hecho de que se inscribió un embargo al haberse acreditado judicialmente el bien pertenece a otra persona y no al titular registral publicitado, y que esto consta en el expediente judicial y no en los documentos que guardamos celosamente archivados, y que allí deberá de recurrir en caso de alguna duda. Este hecho, convierte al Registrador en un ente que solo transcribe documentos. Considero que, se está desnaturalizando la labor principal del Registrador Público, que es calificar títulos y no solo un ente traslativo de documentos, ya que no se le está permitido razonamiento o cuestionamiento alguno. Asimismo, se está poniendo en tela de juicio la seguridad jurídica que brinda el Registro.

De acreditarse ante el Juez la correspondencia del embargo mediante la presentación de los respectivos documentos, dichos documentos no llegan al registro, sino que corresponde tal valorización al juez, por lo que debería hacerse mención en los considerandos que motivan la expedición de la resolución judicial que reitera el mandato de inscripción, de tal valoración judicial, sin la necesidad de un segundo pedido de aclaración por parte del Registrador. Lo contrario evidenciaría una debilidad del sistema registral, generando perjuicio al derecho de propiedad demostrando una actuación precaria en el sistema de control.



## **CONCLUSIONES:**

La solicitud de aclaración prevista en el artículo 2011° del Código Civil (C.C), es distinta de las aclaraciones o correcciones previstas en los artículos. 406° y 407° del Código Procesal Civil (CPC).

Cuando el Registrador Público solicita una aclaración en el marco de lo establecido en el artículo 2011° del C.C lo hace a fin de garantizar la seguridad jurídica, correspondiendo al magistrado evaluar la pertinencia o no de la solicitud de aclaración.

Es improbable que el Registrador pueda advertir si se acreditó ante el Juez que el bien sigue perteneciendo al deudor pese a estar inscrito a nombre de tercero y que se notificará al actual titular registral, si no se deja constancia de ello en la resolución que reitera el mandato, pues la calificación se basa en la formalidad del título presentado y no en los documentos validados por el juez y que obran en el expediente judicial.

A modo de sugerencia, creo que el principio judicial la motivación de las Resoluciones judiciales, debe aplicarse a los pedidos que reiteran los mandatos de inscripción, a efectos de brindar una publicad registral más eficaz con lo que también se fortalece el sistema de justicia.

## **REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA:**

- Decreto supremo N°017-93-JUS-Ley Orgánica del Poder Judicial.
- Precedentes registrales actualizados al CLXXXVI.



## **“EL DELITO DE PREVARICATO DE AQUELLOS MAGISTRADOS (JUECES Y FISCALES) QUE RESUELVAN APARTÁNDOSE E INOBSERVANDO, LAS REGLAS ESTABLECIDAS COMO PRECEDENTES VINCULANTES POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO.”**

**Abg. SIRLEY ILEANA ESPINOZA ZAPATA**



La mencionada realidad problemática se encuentra establecida en el **Artículo 418° del Código Penal** sobre el delito de Prevaricato e indica: “*El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.*”

El Tribunal Constitucional Peruano mediante precedente vinculante **Exp N° 0001-2010-CC/TC** ha resuelto: “*d. Los jueces que hayan emitido resoluciones judiciales que dispongan la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos Nos 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia Nos 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, o que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la **STC 05961-2009-PA/TC**, deben ser denunciados penalmente por el Ministerio Público por el delito de prevaricato.*”

Los magistrados (jueces y fiscales) que resuelven los diferentes procesos sometidos a su conocimiento, en su mayoría, se limitan a aplicar la ley al caso concreto y desconocen los lineamientos interpretativos del supremo intérprete de la Constitución como lo es el Tribunal Constitucional Peruano tal como se expuso en las sentencias STC N° 05961-2009-PA/TC Exp. N.º 00001-2010-CC/TC, con calidad de precedentes vinculantes.

Se advierte un profundo desconocimiento de la magistratura y la comunidad jurídica en general sobre la comisión del delito de prevaricato de aquellos magistrados que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante por parte del Tribunal Constitucional Peruano, pues se alega que no se puede aplicar por analogía la ley penal, siendo que los alcances del Artículo 418° del Código Penal no menciona al precedente vinculante. Los magistrados peruanos al momento de ser procesados por el delito de prevaricato, solo se limitan a invocar el criterio de independencia jurisdiccional, como causa de justificación, y alegan que lo resuelto por el Tribunal Constitucional viola el principio de legalidad, el principio de la independencia judicial.

Los magistrados peruanos no toman en cuenta los siguientes dispositivos **Artículo VI Código Procesal Constitucional** “...Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la **interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.**”

**La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Ley N° 28301. Disposiciones Finales. PRIMERA.-** Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.

La ley penal estipula Prevarica el magistrado que emite resolución o dictamen, manifiestamente contrarias al texto expreso y claro de la ley, entonces se cuenta con los dispositivos antes citados que mandan se cumpla lo expuesto en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional, y el principio de legalidad dice Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley (la ley dice cumplan con lo expuesto por el Tribunal Constitucional), pues si contravienes (magistrados) el texto expreso y claro de la ley entonces cometes prevaricato.

### ➤ CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional se importó la institución del precedente vinculante (**en adelante PV**) a nuestro ordenamiento jurídico regulándolo en el Artículo VII del Título Preliminar de dicho cuerpo normativo. Siendo que el máximo intérprete de la constitución, el Tribunal Constitucional Peruano (**en adelante TC**), en esa línea expide jurisprudencia vinculante como lo son los precedentes constitucionales vinculantes y doctrina jurisprudencial<sup>1</sup>. Resulta necesario hacer de por sí, la distinción entre Precedente Vinculante y Doctrina Jurisprudencial. Al respecto la doctrina expone: Cuando se habla de precedente, se alude a la regla jurídica (norma) que, vía interpretación del ordenamiento dispositivo, crea el juez para resolver el caso planteado, y que debe o puede servir para resolver un caso futuro sustancialmente análogo<sup>2</sup>. Debemos agregar que los alcances de un **PV** se extiende a todo el ordenamiento jurídico, tienen alcances generales y son oponibles *erga omnes*, ha sentido contrario la doctrina jurisprudencial sólo vincula a la magistratura.

### ➤ EL PRECEDENTE VINCULANTE “ES CASI UNA LEY”

Un **PV** el **TC** extrae reglas de un caso concreto, por lo que para algún sector de la doctrina esta institución no es mera jurisprudencia, es casi una ley, compartimos esto último “*es casi una ley*”, es decir el precedente vinculante tiene efectos similares a una ley, pero solo efectos, más no será una ley, tendrá “*fuera de ley*”, pero jamás ostentará el “*rango de ley*”; nos interesa precisar para la presente artículo, que mediante sentencia recaída en el Exp. N.º 00001-2010-CC/TC, el máximo intérprete de la Constitución, ha dirimido la demanda de conflicto competencial interpuesta por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación del Presidente de la República y con la aprobación del Consejo de Ministros, contra el Poder Judicial, con el objeto que se determine que la regulación relativa a los requisitos para la importación de vehículos y autopartes usados es una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, y que, como consecuencia de ello, los demandantes solicitan

1 Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional... Código Procesal Constitucional.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

Artículo VII.- Precedente. Código Procesal Constitucional.

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

2 RODRIGUEZ SANTANDER, Roger. El Precedente Constitucional en el Perú: Entre el Poder de la Historia y la Razón de los Derechos. En: Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grández Castro (Coordinadores) Estudios al Precedente Constitucional. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia. 1ª Edición Febrero 2007. Pág. 55.



se declare la invalidez de las resoluciones judiciales que han inaplicado normas jurídicas imperativas [vía control difuso] que regulan la importación de vehículos y autopartes usados, siendo que dichas resoluciones judiciales han permitido el ingreso de vehículos usados a nuestro país.

El TC resuelve la causa y Declara fundada en parte, la demanda; y establece como Precedente Vinculante conforme al Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, de las cuales sólo transcribimos las que nos interesan, entre ellas las siguientes reglas:... b. *Los jueces que hayan emitido resoluciones judiciales, disponiendo la inaplicación del Decreto Legislativo N° 843, o de los Decretos Supremos Nos. 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia Nos. 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, o que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, **deben ser procesados y sancionados por el Consejo Nacional de la Magistratura y la Oficina de Control de la Magistratura.***

[...]

d. *Los jueces que hayan emitido resoluciones judiciales que dispongan la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos Nos. 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia Nos. 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, o que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la **STC 05961-2009-PA/TC**, deben ser denunciados penalmente por el Ministerio Público por el **delito de prevaricato**. (Resaltados Nuestros)*

e. *Las medidas cautelares que dispongan la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.os 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.os 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, además de ser nulas de pleno derecho por ser inconstitucionales, generan que se promueva la declaración de responsabilidad civil tanto de jueces, abogados y demandantes.*

#### ➤ **RESPONSABILIDAD DE JUECES Y FISCALES**

Al respecto cabe precisar que con el término magistrados estamos aludiendo a los jueces y fiscales, y siguiendo esta línea vamos a centrar nuestro artículo en el **Artículo 418° Del Código Penal**, y en toda la problemática que genera a los magistrados en relación a la jurisprudencia emitida por el TC, al respecto cabe preguntarse **¿Prevarica aquel Juez o Fiscal que se aparta, inobserva o contraviene un Precedente Vinculante?** **¿Prevarica aquel Juez que aplica control difuso?** La respuesta tiene dos aristas, puede ser positiva o negativa, empero no resulta fácil acometer la tarea, pues vamos a advertir que surgen diversas cuestiones incidentales que complican sobremanera ensayar una respuesta inmediata y contundente a las interrogantes planteadas.

No hay duda que la jurisprudencia es una las fuentes principales del derecho y sirve como guía para decidir casos futuros, tal y como lo regula nuestro ordenamiento jurídico contenido en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Siendo que el máximo intérprete de la constitución, el Tribunal Constitucional en esa línea expide jurisprudencia vinculante como lo son los precedentes constitucionales vinculantes y **doctrina jurisprudencial**<sup>1</sup>. Resulta necesario hacer de por sí, la distinción entre Precedente Vinculante y Doctrina

<sup>1</sup> Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional...

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios

Jurisprudencial. Al respecto la doctrina expone: Cuando se habla de precedente, se alude a la regla jurídica (norma) que, vía interpretación del ordenamiento dispositivo, crea el juez para resolver el caso planteado, y que debe o puede servir para resolver un caso futuro sustancialmente análogo<sup>1</sup>. Debemos agregar a nuestro turno que los alcances de un PV se extiende a todo el ordenamiento jurídico, tienen alcances generales y es oponible *erga omnes*, ha sentido contrario la doctrina jurisprudencial sólo vincula a la magistratura.

Siguiendo con esta línea de pensamiento el Juez o Fiscal debe ser sancionado por la comisión de dicho delito, debemos anotar en honor a la verdad que el PV no es una ley veamos la respuesta negativa, pero aún no respondemos la pregunta si prevarica aquel magistrado que no observe un precedente vinculante emitido por el TC.

Siguiendo la línea anterior a nuestro turno agregamos que las únicas normas que tienen rango legal son las contempladas en el **Artículo 200° Inciso 4 de la Constitución política del Perú.-** Acciones de Garantía Constitucional. Son garantías constitucionales:

La Acción<sup>2</sup> de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. (Resaltado Nuestro)

Debemos agregar que el TC vía jurisprudencial ha ensanchado el catálogo de las normas (con rango legal) sobre las cuales procede interponerse un Proceso de Inconstitucionalidad, es decir no se encuentran mencionadas textualmente en el Artículo 200° inciso 4 de la Constitución, pero han sido incorporadas vía jurisprudencial entre ellos tenemos a los Decretos Leyes, Resolución Legislativa, Las Leyes De Reforma Constitucional y Leyes Derogadas.

En lo correspondiente al término Fuerza de Ley La constitución menciona el término dos veces en los Artículos 94° y 118° Inciso 19 de la Constitución Política del Perú.<sup>3</sup>

---

constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional. Artículo VII.- Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

1 RODRIGUEZ SANTANDER, Roger. El Precedente Constitucional en el Perú: Entre el Poder de la Historia y la Razón de los Derechos. En: Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grández Castro (Coordinadores) Estudios al Precedente Constitucional. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia. 1 Era Edición Febrero 2007. Pág. 55.

2 Nuestra actual Constitución Política, regula el Proceso De Inconstitucionalidad en el Artículo 200° Inciso 4, pero debemos advertir que se usa inapropiadamente el término "Acción" siendo lo correcto el término "Proceso" Me explico, entiendo a la categoría procesal de Acción, recordando mi pregrado sobre la teoría general del proceso, como la capacidad (accionar) que tiene un sujeto procesal legitimado de recurrir ante el órgano jurisdiccional y solicitar tutela procesal efectiva, y entiendo al término jurídico proceso, como aquel conjuntos de pasos, etapas concatenados desarrollados por el órgano jurisdiccional encaminados a obtener una resolución fundada en derecho. En consecuencia se ejerce el derecho de acción cuando los sujetos legitimados presentan su demanda de Inconstitucionalidad ante el TC eso y nada más, ahí concluye su derecho de acción, y luego se desarrolla el proceso. Ergo el término acción es muy corto, muy reducido.

3 Artículo 118° Inciso 19. Corresponde al Presidente de la República: Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley...

Artículo 94° El Congreso elabora y aprueba su Reglamento, que tiene fuerza de ley...



Otro argumento de peso que abona la tesis que el PV no es una ley, lo encontramos al recurrir al Principio de reserva de ley al respecto el TC expone “[...]El principio de] reserva de ley [...] implica una determinación constitucional que impone la regulación, sólo por ley, de ciertas materias.

[...]La Reserva no sólo [supone una subordinación del Ejecutivo al Legislativo] es eso sino que el Ejecutivo no puede entrar, a través de sus disposiciones generales, en lo materialmente reservado por la Constitución al Legislativo. De ahí que se afirme la necesidad de la Reserva, ya que su papel no se cubre con el Principio de legalidad, en cuanto es sólo límite, mientras que la Reserva implica exigencia reguladora». (STC N° 02302-2003-PA, FJ 32)

A su turno la doctrina señala: “Gracias al principio de reserva de la ley, se responde satisfactoriamente a las interrogantes ¿cuál es el órgano del Estado que se encuentra legitimado constitucional y legalmente para crear delitos y penas?, ¿qué tipo de normas jurídicas son las que deben de prescribir las conductas delictivas y las sanciones correspondientes?

Con relación a la primera interrogante se debe dejar en claro que la Constitución de 1993 en su artículo 102° establece que es el Poder Legislativo la institución encargada de dar leyes. De este precepto se infiere que el Parlamento es el ente que tiene la primacía o competencia legisferante sobre los otros órganos constitucionales encargados de emitir normas jurídicas de carácter positivo... El señorío del Poder Legislativo en la elaboración de leyes que crean delitos y penas se debe a que a través de él se expresa en mejor forma la voluntad del pueblo<sup>1</sup> y del Estado. Lo afirmado se fundamenta en virtud a que es el Poder Legislativo la institución más idónea por medio de la cual se canalizan políticamente los valores de la sociedad, lográndose de esta manera que la voluntad del Estado sea auténtica manifestación de la voluntad de la sociedad.

Por otro lado, haciendo una interpretación teleológica del artículo 2 inciso 24, literal d) de la Constitución, se concluye que para crear delitos y penas no es suficiente con que dichas normas sean emitidas por el Congreso de la República siguiendo los mecanismos que establece la Constitución, sino que además, es imprescindible que dichos preceptos tengan fuerza activa y pasiva. Es decir, por un lado, deben poseer la capacidad para derogar a otras normas jurídicas de igualo menor rango y, por otro, tener la suficiente capacidad para no ser derogadas por normas jurídicas de menor jerarquía. Esta exigencia constitucional, de indiscutible cumplimiento -y que se conoce como principio de jerarquía normativa- se encuentra consagrada en el artículo 51 de la Constitución, el cual establece que la norma constitucional prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente. Por tanto, lo sancionado por la norma constitucional excluye la posibilidad de que otras normas jurídicas que tienen rango de ley (...) puedan crear delito y penas.<sup>2</sup>”

1 Vid. GOLDSCHMIDT, Werner. La ciencia de justicia. 2Da Edición, Buenos Aires, 1986, p. 310. Asimismo, DÍEZ-PICAZO, Luis María. La derogación de las leyes. Madrid, 1990, p. 95. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. “El Principio De Legalidad En El Estado Democrático De Derecho”. En: Revista Peruana De Ciencias Penales. N° 14, Idemsa, Lima, P. 492. Citado por URQUIZO OLAECHEA, José. Principio de Legalidad En Materia Penal. (Comentarios al Artículo 2 Inciso 24 Literal D de la Constitución). En: La Constitución Comentada. Tomo I. Análisis Artículo por Artículo. Segunda Edición. Enero 2013. Gaceta Jurídica. Págs. 396-397.

2 URQUIZO OLAECHEA, José. Principio de Legalidad En Materia Penal. (Comentarios al Artículo 2 Inciso 24 Literal D de la Constitución). En: La Constitución Comentada. Tomo I. Análisis Artículo por Artículo. Segunda Edición. Enero 2013. Gaceta Jurídica. Págs. 396-397.



**Siguiendo con los argumentos en contra, entonces si asumimos que el PV, es una ley, en consecuencia de manera indirecta aunque no lo queramos estamos diciendo que el TC, es un legislador (positivo) o cuasilegislator, el cual estaría usurpando facultades que solo le han sido conferidas al Poder Legislativo.**

Estamos de acuerdo que el TC es el Supremo Intérprete de la Constitución; es una de sus principales labores o prerrogativas, la de interpretar las normas de acuerdo a la Constitución usando conjuntamente el Bloque de la Constitucionalidad, de eso no queda dudas que el TC posee facultades interpretativas, pero que sea un legislador positivo, es una exageración<sup>1</sup>, pues esta potestad reside en el Poder Legislativo (Congreso) y vía delegación en el poder Ejecutivo (a través de la emisión de Decretos Legislativos y Decretos de Urgencia<sup>2</sup>) así lo ha creído conveniente el poder constituyente, en consecuencia sino posee facultades legislativas no es un legislador positivo, se podría decir que es un cuasilegislator (el término denota que le falta algo para serlo) porque interpreta los contenidos de una disposición y determina qué tipo de interpretación es constitucional o contraria a la misma, pero entonces que le falta, es la legitimidad que si lo tiene el Poder Legislativo o el Ejecutivo (a su turno) se podría decir que legisla indirectamente, porque al interpretar puede cambiar el sentido de la disposición sometida examen, en consecuencia no es un legislador negativo, porque esa labor encomendada primigeniamente por su mentor el excelso Hans Kelsen, ha sido rebasada largamente, veamos el TC fue concebido para expulsar una norma a través de un proceso de Inconstitucional (comportarse como legislador negativo) y para evitar conflictos de Competencia entre los poderes del estado a través del Proceso Competencial, en la actualidad el TC no sólo conoce sobre procesos orgánicos en única y definitiva instancia (Proceso de Inconstitucionalidad y Proceso Competencial) sino que además en última instancia conoce sobre procesos de la Libertad (Proceso de Amparo, Hábeas Data, Cumplimiento y Hábeas Corpus), entonces es una verdad de Perogrullo que la labor primigenia de legislador negativo se ha visto totalmente desbordada y dejado de lado, es decir hemos pasado de tener un TC legislador negativo a tener un TC supremo intérprete de la Constitución, que no usurpa funciones conferidas al Poder Legislativo, pues el TC interpreta no legisla (como si lo hace el Poder Legislativo).



Retomando, entonces si el PV no es una ley, ergo el magistrado (juez o fiscal) no comete delito de prevaricato, aún no nos aventuramos a dar la respuesta, veamos la tercera posición.

### **Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Ley N° 28301. Disposiciones Finales.**

**PRIMERA.** Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los

<sup>1</sup> Esta idea quedaría matizada con el empleo de las sentencias manipulativas interpretativas, el TC dejó entrever visos de legislador positivo en la Exp. N° 00002-2008-PI/TC sobre el uso de la fuerza letal, ni que decir sobre el uso de la Autonomía Procesal Del Tribunal Constitucional.

<sup>2</sup> Artículo 104.- Delegación de facultades al Poder Ejecutivo  
El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.

