

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE



IPSO JURE

AÑO 13 N° 53 MAYO 2021

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



PRESENTACIÓN



Juan Riquelme Guillermo Piscoya
Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque

CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA IPSO JURE

- Dr. Juan Guillermo Piscoya, 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. Rosa Vera Meléndez, en representación de los señores Jueces Especializados.
- Dras. Hellen Guevara Jiménez y Evelyn Alejo Quiroz, en representación de los señores Jueces de Paz Letrados.
 - Auxiliares jurisdiccionales de apoyo: Pahola Samillán Ruiz y José Quiñones Quiñones.

NUMERO DE DEPÓSITO LEGAL 2014-07044



INDICE

PALABRAS DEL DIRECTOR	5
LA RATIFICACIÓN DE JUECES EN PERÚ: ¿ES COMPATIBLE CON LA INDEPENDENCIA JUDICIAL? <i>EDWIN FIGUEROA GUTARRA</i>	6
LAS ACCIONES FANTASMAS EN LA COMPENSACIÓN DE EJECUTIVOS. A PROPOSITO DE LAS ESTRATEGIAS DE GOBERNANZA <i>EDGARDO ALBERTO SALAZAR CHAVESTA</i>	36
ANALISIS DE CIRCUNSTANCIAS O MEDIOS QUE DEN GRAVEDAD A UN HECHO, A FIN DE CALIFICARSE COMO DELITO O FALTA, ELLO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL, DOCTRINA Y PRACTICA JUDICIAL <i>JUAN JOSE HERRERA SANCHEZ</i>	40
LA REBELDÍA EN LOS PROCESOS DE ALIMENTOS: CRITERIOS PARA LA ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS DEL DECLARADO REBELDE <i>CARLOS ANTONIO HOYOS ALAYO</i>	55
A PROPÓSITO DEL COVID 19: EL DESAFÍO DE LA PROTECCIÓN DEL TELETRABAJADOR FRENTE A LOS ACCIDENTES LABORALES EN EL DOMICILIO <i>HILDA MANUELA PISCOYA GONZALES</i>	62
¿SON NULAS LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS APLICADAS DURANTE EL ESTADO DE EMERGENCIA? <i>JOSÉ ERNESTO COCA CAYCHO</i>	69
CUATRO LECCIONES DEL ORDENAMIENTO LABORAL ESPAÑOL PARA LA FUTURA NORMA PERUANA DE TELETRABAJO <i>LUIS MARTÍN BRAVO SENMACHE</i>	75
CONFLICTOS EN LOS PENALES DEL PAIS A RAIZ DE LA EMERGENCIA SANITARIA POR EL COVID-19. LA SITUACIÓN EN LA QUE VIVEN MILES DE PERSONAS, QUE DEJA UNA PUERTA ABIERTA A LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS <i>ESTEFANY CARRIÓN SUAREZ</i>	89



PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

Teníamos la marcada esperanza y quizá algo realista deseo de que este 2021 la pandemia amainara considerablemente y que pudiéramos rescatar, de alguna forma, algo de nuestra vieja normalidad. Sin embargo, los resultados y diagnósticos de evolución del COVID 19 siguen siendo de considerable preocupación, y las cifras de muertes en nuestro país y en el mundo, hacia mayo del año en curso, continúan imparables, sin mostrar una necesaria y esperada tendencia a la baja. Pensamos, para el caso peruano, que el pico de la segunda ola de la pandemia en 2021 pudiera ser menor al de la primera ola en 2020, más aún cuando ya parte de la población ha comenzado a vacunarse, y no obstante ello, este inicio de inmunización en sectores de ciudadanos vulnerables, así como de quienes constituyen una primera línea de servicio a la comunidad, no refleja que las cifras apunten a una disminución de los riesgos de contagio.

Nos queda pues aprender a convivir con la enfermedad y, entretanto, somos conscientes de que la vida debe continuar, y de ahí que nos pongamos en la posición de seguir pretendiendo cumplir nuestros estándares de trabajo, ahora desde la perspectiva de una virtualidad que incide en nuestras vidas de modo gravitante. Hoy, quienes hemos optado por una carrera de vida en el servicio judicial, hemos visto transformarse nuestras audiencias presenciales en audiencias virtuales, y de la misma forma, los expedientes físicos respecto de un caso, poco a poco ceden su paso, progresivamente, hacia expedientes virtuales que no son sino nuestros casos en formato pdf. Incluso el desarrollo de un proceso hoy es manejado, en gran medida, a través de mesas de partes electrónicas, cuya razón de ser es, con creces, evitar rasgos de presencialidad pues los mismos son posibles medios de contagio.

La situación descrita nos pone en una situación de pensar el futuro del corpus iuris a partir de una tasa de virtualidad determinante. Incluso, desde otro lado, toda la capacitación ha sido derivada a plataformas de Zoom y Google Meet, con lo cual perdemos, de alguna forma, esa interacción personal tan cara que hoy asemeja un recuerdo que no hemos de recuperar en un corto plazo, sino solo en cuanto las condiciones sanitarias mejoren.

No obstante esos avatares, esta edición de IPSO JURE sigue impertérrita en su propósito de recordar un aniversario más del levantamiento de columnas de nuestra institución, y cumplimos 101 años de existencia el 23 de mayo del año en curso. Es un tiempo de vida institucional que nos permite hacer balances y que nos hace reflexionar sobre la importancia de la evolución del servicio judicial en esta parte del país. Somos muchos jueces honestos los que ponemos el hombro para que el servicio de justicia se realice adecuadamente y en ese propósito, 10 décadas de vida y algo más, nos permiten lograr un balance con saldo positivo: somos una de las Cortes más importantes en el Perú, y el tesón de trabajo de los jueces de esta región, a pesar de las dificultades de la pandemia, nos permite sostener uno de los cuadros de producción jurisdiccional más relevantes del país.

Por otra parte, 53 ediciones reflejan un afán por continuar a pesar de todos los obstáculos en fases presencial y virtual. Sin embargo, es preciso anotar un detalle: nuestro esquema virtual, desde la primera edición allá por mayo del año 2008, ha sido enteramente virtual y, algunas veces, en ocasiones en que se habilitó presupuesto de envergadura, salimos en formato impreso. Sin embargo, somos conscientes de que las partidas presupuestarias en el Estado son muy limitadas y de allí que muy pocas ediciones, solo por aniversario o bien en el Día del Juez, hubieren alcanzado el formato físico.

Y sobre el tesón de trabajo, simplemente nos queda una valiosa anécdota con nuestro extinto Presidente de Corte Dr. Oscar Burga Zamora, quien falleciera hace pocos meses: en una de las reuniones de diagnóstico de la revista allá por el año 2019, se pone a revisar los números que habíamos publicado y el comentario suyo fue directo en relación al suscrito como Director de la revista: “El Dr. Figueroa no se cansa, ¿no?”. Esta interrogante puede ser hoy respondida a nuestro querido, apreciado y recordado interlocutor: no nos cansamos, ni ayer, ni hoy, ni mañana.

Hasta la próxima edición.

Edwin Figueroa Gutarra
Director



LA RATIFICACIÓN DE JUECES EN PERÚ: ¿ES COMPATIBLE CON LA INDEPENDENCIA JUDICIAL?

Edwin Figueroa Gutarra¹²



SUMARIO: Introducción. 1. La independencia judicial. Un análisis de principios. 2. La ratificación de jueces. Contexto situacional. 3. Pistas del sistema interamericano de derechos humanos sobre la independencia judicial. 4. Obligaciones adicionales: la evaluación parcial de jueces. 5. Un análisis de convencionalidad de la ratificación. A título de conclusión.

Introducción

La independencia judicial representa una noción clave de la institucionalidad del *corpus iuris* en todo ordenamiento jurídico que asuma una línea de vinculación material con un Estado democrático y social de derecho. Son indispensables jueces cuya independencia no sea puesta en tela de juicio para que, en rigor, las decisiones jurisdiccionales merezcan una validación de consenso desde la Filosofía del derecho, esto es, toda sociedad democrática demanda una mínima dosis de aceptabilidad de las decisiones judiciales. Se podría incluso, en casos extremos, dudar de la versación del juez, pero es indispensable considerar, de entrada, el valioso elemento de la independencia judicial, para que a su vez sea sólido, una vez más, el *Rule of Law*, o Estado de derecho, punto de partida de un Poder Judicial institucionalmente fuerte.

Nuestro estudio pretende examinar, de un lado, y a la luz del avance de la doctrina internacional en materia judicial, el contexto situacional que hoy reviste, desde la perspectiva de los derechos humanos, la institución de la ratificación de jueces, noción inserta en el artículo 154 de la Carta Fundamental de Perú de 1993, en tanto se trata de

¹ Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la *International Association of Constitutional Law*. (IACL). efigueroag@pj.gob.pe. Código de investigador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4009-3953>

² Publicado en la Revista Oficial del Poder Judicial del Perú Vol. 12. No. 14, julio diciembre 2020, pp-209- 247

un proceso de evaluación integral, una de cuyas posibilidades es la terminación de la carrera judicial.

Desde otra dimensión, analizamos cuál es su incidencia con relación a la necesaria garantía de la independencia judicial, partiendo de la tesis de que la ratificación, como exigencia, no representa el más óptimo escenario para una judicatura *per se* cohesionada, más aún cuando se ha reinstaurado en nuestro país un denominado régimen de evaluación parcial, cada tres años y medio, procedimiento que acompañaría en plazos intermedios los procesos integrales de ratificación cada siete años.

Por último, constituye un segmento final de este análisis fijar algunos esbozos sobre la viabilidad de un examen de esta institución desde el Derecho internacional de los derechos humanos, habida cuenta de que el sistema interamericano, desde decisiones de la Corte Interamericana misma, ha fijado pistas de razonamiento a considerar desde la misma noción de independencia judicial. Aquí nos extendemos a un examen referencial de los casos *Tribunal Constitucional vs Perú*, *Apitz Barbera*, *Reverón Trujillo* y *Chocrón Chocrón*, todos estos casos *vs Venezuela*, y *Cuya Lavy* y *otros vs Perú*.

Con estos elementos de juicio consideramos que estamos en condiciones de realizar un examen equilibrado, más certero y menos apasionado de la ratificación de jueces, habida cuenta de dos tendencias encontradas: aquella que propone la expulsión de esta institución del ordenamiento constitucional, por tratarse de una modalidad de evaluación incompatible con la independencia judicial; y otra que defiende su permanencia, en el alegato técnico de que estos procesos ayudan a los jueces a mejorar sus competencias, su preparación y sus habilidades, razón por la cual debería conservarse, se propone, el *status quo* de su vigencia en la Constitución peruana.

Una premisa de orden debe ser establecida: en propiedad buscamos un análisis de racionalidad y razonabilidad de esta institución, meta para lo cual es necesario, así lo consideramos, partir de las realidades que exhibe el Derecho comparado. Ese espejo de las experiencias foráneas nos permite una mirada más integral de la noción de permanencia en el cargo, una de cuyas aristas en el caso peruano es la ratificación mas en clave de cuestionamiento, pues afecta el principio de independencia judicial.



Con ello superamos en nuestra mirada el riesgo de un *localismo* cerrado, entendida esta figura como una noción muy centrada en premisas solo nacionales, y circunscrita únicamente a un examen de la realidad del propio país. Es pues necesario verificar las experiencias comparadas que ofrecen en esta materia otros ordenamientos jurídicos, a modo de la denominada *judicial cross fertilisation*, o de fertilización judicial cruzada, premisa que debe ser entendida como un aporte de la jurisprudencia internacional en su conjunto para producir mejores fallos, mejores decisiones, mejores dictámenes, en aras de realizar el fin último de los derechos humanos y la justicia: dar a quien lo que le corresponde. De esta forma, apreciamos que el nombramiento indefinido en el cargo de juez en ordenamientos extranjeros posee una justificación sólida, cual es la de reforzar la independencia judicial, y ese aporte enriquecedor debe valorarse inclusivamente en la *Norma Normarum* de Perú.

En suma, tratamos de aducir que el nombramiento indefinido de jueces en el Derecho comparado es la moneda corriente, y se trata de pues de valorar realidades jurídicas en las cuales se fortalece el principio de inamovilidad judicial desde una perspectiva de favorabilidad de existencia de una judicatura independiente. Esta variable será el elemento de mayor valor en el análisis a desarrollar.

1. La independencia judicial. Un análisis de principios

Señala Binder que "la debilidad del Poder Judicial ha sido - y lamentablemente continúa siendo - uno de los graves problemas del sistema político latinoamericano." (Binder, 2017, p. 11). ¿Cómo combatimos ese escenario pesimista a que alude el autor? Precisamente a través del reforzamiento de la independencia judicial. como basamento central para asumir la existencia de un *vero Stato di diritto*, o verdadero Estado de derecho.

En línea de lo acotado, un valioso estudio sobre independencia judicial es desarrollado por el profesor sudafricano Jan van Zyl Smit, a través del Centro Bingham para el Estado de derecho. En ese instrumento, el autor afirma que la independencia judicial tiene una relación directa con el Estado de derecho (Bingham Centre, 2016, p. iii) y se expresa a través de tres vertientes: la independencia real de los propios jueces, la independencia percibida que da a la ciudadanía la confianza de llevar sus disputas ante

un juez; y la independencia a través de garantías legales, las mismas que sostienen tanto la independencia real como la percibida.

Añade el análisis del Bingham Centre que "la opinión internacional se ha vuelto cada vez más crítica ante la falta de estabilidad laboral y los conflictos de interés que se derivan de los nombramientos por períodos específicos, particularmente si este mandato es renovable", siendo un criterio añadido que " el nombramiento de un buen número de jueces temporales o provisionales es de especial cuidado, ya que daña la protección del cargo y con ello la independencia judicial". (Bingham Centre, 2016, p.iii.)

Ilustremos las circunstancias arriba graficadas y ciñámonos al caso peruano, país en el cual el nombramiento del cargo de juez corresponde a un período de siete años, sujeto a ratificación: ¿ tendrá el mismo nivel de independencia el juez que inicia su carrera, que aquel cuyo mandato está próximo a vencer y debe entrar a un proceso de ratificación? Desde una perspectiva teórica, debemos aseverar que en ambos casos debe mantenerse incólume el principio de independencia judicial, pues ésta, además de un principio, es una obligación, en la cual la esfera personal del contenido material de independencia debe manifestarse, en toda su dimensión, en todas las actuaciones de los jueces y ante todos los escenarios posibles.

Sin embargo es pertinente preguntarnos: ¿sucederá que la conservación de la independencia ha de gozar de la misma fortaleza enunciada *supra*, cuando el juez está próximo a alcanzar los siete años de servicios en el *corpus iuris*, y el proceso de ratificación en rigor implica, en el mejor de los casos, la permanencia y renovación de confianza por otros siete años, y en la menos óptima de las situaciones, expresa la no prosecución en el cargo, o más en específico, el cese en el cargo de juez?

Los jueces son seres falibles, como sucede con todas las demás profesiones, mas resulta meridianamente cierto, y no podemos negarlo, que todo proceso de ratificación añade una cuota de incertidumbre a la perspectiva de la carrera del juez, en tanto la atingencia de término en la responsabilidad judicial es una posibilidad manifiesta.

Añade van Zyl que "Si se protege la seguridad de los jueces en sus cargos al dificultar su destitución, los jueces tendrán menos razones para temer un despido arbitrario, y esto



les facilitará emitir resoluciones que sepan que serán impopulares en el gobierno." (Bingham centre, 2016, p. 5)

Las resoluciones impopulares nos llevan a un plano neurálgico de debate. Las decisiones de los jueces deben estar arregladas a ley y a la Carta Fundamental de un Estado. Y de suyo, una resolución impopular nos lleva, por extensión de referencia, a una obra del profesor noruego Jon Elster (Elster, 2002, p. 111), quien utiliza la alegoría de un Ulises atado para representar los controles que significa una democracia constitucional. En desarrollo extensivo nuestro de esa idea, si Ulises está atado, entonces la democracia está sujeta a controles, y los jueces representan las cuerdas que atan al guerrero. Sin embargo, si Ulises se desatara, entonces cualquier resultado adverso podría ocurrir en esa democracia no sujeta a controles.

Los jueces, desde nuestra visión, deben estar preparados para emitir resoluciones impopulares, cual fuera su resultado, pues antes goza de preeminencia la observancia de la ley y la Constitución, y no la satisfacción de un veredicto popular o los juicios paralelos que alguna vez los medios de prensa destacan. Ahora bien, aquí cabe la interrogante: ¿se ve reforzada la independencia judicial si ese juez no está sujeto a un proceso de ratificación?, o en otros términos, ¿pueden significar los cuestionamientos a un juez por sus decisiones, quizá impopulares, un factor que incline negativamente la balanza del resultado de un proceso de ratificación?

En rigor, una sentencia impopular no sería un argumento propio para una no ratificación, pero la variable de posibilidad en el sentido acotado sí existe. Pensemos incluso que ese contexto aludido pudiera existir en grado menor, entendámoslo así, pero ciertamente el riesgo es una posibilidad. En el otro escenario - nos referimos a un contexto de no existencia de procesos de ratificación- ese riesgo desaparece, pues el juez independiente no debe el sentido de sus decisiones al pueblo, sino a los principios que emanan de la ley y la Carta Magna.

Desde otra perspectiva, es importante advertir el rol que desempeñan las garantías legales en relación a la independencia judicial. Van Zyl acota que " las garantías legales pueden fortalecer la percepción pública de la independencia judicial y, en consecuencia, la confianza pública en el poder judicial, lo cual, a su vez, hará que sea más probable



que los jueces muestren una independencia real, (...), (a su vez) las garantías legales envían la señal de que el Estado se compromete a garantizar la independencia judicial." (Bingham Centre, 2016, p. 5)

Lo afirmado *supra* nos permite reforzar la noción de un *gouvernement de juges*, o gobierno de los jueces, en el mejor sentido que Fuchs le asigna, en tanto si bien " la política decide en función de tendencias de opinión (...), en la sentencia jurídica en cambio, debe prevalecer, lo "racional", es decir, el razonamiento, la argumentación." (Fuchs, 2018, p. VIII) En este norte de ideas, podemos afirmar que la independencia judicial consolida un gobierno de jueces desde la perspectiva de una buena argumentación y es esa noción de decisiones sólidas la que nos permite hablar de independencia real y no nominal.

Hemos afirmado antes que las garantías legales sostienen tanto la independencia real como la percibida. Se trata de herramientas que, en el caso peruano, encuentran un desarrollo de importancia en el artículo 139, inciso 2 de la Norma Fundamental de 1993, la cual señala que " son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional."

Esta independencia goza de un respaldo de *soft law* a través de los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura* (Naciones Unidas, 1985, p. 1), instrumento que señala en su artículo 12:

"Se garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto."

Los argumentos antes enunciados manifiestan diversas posturas respecto a la importancia de un nombramiento indefinido de los jueces para sus responsabilidades jurisdiccionales. De esa forma, enuncia van Zyl : "Como ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las designaciones por períodos cortos de tiempo disminuyen la estabilidad necesaria para llevar a cabo adecuadamente las funciones



judiciales y debilitan la autonomía y la independencia judicial." (Bingham Centre, 2016, p. 9)

Varias instituciones vinculadas al tema refuerzan las tesis propuestas. De esa forma, la Relatoría Especial para la Independencia de los jueces, órgano técnico de Naciones Unidas, señala:

54. The Human Rights Committee has repeatedly expressed concern at the lack of security of tenure. Particularly, it raised concern about short terms of office and requirements for regular review of judges' appointments by the executive. The Special Rapporteur concluded that a short term for judges weakens the judiciary, affects their independence and their professional development.

En traducción libre, se expresa que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones expresa su preocupación por los términos cortos de nombramiento de jueces, y que efectivamente un período reducido debilita la independencia judicial.

Por otro lado, acota Van Zyl que " La Comisión Interamericana ha señalado que para los jueces es problemático tener que enfrentar la posibilidad de ser reelegidos. De nuevo, es claro que la independencia real queda puesta en riesgo si los jueces tienen razones para temer que las decisiones impopulares que toman, tendrán consecuencias en la etapa de renovación." (Bingham Centre, 2016, p. 10)

Se suma a esta línea de pensamiento la *Declaración de Principios Mínimos sobre la Independencia de los Poderes Judiciales y de los Jueces en América Latina*, más conocida como la *Declaración de Campeche*, adoptada en 2009 en el seno de la Asamblea General de la Federación Latinoamericana de Magistrados. En este instrumento se exhorta a que las designaciones de jueces sean permanentes, y que los mismos "han de ser nombrados a título definitivo, no pudiendo serlo a plazo". (Bingham Centre, p. 10)

Suma a lo acotado van Zyl las *Normas Mínimas de Independencia Judicial* de la *International Bar Association*, de 1992, las cuales acotan que "en general, las designaciones judiciales deben ser de por vida, sujetas a remoción por causa justificada

y a jubilación forzosa a una edad fijada por la ley en el momento de la designación." (Bingham Centre, 2016, p. 11).

La cita específica original -por su importancia la incluimos aquí- corresponde al artículo 22 de la Declaración acotada en los términos siguientes: "*Judicial appointments should generally be for life, subject to removal for cause and compulsory retirement at an age fixed by law at the date of appointment.*" (*International Bar Association*, 1982, p. 3)

A su turno, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha declarado que los funcionarios judiciales no deben ser "nombrados por contrato por un período determinado." La cita en estricto es: " *n) Judicial officers shall not be: (...) 3. appointed under a contract for a fixed term.*" (*African Union*, 2003, p. 3)

En adición a lo expresado, acota van Zyl que " la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho ("Comisión de Venecia") desaconseja las designaciones de jueces ordinarios por periodos específicos, debido a preocupaciones sobre la independencia judicial, aunque la Comisión hace una excepción en el caso de los jueces de cortes constitucionales nombrados por plazos predeterminados en algunos países europeos." (Bingham Centre, 2016, p. 11)



Por su importancia, creemos pertinente la cita expresa del criterio invocado:

4. Tenure - period of appointment

34. Opinion No. 1 of the CCJE adds (at 48): "European practice is generally to make full-time appointments until the legal retirement age. This is the approach least problematic from the viewpoint of independence." and (at 53) "The CCJE considered that when tenure is provisional or limited, the body responsible for the objectivity and the transparency of the method of appointment or re-appointment as a full-time judge are of especial importance." (Comisión de Venecia. 2010.... p. 8)

Los enunciados anteriores reflejan una línea común en la coincidencia de tendencia notoriamente mayoritaria respecto a los nombramientos indefinidos de los jueces en sus cargos. Esta es una variable de extraordinaria importancia para nuestro estudio, pues la vinculación entre independencia judicial y nombramientos de por vida es estrecha, en

tanto que las limitaciones temporales, en rigor, involucran una connotación de restricción preocupante de cara a la independencia de los jueces.

Nuestra percepción de la independencia judicial incluso es de carácter reforzado, pues consideramos, adicionalmente, que la conclusión de la permanencia en el cargo de los jueces provisionales también debe ser justificada, a fin de reforzar el ámbito de transparencia de las decisiones administrativas. En ese sentido, el retiro de jueces provisionales de sus cargos debería cumplir un estándar mínimo de motivación en relación a la razón de retiro del juez provisional en el cargo.

Nuestra razón es muy puntual: la percepción del juez respecto a que su labor no se va a ver amenazada por ninguna coyuntura externa, menos aún política, va a consolidar una posición de independencia; por tanto, el retiro del cargo de un juez provisional, incluso, debería solo obedecer a una justificación que a su vez goce de dos estándares mínimos: razonabilidad y proporcionalidad. Y sobre esto mismo, si bien lo provisorio connota temporalidad, es relevante que los ceses en esta modalidad no obedezcan a decisiones esencialmente arbitrarias.

2. La ratificación de jueces. Contexto situacional

Un viejo debate propuesto por el profesor alemán Otto Bachof (Bachof, 2008, p. 17) es si pueden existir normas constitucionales inconstitucionales. Este planteamiento nos conduce a un escenario complejo: ¿puede acaso la Constitución, como Ley de leyes, albergar una norma *per se* inconstitucional? Podríamos replicar ante ello, *prima facie*, que sería un imposible jurídico que las reglas insertas en la *Norma Normarum* estén viciadas de inconstitucionalidad, y sin embargo, el contexto aludido es posible. Explicamos a continuación por qué.

La Constitución obedece a la decisión de un Poder constituyente, que es aquel que constituye una voluntad primigenia. Una Asamblea constituyente expresa una intención de materialización y, en ese sentido, una Carta Fundamental expresa la concreción de la voluntad general. Sin embargo, la naturaleza humana ínsitamente es falible. Podemos convenir en una premisa a plasmar en una Norma de Normas, mas ese juicio general no constituye una validación *in extenso*, sin sujeción de control alguno. En consecuencia,

es solo el control constitucional la fórmula a través de la cual existe una plasmación de compatibilidad con la Constitución. esto es, solo un alto tribunal de la primacía de la Constitución es el ente autorizado para validar, en último plano, una regla determinada en la Carta Fundamental misma.

Bajo ese razonamiento, es pertinente preguntarnos si podemos llegar a un dictamen de incompatibilidad de la institución de la ratificación de jueces con el ordenamiento constitucional. Al respecto, la respuesta a este cuestionamiento en nuestro ordenamiento constitucional es negativa, pues la línea jurisprudencial del Tribunal constitucional peruano viene admitiendo la validez de las ratificaciones. Sin perjuicio de ello, corresponde adicionalmente indagarnos un tanto más allá, esto es si acaso cumple esta figura el requisito de convencionalidad, esto es, si esa noción puede entenderse, en relación directa, con estándares validados por la Convención Americana de Derechos Humanos.

A tenor de lo señalado, desarrollaremos una visión general de la ratificación de jueces con énfasis en la experiencia peruana, para finalmente optar por abordar un examen de convencionalidad respecto a esta institución.

La ratificación de magistrados en el Perú es una institución que corre inserta en nuestra Constitución de 1993, y es graficada en los siguientes términos:

Artículo 154.- Atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura

Son funciones del Consejo Nacional de la Magistratura: (...)

2. Ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años. Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público. El proceso de ratificación es independiente de las medidas disciplinarias.

Una precisión es de importancia: en el Perú: jueces y fiscales gozan de las mismas atribuciones constitucionales. En ese orden de ideas, los fiscales también están sujetos al proceso de ratificación. Para fines de generalización en este trabajo, la referencia a jueces implícitamente ha de conllevar la mención a fiscales del Ministerio Público.



En relación a nuestro tema y desde una perspectiva conceptual más rigurosa, la ratificación de jueces debe entenderse como una institución derivada de la noción de *permanencia en el cargo*, premisa que a su vez nos conduce a dos vertientes definidas: la permanencia en el cargo *ad vitam*, esto es de por vida, como sucede en la mayoría de ordenamientos jurídicos del mundo; y la otra dimensión del problema, como sucede en Perú, es el escenario en el cual el cargo de juez titular de la entidad judicial tiene una vigencia de siete años, término después del cual es necesario aprobar un proceso de ratificación para permanecer siete años más en el cargo, y así sucesivamente. La carrera judicial concluye a los setenta años de edad.

En relación a la permanencia en el cargo, noción a separar de la idea de nombramiento, el Derecho comparado ofrece panoramas diferenciados respecto a los nombramientos de magistrados de Cortes constitucionales, jueces federales, magistrados de Tribunales Supremos, etc., y jueces del Poder Judicial. (Pásara, 2011, p. 10)

Nuestro estudio, sin pretensiones de abarcar un examen exhaustivo de todas las figuras, se ha de centrar en los jueces del Poder Judicial, asumiéndose, en una gran mayoría de casos en este ámbito, que se trata de regímenes de carrera, a diferencia de los nombramientos de magistrados de altos tribunales, los cuales suelen ocurrir por períodos específicos, siendo su designación competencia del Poder Legislativo.

Son países cuya tendencia es al nombramiento vitalicio de jueces del Poder Judicial (Pásara, 2011, p. 10), entre otros, y solo refiriéndonos al ámbito latinoamericano, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras, Panamá y Venezuela.

Admiten los nombramientos temporales: Guatemala (cinco años), México (seis años; si son ratificados, indefinido); Paraguay (cinco años; a los diez , hasta setenta y cinco años) y Perú, país que como ya hemos reseñado *supra*, exige un proceso de ratificación a sus jueces y fiscales cada siete años, y desde 2019, prevé un proceso adicional de evaluación parcial cada tres años y medio.

Respecto a la evaluación parcial, señala el artículo dos de la Ley 30916, de fecha 18 de febrero de 2019, que son competencias de la Junta Nacional de Justicia: " (...) c.