Artículo 118.- Atribuciones del Presidente de la República

Corresponde al Presidente de la República:

... 19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.

reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, **conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional** en todo tipo de procesos, **bajo responsabilidad.** (Resaltados Nuestros)

➤ **PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

Por otro lado tenemos que uno de los pilares básicos sobre los cuales se asienta el derecho penal radica en la aplicación del Principio de Legalidad<sup>1</sup>, al momento de aplicar una sanción penal, recogiendo lo que resolvió el TC peruano al momento de resolver el conflicto competencial en el Exp N° 0010-2010-CC/TC llama la atención que haya expuesto que los: *Los jueces que hayan emitido resoluciones judiciales que dispongan la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos Nos. 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia Nos. 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, o que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la **STC 05961-2009-PA/TC**, deben ser denunciados penalmente por el Ministerio Público por el **delito de prevaricato.*** (Resaltados Nuestros)

En nuestro desfigurado Código Penal<sup>2</sup> el legislador ha tipificado el delito de prevaricato expuesto en el **Artículo 418° Del Código Penal**<sup>3</sup> que a la letra dice “*El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de **la ley**, o cita **pruebas inexistentes o hechos falsos**, o se apoya en **leyes** supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.*” (Resaltados Nuestros).

De acuerdo a la doctrina: “El artículo 418° del Código Penal tiene cuatro modalidades típicas específicas:

- i) la conducta por parte del juez o fiscal de emitir resolución o dictamen contraria a la ley;

1 El principio de legalidad encuentra asidero legal en el ámbito internacional en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

Artículo 9° Principio de Legalidad y de Retroactividad.

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. A nivel interno contamos con los siguientes dispositivos:

Artículo 2° Inciso 24. Literal D de la Constitución Política del Perú. Reza que toda persona tiene derecho, a la libertad y a la seguridad personal. En consecuencia: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.”

Artículo II.- Principio de Legalidad del Código Penal. Código Penal.

“Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.”

2 Un análisis exhaustivo de las modificaciones del principal código de normas que regula los delitos en el país arroja que el Congreso legisla de manera desprolija, precipitada y con evidente falta de técnica legislativa. Más allá de la cantidad de proyectos presentados y/o leyes aprobadas, los continuos cambios demuestran que la principal carencia se produce en la calidad de las leyes. Extraído de <http://laley.pe/not/657/el-codigo-penal-ha-sido-modificado-577-veces> (Fecha de Consulta 27/10/14) Por su puesto a la fecha el código penal se ha modificado más de 577 veces siendo de reciente expedición, por ejemplo: el nuevo delito de asesinato por codicia Así lo ha establecido la Ley N° 30253, publicada en el diario oficial El Peruano el viernes 24 de octubre del año 2014, la cual ha modificado el Artículo 108° del Código Penal y el Artículo 58° del Código de Ejecución Penal, también tenemos la Ley N° 30251, norma que perfecciona la tipificación del delito de trata de personas (Artículo 153° del Código Penal), publicada el martes 21 de octubre del año 2014 en el diario oficial El Peruano, siendo que el consentimiento dado por la víctima es irrelevante.

3 Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 28492, publicada el 12 Abril del año 2005.

- ii) la conducta por parte del juez o fiscal de emitir resolución o dictamen, citando pruebas inexistentes;
- iii) la conducta por parte del juez o fiscal de emitir resolución o dictamen, citando hechos falsos; y
- iv) la conducta por parte del juez o fiscal de emitir resolución o dictamen apoyado en leyes derogadas o supuestas, solo estas cuatro formas constituyen, en el derecho peruano, un delito de prevaricación del Juez o Fiscal, y esto no es más que tutelar el principio de legalidad que debe reinar en todo juicio de tipicidad penal<sup>1</sup>.

A continuación resaltamos lo verbos rectores que integran el tipo penal del delito de prevaricato “El Juez o el Fiscal que **dicta** resolución o **emite** dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o **cita** pruebas inexistentes o hechos falsos, o se **apoya** en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.” Ergo la conducta punible desplegada por parte del juez o fiscal radicaría en dictar, emitir resolución o dictamen contraria a la ley; o citar pruebas inexistentes o hechos falsos; o apoyarse en leyes derogadas o supuestas.

#### ➤ **APORTES BÁSICOS**

La convicción religiosa que es la católica apostólica y Romana, no utilizo el término maestro (salvo que sea una transcripción literal de la obra consultada) para referirme o citar a un eminente jurista, pues el término maestro sólo lo reservo para nuestro Señor Jesucristo al respecto: “*Cuando terminó de lavarles los pies y se volvió a poner el manto, se sentó a la mesa y dijo: “¿Entienden lo que he hecho con ustedes?” Ustedes me llaman: El Señor, y: El Maestro. Y dicen verdad, pues lo soy.*” (Juan Capítulo 13, Versículos 12 y 13 de la Santa Biblia.)



Al respecto el profesor Claus Roxin, distingue cuatro consecuencias del principio de legalidad. “Tradicionalmente se distinguen cuatro consecuencias o repercusiones del principio de legalidad, plasmadas en forma de “prohibiciones”, de las cuales las dos primeras se dirigen al juez, y las dos últimas, al legislador: la prohibición de analogía, la prohibición del Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de retroactividad y la prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas. Las cuatro prohibiciones habrán de ser objeto de una exposición más detallada y separada (...); pero para comprender el principio de legalidad es preciso comenzar por hacer una caracterización general de las mismas.

Analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los casos). Se distingue entre analogía legal y analogía jurídica, según que la regla jurídica que se va a trasladar proceda de un precepto concreto (analogía legal) o de una idea jurídica que se desprenda de varios preceptos.

En otros campos del Derecho se reconoce, junto al Derecho legal, el Derecho consuetudinario (no escrito). Sin embargo, el hecho de que la punibilidad no pueda fundamentarse o agravarse por Derecho consuetudinario es una consecuencia obvia de la norma que prescribe que la punibilidad sólo se puede determinar **legalmente** (...).

<sup>1</sup> REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Derecho Penal Parte Especial. Volumen 2. Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L. Tercera Edición 2014. Pág. 1339.

Son imaginables diversas clases de retroactividad. Así, un hecho que no era punible en el momento de su comisión puede ser penado retroactivamente; o respecto de una acción que ya es legalmente punible, se puede introducir retroactivamente una clase de pena más grave (p.ej. prisión en vez de pena de multa) o se puede agravar la pena dentro de una de la misma clase (p.ej. subirla de cinco a diez años de prisión). Esas tres formas de retroactividad son constitucionalmente inadmisibles, pues la punibilidad (como tal, o en su clase o cuantía) no estaba declarada y determinada legalmente antes del hecho (...).

Un precepto penal que tuviera v. gr. el siguiente tenor: “el que infringiere el bien común de modo intolerable, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años”, convertiría en superfluos múltiples parágrafos del StGB, pero sería un precepto nulo, ya que no permite reconocer qué características ha de tener la conducta punible. La punibilidad no estaría “legalmente **determinada**” antes del hecho, sino que sería el juez quien tendría que fijar qué conducta infringe el bien común de modo intolerable. Por tanto, la infinita multiplicidad de tipos penales (dentro y fuera del Código Penal) es una consecuencia del principio de legalidad. Pero también son inadmisibles las penas totalmente indeterminadas. Así, si p.ej. el § 303 se formulara así: “el que dañe o destruya antijurídicamente una cosa ajena, será castigado”, sería anticonstitucional y nulo, ya que quedaría sin determinar legalmente qué pena y en qué cuantía se puede imponer (...)<sup>1</sup>”.

El jurista Urquiza Olaechea comentando el Artículo 2 Inciso 24 Literal D de la Constitución expone: “De esas exigencias [salvaguarda de la dignidad y la libertad] surge el principio de legalidad; institución que constituye, si no el más, uno de los pilares o piedra angular más importante del Derecho en general, y del Derecho Penal en particular, pues limita la arbitrariedad y con ello garantiza la libertad<sup>2</sup>”

Cuando se habla del fundamento del principio de legalidad no solo se debe hacer un análisis en función a lo señalado en el artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución (texto principal), sino que se debe tener en cuenta los diversos preceptos constitucionales y legales que complementan el artículo en estudio. Así -a nivel constitucional- es indispensable tomar en consideración el artículo 103, segundo párrafo (prohibición de la retroactividad desfavorable), el Artículo 139 Inciso 9 (prohibición de analogía *in malam partem*), y el artículo 102 (funciones legislativas del Parlamento). Asimismo, se debe tener observancia de los dispositivos que se encuentran en el Código Penal y en el Código de Ejecución Penal. En el primero tenemos a los artículos II, III y VI del Título Preliminar y 6 de la parte general. En el segundo, al artículo VIII del Título Preliminar.<sup>3</sup>

El depositario de la voluntad popular es el Parlamento, cuyos representantes son elegidos libremente por el pueblo. Por ello, solo aquel está legitimado para dictar leyes. Ningún otro poder del Estado puede asumir dicha potestad, pues de hacerlo estaría usurpando funciones que no le competen<sup>4</sup>.

En consecuencia debemos apreciar si las hipotéticas conductas de los jueces o fiscales que resuelvan en

1 ROXIN, Claus. Ob. Cit. Págs. 140-141.

2 URQUIZO OLAECHEA, José. Principio de Legalidad En Materia Penal. (Comentarios al Artículo 2 Inciso 24 Literal D de la Constitución). En: La Constitución Comentada. Tomo I. Análisis Artículo por Artículo. Segunda Edición. Enero 2013. Gaceta Jurídica. Pág. 389.

3 Ibídem. Pág. 402.

4 Ibídem. Pág. 403.

contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como **PV** del **TC** cumplen con el verbo rector exigido por el tipo, todo esto en aras de no incurrir en motivaciones insuficientes y/o sustancialmente incongruentes<sup>1</sup> [la presente no es una resolución judicial pero *mutatis mutandis* queremos trasladar esas garantías a manera de brindar buenas razones y argumentos a favor<sup>2</sup> de lo que exponemos] por lo que es menester hacer un adecuado juicio de tipicidad.<sup>3</sup>

La doctrina especializada anota que: “La conducta delictiva se vale generalmente, de un verbo rector, que es, en términos gramaticales, el centro en el que gira y se define la misma. A través del verbo rector se va a concretizar lo que el legislador quiere prohibir. Cuando el legislador realiza las formulaciones típicas de un ilícito penal suele utilizar, muchas veces, diferentes formas verbales, pero cuando describe la conducta delictiva va a identificar un verbo principal que es el indicador de la conducta a ejecutar.”<sup>4</sup>

La importancia del presente artículo es conocer la necesidad de precisar los lineamientos interpretativos del tipo penal de Prevaricato mediante la inobservancia de la Jurisprudencia del máximo intérprete y guardián de la constitución política del Perú siendo el Tribunal Constitucional a nuestro ordenamiento jurídico regulándolo en el Artículo VII del Título Preliminar de dicho cuerpo normativo, mediante la Inobservancia; apartamiento, Inaplicación del Precedente Vinculante por parte de los magistrados; representantes del misterio público en la ciudad de Lambayeque genera implicancias y consecuencias jurídicas como magistrados procesados, sentenciados por la no aplicación del precedente vinculante.

Ahora surge la interrogante: ¿Qué implicancias y consecuencias jurídicas, genera inaplicación, inobservancia; apartamiento de los magistrados en el precedente vinculante en la ciudad de Lambayeque?. La respuesta será procesos administrativos y judiciales; sentencias en contra de los Magistrados que inaplicación, inobservancia; apartamiento de los magistrados en el precedente vinculante que contraviene el VII del Título Preliminar del máximo intérprete de la Constitución.

Es de vital importancia el estudio del tema pues al averiguar sobre los presupuestos lógicos-necesarios para emitir un precedente vinculante podremos colegir que a veces no se cumplen con los presupuestos estipulados en las normas procesales, los cuales son de vital trascendencia pues estas son necesarias, pues de lo contrario se termina causando un mal mayor a la judicatura nacional si se procede a la emisión un precedente vinculante, en consecuencia si tomamos en cuenta el principio de previsión de las consecuencias, lo más razonable es expedir los precedentes vinculantes de acuerdo a la normativa que lo rige.

1 Cfr. Exp. N° 00728-2008-PHC/TC. Caso Giuliana Flor De María Llamuja Hilares. Séptimo Fundamento.

2 Sobre argumentación en el derecho puede consultarse a GASCÓN ABELLÁN, Marina. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. La Argumentación En El Derecho. 2Da Edición Corregida. Abril de 2005. Palestra Editores. Lima 2005.

3 Tipicidad es el resultado de la verificación de si la conducta y lo descrito en el tipo, coinciden. A este proceso de verificación se denomina juicio de tipicidad, que es un proceso de imputación donde el intérprete, tomando como base el bien jurídico protegido, va a establecer si un determinado hecho puede ser atribuido a lo contenido en el tipo penal. Si luego de realizado dicho proceso se determina que el hecho encaja en los caracteres abstractos del tipo, existe adecuación típica, lo contrario nos llevaría a negarla. Vid. (VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Editora Jurídica Grijley. 2006. Pág. 296)

4 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. Cit. Pág. 309.



Es importante además, porque el ordenamiento jurídico-constitucional no sólo ha configurado al Tribunal Constitucional como un órgano constitucional, sino también como órgano jurisdiccional y órgano político. De ahí que, en el desarrollo de sus funciones, el Tribunal Constitucional no sólo se circunscribe a actuar únicamente como legislador negativo, sino que también asume funciones cuasi legislativas en orden a salvaguardar el principio de supremacía jurídica de la Constitución y de la tutela de los derechos fundamentales a través de la amplia tipología de sus sentencias. Con relación a este último extremo cabe resaltar que la importancia del estudio encuentra justificación en relación a la labor interpretativa que realiza el Tribunal Constitucional, (estamos hablando quizá de uno de los pilares básicos para la organización del Estado) en base a la distinción entre disposición y norma.



# "NLPT: VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO EN LA REVISIÓN DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA EN EL PROCESO ABREVIADO LABORAL"

EDINSON SAMIER ALEMAN CHORRES

ABOGADO TITULADO EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUMBES



"Dar un buen ejemplo de superación no solo es ver cuánto avanzas en la adquisición de conocimientos, sino también en el modo de cómo tus valores han ido mejorando en cuantos logras tus éxitos; por eso, sé humilde y sencillo".

Sumilla: 1. Introducción. 2. Problemática actual. 3. Justificación. 4. Aplicación de la nueva ley procesal del trabajo. 5. Principios que rigen la NLPT relacionados con el proceso abreviado laboral. 6. Proceso abreviado laboral. 7. Principio del debido proceso. 8. Derecho de defensa. 9. ¿existe afectación al principio del debido proceso en el proceso abreviado laboral? 10. Conclusiones. 11. Bibliografía.

## **1 INTRODUCCIÓN**

En el Perú la aplicación de la nueva Ley Procesal de Trabajo – Ley N° 29497- trabajo consiguió innovaciones en el tratamiento del proceso laboral en nuestro ordenamiento jurídico, su implementación fue progresiva, teniendo su inicio en la Región Tacna el 15 de julio del 2010, ha logrado obtener eficiencia y eficacia en la solución de conflictos laborales en el Perú; y que a diferencia de la antigua Ley procesal de trabajo -Ley 26636- donde los procesos eran mucho más extensos en la obtención de una sentencia, la Ley 29497, simplifica dichos plazos con el fin de que los justiciables obtengan una decisión pronta y sobre todo fundamentada en derecho, todo ello para proteger y garantizar los derechos laborales de los trabajadores, cuyo reconocimiento es de rango constitucional.

Es por ello, que el presente artículo de investigación tratará de advertir las deficiencias de un aspecto en específico de la Ley N° 29497, en el proceso abreviado, cuya estructura procedimental es parecida al del proceso sumarísimo contemplado en la anterior Ley Procesal del Trabajo, y que por la nomenclatura ha cambiado al de ABREVIADO LABORAL que se observan en las instancias del Juzgado Especializado de Trabajo y del Juzgado de Paz de Paz Letrado de Trabajo.

## **2 PROBLEMÁTICA ACTUAL**

Con la implementación progresiva de la Ley 29497 – Nueva Ley Procesal de Trabajo (en adelante NLPT) se ha ido detectando las ventajas y desventajas que podría contener en su aplicación, apreciándose que efectivamente de la revisión de los dispositivos legales de la ley, es que realmente el proceso laboral en esta modalidad es mucho más ventajoso y práctico que la anterior Ley, pues los plazos son mucho más cortos, simplificándose etapas en su desarrollo, así como en la competencia de los Órganos Jurisdiccionales se ha extendido a más ámbitos de conflictos laborales que los contenidos en la anterior Ley.

Sin embargo, es preciso señalar que así como hay ventajas en su aplicación,



también puede decirse que existen aun temas controversiales en su estructura que es necesario comentar, tal es el caso del Proceso Abreviado Laboral, contenido en la NLPT artículos 48° y 49°, los mismos que establecen la forma de cómo llevar adelante dicho proceso. Asumiendo entonces que en el Proceso Abreviado las etapas procesales son simplificadas en una audiencia única, distinguiéndose en este aspecto del proceso ordinario laboral, en el artículo 49° prescribe *“La Audiencia Única se estructura a partir de la audiencias de conciliación y juzgamiento del proceso ordinario laboral. Comprende y concentra las etapas de conciliación, confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia, las cuales se realizan, en dicho orden, una seguida de la otra, con las siguientes precisiones: 1.- La etapa de conciliación se desarrolla de igual forma que en la audiencia de conciliación en el proceso ordinario, con la diferencia de que la contestación de demanda no se realiza en este acto, sino dentro del plazo concedido, **correspondiendo al Juez hacer la entrega al demandante de la copia de la contestación y sus, otorgándole un tiempo prudencial para la recisión de los medios probatorios ofrecidos** (...)”* (Subrayado es nuestro); en dicho caso, surgen las cuestiones como ¿cuánto es el tiempo prudencial que le debería otorgar el Juez a la parte demandante o su Abogado para que revise la contestación de demanda?

Será acaso que debe existir un tiempo límite en la revisión de la contestación, esto es, es necesario fijar un tiempo mínimo y un tiempo máximo para que revisen los actuados la parte demandante, lo que constituye una vulneración al derecho de legítima defensa de la parte demandante, limitando su derecho al debido proceso. Entonces, resulta imprescindible plantearse si existe vulneración al debido proceso sólo en la revisión de demanda cuando esta sea compleja o si dependerá de la capacidad del Abogado al revisar los documentos presentados por la partes. Y esto es lo que trataré de descifrar en el presente trabajo.

### 3 JUSTIFICACIÓN

Existen fundadas razones que motivaron la realización de este estudio, las que consisten en:

-La imperiosa necesidad de lograr determinar si el principio de debido proceso resulta afectado en el desarrollo de la audiencia única en el proceso abreviado en el aspecto de la revisión de la demanda, al no permitir de modo correcto el contradecir los documentos presentados por el demandado por parte del demandante; y con ello permitir desarrollar el tema de La audiencia única con más detenimiento y plantearlo de tal forma que no se vulneren los principios del debido proceso.

-Todo ello con la finalidad de ofrecer a los operadores y aplicadores del derecho, en materia procesal laboral, una forma de Contrarrestar los efectos negativos que pueda contenerla audiencia única en el proceso abreviado. No se trata, entonces, de construir un obstáculo en la aplicación de la NLPT, sino de proyectar un mecanismo idóneo para una mejor aplicación de la norma en comento.



## 4 APLICACIÓN DE LA NLPT

Uno de los mejores avances en el derecho procesal en el Perú es la implementación de la Ley 27497 – Nueva Ley Procesal de Trabajo – en razón a que incorpora dentro de su estructura un procedimiento como la oralidad y la economía procesal, no contemplado en la Antigua Ley, con la finalidad de obtener una decisión del Órgano Jurisdiccional en un plazo razonable respetando las garantías del debido proceso, obteniendo la solución de conflictos laborales.

Así como los principios, de igual forma existen cambios en las competencias de los órganos jurisdiccionales, los que han ampliado su competencia para el conocimiento de las causas, tanto en el Juzgado Especializado de Trabajo y el Juez de Paz Letrado de Trabajo, todo ello, con el objetivo de viabilizar el acceso a la justicia laboral de los trabajadores y ex trabajadores de las entidades y/o empresas.

Del mismo modo, se ha tratado de simplificar los plazos en todo el proceso laboral, lo que ha permitido reestructurar los tipos de procesos laborales, es decir el proceso ordinario y el proceso abreviado laboral, con el fin de llevar a cabo una audiencia ordenada y con la participación activa de los sujetos procesales en aplicación del principio de oralidad.

A grandes rasgos estos son los cambios que ofrece la NLPT; y que en el estudio del presente trabajo, dedicado a los aspectos incorporados en la audiencia única, se puede advertir que la estructura del proceso abreviado laboral, es parecido al proceso sumarísimo en cuanto al trámite pues concentra etapas procesales en el acto de audiencia única.



## 5 PRINCIPIOS DE LA NLPT EN RELACIÓN CON EL PROCESO ABREVIADO LABORAL

Lo trascendente de la NLPT es la incorporación de nuevos principios procesales como es el de oralidad y el de economía procesal, distintos a los contemplados en la anterior Ley Procesal del Trabajo como son la intermediación, celeridad, veracidad. Todos los principios mencionados son importantes en el proceso laboral; sin embargo, para el presente trabajo resulta trascendente remarcar la aplicación de los dos principios procesales incorporados en la NLPT.

El primero de ellos es el de la oralidad, como lo menciona Javier Arévalo Vela, Leopoldo Gamarra Vilches y otros, "*(...) a consecuencia de la oralidad, casi todas las actuaciones del proceso son inevitablemente orales y se dan en la audiencia (o audiencias, según se trate de proceso ordinario o abreviado), salvo algunas como la demanda o la contestación de esta. De la misma forma prevé que la resolución de la disputa ocurra en las audiencias de conciliación, juzgamiento o en la audiencia única, por ello el Juez deben dar a conocer el fallo de su sentencia en 60 minutos*"<sup>1</sup>; en ese sentido, la oralidad

<sup>1</sup> ARÉVALO VELA, Javier; GAMARRA VILCHEZ, Leopoldo; SALDARRIAGA MEDINA, José Miguel; GARCÍA MANRIQUE, Álvaro; BARZOLA ROMERO, Marlene; TAVALINO CASTRO, Fiorella; HARO CARRANZA, Julio; ZAMORA CHÁVEZ, Mariana; PAREDES ESPINOZA, Brucy; SÁNCHEZ ZAPATA, Ronni; CADILLO PONCE, José. Nuevas Instituciones del Proceso Laboral. Gaceta Jurídica. Primera Edición, setiembre 2014. Pág. 68.

como principio básico dentro del proceso laboral permite la participación de los sujetos procesales y la expresión de sus peticiones sin la utilización de documentos escritos que retarden más el proceso, y que los mismos tengan que esperar que sean proveídos Auxiliares Jurisdiccionales; siendo una ventaja para la mejora en el acceso a la justicia por parte de los usuarios.

En cuanto, al principio de economía procesal, como mecanismo procesal según Javier Arévalo Vela, Leopoldo Gamarra Vilches y otros citando a Enrique Vescovi, "*ansía que se logre una mejor solución para el conflicto con el menor esfuerzo, tiempo y costo posible; entonces, por este principio se tiende a evitar esa pérdida de tiempo, de esfuerzos, de gatos*"<sup>1</sup>; es decir, lo que se tratará es reducir esfuerzo, en el acceso y tramitación del proceso, tiempo porque las etapas procesales se simplifican en audiencias dependiendo, si se trata de proceso ordinario y abreviado; y menor costo posible porque con un proceso célere el pago de los costos procesales disminuyen en gran medida, y con la implementación de la tecnología es aun más favorable para con la parte demandante como demandada.

## 6 EL PROCESO ABREVIADO LABORAL

La NLPT contempla en su estructura una serie de procesos, dependiendo la forma de solución de conflicto; es así que contempla a procesos comunes en la práctica como es el proceso ordinario y al proceso abreviado, sin dejar de lado al proceso de ejecución, proceso cautelar, proceso impugnativo de laudos arbitrales económicos, entre otros.

En el presente trabajo se pondrá énfasis en el proceso abreviado laboral, el mismo que en la Ley 26636 (Ley Procesal del Trabajo) recibía la denominación de "proceso sumarísimo"; este proceso, se caracteriza por concentrar las etapas procesales en un solo acto procesal como es el de audiencia única, que en la NLPT son la de conciliación, confrontación de posiciones, actuación de medios probatorios, alegatos y sentencia. Su desarrollo en la Ley N° 29497 se encuentra en el Capítulo II artículos 48° y 49°.

### **Artículo 48°.-**

*Traslado y citación a audiencia única Verificados los requisitos de la demanda, el juez emite resolución disponiendo: a) La admisión de la demanda;*

*b) el emplazamiento al demandado para que conteste la demanda en el plazo de diez (10) días hábiles; y c) la citación a las partes a audiencia única, la cual debe ser fijada entre los veinte (20) y treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de calificación de la demanda.*

### **Artículo 49°.-**

*Audiencia única La audiencia única se estructura a partir de las audiencias de conciliación y juzgamiento del proceso ordinario*

<sup>1</sup> ARÉVALO VELA, Javier; GAMARRA VILCHEZ, Leopoldo; SALDARRIAGA MEDINA, José Miguel; GARCÍA MANRIQUE, Álvaro; BARZOLA ROMERO, Marlene; TAVALINO CASTRO, Fiorella; HARO CARRANZA, Julio; ZAMORA CHÁVEZ, Mariana; PAREDES ESPINOZA, Bruce; SÁNCHEZ ZAPATA, Ronni; CADILLO PONCE, José. Nuevas Instituciones del Proceso Laboral. Gaceta Jurídica. Primera Edición, setiembre 2014. Pág. 63.

laboral. Comprende y concentra las etapas de conciliación, confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia, las cuales se realizan, en dicho orden, una seguida de la otra, con las siguientes precisiones:

1. La etapa de conciliación se desarrolla de igual forma que la audiencia de conciliación del proceso ordinario laboral, con la diferencia de que la contestación de la demanda no se realiza en este acto, sino dentro del plazo concedido, correspondiendo al juez hacer entrega al demandante de la copia de la contestación y sus anexos, otorgándole un tiempo prudencial para la revisión de los medios probatorios ofrecidos.
2. Ante la proposición de cuestiones probatorias del demandante el juez puede, excepcionalmente, fijar fecha para la continuación de la audiencia dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes si, para la actuación de aquella se requiriese de la evacuación de un informe pericial, siendo carga del demandante la gestión correspondiente.

En ese sentido, como se puede advertir de los artículos precedentes, vemos que el proceso se concentra de una sola audiencia única, en la que en aplicación de los principios labores, donde se tratará de amparar el derecho al trabajo vulnerado.

## 7 PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO

Dentro del contenido de la Constitución Política del Estado en el artículo 139° establece los principios que rigen la función jurisdiccional, dentro del mismo en el inciso 3) se contempla la “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la Ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción no por comisiones especiales creadas al efecto”. Principio que tiene reconocimiento en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos artículos 10° y 11°; así como en el ordenamiento interno en el Código Procesal Constitucional artículos 4°, 25° in fine y 37 inciso 16) Código Procesal Civil artículo I y II del Título Preliminar.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido en más de una oportunidad en su jurisprudencia que el derecho al debido proceso previsto por el artículo 139.3° de la Constitución Política del Perú, aplicable no sólo a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso entre particulares, supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos y conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos (fundamento 12 de la STC Exp. N° 03891-2011-PA/TC<sup>1</sup>). Es así, que este derecho Constitucionalmente reconocido brinda a toda persona la garantía que el proceso se desarrollará

1 [www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/03891-2011-AA.html](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/03891-2011-AA.html)



procurando que se respete los demás principios que rigen en el proceso, con la finalidad de obtener una decisión acorde a derecho.

El derecho al debido proceso aplicado al proceso laboral, permitirá que se respeten todas las etapas y derecho que le asisten a las partes para la obtención de una decisión que permita resolver el conflicto laboral ocurrido; siendo ello así, el proceso laboral que exige que el proceso sea célere y con economía procesal, hace que el Juez deba revisar todas las etapas y garantías de las partes, para con la finalidad de no vulnerar los derechos de las personas.

## 8 DERECHO DE DEFENSA

Si bien el principio de debido proceso, tiene como finalidad la de garantizar los derechos de las partes inmersas en un proceso, sea administrativo o judicial, y que dentro de este principio un elemento esencial es el derecho de defensa, el mismo que está reconocido por la norma Suprema, la Constitución, en su artículo 139° inciso 14) que señala:

*“Son principios y derechos de la jurisdicción judicial:*

*14) El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”.*

Siendo ello así, este principio garantiza que toda persona acuda al proceso judicial con el asesoramiento de un abogado elegido a su libre elección, y que en el caso que no tenga los recursos suficientes para su contratación se le proporcionará el asesoramiento de un abogado del Ministerio de Justicia o del Colegio de Abogados cuando fuese necesario; caso contrario significaría la vulneración a la Constitución, por ende de los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Exp.N° 1231-2002-HC/TC<sup>1</sup> ha señalado en su fundamento 2 que: *“La Constitución reconoce el derecho de defensa en el inciso 14), artículo 139°, en virtud del cual se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos”*; por tanto, constituye el derecho de defensa constituye un derecho esencial que merece especial protección en el proceso judicial.

## 9 ¿EXISTE AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO EN EL PROCESO ABREVIADO LABORAL?

1

[HTTPS://TC.GOB.PE/JURISPRUDENCIA/2002/01231-2002-HC.HTML](https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01231-2002-HC.html)

Ahora bien, uno de los problemas que surge en la aplicación de la NLPT, es en cuanto al derecho de defensa de la parte demandante en el acto procesal de la audiencia única llevada a cabo en el proceso abreviado laboral; en razón que según la NLPT en su artículo 49° inciso 1) establece "(...)1. La etapa de conciliación se desarrolla de igual forma que la audiencia de conciliación del proceso ordinario laboral, con la diferencia de que la contestación de la demanda no se realiza en este acto, sino dentro del plazo concedido, correspondiendo al juez hacer entrega al demandante de la copia de la contestación y sus anexos, otorgándole un tiempo prudencial para la revisión de los medios probatorios ofrecidos" (subrayado es nuestro); entonces, si es Juez le entrega a la parte demandante de la contestación en el acto de la audiencia, surge la pregunta **¿Si es muy complejo la pretensión que se postula, qué tiempo se debe otorgar al demandante para que revise la contestación?; ¿Si son muchos los medios probatorios que ofrece el demandado, en qué oportunidad puedo revisarlos para formular los remedios procesales para objetarlos?; ¿Tiene que estar bien preparado el Abogado de la parte demandante para que no se vulnere el derecho de defensa y revise en el acto los medios probatorios ofrecidos por la demandada?**, éstas son unas entre tantas interrogante que cabe hacerse en el desarrollo de la audiencia única en el proceso laboral. A continuación se tratará de exponer cada problemática y la posible solución a la problemática surgida:

### 9.1. COMPLEJIDAD DEL PROCESO

La audiencia única en el proceso abreviado laboral implica que los actos procesales que se lleven en el proceso laboral se realicen en un solo acto; es decir, la conciliación, la confrontación de posiciones, actuación de medios probatorios, alegatos y la sentencia se realicen en esta audiencia, en este contexto, una vez presentada la demanda y esta se emplaza al demandado éste tendrá el plazo de 10 días hábiles desde la notificación para que conteste la demanda, para luego en audiencia única se entregue la contestación al demandante para que en la etapa de confrontación de posiciones haga uso de los medios técnicos pertinente para la defensa de su patrocinado; en este sentido, surge la inquietud sobre qué pasaría si el demandante presenta una demanda en la que su pretensión resulta compleja en su solución; eso significaría que al contestar la demanda el demandado en ejercicio de su derecho de defensa utilizará todos los medios posibles para desvirtuar las afirmaciones dadas por el demandante, razón por la cual, la contestación será igual de compleja y que en la audiencia única el demandante tendrá que recién conocer de la misma; por lo que valdría preguntarse ¿Si es así de compleja la contestación será suficiente el plazo otorgado por el Juez en la misma audiencia para que el demandante refute cada punto de la contestación?

En atención a ello, es imprescindible saber que las audiencias únicas sea en el Juzgado Especializado de Trabajo o en el Juzgado de Paz Letrado Laboral, por lo general son programadas en el plazo de 1 hora por audiencia – caso de Tumbes; entonces, ¿cuándo estaremos ante un proceso complejo? Y ¿será suficiente ese plazo para realizar todos los actos procesales en la



audiencia única?; a lo dicho, estaremos ante un proceso complejo cuando lo que pretende el demandante resulte de difícil interpretación, de sus fundamentos fácticos como jurídicos, requiriendo un estudio más detallado del mismo, y que además de esta pretensión se sumen otras, como una de cuantía elevada, de tal forma que la solución a la controversia sea un poco fácil de decidir. En ese sentido, no sería conveniente brindar 1 hora en la solución de la controversia, es más, la confrontación de posiciones en la que se pone en conocimiento del demandante de la contestación no sería un plazo adecuado.

Al respecto, considerando que las audiencias pueden ser programadas en el día en diferente horario, una de las posibles soluciones es que la audiencia única dada su calidad de ser inaplazable, puede ser programada en horas de la mañana y ser suspendida y reprogramada para el mismo día en horas de la tarde, para darle más tiempo de estudio al Abogado de la parte demandante para que pueda formular una defensa efectiva y no dejar en indefensión a su patrocinado.

## **9.2. PLAZO RAZONABLE PARA REVISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS POR LA PARTE DEMANDADA**

Otro problema surge en cuanto a la revisión de los medios probatorios presentados por la parte demandada en la contestación, pues al correr traslado de la misma a la parte demandante, ésta debe, en el mismo acto, presentar sus recursos procesales para objetar la validez o eficacia del medio probatorio ofrecido. Ante ello, es preciso señalar que las partes tienen el derecho de poder objetar la actuación de algún medio probatorio presentados por las mismas, utilizando los llamados "remedios procesales" que para el profesor Juan Monroy Gálvez son *"aquellos a través de los cuales la parte o el tercero legitimado pide se reexamine todo un proceso a través de uno nuevo o, por lo menos, el pedido de reexamen está referido a un acto procesal. El rasgo distintivo está dado porque el remedio está destinado a atacar toda suerte de actos procesales, salvo aquellos que están contenidos en resoluciones"*, siendo utilizados para atacar la actuación de medios probatorios, éstos pueden ser la oposición y la tacha.

En ese sentido, si la demandada presenta medios probatorios en abundancia o que requieren de especial análisis el Juez debe de igual forma otorgar un tiempo prudencial para el estudio de los mismos, toda vez que la pretensión de la demanda así como la contestación se basan en los medios probatorios, pues tiene la característica de sustentar las afirmaciones dadas en sus escritos postulatorios, es por ello, que tomamos como simple formalidad la presentación dichos actos procesales, se estaría vulnerando los derechos de las partes al ejercicio de defensa de las partes. Por tanto, se presenta la misma solución al presente problema el mencionado en el apartado precedente.

## **9.3. LA PREPARACIÓN DEL ABOGADO PATROCINANTE EN LA AUDIENCIA ÚNICA EN EL PROCESO LABORAL**

Asimismo, otra de las inquietudes aparece en la forma de patrocinio que realiza el Abogado en la audiencia única; es por eso, que muchos comentan:

¿será que el caso es el difícil o es la falta de preparación del Abogado lo que hace que un proceso se resuelva en el acto de audiencia única? Al respecto, es de señalar que en el nuevo proceso laboral, el Abogado patrocinante tiene una importante participación en todo el proceso, en especial en las audiencias, sean en la de conciliación y juzgamiento tratándose de proceso ordinario; y, en la audiencia única tratándose de proceso abreviado laboral; toda vez que con la implementación de la oralidad en el proceso, sus actuaciones serán observadas en audiencia, es decir, tendrá que exponer los fundamentos que sostiene la demanda y darle explicación de modo tal que crea en el juez convicción o convencimiento, con los medios probatorios presentados, que su pretensión tiene sustento legal y que requiere ser amparado por Ley. Por tanto, será necesario que el Abogado estudie el caso, plantee su estrategia, tenga buen nivel de oralización y argumentación, tiene que saber sintetizar, ser claro, preciso y conciso en lo que exprese y sobre todo un alto nivel de preparación académica profesional para ejercer la defensa de los patrocinados de conformidad con el Código Procesal Civil en sus artículos 109° al 112°<sup>1</sup>.

Ante ello, es preciso señalar que en todo proceso los Abogados deben tener la capacidad de afrontar las posiciones que asuman los demás sujetos procesales, de modo tal que su posición debe estar sujeta a los presentado en el escrito postulatorio o en su caso en lo mencionado en audiencia, en tanto que no deje en indefensión a su patrocinado; sin embargo, como ya se ha venido comentando existen en los procesos laborales, así como en otro procesos, casos que son complejos y dada su complejidad tienen que tener un mejor estudio de autos, y que aun así sea el Abogado mejor preparado debe de examinar cada fundamento como medio probatorio posible para defender su postura y ampara el derecho de su patrocinado; pero también hay que recordar que en la práctica también existen Abogados que necesitan mejor preparación que otros, por lo que en estos casos, el ejercicio de defensa es sumamente especial en su trato, pues requerirá de



#### 1 CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO

Artículo 109°.- Deberes de las partes, Abogados y apoderados.- Son deberes de las partes, Abogados y apoderados:

1. Proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones en el proceso;
2. No actuar temerariamente en el ejercicio de sus derechos procesales;
3. Abstenerse de usar expresiones descomedidas o agraviantes en sus intervenciones;
4. Guardar el debido respeto al Juez, a las partes y a los auxiliares de justicia;
5. Concurrir ante el Juez cuando este los cite y acatar sus órdenes en las actuaciones judiciales; y
6. Prestar al Juez su diligente colaboración para las actuaciones procesales, bajo apercibimiento de ser sancionados por inconducta con una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal.

Artículo 110°.- Responsabilidad patrimonial de las partes, sus Abogados, sus apoderados y los terceros legitimados.- Las partes, sus Abogados, sus apoderados y los terceros legitimados responden por los perjuicios que causen con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe. Cuando en el proceso aparezca la prueba de tal conducta, el Juez, independientemente de las costas que correspondan, impondrá una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal.

Cuando no se pueda identificar al causante de los perjuicios, la responsabilidad será solidaria.

Artículo 111°.- Responsabilidad de los Abogados.- Además de lo dispuesto en el artículo 110, cuando el Juez considere que el Abogado actúa o ha actuado con temeridad o mala fe, remitirá copia de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudiera haber lugar.

Artículo 112°.- Temeridad o mala fe.- Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio;
2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad;
3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente;
4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos;
5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios; y
6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso.
7. Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación. (\*)

(\*) Inciso agregado por el Artículo 2 de la Ley N° 26635, publicada el 23-06-96.

mayor esfuerzo del Abogado para ejercer una buena defensa. Siendo ello así, el tema de la preparación de los Abogados en las audiencias únicas y con el conocimiento de la contestación en el mismo acto debe tener un mejor nivel de preparación profesional, en razón, a que profesionalismo es construido en la forma de cómo es que representa jurídicamente a la parte, resultando ser relativo la premisa ante mencionada.

Es por ello, que la solución al presente problema estará condicionada a la preparación de Abogado; sin embargo, es de señalar que la revisión de la contestación de la demanda debe ser en un plazo razonable de modo tal que no se vulnere el debido proceso de las partes en el proceso.

## 10 CONCLUSIONES

De lo expuesto es posible llegar a las siguientes conclusiones:

1. La NLPT si bien constituye una innovación en el proceso laboral, al establecer plazos más cortos en aplicación del principio de celeridad, también es verdad que aun hay situaciones que no son del todo claras y que necesitan de una interpretación en favor del demandante para la correcta aplicación del debido proceso.
2. En la audiencia única en el proceso abreviado, al concentrar los actos procesales en una sola audiencia, es preciso que se otorgue un plazo adecuado de acuerdo a la complejidad del caso en concreto, para la debida defensa de los derechos de las partes.
3. Con la aplicación de métodos adecuados para el correcto ejercicio del derecho de defensa de las partes, el principio de debido proceso no se afectará en la medida que permita la solución de conflictos.

## 11 BIBLIOGRAFÍA

11.1. ARÉVALO VELA, Javier; GAMARRA VILCHEZ, Leopoldo; SALDARRIAGA MEDINA, José Miguel; GARCÍA MANRIQUE, Álvaro; BARZOLA ROMERO, Marlene; TAVALINO CASTRO, Fiorella; HARO CARRANZA, Julio; ZAMORA CHÁVEZ, Mariana; PAREDES ESPINOZA, Brucy; SÁNCHEZ ZAPATA, Ronni; CADILLO PONCE, José. Nuevas Instituciones Del Proceso Laboral. Gaceta Jurídica. Primera Edición, Setiembre 2014.

11.2. CONSEJO EJECUTIVO DEL PODER JUDICIAL. Primer Taller de intercambio de Experiencias, en el marco de la implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Perú 2011.