Ejecutar conjuntamente con la Academia de la Magistratura la evaluación parcial de desempeño de los jueces y fiscales de todos los niveles cada tres (3) años y seis (6) meses. " Analizamos *infra* este ítem.

Conviene ahora abordar una visión de lo que denominaríamos las fortalezas de la ratificación, desde la perspectiva de lo avanzado, en esta materia, en la jurisprudencia peruana. Hacemos esta referencia pues requerimos de ese insumo de trabajo a fin de contrastarlo *a posteriori* con nuestras observaciones respecto a la ratificación judicial.

El Tribunal Constitucional de Perú ha consolidado una línea jurisprudencial a favor de la ratificación de jueces. Entre otros fallos, la STC 006-2009-AI/TC, de fecha 22 de marzo de 2010, señala:

" 55. Ante todo, se debe enfatizar **que los jueces han de ser personas idóneas en el ejercicio funcional**. Se ha garantizado su permanencia en el ejercicio de su cargo pero "(...) *mientras observen conducta e idoneidad propias de su función*" [artículo 146°, inciso 3) de la Constitución]. Para comprobarlo, cada siete años están sometidos a una ratificación por parte del Consejo Nacional de la Magistratura, siendo así evaluados [artículo 154°, inciso 2) de la Constitución], procedimiento que ha sido avalado por este Tribunal en reiterada jurisprudencia. La gran pregunta que subyace a esta afirmación es si sólo es válido evaluarlos antes de una ratificación o si ello puede realizarse constantemente. *Prima facie*, conscientes de la necesidad de una buena judicatura, este Colegiado no puede sino estar de acuerdo con el constante control a la actividad de aquellas personas de las cuales depende la seguridad jurídica y la paz social. Mientras mejores jueces tengan los peruanos, mejor democracia habrá, más inversión llegará, y más protegida se sentirá la población. Incluso el propio Poder Judicial considera necesaria la evaluación permanente de sus trabajadores, aunque sea realizada por él mismo, la "*cual no debe ser diaria, sino horaria*" [Alegato del Presidente de la Corte Suprema en la Audiencia Pública, del 11 de agosto de 2009], aunque no propone una fórmula específica alternativa a la Ley."

Refuerza su tesis el Tribunal al acotar que:

" 56. (...) un control permanente de la judicatura no es inconsistente con el estatuto constitucional de los jueces, siempre y cuando se realice dentro de los parámetros de la razonabilidad y sensatez, buscándose concomitancia entre un adecuado estándar de control y una suficiente y probada calidad de los jueces en el país."



Cabe destacar en estos párrafos que anteceden, y para fines de nuestro estudio, la relación entre idoneidad y control constante de los jueces, relación que se materializaría a través de los procesos de ratificación. En consecuencia, la premisa a construir en buena cuenta sería que estos mecanismos de control, sean procesos de ratificación integral o parcial., han de coadyuvar para lograr el objetivo de una judicatura idónea.

La premisa que construye el Tribunal resulta cierta en un primer ámbito material, pues efectivamente la existencia de jueces mejor capacitados, como premisa, nos conduce a la conclusión relevante de jueces mejor formados y por consiguiente, han de ser esos jueces autores de decisiones que han de fortalecer el Estado de derecho. Y sin embargo, un segundo ámbito de examen, que debería también satisfacer el juicio de rigor que lograría la primera aseveración, nos dice con suficiencia: ¿ será entonces que en el Derecho comparado no existe un nivel de exigencia idóneo de mejora de los jueces al contemplar sistemas de nombramiento *ad vitam*? Y veamos que solo hemos reseñado parte de la experiencia latinoamericana, sin señalar los ordenamientos europeos, en los cuales el término de nombramiento es, en propiedad, indefinido.

Entre otras regulaciones europeas, y valga la mención explícita, sírvanos de referencia la Ley Orgánica del Poder Judicial de España, la cual es muy puntual en su alcance sobre esta materia. Señala la norma acotada en su artículo 378 que " gozarán de inamovilidad los Jueces y Magistrados que desempeñen cargos judiciales". Similar figura ocurre en los demás países europeos, los cuales no prevén el término de la carrera de juez sino por causales muy puntuales. Volvemos a la Ley Orgánica española citada *supra*, cuyo artículo 379 precisa que la condición de jueces o magistrados se pierde por las siguientes causas: por renuncia a la Carrera Judicial, por pérdida de la nacionalidad española. por sanción disciplinaria de separación, por condena a pena privativa de libertad, por haber incurrido en alguna causa de incapacidad, y por jubilación. Es de notarse que no hay referencia alguna a procesos de ratificación.

La cuestión es objetiva: o Perú no desarrolla un examen adecuado del problema que planteamos con la existencia de los procesos de ratificación, o no lo hace una gran mayoría de países en el Derecho comparado, en los cuales sí es cierta la premisa de que



la independencia judicial precisamente se refuerza cuando no existen factores externos que puedan afectar la independencia del juez.

De esta forma, si Perú somete a sus jueces a procesos de ratificación parcial e integral, cada tres años y medio, y siete años, respectivamente, entonces cabe desentrañar la premisa de que estas instituciones puedan afectar, y creemos que sí lo hacen, el principio de independencia judicial.

Lo acotado no implica una exigencia menor a escrutar, pero de entre las bases conceptuales aportadas por la no viabilidad de existencia de los procesos de ratificación, nos atenemos a que el caso peruano representa un contexto *sui generis*, en vía contraria de la tendencia internacional en materia de experiencias de los países que no contemplan sistemas de ratificación como el que tiene lugar en nuestro país.

En otro ámbito de este mismo debate, el supremo intérprete de la Ley de Leyes ha evaluado la relación entre evaluación e independencia judicial, y sobre la materia ha señalado, en el proceso de inconstitucionalidad aludido *supra*, lo siguiente:


"59. (...) En general, no hay nada que haga suponer que evaluar signifique una vulneración a la independencia de los jueces [artículo 146°, inciso 1) de la Constitución], pues ésta se encuentra sometida a la Constitución y a la propia ley. Además, Sobre la independencia se puede predicar que el concepto "(...) se ha caracterizado por ser uno referencial, relativo e instrumental, ya que la concreción jurídica de los factores o elementos a los que el juez, en el ejercicio de la función judicial, no puede someterse, tiene por objeto lograr que su actuación sea imparcial y con plena sujeción a la ley" [fundamento 10 de la STC N.º 3361-2004-AA/TC, siguiendo lo señalado en la STC N.º 1941-2002-AA/TC]."

Es pertinente preguntarnos: ¿incentiva la ratificación la mejora de la función jurisdiccional y propicia mayor institucionalidad? Desde nuestra perspectiva, proponemos una relación material inseparable entre las mejoras de la calidad de las funciones de los jueces y la exigencia de una institucionalidad fuerte del *corpus iuris*, premisa esta última que se concreta, como sucede en el Derecho comparado, cuando no existen procesos de ratificación.



3. Pistas del sistema interamericano de derechos humanos sobre la independencia judicial

El sistema interamericano de derechos humanos ha abordado muchos asuntos relativos a jueces desde la perspectiva de lesión de la independencia judicial, y ha vinculado este tema a la existencia de afectaciones a derechos de los jueces a la inamovilidad. Analicemos algunas de sus decisiones más representativas sobre la materia. En esa dirección, recogemos algunos fallos emblemáticos, entre ellos, el caso *Tribunal Constitucional vs Perú* (2001), así como los ceses no fundamentados en cargos provisorios, básicamente en los casos *Apitz Barbera y otros, Reverón Trujillo, y Chocrón Chocrón*, todos ellos *vs Venezuela*. (años 2009 a 2011) Adicionalmente, corresponde una mención del proceso aún en trámite *Cuya Lavy y otros vs Perú*, en relación a procesos de ratificación.



En el caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001, fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2001, fundamento 2), la Comisión manifestó que el objeto de la demanda era que la Corte decidiera si el Estado había violado, en perjuicio de Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, magistrados destituidos del Tribunal Constitucional del Perú, los artículos 8.1 y 8.2.b), c), d) y f) (garantías judiciales), 23.1.c (derechos políticos) y 25.1 (protección judicial) de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la misma. Igualmente, se solicitó a la Corte que ordenara al Perú “reparar integral y adecuadamente” a dichos magistrados y reintegrarlos en el ejercicio de sus funciones.

La Corte dejó sentado el criterio de que se veía afectada la independencia judicial al destituirse a un magistrado a causa de su posición en una controversia jurisdiccional. En el caso que nos ocupa, los destituidos declararon inaplicable la Ley de Reelección presidencial del entonces mandatario Alberto Fujimori. Posteriormente fueron destituidos por el Congreso de la República.

En el caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, la Corte IDH estableció, por sentencia de 05 de agosto de 2008, criterios sobre la afectación de la independencia judicial en el caso de ceses de jueces

provisorios. La demanda se vincula a la destitución de los ex-jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz Barbera, por haber incurrido supuestamente en un error judicial inexcusable, al conceder un amparo cautelar que suspendió los efectos de un acto administrativo que había negado el registro de una compraventa.

Añadió la Corte IDH que la Comisión alegó que la destitución por dicho error “resulta contraria al principio de independencia judicial pues atenta contra la garantía de fallar libremente en derecho”, y que se los destituyó:

“por haber incurrido en un supuesto error judicial inexcusable cuando lo que existía era una diferencia razonable y razonada de interpretaciones jurídicas posibles sobre una figura procesal determinada, en grave violación de su derecho a un debido proceso por la falta de motivación de la decisión que los destituyó, y sin que tuvieran a su disposición un recurso sencillo, rápido y efectivo que se pronunciara sobre la destitución de que fueron objeto”. (Corte IDH, Apitz Barbera, fundamento 2)

Una cuestión en debate aquí según la Corte fue "determinar si los Estados deben ofrecer a los jueces provisorios un procedimiento de remoción igual o similar al ofrecido a los jueces titulares. La Comisión consideró que “más allá de que los jueces en un país sean titulares o provisorios, deben ser y aparecer como independientes”, razón por la cual “[s]u destitución debe realizarse en estricto apego a los procedimientos establecidos en la ley, respetando su derecho a un debido proceso”. (Corte IDH, caso Apitz, fundamento 42)

La Corte IDH observa que los Estados:

"están obligados a asegurar que los jueces provisorios sean independientes y, por ello, debe otorgarles cierto tipo de estabilidad y permanencia en el cargo, puesto que la provisionalidad no equivale a libre remoción. En efecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas expresó que la destitución de jueces por el Poder Ejecutivo antes de la expiración del mandato para el que fueron nombrados, sin que se les dé razón concreta alguna y sin que dispongan de una protección judicial efectiva para impugnar la destitución, es incompatible con la independencia judicial". (Corte IDH, caso Apitz, fundamento 43)



Finalmente, la Corte declara que el Estado lesionó, en perjuicio de los demandantes, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la misma. De igual modo, acota que el Estado incumplió con el deber de motivación derivado de las debidas garantías del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

En el caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sentencia de 30 de junio de 2009, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, la Corte IDH sigue una misma línea de razonamiento sobre la independencia judicial. La demanda está relacionada con:

" la destitución arbitraria de María Cristina Reverón Trujillo del cargo judicial que ocupaba, ocurrida el 6 de febrero de 2002. El 13 de octubre de 2004 la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia decretó la nulidad del acto de destitución, por considerar que no estuvo ajustado a derecho, pero no ordenó la restitución de la presunta víctima a su cargo, ni el pago de los salarios y beneficios sociales dejados de percibir. Por tales razones, la Comisión alegó que el recurso de nulidad no proporcionó a la señora Reverón Trujillo un recurso judicial efectivo capaz de remediar, en forma integral, la violación a sus derechos." (Corte IDH, 2009, fundamento 2)

La Corte señala en el fundamento 64 de esta decisión que:

"el principio general en materia laboral para los trabajadores públicos de carrera es la estabilidad, entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido. Lo anterior se debe a que los funcionarios públicos han ingresado por medio de concursos o algún otro método legal que determine los méritos y calidades de los aspirantes y forman parte de una carrera permanente."

En el fundamento 79 de este fallo la Corte IDH establece que:

"se puede concluir que la inamovilidad es una garantía de la independencia judicial que a su vez está compuesta por las siguientes garantías: permanencia en el cargo, un proceso de ascensos adecuado y no despido injustificado o libre remoción. Quiere decir esto que si el

Estado incumple una de estas garantías, afecta la inamovilidad y, por tanto, no está cumpliendo con su obligación de garantizar la independencia judicial."

Finalmente, la Corte declara que el Estado violó los artículos 23.1.c. y 25.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana.

En el caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, sentencia de 1 de julio de 2011, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, la Corte IDH indica que:

"en la demanda se alegó una supuesta "destitución arbitraria de la [presunta] víctima del cargo de Jueza de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en ausencia de garantías mínimas de debido proceso y sin una adecuada motivación, sin la posibilidad de ser oída y de ejercer su derecho de defensa, y sin haber contado con un recurso judicial efectivo frente a [presuntas] violaciones [de derechos], todo como consecuencia de la falta de garantías en el proceso de transición del Poder Judicial". (Corte IDH, 2011, fundamento 2)

El fallo señala en su fundamento 117 que:

"la presunta víctima podía contar con la expectativa legítima de permanecer en su cargo hasta la realización de los concursos públicos de oposición establecidos en la Constitución. Esto implica que la remoción de la señora Chocrón Chocrón sólo podía proceder en el marco de un proceso disciplinario o a través de un acto administrativo debidamente motivado (...)"

Finalmente, la Corte se pronuncia señalando que el Estado violó los artículos 8.1. y 25.1., en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

Los fallos antes enunciados denotan una coincidencia común: existe afectación al principio de independencia judicial en escenarios de ceses de las funciones jurisdiccionales de los jueces si no existe una causal de justificación suficiente.

Tanto la destitución de magistrados de un Tribunal Constitucional, así como los ceses de jueces provisorios en el caso de Venezuela, comparten una vertiente en común con la eventualidad de un proceso de ratificación en el caso peruano: el sometimiento del juez



a la circunstancia de que pueda ver terminada su carrera, contexto en el cual sufre restricción grave el principio de independencia judicial. Reiteramos una vertiente ya acotada: este contexto no ocurre en un gran número de sistemas jurisdiccionales en el Derecho comparado, y ello no sucede en otros países no porque no se busque mejores jueces, sino porque queda apuntalado en ellos una manifiesta tendencia a una observancia material de más amplios enunciados del principio de independencia judicial.

Podría ser válida una interrogante: ¿es la propuesta de derogación de la ratificación de jueces una afirmación de no querer someter a los jueces a estándares de mejora o de no sancionar las conductas que pudieran ameritar la terminación del cargo? En absoluto, pues, de una parte, la mejora de competencias de los jueces sigue siendo un imperativo categórico en todo sistema de justicia con estándares altamente democráticos; de otro lado, los procedimientos disciplinarios existen en todos los ordenamientos jurídicos, y en propiedad, el mayor resultado gravoso de ellos es la expulsión de la carrera judicial. Entonces, la ratificación *per se* deviene innecesaria cuando esta garantizada la existencia de un proceso disciplinario.

Mención aparte merece el caso *Cuya Lavy y otros vs Perú*, y hacemos una separación del resto de casos antes aludidos pues es una causa en trámite. Sobre esta materia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH ha advertido que los procesos disciplinarios contra jueces "deben estar orientados a procurar la rendición de cuentas y a determinar su idoneidad con criterios objetivos". Es pertinente destacar que este caso ha sido llevado por la CIDH ante la Corte, esto es, es un asunto justiciable en sede de derechos humanos, y si existe denuncia de la CIDH, entonces presumiblemente existe responsabilidad del Estado encausado.

Al respecto, es pertinente acotar que todo proceso que evalúe la idoneidad de jueces suponga, objetivamente, la valoración de criterios de control jurídico y no la configuración de votos de confianza, pues ésta última es susceptible de ser arbitraria. Por el contrario, delimitados los criterios jurídicos de valoración, sea de un proceso disciplinario o de otra naturaleza, el juez no se ve enfrentado al complejo contexto de depender de una apreciación subjetiva, como en el caso del voto de confianza potencialmente puede ocurrir.

4. Obligaciones adicionales: la evaluación parcial de jueces.

Los items hasta aquí desarrollados nos permiten una apreciación crítica del régimen de ratificación de jueces y fiscales en nuestro país, y sin embargo, es pertinente examinar las aristas de otra institución *sui generis* exigible respecto a los jueces en relación a su desempeño. Nos referimos a la evaluación parcial de jueces y fiscales en el caso peruano.

La STC 006-2009-AI/TC, caso Ley de Carrera Judicial, aborda diversos cuestionamientos al nuevo régimen establecido legalmente en relación al régimen de los jueces, y nos interesa, a efectos de nuestro tema central, examinar la cuestión relativa a la evaluación parcial de jueces, cada tres años y medio, aspecto que fue declarado finalmente inconstitucional. Sin embargo, la observación central del Tribunal Constitucional sobre la materia fue la composición del cuerpo de evaluadores, el cual recaía en el fenecido Consejo Nacional de la Magistratura. *Ergo*, considera viable la existencia de la evaluación parcial. Al respecto, la discrepancia se centró en lo siguiente:

62. La ‘evaluación parcial del desempeño’ afecta la autonomía y las facultades de gobierno y de administración del Poder Judicial, pues la competencia de organizar el ‘Cuadro de Méritos’ le corresponde a dicho poder del Estado, tal como lo señalaban los artículos 219° y 220° de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En definitiva, la evaluación sólo puede corresponder a quien ejerce el gobierno judicial, el cual está residenciado en el propio Poder Judicial.

De lo acotado podemos hacer una importante inferencia: la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional considera compatible con la Carta Fundamental de Perú que exista un régimen de ratificación de jueces, y sin embargo, observa el procedimiento adoptado al respecto, pues establece circunstancias de afectación a la autonomía y facultades de gobierno y de administración del Poder Judicial, al alegarse que la referida evaluación parcial corra a cargo de un organismo mixto (tres miembros del CNM y tres del Poder Judicial) conforme preveía el artículo 88 de la Ley de Carrera Judicial.



La atingencia es más específica: la elaboración del "Cuadro de Méritos", cuestión que se habría de vincular al mismo procedimiento de evaluación parcial, debería ser de cargo solo del Poder Judicial, pues así lo manda la Ley Orgánica de este Poder del Estado.

A pesar de lo sostenido respecto a la no constitucionalidad de la evaluación parcial de jueces, mas solo por un tema de composición del cuerpo de evaluadores, la Ley 30916, de fecha 18 de febrero de 2019, Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia JNJ, organismo que reemplaza al ex Consejo Nacional de la Magistratura, al prever la evaluación parcial, incurre en el mismo enfoque de procedimiento que dio lugar a la inconstitucionalidad del artículo 88 de la Ley de Carrera Judicial, pues se prevé, conforme antes hemos acotado, que sean la JNJ y la Academia de la Magistratura los órganos técnicos que se ocupen de la evaluación parcial de los jueces.

Una línea de reflexión que nos interesa destacar alude a que ya existen pautas directrices en la STC 006-2009-AI/TC, para convenir en que la evaluación parcial, como sistema de examen, merecería, si fuera el caso, una estructura que no afecte en modo alguno la independencia judicial. Sin embargo, es nuestra posición que esta no tan nueva institución también afecta la independencia judicial.

A ello debe sumarse que la función de evaluación parcial no está prevista expresamente en la Constitución y una modificación de esas condiciones, de suyo debería implicar una reforma de la Constitución misma.

De otro lado, es importante aquí rescatar la fundamentación de la existencia de la evaluación parcial, de acuerdo a los alcances de la misma ley, y ella se refiere, según preveía la norma en su artículo 88, a proponer: ascensos al CNM, promociones al Poder Judicial, y medidas correctivas a ser implementadas. En consecuencia, es disyuntiva mayor si esta función correctora puede correr a cargo de otros órganos técnicos, cuando el Tribunal ya ha fijado una línea relevante de razonamiento, en el sentido de que esa función propositiva debe satisfacer una estructura idónea con otros estándares de desarrollo.

Desde esta perspectiva, resulta importante nos ciñamos a un intento de aplicación del test de proporcionalidad, técnica de interpretación que determina si una norma, regla o



conducta es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto, tarea que a su vez conlleva un ejercicio implícito de ponderación entre derechos fundamentales no compatibles.

De esa forma, un análisis de la Ley 30916 en el ámbito de la evaluación parcial de jueces podría bien hacernos llegar a la conclusión de que efectivamente es una regla idónea, pues cumple un fin de relevancia constitucional trascendente, cual es la mejora de la judicatura, mas no cumple el sub examen de necesidad, pues se presenta un esquema gravoso de concurrencia de órganos que no corresponden al gobierno del Poder Judicial, en tanto desarrollan, uno primero una función contralora de régimen, como ocurre con la Junta Nacional de Justicia, y la otra una función formativa, como sucede con la Academia de la Magistratura.

No siendo la evaluación parcial una modalidad que cumpla el sub examen de necesidad, entonces no deviene pertinente el desarrollo del tercer sub examen vinculado a la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto.

Sin embargo, aún cuando ésta sea nuestra afirmación respecto al sub examen de necesidad. si acaso optáramos por desarrollar el sub examen de proporcionalidad en sentido estricto, advertiríamos que el grado de afectación del principio de potestades evaluadoras del Estado podría bien ubicarse, siguiendo la premisa de la escala triádica de afectación y satisfacción de un derecho fundamental (Alexy, 2007, p. 468), en un nivel medio, en tanto el grado de satisfacción del principio de independencia judicial sería elevado. Esta precisión toma en cuenta la pauta del profesor de Kiel en cuanto el grado de satisfacción de un derecho fundamental siempre debe ser mayor que el grado de afectación del derecho fundamental opuesto.


Observemos, en vía de reiterancia, que no desvirtuamos la tesis de que debemos siempre apuntar al fin de relevancia constitucional respecto a una mejor judicatura, y que debemos coadyuvar para que alcancemos el objetivo de jueces mejor formados, y sin embargo, esos objetivos también se pueden lograr en concordancia con los artículos 219 y 220 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los cuales encomiendan la función de mejoras institucionales en relación a la formación de jueces al propio Poder Judicial.



5. Un análisis de convencionalidad de la ratificación

El control de convencionalidad es definido como "la concreción jurisdiccional de la obligación de los derechos humanos en el ámbito interno" (Nash, 2013, p. 490), y, además, "es una pieza clave para evitar el riesgo de que los Estados incurran en responsabilidad internacional." (Nash, 2013, p. 506)

Llegado nuestro estudio a este punto, estamos en condiciones de dirigir una mirada a la ratificación de jueces y a la evaluación parcial de los mismos, desde las premisas materiales propias de los derechos humanos. ¿Cuáles son las implicancias de verificar la convencionalidad de una institución jurídica? Creemos que, en perspectiva, toda figura jurídica debe ser compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en materia judicial, es aún más sensible esta cuestión.



Sobre este ejercicio de convencionalidad existen, de suyo, dos ámbitos. En primer lugar, es una exigencia verificar la compatibilidad de una figura con la Convención Americana de Derechos Humanos; y en un segundo estadio, y como consecuencia de un examen de no favorabilidad de una regla, norma o conducta con la propia Convención, procede adecuar la realidad de un país a los estándares implícitos y explícitos de la Convención misma. Los primeros tienen lugar a partir de un ejercicio de interpretación de una realidad con los principios de la Carta Americana; lo segundo, acaece cuando concurre el ejercicio interpretativo de la Corte IDH para sancionar la conducta de un Estado parte del sistema, y cuando tiene lugar, en rigor, un sometimiento directo a la jurisdicción de la Corte misma.

Nuestra propuesta se decanta por la primera posibilidad, en el ejercicio de configuración, es lo que proponemos, de una incompatibilidad de la institución de ratificación de jueces en Perú, con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto afecta, en forma tangible, el principio de independencia judicial.

¿Cuáles son las justificaciones que nos llevan a hacer esta afirmación?

Una primera razón que aportamos, después de lo expuesto en los temas precedentes, es la afectación que existe de la garantía de inamovilidad judicial en el caso de las ratificaciones judiciales, pues si no existe seguridad de permanencia, los decisores jurisdiccionales son vulnerables a presiones externas. Lo hemos constatado en los casos aludidos *supra* y, en esencia, la ratificación como institución, implica una afectación directa del principio de inamovilidad judicial, en cuanto la ratificación conlleva la posibilidad directa de cese en el cargo de juez.

En un segundo orden de ideas, y aquí recogemos el aporte de un borrador de pedido de audiencia temática sobre independencia judicial, de jueces de Perú a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Asociaciones de jueces Perú, 2020, p. 3). Al respecto, acota el mismo documento que la ratificación vulnera, también, el principio de imparcialidad, en dos vertientes: de un lado, insta a que los jueces se comporten " de tal modo que busquen el apoyo de la autoridad encargada de la decisión de ratificación (y por otro lado), que dicho comportamiento sea percibido por los y las justiciables como tal."

En rigor, la posibilidad de que esto ocurra existe, en la medida que respecto al segundo aspecto, no refuerza el principio de independencia judicial que la comunidad jurídica advierta que, en un proceso de ratificación, los jueces vean subordinado el resultado de su ratificación al criterio de evaluadores que van a dictaminar sobre la trayectoria del juez y, fundamentalmente, que es atribución del evaluador disponer el cese del juez.

Como hemos reseñado *supra*, destacamos el valor intrínseco de una evaluación siempre que ésta se produzca con fines sustantivos de mejora profesional, mas no a efectos de dictaminar el eventual cese del juez, pues esta circunstancia ha de ser percibida por la sociedad civil como un debilitamiento de la fortaleza de permanencia en el cargo, cuestión que solo debería obedecer, si acaso ocurriere una inconducta funcional del juez, a un proceso disciplinario, el cual representa la vía pertinente para, bajo los alcances de los principios de legalidad y taxatividad, corresponda que el juez cese en el cargo pero bajo una justificación formal además de material.



En un tercer ítem de razones, y volvemos a recoger el pedido referido anterior de audiencia temática, "el proceso de evaluación y ratificación tiene una naturaleza materialmente sancionatoria y no reúne las garantías del artículo 8 de la Convención Americana." Al respecto, advertimos que es ésta una suerte de percepción generalizada del *corpus iuris* mayoritario respecto del proceso de ratificación, en tanto un resultado posible del proceso de ratificación es la exclusión de la carrera judicial. Entonces, asume este instituto un matiz de posible sanción. Por otra parte, el juez, cuya central responsabilidad es juzgar personas, se ve en la directa situación de eventualmente ser juzgado por su trayectoria en los últimos siete años de ejercicio en el cargo.

En cuarto lugar, añade el estudio que citamos "el mecanismo de evaluación y ratificación supone afectaciones a la libertad de expresión y pueden llegar a constituir desviación de poder" (Asociaciones de jueces Perú, 2020, p. 5). Dos aspectos son aquí relevantes acota el instrumento invocado: por un lado, el proceso de ratificación supone evaluar, de igual forma que otros ítems, la posición del juez en los trabajos académicos que hubiera podido desarrollar en el plazo de evaluación a que se le somete; y de otro lado, pueden tener lugar elementos de desviación de poder cuando los procesos relativos a medidas disciplinarias, suspensión o separación del cargo, puedan tener una "aparente legalidad". Estos riesgos puedan ser tildados de menores y sin embargo, son contextos potencialmente susceptibles de tener lugar en un proceso de ratificación.

Nos explicamos: el proceso de ratificación es una evaluación integral del desarrollo profesional del juez en sus siete años de experiencia jurisdiccional. Ello incluye, también por cierto, cuáles han sido las posiciones asumidas en sus fallos así como en estudios de investigación. Confiaríamos, *prima facie*, en la imparcialidad de los evaluadores del juez, y sin embargo, ¿es este margen de imparcialidad un criterio objetivo? Consideramos que no en suficiente modo, pues no podemos excluir la posibilidad de una evaluación subjetiva, cuando el proceso de ratificación es susceptible de abrir un espacio de esta naturaleza. En sí misma, la ratificación misma por sus alcances y connotación puede devenir subjetiva.

De otro lado, la cuestión relativa a "aparente legalidad" se ha superado en parte, pues los procesos de ratificación hoy deben fundamentar el cese del juez no ratificado. Sin embargo, esta exigencia de justificación en el procedimiento recién tuvo lugar desde el



año 2006 en Perú, cuando vía un acuerdo amistoso entre el Estado peruano y jueces defenestrados en procesos de ratificación (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2006), aceptó el Estado peruano su responsabilidad por los ceses inmotivados de 52 jueces que no lograron aprobar el proceso de ratificación, todos ellos excluidos sin motivación del cese, y separados solo a través de un voto de confianza. Sometido el caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el acuerdo implicó, entre otras medidas, disponer la realización de nuevos procesos de ratificación.