# EL V PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO LABORAL Y EL TRATAMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN EN LOS CASOS DE DESPIDO INCAUSADO Y FRAUDULENTO

Luis M. Liza Castillo<sup>1\*</sup>



## RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo describir y analizar los alcances del V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y Previsional publicado el 04 de agosto del 2017 en la separata de jurisprudencia del Diario Oficial El Peruano, siendo que uno de los temas abordados fue la Indemnización y la remuneraciones devengadas en los casos de Despidos Incausados y Fraudulentos, concluyendo este Pleno que cuando el trabajador solicite su reposición laboral simultáneamente podrá requerir indemnización laboral pero no el pago de remuneraciones devengadas, situación que para el autor significa una vulneración a los derechos de los trabajadores, razón que motiva a formar corriente de opinión respecto del criterio adoptado materia del presente trabajo de investigación.

**PALABRAS CLAVES:** Estabilidad Laboral, Despido Arbitrario, Precedente Constitucional, Indemnización laboral, Daño punitivo.

## ABSTRACT

The objective of this research is to describe and analyze the scope of the V Supreme Jurisdictional Labor and Social Security Plenary published on August 4, 2017 in the separate case law of the Official Gazette El Peruano, one of the topics addressed was the Compensation and the remuneration accrued in the cases of Uncaused and Fraudulent Dismissals, concluding this Plenary that when the worker requests his reinstatement simultaneously may require labor compensation but not the payment of accrued wages, a situation that for the author means a violation of the rights of workers, reason that motivates to form current of opinion with respect to the criterion adopted matter of the present investigation work.

**KEYWORDS:** Labor Stability, Arbitrary Dismissal, Constitutional precedent, Workers' Compensation, punitive damage.

## SUMARIO:

1.Introducción 2. La Estabilidad Laboral en el Perú 3. La S.T.C. N° 05057-2013-PA/TC y su influencia en la Estabilidad Laboral 4. El Despido Laboral y su Protección Jurídica 5. El V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y el tratamiento de la Indemnización en los Despidos Arbitrarios .6 Conclusiones. 7. Bibliografía.

### 1 INTRODUCCIÓN:

Con fecha 04 de agosto del 2017 se publicó en la separata de jurisprudencia del Diario Oficial El Peruano, los acuerdos arribados en el V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y Previsional, donde se establecieron tres criterios referidos a la nulidad de los laudos arbitrales, estableciendo las causales que pueden ser invocadas en un proceso de impugnación de laudo arbitral económico; la interpretación del artículo 3 de la Ley N° 28449 para la determinación del monto máximo de las pensiones de cesantía, invalidez y sobrevivencia de los pensionistas

1 \* Fiscal Adjunto Provincial Titular del Distrito Fiscal de Lambayeque

del régimen del Decreto Ley N° 20530 y la procedencia de indemnización y remuneraciones devengadas en los casos de despidos fraudulentos e incausados; en consecuencia, el presente trabajo se orienta a realizar una exposición descriptiva de los acuerdos arribados en el citado Pleno, especialmente el vinculado con el tercer criterio referente a la indemnización y el pago de remuneraciones devengadas, teniendo como antecedente la evolución histórica de la estabilidad laboral en el Perú, el contexto del despido arbitrario y su protección legal de otorgamiento de derechos, especialmente los previstos en el D.S. N° 003-97-T.U.O. del D. Lg. N° 728; el dictado por el Tribunal Constitucional del Precedente Vinculante “Huatuco Huatuco” y su influencia en los derechos de los trabajadores; por último, el acuerdo del Pleno laboral de establecer que de ahora en adelante en los casos de despido incausado y fraudulento, al incoarse la reposición ya no podrá adicionarse la pretensión de pago de remuneraciones devengadas, sino el de indemnización laboral, por otro lado, se crea la figura de “daño punitivo” como sanción para el empleador que afecte derechos laborales de los trabajadores.

## 2. LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL PERU

### 2.1. GENERALIDADES

Podemos conceptualizar la estabilidad laboral<sup>1</sup> como el derecho que tiene todo trabajador de permanecer en su puesto de trabajo y la correlativa obligación del empleador de mantenerlo realizando la actividad para la cual fue contratado, salvo que medie causa justa debidamente tipificada por ley que amerite su separación laboral. Históricamente a inicios del siglo XX no existió estabilidad laboral en nuestro País, en razón que con la Ley N° 4916<sup>2</sup> concedía al empleador la potestad de extinguir la relación laboral cuando aquél lo decidiera mediando un pre aviso de despedida, en consecuencia, es de imaginarse la desventaja del trabajador frente al empleador, medida que se mantuvo por varias décadas; posteriormente durante el gobierno Militar del General Juan Velasco Alvarado a través del Decreto Ley N° 18471, vigente a partir del año 1970 aplicó la estabilidad laboral absoluta<sup>3</sup>, en consecuencia, se prohibió a los empleadores despedir a sus trabajadores, salvo la presentación de causal de falta grave debidamente comprobada, siendo que de no verificarse su comisión le correspondía al trabajador su reposición en su puesto de trabajo, una indemnización y el pago de remuneraciones dejadas de percibir; asimismo, se determinó que el trabajador adquiriría estabilidad laboral luego de pasar un periodo de prueba de tres meses y un día. Pedro Flores Polo<sup>4</sup> en comentario de la época señaló:

1 Víctor Ferro Delgado, al referirse sobre este instituto nos dice: □ Es el derecho de permanecer en el empleo salvo que medie causa justa que amerite la separación . El resarcimiento por la violación de este derecho puede hacerse a través del pago de una indemnización (estabilidad relativa) . Si ante el despido injustificado el trabajador puede optar entre indemnización o reposición, el régimen será uno de estabilidad absoluta □ . Recuperado en [https://La-Protección Frente Al Despido en La Evolución de La ... - Scribdhttps://es.scribd.com/.../La-Proteccion-Frente-Al-Despido-en-La-Evolucion-de-La-Jur](https://La-Protección-Frente-Al-Despido-en-La-Evolución-de-La-...-Scribdhttps://es.scribd.com/.../La-Proteccion-Frente-Al-Despido-en-La-Evolucion-de-La-Jur)

1. 2 El 7 de febrero de 1924 se dictó la Ley N° 4916 que creó un preaviso de 90 días para el despido de los empleados particulares, un preaviso de 40 días para la renuncia del empleado, una indemnización compensatoria en caso de despido injustificado, el derecho a un seguro de vida después de cuatro años continuos de labor para un mismo empleador, y la facultad del empleador para despedir al trabajador ante la comisión de una falta grave. Lo llamativo de esta disposición es que esta regulación solo estaba dirigida a los empleados y no a los obreros, generando ello una clara discriminación. Posteriormente, la Ley N° 5119 modificó la Ley N° 4916, estableciendo el derecho a la indemnización también en los casos de renuncia del empleado. Mediante el Decreto Supremo de junio de 1928 se reglamentó Ley N° 4916. En [http:// Derecho del Trabajo y Seguridad Social: La historia y evolución del ... trabajo-seguridadsocial.blogspot.com/.../la-historia-y-evolucion-del-derecho\\_2713.ht..](http://Derecho-del-Trabajo-y-Seguridad-Social-La-historia-y-evolución-del-...-trabajo-seguridadsocial.blogspot.com/.../la-historia-y-evolucion-del-derecho_2713.ht..)

3 Roberto Servat señala “ ...Estamos ante una estabilidad laboral absoluta cuando la violación de derechos del trabajador permite conservar el empleo a través de su reincorporación y el pago de las remuneraciones devengadas desde el despido hasta la reinstalación real del trabajador. Por el contrario , la estabilidad laboral relativa permite al empleador despedir al trabajador sin estar obligado a su reincorporación sino al pago de una indemnización especial...”. SERVAT PEREIRA DE SOUSA, Roberto Juan..[LOS EFECTOS NEGATIVOS DE LA ESTABILIDAD ABSOLUTA ...](https://chehadeabogados.com/documentos/documentos/.../ESTABILIDAD_LABORAL) Recuperado en [https://chehadeabogados.com/documentos/documentos/.../ESTABILIDAD\\_LABORAL](https://chehadeabogados.com/documentos/documentos/.../ESTABILIDAD_LABORAL)

4 FLORES POLO, Pedro. (1988). DICCIONARIO JURÍDICO FUNDAMENTAL. Primera Edición. Ediciones Justo Valenzuela. V.E.I. Lima. Perú. Página 221-222.

(...) muchos abusos tanto de trabajadores como de empleadores pero desembocando todo ello al final, en un desaliento para el empresario, quien se ve huérfano de respaldo, cuando el trabajador, amparado por la estabilidad, no aporta el esfuerzo productivo que normalmente debería de entregar a su centro de trabajo, no solo para beneficio del empresario sino para cumplir el rol que le corresponde dentro del desarrollo socio-económico (...). No comparto la idea de obligar a un empresario a mantener en su empleo al trabajador desleal, por el simple hecho de que su falta grave no esté tipificada perfectamente dentro del ordenamiento legal (...) o conservar al trabajador ineficiente que solo se contenta con ganar un salario, sin mayor aspiración y en detrimento del esfuerzo productivo de los demás. Flores. 1988. 221-222.

Más adelante, en la segunda fase del gobierno militar, el General Francisco Morales Bermúdez, mediante el Decreto Ley N° 22126 vigente a partir del año 1978, cambio radicalmente los alcances del Decreto Ley N° 18471, estableciendo la estabilidad laboral relativa<sup>1</sup>, facultando a los empresarios a concluir los contratos de trabajo cursando un pre aviso de 90 días o efectuando un pago justipreciado de ese plazo; del mismo modo, prolongó el período de prueba por tres años, hecho que en la práctica significaba despedir al trabajador antes del tercer año labores; luego con la vigencia de la Constitución de 1979, aquella constitucionalizó por primera vez los derechos laborales de los trabajadores estableciendo en su artículo 48<sup>2</sup> la estabilidad absoluta, empero, la gestión del presidente Arquitecto Fernando Belaunde, mantuvo vigente el Decreto Ley N° 22126 que establecía la estabilidad laboral relativa, impidiendo consolidar la conquista laboral recogidos en el Texto constitucional. Con el gobierno del presidente Alan García Pérez se restituyó la estabilidad laboral absoluta con la promulgación de la Ley N° 24514 vigente a partir del año 1986, empero, se autorizó también la contratación de trabajadores sin estabilidad laboral bajo la denominación de “Programas de Emergencia”, medida de corte netamente populista y que en la realidad no significó un avance en el campo laboral; electo luego el Ing. Alberto Fujimori Fujimori como presidente de la República y estando vigente la Constitución de 1979 promulgó un nuevo régimen laboral mediante el Decreto Legislativo N° 728 llamado Ley de Fomento del Empleo, el cual comprendía tanto normas de capacitación para el trabajo como disposiciones sobre contrato laboral manteniendo vigente la estabilidad relativa, vale decir, la indemnización en caso de despido injustificado y como excepción la readmisión del trabajador a su puesto de trabajo en caso de despido nulo; más adelante promulgada la actual Constitución de 1993, la redacción de su artículo 27<sup>3</sup> omitió la expresión estabilidad laboral dejando evidentemente en manos de los legisladores la labor de regular la figura del despido arbitrario en correspondencia con el Decreto Legislativo N° 728; años después este dispositivo legal por Decreto Ley N° 855 del 25 de setiembre de 1996 dispuso la separación en dos textos: uno denominado Ley de Formación y Promoción Laboral aprobado por el D.S. N° 002-97-TR; y otro, denominado Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por D.S. N° 003-97-TR, siendo esta última la que mantiene el régimen de estabilidad laboral relativa, con excepción del despido nulo, cuya consecuencia legal es la reposición inmediata del trabajador, régimen que hasta la fecha se encuentra vigente, se debe resaltar que durante el régimen del gobierno del presidente Fujimori, se produjeron en el campo laboral despidos masivos so pretexto de las evaluaciones

1 Germán SERKOVIC GONZALEZ, al referirse a la estabilidad relativa nos dice lo siguiente siguiente: “ (...) se habla de estabilidad laboral relativa en los ordenamientos que penan el despido arbitrario con una indemnización generalmente relacionada con la antigüedad del empleado (...) ”. EL TC Y LA ESTABILIDAD LABORAL - I Recuperado en [https:// www.elperuano.com.pe/noticia-el-tc-y-estabilidad-laboral-v-51348.aspx](https://www.elperuano.com.pe/noticia-el-tc-y-estabilidad-laboral-v-51348.aspx)

2 Constitución Política del Perú de 1979 : “... Artículo 48. El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada...” (subrayado agregado).

3 Constitución Política del Perú de 1993: “... Artículo 27. La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario. (subrayado agregado)



periódicas y la permanencia de personal calificado, lo que en esencia dio lugar a que se cometiera muchos abusos y arbitrariedades que el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional se encargaron de corregir tiempo después; sin embargo, la dinámica de la relación laboral y los conflictos en su seno, ha dado lugar a nuevas interpretaciones jurídicas sobre la institución jurídica de la estabilidad laboral y sus alcances, muchas de ellas contradictorias, siendo los plenos jurisdiccionales un foro de debate en procura de llegar a consensos y de esta forma encontrar un justo equilibrio entre los intereses del trabajador y el empleador.

## 2.2. CLASES DE ESTABILIDAD LABORAL

Según Javier Neves <sup>1</sup> indica que la estabilidad laboral tiene dos vertientes, una de entrada, en la cual se da preferencia a los contratos permanente o indeterminados ante que los temporales; y, otra de salida, en la que se fijan causas taxativas para su procedencia, prohibiendo simultáneamente el despido arbitrario.

### 2.2.1. La Estabilidad Laboral de Entrada

Es la protección jurídica que tiene el trabajador de mantenerse en el puesto de trabajo desde el inicio del vínculo laboral y una vez superado el período de prueba (tres meses, seis meses o un año según corresponda) hasta el término del mismo; en tal sentido, se da preferencia a la contratación permanente antes que la temporal; el trabajador tiene derecho a un contrato de plazo indeterminado cuando la naturaleza objetiva de sus labores es indefinida. Es necesario destacar que nuestra actual Carta política no contempla esta figura, como si lo hacía la Carta de 1979, la cual en su artículo 49 defendía tanto la estabilidad de entrada como de salida.

### 2.2.2. La Estabilidad Laboral de Salida

Se presenta al término de la relación laboral e importa la conservación del vínculo laboral el cual sólo puede ser extinguido por causal justa de despido. Aquí se fijan determinadas reglas que prohíben los despidos arbitrarios (negándoles efectos o atribuyéndoles determinadas consecuencias indemnizatorias), con ello se busca limitar el poder del empleador pasando a ser el despido una potestad excepcional que sólo puede proceder por causas expresamente señaladas en la ley, sustentándose en razones de capacidad o conducta del trabajador. Cabe indicar que nuestra Carta Política<sup>2</sup> reconoce taxativamente la estabilidad de salida en su artículo 27, es decir, la protección jurídica frente al despido arbitrario en sus diversas manifestaciones; es importante destacar que la estabilidad laboral de salida tiene dos modalidades: absoluta y relativa.<sup>3</sup>

#### 2.2.2.1. Estabilidad laboral absoluta

Esta modalidad asegura la reincorporación efectiva e inmediata del trabajador en su puesto de trabajo, cuando el despido no se fundamenta en una causal prevista en la ley.

#### 2.2.2.2.-La estabilidad laboral relativa

Aquí a pesar de no existir causal alguna que conlleve al término de la relación laboral, no se llega a garantizar la reincorporación efectiva del trabajador, significando una protección distinta

1 NEVES MUJICA, Javier. INTRODUCCIÓN AL DERECHO LABORAL. Lima, Perú. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1997, pág. 44 a 45.

2 **Jelio Paredes al respecto hace un análisis tanto de la estabilidad de entrada y salida en el ámbito constitucional diciendo:** “...conforme se aprecia, el constituyente del año 1993, sólo consideró importante regular constitucionalmente la estabilidad de salida, dejando desprotegida la estabilidad de entrada, eso no significa que la ley no la regule, si lo hace, lo que pasa es que prevalecerá más un contrato eventual, plazo fijo que, que la de plazo indeterminado...”. PAREDES INFANZÓN, Jelio. LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL PERÚ. Recuperado en [https://laestabilidadlaboralenelperu.- Poder Judicial del Perú](https://laestabilidadlaboralenelperu.-PoderJudicialdelPeru) [https://www.pj.gob.pe/.../CSJAP\\_D\\_ARTICULO\\_DOCTOR\\_JELIO\\_PAREDES\\_1505](https://www.pj.gob.pe/.../CSJAP_D_ARTICULO_DOCTOR_JELIO_PAREDES_1505).

3 Germán SERKOVIC GONZALEZ. Op cit.

a la reposición como es el pago de una indemnización, remuneraciones devengadas, etc. de lo que se colige que es la voluntad del empleador, la razón válida para el despido. La opción que prima en el derecho comparado y en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral es la estabilidad relativa.

La estabilidad relativa puede ser a su vez propia e impropia<sup>1</sup>, la primera conlleva a que se declare la nulidad del despido sin reposición efectiva, aquí el trabajador, acciona la nulidad del despido y el juez concede la indemnización respectiva por el tiempo de duración del proceso y las remuneraciones devengadas más los intereses; empero, no existe la obligación del empleador de reponer al trabajador en su puesto laboral, generándose una reposición ficta; mientras, la segunda, conduce únicamente a la sanción pecuniaria por el acto del despido, es decir, la protección es vía indemnización. No se declara el despido.

### **3.LA S.T.C. N° 05057-2013-PA/TC-“HUATUCO HUATUCO” Y SU INFLUENCIA EN LA ESTABILIDAD LABORAL**

Con fecha 01 de junio del 2015 se publicó en la página web del Tribunal Constitucional la sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC<sup>2</sup> referente al proceso de amparo incoado por Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco contra el Poder Judicial-Corte Superior de Justicia de Junín, a fin que se deje sin efecto su despido incausado y se disponga su reincorporación laboral en el puesto de secretaria judicial que venía desempeñando, resolviendo el caso y adicionalmente estableciendo cinco precedentes vinculantes relacionados con el despido de los trabajadores de la administración pública sujetos al régimen laboral privado del Decreto Legislativo N° 728 y que pretendan ser reincorporados en sus puestos de trabajo, invocando desnaturalización de su contrato, por ende, se declare como uno de duración indeterminada, en tal sentido, las reglas establecidas de obligatorio cumplimiento son las siguientes:

La primera regla esta contenida en el fundamento 18 que establece que si un servidor de una entidad pública bajo el régimen laboral privado es despedido por causa justa y acredita la desnaturalización de su contrato C.A.S. o su Contrato civil (servicios no personales, servicios por terceros, services, etc.), no podrá ser repuesto, si antes no se determina la existencia de una plaza o vacante de duración indeterminada; la necesidad que dicha plaza este debidamente presupuestada y la realización previa de un concurso de méritos para su correspondiente cobertura; la concurrencia de estos tres requisitos son copulativos, por lo que de faltar uno de ellos no procederá la reposición, sino la indemnización por despido arbitrario.

El segundo precedente vinculante está inmerso en el fundamento 20 de la sentencia que señala que los funcionarios que contrataron fraudulentamente a un trabajador público que acredite la desnaturalización de su trabajo temporal o civil, deben ser sancionados administrativamente por incurrir en responsabilidad funcional, asimismo, de comprobarse que también causaron daño económico en perjuicio de la entidad, son pasibles de responsabilidad civil.

1 Cecilia Espinoza Montoya amplía más el significado de las modalidades de la estabilidad relativa diciendo “ ....puede ser propia o impropia . Será propia cuando se declara la nulidad del despido sin reposición efectiva ; el trabajador demanda nulidad de despido y el juez otorga la indemnización por el tiempo de duración del proceso y las remuneraciones devengadas más intereses. Por su parte será impropia cuando la protección es la indemnización . Legalmente , el sistema que predomina en el Perú como regla es la estabilidad relativa impropia ( indemnización como protección ante el despido)...”. ESPINOZA MONTOYA , Cecilia CAUSAS DE EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO - COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA.. Recuperado en [https:// www.cal.org.pe/pdf/diplomados/causasex](https://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/causasex)

2 Neves Mujica refiriéndose a al citado precedente indica: “ En esta reciente sentencia que constituye precedente vinculante, el Tribunal Constitucional ha cambiado radicalmente su criterio respecto del derecho de reposición de los trabajadores del Estado, sujetos al régimen privado : antes si se verificaba la existencia de una relación laboral oculta bajo la apariencia de contrato civil , o se producía la desnaturalización de un vinculo de duración determinada, se ordenaba la reposición , ante un despido inconstitucional , en un proceso laboral o de amparo. Ahora ello no basta , sino que hacen falta tres requisitos: i) ingreso por concurso público de méritos; ii) plaza presupuestada; y, iii) vacante de duración indeterminada...” NEVES MUJICA, Javier.[EL DESPIDO EN LA LEGISLACIÓN Y EN LA JURISPRUDENCIA DEL...](https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5279053.pdf) Recuperado en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5279053.pdf>



Como tercer criterio previsto en el fundamento 21 establece que las indicadas reglas son de cumplimiento inmediato y obligatorio a partir de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, de lo que se desprende que es de aplicación para los procesos en giro tanto en el Poder Judicial como los tramitados en el Tribunal Constitucional.