En los casos aludidos comenzó a exigirse la motivación de las no ratificaciones de jueces. Ello fue un avance importante respecto a la independencia judicial, mas el proceso de ratificación sigue existiendo como tal, y su existencia, a juicio nuestro, plasma una forma de afectación al principio de inamovilidad en el cargo, figura vinculada en estrecho a la independencia judicial.

Lo afirmado arriba puede sintetizarse de otra forma: antaño, bastaba una expresión puntual de voto de no confianza y el juez era separado de la carrera judicial. Hogaño, los procesos de ratificación exigen una fundamentación de la causal de no ratificación y, sin embargo, optamos por insistir en la no convencionalidad de esta figura, en razón de lesionarse el principio de independencia judicial, lo cual a su vez implica la vulneración de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, relativos a garantías judiciales y protección judicial, respectivamente.

A título de conclusión


Lo expuesto en este estudio ha partido de la importancia de atender al principio de independencia judicial para llegar a establecer, como propuesta, la incompatibilidad de la institución de los procesos de ratificación judicial con la Convención Americana de Derechos Humanos.

Es cierto que la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional de Perú ha validado la vigencia de los procesos de ratificación, bajo el argumento de que se impulsa la mejora de la función jurisdiccional, y sin embargo, la independencia judicial no supone una declaración nominal de la misma en un Estado de derecho, sino la adecuación de conductas, dentro de ese mismo Estado, para el fortalecimiento de la judicatura, la cual



no debe ser más un "poder nulo", como solía alegar Montesquieu, Barón de la Brède, sino constituirse en un verdadero Poder del Estado.

Y de entre las varias causales que aportamos para una no vigencia del proceso de ratificación, recurrimos al argumento del nombramiento indefinido de jueces que ocurre en prácticamente todos los sistemas jurídicos del mundo, pues se entiende la existencia de una judicatura fuerte e independiente, cuando ésta no es sometida a contextos que reduzcan su margen de acción y ejercicio, esto es, cuando no se ven sometidos los jueces a procesos que, potencialmente, pueden implicar el cese en el cargo, si acaso el resultado de la ratificación fuera negativo. Para sancionar al juez, de suyo existen los procesos disciplinarios y ellos, a su vez, deben cumplir los principios de legalidad y taxatividad, a fin de que si ocurre una causa justificada, sea cesado el juez dentro de los lineamientos del debido proceso.



Extendemos nuestro cuestionamiento al régimen de evaluación parcial de magistrados cada tres años y medio, figura instituida en el año 2019, con la dación de la Ley 30916, y al efecto aventuramos la aplicación del test de proporcionalidad, cuyo resultado, en el caso que nos ocupa, es contrario a esta institución, por afectación de la independencia judicial.

Por otro lado, el sistema interamericano de derechos humanos ya ha trabajado importantes lineamientos sobre la independencia judicial. De esa forma, existen criterios referenciales de importancia en los casos *Tribunal Constitucional vs Perú*, y *Apitz Barbera, Reverón Trujillo, y Chocrón Chocrón*, los tres procesos *vs Venezuela*, además de un importante caso en trámite, cual es *Cuya Lavy y otros vs Perú*, precisamente sobre un proceso de ratificación.

En consecuencia, un análisis de la convencionalidad de la institución de ratificación, desde la perspectiva de la Convención Americana, nos inclina a concluir que es predecible que la Corte Interamericana de Derechos Humanos eventualmente opte, si acaso conociere un caso de esta naturaleza, por declarar incompatible esta institución con los estándares jurisprudenciales de la Corte misma sobre independencia judicial.

Por cierto, un camino menos oneroso sería el de una reforma constitucional peruana y sin embargo, como el mismo Otto Bachof reconocía, es posible la existencia de normas constitucionales inconstitucionales., y éstas en muchos casos existen por ausencia de una decisión que declare su inconstitucionalidad, o de un fallo que precise su no convencionalidad, si aludimos a la Carta Fundamental de un Estado, o la Convención Americana de Derechos Humanos, respectivamente.

Frente a ello, es un deber moral de los Estados optar por la expulsión de normas del ordenamiento jurídico. En el caso peruano, la ratificación misma no es conforme, a juicio nuestro, con la Convención Americana, y no solo causales de razonabilidad y proporcionalidad justifican nuestra posición, sino el mismo juicio moral de la historia. El *Volksgeist* o espíritu del pueblo, como solía decir Hegel, así lo enuncia.



Bibliografía

African Union. (2003). *Principles and guidelines on the right to a fair trial and legal assistance in Africa*. Recuperado de http://hrlibrary.umn.edu/research/ZIM%20Principles_And_G.pdf

Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima: Palestra Editores.

Asociaciones de jueces Perú. (2020). Solicitud de audiencia sobre "Independencia judicial en el Perú después de la reforma de 2019", dirigida a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Bachof O. (2008). *¿ Normas constitucionales inconstitucionales?* . Lima: Palestra Editores.

Binder, A. (2017). Gobierno Judicial. Independencia y fortalecimiento de los jueces. En *Gobierno Judicial. Independencia y fortalecimiento del Poder Judicial en América Latina*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Chile.

Bingham Centre for the Rule of Law, van Zyl Smit Jan. (2016). *La independencia judicial en América Latina. Las consecuencias de la permanencia en el cargo y los procesos de designación judicial*. Recuperado de https://www.biicl.org/documents/1413_spanish_version_231116.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2006). Informe N° 50/06. Petición 711-01 y otras. Solución Amistosa. Miguel Grimaldo Castañeda Sánchez y otros. Perú. 15 de marzo de 2006. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/Peru71101sp.htm>

Comisión de Venecia. Comisión Europea para la Democracia por el Derecho. (2010). *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges adopted by the Venice Commission at its 82nd Plenary Session (Venice, 12-13 March 2010)*. Recuperado de [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)004-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)004-e)

Corte IDH. (2001). *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001 (Fondo, reparaciones y costas).

Corte IDH (2009). *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

Corte IDH (2009). *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sentencia de 30 de junio de 2009 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

Corte IDH (2011). *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, sentencia de 1 de julio de 2011 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).



Corte IDH (2019). *Caso Cuya Lavy vs Perú*. Demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte con fecha 06 de agosto de 2019. En trámite.

Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/cuya_lavy_y_otros.pdf

Elster, J. (2002) “Ulises desatado: las constituciones como restricciones”, en *Ulises desatado: estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*. Barcelona. Gedisa.

Federación Latinoamericana de Magistrados. (2008). *Declaración de Principios Mínimos sobre la Independencia de los Poderes Judiciales y de los Jueces en América Latina. Declaración de Campeche (México)*. Recuperado de

https://www.amb.com.br/docs/noticias/2009/Declaracion_Campeche_Mexico_2008_es.pdf

Fuchs, M.C., Bazán V. (2018). *Justicia y política en América Latina*. No. 06. Víctor Bazán. Marie - Christine Fuchs, Editores Académicos. Fundación Konrad Adenauer.

International Bar Association (1982). *Minimum standards of judicial independence*. Recuperado de file:///C:/Users/usuario/Downloads/IBA_Resolutions_Minimum_Standards_of_Judicial_Independence_1982.pdf

Naciones Unidas (1985). *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*. Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de setiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx>

Nash Rojas, J. (2013). Control de convencionalidad. precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año XIX. Bogotá. pp. 489-509.

Pásara, L. y Feoli, M (2011). *Prevalece la selección política en los nombramientos judiciales en América Latina*. DPLF Fundación para el Debido Proceso. Recuperado de <https://dplfblog.files.wordpress.com/2013/11/pc3a1sara-y-feoli-prevalece-la-seleccc3b3n-polc3adtica.pdf>

Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers (2009). *Report: Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*. A/HRC/11/41 24 March 2009. Recuperado de https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/11session/A.HRC.11.41_en.pdf



LAS ACCIONES FANTASMAS EN LA COMPENSACIÓN DE EJECUTIVOS. A PROPOSITO DE LAS ESTRATEGIAS DE GOBERNANZA

Edgardo Alberto Salazar Chavesta
Juez



I.- INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se abordará una de las formas de compensación hacia los ejecutivos que pueden concretarse en el marco empresarial y que se vincula con un tratamiento remunerativo que se encuentra ligado a la productividad de la empresa.

De tal forma, se plantea la posibilidad de utilizar la figura de las acciones fantasmas como un mecanismo que sirva para concretar lo fines la empresa y disminuir los problemas de agencia más regulares, como vienen siendo el binomio conflictual Accionistas-Administradores.

En ese orden, se presentará a la compensación de ejecutivos en su vertiente de acciones fantasmas, como un elemento derivado de la debida aplicación de las estrategias de gobernanza, entendiéndose aquellas no únicamente como el cumplimiento de normas "compliance" exigidas a la entidad societaria, sino poniendo énfasis en el aspecto relacionado a los incentivos de agencia que se implementan con el objeto de optimizar los deberes de diligencia, lealtad y de buena fe que deben imperar en el desarrollo de las funciones de los administradores y su relación existente con los accionistas.

En ese sentido, también podremos advertir que la aplicación de dicha medida de compensación no solo contribuye a la buena productividad, sino que permite que la empresa pueda retener a su capital humano que debido al perfil con el que cuentan se acoplan de manera perfecta con el desarrollo gradual de la empresa, tal como se viene suscitando en la actualidad en el caso de las empresas conocidas como *start ups*, las cuales debido a su gran proyección de crecimiento, deciden apostar por una administración a largo plazo que se vincula con un perfil profesional que desean retener y que se vuelve sustancial para el arribo de sus fines.

1.- ESTRATEGIAS DE GOBERNANZA

Dentro del escenario empresarial, podemos advertir que el fin primordial de la empresa se encuentra vinculado al aspecto económico y si bien en la prosecución de dicho fin se pueden evaluar otros objetivos como el aspecto social; lo cierto es que no podemos obviar que dicha persona jurídica nace con un fin individualista de generar mayor capital y en la medida que se cumple tal finalidad se van generando otros beneficios para la sociedad en general; aspecto que a nivel de ciencia económica se conoce como la teoría de la mano invisible propugnada por Adán Smith.

Es así que dentro de ese rol de generar mayor capital, la empresa como organización presenta varios conflictos que se conocen como problemas de agencia, que no es otra cosa que la discrepancia de posiciones que surgen entre los miembros de la sociedad, pues aunque persigan el mismo objetivo, pueden tener la intención de implantar directrices distintas. En tal sentido, el problema de agencia Administradores-Accionistas, es uno de los casos en donde mayor conflicto se produce.

Así pues, con la intención de reducir dichos problemas, se han creado estrategias jurídicas que se desdoblán en dos clases; regulatorias y de gobernanza; la primera contiene disposiciones como nombramiento, elección y remoción de los administradores que son ejercidos por los máximos órganos de representatividad de la sociedad y permiten que los propietarios puedan elegir a los agentes que implementaran las políticas de la empresa.

Por otro lado, las estrategias de gobernanza, complementan de manera perfecta a las estrategias regulatorias, esto debido a que contienen disposiciones como divulgación, cumplimiento de normas, restricciones legales, así como incentivos de agencia, que permiten establecer los lineamientos que deben seguir la empresa y trasluce la intención de tomar decisiones con transparencia, responsabilidad y trato equitativo. A decir de lo señalado por el Código de Gobierno Corporativo del Reino Unido: "es el sistema por el cual las empresas son dirigidas y controladas".

Aunque autores como Guarniz Izquierdo, nos indica que la adopción de políticas de gobernanza (esto es, *buen gobierno*) versa básicamente sobre un aspecto de negocio, indicando que se trataría de una opción en donde deben evaluarse los costos a seguir y que, por lo tanto, para que tenga sentido adoptarla debe también generar beneficios. Entendiéndose que ante un resultado de comparación de costos y beneficios negativa, las empresas tenderán a no adoptar políticas de gobernanza corporativa y tal decisión no es sino una acción racional por parte de los empresarios. (2017, pp. 2-3)

Desde mi perspectiva, considero que las estrategias de gobernanza deben ser aplicadas siempre por la sociedad y que su inobservancia lo que acarrea es una mala gestión y perjuicio para la empresa. Ahora, uno de los rubros de dichas estrategias se centra en el denominado incentivo de agencia que no es otra cosa que la implementación de compensaciones para los administradores, creándose de esta manera una especie de equilibrio debido al poder que ejercen los accionistas a través de las estrategias regulatorias. Es así que pueden implantarse lineamientos que posibiliten una mayor interiorización con los fines perseguidos por la empresa por parte de los administradores y que a su vez se vean plasmadas en la gestión a seguir, tanto a nivel comercial como legal. Uno de esos aspectos de compensación son las acciones fantasmas que se trataran en el siguiente rubro.

2. ACCIONES FANTASMAS

Las "**Acciones fantasmas**" son básicamente acciones que no existen; es decir, no transitan por un proceso de creación o transmisión propia del derecho de sociedades; sino que consisten en una política de incentivos económicos destinados hacia un trabajador que en su mayoría son de la alta Dirección de la empresa y que se otorgan con la finalidad de brindarle un tratamiento remunerativo preferencial; su forma de pago consiste en pactar la entrega en un plazo determinado la diferencia entre el valor actual que tendrían las acciones de la sociedad -en el momento en que se suscribe- y el valor razonable de mercado que tengan dichas "acciones" de la sociedad en el momento en que se haya pactado la entrega en el futuro.

A manera de ejemplo, Ávila la Fuente, indica que este tipo de incentivo se da ante un caso donde la sociedad pacta la entrega de cien acciones a 1 dólar con un trabajador, estableciendo como condición que el prestador de servicios cumpla ciertos objetivos en un tiempo determinado, transcurrido dicho lapso y de haberse cumplido lo pactado, la empresa le otorgará el valor actual de las acciones o también puede acodarse el monto anterior a la fecha de suscripción del contrato.

Cabe agregar que al ser un acuerdo entre el trabajador y la empresa, se sujeta a la voluntad de las partes y al ostentar un objeto lícito no existe impedimento legal para que se pueda acordar esta variante remunerativa.

Es importante detallar que este tipo de procedimiento es muy utilizado en las empresas denominadas *start ups*, pues debido a su estructura de contar con pocos accionistas y a la vez querer mantener al personal que coadyuve al cumplimiento de sus fines, optan por relacionar a este tipo de personal con los intereses de la empresa, pero sin generar una posición en donde pierdan la condición de accionistas mayoritarios; por el contrario los mantienen únicamente en la posición de trabajadores y a la vez posibilitan el crecimiento de su empresa.



Lo antes anotado, no significa que esta práctica no pueda darse en otro tipo de sociedades; sin embargo es utilizado en un menor nivel, lo cual resulta un criterio a evaluarse, pues esta estrategia de gobernanza es importante en la solución de los problemas de agencia antes comentados.

II.- PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

En la presente investigación se plantea como problemática la escasa utilización de la figura de acciones fantasmas como estrategia de gobernanza, lo cual se establece como un factor que coadyuva a la mayor concentración de problemas de agencia en el binomio Accionistas-Administradores, pues las empresas al instaurar estrategias regulatorias y eliminar incentivos de agencia, establecen un escenario en donde los administradores no interiorizan los fines que persiguen la empresa.

Se debe indicar que las acciones fantasmas no son la única forma de incentivos de agencia y no se pretende establecer a las mismas como la única alternativa para generar el equilibrio antes comentado; sin embargo, esta figura sí constituye un mecanismo adecuado que puede utilizarse en el caso de empresas que persiguen la concreción a largo plazo de mayores dividendos y el crecimiento del capital de la empresa.

Se plantea la posición que esta figura utilizada con mayor frecuencia en el caso de las Start ups, también pueda ser aplicada en el caso de empresas que no presentan una estructura digital; debiendo considerarse que justamente el buen manejo de estas empresas digitales arroja un indicativo positivo en cuanto a su proyección empresarial satisfactoria.

III.- PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

- Las empresas, deben ingresar dentro de su política empresarial, la evaluación de una mayor elaboración de políticas de gobernanza, en específico el generar mayores estrategias de gobernanza sobre incentivos de agencia, pues la concreción de mecanismos como elaboración de contratos en donde se pacten acciones fantasmas, sirven como fundamento para eliminar problemas de agencia que se generan por la ejecución de las estrategias regulatorias; lo cual redundará en la buena marcha de la empresa, pues los administradores al encontrarse vinculados con los ingresos de la empresa, optimizaran el ejercicio de sus funciones.
- Corresponde que las empresas en la ejecución de sus fines, se permitan reevaluar el perfil de sus colaboradores y en la medida que se corresponda con los fines que a largo plazo pretende la empresa, ofrezcan una posibilidad en donde se establezca su permanencia; finalidad que se puede establecer a través de la configuración de contratos de acciones fantasma; logrando que estos trabajadores vean repotenciadas sus expectativas de crecimiento profesional y vinculen la producción proyectada para la empresa, con su propio crecimiento económico, sobre todo sí se trata de altos Directivos que pueden ser captados por empresas del mismo rubro y llevar su conocimiento especializado hacia la competencia.
- La figura en mención se relaciona con estrategias de gobernanza, pero además al ser regulada mediante un contrato, encuentra amparo de carácter legal, dotando de seguridad jurídica y generando coerción o carácter vinculante en el cumplimiento de sus lineamientos; de esta forma tanto el accionista como el trabajador pueden orientar su voluntad en un solo sentido (finalidad empresarial). Por consiguiente, se evidencia que esta figura puede ser utilizada de forma regular por la empresa, en caso se advierte que deben repotenciar el rubro comercial al cual se encuentran ligados.



IV.- CONCLUSIONES:

- Las estrategias de gobernanza generan un equilibrio para la solución de los problemas de agencia, pues si bien a través de las estrategias regulatorias se exterioriza la voluntad de los accionistas de remoción y nombramiento de los administradores, con las estrategias de gobernanza se concreta la posibilidad de establecer incentivos para dichos agentes, cuyo rol es importante para el desarrollo de la empresa.
- Las acciones fantasmas sirven como fundamento para vincular la labor de los administradores con la producción de la empresa, aspecto que significa reducir los problemas de agencia y maximizar la labor de los agentes encargados de la buena marcha de la entidad societaria.
- En el caso de empresas que presentan una estructura en donde desean mantener a sus trabajadores a largo plazo por contar con un perfil profesional íntimamente relacionado con la actividad o giro de la empresa, se puede ofrecer la figura de las acciones fantasmas como un mecanismo adecuado para retener a un trabajador con un perfil idóneo y evitar que puedan ser captados por la competencia.
- Mediante la figura de las acciones fantasmas se puede brindar un alcance económico importante a los trabajadores que son de vital importancia para la empresa, fijando su permanencia en la empresa; sin embargo, a la vez los dueños se permiten no generar acciones propiamente dichas, impidiendo que terceros ingresen a formar parte de la sociedad como accionistas minoritarios o mayoritarios.

V.- BIBLIOGRAFIA

Reynaldo Antonio Guarniz Izquierdo, (2017), El cinismo y Gobierno Corporativo. (2017, pp. 2-3)
Recuperado en <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201702.002>.

Gonzalo Ávila La Fuente (2016),
Recuperado en <https://hayderecho.expansion.com/2016/02/26/24588/>



ANÁLISIS DE CIRCUNSTANCIAS O MEDIOS QUE DEN GRAVEDAD A UN HECHO, A FIN DE CALIFICARSE COMO DELITO O FALTA, ELLO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL, DOCTRINA Y PRACTICA JUDICIAL

Juan Jose Herrera Sanchez¹



Sumario: Introducción; Conceptos sobre las faltas; Problematización ante vacío e interpretación para calificar una falta a fin de asumir competencia como delito o falta; Tratamiento doctrinal y jurisprudencial sobre las “Circunstancias o medios que den gravedad al hecho, en cuyo caso es considerado como delito”; Consideraciones del autor; Conclusiones; Bibliografía.

I.- BREVE INTRODUCCION AL TEMA

Consideramos que el presente artículo guarda sumo interés, pues como sabemos la normatividad vigente brinda competencia en los procesos por Faltas desde su calificación, procesamiento y posterior juzgamiento a los Jueces de Paz Letrado así como en el Juez de Paz², conforme a las reglas establecidas en el artículo 482° y 483° del Código Procesal Penal, aunado a ello, es de precisar que en este tipo de procesos judiciales no existe intervención del Ministerio Público como ente acusador, consecuentemente dicha calidad procesal lo debe asumir la parte agraviada *-en su calidad de querellante particular conforme el artículo 483°.1 del Código Procesal Penal-*, puesto que el legislador ha considerado a este proceso como uno privado, debiendo concurrir desde la etapa inicial hasta el juicio a fin de fundamentar en audiencia pública su tesis imputativa, tipificación, pedido de pena, pretensión de reparación civil y ofrecimiento de pruebas en estos dos ámbitos.

Precisamos además y ya como introito a nuestro tema de desarrollo en el presente artículo, que el artículo 441° del Código Penal, sólo hace referencia a dos supuestos como circunstancia agravante las mismas que fueron introducidas con la dación de las leyes 27939 y 26260 y por ende constituyen una circunstancia para agravar la pena: **Cuando la víctima es menor de catorce años o el agente sea tutor, guardador o responsable de aquella.** (Ergo cuando el tutor agrede a su pupilo), en este caso constituiría delito y no una mera falta. Dejando al operador jurídico llenar o interpretar lo referido a **circunstancias o medios que den gravedad al hecho**, pues a partir de los supuestos previstos y a la luz de la jurisprudencia, la doctrina legal y la práctica judicial que es siempre enriquecedora nos permitimos brindar mayores elementos de juicio o supuestos de hecho que consideramos resultarían útiles para aplicarlas al momento de la calificar un informe policial y poder determinar si dicho hecho constituye una falta o un delito.

¹ Juez Titular del Tercer Juzgado de Paz Letrado de la Provincia de Jaén del Distrito Judicial de Lambayeque

² Artículo 16° de la ley 29824. Competencia: El Juez de Paz puede conocer las siguientes materias: Faltas

Específicamente el tema a analizar en el presente trabajo consiste en interpretar qué supuestos normativos encuadrarían dentro de esta estructura normativa prevista en el artículo 441° del Código Penal referido a las Lesiones Dolosas y lesiones Culposas, a saber: “ ... **siempre que no concurran circunstancias o medios que den gravedad al hecho, en cuyo caso es considerado como delito**”. Aspectos que en la práctica judicial conlleva un análisis de los hechos de cómo estos se han suscitado y sí se han dado dentro de un contexto –*circunstancias*- o se ha perpetrado utilizando *medios* que revistan mayor relevancia y reproche social - penal, pues consideramos que la calificación de dichos hechos no deben limitarse a realizar un análisis sólo cuantitativo a la luz de un certificado médico legal, sino también cualitativo, y así estar en condiciones de emitir un pronunciamiento desde su calificación considerando como un delito o falta.

Debemos precisar que de la propia norma el legislador ha dejado al operador jurídico Juez o Fiscal (Cuando emiten disposición fiscal de no ha lugar a continuar con la Investigación Preparatoria y remiten dichos actuados al Juzgado de Paz letrado o Juez de Paz), el de realizar una interpretación sobre qué aspectos se considerarían como **circunstancias o medios que den gravedad al hecho**, aspectos que consideramos de suma importancia, pues primero para asumir competencia y segundo para proceder a su investigación en *sede fiscal* y/o realizar el debido juzgamiento en el *Juzgado de Paz Letrado o Juez de Paz*, siendo así nos permitimos en el presente trabajo realizar o presentar el tratamiento que ha dado la jurisprudencia, acuerdos plenarios sobre el tema y la práctica judicial, y a partir de ello brindarnos una herramienta interpretativa y de aplicación en aras de una mejor y correcta administración de justicia y que finalmente sean las partes quienes se vean satisfechas sus pretensiones y una pronta resolución de su situación jurídica.

Finalmente, como se podrá notar en el presente trabajo una vez más, las normas que regulan el proceso sobre Faltas la cual consideramos que existen deficiencias o vacíos normativos, aspectos que en el presente trabajo apuntamos específicamente a lo previsto en el artículo 441° del Código Penal en cuanto a escudriñar qué supuestos de hecho podemos considerar en lo referido a **circunstancias o medios que den gravedad al hecho** y aplicarla a la casuística judicial cotidiana, arribando a una conclusión de poder crear algunos supuestos que consideramos deben ser tomados en cuenta al momento de la etapa de calificación y poder determinar si una conducta constituye una falta o un delito y que además en el futuro legislativo se establezca dichos supuestos a fin de hacer la justicia más predecible.

II.- CONCEPTUALIZACION SOBRE LAS FALTAS

A manera de introducción, la doctrina ha desarrollado marcadamente las diferencias entre los delitos y las faltas, a saber: **San Martín Castro** afirma: “*Las faltas son simples injustos menores en relación con los delitos; no hay entre ambas diferencias cualitativas, pues sus elementos son exactamente iguales, pero como quiera que las faltas conciernen sanciones más leves, y están referidas a vulneraciones a bienes jurídicos, de menor intensidad, es del caso, tratarlas distintamente en función a la simple diferencia cuantitativa que existen entre ellos*”³. **García Rada** en su “Manual de Derecho Procesal Penal” refiere que: “*Teniendo como base las dos grandes categorías que sanciona el*

³ SAN MARTÍN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal, Editorial Grijley, Lima 2006 pág. 1261.



Código Penal, existen los procesos por delitos y los procesos por faltas. Se fundan en un criterio cuantitativo, tomando en cuenta la gravedad de la infracción y de la pena señalada en la ley. Se justifica este proceso diciendo que existe conveniencia en que las infracciones de escasa relevancia social de ámbito delictual restringido y sancionado con Pena Leve, se sometan a un procedimiento rápido y sencillo”.

El autor **Carlos Machuca**⁴, considera que las faltas encierran un concepto más amplio y no sólo el de delitos veniales sino también a las contravenciones (que están constituidas por amenazas de daño a un bien jurídico tutelado) y a las desobediencias. Según la legislación penal española son: *Actos u omisiones menores con contenido penal contrarios a derecho y comprenden toda actividad que lesiona o amenaza con lesionar un bien jurídico siempre que se encuentre contemplado en la ley y no esté tipificado como delito*⁵. En cambio para el legislador peruano quien solo ha mantenido en el Código Penal las faltas delictivas, es decir los delitos menores sin mayor gravedad, dejando de lado las contravenciones y las desobediencias a las que no legisló. A diferencia de la Codificación Argentina que adoptando un régimen bilateral – delitos y contravenciones-, estableció un Código de Contravenciones)⁶ en el afán de evitar la excesiva tipificación de conductas antijurídicas.

Los procesos por Faltas se encuentran regulados sustantivamente en el Libro Tercero Título I del artículo 440° al 452° del Código Penal y en su parte procesal se encuentra reguladas por el Libro Quinto Sección VII desde el artículo 482° al 486°, indicando además que el Código Penal se adhiere al sistema español es decir un sistema bipartido de infracciones penales al reconocer y haciendo una distinción entre los **delitos y faltas**, criterio adoptado por el legislador peruano establecido en el artículo 11° del Código Penal Peruano, a saber: *"son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley"*.

III.- PROBLEMATIZACION ANTE EL VACIO E INTERPRETACION PARA CALIFICAR UNA FALTA A FIN DE ASUMIR COMPETENCIA COMO DELITO O FALTA

Como se ha señalado ut supra y producto de la práctica judicial en la que nos encontramos advertimos que el legislador a la fecha ha encomendado al Juez de Paz Letrado o Juez de Paz en etapa de calificar un informe policial, una denuncia verbal -acta-, o cuando el Ministerio Público resuelve mediante disposición fiscal de No ha lugar a formalizar investigación preparatoria y remite copias al Juzgado Paz Letrado o de Paz para su calificación y eventual juzgamiento, siendo así y a la luz del precepto penal contenido en el artículo 441° del Código Penal referido a las Lesiones Dolosas y Lesiones Culposas que a la letra señala: **“... siempre que no concurren circunstancias o medios que den gravedad al hecho, en cuyo caso es considerado como delito”**, nos encontramos con una inadecuada técnica legislativa, por cuanto no nos precisa **cuál** o **cuáles** constituyen supuestos normativos que engloba las previstas **circunstancias o medios que den gravedad al hecho**, permitiendo de esta manera que se realice una valoración subjetiva por parte del operador jurídico al calificar una conducta, vacíos interpretativos que deben llenarse con la

⁴ MACHUCA FUENTES, Carlos: El proceso por faltas en el nuevo Código procesal penal. Instituto de Ciencia Procesal Penal.

⁵ JULIANO, Mario Alberto, Justicia de Faltas o Falta de Justicia, Editores del Puerto, Bs As 2007.

⁶ CEVASCO, Luis Jorge, Derecho Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires, Editorial FD 2000.

jurisprudencia pues no constituye un límite para que el Juez o fiscal realice una interpretación racional y adecuada de dicho precepto normativo e ir subsanando dicha omisión, pues ya la jurisprudencia ha señalado que el uso de armas punzocortantes, contuso -cortantes u otro elemento idóneo- que su empleo ilícito, significaría un riesgo en la salud de la persona y con ello un detrimento en la estructura corporal, como medios que revistan gravedad a un accionar delictivo y convertir una falta en un delito, análisis elemental desde nuestra postura para realizar una correcta calificación jurídica de los hechos desde el inicio del proceso como falta o delito y proseguir su debida investigación y/o juzgamiento ante la autoridad competente conforme a los cánones de un debido proceso.

No debemos dejar de lado lo desarrollado por el principio de legalidad, que implica que un tipo penal básico o un tipo penal agravado o un tipo penal con agravantes, exige una determinación previa, escrita, cierta y estricta de los elementos o supuestos normativos que fundamentan el injusto; ello a fin de lograr un mensaje descriptivo claro, que permita al ciudadano, elegir o apartar las consecuencias de sanción penal, derivadas de la infracción normativa.

Aunado a ello, podemos también señalar el principio de la Reserva de la Ley, que implica que la interpretación judicial nunca debe reemplazar a la construcción legal, sino que es a partir de la cláusula legal, debe operar la deducción judicial; de tal manera que si el legislador, no concede contenido a un elemento objetivo del tipo, como por ejemplo: **“medio o circunstancia”**, no estamos frente a un tipo penal abierto ni una ley penal en blanco, sino ante la ausencia de un tipo legal “básico o agravado”.

Debiendo el legislador quien debe elaborar y establecer las circunstancias agravantes que conllevan una sanción mayor, como sucede en los tipos penales agravados o con agravantes ergo Homicidio calificado, Robo Agravado, Estafa agravada, entre otros tipos penales.

Acotamos, que “Las Faltas constituyen la gran mayoría de infracciones penales, significando su comisión la mayor cantidad de los conflictos jurídico – penales en el seno de sociedad; sin embargo, su estudio no ha sido abordado exhaustivamente por la doctrina ni por la jurisprudencia, quedando su tratamiento a una suerte de azar jurídico; lo cual evidencia que el mayor porcentaje de acciones jurídico –penales es tratado de un modo arbitrario e improvisado”⁷

Aspecto que coincidimos con el autor anotado, pues existe limitada literatura respecto a los procesos de Faltas, lo cual no ocurren el caso de delitos.


IV.- TRATAMIENTO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LAS “CIRCUNSTANCIAS O MEDIOS QUE DEN GRAVEDAD AL HECHO, EN CUYO CASO ES CONSIDERADO COMO DELITO”

En principio se tiene el acuerdo plenario 3-2009/CJ-116 de fecha 13 de noviembre 2009, en su **fundamento 12**, hace referencia a saber: *“En relación a las lesiones aludidas en el Inc. 1 del*

⁷ Al respecto, véase la presentación que presenta TOMAS GALVEZ VILLEGAS en CASTRO TRIGOSO, HAMILTON. Las Faltas en el Ordenamiento Jurídico Peruano. Un Estudio Sustantivo y Procesal. GRIJLEY, Lima 2008, Pág. 15.



segundo párrafo del artículo 189° cabe definir si ellas se corresponden con las referidas en los artículos 441° (Lesiones falta) o 122° (lesiones dolosas leves) CP. Es de mencionar que en estas dos disposiciones, la diferencia en la intensidad del daño a la salud de sujeto pasivo se establece en base a indicadores cuantitativos relacionados con la incapacidad generada por la lesión o con el tiempo de asistencia facultativa que demanda. Así, (i) si éstas requieren hasta 10 días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, siempre que no concurren medios que den gravedad al hecho, se estará ante una falta de lesiones; (ii) si las lesiones requieren más de diez días y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, se estará ante un delito de lesiones leves”. (...) Y en su **fundamento 13**, precisa: Es necesario señalar que el artículo 441° del CP contiene un requisito de validación respecto a la condición de faltas de las lesiones causadas, y que es distinto del registro meramente cuantitativo –hasta 10 días de asistencia o descanso-. Efectivamente él está referido a que no “concurran circunstancias o medios que den gravedad al hecho, en cuyo caso será considerado como delito”. Con relación a ello cabe aclarar, que el delito de robo no es de recibo de aceptar como supuesto de exclusión las “circunstancias que dan gravedad al hecho”, respecto de la entidad de las lesiones ocasionadas a la víctima. Es obvio que una *vis in corpore* en un contexto de desapoderamiento patrimonial constituye una circunstancia que da gravedad al hecho, pero para definir si significa agravante en el robo lo relevante será, siempre, con exclusión de las circunstancias de su empleo, el nivel de afectación a la integridad corporal de la víctima que ella produjo.



Distinto es el caso de los medios utilizados, éstos inciden en la propia entidad de la lesión que se ocasione a la víctima, y revelan un mayor contenido de injusto específico que es del caso resaltar desde su calificación jurídico penal. No se trata de amedrentar a la víctima sino atacarla y afectar su integridad más allá del desapoderamiento patrimonial perseguido. Es más, la propia ley da autonomía, por ejemplo, al hecho de robar “a mano armada”.

Por otro lado, nuestra Corte Suprema emitió pronunciamiento mediante sentencia recaída en el **Exp. 1385-2017** del 11-07-2018, en los siguientes hechos: “...El oficial SO1 PNP Jhunion Humberto Joaquin Espinoza y SOB Nildon Wilder Huamani Zaa acudieron al restaurante El Arequipeño, ubicado en el jirón Huallaga y el pasaje Olaya cercado de Lima, por solicitud de serenazgo. Al llegar se percataron de que el acusado, con signos de ebriedad, protagonizaba escándalos, por lo que le solicitaron se retire. El acusado comenzó a agredirlos con palabras soeces y casi a la salida del restaurante cogió una silla de madera y se la arrojó al SO1 Jhunion Humberto Joaquin Espinoza, quien se cubrió con el antebrazo izquierdo para evitar un daño mayor. El efectivo policial presentó equimosis rojiza de 03 por 02 con tumefacción en cara posterior tercio medio de antebrazo ocasionada por agente contundente duro y requirió 01 día de incapacidad médico legal por 04 días de atención facultativa”.

Desarrolla la sentencia en su fundamento **Tercero**: “La cuantía del descanso médico es el primer criterio establecido por el legislador para diferenciar cuándo se trata de un delito o falta por lesiones –constituye falta si las lesiones requieren diez de asistencia o descanso, y delito si supera tal tiempo de prescripción – No obstante, y aunque esta es la regla, se formuló una excepción en el artículo cuatrocientos cuarenta y uno del Código Penal, basado en un criterio de política criminal y, en concreto, en un mayor desvalor de la acción. Aún cuando las lesiones no alcancen los diez días de descanso, la conducta será calificada como delito si se acompañan circunstancias o medios que doten de gravedad: (...). Continua en su fundamento **Cuarto**: En el presente caso, se apreció

*adecuadamente que la lesión infringida a la víctima se ocasionó cuando esta ejercía sus funciones de protección y apoyo a particulares, seguridad de la propiedad privada y restablecimiento del orden. (...) Aunque la conducta no ocasionó una lesión que requiera más de diez días de descanso médico, se trató de una resistencia activa y de violencia contra el ius imperium del estado, que legalmente ostentaba y ejercía la autoridad policial y, principalmente, contra la integridad física del efectivo policial interviniente – víctima. Este contexto configura la circunstancia de agravación de la conducta que permitió calificarla como un delito de lesiones, más allá del registro meramente cuantitativo de los días de asistencia o descanso. En el fundamento **Quinto**: Además, se presentó la circunstancia agravante como es el medio utilizado. Según la declaratoria de los hechos probados, el acusado le lanzó una silla al agraviado, quien terminó lesionado. Se está entonces, ante un objeto claramente contundente por sus propias características, que pueden ser utilizado para golpear a una persona en la cabeza, rostro u otra parte del cuerpo, generando así un peligro concreto para la integridad física, que en el caso de autos se materializó, como ya se indicó, en la tumefacción del antebrazo izquierdo. En el fundamento **Sexto**: En virtud de las razones expuestas, se concluye que se eligió correctamente la norma jurídica a aplicar al caso. El hecho de agredir a un policía en el marco de una intervención policial, ocasionándole levisimas lesiones con una silla de madera, constituye circunstancias y medios que agravan la conducta y permiten subsumir los hechos en el delito de lesiones leves, previsto en el artículo ciento veintidós del Código Penal. El tiempo de asistencia médico legal o descanso que requiere el afectado para restablecer su salud física o mental es un criterio diferenciador entre un delito y una falta, pero no es el definitivo⁸. (...)”.*

En la doctrina nacional se tiene al maestro RAMIRO SALINAS SICCHA, quien ha desarrollado al referirse como “**medios**” que den gravedad a los hechos como *una piedra, chaveta, verdugillo*, etc.⁹ por otro lado, ALONSO RAUL PEÑA CABRERA FREYRE, indica que los rasguños, arañones de cierta entidad, en vista de su escasa magnitud lesiva, deberán ser tipificadas como Faltas contra la Persona. Así SOLER, al señalar que con respecto a la lesión leve, se ha planteado entre nosotros la cuestión referente al alcance de este delito, ya que a veces el daño en el cuerpo o en la salud asume caracteres tan acusadamente leves, que parece impropio aplicar la calificación de delito a estos hechos; un rasguño, una ligera equimosis, etc. El derecho debe intervenir sólo, ante aquellas lesiones, que de forma significativa repercutan de forma negativa en el bien jurídico tutelado, dejando de la lado aquellas de mínima relevancia.¹⁰

Nuestro Tribunal Constitucional, consciente de las limitaciones lingüísticas ha reconocido que no es posible exigir al legislador “**una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales**” en lo que deja abierta la posibilidad de un cierto margen de indeterminación, el que dejará de ser admisible “cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuales están permitidos”¹¹

⁸ Lo subrayado es nuestro.

⁹ SALINAS SICCHA, RAMIRO. Derecho Penal – Parte Especial. Editora Jurídica GRIJLEY. Tercera Edición. Marzo 2008. Pág. 192.

¹⁰ ALONSO RAUL PEÑA CABRERA FREYRE. DERECHO PENAL – PARTE ESPECIAL. TOMO I. TERCERA EDICION. IDEMSA NOVIEMBRE 2015. PÁGINA 331-332.

¹¹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXPEDIENTE 010-2002-AI/TC. LIMA DEL 03 DE ENERO 2003. CASO MARCELINO TINEO SILVA. FUNDAMENTO 47.



V.- CONSIDERACIONES DEL AUTOR Y TOMA DE POSICION

En principio, podemos considerar que estamos frente a un tipo penal que nos presenta una clara omisión normativa, la cual debe ser llenada con la jurisprudencia nacional, claro está haciendo una interpretación racional, pues no podemos limitarnos en este tipo de casos –Lesiones- a realizar una mera lectura de los días de descanso o incapacidad médico legal consignada en las conclusiones del certificado médico el cuales adjuntado en cada informe policial, constituyendo ello un análisis cuantitativo; sino que, el análisis de estos hechos deben realizarse también desde una visión o análisis cuantitativo para concluir en una calificación adecuada y su pronta investigación y juzgamiento.

Resulta meritorio desarrollar que el legislador peruano ha querido expresar –*mens legislatoris*- en torno a las circunstancias o medios que den gravedad al hecho, debiendo traer a colación que nuestra jurisprudencia de manera reiterada ha sostenido que la gravedad de las lesiones se determina **no sólo** por los días de descanso que establece el facultativo, sino también por las circunstancias de su comisión, los medios empleados y el lugar donde se ha producido las lesiones, con ello se tiene entonces que para dotar o investir de gravedad al hecho, a través de sus circunstancias o medios, debe de atenderse a un criterio valorativo suficiente, que permita considerar como grave a una determinada circunstancia o medio, para ello debe observarse la *vis in corpore*, fue ejecutada en un contexto que realmente le otorgue la particularidad de grave, vale decir que constituya una circunstancia que da gravedad al hecho, pero para definir su eficacia agravante en las Faltas contra la Persona, será, siempre, con inclusión de las circunstancias de su empleo, el nivel de afectación a la integridad corporal de la víctima que aquella produjo y el medio empleado para tal cometido antijurídico.

Siendo unánime la posición jurisprudencial que si la lesión se ha causado con el uso de un objeto contundente duro, ello constituye un medio que da gravedad al hecho y debe ser considerado como un delito, como veremos en las líneas siguientes.

La Doctrina legal y Jurisprudencia Nacional nos ha ilustrado en ello, pues se tiene los siguientes pronunciamientos, a saber:

En primer orden:

El acuerdo plenario 3-2009/CJ-116 de fecha 13 de noviembre 2009, en su fundamento 12, hace referencia: “*En relación a las lesiones aludidas en el Inc. 1 del segundo párrafo del artículo 189° cabe definir si ellas se corresponden con las referidas en los artículos 441° (Lesiones falta) o 122 (lesiones dolosas leves) CP. Es de mencionar que en estas dos disposiciones, la diferencia en la intensidad del daño a la salud de sujeto pasivo se establece en base a indicadores cuantitativos relacionados con la incapacidad generada por la lesión o con el tiempo de asistencia facultativa que demanda. Así, (i) si éstas requieren hasta 10 días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, siempre que no concurran medios que den gravedad al hecho, se estará ante una falta de lesiones; (ii) si las lesiones requieren más de diez días y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, se estará ante un delito de lesiones leves”.* (...) Y en su fundamento 13, precisa: *Es necesario señalar que el artículo 441° del CP contiene un requisito de validación respecto a la condición de faltas de las lesiones causadas, y que es distinto del registro*

meramente cuantitativo –hasta 10 días de asistencia o descanso-. Efectivamente él está referido a que no “concurran circunstancias o medios que den gravedad al hecho, en cuyo caso será considerado como delito”. Con relación a ello cabe aclarar, que el delito de robo no es de recibo de aceptar como supuesto de exclusión las “circunstancias que dan gravedad al hecho”, respecto de la entidad de las lesiones ocasionadas a la víctima. Es obvio que una vis in corpore en un contexto de desapoderamiento patrimonial constituye un circunstancia que da gravedad al hecho, pero para definir si eficacia agravante en el robo lo relevante será, siempre, con exclusión de las circunstancias de su empleo, el nivel de afectación a la integridad corporal de la víctima que ella produjo. Distinto es el caso de los medios utilizados, estos inciden en la propia entidad de la lesión que se ocasione a la víctima, y revelan un mayor contenido de injusto específico que es del caso resaltar desde su calificación jurídico penal. No se trata de amedrentar a la víctima, sino atacarla y afectar su integridad más allá del desapoderamiento patrimonial perseguido. Es más, la propia ley da autonomía, por ejemplo, al hecho de robar “a mano armada”.¹²

Como se puede analizar el acuerdo plenario glosado, no nos brinda un panorama muy claro, pues en su fundamento 12, nos hace referencia solamente a la intensidad del daño a la salud, orientado a un análisis meramente cuantitativo, lo cual conforme a la construcción del tipo penal contenido en el artículo 441° del Código Penal, no concluye allí. Y en el fundamento 13, no nos brinda una conceptualización de qué consiste dichas circunstancias o medios que den gravedad al hecho, ni tampoco nos brinda en detalle alguna circunstancia o medio, que llene el tipo penal en el extremo materia de análisis, pues consideramos que era la oportunidad para analizar en qué consiste o qué supuestos normativos calcen dentro de lo previsto como “circunstancias o medios que den gravedad al hecho” dentro del tipo penal del artículo 441° referido al proceso de faltas contra la Persona en su modalidad de Lesión Dolosa y Lesión Culposa.

En segundo orden:

Tenemos que la Sentencia Casatoria **1385-2017** emitida Lima del 11 julio 2018, la cual sí nos brinda mayores luces en precisar dos puntos que a nuestra consideración resultan positivas para nuestro caso de estudio en el presente artículo, pues a partir de un caso concreto de lesiones establece que no debe limitarse a un análisis cuantitativo –es un primer criterio establecido por el legislador para diferenciar cuándo se trata de un delito o falta por lesiones- (Fundamento 3) criterio reiterado en el fundamento 7: “El tiempo de asistencia médico legal o descanso que requiere el afectado para restablecer su salud física o mental es un criterio diferenciador entre un delito y una falta, pero no es el definitivo”, sentencia que refuerza nuestra posición en el sentido que en un caso de Lesiones presentadas como Faltas Contra la Persona se debe realizar también un análisis cualitativo, esto es referente a los medios y circunstancias de cómo han acaecido los hechos materia de calificación, arribando como en el caso analizado en esta sentencia suprema, a saber: “... El acusado comenzó a agredirlos verbalmente con palabras soeces y casi a la salida del restaurante cogió una silla de madera y se la arrojó al SO1 Jhunior Humberto Joaquin Espinoza, quien se cubrió con el antebrazo izquierdo para evitar un daño mayor. El efectivo policial presento (...) un día de incapacidad médico legal por cuatro días de atención facultativa”.

¹² Lo subrayado es nuestro.



Desarrolla además dicha sentencia, en su fundamento **tercero**: “La cuantía del descanso médico es el primer criterio establecido por el legislador para diferenciar cuándo se trata de un delito o falta por lesiones –constituye falta si las lesiones requieren diez de asistencia o descanso, y delito si supera tal tiempo de prescripción – No obstante, y aunque esta es la regla, se formuló una excepción en el artículo cuatrocientos cuarenta y uno del Código Penal, basado en un criterio de política criminal y, en concreto, en un mayor desvalor de la acción. Aun cuando las lesiones no alcancen los diez días de descanso, la conducta será calificada como delito si se acompañan circunstancias o medios que doten de gravedad: (...). Fundamento **sexto**: En virtud de las razones expuestas, se concluye que se eligió correctamente la norma jurídica a aplicar. El hecho de agredir a un policía en el marco de una intervención policial, ocasionándole levísimas con una silla de madera, constituye circunstancias y medios que agravan la conducta y permiten subsumir los hechos en el delito de lesiones leves, previsto en el artículo ciento veintidós del Código Penal. El tiempo de asistencia médico legal o descanso que requiere el afectado para restablecer su salud física o mental es un criterio diferenciador entre un delito y una falta, pero no es el definitivo. (...)”.

Como podemos considerar de esta sentencia casatoria, se puede resaltar que los Jueces Supremos interpretan que el uso de un **medio** como “silla de madera que le causó un día de incapacidad médico legal por cuatro días de atención facultativa” para causar lesiones constituye un delito.

En tercer orden:

En esa misma línea se tiene la Sentencia Casatoria N° **1036-2018 HUANCVELICA** emitida por SALA PENAL PERMANENTE de fecha Lima, catorce de octubre de dos mil veinte, la cual desarrolla los hechos: “Al promediar las 8:20 horas, Samuel Elías Illesca Ccahuana –menor de 17 años de edad– laboraba como almacenero en la obra “Construcción de la posta de salud” -Yauli - Huancavelica. En esas circunstancias se percató de que un motocar azul, Joel Gavilán Taipe se llevaba paneles de propiedad de la obra, dando cuenta al maestro de obra Efraín Bendezú Ilizarbe, quien le dijo que tomase fotografías como prueba de un presunto hurto, orden cumplida por el menor. En respuesta a ello, Gavilán Taipe se le acercó, lo sujetó del cuello, pretendiendo ahorcarlo, lo lanzó hacia unos fierros que yacían en el suelo dándole puñetes, tras lo cual lo dejó malherido con golpes en el tórax y la columna dorsal”. Resultando con lesiones conforme Certificado Médico Legal 2068-L que prescribió 02 dos días de atención facultativa por 05 días de incapacidad médico legal. Esta sentencia en su considerando **Noveno**: Lo expuesto es la regla; sin embargo, la propia norma establece una excepción expresa según la cual comportamientos que causen lesiones menores a los diez días se constituyen como delitos siempre que concurren circunstancias o medios que den gravedad al hecho”. Y en su fundamento **Décimo**: La cláusula abierta ha sido prevista por el legislador a efecto de que el juez penal razonablemente emita un juicio de subsunción el cual requiere de parámetros para su aplicación a efectos de impedir conductas arbitrarias en las que se criminalicen comportamientos de menor lesividad como delitos. Se debe evitar la equiparación de condiciones a conductas disímiles. Por esta razón, se han de fijar marcos cuya operatividad verse estrictamente acerca del reproche del acto, ya que la lesividad en estos casos no se mide o determina en función del resultado estipulado en una pericia oficial, sino por las circunstancias del acto lesivo, aplicando en estricto la concepción sobre derecho penal de acto. Fundamento **Undécimo**. La representación procesal del Ministerio Público, al pretender el desarrollo de este extremo, propuso una fórmula razonada que en modo alguno implica la aplicación analógica del derecho penal, la cual precisa que: - Los comportamientos contra la salud y la integridad física se



hallan dentro de un mismo grupo que protege los citados bienes jurídicos y, por ello, cuando el resultado causado sea menor a los diez días, deberá verificarse la concurrencia de alguna de las agravantes previstas para los tipos penales, conforme al segundo párrafo de los artículos 121, 121-A y 121-B, y el tercer párrafo del artículo 122, los que describen diversos supuestos que incrementan el desvalor del acto y, por ello, no debe ser sancionado como falta, sino como delito. - Asimismo, propone la precisión de: **a.-** Circunstancias personales: **i)** Por aprovechamiento de la condición del agraviado –por presentar habilidades diferentes, deficiencias cognitivas o estados de subordinación– que lo exponen a un mayor estado de vulnerabilidad, y **ii)** En relación con el sujeto activo y su obrar –alevosos, premeditado o por ensañamiento–. **b.-** Circunstancias materiales referidas al contexto propio de la agresión: **i)** Lugar físico: por su naturaleza presenta un peligro inminente y **ii)** Medio: Cualquier objeto mueble o inmueble que por su naturaleza cause grave peligro o represente un potencial peligro mayor al que causó en su empleo o agresión. **Fundamento Duodécimo.** Las circunstancias que estableció el representante del Ministerio Público –quien en ejercicio de su rol de defensor de la legalidad y sin pretender un resultado en este proceso al desistirse de su pretensión casatoria– operan sin contravenir normas constitucionales ni de igual jerarquía, y se hallan dentro del principio de coherencia normativa. Son marcos en los que los jueces deben situar sus pronunciamientos antes de resolver en la vía incidental o sustancial la controversia de agresiones que causen menos de diez días de descanso médico o atención facultativa, a efectos de no generar impunidad, esta última es la razón esencial de la cláusula abierta. **Fundamento Decimotercero.** Los parámetros fijados precedentemente constituirán pautas de interpretación para fijar las circunstancias o medios que dan gravedad al hecho; sin embargo, toda vez que la realidad supera a la previsión normativa y el desarrollo jurisprudencial, se exigirá especial fundamentación en cada caso según las particulares condiciones en que se presenta el hecho⁵. **Decimocuarto.** El caso juzgado presenta condiciones o circunstancias que en su momento tuvieron que haber hecho prever al juzgador que no se trataba de uno de faltas, sino de lesiones leves por los siguientes motivos: **a.-** El hecho se perpetró en agravio de un menor de edad que cumplía una conducta neutra y en el marco de la presunta sustracción de carteles de la obra en la que laboraba. **b.-** La agresión desmedida contra un menor de edad físicamente inferior al encausado (quien según la versión del agraviado lo tiró contra el sardinel donde había fierros de construcción) demostró que este actuó con ira y contundencia exponiéndolo al contacto violento con fierros de construcción los que por su naturaleza representan un peligro para la persona. **c.-** Si bien las lesiones evidentemente son menores, el comportamiento del encausado dota de gravedad a su conducta. **d.-** Asimismo, el comportamiento del imputado tuvo como razón la de esconder un delito, y esta circunstancia también genera gravedad. **e.-** Lo antes expuesto evidencia que el elemento subjetivo del comportamiento del encausado y los actos que realizó son evidentemente graves.

Esta sentencia Casatoria, nos brinda mayores elementos o supuestos normativos que sustentan o apoyan nuestro trabajo en el presente artículo pues, en **primer lugar**, nos establece que en el fundamento séptimo que el certificado médico no es el medio de prueba determinante para calificar un hecho. **En segundo lugar**, establece que la premisa "cuando concurren circunstancias o medios que den gravedad al hecho" constituye una cláusula abierta prevista por el legislador a efecto de que el Juez Penal razonablemente emita un juicio de subsunción el cual requiere de parámetros para su aplicación a efectos de impedir conductas arbitrarias en las que se criminalice comportamientos de menor lesividad como delitos. Y **finalmente**, esta sentencia nos brinda parámetros de circunstancias o medios a tener en cuenta al momento de calificar una conducta como lo detalla en el fundamento Undécimo y Decimotercero.



En cuarto orden:

Finalmente, se tiene la Ejecutoria Superior de Lima del 05 de noviembre de 1997, emitida en el Exp. **2899-1997** establece: “Conforme el artículo 441° del Código Penal, en caso de lesiones producidas en circunstancias que den gravedad al hecho, éstas serán consideradas como delitos, y que dichas fueron producidas por un arma blanca, lo cual hace que éstas deban ser consideradas como delito y no falta”, como se observa, es obvio que el considerar como medio empleado que de gravedad al hecho, el emplear un arma punzo-cortante, en razón además que dicha lesión queda acreditada en el certificado médico legal, es decir el medio utilizado genera un tipo de lesión única, que es fácilmente identificable por el médico legista, y lo consigna en dicho documento oficial. Considerando por ello, que resulta unánime la posición, que si la lesión se ha causado con el uso de un objeto contundente duro, ello constituye un medio que da gravedad al hecho y debe ser considerado como un delito.

Finalmente resulta pertinente citar algunos casos judiciales:

Siendo así ello, consideramos que la aplicación de la doctrina legal y la jurisprudencia nutren y llenan una deficiencia legal ya anotada y previsto en el artículo 441° del Código Penal, pues nos brindan mayores elementos interpretativos y a partir de ello, aunado a ello también podemos citar otros supuestos encontrados la experiencia judicial al momento de calificar informe policiales, actuados remitidos por el Ministerio Público, de los cuales por encontrarse se mantiene en reserva la identidad de las partes resultando de utilidad académica los hechos para el presente trabajo, citamos los siguientes:

Caso 1.- “En fecha 22 de mayo 2018, HHH interpone denuncia contra LLL, OOO y PPP alegando que empezaron a insultarla con palabras soeces, luego con **un cuchillo de 30 centímetros** le causaron lesiones plasmadas en el certificado médico legal con las conclusiones siguientes – Presenta lesiones contusas recientes por acción directa y requiere 02 de atención facultativa y 06 de incapacidad médico legal-”. **Caso 2.-** “En fecha 29 de Setiembre 2019, MMM interpone denuncia contra JJJJ, alegando que le tiró **una piedra** la cual le cayó en la boca y nuevamente cogió **un palo y una piedra para golpearla**, causándole lesiones plasmadas en el certificado médico –Presenta lesiones contusas de tipo traumático directo y requiere 02 de atención facultativa y 06 de incapacidad médico legal-”. **Caso 3.-** “En fecha 02 febrero 2018, FFF interpone denuncia contra UUUU, alegando que a horas 10.00 am cuando se dirigía a su local a cobrarle una deuda y como no se encontraba optó por esperarlo en la puerta de ingreso para después de 10 minutos llegar el imputado quien lo insultó, refiriéndose el agraviado que lo **agredió con fierro, caída y puñetes**, agrega dolor en hombro lado derecho y hemitórax del mismo lado. Presentando Dos excoriaciones tipo roce difusas con tumefacción violácea verdosa circundante de 10 x 06 a nivel de la cara posterior tercio medio distal del brazo lado derecho: Certificado que concluye: 1.- Presenta lesión contuso recientes reciente por acción directa. 2. Requiere atención facultativa de 02 y una incapacidad médico legal de 08 días”. **Caso 04:** En fecha 06 de setiembre 2015 refiere el denunciante AAAA que en el caserío Los Laureles salió de su casa en compañía de su menor hija y al regresar se encontró con al denunciado GGGG quien le increpó porque habla mal de él atacándola con **una piedra golpeándola en la espalda** y en la cara, cogiéndola del cuello y la botó al barro, ya en el piso continuó golpeándola con patadas en su barriga. Del examen médico legal N° 994-PF-AR de fecha 17 de octubre 2015 arriba a las siguientes conclusiones, respecto de la lesión



en la agraviada la agraviada AAAA: 1. Lo consignado en el examen informe ecográfico de la Clínica San Fernando y el CML 843-LM realizado el 07-09-2015 hasta la conclusión 1; 2. Con el diagnóstico del día 11-09-2015 de aborto completo. Con una atención facultativa de 03 días y de 12 días de incapacidad médico legal.”