El cuarto precedente vinculante esta comprendido en el fundamento 22 del fallo, estableciendo que en todos los procesos de amparo vigentes que versen sobre reposición y que por efecto de la aplicación de estas reglas sean declaradas improcedentes, el juez constitucional deberá reconducir el proceso a la vía judicial ordinaria para que el ex trabajador solicite indemnización por despido arbitrario, estando proscrita toda decisión judicial que signifique extemporaneidad; en tal sentido, si el ex servidor no adecua su pretensión en el plazo que el juez laboral determine, corresponderá el archivo del proceso.

Finalmente, la quinta regla esta inmersa en el fundamento 23 de la sentencia, estableciendo que en los procesos de reposición de trabajadores públicos por desnaturalización de contratos que postulen su pretensión, luego de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial El Peruano y que sean desestimados en aplicación de estos precedentes, no serán reconducidos a la vía judicial ordinaria, significando que no podrán acogerse a la indemnización por despido en la eventualidad que se desestime su pretensión de readmisión en su empleo.

Posteriormente, ante una serie de cuestionamientos de que el indicado precedente vinculante importaba en la practica una aplicación retroactiva sobre las nuevas reglas para los procesos de amparo contra las entidades de la administración pública, desprotegiendo consecuentemente los derechos laborales de los trabajadores, el Tribunal Constitucional emitió un Auto de aclaración de fecha siete de julio del 2015 respecto de su sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, conocida como “Precedente Huatuco”, auto aclaratorio el cual Wilver Caballero Condori<sup>1</sup> lo sintetiza de la siguiente forma: “...1.- Desde la crítica se señalo que la sentencia emitida en el caso de Rosalia Huatuco no reunía los requisitos para ser considerada como precedente; el Tribunal señala que si reunía todos los requisitos. En este extremo debemos señalar que es urgente que el Congreso dicte una ley que regula de manera especifica el precedente vinculante, porque de lo contrario seguiremos expuestos a los caprichos del Tribunal Constitucional. 2.- Igualmente se cuestiono el número de votos necesarios para el establecimiento de un precedente, el Tribunal señala que por practica jurisprudencial, solo bastan cinco votos, sin embargo, reconoce que no existe una norma legal que establezca el número de votos para establecer un precedente. 3.- Sobre la aplicación retroactiva del precedente, el Tribunal dice que no existe aplicación retroactiva sino inmediata del precedente, porque el precedente se aplica a todos los procesos a partir de la publicación en el diario oficial el Peruano. En los años que vengo ejerciendo la defensa, he visto la cantidad de trabajadores que se han repuesto judicialmente en las diferentes entidades del Estado, pero ello ocurre no por culpa de los trabajadores sino mas bien por actuación negligente o dolosa de los funcionarios del estado, con el precedente analizado el estado pretende corregir su propia torpeza, esto contraviene a la teoría de los actos propios, nadie puede valerse de su propia torpeza, considero que si el Tribunal pretendía acabar con las reposiciones en el sector público, debió establecer como precedente que desde el 02 de junio del 2015 (fecha de publicación del precedente Huatuco) el ingreso al Estado es por concurso público y en una plaza presupuestada y a plazo indeterminado; de tal forma que cualquier trabajador decida libremente si le conviene o no ingresar a trabajar para el Estado o buscar otras opciones laborales. Dese mi perspectiva este precedente es retroactivo, porque si un trabajador viene laborando por 15 años por ejemplo para el estado y como no ingreso por concurso público y puede incluso estar trabajando en una plaza presupuesta, si es despedido simplemente no podrá ser repuesto, y solo tendrá derecho a cobrar una irrisoria indemnización por despido arbitrario.4.-Igualmente ha establecido que: a) Cada entidad actualice su Cuadro para Asignación de Personal, b) Convoque prontamente convocar a concurso público aquellas plazas presupuestadas y de duración indeterminada y c) Realice las gestiones para la ampliación del número de plazas presupuestadas para la inclusión en la Ley del Presupuesto. Esto es un utopía, porque una entidad estatal puede modificar su CAP en forma

1. Caballero Condori Wilver. Analisis crítico a la aclaración al precedente Huatuco Huatuco | Alerta... Disponible en <https://estudiojuridicowilvercaballero.blogspot.com/2015/.../analisis-critico-la-aclaracion-al-h>.

inmediata, pero sin la certificación presupuestal no puedo convocar a concurso para cubrir las plazas, porque todo depende del Ministerio de Economía y Finanzas, que no está dispuesto a conceder ampliaciones presupuestales. 5.- Creo, que el camino correcto para inaplicar el precedente vinculante es el control de convencionalidad que se ha planteado desde diferentes ámbitos académicos, ojala que algún magistrado asuma esa posición.”

No obstante la instauración de éstas reglas por el Supremo interprete de la Constitución, en las distintas Cortes del País se venían emitiendo fallos contradictorios en las que incluso se inaplicó el Precedente Huatuco a través de la técnica del Distinguishing<sup>1</sup>, verbigracia, el caso resuelto en el Expediente N° 27013-2013-0-1801-LA-03 expedido por el distinguido magistrado Omar Toledo Toribio<sup>2</sup>, motivo por el cual la Segunda Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República en la Casación Laboral N° 12475–2014 Moquegua de fecha 17 de diciembre del 2015, dictó como Doctrina Jurisprudencial Vinculante de interpretación del Precedente “Huatuco Huatuco”, seis supuestos, donde no se aplican las reglas del citado precedente y por tanto los trabajadores conservan su derecho a la reposición, siendo los siguientes: i) pretensiones de nulidad de despido, previsto en el artículo 29 del T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728 situación de embarazo, afiliación sindical, etc.; ii) casos de trabajadores comprendidos en la carrera del Decreto Legislativo N° 276 y los comprendidos en la ley N° 24041 (trabajadores públicos contratados para labores de naturaleza permanente que tengan más de un año de servicios ininterrumpidos de trabajo); iii) los obreros municipales bajo el régimen laboral de la actividad privada, es decir el Decreto Legislativo N° 278; iv) cuando el trabajador pertenezca al régimen del Contrato de Administración de Servicios C.A.S. ;y, v) los trabajadores excluidos de la Ley del Servicio Civil, nombrados en la Primera Disposición Complementaria de la ley N° 30057 (Empresas del Estado, Banco de la Nación, Petro Perú, B.C.R., SUNAT, S.B.S., etc.).

Más adelante, el Tribunal Constitucional a través del Expediente N° 06681-2013 de fecha 23 de junio del 2016, flexibiliza la aplicación del Precedente “Huatuco” indicando que con el precedente lo que se trata de proteger es la carrera administrativa, por lo que sólo será aplicable cuando se presente los siguientes elementos: i) que, el caso se refiera a la desnaturalización de un contrato que puede ser temporal o de naturaleza civil a través del cual se encubra una relación laboral de carácter permanente; y, ii) que, debe pedirse la reposición en una plaza vacante presupuestada y que forma parte de la carrera administrativa al cual corresponde acceder por concurso público de méritos, en este último caso, debe considerarse que no toda persona que se vincula con la función pública necesariamente realiza carrera administrativa, como es el caso de los obreros municipales, los cuales no obstante estar sujeto al régimen de la actividad privada, conforme el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades, mucho de ellos desempeñan trabajos de mantenimiento, gasfitería y análogos, siendo evidente la inaplicación del precedente en cuanto al concurso de méritos por la naturaleza de dichas actividades.

Por último, nuevamente la Corte Suprema de la República en la Casación Laboral N°18032-2015-Callao (El Peruano, 30.01.2017), fijó un nuevo supuesto de inaplicación del precedente Huatuco, estableciéndose que cuando la discusión esté centrada en la declaración de existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado por desnaturalización de contratos temporales o civiles, sólo son aplicables las reglas de la S.T.C. N° 05057-2013-PA/TC o “Precedente Huatuco Huatuco” para los casos en que un trabajador sin vínculo laboral lo solicite, más no cuando este vigente la prestación de servicios.

1 Heiner Rivera Rodríguez nos brinda un concepto didáctico de Distinguishing refiriendo : “ Se entiende por Distinguishing cuando se logra determinar y sobre todo justificar que el caso no es sustancialmente igual a aquel que dio origen a un precedente vinculante . Es decir, que existen diferencias reales-y no aparentes- entre el primer caso ( que dio mérito al precedente ) y el segundo caso, cuando no tipifica , entonces allí no es exigible aplicar el precedente instaurado “. Recuperado en <https://heinerantonioriverarodriguez.blogspot.com/.../precedentes-vinculantes-en-materia-de>

2 Jueces siguen inaplicando Precedente del Tribunal Constitucional. Recuperado en [https:// Precedente Huatuco: Sala Laboral considera que vulnera derechos ...laley.pe/.../precedente-huatuco-salalaboral-consideraquevulneraderechos-constitu](https://PrecedenteHuatuco:SalaLaboralconsideraquevulneraderechos...laley.pe/.../precedente-huatuco-salalaboral-consideraquevulneraderechos-constitu)



En consecuencia, del contexto analizado se colige que el precedente “Huatuco Huatuco” no protege la estabilidad laboral, importando la desprotección contra el despido arbitrario, pues el trabajador al no haber ingresado por concurso público a una vacante presupuestada, se ve limitado su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva al no poder demandar la reposición en su centro de trabajo; cabe destacar que ha sido el Poder Judicial que ha morigerado los efectos antilaborales del precedente a través del mecanismo del Distinguishing, anteponiendo la defensa de los derechos de los trabajadores y de esta forma no se sigan vulnerado, aún más sus derechos laborales reconocidos, defensa que incluso es recogida por Tratados Internacionales referidos a la promoción, defensa y protección de derechos humanos, como el Protocolo de San Salvador, el cual en artículo 7 .d señala que sólo el trabajador puede reivindicar la forma de restitución generada de una violación de su derecho, del mismo modo, el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que si un recurso de restitución no produce el resultado esperado, se viola el derecho de protección judicial previsto en el artículo 25 de la Convención.

#### 4. EL DESPIDO LABORAL :

##### 4.1. GENERALIDADES:

El despido laboral puede conceptuarse de manera general como la extinción del contrato laboral de trabajo por decisión unilateral del empleador; dicha medida para ser válida no sólo debe fundarse en una causa prevista en la ley sino que debe estar debidamente acreditada, lo cual importa sin duda otorgar al trabajador el derecho de defensa (pre aviso), caso contrario, estaremos dentro de los alcances de un despido incausado, al omitir causa alguna de separación laboral, incluyéndose también a los despidos prohibidos por ley, los despidos que no se pueden demostrar en un juicio, los que se producen sin la observancia de los trámites exigidos por ley, los despidos fraudulentos y todos aquellos despidos que violen derechos fundamentales del trabajador.

Según el jurista Montoya Melgar<sup>1</sup> el despido laboral tiene las siguientes características: i) es un acto unilateral del empleador para cuya eficacia la voluntad del trabajador es innecesaria e irrelevante; ii) es un acto constitutivo, por cuanto el empresario no se limita a proponer el despido, sino que él lo realiza directamente; iii) es un acto recepticio en cuanto su eficacia depende de que la voluntad extintiva del empleador, sea conocida por el trabajador, a quien está destinada; y, iv) es un acto que produce la extinción contractual en cuanto cesan ad futurum los efectos del contrato.

En nuestro País los trabajadores tienen dos regímenes de protección<sup>2</sup> frente al despido arbitrario, uno legal, regulado por el D.S. N° 003-97-TR T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral; y, otro constitucional vía Acción de Amparo, en el cual la protección que el Tribunal Constitucional dispensa al trabajador no está relacionada a la arbitrariedad del despido que requiere de estación probatoria, sino a la vulneración de los derechos fundamentales existente en la acción de despido, sobre el particular BENJAMIN CARHUAS CANTARO<sup>3</sup> agrega:

*(...) Existen dos modelos de protección: a) el modelo de protección de eficacia resarcitoria (indemnización); el modelo de protección de eficacia restitutoria, el cual se encuentra previsto en el proceso de*

1 Montoya Melgar, Alfredo . (1990) Derecho de Trabajo, 11 edición , Editorial Tecnos, Madrid, pág. 48.

1. 2 Yuri Cabezas nos dice: “..Existen, pues dos regímenes de protección frente al despido arbitrario, uno legal y otro constitucional . el primero encuentra sustento , sobre todo , en lo dispuesto por el d lg. n° 728; para acceder al segundo ha de invocarse la vulneración de un derecho fundamental y acudir a la jurisdicción constitucional vía proceso de amparo...” Cabezas Limaco, Yuri Rosario .criterios del tribunal constitucional en materia de despido... Recuperado en [https:// studylib.es/doc/4862561/criterios-del-tribunal-constitucional-en-materia-de-despido](https://studylib.es/doc/4862561/criterios-del-tribunal-constitucional-en-materia-de-despido)

3 Colegio de Abogados de Lambayeque. Ponencia del Dr. BENJAMIN CARHUAS CANTARO.EL DESPIDO INCAUSADO Y FRAUDULENTO SEGÚN EL TC. III Diplomado de Derecho Laboral y Procesal Laboral. Chiclayo, disertado el 23 de julio 2016.



*amparo constitucional , toda vez que, por la propia finalidad de este proceso , la protección especial contra el despido arbitrario no es la de ordenar un pago de suma indemnizatoria, sino en la de reponer las cosas al estado anterior . Carhuas.2016*

## 4.2.TIPOLOGIA DEL DESPIDO LABORAL

### 4.2.1.-EL DESPIDO EN EL D.S. N° 003-97-TR, LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETIVIDAD LABORAL

En lo que concierne al régimen de la actividad privada los despidos debe ser por causa justa, haber laborado cuatro horas o más, superar el período de prueba y concurrir causal expresamente establecida por ley debidamente comprobada, en consecuencia la norma pre citada<sup>1</sup> enumera los siguientes clases de despidos:

a) El Despido Justificado, llamado también legal o con causa justa, aquí el empleador se encuentra habilitado para extinguir el vínculo contractual con el trabajador por causas relacionadas con su conducta (art. 24 de la LPCL) y también por sus capacidades (art. 23 de la LPCL); así tenemos, respecto de las primeras: i) la comisión de falta grave (incumplimiento del contrato de trabajo, reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con el trabajo, inobservancia del reglamento interno de trabajo, concurrencia al trabajo en estado de ebriedad<sup>2</sup> o bajo los efectos de drogas, disminución deliberada de labores, apropiación de bienes del empleador o bajo su custodia, entrega de información reservada, grave indisciplina, daño deliberados de los bienes de la empresa, abandono injustificado del trabajo) cabe indicar que es la causal más concurrente ; ii) condena penal por delito doloso a partir de quedar firme la sentencia condenatoria, no operando esta causal si el empleador sabía del antecedente delictuoso<sup>3</sup>; iii) inhabilitación del trabajador impuesta por autoridad judicial o administrativa para el ejercicio de la actividad por un período de tres meses o más; en relación a la capacidad del trabajador (art.23 de la L.P.C.L.) tenemos: a) menoscabo debidamente certificado de las facultades físicas y mentales o la ineptitud sobrevenida en el desempeño de sus labores, siempre que no exista un puesto vacante donde el trabajador pueda ser transferido y no implique riesgo para su salud y la seguridad de terceros; b) rendimiento deficiente en su capacidad y rendimiento promedio en labores similares; c) la negativa injustificada para someterse a exámenes médicos establecidos por ley o cumplir con las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes; en este tipo de despido el trabajador sólo tiene derecho al pago de sus correspondientes beneficios sociales o económicos por el tiempo laborado no teniendo derecho a la indemnización por haber sido el causante de la extinción del vínculo laboral.

b) El Despido Nulo, es el que se genera como consecuencia de un acto discriminatorio proscrito por la Constitución y la ley, o bien tenga su origen en la flagrante vulneración de los derechos fundamentales del trabajador como persona y como ciudadano, es decir, es un despido con causa

1 Omar Toribio en relación a los tipos de despido en el régimen privado indica; “ La Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 27 prevé que : “ La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. En función del mandato constitucional el Decreto Legislativo N° 728 ha establecido tres tipos de despido ilegal diseñando un sistema de protección del trabajador , de tal forma que en algunos supuestos procede la tutela resarcitoria , como en el caso del despido arbitrario y el despido indirecto , en los que solo cabe el pago de una indemnización tasada (artículo 38 del TUO del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el DS N° 03-97-TR) en tanto que solo cuando se configura el despido nulo procede la reposición o reinstalación del trabajador...” TOLEDO TORIBIO, Omar. [LA REPOSICIÓN POR DESPIDO INCAUSADO Y FRAUDULENTO EN SEDE LABORAL](https://omartoledotoribio.blogspot.com/2012/05/la-reposicion-por-despido-incausado-y.html). Recuperado en <https://omartoledotoribio.blogspot.com/2012/05/la-reposicion-por-despido-incausado-y.html>

2 S.T.C. N° 03169-2006-PA/TC Caso Municipalidad de Chorrillos dejo sin efecto el despido del trabajador por falta de proporcionalidad y razonabilidad en la sanción aplicada.

3 Los sindicatos laborales tienen presente que “... esta causal se configura a partir de que queda firme la sentencia condenatoria ; no es aplicable esta causal si el empleador contrato al trabajador sabiendo que había sido condenado por delito doloso...” SINDICATO DE TRABAJADORES ESLIMP-Callao [ACCIONES FRENTE AL DESPIDO - INSTITUTO DE ESTUDIOS SINDICALES](https://www.iesiperu.org.pe). Recuperado en <https://www.iesiperu.org.pe> Inicio > Publicaciones



ilícita, siendo ejemplo de ellos la restricción a la libertad sindical, represalia del empleador por queja ante la autoridad competente, por razón de embarazo, discriminación por sexo, raza, etc. Este despido y sus causales están previstos en el artículo 29 del T.U.O. del D. Lg N° 728. La consecuencia legal es que el juez de trabajo declare la reposición del trabajador en su puesto de trabajo. También son nulos los despidos del trabajador por ser portador de V.I.H. conforme la Ley N° 26626; por razones de discapacidad según la Ley N° 27050 y los actos de hostigamiento sexual normado en la Ley N° 27942.

c) El despido arbitrario<sup>1</sup>, es un despido abusivo, se presenta cuando el trabajador es despedido sin expresión de causa alguna, asimismo, cuando se ha cursado la carta de despido indicando la causa pero ésta no es demostrada en juicio; del mismo modo, cuando no se ha cumplido con el procedimiento previsto por la ley, vale decir, sin expresión de causa, ausencia de derecho de defensa menos aún sin carta de despido. Se encuentra configurado en el artículo 34 del TUO del D. Lg. N° 728. La consecuencia legal es de naturaleza resarcitoria, es decir, el pago de una indemnización, de conformidad con el artículo 38 del pre citado texto legal.

d.- El Despido por Hostilidad o Indirecto, es aquel que se produce como consecuencia de los actos del empleador o sus representantes de molestar o incomodar reiteradamente al trabajador lo que a la postre de lugar a que éste presente su renuncia; es importante resaltar que una de las razones para hostilizar al trabajador es obtener algún favor o ventaja atentatoria contra la moral, la dignidad, la economía, etc. del servidor, de lo que se desprende que las causas devienen del empleador. Se encuentra configurado en el artículo 30 del TUO del D. Lg. N° 728. La norma en su artículo 35 sólo brinda dos alternativas excluyentes: i) demandar el cese de la hostilidad del empleador, sin renunciar a su puesto de trabajo; y, ii) demandar el pago de una indemnización por la hostilidad del empleador, después de dar por concluida la relación laboral.