Como se puede observar de los casos propuestos, se tiene que las lesiones en un caso estos se han dado dentro de un contexto de pluralidad de agentes agresores, en otros casos se han dado con la utilización de **medios** que consideramos revisten cierta gravedad en la integridad corporal de la víctima; por ello, a la luz de la jurisprudencia y doctrina legal glosada consideramos que consistirían en supuestos que calzarían dentro de “**circunstancias o medios que den gravedad al hecho**” previsto en el artículo 441° del Código Penal debiendo considerarse como un delito, cuando los hechos se dentro de supuestos que nos permitimos glosar: **como Circunstancias: Pluralidad de agentes agresores, cuando la víctima sufra alguna anomalía psíquica, cuando la víctima es una persona mayor de 65 años, cuando la víctima es mujer en estado de gestación, personas con habilidades diferentes, cuando la víctima es funcionario público en ejercicio de sus funciones**, etc; y, de **Medios: Utilización de cuchillos, piedras, silla de madera, verdugillo, fierro, pico de botella, correa, etc.**

Con todo ello consideramos entonces que para considerar como circunstancia o medio que le de gravedad a un hecho, debe atenderse el contexto en el cual fue desarrollado la conducta ilícita, y además notar o analizar los móviles que permiten advertir si dicho proceder reviste gravedad, para considerarlo delito y no falta, es decir no sólo limitarse a un análisis cuantitativo sino también cualitativo de los hechos puestos a calificación.

Debemos señalar además que cuándo se produce una lesión sobre la estructura corporal de una persona, y éstas al ser sometidas a evaluación –para su cuantificación- por el médico legista, dicho resultado se consigna en el certificado médico legal, en donde además debe de insertarse en las conclusiones a las cuales se arriba tras haber efectuado el examen directo de la víctima, empleando para ello diferentes métodos que la ciencia médico forense les otorga a los galenos; asimismo debe señalarse el origen de la lesión (contuso, contuso- cortante, cortante o penetrante, etc) y obviamente la data (relato o antecedente del hecho y sus circunstancias).

Consideramos importante también, que los peritos médicos en casos de lesiones al realizar el examen médico deberán determinar el arma o instrumento que se ha empleado en la causación de la lesión, y si dejaron o no deformaciones y señales permanentes en el rostro o cuerpo, puesto en peligro o riesgo de vida, causado enfermedad incurable o la pérdida de un miembro u órgano, y en general, todas las circunstancias que conforme al certificado médico influyan en la calificación en delito o una falta, por cuanto consideramos que es el médico legista quien conferencia con el peritado -agraviado- con posterioridad y muy cercana al evento suscitado en su agravio.

Es de considerar que los razonamientos como los esbozados, pese a su aceptación general, obedecen a la interpretación del operador jurídico, es decir por costumbre judicial pudiendo ensayar diversas circunstancias que no se deducen válidamente de la condición legislativa -norma- ergo concurso de personas, mayor estado de vulnerabilidad, el sujeto pasivo sufre de anomalía psíquica, etc.), dando paso a los tipos penales judiciales, cuya proscripción obedece a la vigencia del Principio de Separación de Poderes, consecuentemente, la construcción de elementos accidentales que



brindan gravedad a un hecho penal, ya no es producto de la interpretación judicial, sino de la invención del operador, cuya labor es auténtica del legislador, pues es el legislador, quien debe elaborar y establecer las circunstancias accidentales que implican una sanción mayor, como sucede en los tipos agravados o con agravantes (Homicidio calificado, Sicariato, Robo agravado, Estafa agravada, etc.). De la misma forma, es el legislador quien tuvo que elaborar y dar vigencia a las circunstancias y medios que dan gravedad al hecho, en las faltas de lesiones dolosas, que al final implicarán una sanción mayor como es la pena privativa de libertad).

Como se ha venido desarrollando en el presente trabajo, no se trata de hacer un catálogo de supuestos normativos, sino que a raíz de la jurisprudencia, doctrina legal glosada y la práctica judicial resaltar ciertos supuestos que coadyuven a una mejor interpretación del artículo 441° del Código Penal que conllevarán a una adecuada calificación de los hechos materia de denuncia, y realizar una justicia más predecible frente a los sujetos procesales recurrentes a los órganos jurisdiccionales y/o Ministerio Público y porque no también a los órganos Policiales a fin de que tengan una herramienta a tener en cuenta al momento de elaborar un informe policial y remitir los actuados tanto al Ministerio Público y/o al Juez de Paz Letrado o Juez Paz de Única Nominación.

Finalmente, consideramos que luego de lo analizado estamos en condiciones de precisar que debemos también brindarle atención a los procesos por Faltas, pues muchas veces se toman muy a pie de renglón o como lo llama la doctrina *"Las faltas son simples injustos menores en relación con los delitos", "vulneraciones a bienes jurídicos, de menor intensidad", "Actos u omisiones menores con contenido penal contrarios a derecho", "menor lesividad",* pues como ha quedado claro *ut supra*, no sólo existe entre las categorías jurídicas de delito y falta, un análisis cuantitativo de un certificado médico, sino también engloba un análisis tomando en cuenta la gravedad, circunstancias o medios de cómo se han suscitado la infracción, consecuentemente darle la relevancia que significa en la doctrina, pues escasa literatura al respecto existe.

VI.- CONCLUSIONES

1.- Como está prevista la norma contenida en el artículo 441° del Código Penal, consideramos que el legislador ha encargado al operador jurídico Juez o Fiscal el de realizar una interpretación sobre qué aspectos considerar ***circunstancias o medios que den gravedad al hecho***, aspecto esencial y de suma importancia para asumir competencia y proceder a una correcta investigación y juzgamiento, interpretación que debe realizarse a la luz de la jurisprudencia, doctrina legal así como los acuerdos plenarios sobre el tema, y a partir de allí ilustrarnos para una mejor y correcta administración de justicia, y que las partes vean satisfechas sus pretensiones y se resuelva su situación jurídica.

2.- El acuerdo Plenario **3-2009/CJ-116** de fecha 13 de noviembre 2009, precisa que de lo previsto en el artículo 441° (*Lesiones falta*) o 122 (*lesiones dolosas leves*), *la diferencia esta en la intensidad del daño a la salud de sujeto pasivo se establece en base a indicadores cuantitativos relacionados con la incapacidad generada por la lesión o con el tiempo de asistencia facultativa.* Señala que el artículo 441° del CP contiene un requisito de validación respecto a la condición de faltas de las lesiones causadas, y que es distinto del registro meramente cuantitativo, referido a que no *"concurran circunstancias o medios que den gravedad al hecho, en cuyo caso será considerado*

como delito". Refiere además sobre los medios, éstos inciden en la propia entidad de la lesión sobre la víctima, y revelan mayor contenido del injusto.

3.- La Corte Suprema a través de la sentencia en el **Exp. 1385-2017** precisó que un certificado médico sólo es un criterio diferenciador entre un delito y falta, pero no es definitivo, a saber: **Fundamento Tercero:** *Que la cuantía del descanso médico es el primer criterio establecido por el legislador para diferenciar cuándo se trata de un delito o falta por lesiones, aún cuándo las lesiones no alcancen los diez días de descanso, la conducta será calificada como delito si se acompañan circunstancias o medios que doten de gravedad. Agrega que en este caso se presentó una circunstancia agravante como es el medio utilizado como es el de haberle lanzado una silla -objeto contundente- al agraviado, quien terminó lesionado, lo cual constituye circunstancias y medios que agravan la conducta y permiten subsumir los hechos en el delito de lesiones leves. El tiempo de asistencia médico legal o descanso que requiere el afectado para restablecer su salud física o mental es un criterio diferenciador entre un delito y una falta, pero no es el definitivo. (...)*".

4.- En base a la práctica judicial, jurisprudencia y doctrina legal glosada podemos aportar supuestos normativos que consideramos consistirían y calzarían dentro de "**circunstancias o medios que den gravedad al hecho**" previsto en el artículo 441° del Código Penal que el Juez o Fiscal tenga al momento de calificar un supuesto de hecho en delito de lesiones o una falta, los cuales consideramos como *circunstancias*: Pluralidad de agentes agresores, cuando la víctima sufra alguna anomalía psíquica, cuando la víctima es una persona mayor de 65 años, cuando la víctima es mujer embarazada, personas con habilidades diferentes, y *medios*: La utilización de cuchillos, piedras, silla de madera, verduguillo, fierro, pico de botella, correa, etc, consideramos que debe atenderse el contexto en el cual fue desarrollado la conducta de agresión, notar los móviles que permiten advertir si dicho proceder reviste gravedad, para considerarlo delito y no falta.

5.- La Casación N° **1036-2018** Huancavelica emitida por SALA PENAL PERMANENTE, Lima, 14 de octubre de 2020, nos brinda mayores elementos o supuestos normativos que sustentan o apoyan nuestro trabajo en el presente artículo pues, en **primer lugar**, nos establece que en el fundamento séptimo que el certificado médico no es el medio de prueba determinante para calificar un hecho. **En segundo lugar**, establece que la premisa "cuando concurren circunstancias o medios que den gravedad al hecho" constituye una cláusula abierta prevista por el legislador a efecto de que el Juez Penal razonablemente emita un juicio de subsunción el cual requiere de parámetros para su aplicación a efectos de impedir conductas arbitrarias en las que se criminalice comportamientos de menor lesividad como delitos. Y **Finalmente**, esta sentencia nos brinda parámetros de circunstancias o medios a tener en cuenta al momento de calificar una conducta como lo detalla en el fundamento Undécimo y Decimotercero.



VII.- BIBLIOGRAFIA

- 1.- SAN MARTÍN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal, Editorial Grijley, Lima 2006 pág. 1261.
- 2.- MACHUCA FUENTES, Carlos: El proceso por faltas en el nuevo Código procesal penal. Instituto de Ciencia Procesal Penal.
- 3.- JULIANO, Mario Alberto, Justicia de Faltas o Falta de Justicia, Editores del Puerto, Bs As 2007.
- 4.- CEVASCO, Luis Jorge, Derecho Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires, Editorial FD 2000.
- 5.- Al respecto, véase la presentación que presenta TOMAS GALVEZ VILLEGAS en CASTRO TRIGOSO, HAMILTON. Las Faltas en el Ordenamiento Jurídico Peruano. Un Estudio Sustantivo y Procesal. GRIJLEY, Lima 2008, Pág. 15.
- 6.- SALINAS SICCHA, RAMIRO. Derecho Penal – Parte Especial. Editora Jurídica GRIJLEY. Tercera Edición. Marzo 2008. Pág. 192.
- 7.- ALONSO RAUL PEÑA CABRERA FREYRE. DERECHO PENAL – Parte Especial. Tomo I. Tercera Edición. IDEMSA Noviembre 2015. Página 331-332.
- 8.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente 010-2002-AI/TC. Lima del 03 de Enero 2003. Caso MARCELINO TINEO SILVA. FUNDAMENTO 47.
- 9.- ACUERDO PLENARIO 3-2009/CJ-116, de fecha 13 de Noviembre 2009.
- 10.- SENTENCIA CASATORIA 1385-2017. LIMA, 11 de Julio 2018.
- 11.- EJECUTORIA SUPREMA 2899-1997. LIMA, 05 de Noviembre 1997.
- 12.- SENTENCIA CASATORIA N° 1036-2018 Huancavelica emitida por SALA PENAL PERMANENTE, Lima, 14 de octubre de 2020.
- 13.- CASOS JUDICIALES DE LA PRACTICA JUDICIAL.



LA REBELDÍA EN LOS PROCESOS DE ALIMENTOS: CRITERIOS PARA LA ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS DEL DECLARADO REBELDE

Carlos Antonio Hoyos Alayo¹



RESUMEN:

En el presente trabajo se desarrolla la figura jurídica de la rebeldía, y analiza dos supuestos ante los cuales el juez de la causa puede admitir los medios probatorios ofrecidos por la parte declarada rebelde en un proceso de alimentos, atendiendo a la normativa vigente y criterios jurisprudenciales.

ABSTRACT:

In this paper, the legal figure of rebellion is developed, and analyzes two cases before which the judge of the case can admit the evidentiary means offered by the party declared rebellious in a maintenance process, taking into account current regulations and jurisprudential criteria.

PALABRAS CLAVE:

Rebeldía / Proceso / Preclusión procesal / Flexibilización procesal / Medios Probatorios / Precedente Vinculante.

SUMARIO:

I. Introducción. II. La Rebeldía: 1. Aspectos Generales, 2. Efectos. III. Proceso de Alimentos: 1. Cuestiones Previas, 2. Existe contestación de la demanda, 3. No hubo contestación de la demanda. IV. Conclusiones. V. Referencias Bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

En la práctica judicial es usual observar que al momento de ser declarado rebelde la parte demandada en el proceso de alimentos, sus medios probatorios ofrecidos en su escrito de contestación son dejados de lado, es decir, no son admitidos, y en consecuencia no son valorados en la actuación probatoria o en sentencia. De igual forma, aquella persona que en su momento no contestó la demanda, sin embargo, asiste a la audiencia única con sus medios probatorios, tampoco se admitirían, pues la etapa postulatoria ha precluido.

Por tanto, se podría emitir una sentencia que colisione con el derecho alimentario de otros menores, que en igualdad de condiciones dependan del emplazado u otorgar una pensión de alimentos que no sea acorde con las posibilidades económicas de quien debe prestarlos.

Por ello, que el presente artículo parte de examinar los efectos de la figura jurídica de la rebeldía, pues tiene como objetivo dar a conocer los argumentos y criterios por los cuales el juzgador, pueda admitir los medios probatorios ofrecidos por el demandado, ya sea en su contestación o al momento de participar de la audiencia única; o caso contrario el abogado de la parte demandada pueda sustentar su pedido de admisión de pruebas; de esta manera, lo que se busca es no afectar el derecho al debido de proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva de las partes procesales.

¹Abogado por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Juez Supernumerario en el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Jaén de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque – Poder Judicial del Perú. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4756-5717>. Correo de contacto: choyosa@pj.gob.pe



II. LA REBELDÍA

1. Aspectos Generales.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce la institución jurídica de la rebeldía en el artículo 458 del Código Procesal Civil, y es entendida como la situación personal en que se encuentra el demandado, cuando no contesta la demanda dentro del plazo establecido para cada vía procedimental, pese a haber sido debidamente notificado con la demanda.

Es importante precisar que la rebeldía no se refiere a la no comparecencia del emplazado al proceso, pues perfectamente puede apersonarse, pero no contestar la demanda. Del mismo modo, también es rebelde si se apersona, pero tampoco contesta la demanda, pero si reconviene. En este último supuesto, Ledesma (2008) sostiene que “el demandado sigue siendo rebelde, pero en ejercicio de su derecho de acción ha interpuesto una contrademanda, provocando en el proceso, una acumulación sucesiva objetiva de pretensiones, pero igual, sigue siendo rebelde en relación a la demanda del actor” (p. 536).

En consecuencia, podemos afirmar que la rebeldía está relacionada a la carga procesal. Es decir, para nuestro sistema procesal, no es suficiente el simple apersonamiento² para detener la declaración de rebeldía, sino que es necesario, que el emplazado conteste la demanda, esto es, pronunciándose respecto de cada uno de los hechos expuestos en la demanda, reconocer, exponer los hechos en que funda su defensa, y ofrecer sus medios probatorios.

Para declarar la rebeldía, puede ser solicitada por las partes procesales o el juez de oficio puede actuar, en atención del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Civil al señalar que el juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia.

En este sentido, la razón fundamental de la rebeldía, es que el proceso al estar integrado por dos partes procesales, por lo tanto, la inasistencia del emplazado no puede afectar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandante, por ello, no sería lógico que el proceso se paralice por la incomparecencia del demandando. Del mismo modo, también se presenta el supuesto de declarar en rebeldía al demandante, porque igualmente estaría perjudicando el derecho a que se emita un pronunciamiento definitivo que libere al demandado de la pretensión planteada en su contra.

En consecuencia, planteada la pretensión, mediante la demanda o la reconvenición, el demandado o reconvenido, respectivamente, se ubica en una situación jurídica activa, para poder ejercer su derecho de defensa de forma efectiva en el proceso. Entonces, surge para el demandado o reconvenido la carga de contestar la demanda o reconvenición, concibiéndose esta como un imperativo del propio interés, toda vez que, de incumplirse la carga, se acarrea un perjuicio para su propio titular, es decir, una consecuencia negativa solo para dicha parte procesal (Castillo, 2016).

Del contenido del primer párrafo del artículo 458 del Código Procesal Civil se desglosa que son requisitos para la declaración de rebeldía del demandado: a. La notificación válida de la demanda al demandado, y b. El vencimiento del plazo para contestar la demanda sin que tal contestación se produzca. Al respecto, Castillo Bravo (2016) refiere:

Que la rebeldía esta constituida por dos elementos: i) transcurso de determinado lapso del tiempo (plazo legal concedido al demandado/reconvenido para contestar la demanda/reconvenición, luego de su debido emplazamiento); ii) la inacción del titular de la carga procesal, la que se verifica con su omisión de contestar la

² Señalando domicilio procesal, designando abogado defensor, y casilla electrónica.

demanda/reconvención, sin importar si esta parte tuvo o no la voluntad de no cumplir con dicha carga procesal. (p. 734)

Finalmente, el último párrafo del artículo 458 del Código Procesal Civil, se deduce la declaración de rebeldía de cualquier litigante (demandante o demandado) también puede ser declarada si se cumplen estos presupuestos: A. La notificación válida referida a la conclusión del patrocinio del abogado o a la renuncia del apoderado del litigante en cuestión.

B. La no comparecencia al proceso (por sí mismo o designando nuevo apoderado) del litigante en cuestión dentro del plazo fijado en el artículo 79 del Código Procesal Civil (que es de cinco días de notificado dicho litigante sobre la conclusión del patrocinio de su abogado o la renuncia de su apoderado). (División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, 2015, p.190).

En otras palabras, se reconoce otro supuesto en que se genera la rebeldía; y podrá darse cuando cualquiera de las partes procesales (demandante o demandada), sean notificadas con la conclusión del patrocinio de su abogado o la renuncia de su apoderado, y no comparece dentro del plazo de cinco días, fijado por el artículo 79 del Código Procesal Civil.

2. Efectos.

Sobre el tema, Acosta Olivo, López Román, Melgar Támara, Morales Silva, & Torres Altez (2013) señalan que la declaración de rebeldía, producirá los siguientes los efectos:

- a) Determina la preclusión de la etapa de la contestación de la demanda.
- b) Se limita a notificar: la declaración de rebeldía, la resolución que declara saneado el proceso, las que citen a audiencia, la sentencia y la que requiera su cumplimiento.
- c) Existe la posibilidad que el juez anticipadamente pueda juzgar, cuando el contenido de las pruebas le produzcan convicción de los hechos controvertidos. Si en caso no se produciría tal convicción, el juez deberá convocar a la audiencia de saneamiento.
- d) Las costas y costos del proceso serán de cargo del declarado rebelde. (p. 307)

De esta manera, al determinar la preclusión de la etapa de la contestación de la demanda, el efecto inicial de toda declaración de rebeldía, “en nuestro ordenamiento procesal, es la conclusión de la etapa de contestación de la demanda, dándose por cerrado cualquier posibilidad al demandado para que pueda señalar, fundamentar y probar que lo alegado por el actor en su demanda resulta falso” (Wong, 2016, p. 741).

En consecuencia, la declaración de rebeldía ocasiona la presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda. En tal sentido, el artículo 279 del Código Procesal Civil, señala que la ley presume una conclusión de carácter relativo, siendo que la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de tal presunción; pero, éste deberá acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso.

Es decir, el magistrado deberá como regla general asumir que lo fundamentado por el actor en su escrito de demanda, es relativamente cierto, y la carga de la prueba se ha invertido a favor del accionante.

El primer párrafo del artículo 461 del Código Procesal Civil, precisa que el efecto de la declaración de rebeldía del demandado el causar presunción legal relativa acerca de la veracidad de los hechos expuestos en la demanda. Es decir, estamos ante una presunción iuris tantum, que admite prueba en contrario. Al respecto Wong Abad (2016) sostiene:

Por otro lado, estimamos sería contradictorio que un juez que haya premunido a la declaración de rebeldía con todo lo que significa la presunción legal relativa de verdad, disponga luego la actuación de los medios probatorios del actor o con mayor razón las



de oficio; pues, en todo caso, si lo alegado en la demanda no le resultó convincente, simplemente el juez debió aplicar el inciso 4 del presente artículo en análisis y, declarar la rebeldía del demandado, pero con la salvedad que no que causa la presunción legal relativa de verdad, de esta manera no habría contradicción alguna cuando disponga se actúen las pruebas del actor y también porque no, las pruebas de oficio. (p. 742)

Además, la declaración de rebeldía del demandado también faculta al magistrado declarar el saneamiento del proceso y disponga el juzgamiento anticipado del proceso; es decir, la expedición de la sentencia sin admitir otro trámite salvo el informe oral, conforme lo ampara los artículos 460 y 473 inciso 2 del Código Procesal Civil.

Al contrario, no operará el juzgamiento anticipado del proceso, en los casos en que la declaración de rebeldía del demandado no cause presunción legal relativa sobre la verdad ante cualquiera de los supuestos señalados en el artículo 461 del Código Procesal Civil, y son: 1. Habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda; 2. la pretensión se sustente en un derecho indisponible; 3. requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, éste no fue acompañado a la demanda; o 4. el Juez declare, en resolución motivada, que no le producen convicción los hechos expuestos en la demanda; de esta forma, el magistrado deberá seguir, con la tramitación regular del proceso.

No obstante, a lo antes mencionado, el artículo 462 del Código Procesal Civil, dispone que el declarado rebelde puede incorporarse al proceso en cualquier momento, sujetándose al estado en que este se encuentre. Ante ese escenario, el declarado como rebelde tendría la posibilidad que hacer ver al magistrado las deficiencias que existan en la demanda del accionante, o alegar ante el juez con la finalidad que considere conveniente la actuación de medios probatorios de oficio.

Para concluir, debemos precisar que el mero hecho de la comparecencia no hace cesar la rebeldía; pero “diremos que a partir de su ingreso comienza a regir el régimen normal de las notificaciones, restringidas según el artículo 459 del Código” (Ledesma, 2008, p. 544). De esta manera, las consecuencias ocasionadas antes de su ingreso son inalterables para el rebelde, quien debe aceptar el proceso en la etapa en que se encuentre; sin embargo, “frente a la medida cautelar dictada, el rebelde puede requerir la sustitución de esta medida por otra que le resulte menos perjudicial siempre que se garantice suficientemente el derecho de la otra parte, así como también la sustitución por otros bienes del mismo valor o reducción del monto por el cual la medida ha sido trabada.”(Ledesma, 2008, p. 544). En otras palabras, el apersonamiento del declarado rebelde le permite objetar o requerir la variación de la medida cautelar que fue otorgada en su contra.

III. PROCESO DE ALIMENTOS.

1. Cuestiones Previas.

Actualmente los procesos de alimentos se rigen por la Directiva N° 007-2020-CE-PJ³, denominado: “Proceso Simplificado y Virtual de Pensión de Alimentos para Niña, Niño y Adolescente”; es decir, esta directiva complementa lo regulado por el Código Procesal Civil y al Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337); y que tiene por finalidad la aplicación de mecanismos de celeridad, oralidad y el empleo de recursos tecnológicos disponibles.

³Aprobada mediante la Resolución Administrativa N° 000167-2020-CE-PJ, publicado en el diario el Peruano el 18 de junio del 2020.ñ

De esta forma, el numeral 1 del artículo 6 de la Directiva N° 007-2020-CE-PJ refiere que la Audiencia Única concentra las etapas de saneamiento procesal, conciliación, la fijación de puntos controvertidos, probatoria (admisión y actuación de los medios probatorios ofrecidos por las partes procesales) y decisoria, y deberá prevalecer la oralidad sobre lo escrito. Asimismo, interpretando lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 6 de la misma directiva, podemos afirmar que la rebeldía puede ser declarada con o sin la asistencia del demandado a la Audiencia Única Virtual. Además, el numeral 4 del artículo 6 de la misma directiva señala que el juez permitirá incorporar medios de prueba que serán oralizados previo traslado a la parte contraria.

2. Existe contestación de la demanda.

En este supuesto la parte emplazada contesta la demanda, sin embargo, lo hace fuera del plazo de cinco días que otorga la ley; o habiendo contestado dentro del plazo, es declarada inadmisibles por encontrarse inmerso dentro de los supuestos que regula en artículo 426 del Código Procesal Civil, y el demandado no subsana la omisión.

De esta forma, suponemos que el emplazado a presentado sus medios probatorios en su escrito de contestación, como, por ejemplo: boletas de pago, con la finalidad de acreditar sus ingresos económicos o declaración jurada de ingresos, en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 565 del código adjetivo, partida de nacimiento, con el fin de demostrar tener más carga familiar, etc.

Ante ello, consideramos que el juzgador podría admitir los referidos medios probatorios, en atención a los puntos controvertidos que se pueda fijar en audiencia, siendo en la práctica común los siguientes: a) Determinar el estado de necesidad del menor, y b) Determinar la capacidad económica del demandado, y si tiene más carga familiar; de esta manera, las documentales ofrecidas como medios probatorios por el demandado tienen relevancia para poder fijar una pensión de alimentos sin afectar el derecho de otros menores en igualdad de condiciones y otorgar una pensión de alimentos acorde con la posibilidad económica de quien debe prestarlos.

Para poder admitir los medios probatorios ofrecidos por la parte demandante, consideramos que el juzgador al momento de declarar la rebeldía debería suspender el efecto de la presunción legal relativa de verdad de los hechos, bajo lo normado en el numeral 4 del artículo 461 del Código Procesal Civil, y motivando su resolución en el sentido que los medios probatorios ofrecidos por la parte demandante no le generan plena convicción sobre los hechos expuestos en la demanda.

3. No hubo contestación de la demanda.

En este supuesto el emplazado antes de la audiencia no contesta la demanda e incluso puede ser que no haya presentado su escrito de apersonamiento al proceso, en consecuencia, es declarado rebelde; no obstante, el demandado asiste a la audiencia con sus medios probatorios, a fin de demostrar su capacidad económica y su carga familiar.

En este sentido, complementando a lo desarrollado en el punto anterior; debemos recordar que la Corte Suprema a través de la Casación N° 4664-2010, Puno a emitido el Tercer Pleno Casatorio Civil, en la cual ha establecido como precedente judicial vinculante la siguiente regla:

1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en



atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.

De esta manera, este precedente permite reconocer dentro del proceso de alimentos el Principio de Flexibilización procesal, que debe ser entendido como la flexibilización de los principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal; del mismo modo, reconoce el Principio de Amplitud Probatoria, y se aplica en casos de duda en torno a la producción, admisión, conducencia o eficacia de las pruebas, teniendo un criterio amplio a favor de ella (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, 2020, p. 8)

Por consiguiente, bajo estos argumentos consideramos que el juzgador podría admitir los medios probatorios ofrecidos por la parte demandada en audiencia, a pesar de haber sido declarado rebelde, pues bajo el supuesto anterior, puede suspender los efectos de la rebeldía cuando los medios probatorios adjuntados en la demanda no le crean convencimiento sobre lo expuesto por la parte accionante.

Por tanto, al momento de proceder como la admisión de los medios probatorios de la parte emplazada se deberá correr traslado a la parte demandante, a fin que pueda cuestionar la prueba o en todo caso dar su conformidad.



IV. CONCLUSIONES.

1. El acto de emplazamiento es importante, en primer lugar, porque pone de conocimiento del demandado que tiene la carga procesal de contestar la demanda; y, en segundo lugar, es a partir de la fecha de la notificación al demandado, que el juez verificara si ha contestado dentro del plazo previsto por la ley.
2. El efecto de la rebeldía produce la presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos, que es una presunción iuris tantum; es decir, admite prueba en contrario, es decir; la parte que sido beneficiada por este tipo de presunción debe probar los hechos, y la parte afectada por tal presunción tiene la posibilidad de cuestionar lo afirmado por la parte contraria.
3. El juez puede limitar los efectos de la rebeldía, motivando su decisión, cuando los medios probatorios ofrecidos por la parte accionante, no genera convencimiento sobre los hechos expuestos.
4. Existen argumentos jurídicos como criterio jurisprudencial, que permiten la participación en el proceso y la admisión de los medios probatorios la parte demandada declarada rebelde, observando el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- 1) Acosta Olivo, C., López Román, J., Melgar Támara, K., Morales Silva, S., & Torres Altez, D. (2013). *Diccionario Procesal Civil* (1 ed.). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- 2) Castillo Bravo, Nadia. (2016). Presupuesto para la declaración de rebeldía. En E. A. Jorge Alvarado, M. Muro Rojo, & M. Tomaylla Rojas (Edits.), *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas. Tomo III* (1 ed., págs. 733 - 736). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- 3) Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. (18 de Junio de 2020). Resolución Administrativa N° 000167-2020-CE-PJ. *Directiva N° 007-2020-CE-PJ "Proceso Simplificado y Virtual de Pensión de Alimentos para Niña, Niño y Adolescente"*. Lima.
- 4) División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. (2015). *Manual del Proceso Civil. Todas las figuras procesales a través de sus fuentes doctrinarias y jurisprudenciales. Tomo II* (1 ed.). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- 5) Ledesma Narváez, M. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo. Tomo II* (1 ed.). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- 6) Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (s.f.). Tercer Pleno Casatorio Civil. *Casación N° 4664-2010, Puno*. Lima.
- 7) Wong Abad, Juan Jesús. (2016). Efecto de la declaración de rebeldía. En E. A. Jorge Alvarado, M. Muro Rojo, & M. Tomaylla Rojas (Edits.), *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas. Tomo III* (1 ed., págs. 740 - 745). Lima: Gaceta Jurídica S.A.



A PROPÓSITO DEL COVID 19: EL DESAFÍO DE LA PROTECCIÓN DEL TELETRABAJADOR FRENTE A LOS ACCIDENTES LABORALES EN EL DOMICILIO

Hilda Manuela Piscoya Gonzales
Corte Superior de Justicia de Lambayeque
Secretaria de Audiencias del Juzgado de Trabajo Transitorio – Sede Jaén



RESUMEN: El presente trabajo establece definiciones con respecto al Teletrabajo, asimismo trata de brindar soluciones a la falta de normatividad sobre la seguridad y salud en el trabajo, las cuales permitirán ayudar al legislador a establecer normas mínimas que contribuyan a la utilización para delimitar los derechos del teletrabajador durante la prestación de servicios dentro del hogar.

ABSTRACT: This work establishes definitions regarding Telework, also tries to provide solutions to the lack of regulations on safety and health at work, which will help the legislator to establish minimum standards that contribute to the use to delimit the rights of teleworkers during the provision of services within the home.

PALABRAS CLAVES:

Teletrabajo – Teletrabajador – Ley – Reglamento – Trabajador – Trabajo – Seguridad Social – Empleador – Riesgo laborales – Accidente doméstico.

SUMARIO:

I. Introducción = II. La Relación Jurídico Laboral entre el empleador y el teletrabajador = III. El Teletrabajo Como Respuesta Al Covid19 = 2.1. Teletrabajo = 2.2. Regulación del Teletrabajo en el Perú = IV. Las Limitaciones De La Seguridad Y Salud En El Trabajo Frente A Un Accidente De Trabajo = 4.1. Seguridad y Salud del teletrabajador = 4.2. El deber invigilando del empleador = 4.3. La obligaciones del teletrabajador = 4.4. Los accidentes de trabajo durante el teletrabajo = V. Conclusiones = VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN:

A raíz de la aparición de la pandemia del (Covid 19), la cual generó un gran impacto no sólo en el ámbito económico, social y político a nivel mundial, sino también en lo laboral, produciendo un gran cambio en la organización de la empresa clásica, por lo que incentivó al Derecho del Trabajo para que evolucione acorde a los nuevos avances tecnológicos y regule al teletrabajo de manera adecuada y óptima.

Es por ello que, el pasado dieciséis de marzo del año dos mil veinte se decretó el estado de alarma en nuestro país a causa del coronavirus poniendo a prueba al mercado laboral, ya que el país en poco tiempo había trasladado la mayoría de sus actividades a la red, en base a la medida de prevención para luchar contra la pandemia, por lo que millones de peruanos nos hemos visto en la necesidad de cambiar nuestras rutinas diarias y someternos al desconocido mundo del teletrabajo, las compras online y nuestras relaciones sociales la cuales se dan a través de una pantalla.

Pues bien, en el marco del estado de emergencia para los casos de coronavirus en el Perú, el Ministerio de Trabajo aprobó una Guía para la Aplicación del Trabajo Remoto¹, mediante el cual se establece lineamientos para que los empleadores puedan aplicarlos, teniendo en cuenta la naturaleza de las labores de los trabajadores, sin dejar de identificar previamente a los trabajadores considerados en el grupo de riesgo por edad y factores clínicos, priorizando a todos ellos para la aplicación de labores remotas y de las medidas derivadas de la declaratoria de emergencia.

En este sentido, como bien se ha indicado, mediante la Resolución Ministerial N° 072-2020-TR aprobada por el Ministerio de Trabajo, proporciona directrices para que los empleadores y trabajadores puedan realizar esta nueva modalidad de trabajo evitando así los excesos que pudiera realizar el empleador durante su aplicación, ya que aún el teletrabajo en nuestra legislación ha sido muy poco estudiada y nunca contemplada en las normas jurídicas o en convenios colectivos. Sin embargo, debido a la coyuntura en la que actualmente atravesamos, se puede observar que su propagación es exponencial y tanto empleadores como trabajadores han encontrado diversas dificultades, ello por el vacío legal existente.

Es imposible negar, las ventajas que ofrece el teletrabajo a *las personas que lo realizan*: control de la actividad, flexibilidad en el horario, reducción del tiempo y riesgo en los desplazamientos y gastos, y para *las empresas que lo emplean*: reduce costos, trabajo por objetivos, incremento de la creatividad, reducción del absentismo, pero también, es preciso enfatizar que el teletrabajo puede alentar a la aparición de problemas de salud, tales como: estrés, aislamiento social, desvinculación con la empresa, adicción al trabajo, trastornos músculo esqueléticos, fatiga visual y mental, desvinculación con la empresa, despersonalización, etc. En resumen, el teletrabajo puede presentar consecuencias para los trabajadores, haciendo necesario establecer nuevas formas de gestión en materia de Prevención de riesgos laborales y nuevas exigencias de seguridad y salud. Ante ello, nace la pregunta: *La ausencia de leyes especiales, sobre teletrabajo, especialmente en lo que respecta a la prevención de riesgos laborales ¿Cuáles son los mecanismos alternativos que brinden solución para una debida protección del teletrabajador frente a algún accidente de trabajo en su domicilio?*



II. RELACIÓN JURÍDICO LABORAL: EMPLEADOR Y TELETRABAJADOR:

Se entiende que, en el derecho del trabajo, existe el vínculo jurídico laboral entre una persona física -trabajador-, con el compromiso de prestar servicios en beneficio de otro sujeto –empleador (pudiendo ser este una persona física, o jurídica, o bien un conjunto de ambas), imponiéndose una relación de dependencia, a cambio de una remuneración y estableciendo además, derechos y obligaciones entre ambos sujetos, por lo que su existencia acarrea la correcta aplicación de las leyes de trabajo y seguridad social destinadas a los trabajadores, por lo que siendo esto así, esta relación jurídica debe enfatizar en el indubitable cumplimiento de los derechos y obligaciones de los empleadores respecto de sus trabajadores.

Si bien es cierto, la relación laboral se encuentra condicionada a tres elementos importantes: 1) *La prestación de un servicio el cual consta de una satisfacción a la otra persona, entendiéndose que esta satisfacción es económica;* 2) *La remuneración por el servicio prestado;* y 3) *La subordinación.* Advirtiéndose claramente que, al teletrabajo le falta una de estas características, y es la supuesta falta de subordinación, puesto que, se cree que el teletrabajador no se encuentra atado a un horario rígido, ni se encuentra obligado de asistir a la empresa o a depender de las órdenes del empresario para la ejecución de su trabajo, provocando una grave alteración a la idea del trabajo subordinado, dificultando el reconocimiento de las obligaciones, derechos que cuentan los trabajadores y por ende el empleador, por lo que esta figura laboral no debe ser ajena al Derecho del Trabajo.

¹ Guía para la aplicación del trabajo remoto, aprobada a través de la Resolución Ministerial N° 072-2020-R, de fecha 26 de marzo de 2020.

Para nuestro país, el teletrabajo es una situación novedosa, dejando muchas veces el deber de prevención que corresponde al *empleador* eliminada, ya que el empleador se ve imposibilitado de actuar frente a los accidentes dentro del hogar durante la realización de actividades del trabajo encomendado, aunado a ello, el reducido apoyo por parte del sistema de seguridad y salud en el trabajo frente a los accidentes, ya que el teletrabajador se encuentra fuera de la esfera del empleador, es decir fuera de la empresa, lo cual no quiere decir que esta relación laboral se haya despersonalizado, o que ya no ostente el poder de dirección y control.

III. EL TELETRABAJO CÓMO RESPUESTA AL COVID 19:

3.1. **TELETRABAJO:**

El concepto de teletrabajo es sumamente amplia y, por eso mismo, se subsume en varias definiciones al respecto, por lo que primeramente tenemos que *La Organización Internacional de Trabajo -OIT-* define al teletrabajo como: "Una forma de trabajo en la cual: a) el mismo se realiza en una ubicación alejada de una oficina central o instalaciones de producción, separando así al trabajador del contacto personal con colegas de trabajo que estén en esa oficina y, b) la nueva tecnología hace posible esta separación facilitando la comunicación", por otro lado *El ACUERDO MARCO EUROPEO SOBRE TELETRABAJO 2016*, define al teletrabajo como: «[...] forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular»², de igual forma *SANGUINETI* define el teletrabajo de la siguiente manera: «[...] el concepto de teletrabajo se vincula exclusivamente con quienes, de forma originaria o como fruto de un acuerdo de externalización de funciones previamente desarrolladas de forma presencial, desarrollan un trabajo en beneficio de uno o más empresarios, bien desde su domicilio o bien desde otro lugar distinto del habitual u ordinario, sirviéndose de medios o equipos informáticos y de telecomunicaciones para su ejecución y eventualmente para entrar en conexión con el destinatario de su actividad»³.

Por su parte, conforme lo establece **el artículo 2° de la Ley 30036**⁴ "Ley que regula el Teletrabajo", lo define como "el desempeño subordinado de labores sin la presencia física del trabajador, denominado "teletrabajador", en la empresa con la que mantiene vínculo laboral, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales se ejercen a su vez el control y la supervisión de las labores", por su parte según **el literal h), del artículo III, del Título Preliminar del Reglamento de La Ley N° 30036**, complementa el concepto de teletrabajo al indicar que "consiste en la prestación de servicios subordinada, sin presencia física en el centro de trabajo o entidad pública, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales, a su vez, se ejerce el control y la supervisión de las labores".

Con lo indicado, no cabe duda que, el teletrabajo, es una forma de organización laboral, por lo que, el empleador traslada la realización de las actividades, a un lugar distinto en donde el trabajador realizaba inicialmente sus actividades, es decir, externaliza las actividades en el domicilio del trabajador o en el lugar donde este decida.

²Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, punto 2). Suscrito en Bruselas el 16 de julio del 2002 por organizaciones representantes de los empleadores y por la Confederación Europea de Sindicatos (CES), el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo establece la obligatoriedad de su cumplimiento en todos los países de la Unión Europea, a los que debe agregarse Noruega e Islandia.

³Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Teletrabajo y globalización: En busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 7-8

⁴ Ley que regula el Teletrabajo, aprobada el día 15.05.2013.

El panorama del teletrabajo a raíz de la COVID-19 se establece como aquella actividad consolidada y de crecimiento constante, que en el decurso del tiempo se verá fortalecido dentro del mercado laboral, puesto que, no solo funcionará como una manera de subsistir temporalmente, sino al contrario, el teletrabajo ha venido para quedarse entre nosotros, conviviendo de manera permanente en nuestro país, pese a los vacíos normativos que afronta, imposibilitando el manejo de ciertas situación que imposibilitan mejorar el desarrollo de las labores diarias.

3.2. REGULACIÓN DEL TELETRABAJO EN EL PERÚ:

Resulta pertinente conocer el motivo por el cual se inició la regulación del teletrabajo en el Perú, toda vez que se presentó como una supuesta alternativa para integrar a personas discapacitadas, incentivando su contratación, eliminando de esta manera las grandes barreras físicas y de espacios, más aún si en el año 2013 un importante estudio reveló el desinterés de gran parte de las empresas a contratar a personas con discapacidad, quizá por no contar con espacios adecuados para la realización de las labores, por lo que el teletrabajo se presentó como la mejor opción, pues traería como ventaja la mayor comodidad para el teletrabajador y la disminución del ausentismo y riesgos dentro del centro laboral, siendo de gran ayuda la figura del teletrabajo por la gran cantidad de discapacitados la realidad del Perú.

Siendo esto así, el teletrabajo en el Perú se regula a través de la Ley N° 30036, “Ley que regula el Teletrabajo” y su Decreto Supremo N° 017-2015-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30036, Ley que fue aprobada por los Proyectos de Ley N° 184/2011 y 1052/2011. Cabe precisar que, ... *“los mencionados proyectos, se lanzaron considerando que en la Primera Encuesta Nacional de Discapacidad - 2012 realizada por el INEI se estableció: “El 5,2% de la población nacional (1 millón 575 mil 402 personas) padecen de algún tipo de discapacidad o limitación física y/o mental”, de las cuales 651 312 personas se encuentran en edad de trabajar; sin embargo, de ese grupo de personas, sólo el 21,7% está ocupada o buscando trabajo”*⁵.

En este sentido y con la dación de la Ley N° 30036, “Ley que regula el Teletrabajo”, se pretendió que el empresario accediera a una nueva forma de trabajo no presencial, permitiendo generar los mismos ingresos, pero abaratando ciertos costos, beneficiando -también- al teletrabajador; sin embargo, la figura jurídica como tal, ha sufrido una resistencia en el Perú, quizá porque falten algunas herramientas de promoción, aplicación e implementación para el teletrabajo. Lo que conllevado a que sea una ley casi invisible, pero que si es utilizado por un aproximado del 5.6% del empresariado⁶.

Por su parte, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en su afán de fomentar el empleo con la utilización del teletrabajo, es que en el año 2016 suscribe un pacto con gobiernos regionales, gremios empresariales, empresas y la sociedad civil, con el fin de incluir el teletrabajo en el sector público y privado, sin embargo, no es difícil darse cuenta que dicho pacto quedo en una mera formalidad por parte del Estado, que, pese a que la figura jurídica del teletrabajo, fue refrendada a través de la Ley N° 30036; no fue considerada como una figura protagonista y lejos de darle un enfoque vanguardista por encontrarse revestida de la tecnología, fue dejada de lado y hoy en día “nos pasa la factura” existiendo diversos vacíos como por ejemplo la protección del teletrabajador frente a los accidentes del trabajo en su domicilio.

⁵AngelaCulqui Fernández y Adela González Torres, “El Teletrabajo: Una Innovadora Forma de Organización del Trabajo, una Herramienta de Inclusión Laboral y su Regulación Jurídica en el Perú”, Derecho & Sociedad, N° 46, marzo 2016, p.101.

⁶La información sobre los potenciales teletrabajadores en el Perú se extrae del documento denominado “Informe Técnico que contiene propuestas de las políticas públicas referidas al teletrabajo para garantizar su desarrollo y su preferente utilización a favor de las poblaciones vulnerables”. Se puede acceder a dicho informe en el siguiente link: http://www.mintra.gob.pe/archivo/file/SNIL/normas/2015-05-28_121-2015-TR_4079.pdf



Ahora bien, a consecuencia de la COVID-19, la figura del teletrabajo despegó, pero con ella, se advirtieron diversos vacíos legales por el mismo hecho de no haber sido empleada, lo cual es de verse a través del Decreto de Urgencia N° 026-2020 que establece medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus, ha prescrito en su artículo 17° la aplicación del “trabajo remoto” (figura distinta al teletrabajo, pero sí una modalidad o derivación dinámica del mismo), que es entendido -según la norma actual- como la “prestación de servicios subordinada con la presencia física del trabajador en su domicilio o lugar de aislamiento domiciliario, utilizando cualquier medio o mecanismo que posibilite realizar las labores fuera del centro de trabajo, siempre que la naturaleza de las labores lo permita”⁷; estableciéndose además, su aplicación en el sector público y privado.

IV. LAS LIMITACIONES DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO FRENTE A UN ACCIDENTE DE TRABAJO:

4.1. SEGURIDAD Y SALUD DEL TELETRABAJADOR:

La seguridad y salud del teletrabajador, representa una gran incertidumbre para el empleador en tiempos de COVID, toda vez que las obligaciones del empleador en razón a la seguridad y salud en el trabajo, se ha visto limitada –cómo bien se ha indicado precedentemente-, pero sobretodo estas limitaciones son normativas, lo cual resulta preocupante, pues la única referencia existente es la incluida en *el literal d. del artículo 6° y el literal a. del artículo 7° del Reglamento De La Ley N° 30036*, estableciendo la capacitación sobre los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, datos personales, propiedad intelectual, seguridad de la información; intimidad, privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados del teletrabajador; protección de la maternidad y el periodo de lactancia de la teletrabajadora; seguridad y salud en el trabajo y libertad sindical, de igual forma, dispone como obligaciones del teletrabajador, el cumplimiento de la normativa vigente sobre seguridad de la información, protección y confidencialidad de los datos y seguridad y salud en el trabajo; disponibilidad para las coordinaciones con el empleador o entidad pública, en caso de ser necesario; guardar confidencialidad de la información; y limitarse al uso personal de los elementos y medios para la realización de las labores entregados por el empleador o entidad pública, ello a lo mejor basándose en el *artículo 8° del Convenio 177 de la OIT*, sobre el trabajo a domicilio⁸, de lo cual, es fácil advertir el abandono por parte del Estado de una materia tan importante como la seguridad y salud del teletrabajador, lo que conllevaría ciertamente a un sinfín de errores y muchos de ellos –lo más probable- graves, que pondrían en riesgos la vida y la salud de los teletrabajadores.

Es menester aclarar que, el tema en estudio, puede resultar del todo completos, más si a raíz de la redacción normativa antedicha, puede traer consigo consecuencias, por ejemplo, lo innecesario de efectuar cuatro capacitaciones mínimas al año obligatorias en seguridad y salud en el trabajo, conforme lo establecido en el *literal b) del artículo 35° de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (LSS)*, basándose en el “razonamiento” que como el trabajador no se encuentra dentro de las instalaciones del empleador, no es necesario otorgar capacitaciones, por lo que nos invita a reflexionar respecto a determinar, en qué ocasiones el empleador debe asumir la obligación total o parcial de la seguridad y salud en el trabajo; con la salvedad que se otorgue a la Autoridad Administrativa de Trabajo la facultad de determinar en qué circunstancias se justifica el apartamiento de la normativa, más aún si existe una dificultad especial, como es el acceso al domicilio particular de los teletrabajadores.

⁷ Decreto de Urgencia N° 026-2020. Cfr. <<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/566447/DU026-20201864948-1.pdf>>.

⁸ Artículo 7: La legislación nacional en materia de seguridad y salud en el trabajo deberá aplicarse al trabajo a domicilio teniendo en cuenta las características propias de éste (...)

En este sentido, se debe conocer las medidas de prevención y las enfermedades profesionales, cuya finalidad es únicamente analizar el grado de responsabilidad que podría tener el empleador frente a cada uno de ellos, por lo que el propósito del presente artículo es brindar pautas genéricas que coadyuven al legislador a mejorar el gran vacío normativo existente.

Para mejor entendimiento es trascendental hacer mención a lo establecido en el *artículo 2° del Reglamento de la Ley del Teletrabajo*, permite dos formas de teletrabajo, el de “forma completa” y el de “forma mixta”, el primero hace mención a la prestación de servicio realizada fuera de las instalaciones del empleador acudiendo a esta solo para realizar coordinaciones, mientras que el segundo hace referencia a aquel trabajador realiza la prestación de servicios de forma alternada dentro y fuera del centro de trabajo. Es por ello que, mi análisis versará sobre el teletrabajo desarrollado totalmente en el domicilio.

4.2. EL DEBER *IN VIGILANDO* DEL EMPLEADOR

Uno de los deberes más importantes del empleador es sin duda, el deber de vigilar la actuación profesional de sus empleados, facilitando –claro está- todos los medios preventivos para evitar riesgos laborales y seguridad en el trabajo, identificando las prácticas peligrosas en las que podría verse inmerso sus trabajadores, tal es así que, obliga a los trabajadores a cumplir cabalmente sus instrucciones, además de facilitar todos los materiales de protección, para el desarrollo normal de sus funciones, ya que con ello facilitaría al empleador comprobar si verdaderamente el teletrabajador se encuentra cumpliendo con las medidas preventivas de una manera razonable y consciente; ya que de producirse un accidente de trabajo o enfermedad profesional, con resultado de daños para los teletrabajadores, el empleador será quien acredite mediante la prueba oportuna que actuó en todo momento con la máxima diligencia, con cumplimiento de toda la normativa aplicable en materia de prevención y seguridad, haciendo que el daño no sea imputable para su empresa.

Una de las propuestas que ofrezco en el presente artículo, es amparar al empleador para el cumplimiento del **deber de protección**, tal es así, que se debe imponer el acceso al domicilio del teletrabajador antes de producirse la autorización del trabajo a distancia, por lo que al empleador se le deberá facultar el control *in situ* de los riesgos laborales a los que quedaría expuesto aquel, sin embargo esta propuesta resultaría arriesgada, ya que se concertaría un conflicto con el derecho que tiene toda persona al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar (artículo 2° inciso 7 de la Constitución Política del Perú) resultando difícil cumplir con el deber de vigilancia, pero sí amparable en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo del año 2002, mencionaba en su artículo 8 párrafo tercero la medida que ahora se propone:

“Para verificar la correcta aplicación de las normas en materia de salud y seguridad, el empresario, los representantes de los trabajadores y/o las autoridades competentes tienen acceso al lugar del teletrabajo, dentro de los límites de la legislación y de los convenios colectivos nacionales. Si el teletrabajador trabaja en el domicilio, este acceso está sometido a previa notificación y consentimiento previo. El teletrabajador está autorizado a pedir una visita de inspección”.

4.3. LAS OBLIGACIONES DEL TELETRABAJADOR

El teletrabajador, quedará sujeto a cumplir las obligaciones encomendadas por el empleador, lo cual a decir verdad resulta difícil ejercer control ante ello, siendo elemental el mejor análisis por parte del empleador, a fin de evaluar los riesgos de acuerdo a las actividades realizadas dentro del domicilio del teletrabajador, teniendo claro la relación persona-máquina-ambiente para un mejor cumplimiento de las normas internas de la empresa y de las recomendaciones del empleador.

4.4. LOS ACCIDENTES DE TRABAJO DURANTE EL TELETRABAJO

Resulta innegable las posibles contingencias que puedan suscitarse durante el desarrollo de las actividades en el domicilio, por lo que es necesario tener en consideración el *tiempo y lugar*.



Lo indicado guarda relación con la *teoría de la carga de la prueba*, ya que con ello se logra establecer que, el accidente ocurrido en lugar y tiempo de trabajo (concurriendo ambos), se considera laboral, por lo que es responsabilidad exclusiva del empleador demostrar que el accidente no fue causado por el trabajo realizado, sino que fue fuera del tiempo o del lugar del trabajo (con la concurrencia de uno), suscitándose pues, un accidente doméstico y se transferiría la carga de la prueba al teletrabajador.

Siendo esto así, es importante lograr determinar que la causa del accidente no es laboral sino doméstica:

- ❖ **Tiempo de trabajo:** No debe afectar la duración máxima del trabajo, se deberá respetar los descansos obligatorios, por lo que, el empleador debe ser muy cauteloso al momento de otorgar autorizaciones para efectuar labores en horario fuera del establecido, procurando siempre el **derecho a la desconexión digital**.
- ❖ **Lugar de trabajo:** De acuerdo a lo señalado, el lugar de trabajo para muchos peruanos se ha trasladado al domicilio del teletrabajador, por lo que se deberá evaluar la realidad de cada teletrabajador, es decir el lugar donde se ubicará su *office*, ya que por ningún motivo, debe considerarse un espacio que acarree riesgos, como por ejemplo: la cocina, no siendo equiparable a una descarga eléctrica producida por una sobrecarga en el equipo de trabajo lo cual si será un accidente laboral, cambiando la situación, si la misma descarga eléctrica es producida por equipos ajenos al trabajo, por ejemplo: un hervidor eléctrico, siendo catalogada como accidente doméstico, por lo es ineludible distinguir las diversas situaciones que se puedan presentar a fin de establecer la contingencia del accidente.

V. **CONCLUSIONES:**

- 5.1. El Estado Peruano no ha tomado en serio la implementación del Teletrabajo en el Perú y ello se ha visto reflejado en la coyuntura que venimos padeciendo, aunado a ello la poca información de los empleadores al momento de realizar el seguimiento a sus trabajadores desde sus domicilios.
- 5.2. El Sistema de Seguridad y Salud en el trabajo, no ha establecido un adecuado lineamiento, a fin de lograr diferenciar si el accidente es laboral o un accidente doméstico.
- 5.3. Los Grupos Sindicales, no conocen la normativa vigente, y ello ha conllevado a que no se emplee la celebración de convenios colectivos, en los cuales se especifique el procedimiento ante una situación de accidente laboral dentro del domicilio del teletrabajador.

VI. **BIBLIOGRAFÍA:**

- 6.1. "Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de fecha 16 de julio de 2002", CCOO Federación Servicios. [Consulta: 04 de mayo, 2017]. Disponible en: <https://www.ccoo-servicios.es/archivos/bbva/20110727_acuerdo_marco_europeo_teletrabajo.pdf>.
- 6.2. Begoña, Eguía e Ixone, Alonso, "El desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación: un nuevo reto para el mercado de trabajo", *Scripta Nova Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, vol. 6, núm. 119. [Consulta: 04 de mayo, 2017]. Disponible en <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn119-74.htm>
- 6.3. Constitución de la Organización Internacional del Trabajo 1919.
- 6.4. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). San José, Noviembre de 1969.
- 6.5. "Exposición de Motivos del Reglamento de la Ley N° 30036, Ley que Regula el Teletrabajo", *Sistema peruano de información jurídica*. [Consulta: 30 de abril, 2017]. Disponible en: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2015/Noviembre/03/EXP-DS-009-2015-TR.pdf>
- 6.6. Ramirez, Eddy y Chuquillanqui, Oscar, "El Teletrabajo en el Perú: Comentarios al Nuevo Marco Normativo"
- 6.7. Selma, Alejandra "El Accidente De Trabajo En El Teletrabajo. Situación Actual y Nuevas Perspectivas" Sanguinetti Raymond, Wilfredo, "Informe Teletrabajo y Globalización: en busca de Respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo", *El blog de Wilfredo Sanguinetti*. [Consulta: 30 de abril, 2017]. Disponible en <https://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2009/08/teletrabajo-y-globalizacion-final-informe.pdf>



¿SON NULAS LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS APLICADAS DURANTE EL ESTADO DE EMERGENCIA?

José Ernesto Coca Caycho¹



Sumario:

1. Procedimiento Sancionador en el Decreto Legislativo N° 1458. 2. ¿Se puede imponer una sanción sin que se haya tramitado el necesario Procedimiento Administrativo Sancionador? 3.- Lo dice la doctrina y jurisprudencia extranjera sobre las sanciones automáticas o de plano. 4. Conclusiones.

Mediante Decreto Legislativo N° 1458, publicado en el diario oficial El Peruano del martes 14 de abril de 2020, se ha otorgado facultades fiscalizadoras y sancionadoras a la Policía Nacional del Perú, respecto a las disposiciones emitidas durante la emergencia sanitaria. Dicho Decreto Legislativo establece un mecanismo de control administrativo-sancionador para asegurar el cumplimiento de las disposiciones de aislamiento social obligatorio durante el estado de emergencia, tipificando infracciones y sus correspondientes sanciones, que es independiente de las responsabilidades penales y civiles en las que las personas pueden incurrir durante la emergencia.

Asimismo, mediante Decreto Supremo N° 006-2020-IN, de fecha 14 de abril de 2020, se aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1458, Decreto Legislativo para sancionar el incumplimiento de las disposiciones emitidas durante la Emergencia Sanitaria a nivel nacional y demás normas emitidas para proteger la vida y la salud de la población por el contagio del COVID-19, la tabla de infracciones y sanciones y el “Acta de Infracción y Sanción”.