#### 4.2.2. SEGUN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A nivel de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>2</sup> tenemos las siguientes clases de despido:

a) El Despido Incausado, este tipo de despido fue nombrado por primera vez en el Expediente N° 1114-2001-AA/TC de fecha 11 de julio del 2002 en la acción promovida por el Sindicato de Trabajadores de Telefónica del Perú; del mismo modo, en el Expediente N° 00976-2001-AA/TC del 13 de marzo del 2003 en la acción iniciada por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú, al señalarse en el fundamento jurídico 15 que: “...Se produce el denominado despido incausado cuando: -Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique”. Es evidente que esta interrupción laboral deviene de la voluntad unilateral del empleador, no concurriendo imputación alguna de causa justa, expresión de motivo o causa legal sea en forma verbal (despido de hecho) o por escrito para extinguir la relación laboral. Contrario sensu un despido laboral será justificado o injustificado cuando la decisión del empleador se sustente en hechos contemplados por la ley, que motiven y justifiquen la extinción laboral, debidamente comprobada en un proceso de despido. Cabe destacar que la connotación de este tipo de despido es la defensa del artículo 22 de la Constitución del cual se desprende que el contenido esencial del derecho al trabajo tiene dos aspectos: i) el de acceder a un puesto laboral; y, ii) el derecho a no ser

1 CLOTILDE ATAHUAMAN citando al laboralista Elmer Arce indica que: “Entran en este concepto los despidos verbales o de hecho donde no existe carta de despido ni procedimiento alguno, los despidos son notificados con cara pero donde no se indican los hechos que motivan la extinción ni la fecha de cese y los despidos notificados con carta cuya causa justa se basa en formulaciones ambiguas o imprecisas.”. ATAHUAMAN SUMARAN, Clotilde. [VI EL DESPIDO Y SU PROCEDIMIENTO EN LA LEGISLACIÓN LABORAL PERUANA](#). Recuperado en [https://aempresarial.com/web/revitem/4\\_15009\\_70687.pdf](https://aempresarial.com/web/revitem/4_15009_70687.pdf)

2 MIRANDA PEREZ, Sandra. EL DESPIDO A TRAVÉS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Recuperado en <https://derechopedia.pe/.../154-el-despido-a-través-de-las-sentencias-del-tribunal-const...>

despedido sino por causa justa. El despido incausado tiene dos supuestos: i) Desnaturalización y/o simulaciones contractuales: despidos encubiertos que usualmente surgen del vencimiento de contratos de locación de obra o de servicios o de aquellos contratos de trabajos sujetos a modalidad que encubren relaciones laborales de carácter permanente, siendo aplicable en estos casos invocar el principio de la primacía de la realidad; y, ii) Suspensión desproporcionadas e indefinidas de labores: por ejemplo en el caso de suspensión de labores por causas fortuitas o de fuerza mayor, cuando en la realidad no lo es. La consecuencia legal es la readmisión laboral del trabajador en su puesto de trabajo.

b) El Despido Fraudulento, este tipo de despido aparece tácitamente en el Expediente N° 0628-2001-AA/TC. F.J. 6 de fecha 02 de julio del 2002 donde se pretendió presentar un supuesto de renuncia voluntaria cuando en realidad contravenía a la realidad de los hechos; posteriormente en la STC N° 00976-2001-AA/TC del 13 de marzo 2003 se indica que esta clase de despido se caracteriza porque el empleador despide al trabajador con ánimo perverso, con engaño, por tanto, contrario a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; asimismo, cuando se le imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios; se le atribuye alguna falta diferente a los previstos por la ley transgrediendo el principio de legalidad y tipicidad; coaccionando al trabajador utilizando para ellos diversos medios para dar por concluido la relación laboral (renuncia o mutuo disenso con “vicio de voluntad”) o mediante la “fabricación de pruebas”. Cabe precisar que existe una serie de supuestos que calzan con el despido fraudulento, como ejemplo los periodos de prueba, para luego pretende justificar el despido plural de los trabajadores. Una observación importante es que este tipo de despidos equivalen a los despidos sin invocación de causa legal. El objetivo es cautelar la plena vigencia de los artículo 22, 103 y el literal e) del artículo 139 de nuestra actual Carta Política.

c) El Despido Nulo, esta modalidad de despido, se configura en la jurisprudencia constitucional en la S.T.C. N° 00976-2001- FJ 15 al tenerse por móvil algún acto discriminatorio en contra el trabajador, con afectación de derechos fundamentales como referidos a la igualdad de la persona en situaciones como el derecho a la no discriminación laboral de las trabajadoras gestantes o de un trabajador portador del V.I.H.- S.I.D.A., la libertad sindical, de un discapacitado o como una reacción del empleador ante queja presentada por el trabajador, en suma, cuando existe una prohibición legal de despedirlo, asimismo, el artículo 29 del T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728 contiene supuestos de despido nulo. Su finalidad es cautelar los derechos previstos en el numeral 2 del artículo 2, inciso 1 del artículo 26 y numeral 1 del artículo 28 de nuestra Carta Política; la consecuencia legal en ambos casos la readmisión laboral del trabajador a su puesto de trabajo.

d) El Despido Colectivo, fue tratado en la S.T.C. N° 1124-2001-AA/TC en relación al caso Telefónica, pudiendo conceptuarse como la determinación unilateral del empleador de extinguir la relación laboral respecto de un significativo número de trabajadores pero sin cumplir los requisitos establecidos por ley para que se produzca el cese colectivo y que en nuestra legislación laboral, son debidos a factores económicos, tecnológicos, de producción, estructurales, disolución de la empresa o análogos, debiendo comprender a un porcentaje no menor del 10% del total de trabajadores que tiene la empresa, ello de conformidad con el artículo 48 del D.S. N° 03-97-TR T.U.O. del D.Lg. N° 728.

e) El Despido por Vulneración de Derechos Fundamentales<sup>1</sup>, puede darse mediante la presencia de un móvil reñido contra esos derechos, pues la causa reside en la oposición o rechazo al ejercicio que el trabajador hace de sus derechos, ejemplo de ello es cuando el empleador imputa falta grave de injuria al dirigente sindical que cuestiona el incumplimiento de los acuerdos laborales, o el de quien atribuye el incumplimiento inexistente de sus obligaciones a una trabajadora al

<sup>1</sup> Blancas Bustamante nos dice al respecto: “ en el caso de lesión de derechos fundamentales ocasionados por el despido , el amparo constitucional es el cauce procesal específico para su tutela , especialmente en el caso de aquellos cuya protección no puede obtenerse mediante la acción de nulidad de despido , por no encontrarse comprendido en la enumeración cerrada -y limitativa -que formula la ley laboral...”. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. EL DESPIDO EN EL DERECHO LABORAL PERUANO. segunda edición. 2006 ARA Editores, pág. 371.



tomar conocimiento de que esta embarazada; por lo general, el empleador atribuye al trabajador la comisión de una causa justa o falta grave, pero en la realidad tales causas no existen realmente, de manera, que la presencia de un motivo real ilícito en el hecho del despido conducirá a su invalidación en sede judicial. Asimismo, se describe la preparación o realización del despido por la forma: i) cuando la averiguación de los hechos se haga afectando derechos como el honor, dignidad e intimidad; ii) cuando se efectúan labores de control o vigilancia sobre la actuación de los dirigentes sindicales que afecten la libertad sindical; iii) cuando la comunicación del despido contiene expresiones lesivas a la dignidad o el honor del trabajador; iv) cuando las actuaciones del empleador previas al despido lesionan derechos fundamentales, específicamente el relativo a la presunción de inocencia. De igual forma, cabe indicar que se procede en contra de lo previsto por el D.S. N° 03-97-TR del T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728, cuando en la tramitación de una pretensión de despido nulo se vulnera el debido proceso que comprende el derecho defensa, el derecho al plazo razonable, etc. la consecuencia legal es la reposición del trabajador.

A los despidos antes señalados podemos agregar también al denominado Despido por Falta Grave, el cual tiene como uno de sus antecedentes la sentencia recaída en el Expediente N° 3388-2004: F.j. N° 6. "...De la Carta de Imputaciones y de Despido se aprecia que la falta grave atribuida al recurrente se sustenta en el hecho de que suscribió "(...) al momento de su contratación (...) una declaración jurada en la que manifiesta no percibir pensión de otra entidad del Estado, situación que sería contradictoria a lo informado por la Policía Nacional del Perú"; contraviniendo con tal hecho lo dispuesto por el inciso ñ) del artículo 20° del Reglamento Interno de Trabajo para los trabajadores comprendidos en el régimen laboral de la actividad privada de EsSalud, que establece que está expresamente prohibido a los trabajadores percibir doble remuneración o pensión, salvo aquellos casos permitidos por ley..."; no obstante, el tema más emblemático de esta clase de despido laboral, la encontramos en el Expediente N°1058-2004-AA/TC llamado caso SERPOST, en el cual el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la posibilidad del acceso del empleador al correo electrónico corporativo de un trabajador, como mecanismo para encontrar pruebas e imputar falta grave, siendo que no obstante, haberse cometido una evidente falta laboral, de utilizar un correo corporativo para visualizar imágenes pornográficas, no se consideró que el despido era una sanción válida, al no haberse solicitado debidamente respectiva autorización judicial para acceder al correo electrónico, disponiéndose la restitución del trabajador al verificarse que otros trabajadores habían sido los autores de la falta; asimismo estableció que sólo es posible el acceso a cuentas corporativas previa autorización judicial para ser válidamente verificada por el empleador y de esta forma lo pueda presentarse como medio de prueba para imputar la comisión de falta grave y se proceda a su ulterior despido, de lo que se desprende que cuestionó la vulneración al derecho a la reserva de las comunicaciones y la garantía de la judicialidad de los elementos obtenidos y presuntamente incriminatorios.

## 5. EL V PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO LABORAL Y EL TRATAMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN EN LOS DESPIDO ARBITRARIOS

Con fecha 04 de agosto del 2017 se ha publicado en la separata de jurisprudencia del Diario Oficial El Peruano, los acuerdos arribados en el V Pleno Jurisdiccional<sup>1</sup> Supremo Laboral y Previsional, donde los Jueces de Supremos de las Salas de Derecho Constitucional y Social y Permanente así como de la Primera y Segunda Sala Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, establecieron tres criterios referidos a la nulidad de los laudos arbitrales, estableciendo las causales que pueden ser invocadas en un proceso de impugnación de laudo arbitral económico; la interpretación del artículo 3 de la Ley N° 28449 para la determinación

1. Juan Vega Fernández al referirse sobre su naturaleza nos dice: "...los plenos jurisdiccionales regulados por el artículo 116 de la LOPJ no recogen decisiones jurisprudenciales propiamente dichas, pues los jueces no actúan en ejercicio de su labor jurisdiccional, ya que no están resolviendo un caso concreto. Sin embargo, sus decisiones pueden ser tomadas como referentes para resolver ..." [VEGA FERNÁNDEZ, Juan. . PUEDE UN PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL LABORAL , MODIFICAR EL CRITERIO ASUMIDO DE MANERA REITERADA POR LA CORTE SUPREMA. □ La Ley - El Ángulo Legal de la Noticia](#) . Recuperado en <https://dominioprovisional.com/col/290/juan-vega-fernandez/>

del monto máximo de las pensiones de cesantía, invalidez y sobrevivencia de los pensionistas del régimen del Decreto Ley N° 20530 y la procedencia de indemnización y remuneraciones devengadas en los casos de despidos fraudulentos e incausados, por lo que en atención a la tendencia del presente trabajo nos referiremos a este último.

El Pleno ha establecido que en los casos que el trabajador sea despedido de forma incausada o fraudulenta, aquél puede demandar ante el Poder Judicial la indemnización por despido arbitrario caso en el cual ya no podrá accionar la reposición laboral; no obstante, en el caso de pretender la reposición en su puesto de trabajo y siempre que exista conexidad, simultáneamente podrá acumular la pretensión de indemnización de daños y perjuicios sufridos<sup>1</sup>, pretensión que comprende tres aspectos: el daño emergente (daño inmediato y consecuencia directa del despido, verbigracia, que el trabajador despedido sea pasible de un embargo o hipoteca por no pagar los créditos financieros al no percibir remuneraciones o beneficios sociales), lucro cesante (no percepción de los ingresos económicos futuros como consecuencia del despido) y el daño moral (daño personal, afectación de la esfera psicológica, aflicción derivado de la extinción laboral); pretensión última, la cual en adelante ya no se presumirá sino que deberá demostrarse por ejemplo a través de un examen psicológico; la indemnización sustituye cualquier pretensión de remuneraciones devengadas y que hasta antes de este Pleno se otorgaban<sup>2</sup>, pues tanto el despido incausado como el fraudulento no pueden equipararse por ficción jurídica a los efectos del despido nulo, instituto para el cual si resulta procedente el pago de remuneraciones devengadas al afectar derechos fundamentales de conformidad con el artículo 29 del T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728; más aún, por considerar que durante el periodo comprendido entre el cese del trabajador y su reincorporación no existe prestación efectiva alguna de servicio, razón por la cual no puede considerarse como remuneración devengada, ya que en nuestro País, la remuneración tiene carácter de contraprestación.

En tal sentido el juez valorará los medios probatorios para determinar los elementos de responsabilidad (antijuridicidad, el daño, nexo causal y el factor de atribución) a efecto de establecer, el cálculo de un quantum indemnizatorio, según también el petitorio y los hechos que invoque el trabajador, de los que se desprende que no existe una indemnización tasada legalmente como en el caso de despido arbitrario



Asimismo, se ha establecido que en el supuesto que se le reconozca al trabajador la indemnización, el juez de oficio, es decir sin que halla sido invocado por el trabajador en su demanda esta pretensión, deberá ordenar al empleador que le pague una suma de dinero por “daños punitivos”<sup>3</sup>, el cual será equivalente al de los aportes dejados de percibir y que hubiera

1. César Puntriano al respecto señala: “...con este Pleno el pedido de pago de remuneraciones dejadas de percibir ya no procederá en el caso de despido fraudulento o incausado, sino lo que corresponderá demandar el pago de una indemnización por daños y perjuicios (...) el trabajador que demande su reposición podrá acumular el pago de una indemnización por daños y perjuicios el cual tiene tres componentes: el daño emergente (esto es, las remuneraciones no percibidas), el lucro cesante (aumento o mejores salariales) y el daño moral...” PUNTRIANO ROSAS, César. “EL NUEVO PLENO LABORAL DE LA CORTE SUPREMA SOLO ...” Recuperado en <https://laley.pe/.../cesar-puntriano-el-nuevo-pleno-laboral-de-la-corte-suprema-solo-encarece>

2. Carlos Quispe Montesino indica “La Corte Suprema ha establecido que en aquellas situaciones de reincorporación que se originen en supuestos distintos al del despido nulo (entiéndase despido arbitrario y despido fraudulento) no es posible que, de ordenarse la reincorporación, se conceda el pago de remuneraciones y de beneficios que eventualmente pudieron devengarse, ya que lo que corresponderá será iniciar un proceso en la vía ordinaria exigiendo el pago de una indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante...”. QUISPE MONTESINO, Carlos Alberto. [El Despido 2016 Agosto - Scribd](https://www.scribd.com/presentation/320705211/El-Despido-2016-Agosto). Recuperado en <https://www.scribd.com/presentation/320705211/El-Despido-2016-Agosto>

3. Gonzalo Bobadilla Castro, expone su desacuerdo con esta figura al señalar: “...además contempla el pago por daños punitivos únicamente en los supuestos de despido incausado, sin que este aspecto haya sido contemplado en la voluntad de la ley; y así pretende señalar el ejercicio de una sanción con fines ejemplarizantes (...) adicionando sanciones que el legislador no contempla al redactar el artículo 34 de la L.P.C.L. Por ello, consideramos un exceso crear, vía pleno jurisdiccionales, nuevas figuras de indemnización que la ley no contempla; más aún, cuando señala que daños punitivos deben aplicarse como sanción con fines ejemplarizantes, es decir, una venganza de la ley (figura intermedia entre el derecho civil y el penal)”. BOBADILLA CASTRO, Gonzalo. ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN EN EL DESPIDO FRAUDULENTO E INCAUSADO, SEGÚN EL V PLENO JURISDICCIONAL. Recuperado en <https://legis.pe>

› Laboral

correspondido al empleador depositarlo al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otro régimen previsional al que estuviera obligado a pertenecer por mandato legal, hecho que inevitablemente importa como presupuesto el reconocimiento de un monto indemnizatorio.

El proceso a seguir para determinar las pretensiones por despido incausado o fraudulento es el ordinario laboral, resaltando que la reposición como pretensión única deberá tramitarse en el proceso abreviado de conformidad con el artículo 2.2 de la Nueva Ley Procesal de Trabajo N° 29497; y si bien, el acuerdo hace referencia en su aplicación para los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, no es menos cierto, su alcance también a los trabajadores que laboraron bajo contratos simulados o desnaturalizados en la administración pública, ello de conformidad con la Ley N° 24041 norma de protección jurídica contra el despido arbitrario respecto de los trabajadores contratados en la modalidad de locación de servicios y a los contratados sujetos al régimen laboral especial C.A.S. contemplado por el Decreto Legislativo N° 1057 y que previamente estuvieron en condición de locadores de servicio, por consiguiente, su reposición deberá de ejecutarse dentro del marco del Decreto Legislativo N° 276.

Es necesario destacar finalmente que si bien es cierto este pronunciamiento no es un precedente vinculante de observancia obligatoria al no existir mayoría absoluta, en atención del artículo 40 de la NLPT N° 29497, también lo es, que al ser un acuerdo adoptado por los Vocales de la Corte Suprema, debe ser tomado en consideración a futuro por los jueces de trabajo en la resolución de casos a resolver.

## 6. CONCLUSIONES:

Al término del presente trabajo, se arriba a las siguientes conclusiones:

- a) La Constitución Política de 1979 estableció la estabilidad laboral absoluta, en sus vertientes de entrada (contrato de trabajo de duración indeterminada); y, de salida (desvinculación del contrato de trabajo por causa justa); sin embargo, nuestra vigente Carta Política contempla implícitamente una estabilidad laboral relativa con predominio del pago de indemnizaciones, remuneraciones devengadas y otras similares, antes que la reposición inmediata del trabajador.
- b) El Expediente N° 05057-2013-PA/TC conocido como el Precedente Vinculante “Huatuco Huatuco”, reafirma y consolida la estabilidad relativa, y a pesar que propugna el principio meritocrático como también considerar a la administración pública como un bien jurídicamente tutelado, inicialmente creó confusiones en su aplicación, a tal punto de que algunos jueces se apartaron del mismo a través de la técnica del Distinguishing, lo es que el Poder Judicial en el ejercicio de sus facultades y su autonomía institucional, se ha encargado de esclarecerlo, dictando precedentes judiciales para su debida aplicación; no obstante se estima que vulnera derechos fundamentales como el acceso al trabajo y evidentemente contra la estabilidad laboral.
- c) En nuestro ordenamiento jurídico laboral existe dos régimen de protección contra el despido arbitrario, así tenemos: i) legal, vía ordinaria, que tiene sustento en el D.S. N° 003-97 -TR T.U.O. del D. Lg. N° 728 que reconoce el despido justificado, nulo, arbitrario y por hostilidad o indirecto; y, el constitucional o extraordinario, vía Acción de Amparo que reconoce las figuras de despido incausado, fraudulento, nulo, colectivo y por vulneración de derechos fundamentales; y,
- d) El V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y Previsional ha establecido que en los casos de despido incausado y fraudulento la indemnización sustituye a la pretensión de pago de remuneraciones devengadas, en razón de que esta última es consustancial del despido nulo, y además, porque en nuestro País la remuneración tiene naturaleza de

contraprestación, hecho que no se produce entre el período del cese del trabajador y su posterior reincorporación; del mismo modo se ha creado la figura de “daños punitivos” como factor disuasivo, a efectos que el empleador no vuelva a incurrir en daños contra el trabajador.

## 7. BIBLIOGRAFIA:

1. -ATAHUAMAN SUMARAN, Clotilde. EL DESPIDO Y SU PROCEDIMIENTO EN LA LEGISLACIÓN LABORAL PERUANA. Recuperado en [https://aempresarial.com/web/revitem/4\\_15009\\_70687](https://aempresarial.com/web/revitem/4_15009_70687).

-BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. (2006) EL DESPIDO EN EL DERECHO LABORAL PERUANO. Segunda Edición. ARA Editores, pág. 371.

-BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO LESIVO DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. Recuperado en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/17366/17651>

1. -BOBADILLA CASTRO, Gonzalo. ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN EN EL DESPIDO FRAUDULENTO E INCAUSADO, SEGÚN EL V PLENO JURISDICCIONAL. Recuperado en <https://legis.pe> > Laboral

2. -Caballero Condori Wilver. Analisis critico a la aclaración al precedente Huatuco Huatuco. Alerta... Recuperado en <https://estudiojuridicowilvercaballero.blogspot.com/2015/.../analisis-critico-la-aclaracion-al.h>.