1. Procedimiento sancionador en el Decreto Legislativo N° 1458

El procedimiento sancionador del Decreto Legislativo N° 1458, se encuentra establecido a partir del Capítulo II de su Reglamento, que refiere lo siguiente:

¹ Abogado por la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión. Ex Docente Invitado de Derecho en la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión y en la Universidad Nacional de Barranca.

Artículo 9. Inicio del procedimiento administrativo sancionador

9.1 Cuando el efectivo de servicio policial, en el ejercicio de sus funciones, detecte a un ciudadano que está incumpliendo las disposiciones emitidas durante la Emergencia Sanitaria a nivel nacional y demás normas emitidas para proteger la vida y la salud de la población por el contagio del COVID-19, procederá a su intervención en ese momento, instándole, de corresponder, el cese de dicho incumplimiento, asimismo procederá a identificarlo mediante su Documento Nacional de Identidad, Carné de Extranjería, Pasaporte u otro documento idóneo para establecer su identidad, en caso no sea posible, será retenido y conducido a la Comisaría para dicho fin.

9.2 Una vez identificado el infractor, el efectivo policial en el acto procederá a levantar el Acta de Infracción y Sanción correspondiente, que contiene como mínimo, lo siguiente:

- a. La identificación de la persona infractora.
- b. El lugar, la fecha y hora en que se inicia la intervención.
- c. La infracción cometida y la multa correspondiente, con la indicación de la base legal respectiva.
- d. Una breve descripción de los hechos en los cuales se cometió la infracción.
- e. El plazo y lugar para el pago de la multa.
- f. La firma de la persona infractora. En su defecto, el personal policial deja constancia del desacuerdo del infractor con la sanción impuesta, comunicándole, su derecho a presentar el recurso de apelación correspondiente, así como el plazo para su presentación.
- g. La identificación del personal policial que realiza la intervención, así como su firma

9.3 En el caso de que el ciudadano infractor sea analfabeto, bastará con la imposición de la impresión digital de su índice derecho o en ausencia de este, de cualquier otro, dejando constancia de la lectura de la Acta, de ser posible se consignará para ello un testigo.

9.4 En caso el ciudadano infractor se niegue a firmar el Acta respectiva, el efectivo policial dejará constancia de ello, consignado “se negó a firmar” y señalando las razones de ello. Posteriormente, se entrega un ejemplar del Acta de Infracción y Sanción al infractor para los fines que considere pertinente y el otro ejemplar se quedará con el efectivo policial para su remisión a la autoridad encargada de su registro y proceso de cobro.



2. ¿Se puede imponer una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento administrativo sancionador?

Cabe mencionar que a partir de la entrada en vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General N.º 27444 (11 de octubre de 2001), toda autoridad administrativa cuenta con un instrumento legal - adicional a la jurisprudencia emitida por este Tribunal- que la obliga a observar, y respetar, el contenido del derecho a la tutela procesal efectiva en cada una de las decisiones que debe adoptar dentro de todo procedimiento administrativo².

Conforme se advierte del procedimiento del numeral anterior, el procedimiento sancionador al que hace alusión el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1458, solo esta en el nombre, pues refiere que el efectivo policial (órgano sancionador), en un solo acto, levanta el acta de infracción y sanciona, vulnerando claramente el principio del debido procedimiento establecido en el numeral 2) del artículo 246^a del TUO de la Ley N° 27444, que nos indica lo siguiente: “Debido procedimiento.- No se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a autoridades distintas.(...)»

Para el Tribunal Constitucional, este principio supone, en primer término, que todos los administrados tienen derecho a la existencia de un procedimiento administrativo previo a la producción de las decisiones administrativas que les conciernan. Asimismo, dicho principio implica que la Administración Pública tiene el deber de producir sus decisiones cumpliendo las reglas que conforman el procedimiento, de modo que es flagrantemente violatorio de este principio emitir actos administrativos sin escuchar a los administrados³ (resaltado y subrayado nuestro)

Nosotros consideramos, en virtud a lo antes mencionado, que la sanción administrativa regulada en el Decreto Legislativo N° 1458, al ser aplicada de modo automático, y sin previo proceso administrativo, resulta contraria también a los incisos 3)⁴, y 14⁵) del

² EXP. N.º 03426-2006-PA/TC. LIMA - PESQUERA ALEJANDRÍA S.A.C. Numeral 20.

³ Sentencia del 29 de agosto de 2004 recaída en el Expediente N° 1628-2003-AA/TC, segundo párrafo del fundamento jurídico 6.

⁴ 3.-La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.



artículo 139° de la Constitución Política del Perú, pues sólo podría ser impuesta una vez que, en un previo proceso administrativo, el infractor no hubiese podido desvirtuar el cargo imputado.

3. Lo que indica la doctrina y jurisprudencia extranjera sobre las sanciones automáticas o de plano.

Danos Ordóñez⁶, Catedrático de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, afirma lo siguiente: “que la consagración del principio del debido procedimiento en el ámbito de lo sancionador administrativo de la Ley 27444, comprende tres garantías las cuales: i) La obligación de que toda sanción administrativa que se pretenda aplicar solo puede haber sido establecida como consecuencia de un previo procedimiento administrativo sancionador, lo que significa que no es posible jurídicamente aplicar sanciones de plano; ii) La obligación de que a continuación de la notificación de cargos al imputado comunicándole el inicio del procedimiento administrativo sancionador se le otorgue la oportunidad de ejercer su derecho de defensa mediante la presentación de sus descargos; y iii) La obligación que las fases instructora y resolutoria del procedimiento sancionador estén a cargo de diferentes funcionarios, para generar condiciones que promuevan la objetividad e imparcialidad”.

La Corte Constitucional de Colombia ⁷, refiere que, aun cuando es posible plantearse la imposición de sanciones de plano, producto de acoger los principios de eficacia y celeridad que presiden las actuaciones administrativas, estas mismas están obligadas a respetar la prevalencia de los derechos fundamentales, entre ellos, la presunción de inocencia. Entonces, aun cuando la norma no prevea un procedimiento, estese deberá realizar siguiendo las disposiciones que para el efecto contiene el Código Contencioso

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 sea su denominación.

⁵ 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.

⁶ **Danos Ordóñez, Jorge.** *La regulación del Procedimiento Administrativo Sancionador en el Perú.* Mayo 2018. Disponible en: <https://n9.cl/lbic> [consultado el 01 de febrero de 2021].

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-005-98, 22 de enero de 1998, magistrado ponente Jorge Arango-Mejía. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-005-98.htm>.

Administrativo. “Un acto sancionatorio, desprovisto de un proceso previo, es un acto arbitrario, contrario al Estado de derecho, previsto en la Constitución”

Mario Rejtman Farah⁸, señala que resulta imprescindible, y ello debe ser objeto de expreso control jurisdiccional, que exista un procedimiento previo a la aplicación de cualquier sanción, en el que el interesado tenga la oportunidad de ejercer con plenitud su derecho de defensa. Por encima de cualquier previsión reglamentaria o estatutaria, las garantías al debido proceso y a la defensa en juicio han sido constitucionalmente consagradas por el artículo 18 de la CN y ello debe ser objeto de expreso control. No constituye una facultad discrecional asegurar el cumplimiento de tal derecho.

5. CONCLUSIÓN

En conclusión, las sanciones aplicadas en virtud al Decreto Legislativo N° 1458, y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2020-IN, son nulas de pleno derecho⁹, por cuanto no cuenta con un procedimiento administrativo previo, es decir padece de una causal de invalidez trascendente y relevante, al vulnerar los numerales 3), 14) del artículo 39° de la Constitución Política del Perú, y el numeral 2) del artículo 246^a del TUO de la Ley N° 27444, y 3) , y 14) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú.



⁸ Mario Rejtman Farah, “El control judicial de las sanciones administrativas disciplinarias”. En Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires. “*El Control de la Actividad Estatal, Discrecionalidad*”. Buenos Aires. 1ª Edición: octubre de 2016. Página 274-286.

⁹ Artículo 10.- Causales de nulidad (TUO de la Ley N° 27444)

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.

(...)

REFERENCIAS

- Constitución Política del Perú (31 de diciembre de 1993). Perú.
- Decreto Legislativo Decreto Legislativo N° 1458 (14 de abril de 2020).
- Decreto Supremo N° 006-2020-IN, de fecha 14 de abril de 2020, se aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1458, Decreto Legislativo para sancionar el incumplimiento de las disposiciones emitidas durante la Emergencia Sanitaria a nivel nacional y demás normas emitidas para proteger la vida y la salud de la población por el contagio del COVID-19, la tabla de infracciones y sanciones y el “Acta de Infracción y Sanción
- TUO de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.



CUATRO LECCIONES DEL ORDENAMIENTO LABORAL ESPAÑOL PARA LA FUTURA NORMA PERUANA DE TELETRABAJO

Luis Martín Bravo Senmache¹



Resumen

La expedición del Real Decreto-Ley 28/2020, flamante norma española ordenadora del trabajo a distancia y teletrabajo, ha permitido identificar, más claramente, a partir de sus aciertos y cuestionamientos, los verdaderos aspectos clave en la regulación jurídica de la materia, a cuyo tratamiento deberá dirigir especial atención el articulado de la futura y renovada normativa del teletrabajo en el Perú, que, a juzgar por la actividad congresal sobre el particular, es de inminente promulgación. De ahí la importancia y urgencia de aprender, cuanto sea posible, de la novedad legislativa extranjera. El presente estudio ofrece cuatro lecciones a este propósito.

Palabras clave:

Teletrabajo, Real Decreto-Ley 28/2020, Flexibilidad, Principio de voluntariedad, Negociación colectiva.

I. Introducción

La urgente necesidad de prevenir y controlar el contagio del nuevo coronavirus en la sociedad; y de mantener, al propio tiempo, y cuanto sea posible, el ritmo de las actividades productivas, hizo necesaria, a nivel prácticamente mundial, la *huida masiva hacia el teletrabajo*²³. De los efectos esta (ya no tan novedosa) forma de organizar el

¹ Abogado por la Universidad Señor de Sipán. Asociado en Palomino Guerra Abogados SRL. Miembro activo de la Comisión de Derecho Laboral de la Sociedad Peruana de Derecho. Miembro fundador de la Escuela Filoneísta de Derecho (EFIDE). Investigador y conferencista con estudios de especialización en Derecho del Trabajo por la Universidad de Salamanca.

² Recogiendo conclusiones del Eurofound (de abril de 2020), la OIT señala, en una recientemente publicada Guía, que “[c]omo resultado de las directivas de confinamiento decretadas por los gobiernos, casi 4 de cada 10 empleados en Europa comenzaron a teletrabajar” (p. 3); y precisa que “[e]l aumento más significativo del teletrabajo tuvo lugar en los países más afectados por el virus y en los que el teletrabajo estaba bien desarrollado antes de la pandemia”. (p. 3).

³ Según cifras del Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas (2020), en promedio, en el año 2019 solo 4,8 % de los ocupados en España prestaron servicios laborales mediante la figura del teletrabajo. En las primeras semanas de restricciones derivadas de la pandemia (mediados de marzo de 2020 en adelante), esta cifra se elevaría nada menos que a un sorprendente 34 %. En el caso peruano, la estadística del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (provista por el investigador Jesús E. Aguinaga, 2018) constató que en 2016 solo hubo 648 teletrabajadores en Lima Metropolitana; y que en junio de 2019 la cifra solo había aumentado, en todo el país, a 1600, por lo que la proyección que esperaba



trabajo podía, hasta entonces, darse fe principalmente desde el plano teórico, dado que la figura no supo encontrar el éxito en gran parte de los países que la habían adoptado normativamente, tal como acreditan las cifras estadísticas.

Por ello, eventualmente la historia del laboralismo contemporáneo sabrá reconocerle a la pandemia de la covid-19, y a la crisis que esta trajo consigo, la posibilidad real de poner en marcha el *experimento más importante de teletrabajo en el mundo*; y la oportunidad de verificar, a partir de sus observaciones, las grandes potencialidades del modelo, pero también de advertir la magnitud de los grandes retos y peligros⁴ que este puede deparar en perjuicio de los trabajadores.

El Real Decreto-Ley 28/2020, norma española reguladora del trabajo a distancia y teletrabajo, publicada el 23 de septiembre de 2020 en el Boletín Oficial del Estado, y vigente desde el 13 de octubre de dicho año, simboliza, en este contexto, el producto legislativo de la sistematización –con fines estructurales y no meramente coyunturales– de las más importantes enseñanzas que la realidad originada por la crisis sanitaria ha ofrecido con respecto a esta modalidad de organización del trabajo; y del encuadramiento de estas con los cuerpos legales preexistentes que le resultaban compatibles, así como de la valoración institucional de las sugerencias que los doctrinarios postularon sobre la materia⁵.

Con todo, las críticas hacia la norma no se hicieron esperar⁶; y han provenido de las voces más autorizadas de la disciplina⁷. Pero, aciertos y desperfectos encima, el estudio comparado de la ley extranjera es imprescindible para el caso peruano en la medida de que representa una concreta respuesta legislativa frente a un problema que afecta igual de intensa y generalizadamente al Perú: la crisis originada por la pandemia.



contar con 34 mil trabajadores bajo esta modalidad de prestación laboral para 2021 seguramente no se habría verificado en el país.

⁴ Esta vez desde la experiencia, el legislador español ratifica que, entre otros, la protección de datos, el tecnoestrés, la fatiga informática, la disminución de las jornadas de trabajo, el aislamiento laboral o el traslado de los costos de la actividad productiva sin compensación, son de los principales “inconvenientes” del teletrabajo.

⁵ Ver, a modo de ejemplo, la editorial “¿La hora del teletrabajo?” del Prof. Wilfredo Sanguinetti en el número 66 de la Revista “Trabajo y Derecho”, correspondiente a junio de 2020, en donde se esbozan cuatro elementos clave para la regulación futura del teletrabajo en España.

⁶ Desde la instrumento legal con que se ha legislado (Real Decreto-Ley), hasta una enorme cantidad de problemas aplicativos (por mencionar algunos: solo será considerado teletrabajo aquel que se realice en un treinta por ciento proporcional a la jornada laboral –¿qué jornada: semanal, mensual, anual?–; qué normativa aplicar a los teletrabajadores de la emergencia, si la norma ordinaria (art. 13 ET) ha sido revocada; cómo la norma puede permitir la vigencia de hasta tres años de los convenios colectivos ya celebrados, si la implementación de sus regulación es urgente; entre muchos otros) han sido ya denunciados por los operadores de la Ley.

⁷ Madrugadores comentarios críticos sobre el RDL 28/2020 pueden ser encontrados en “El blog de Wilfredo Sanguinetti”, entrada del 3 de octubre de 2020, disponible en <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2020/10/03/la-ley-de-trabajo-a-distancia-o-las-dificultades-de-conciliar-dos-necesidades-de-distinto-origen/> (consultado el 23 de octubre de 2020).

Así, en la aplicación, la investigación y en la creación (o revisión⁸) del derecho nacional importará el análisis, crítico y contextualizado, de la norma foránea, para con ello ampliar y profundizar nuestra comprensión del enorme y complejo fenómeno en cuestión (sobre todo de su plano jurídico), y así evitar confinar el ordenamiento peruano dentro los siempre superables límites territoriales (Pegoraro y Rinella, 2006: 32), dotando a las futuras normas de una visión más abierta y cabal del problema, y fundamentalmente, de las soluciones que se le han podido ensayar en el mundo.

II. DESARROLLO

2.1. Principales antecedentes normativos del Real Decreto-Ley 28/2020

Dispersa y escasa: así se definía la regulación normativa relativa al teletrabajo en España hasta hace muy pocos años⁹. La consecuente inseguridad jurídica que tal situación generaba en perjuicio de los derechos de los teletrabajadores encandiló propuestas y sugerencias por parte de los interlocutores sociales, así como, particularmente, de los sectores doctrinarios. Sin embargo, a pesar de estos uniformes y consistentes reclamos, no fue otra circunstancia que la crisis derivada de la pandemia, la que dotó de verdadera urgencia la construcción de una legislación específica para el teletrabajo.

En la edificación del Real Decreto-Ley 28/2020, según permite identificar la exposición de motivos, se han observado los lineamientos del derecho internacional del trabajo, así como de acuerdos multinacionales sobre teletrabajo. Así, por un lado, el Convenio 177 de la Organización Internacional del Trabajo (“Convenio sobre el trabajo a domicilio”) y la Recomendación 184, ambos de 1996; y, por otro, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, de 2002, han servido, cada uno a su modo¹⁰, como referente y antecedente de la novedad legislativa.



⁸ El 5 de agosto de 2020, el congresista peruano José Antonio Núñez Salas (Grupo Parlamentario Morado), presentó el Proyecto de Ley 5908/2020-CR, para “regular el teletrabajo en nuestro ordenamiento jurídico como una modalidad de trabajo aplicable en el sector privado y en circunstancias normales y excepcionales” (art. 1). La Comisión de Ciencia, Innovación y Tecnología (Período Anual de Sesiones 2020-2021) del Congreso de la República, mediante Dictamen 13, ha aprobado dicho proyecto.

⁹ En el marco de la Conferencia Nacional Tripartita celebrada en marzo de 2017 por gestión de la OIT, la profesora Raquel Yolanda Quintanilla Navarro expresó que “[l]a regulación normativa del teletrabajo en España se encuentra dispersa y resulta escasa.” (Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017: 108)

¹⁰ Dado que España no ha ratificado el Convenio 177 de la OIT, este instrumento no ostenta un carácter vinculante en su derecho interno. No obstante, es posible identificar la influencia de este Convenio en el Real Decreto-Ley en, sobre todo, el entendimiento conceptual de la figura del trabajo a distancia. Por su parte, el Acuerdo Marco, que fue incorporado en España mediante un Anexo al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva, del 30 de enero de 2003, tampoco ha gozado de influencia directa, puesto que su “eficacia jurídica es meramente obligacional” (Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017: 108) y no normativa; y porque para su eficaz recepción era necesaria la intervención de la negociación colectiva (Belzunegui, 2008).

Aunque ya resultaba “insuficiente para aplicarlo a las peculiaridades del teletrabajo”¹¹, el ahora derogado artículo 13 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (cuerpo legal general equivalente al peruano Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral) también se ubica dentro de los precedentes, sin duda el más directo, de la reciente norma.

Entre otros, la reformista Ley 3/3012; la Directiva 2019/1158 (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de junio de 2019, sobre conciliación de vida familiar y profesional de los progenitores y cuidadores; la Ley Orgánica 3/2018, de gran repercusión internacional, referida a la protección de datos personales y garantía de los derechos digitales; y en fin, los pioneros elementos normativos del ahora llamado “derecho del trabajo de la emergencia sanitaria”, como el Real Decreto-Ley 8/2020, han sabido reclamar, entre los antecedentes de la flamante ley española, un lugar protagónico.

2.2. Vistazo general de las normas peruanas sobre el trabajo a distancia y teletrabajo: problemática y balance

Expuestas ya las especiales circunstancias en que se gestó el Real Decreto-Ley 28/2020, así como el recuento de los principales cuerpos legales que le sirvieron de fuente y de respaldo, corresponde ahora a la investigación pasar revista a los principales rasgos de la normativa peruana reguladora de, por un lado, el trabajo a distancia (“trabajo a domicilio”, según la terminología nacional); y, por otro, el teletrabajo, a fin de determinar el estado del desarrollo normativo sobre la materia en el país.

2.2.1. El trabajo a domicilio previsto en el art. 87 del DS 003-97-TR

A pesar de sus condiciones particularmente aplicables en el contexto peruano¹², y de contar tradicionalmente con un respaldo normativo específico¹³ (actualmente los arts. 87 a 96 del Decreto Supremo 003-97-TR)¹⁴, el trabajo a domicilio no ha tenido, ni por asomo, fecunda recepción en la sociedad peruana. Este fracaso –que de hecho es fenómeno generalizado en el mundo (Vega, citado por OIT, 1998)– se ha atribuido, según indica un ya lejano estudio de la OIT (1998), a la falta de un sistema de control que permita

¹¹ Según reconoce el legislador español en su Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 28/2020.

¹² Verdera, citado por OIT (1998), en una investigación realizada por encargo del Departamento de políticas de desarrollo de la OIT, resaltaba que la presencia del trabajo a domicilio en el Perú se aprecia por: i) la mayor importancia de talleres familiares en las viviendas de los trabajadores (...); ii) la notoria mayor absorción de mujeres como trabajadoras independientes que señalan su vivienda como lugar de trabajo (sobre todo en las subramas de textiles y confecciones); iii) la extensión de la subcontratación a talleres familiares y a trabajadores a domicilio por parte de agentes y empresas de diverso tamaño; y finalmente iv) la persistencia de la producción artesanal urbana y rural mediante el trabajo por encargo (p. 1).

¹³ Sara-Lafosse, citado por OIT (1998), identifica el antecedente normativo más remoto del trabajo a domicilio en la Ley 2851, de noviembre de 1918.

¹⁴ Artículo 87, DS 003-97-TR.- “Trabajo a domicilio es el que se ejecuta, habitual o temporalmente, de forma continua o discontinua, por cuenta de uno o más empleadores, en el domicilio del trabajador o en el lugar designado por este, sin supervisión directa e inmediata del empleador. El empleador tiene la facultad de establecer las regulaciones de la metodología y técnicas del trabajo a realizarse.”

fiscalizar la ejecución de labores bajo esta modalidad de trabajo. Más agudamente, en dicha investigación se sostuvo que:

[s]orprende que la legislación sobre trabajo a domicilio muestre un desarrollo ‘normal’ *cuando su eficacia es nula*. La precisión en el articulado de la ley, la necesidad de registros y los procedimientos van paralelos a la *falta de visibilidad del trabajo a domicilio* y a la consiguiente *falta de aplicación de las normas*. Ni siquiera es objeto de asombro que la vigencia efectiva del D.Leg. 728 en materia de trabajo a domicilio sea *nula*. (p. 7; énfasis agregado)

Que sea un “fenómeno disperso, aislado y fuera de control” (Vega, citado por OIT, 1998); y que prácticamente en la totalidad de los casos de trabajo a domicilio este aparezca “de forma clandestina o disfrazado”, y en muchas ocasiones “combinado con el trabajo independiente”, son las razones por las que, en el medio peruano, esta modalidad de organización del trabajo haya sido abandonada, acaso deliberadamente, por los interlocutores sociales. Se trata, en una palabra, de una figura olvidada.

2.2.2. El teletrabajo normado en la Ley 30036 y su Reglamento

En el marco de defendidas políticas de inclusión social, el Congreso de la República conformado durante el gobierno Ollanta Humala (2011 – 2016) aprobó la regulación normativa del teletrabajo, modelo al que se le buscó atribuir, desde su génesis, un carácter fundamentalmente instrumental: el de facilitar la inclusión, la incorporación de las poblaciones vulnerables al mercado de trabajo¹⁵.

Con ajustados cinco artículos y cuatro disposiciones complementarias finales, la norma pilar del teletrabajo en el Perú, la Ley 30036, había entrado en vigencia ya en junio de 2013, y recogía, naturalmente, solo las principales bases jurídicas de esta modalidad laboral. Pero no sería sino hasta más de dos años después de su promulgación, que por mérito de sus normas reglamentarias, aprobadas mediante Decreto Supremo 017-2015-TR, se pudo tomar real conocimiento de su significación para el ordenamiento jurídico nacional.

Y es que en el Reglamento aparecen, esta vez más detalladamente, los principios de aplicación del teletrabajo peruano: la voluntariedad, la reversibilidad, la igualdad de trato y la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral (art. IV del Título Preliminar). Se reconocen, más adelante, las formas completa y mixta de teletrabajar, ambas aplicables también al sector público (art. 2). Y, finalmente, el catálogo de derechos y obligaciones del teletrabajador se halla, por su parte, de forma escueta y meramente expositiva, en el art. 6: derecho a la capacitación sobre los medios informáticos, a la intimidad, privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados del trabajador, a la protección de la maternidad y el período de lactancia de la teletrabajadora, a la seguridad y salud en el trabajo, y el derecho a la libertad sindical.

Armado ya con su propio andamiaje normativo –no carente de insuficiencias, por supuesto–, la implementación efectiva del teletrabajo supo generar importantes

¹⁵ Deja nítida constancia de esta intención política la segunda disposición complementaria final de la Ley 30036, así como el art. 8 y la disposición complementaria final de su Reglamento.



expectativas en el empresariado y en la masa laboral peruanas. Mas, como atestiguan las ya referidas cifras estadísticas, la promesa del teletrabajo no ha podido hacerle frente, en estos ya casi ocho años de vigencia, a los durísimos desafíos que la realidad peruana le ha presentado, como, por ejemplo, la bien arraigada cultura del presencialismo laboral. Entre otros, este ha sido uno de los factores determinantes por los que el teletrabajo nunca logró despegar realmente en el medio nacional –panorama que, por lo demás, no ha sido propio del Perú, dado que también lo han verificado gran parte de los ordenamientos extranjeros que adoptaron este modelo¹⁶–.

2.3. Algunas necesarias precisiones sobre el trabajo remoto peruano

Por una infranqueable cuestión de principios, el trabajo remoto debe ser necesariamente diferenciado del teletrabajo común. Producto típico del *derecho laboral de la emergencia*, el trabajo remoto acusa, en su regulación, la urgencia con que el legislador nacional tuvo que actuar para controlar, en la medida de lo posible, la propagación del nuevo coronavirus. Así, en su definición normativa, recogida en el art. 3 del Decreto Supremo 010-2020-TR¹⁷, es posible evidenciar la adopción *matizada* de, sobre todo, el elemento tecnológico que caracteriza al teletrabajo ordinario: en aquel, como no sucede en este, no es imprescindible el empleo de las nuevas tecnologías para ejecutar las labores productivas.

Pero la característica esencial de esta coyuntural figura estriba, más bien, en su punto de partida. A diferencia del teletrabajo recogido en la Ley 30036, que arranca necesariamente del principio de voluntariedad, el trabajo remoto se inspira directamente del principio opuesto: el de unilateralidad. El cambio de modalidad de la actividad laboral (de presencial a remota) no es, según este diseño, resultado de un convenio entre trabajador y empleador, sino consecuencia de una verdadera imposición del segundo con respecto al primero¹⁸.

Por las especiales circunstancias en que se concibió el trabajo remoto, la aceptación de esta (la carencia del elemento volitivo en su dinámica) y otras nada despreciables

¹⁶ Abundan en España los artículos de opinión e investigación científica al respecto. El de Mercedes Hernández (“El Teletrabajo no logra despegar en España”, disponible en <https://mercedes-herandez.com/2020/01/20/el-teletrabajo-no-logra-despegar-en-espana/>), publicado a fines de enero de 2020, resulta particularmente llamativo, puesto que supo dejar constancia del verdadero fracaso de la figura solo semanas antes de que la pandemia la convirtiese en la opción primera (y única) de los trabajadores y empresas para mantenerse productivamente vigentes.

¹⁷ Artículo 3, DS 010-2020-TR.- “Prestación de servicios subordinada con la presencia física del/la trabajador/a en su domicilio o lugar de aislamiento domiciliario, utilizando cualquier medio o mecanismo que posibilite realizar las labores fuera del centro de trabajo, siempre que la naturaleza de las labores lo permita. Este no se limita al trabajo que puede ser realizado mediante medios informáticos, de telecomunicaciones u análogos, sino que se extiende a cualquier tipo de trabajo que no requiera la presencia física del/la trabajador/a en el centro de labores.”

¹⁸ Artículo 18.1.3, DU 026-2020.- Son obligaciones del empleador: (...) Comunicar al trabajador la decisión de cambiar el lugar de la prestación de servicios a fin de implementar el trabajo remoto, mediante cualquier soporte físico o digital que permita dejar constancia de ello. Precisamente esta cualidad permite diferenciar, también, al trabajo remoto del trabajo a domicilio.

particularidades suyas (carácter facultativo del pago compensatorio por empleo de herramientas del trabajador¹⁹, por ejemplo) se encuentra *temporalmente justificada* en el ordenamiento laboral, incluso a pesar de que, en buena cuenta, todas ellas representan un apartamiento de las exigencias derivadas del principio tuitivo.

Pero, cuando la causa objetiva que legitima actualmente la presencia del trabajo remoto desaparezca, o cuando menos, se reduzca hasta un mínimo controlable, esta forma de organizar la actividad laboral deberá, necesariamente, *extinguirse* de entre las normas peruanas de trabajo²⁰.