3.

2. -CABEZAS LIMACO, Yuri Rosario. CRITERIOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DESPIDO... Recuperado en <https://studylib.es/doc/4862561/criterios-del-tribunal-constitucional-en-materia-de-despido>.

-CARHUAS CANTARO Benjamín .EL DESPIDO INCAUSADO Y FRAUDULENTO SEGÚN EL TC. III Diplomado de Derecho Laboral y Procesal Laboral. Chiclayo, disertado el 23 de julio 2016.

4. -COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE. Ponencia del Dr. BENJAMIN CARHUAS CANTARO. EL DESPIDO INCAUSADO Y FRAUDULENTO SEGÚN EL TC. III Diplomado de Derecho Laboral y Procesal Laboral. Chiclayo, sábado 23 de julio 2016.

5.

6. -CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 1979

7. -CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 1993

8.

3. -ESPINOZA MONTOYA, Cecilia. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO - COLEGIO DE ABOGADOS DE ... Recuperado en <https://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/causalsex.pdf>

4. -FERRO DELGADO, Víctor. LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO EN LA EVOLUCIÓN DE LABORAL. Scribd. Recuperado en <https://es.scribd.com/.../La-Proteccion-Frente-Al-Despido-en-La-Evolucion-de-La-Jur>

-FLORES POLO, Pedro. (1988). DICCIONARIO JURÍDICO FUNDAMENTAL. Primera Edición. Ediciones Justo Valenzuela. V.E.I. Lima. Perú. Página 221-222.

-MIRANDA PEREZ, Sandra. EL DESPIDO A TRAVÉS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Recuperado en <https://derechopedia.pe/.../154-el-despido-a-través-de-las-sentencias-del-tribunal-const...>



-MONTROYA MELGAR, Alfredo.(1990). DERECHO DE TRABAJO. Once Edición. Editorial Tecnos. Madrid. pág.48

-NEVES MUJICA, Javier.(1997). INTRODUCCIÓN AL DERECHO LABORAL. Lima. Perú. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pág. 44-45

-NEVES MUJICA, Javier. EL DESPIDO EN LA LEGISLACIÓN Y EN LA JURISPRUDENCIA DEL... Recuperado en [https:// https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5279053.pdf](https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5279053.pdf)

-PAREDES INFANZÓN, Jelio.LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL PERU. Disponible en Internet: [http:// la estabilidad laboral en el peru.](http://laestabilidadlaboralenelperu.com/) - Poder Judicial del Perú. Recuperado en [https://www.pj.gob.pe/.../CSJAP\\_D\\_ARTICULO\\_DOCTOR\\_JELIO\\_PAREDES\\_1505](https://www.pj.gob.pe/.../CSJAP_D_ARTICULO_DOCTOR_JELIO_PAREDES_1505).

-PUNTRIANO ROSAS, César.EL NUEVO PLENO LABORAL DE LA CORTE SUPREMA SOLO ... Recuperado en [https:// laley.pe/.../cesar-puntriano-el-nuevo-pleno-laboral-de-la-corte-suprema-solo-encarece](https://laley.pe/.../cesar-puntriano-el-nuevo-pleno-laboral-de-la-corte-suprema-solo-encarece)

-QUINTO PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO LABORAL Y PREVISIONAL. Fecha 04 de agosto del 2017.Separata de jurisprudencia del Diario Oficial El Peruano,

-QUISPE MONTESINO, Carlos Alberto. EL DESPIDO. 2016 Agosto – Scribd. Recuperado en [https:// https://www.scribd.com/presentation/320705211/El-Despido-2016-Agosto](https://www.scribd.com/presentation/320705211/El-Despido-2016-Agosto)

-SERKOVIC GONZALEZ, Germán. EL TC Y LA ESTABILIDAD LABORAL - I Recuperado en [https:// www.elperuano.com.pe/noticia-el-tc-y-estabilidad-laboral-v-51348.aspx](https://www.elperuano.com.pe/noticia-el-tc-y-estabilidad-laboral-v-51348.aspx)

-SERVAT PEREIRA DE SOUSA, Roberto Juan.LOS EFECTOS NEGATIVOS DE LA ESTABILIDAD ABSOLUTA ... Recuperado en [https:// chehadeabogados.com/documentos/documentos/.../ESTABILIDAD\\_LABORAL](https://chegadeabogados.com/documentos/documentos/.../ESTABILIDAD_LABORAL)

-SINDICATO DE TRABAJADORES ESLIMP-Callao. ACCIONES FRENTE AL DESPIDO - Instituto de Estudios Sindicales. Recuperado en [https:// https://www.iesiperu.org.pe](https://www.iesiperu.org.pe) > Inicio > Publicaciones

-TOLEDO TORIBIO, Omar. LA REPOSICIÓN POR DESPIDO INCAUSADO Y FRAUDULENTO EN SEDE LABORAL. Recuperado en <https://omartoledotoribio.blogspot.com/2012/05/la-reposicion-por-despido-incausado-y.html>

-TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 03169-2006 -PA/TC: Caso Municipalidad de Chorrillos.

-TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 05057-2013-PA/TC.

-VEGA FERNANDEZ, Juan. ¿PUEDE UN PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL LABORAL, MODIFICAR EL CRITERIO ASUMIDO DE MANERA REITERADA POR LA CORTE SUPREMA. Recuperado en [https:// La Ley - El Ángulo Legal de la Noticia.dominioprovisional.com/col/290/juan-vega-fernandez/](https://LaLey-ElAnguloLegal.com/col/290/juan-vega-fernandez/)





# EL MONOPOLIO DE LA REPARACIÓN CIVIL EN LOS DELITOS AMBIENTALES

**JORGE MARCELINO PEREZ TORO**  
Abogado



## INTRODUCCION

La reparación civil, como una de las consecuencias de la aplicación de una sanción penal al autor de la comisión de un hecho punible. El hecho punible aquella conducta que desplaza el sujeto activo, en desmedro de la víctima que atenta contra el orden público y las buenas costumbres. El Estado atendiendo, a su función de cautelar, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, los cuales son el fin supremo de la sociedad y del Estado, conforme así lo ha descrito el artículo 1° de la Carta Nacional. El Estado, atendiendo a lo antes señalado. En el Código Penal Peruano, se ha regulado aquellos hechos que atenten contra los bienes jurídicos de la persona humana y los cuales tienen amparo constitucional, como el derecho a la vida, integridad física, a su libre desarrollo, a gozar de un ambiente sano y equilibrado, entre otros.

En nuestro país a fin de cautelar, el derecho de la persona a vivir dentro de un ambiente sano equilibrado y atendiendo también a los propósitos que en los últimos años del siglo pasado y los años presentes, la comunidad mundial ha despertado un enorme interés en cautelar las devastadoras amenazas, que ha consecuencia del avance de la tecnología la cual lleva aparejada, la comisión de nuevos delitos que amenazan la existencia pacífica de la persona humana dentro del planeta que nos cobija, dando también cumplimiento a los convenios internacionales de protección al medio ambiente del cual es parte nuestro país. Es que se ha visto obligado a clasificar los hechos que atenten contra el medio ambiente, y a su inmediata descripción dentro de la legislación penal Peruana vigente. Atendiendo ello, al principio de legalidad y tipicidad. Sin embargo, dentro de la descripción penal, se olvidaron de los efectos que causan los delitos ambientales a la persona natural y Jurídica que ha conllevado, que sean desentendidos, en su resarcimiento a los daños que ocasionan la comisión de los delitos ambientales. Ante tales circunstancias, a fin de que el legislador nacional tome en consideración que los delitos ambientales, categorizados en la legislación penal nacional como un delito de carácter difuso, se ha establecido como único agraviado a la sociedad y al Estado, los cuales son los únicos destinatarios del resarcimiento por la comisión de esta clase de delitos. Sin tener en cuenta que el delito ambiental no solo tiene incidencias de carácter global sino también de forma inmediata, y en forma directa afecta la vida, la integridad, física, psíquica, el patrimonio tanto de la persona natural como jurídica. Sin embargo, el legislador nacional no lo ha previsto dentro su texto normativo.

El presente trabajo a través del análisis de algunos artículos del capítulo XIII del Código Penal, busca demostrar e incidir al legislador nacional, que al haberse obviado en la descripción de los delitos ambientales tener como parte agraviada a la persona natural y jurídica como ente individual, en defensa de sus bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico nacional, como es su vida, su integridad física, psíquica, el patrimonio, su libertad, entre



otros, lo que conlleva a ser desplazados o desconocido en el resarcimiento patrimonial frente a los delitos ambientales que les afecta en forma directa.

## EL DESPLAZAMIENTO DE LA PERSONA NATURAL Y JURIDICA DEL RESARCIMIENTO EN LA COMISION DE LOS DELITOS AMBIENTALES.

### 1.1. La Reparación Civil.

Como precisa Poma Valdivieso, es una de las consecuencias jurídicas del delito, que se imputa conjuntamente con la pena a la persona que se encuentra responsable de la comisión de un delito. Si bien no es una consecuencia jurídica indispensable al momento de imponerse una pena, pero si configura un mecanismo de satisfacción de intereses de la víctima cuando se aprecie existencia de un daño. En ese sentido, cabe mencionar que la reparación civil no siempre se determina con la pena, pues esta solo requiere de la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, mientras que la reparación civil exige la constatación del daño.<sup>1</sup>

### 1.2. Antecedentes Legislativos de la reparación civil en la legislación peruana. Dentro del ámbito penal.

Poma Valdivieso, el antecedente más remoto de la reparación civil se encuentra en el Código Penal de 1836, el mismo que fue promulgado exclusivamente para el Estado Sur Peruano (integrado por los departamentos de Ayacucho, Huancavelica, Cusco, Puno, Arequipa y Moquegua, que se encontraba presidido por el General Santa Cruz. Este Código Penal legisla la “reparación civil” en su capítulo V denominado “De la satisfacción” que se desarrollaba desde el capítulo 18 al 25. Según Pajares Bazán (2004), en este código: se establecía que los delincuentes o culpables debían satisfacer el daño que hubieran causado por un delito o culpa y en el caso de que sean varios los delincuentes todos ellos estaban obligados mancomunadamente a la satisfacción.<sup>2</sup>

Posteriormente, con la promulgación del Código Penal de 1863, El resarcimiento ocupa dos títulos en esta nueva legislación. El primero se denomina “De los sujetos obligados o de los que tienen responsabilidad civil”, y el otro titulado “A los alcances y del modo de hacer efectiva la responsabilidad civil. Sin embargo, en el capítulo VI, precisamente en los artículos 87, 88, 89 y 90, fue donde se desarrolló con mayor minuciosidad como debería resarcirse el daño ocasionado. Años después en el Código de 1924, en la cual la institución referida al resarcimiento del daño causado a la víctima fue denominada “Reparación Civil” y se encontraba normativizada en los artículos 65 a 80<sup>3</sup>. Prado Saldarriaga (2010), citado por, Poma Valdivieso, sostiene: Se deja la ausencia de una norma similar la que existía en el artículo 69 del Código Penal de 1924 y en la cual se establecía que la reparación civil se hará valorando la entidad del daño, por medio de peritos, si fuere practicable.

1 Poma Valdivieso; Flor. La Reparación Civil en el Proceso Penal Peruano, cit, Pag70-71

2 Poma Valdivieso; Flor. La Reparación Civil en el Proceso Penal Peruano, cit, Pag67

3 Poma Valdivieso; Flor. La Reparación Civil en el Proceso Penal Peruano, cit, Pag68



### 1.3. Naturaleza Jurídica de la Reparación Civil.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la acción civil; **Alastuey**, citado por **Cabrera**, precisa: la doctrina ha mantenido varios criterios, uno de ellos que es la acción civil, es de naturaleza penal en virtud de que su efectivización, logra a través del proceso penal otro de carácter mixto y finalmente otro que apunta un carácter civil, siendo esta última postura hoy en día casi unánime. La primera de ellas es completamente rebatible, puesto como hemos señalado en líneas anteriores, los criterios de imputación son distintos, sus efectos, así como sus activos pretensores. El hecho de que ambas responsabilidades se determinan conjuntamente en la sentencia del proceso penal para nada debe de llevar a esta equivocada conclusión. Mientras que la segunda es postulada, por autores como **Molina Blazquez**, quien apunta a lo siguiente" (...).no podemos olvidar que los últimos avances en la doctrina penal y criminología consideran que el castigo del delincuente vuelve a perjudicar a la víctima en cuanto que reduce drásticamente la voluntad a favor de la reparación civil cuando no la dificulta o impide totalmente y que sin embargo el resarcimiento del daño contribuye notablemente a los fines penales de prevención general y especial y de ahí que postula un acercamiento al derecho civil y el derecho penal por la vía de considerar la reparación como sanción autónoma como tercera respuesta posible al delito junto a la pena y a la medida a las que se puede moderar, pero también en su caso sustituir.<sup>1</sup>

### 1.4. La Reparación Civil en la Legislación Penal Peruana.

En la actual legislación Penal Peruana. La Reparación civil, se encuentra regulada en el título VI, capítulo I del Código Penal, decreto legislativo 635, de fecha 08 de marzo de 1991, que comprende los artículos 92, 93, 94,95,96,97,98,99 y 100.

**El artículo 92** establece: La reparación civil, se determina conjuntamente con la pena. Rojas Vargas, & Infantes Vargas, precisan. la reparación civil implica, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales y está en función de las consecuencias directas y necesarias que el delito género en la victima. Que la estimación y cuantía de la reparación civil debe ser razonable y prudente en la perspectiva cierta de cubrir los fines reparadores asignados a dicha institución. Ejecutoria suprema del 28/4/2005. R.N N° 594-2005 Lima. Pérez Arroyo; Miguel. La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-2005.Tomo II. Lima, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Iuris Consulti, Editores. Editorial San Marcos,2006, p,806<sup>2</sup>.

**El Artículo 93**, la reparación civil comprende: 1. La restitución del bien o si no es posible, el pago de su valor y. 2. La indemnización de daños y perjuicios. **El acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116**, en su fundamento siete. Precisa: La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal está regulado por el artículo 93 del Código Penal, desde luego presenta elementos diferenciadores de

1 Cabrera Freyre; Raul.Derecho Penal Parte General. Cit,1160-1161.

2 Rojas Vargas; Fidel. Código Penal. Tercera Edición. Tomo I. Año, 2009, pag,729.



la sanción penal. Existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil aun cuando compartan un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con ofensa penal- lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente.<sup>1</sup>

### **1.5. Regulación de los Delitos Ambientales en la Legislación Peruana- Código Penal.**

En la legislación penal nacional los delitos ambientales se encuentran regulados en el título XIII, el mismo que está dividido en cuatro capítulos. En el capítulo “I” se encuentra regulados los delitos ambientales. **Artículo 304 delito de contaminación ambiental**, el cual en su redacción establece. El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, según calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días multa.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de la libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.

**El artículo 306 incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos**, el mismo que en su redacción, establece: El que, sin autorización o aprobación de la autoridad competente, establece un vertedero o botadero de residuos sólidos que pueda perjudicar gravemente la calidad del ambiente, la salud humana o la integridad de los procesos ecológicos, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de cuatro años.

Si el agente actuó por culpa la pena será privativa de la libertad no mayor de dos años.

Cuando el agente, contraviniendo leyes, reglamentos o disposiciones establecidas, utiliza desechos sólidos para la alimentación de animales destinados al consumo humano, la pena será no menor de tres años ni mayor de seis años y con doscientos sesenta a cuatrocientos cincuenta días multa.

**El artículo 307 Tráfico ilegal de residuos peligrosos.** El que ingrese ilegalmente al territorio nacional, use, emplee, coloque, traslade o disponga sin la debida autorización, residuos o desechos tóxicos o peligrosos para el ambiente, resultantes de un proceso

<sup>1</sup> Urquiza Olachea; José, Código Penal, 1º Edición. Tomo II. Pag, 73.

de producción, extracción, transformación, utilización o consumo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor cuatro años y con trescientos a cuatrocientos días multa.

**El artículo 307-A, delito de minería ilegal**, el cual en su narración describe. Sera reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días multa, el que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otros actos similares, de recursos minerales, metálicos o metálicos, sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente o salud ambiental. Como se puede advertir los delitos antes citados únicamente se tiene como sujeto pasivo del delito al Estado, y además destinatario del resarcimiento en caso de lesión, toda vez que el mismo asume tal condición ya que al hacer referencia de los tipos penales un daño al medio ambiente es decir un ente complejo, abstracto, difuso. Sin embargo, con la comisión de este delito, muy fácilmente, puede resultar agraviado la persona natural, o jurídica, en cualquiera de sus derechos fundamentales.

El artículo V, del título preliminar de la Ley General del ambiente, Ley 28611, establece. Toda persona tiene derecho a una acción rápida y sencilla y efectiva ante las entidades administrativas y jurisdiccionales en defensa del ambiente y sus componentes, **velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos.** La citada norma administrativa en su segundo párrafo, establece. Se puede interponer acciones legales aun en los casos que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia. Con lo expuesto en la redacción de la presente norma se habilita la posibilidad de una incorporación o una enmienda en la legislación penal nacional a fin de que en el código penal peruano en la redacción normativa no se tenga como único agraviado al ambiente, representado por el Estado. Teniendo en cuenta que con la comisión de los delitos ambientales es posible afectar derechos fundamentales de las personas naturales o jurídicas, en las primeras pueden ser de carácter personal como la vida el cuerpo y la salud, el patrimonio y otros derechos fundamentales y en las segundas derechos de carácter patrimonial.



#### 1.6. La jurisprudencia nacional en relación al delito ambiental.

**El Tribunal Constitucional Peruano, en el proceso de habeas corpus expediente N° 00780-2014-PHC/CALLA**, en el fundamento catorce, estableció: Que el artículo 304 del Código Penal, se trata de una norma penal en blanco, y en el considerando tercero analiza que el bien jurídico protegido es el ambiente, que comprende el agua, el suelo, el aire, flora y fauna y su interacción equilibrada con el ser humano. **En el expediente 01848- 2011-PA/TC**, en el fundamento tercero, preciso: Que en un Estado, social y democrático de derecho no solo se debe de garantizar la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano y su dignidad le son reconocidos (artículo 1° del Constitución), sino también debe protegerlo de

los ataques al medio ambiente y a su salud en el que esa existencia se desenvuelva, a fin de permitir que su vida se desarrolle en condiciones ambientales aceptables, pues como se afirma en el artículo 13° de la Declaración Americana sobre derechos de los Pueblos Indígenas, “ El derecho a un medio ambiente seguro, sano, es condición necesaria, para el goce del derecho a la vida, y el bienestar colectivo.

**La Corte Suprema de Justicia de la Republica**, en la Casación N°389-2014, en su vigésimo considerando, precisa: Que el artículo 310 del Código Penal, peruano, establece que la acción típica del tipo penal, se compone de tres elementos objetivos. **A.** la existencia, de bosques u formaciones boscosas, sean naturales o plantaciones. Es decir, este tipo penal, se circunscribe a proteger la afectación únicamente de dicho territorio. **B.** la afectación o el daño a dichas áreas naturales se debe dar mediante la destrucción, quema o tala del territorio total o parcial. Es decir, para la configuración del presente ilícito debe de verificarse una afectación (daño no tolerable que será definido bajo los principios del derecho ambiental), generados por acciones de quema o tala. **C.** Por ultimo debe comprobarse que las citadas acciones (destrucción, quema o tala), fueron realizadas sin permiso, licencia, autorización o concesión otorgada por autoridad competente. **La casación N°74-2014-AMAZONAS.** En el vigésimo cuarto considerando de la sentencia, precisa: en el capítulo II, del título XIII, del código penal, regulan específicamente los delitos contra los recursos naturales, encontrando entre ellos el delito de alteración del ambiente o paisaje, artículo 313, del citado cuerpo legal, que textualmente señala. El que, contraviniendo las disposiciones de la autoridad competente, altera el ambiente natural o paisaje urbano o rural o modifica la flora y fauna, mediante la construcción de obras o tala de árboles, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de cuatro años y con sesenta a noventa días multa. Y en el vigésimo quinto considerando, de la citada sentencia, precisa, el tipo penal antes citado presenta los siguientes elementos tanto objetivos como subjetivos. En primer lugar, no requiere cualidad especial en el sujeto activo, por lo, que cualquier persona puede cometer el delito en comento. En segundo lugar, la acción típica se compone de tres elementos objetivos. **A.** Tiene que darse una actividad capaz de impactar en el medio ambiente. El tipo penal ha circunscrito dicha actividad a la construcción de obras o tala de árboles. Por ende, si existiera otra actividad que también pudiera afectar el medio ambiente, esto no sería punible en este tipo penal por la limitación realizada por el legislador, entre otras.

### 1.7 Criterio de los tratadistas peruanos y extranjeros respecto al delito ambiental.

**García Caveró; P,** refiere. Que para determinar el espectro de conductas abarcadas por los tipos penales que tipifican los delitos de contaminación ambiental, resulta necesario, antes que nada, tener claro cuál es el bien jurídico penalmente protegido. Como todos los delitos ambientales hay que partir indudablemente de la estabilidad del medio ambiente natural. Sin embargo, debe hacerse la atinencia que lo que realmente protegido por el derecho penal es la expectativa normativa de conducta que las actividades contaminantes no traerán consigo un deterioro de las condiciones medio ambientales que hagan impropia para el desarrollo de las personas. Así mismo precisa el autor, no se podrá subsumir en el delito de contaminación ambiental conductas que simplemente afectan las labores de supervisión o control de la autoridad ambiental,



tampoco podría castigar como delito ambiental actuaciones que lesiones la vida o la integridad física<sup>1</sup>.

**Peña Cabrera** precisa que la contaminación es antijurídica y por lo tanto debe ser resarcido, indemnizado, o sancionado. Porque si el agente contaminante internaliza los costos del daño ambiental, se verá obligado a sufragar los costes relacionados, tal vez reducirá sus niveles de contaminación posiblemente hasta el punto en que el coste marginal de la descontaminación resulte inferior al importe de la indemnización que habría tenido que abonar. El autor también, refiere, que se habla de responsabilidad ambiental cuyo principio quien contamina paga tiene su origen en el derecho internacional, en el principio 22 de la declaración de Estocolmo y 13 de la Declaración de Rio, esta última a la letra dice Los Estados deberían desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán así mismo cooperar de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo control en zonas situadas fuera de su jurisdicción: <sup>2</sup>

**Martos**, citado por **Andaluz**, opina que “la función del derecho penal democrático, es básicamente, la defensa del ordenamiento constitucional, protegiendo bienes jurídicos personales y sociales que garanticen el desarrollo de los derechos fundamentales, las libertades públicas y la convivencia pacífica mediante la imposición de penas y medidas de seguridad orientadas hacia la reeducación y reinserción social del delincuente; así como el reconocimiento, y la efectiva protección de los derechos de las víctimas<sup>3</sup>.

**Andaluz**; refiriéndose al delito ambiental, opina. Por tratarse de delitos que tienen por objeto la tutela de bienes jurídicos de naturaleza difusa, el titular de los mismos es la colectividad, de lo cual no es óbice para que en un determinado caso haya correspondencia también con el sujeto específico sobre el que recae la acción típica<sup>4</sup>.

**Serrano Gómez**. Opina: Se castiga al que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones o extracciones, excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos en la atmosfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de agua que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. El bien jurídico que se protege es el medio ambiente en sí.<sup>5</sup>

1 García Cavero; P. Derecho Penal Económico. Segunda Edición. Tomo II. Pag. 854.

2 Peña Cabrera Freyre; A. Delitos ambientales, pag, 82

3 Andaluz Westreicher; C. Manual del Derecho Penal, 5ta, Edición, 2015, pag, 765.

4 Andaluz Westreicher; C. Manual del Derecho Penal, 5ta, Edición, 2015, pag, 769.

5 Serrano Gómez; A. Derecho Penal. Parte Especial. 9º Edición. Dykinson. Madrid. pp.634 y 635.



**Vives Antón.** Opina: Sujeto activo, puede ser cualquiera [ el que], en tanto que sujeto pasivo puede ser de carácter colectivo, la propia sociedad, por las características del bien jurídico protegido. La descripción de la conducta típica es especialmente compleja y en ocasiones, inconcreta ya que se formula con diversas alternativas que se cruzan. La conducta es de carácter positivo<sup>1</sup>.

**Fuentes Osorio.** Opina: El medio ambiente, como bien jurídico penal, se puede definir tanto desde un encuadre individual, como desde otro colectivo. Estas perspectivas van a recibir una denominación específica en el contexto medio ambiental: antropocéntricas y ecocéntricas respectivamente. El medio ambiente no existe como bien jurídico independiente, los únicos bienes jurídicos protegidos son los individuales. Se le critica este planteamiento, por un lado, que niega la autonomía del medio ambiente como bien jurídico. Por otro, su contenido difuso con el bien jurídico individual tutelado. Consiguientemente requiere determinar con carácter previo cuales son estos bienes individuales, normalmente serán la vida o la integridad física, pero también podrían ser otros como el patrimonio<sup>2</sup>.

### 1.8. El delito ambiental en la legislación de algunos países de la Región.

1. **En el Código Penal Colombiano.** Artículo 332 contaminación ambiental. El que con incumplimiento de la normatividad existente, provoque, contamine o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, ruidos, depósitos o disposiciones al aire, la atmosfera o demás componentes, del espacio aéreo, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas, o subterráneas, o demás recursos naturales, en tal forma que ponga en peligro, la salud humana, o los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos, incurría sin perjuicio de las sanciones administrativas, a que hubiere lugar, en prisión de cincuenta y cinco a ciento doce meses, y multa de ciento cuarenta a cincuenta mil salarios, mínimo legales mensuales vigentes.

2. **El Código Penal Ecuatoriano,** en su artículo 256, establece: La autoridad ambiental nacional determinara para cada delito contra el ambiente y la naturaleza las definiciones técnicas y alcance de daño grave. Así también establecerá las normas relacionadas, con el derecho de restauración, identificación, ecosistemas frágiles, y las listas de especies de flora y fauna silvestres de especie amenazada, en peligro de extinción y migratoria. Por su parte el artículo 257 obligación de reparación o restauración. Las sanciones previstas en este capítulo se aplicarán concomitantemente con la obligación de restaurar íntegramente los ecosistemas, y la obligación de compensar, reparar e indemnizar a las personas y comunidades afectadas por los daños. Si el Estado asume dicha responsabilidad, a través de la autoridad ambiental Nacional, la repetirá contra la persona natural, o jurídica que cause directa o indirectamente el daño. La autoridad competente dictara las normas relacionadas con el derecho de restauración, de la naturaleza, que serán de cumplimiento obligatorio.

3. **Código penal hondureño en su artículo 181-A,** establece: quien contamine la totalidad

1 Vives Antón; T. Comentarios al Código Penal de 1995. Vol II. Valencia. P.1596.

2 Fuentes Osorio; J. Problemas actuales de la Parte Especial del Derecho Penal. 1º Edición, 2011,pag.434-435.



o parte del territorio, nacional, incluyendo las aguas con deshechos, desperdicios, basura o sustancias traídas de extranjero que produzcan o sean susceptibles de producir daño a la salud de las personas o al ecosistema, será sancionado con reclusión de seis a doce años y multa con cien mil a quinientos mil rompieras.

**Propuesta legislativa de incorporación a la persona natural y jurídica dentro de los sujetos pasivos del delito ambiental, para efectos de ser destinatarios de resarcimiento de los daños que emanen del delito ambiental.**

Conforme se tiene de la redacción normativa de algunos artículos del capítulo XIII del Código Penal Peruano, referido a los delitos ambientales, tenemos el artículo 304, contaminación del ambiente, el cual en su redacción establece. El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, según calificación reglamentaria de la autoridad ambiental.

Conforme se observa del tipo penal, tiene entre sus verbos rectores, el realizar descargas, emisiones, emisiones de ruidos, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes, en la atmósfera, el suelo, subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente. Sin embargo, habla del ambiente como un ente abstracto, sin referirse a otros bienes jurídicos de naturaleza, individual, como es la integridad, física, psíquica, moral, el patrimonio, etc. ´

El antes citado artículo, hace referencia, a las emisiones de ruido. En efecto está referido a aquellos ruidos molestos, que hace insoportable, la permanencia de una persona en un determinado lugar, es el caso de las discotecas, que se ubican en zonas residenciales, donde los gobiernos locales a través de Ordenanzas municipales establecen, límites máximos permisibles en cuanto a la emisión del sonido que debe emanar de un determinado, negocio de este tipo. Sin embargo, al apartarse de la norma municipal, y al sobrepasar los límites máximos permisibles, los hechos se subsumen en la antes citada norma penal, verbo rector emisiones de ruidos, y el agraviado según la norma penal es el Estado, representado por el procurador público del Ministerio del ambiente. Sin embargo, esta norma no hace referencia al daño que por la emisión del ruido molesto le causa a la persona natural, y por ende no lo ubica como agraviado y destinatario de una reparación civil o indemnización.

**El artículo 307-A, delito de minería ilegal,** el cual en su narración describe. Sera reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días multa, el que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otros actos similares, de recursos minerales, metálicos o no metálicos, sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente o salud ambiental. Hace referencia al daño ambiental y salud ambiental. Sin embargo, dentro del contexto de la realidad en la minería, en el Perú se tiene minero ilegal y minero informal, y son las personas que se ven envueltas en las circunstancias que prevé la norma antes citada. Sin embargo,



es de tener en cuenta, que dentro del contexto de la actividad minera en el Perú, existe personas naturales y jurídicas, que con el fin de dedicarse a la actividad minera cumplen con los trámites previstos por Ley, como son los trámites para la concesión minera por parte del Estado, y también los trámites para inicio y reinicio de actividades, tramites que se llevan cada uno por separados, y se tramitan en forma escalonada, primero es la autorización de concesión minera y luego la autorización de inicio y reinicio de actividades. Sin embargo, en el trámite de una autorización a otra, aparecen los mineros informales o ilegales, los cuales irrumpen en terrenos del Estado que algunos ya han sido concedidos para actividad minera. Sin embargo, el tipo penal hace referencia, que, con la actividad de exploración o extracción, que cause un daño al ambiente, pero en ninguna parte de la norma hace referencia al daño al concesionario ya sea como persona natural, o jurídica que ya obtuvo la concesión para explorar el mineral.

**Así mismo en la legislación peruana en el Título XIII del Código Penal**, en el capítulo II, hace referencia a los delitos contra los recursos naturales. El artículo 310 delitos contra los bosques o formaciones boscosas, está redactado de la siguiente manera: Sera reprimido, con pena privativa de la libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas el que sin contar con permiso, licencia, autorización o concesión otorgada por autoridad competente, destruye, quema, daña o tala, en todo o en parte, bosque o formaciones boscosas. En concreto lo que se aprecia en la citada norma, es una afectación al medio ambiente el mismo que conforme al contenido de la norma el único destinatario de la reparación civil, es el Estado. Sin tener en cuenta que con la comisión de este delito puede existir personas naturales o jurídicas, que son propietarios de terrenos agrícolas con bosques u otras formaciones boscosas, en los cuales los sujetos activos del delito desplazan la conducta que describe el tipo Penal. En este tipo de delitos, gran parte de los afectados con la comisión del delito son las comunidades campesinas, comunidades nativas, propietarios de terrenos agrícolas. Sin embargo, el legislador al establecer los tipos penales, no los ha considerados como afectados a fin de ser merecedores de una reparación por el daño causado.

### **La víctima del delito en la legislación procesal penal peruana**

**El artículo 94 del Código Penal, en su descripción narrativa, precisa:** Se considera agraviado, a todo aquel que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo. También serán considerados agraviados los accionistas, socios, asociados o miembros respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan. Por su parte el artículo 95 del citado cuerpo legal, refiere: El agraviado tiene derecho a ser informado de los resultados de la actuación en la cual haya intervenido. Así como del resultado del procedimiento; aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite. A ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal siempre que lo solicite, a impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria, el agraviado será informado sobre sus derechos, cuando interponga la denuncia, al declarar preventivamente o en su primera intervención en la causa. Sin embargo, teniendo en cuenta la descripción narrativa de los tipos penales en materia ambiental, estos derechos citados en las normas procesales referidas, definitivamente no van a tener efectos jurídicos, toda vez que los



tipos penales no reconocen a la persona natural o jurídica, en forma individual, como ente agraviado, por la realización de un delito ambiental, sea minería ilegal, residuos sólidos, producto forestal, etc., sino únicamente reconocen al Estado. Siendo el bien jurídico tutelado el ambiente y el destinatario del resarcimiento económico por este tipo de delito va a ser el Estado, y se olvidan de otros bienes jurídicos como la vida, la integridad física, el patrimonio, en donde el afectado es la persona natural o jurídica.

A diferencia de la legislación nacional en algunos países de esta parte del Continente, en sus tipos penales, referidos a delitos ambientales no solo reconoce al ambiente como bien jurídico protegido, sino también la salud humana. El código Penal colombiano reconoce como bien jurídico la salud humana, lo que implica que reconoce como agraviado a la persona natural. El código penal ecuatoriano, refiere. Las sanciones previstas en este capítulo se aplicarán concomitantemente con la obligación de restaurar íntegramente los ecosistemas, y la obligación de compensar, reparar e indemnizar a las personas y comunidades afectadas por los daños. El Código penal hondureño en su artículo 181-A, establece: quien contamine la totalidad o parte del territorio, nacional, incluyendo las aguas con desechos, desperdicios, basura o sustancias traídas de extranjero que produzcan o sean susceptibles de producir daño a la salud de las personas o al ecosistema, será sancionado con reclusión de seis a doce años y multa con cien mil a quinientos mil rompieras. Como se puede establecer de la antes citada legislación reconoce a la persona natural, como agraviado en los delitos ambientales. **La declaración de Estocolmo de 1972, en su principio 22**, exige a los Estados cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y de otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen a zonas situadas fuera de su jurisdicción.



### **La necesidad de incorporar en los delitos ambientales a la persona natural o jurídica como parte agraviada, para efectos de resarcimiento.**

La, persecución penal, tiene como correlato, que la legislación penal interna, haya previamente, previsto una norma que en la misma se subsuma los hechos que son materia de persecución. Sobre este punto el código Penal Peruano, en el artículo II del Título Preliminar, precisa: Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la Ley vigente al momento de su consumación, ni sometido a pena ni medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella. **Luzón Peña. El principio de legalidad de los delitos y penas, debido a Beccaria (1764)**, y expresada por Feuerbach con el aforismo *nullun crimen, nulla pena sine lege* supone que solo la ley previa, aprobada por el parlamento y por el poder ejecutivo ni el judicial puede definir las conductas que se consideran delictivas y establecer sus penas. El principio de legalidad penal también se puede derivar, indirectamente, del fundamento funcional de la necesidad del derecho penal para la prevención de delitos, que a su vez implica el denominado principio de eficacia o idoneidad, pues el principio de legalidad contribuye notablemente a la eficacia de la prevención General. Ya lo señalaba Feuerbach en su teoría de la “coacción psicológica”, destacando que para que pueda producirse la coacción psicológica de las amenazas penales sobre los potenciales delincuentes, nada es más eficaz e idóneo que tanto el delito como la pena aparezcan clara y exactamente

definidos en la Ley escrita<sup>1</sup>.

Adentrándonos, en el ámbito de los delitos ambientales en la legislación penal Peruana, referidos al sujeto pasivo del delito y destinatario de un resarcimiento o reparación civil por el daño causado en la comisión de un delito, de la misma no se prevé como agraviados a la persona natural o jurídica como principal afectada, sino únicamente el medio ambiente, sin tener en cuenta que el delito ambiental tiene efectos pluriofensivos, circunstancia que desplaza a la persona natural como destinatario de una reparación civil o resarcimiento por el efecto del hecho dañoso por la comisión del delito ambiental. imposibilita constituirse como parte agraviada en un delito ambiental, y como ya se manifestó la persecución penal deviene de una figura penal establecida, y la misma tiene los presupuestos para su configuración que la ley lo ha regulado. Siendo así para considerar como parte agraviada a la persona natural o jurídica en los delitos ambientales, tiene que incorporarse al tipo penal no solo como agraviado al ambiente sino a la persona natural o jurídica que sufra los efectos del delito ambiental.

Conforme se tiene de la legislación penal nacional, ya citada en el artículo 92 de Código penal se ha establecido que, frente a la comisión del delito, la consecuencia jurídica implica la imposición de una pena y reparación civil, la cual constituye. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor y la indemnización de los daños y perjuicios. Sin embargo, como ya se ha precisado en líneas anteriores, sino se incorpora a la persona natural o jurídica, como agraviado en los delitos ambientales, en los ámbitos de su integridad física, patrimonial, etc., resulta imposible ser resarcido por las consecuencias del delito ambiental, ya que teniendo en cuenta las condiciones que exponen el principio de legalidad, que para atribuir una imputación penal o civil, previamente se tiene que tener una autorización de persecución y sanción en la Ley, de lo contrario no resulta perseguible un hecho y por consiguiente toda destinatario de una sanción penal o civil.

Teniendo en cuenta, lo citado en líneas anteriores y a efectos a fin de suplir las deficiencias de los dispositivos penales, en cuanto a la protección de bienes jurídicos de carácter personal, como es la integridad física, patrimonial, psicológica y de otro índole que se pueda generar con motivo de la realización de una actividad ambiental, ya sea contaminación del ambiental, en su vertientes de sonora, vertimientos, filtraciones, deforestación, entre otros, que se establezcan en las normas de carácter ambiental, que el afectado no solo es el ambiente, sino la integridad física, el patrimonio, etc. Toda vez que teniendo en cuenta el carácter que tiene el delito ambiental, que es considerado un derecho de tercera generación y su atención por el Estado, es progresiva y no como es los derechos de primera generación que son de atención oportuna, resulta, necesario que el legislador o los entes encargados de realizar desarrollo jurisprudencial Corte Suprema y Tribunal Constitucional, emita pronunciamiento a fin de que en la comisión de delitos de materia ambiental, se incorpore a los derechos personales como de atención principal que guarde el mismo nivel y categoría que la atención que se le dan como agraviado al Estado en cuanto a la comisión del delito ambiental.

1 Luzón Peña; D. Derecho Penal Parte General. Tercera Edición, pag. 86-87.

## **Conclusiones**

1. El delito ambiental, es un delito pluriofensivo, por cuanto afecta el medio ambiente, y simultáneamente afecta otros bienes jurídicos de las personas naturales y jurídicas, como es la integridad física, el patrimonio, etc.
2. La reparación civil en la legislación peruana está destinada a reparar el daño causado, ya sea reponiendo las cosas a su estado original o en todo caso a su indemnización por los daños y perjuicios. Sin embargo al no estar inserto como agraviado en los delitos ambientales la persona natural o jurídica sus bienes jurídicos protegidos no estarían garantizados ser parte de la reparación civil en los delitos de carácter ambiental.
3. En la legislación peruana al haberse legislado en materia ambiental y considerar como parte agraviada únicamente al Estado al considerar como único bien jurídico al ambiente, está desplazando a la persona natural y jurídica, de ser resarcida por los delitos ambientales y por tanto desconoce el bien jurídico vida y patrimonio que son afectados por la comisión del delito ambiental.
4. La descripción narrativa en materia ambiental en la legislación peruana al establecer como agraviado al Estado, desconoce el derecho de las personas naturales y jurídica que, en la eventual posibilidad de sufrir un daño por delito ambiental, ya sea de carácter personal o patrimonial
5. Imposibilita su resarcimiento,
6. La legislación y la jurisprudencia nacional no le ha dado la debida importancia a la persona natural y jurídica, como parte agraviada en los delitos ambientales, por lo que urge, su incorporación.

## **Bibliografía**

1. Poma Valdivieso; Flor (2017), La Reparación Civil en el Proceso Penal Peruano.
2. Cabrera Freyre; Raúl (2017). Derecho Penal Parte General. Cit,1160-1161.
3. Rojas Vargas; Fidel (2009) Código Penal. Tercera Edición. Tomo I. Año, 2009, pag,729.
4. Urquiza Olaechea; José (2010) Código Penal, 1° Edición. Tomo II. Pag, 73.
5. GarcíaCavero. Derecho Penal Económico. Segunda Edición. Tomo II. Pag. 854
6. Andaluz Westreicher; C (2016). Manual del Derecho Penal, 5ta, Edición.
7. Serrano Gómez; A (2004). Derecho Penal. Parte Especial.9° Edición. Dykinson. Madrid.
8. Fuentes Osorio; J (2011). Problemas actuales de la Parte Especial del Derecho Penal. 1° Edición.
9. Luzón Peña; D (2012). Derecho Penal Parte General. Tercera Edición.



# IPSO JURE

REVISTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

---

---

**La República**

SOMOS DIARIO JUDICIAL - LAMBAYEQUE 2019