De ahí que entre la normativa peruana llamada a aprender del Real Decreto-Ley 28/2020 no se encuentre la reguladora del trabajo remoto: solo lo puede ser, *por su señalada vocación de permanencia*, la Ley 30036, que regula el teletrabajo; y, con todo, el articulado dedicado al trabajo a domicilio. Dirigir esfuerzos de perfección hacia la normativa del trabajo remoto²¹ no sería sino desconocer la existencia y completa vigencia de las normas previas sobre teletrabajo; y pretender legitimar una regulación que, además de ser meramente coyuntural, es a todas luces, desconocedora de los principios del trabajo prestado a distancia.

2.4. Balance de la regulación normativa peruana sobre la materia

De la revisión general de la normativa peruana sobre trabajo a domicilio y teletrabajo se observa que, con respecto a la primera de estas modalidades, la regulación no es necesariamente deficiente. Si esta modalidad de organizar el servicio laboral ha fracasado en nuestro país –ya lo ha señalado la propia OIT– es por razones de orden material (logístico): en concreto, la ausencia de un sistema de fiscalización idónea; y la existencia denada despreciables exigencias que dirige hacia el empresariado (por ejemplo, la creación de un “Registro de Trabajo a Domicilio” que reemplaza a la planilla electrónica). Estas razones, en el tiempo, no han hecho más que ahuyentar a los empleadores de adoptar esta figura legal; y de ahí su casi nula presencia en el medio nacional.

A su vez, el balance sobre la regulación normativa del teletrabajo en el Perú demuestra que junto a los factores de orden social-cultural (verbigracia, el fenómeno del presencialismo laboral), han sido causas radicantes en la propia Ley las que han significado el reducido empleo de la figura. Es casi unánime el reclamo del empresariado nacional por una mayor flexibilidad en la implementación del teletrabajo (en la adopción del

¹⁹ Artículo 7, DS 010-2020-TR.- “Cuando los medios o mecanismos para el desarrollo de trabajo remoto sean proporcionados por el/la trabajador/a, las partes pueden acordar la compensación de los gastos adicionales derivados del uso de tales medios o mecanismos.”

²⁰ En virtud del Decreto de Urgencia N.º 127-2020, el trabajo remoto se encuentra justificado hasta, como máximo, el 31 de julio de 2021. Es de esperar, sin embargo, que esta fecha de expiración varíe conforme la crisis sanitaria se mantenga o se controle en el país.

²¹ Aunque de forma confusa, el legislador español ha procedido en este sentido. Así, según la disposición transitoria tercera, el teletrabajo desarrollado con motivo de la pandemia seguirá rigiéndose por las leyes ordinarias (se entiende, el art. 13 del Estatuto de los Trabajadores), mientras que solo el teletrabajo desarrollado con posterioridad a tal escenario, se ejecutará conforme el nuevo Real Decreto-Ley. El problema estriba, sin embargo, en que el art. 13 ET es, actualmente, después de su modificatoria, una mera remisión a la nueva Ley. Entonces, en términos rigurosos, ya no existe “normativa laboral ordinaria” qué aplicar. Se trata, en definitiva, de una infeliz discusión en círculo.



acuerdo, y en la percepción de beneficios por efectivamente aplicar el modelo); y esta, debe reconocerse, es una deficiencia notable en la regulación normativa existente.

Precisamente esta dolencia es la que ha venido a remediar, aunque con medicina de severos efectos secundarios, el trabajo remoto. La importante flexibilidad de que esta figura puede jactarse es, sin duda, la razón de su tan feliz recepción por el empresariado nacional. Pero, como se ha visto, la adquisición de su cualidad ha tenido un altísimo costo para el propio teletrabajador y sus derechos. *La futura ley del teletrabajo debe, en este sentido, hacer suya la tan ansiada flexibilidad, pero sin desconocer, en el camino, el contenido de sus pilares ideológicos, ni de los principios que rigen las especiales relaciones que busca regular.*

III. DISCUSIÓN

3.1. Lecciones (y recordatorios) de la norma española aplicables a la futura norma peruana de teletrabajo

Sentadas ya las bases del presente estudio, corresponde determinar qué características regulatorias del novedoso Real Decreto-Ley 28/2020 pueden ser aplicables en la futura norma peruana del teletrabajo²². Este empeño goza de palpable urgencia, puesto que, desde agosto de 2020, en el Congreso de la República peruano ya se viene discutiendo un Proyecto de Ley de Teletrabajo²³, que –directamente influenciado por el Anteproyecto de la Ley de Trabajo a Distancia española– busca “actualizar” y “perfeccionar” la normativa existente sobre la materia. A este efecto se ofrecen las siguientes consideraciones:

A. El trabajo presencial debe ser respetado en la formación del trabajador primerizo

Reconociendo la enorme influencia del trabajo presencial en la formación profesional del futuro trabajador, el legislador español ha recogido, con respecto a menores de edad y a los colaboradores acogidos a convenios de modalidades formativas, una serie de limitaciones en la implementación del trabajo a distancia: *la contratación de aquellos, en ningún caso, podrá ser enteramente remota.*

A pesar de que la pandemia ha permitido constatar las enormes ventajas que el teletrabajo trae consigo, *la no menos grande tentación de trasladar toda la experiencia del trabajo al domicilio del trabajador sigue figurándose como un verdadero error.*

Y es que, en la prestación presencial de servicios, los momentos informales de socialización, o el recibimiento ocasional de un *feedback* por parte de los compañeros, terminan resultando elementos fundamentales para la formación del trabajador, así como en la generación de su rendimiento. Goleman (2006), sostiene, sobre el particular, que:

²² Sugiere la OIT (2020: 4) que las próximas normativas sobre teletrabajo *postcovid* representará una “nueva era del teletrabajo”, y esta solo “podrá comenzar una vez que se produzca una disminución sostenida de nuevos casos, o bien se encuentre y se despliegue una vacuna o un tratamiento viable contra el virus de COVID-19.”

²³ Ver *supra*, nota 6.

[e]n el entorno laboral, la sensación de compromiso y satisfacción depende, en gran medida, de los cientos y cientos de interacciones que mantenemos cotidianamente con supervisores, compañeros o clientes. La acumulación y frecuencia de momentos positivos y de momentos negativos determina nuestra satisfacción y, en consecuencia, nuestro rendimiento. Así pues, el modo en que nos sentimos en nuestro puesto de trabajo depende de la suma total de pequeños intercambios, un cumplido por el trabajo bien hecho, una palabra de aliento después de un contratiempo, etcétera. (...) Por eso, cuanto más fuertes son los vínculos emocionales entre los trabajadores, más motivado, productivo y satisfactorio resultará el trabajo. (p. 377)

Lógicamente, estos factores adquieren una importancia mayor en el trabajador primerizo (o en el llamado a serlo en el futuro), y pueden significar, en el tiempo, la adquisición progresiva de *virtudes sociales*, que a su vez pueden dar origen a la innovación organizativa (Fukuyama, 1995: 68).

Por lo demás, la doctrina especializada ya era consciente de esta realidad cuando defendía, antes de la expedición del Real Decreto-Ley, que la regulación futura del teletrabajo debía velar por un modelo de semipresencialidad laboral, esto es, un trabajo prestado a distancia y, alternadamente, de forma presencial. La consecución de tal objetivo no deberá encontrarse supeditado, sin embargo, conforme va enseñando la realidad española, a porcentajes mínimos impuestos por la propia Ley, sin cuya verificación no sea posible aplicar las disposiciones normativas del teletrabajo²⁴. Esto, además de generar una serie de problemas interpretativos²⁵, podría dotar de rigidez al sistema, ahuyentando a las partes de poner en práctica su implementación. La futura norma peruana del teletrabajo debe, en este orden de ideas, alcanzar niveles óptimos de alternancia entre el trabajo en el centro laboral y en el domicilio del trabajador.



B. Del correcto tratamiento del principio de voluntariedad depende conseguir la flexibilidad en el teletrabajo

Muchas de las durísimas críticas que ya se le han dirigido a la nueva ley española de teletrabajo parten de la excesiva rigidez con que en ella se ha concebido al principio de la voluntariedad. El polémico “acuerdo de trabajo a distancia”, regulado en los arts. 5, 6, 7 y 8 del Real Decreto-Ley 28/2020 (cada uno con sus propios numerales), representará, según ya se avizora en la práctica forense, una auténtica manifestación de *cómo la juridificación obsoleta de la voluntad de las partes puede desembocar en la más irreverente inflexibilidad para el modelo*.

En la norma española se observa una sofocante regulación de la voluntad –al menos doce ítems expresamente se refieren a ella–, que ha terminado por infamar al acuerdo de trabajo a distancia, convirtiéndolo, más bien, en una figura propia del más primitivo derecho obrero. Y es que para la validez de este acuerdo se exige su constancia por

²⁴ Dispone el art. 1 del Real Decreto Ley 28/2020 que “Se entenderá que es regular el trabajo a distancia que se preste, en un período de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo”.

²⁵ Ver *supra*, nota 4.

escrito, la comunicación del acuerdo al representante de los trabajadores; y, en fin, la verificación de una serie de requisitos formales, todos recogidos en el art. 6 del Real Decreto-Ley. Requisitos que, además de generar una importante (e innecesaria) rigidez en el modelo, desconocen que la única encargada y legitimada para calificar la prestación de trabajo no es la documentación sino, como es bien sabido, la realidad misma (principio de primacía de la realidad).

En el proyecto de ley de teletrabajo peruano se ha recogido, también, esta necesidad de escrituralidad (art. 17). Y, como sucede en la realidad española, tal extremo de la regulación merece ya ser destinatario de críticas. Nada se avanzaría con respecto a la normativa vigente si se implementa este conjunto de (inoficiosas) formalidades: *la experiencia española, y la del trabajo remoto van demostrando que el progreso del modelo estriba en facilitar, cuanto sea posible, la ejecución de labores a distancia*. No supone ello, necesariamente, la prescindencia del convenio entre empresa y teletrabajador, *sino comprender eficaz y eficientemente la voluntad de las partes*; y en este empeño habrá de reclamar protagonismo la negociación colectiva.

C. La negociación colectiva activa es presupuesto de efectividad del teletrabajo

Comprender, como sostiene Ojeda (1995), al derecho sindical como el *segmento jurídico de la macrodisciplina de las relaciones industriales*, supone, como primer enfoque, dotar de protagonismo a los sujetos colectivos laborales, y reconocer, al propio tiempo, el papel secundario del Estado: “conlleva la exigencia de respetar un espacio natural a la libertad sindical y admit[ir] la insuficiencia de los poderes públicos para atender satisfactoriamente un campo normativo tan extenso y cambiante” (p. 58). En este esquema, será labor del Estado promover, mediante leyes, la autonomía colectiva.

El Real Decreto-Ley 28/2020 deja perfecta constancia de lo anterior. En su regulación se han reconocido nada menos que veintidós supuestos en que la negociación colectiva se encuentra expresamente llamada a actuar; y por ello se ha dicho que la novedad legislativa no es implementable en la práctica sin la intervención fuerte e inmediata de los sindicatos y de sus convenios colectivos. La OIT (2020) se alinea a estos criterios, cuando señala que, en la nueva era del teletrabajo, se

requerirá un uso mucho más amplio de un nuevo tipo de gestión –basado en la confianza y en la obtención de resultados– y una nueva forma de trabajar –más autónoma, más flexible y mejor adaptada a las circunstancias y preferencias individuales de los trabajadores (p. 4)

A la luz de lo anterior debe recordarse que la negociación colectiva persigue, también, satisfacer una *función organizativa*. Afirma Sanguineti (2013) que

a través de ella se regula también la organización y el desarrollo del trabajo en la empresa, mediante la creación de reglas uniformes que facilitan la gestión de recursos humanos en la misma, pero que, a la vez, permiten una cierta ‘procedimentalización’ del ejercicio de los poderes empresariales (pp. 262-263).

Esto, aunado a su no menos importante *función adaptativa*, convierte a la negociación colectiva “en la institución más dinámica del sistema de relaciones laborales y en el



instrumento más apropiado para la asimilación y adaptación permanente al cambio” (2016:263). Tenía sentido, pues, encargarle la regulación específica de las condiciones de teletrabajo a este mecanismo de diálogo colectivo, tal como se desprende de la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley.

En el caso peruano, no resultaría osado defender, al calor de estas reflexiones, que la futura norma del teletrabajo encomiende el tratamiento del principio de voluntariedad –que como se ha escrito, es punto clave de la flexibilidad de la figura– a las virtudes de la negociación colectiva. En ella podrán regularse todos sus aspectos centrales: la conversión del trabajo presencial a uno ejecutado a distancia; las condiciones para revertir tal variación; los períodos de prestación alternada a distancia; el inventario de los medios, equipos y herramientas; y en fin todas las estipulaciones que originalmente se han incluido en el “contenido del acuerdo de trabajo a distancia” (art. 7 del Real Decreto-Ley 28/2020 y su posible equivalente, el art. 18 del Proyecto de Ley de Teletrabajo del Perú), *así como todas las que sea necesario regular*. Se trataría, por ello, de una norma abierta, cuyos límites no serían más que los impuestos por la propia negociación; y, desde luego, por las normas imperativas cuya observancia seguirá siendo obligatoria para las partes.

Esta libertad de fijación de condiciones atribuida a los sujetos colectivos laborales se traducirá en una verdadera promoción de la implementación efectiva del teletrabajo, toda vez que, *si no se han establecido, legislativamente, elementos de rigidez en el modelo, existe la posibilidad de que estos puedan evitarse vía convenio colectivo, siempre de cara a conseguir una saludable flexibilidad*. De esto serán exclusivos responsables, evidentemente, el propio empleador y desde luego los trabajadores mismos, a través de su capacidad de negociación. Precisamente por ello, si el sector de que se trate (manufactura, servicios, comercio, por ejemplo) adolece de un sindicalismo adormecido, aletargado, o meramente contemplativo, la puesta en marcha del teletrabajo estará condenada a fracasar. La futura ley peruana de teletrabajo debe ser consciente de esta importante situación condicionada.

D. El fenómeno del hostigamiento sexual es de aparición, también, en el teletrabajo

De las *patologías de las relaciones laborales* que más atención ha merecido por parte de los Estados en los últimos años, la referida al hostigamiento sexual laboral es, sin duda, una de las de mayor protagonismo. El legislador español, reconociendo que la presencia de este fenómeno no es, en modo alguno, exclusiva del trabajo presencial, ha ordenado que las empresas tengan en cuenta las particularidades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo, en la configuración y aplicación de medidas contra las diversas modalidades de acoso (art. 5.4 del Real Decreto-Ley 28/2020).

Y es que con las nuevas tecnologías se han propiciado, también, nuevas formas de materializar el acoso sexual laboral; y de ello puede darse fe desde la experiencia del trabajo remoto. No se requiere ya contacto físico inmediato entre víctima y hostigador: simples correos electrónicos (personales y aun institucionales), mensajería instantánea o llamadas telefónicas pueden contener igual nivel de hostigamiento, y merecen, en consecuencia, urgente tipificación normativa, incluso a pesar de que en el art. 2 del Reglamento de la Ley 27942, Ley de prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, se ha indicado que las disposiciones en él contenidas son aplicables a todas las circunstancias “producidas en el marco de una relación laboral, educativa o formativa,



pública o privada, militar o policial, o a cualquier otro tipo de relación de sujeción, sin importar el régimen contractual, fórmula legal o lugar de ocurrencia de los hechos”.

Si bien podría ensayarse una interpretación teleológica de la norma antes indicada, a fin de ampliar la protección contra el hostigamiento sexual en actividades ejecutadas a distancia, conviene que la futura norma del teletrabajo contemple *expresamente* que en el desarrollo de esta modalidad de organizar el trabajo pueden gestarse con igual intensidad, estos nocivos actos de violencia. Esto dotaría de obligatoriedad el establecimiento, por parte de la empresa, de medidas de prevención, investigación y sanción ante la gestación de dicho fenómeno entre sus trabajadores.

IV. Conclusiones

Del análisis jurídico practicado en el presente estudio se concluye que:

1. La huida masiva hacia el teletrabajo, fenómeno materializado por la imprevista llegada de la pandemia de la covid-19, y de la crisis que esta trajo consigo, ha permitido llevar a cabo el experimento más grande de teletrabajo en el mundo, de cuyas enseñanzas prácticas se han valido los legisladores para normar el teletrabajo o para revisar las regulaciones existentes. El Real Decreto-Ley 28/2020, de 23 de septiembre, aparece como una de estas normas laborales inspiradas por la emergencia generalizada. Dado que el problema enfrentado por el legislador español afecta igualmente al Perú, y siendo que en este ordenamiento ya se vocean actualizaciones normativas en materia de trabajo a distancia, el estudio de la norma foránea, vía análisis comparado, es imprescindible para dotar a las futuras normas peruanas de una más cabal comprensión del problema y de las soluciones que se le han practicado a nivel normativo.
2. En el ordenamiento laboral peruano, el estado de la normativa vigente sobre trabajo a domicilio (art. 87, DS 003-97-TR) y teletrabajo (Ley 30036) deja entrever, con respecto a la primera, que el legislador ha descuidado, acaso ya deliberadamente, su gradual perfeccionamiento, toda vez que a pesar de encontrarse bien identificada la deficiencia de esta modalidad (un sistema especial de fiscalización), no ha dedicado empeños en su actualización. Los empleadores y aun los trabajadores no son menos culpables de este abandono. Por su parte, en la ley que regula el teletrabajo la deficiencia se observa con respecto a la promoción o facilitación de la flexibilidad en la implementación del modelo en el centro de trabajo: sus disposiciones han previsto un modelo rígido y muy poco atractivo para los empresarios; de ahí su escasa presencia en el medio nacional.
3. La entrada en vigencia, necesariamente por razones coyunturales, de las regulaciones normativas del trabajo remoto, han permitido identificar, también, las posibles claves para el éxito del trabajo a distancia en el ordenamiento peruano. Debe ser principal empeño de la futura ley de teletrabajo el de asegurar un modelo flexible para las partes de la relación laboral, pero sin descuidar ni desconocer que el principio base de esta modalidad de organizar el trabajo es el de la voluntariedad. Esta flexibilidad se encuentra íntimamente relacionada con el tratamiento que, mediante Ley, se le destine al principio de voluntariedad.



4. La futura ley peruana del teletrabajo debe intervenir, cuanto menos sea posible, en el tratamiento del principio de voluntariedad. Ya la experiencia nacional y extranjera han demostrado sobradamente que, en su necesaria búsqueda de flexibilidad, las normas reguladoras del trabajo a distancia han terminado, paradójicamente, configurando una importante rigidez. De ahí que quien sea el encargado de regular el tratamiento de la voluntad de las partes no sea el Estado, sino las propias partes de la relación laboral, mediante el mecanismo de la negociación colectiva. Será este el medio para regular todos los aspectos centrales del teletrabajo, con las únicas restricciones derivadas de las normas imperativas.

5. La norma española sobre trabajo a distancia y teletrabajo se figura, también, como un recordatorio al legislador peruano sobre la necesidad de regular, en específico, el tratamiento jurídico del hostigamiento sexual en las actividades laborales ejecutadas incluso fuera del centro de trabajo, fenómeno de cuya aparición puede darse fe, asimismo, desde la experiencia del trabajo remoto. Aunque la norma sobre la materia (Ley 27942 y su Reglamento) permiten ensayar una interpretación teleológica en beneficio del teletrabajador afectado con este tipo de violencia, lo cierto es que, de aprobarse una futura norma de teletrabajo, convendría incluir en sus regulaciones esta precisión, a fin de obligar *expresamente* a los empleadores a diseñar mecanismos de prevención, investigación y sanción frente al hostigamiento sexual laboral a distancia. Ciertas modificaciones, en la normativa concordante, serán, desde luego, necesarias.



V. Bibliografía

Aguinaga, J. (28 de marzo de 2018). "Teletrabajo para el Perú", *LP – Pasión por el Derecho*. Recuperado de <<https://lpderecho.pe/teletrabajo-peru/>>.

Belzunegui, A. (2008). Teletrabajo en España, acuerdo marco y administración pública. *Red Internacional de Organizaciones (RIO)* (1), pp. 129-148.

Fukuyama, F. (1995). *Confianza*. Buenos Aires: Editorial Atlántida.

Goleman, D. (2006). *Inteligencia social. La nueva ciencia de las relaciones humanas*. Barcelona: Editorial Kairós.

Hernández, M. (20 de enero de 2020). "El Teletrabajo no logra despegar en España", *Mercedes Hernández*. Recuperado de <<https://mercedes-hernandez.com/2020/01/20/el-teletrabajo-no-logra-despegar-en-espana/>>

Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas (2020). El impulso al teletrabajo durante el covid-19 y los retos que plantea. *Covid19: IvieExpress*(11), pp. 1-10.

Ministerio de Empleo y Seguridad Social (2017). *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita*. Vol. I. Madrid: Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones.

Ojeda, A. (1995). *Derecho sindical*. Madrid: Tecnos SA.

Organización Internacional del Trabajo (2020). *El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella – Guía práctica*. Primera edición. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo (1998). *Trabajadores a domicilio en el Perú*. Cuestiones de Desarrollo. Documento de Discusión N.º 28. Ginebra: Departamento de políticas de desarrollo.

Pegoraro, L. y Rinella, A. (2006). *Introducción al Derecho Público Comparado*. Lima: Palestra Editores.

Sanguinetti, W. (2020). ¿La hora del teletrabajo? *Trabajo y Derecho* (66), pp. 1-8.

Sanguinetti, W. (3 de octubre de 2020). La ley de trabajo a distancia o las dificultades de conciliar dos necesidades de distinto origen, *El Blog de Wilfredo Sanguinetti*. Recuperado de <<https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2020/10/03/la-ley-de-trabajo-a-distancia-o-las-dificultades-de-conciliar-dos-necesidades-de-distinto-origen/>>

Sanguinetti, W. (2013). *Derecho del Trabajo. Tendencias contemporáneas*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.



CONFLICTOS EN LOS PENALES DEL PAIS A RAIZ DE LA EMERGENCIA SANITARIA POR EL COVID-19. LA SITUACIÓN EN LA QUE VIVEN MILES DE PERSONAS, QUE DEJA UNA PUERTA ABIERTA A LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS

Estefany Carrión Suarez
Abogada



I. ANTECEDENTES

Las cárceles en el Perú se caracterizan por su sobrepoblación y hacinamiento, que constituyen las condiciones no solo para la gestación de nuevas formas de criminalidad violenta, sino también para la propalación de enfermedades contagiosas como la tuberculosis, VIH, entre otras; pero, hoy en día, especialmente el COVID-19. A ello se suman las precarias condiciones materiales, de infraestructura y salubridad en las que los internos conviven al interior de los 68 penales del país. (Rubio Azabache, 2020)

II. PROBLEMÁTICA

Actualmente, podemos darnos cuenta del hacinamiento existente en los diversos penales del país, siendo que el número total de personas privadas de su libertad son casi 100 mil internos y el aforo de los 68 penales del país son de 37 o 38 mil internos, existiendo una sobrepoblación y pasando el limite por más de la mitad. Este no es un tema nuevo, ni algo que haya surgido ante la pandemia del coronavirus, sino, es muestra que se viene dando con los años en nuestro país y lo que ha desencadenado un sin fin de motines y revueltas de los internos, quienes solicitan se les realice pruebas rápidas de descarte de COVID-19, atención médica, denuncian faltan de medicamentos y piden que se den los Beneficios Penitenciarios y también el cese de las prisiones preventivas o la conmutación de estas por detenciones domiciliarias; por temor al contagio.

Lo último antes señalado, es justamente porque la pandemia implica un distanciamiento social, el uso de mascarillas, guantes y hasta lentes, para así evitar todo tipo de contagios; pero, qué pasa cuando un interno ya contrae el virus, requeriría de atención médica y medicamentos, además, de un lugar de aislamiento; siendo que, en una celda entran más de 5 personas y contagiaría al resto.

En la rueda de prensa del día 29 de abril del presente año, ante los motines surgidos en la mayoría de penales del país, el Ministro de Justicia Fernando Castañeda Portocarrero señaló que la falta de atención que los internos alegan se ha dado por las renunciaciones del personal médico encargado, por temor a los contagios;



es por ello que en apoyo del MINSA, el Ministerio de Justicia y el INPE se está tratando de buscar soluciones y por el momento se han repartido 13 mil pruebas rápidas y 110 mil mascarillas reusables; también señalo que el Ministerio de Vivienda está distribuyendo 60 módulos de vivienda para aislar a los internos con síntomas de Covid-19. Finalmente, exhorto al sistema de justicia a que se tomen los mecanismos procesales pertinentes para resolver el problema de hacinamiento e impulsa la medida de que Jueces de Oficio revisen las prisiones preventivas y puedan establecer las comparecencias del caso, con los recaudos pertinentes de la ley.

Las declaraciones del Ministro de Justicia nos dejan ver que se están tomando decisiones y están siendo cuidadosos en el tema de los penales, ya que, no solo están muriendo internos por el Covid-19, sino, también agentes del INPE que se encargan de resguardar a los reos y el establecimiento penitenciario; las revueltas también han ocasionado muertes, ello ante las quejas de los internos que pretenden tomar los penales para así hacerse escuchar y hacer valer sus derechos, ya que, son seres humanos y merecen respeto.

III. ACTUALIDAD DEL CONFLICTO

- **SOBREPOBLACION DE LOS PENALES, NUMERO DE SENTENCIADOS Y PROCESADOS.**

Según los reportes estadísticos del INPE del mes de diciembre del año 2019, señalan que la población penal es de 95 mil 548 internos, con una capacidad de albergue de 40 mil 137; existiendo un 138% de hacinamiento. A continuación, se observa el cuadro detallado de los penales por regiones y la capacidad de albergue por cada uno de estos:

SITUACIÓN ACTUAL DE LA CAPACIDAD DE ALBERGUE, SOBREPOBLACIÓN Y HACINAMIENTO SEGÚN OFICINA REGIONAL

Oficinas Regionales / Establecimiento Penitenciario	Capacidad de Albergue (C)	Población Penal (P)	% Ocupacion	Sobre Población (S=P-C)	% Sobre Población (%S)	Hacinamiento (%S>20%)
Totales	40,137	95,548	238 %	55,411	138 %	SI
NORTE - CHICLAYO	6,514	17,816	274 %	11,302	174 %	SI
LIMA - LIMA	17,341	45,195	261 %	27,854	161 %	SI
SUR - AREQUIPA	1,252	4,282	342 %	3,030	242 %	SI
CENTRO - HUANCAYO	2,064	7,264	352 %	5,200	252 %	SI
ORIENTE - HUANUCO	3,240	6,652	205 %	3,412	105 %	SI
SUR ORIENTE - CUSCO	2,918	5,866	201 %	2,948	101 %	SI
NOR ORIENTE - SAN MARTIN	5,352	5,878	110 %	526	10 %	SI
ALTIPLANO - PUNO	1,456	2,595	178 %	1,139	78 %	SI

Fuente: Unidades de Registro Penitenciario Elaboración: INPE/Unidad de Estadística

Aun cuando existen 55 mil 441 internos en sobrepoblación en los establecimientos penitenciarios; en este hay un porcentaje de personas sentenciadas (20 mil 532) y otros de procesados que resultan en 34 mil 879 personas reclusas a la espera de una sentencia. A continuación, está el Cuadro de Población Penal Intramuros por su situación jurídica y género, según Reporte estadístico del INPE del mes de diciembre del año 2019 (Población Penal) elaborado por la Oficina Regional realizado por las Unidades de Registro Penitenciario y la Unidad de Estadísticas del INPE.

POBLACIÓN PENAL INTRAMUROS POR SITUACIÓN JURÍDICA Y GÉNERO SEGÚN OFICINA REGIONAL

Oficinas Regionales / Establecimiento Penitenciario	TOTAL	TOTAL		PROCESADO			SENTENCIADO		
		Hombres	Mujeres	Total	Hombres	Mujeres	Total	Hombres	Mujeres
TOTAL GENERAL	95,548	90,392	5,156	34,879	32,769	2,110	60,669	57,623	3,046
ALTIPLANO - PUNO	2595	2353	242	820	733	87	1775	1620	155
CENTRO - HUANCAYO	7264	6854	410	1975	1852	123	5289	5002	287
LIMA - LIMA	45195	42889	2306	16044	15049	995	29151	27840	1311
NOR ORIENTE - SAN MARTIN	5878	5632	246	2034	1937	97	3844	3695	149
NORTE - CHICLAYO	17816	16915	901	6899	6542	357	10917	10373	544
ORIENTE - HUANUCO	6652	6307	345	3769	3586	183	2883	2721	162
SUR - AREQUIPA	4282	3934	348	940	831	109	3342	3103	239
SUR ORIENTE - CUSCO	5866	5508	358	2398	2239	159	3468	3269	199



En la conferencia de prensa brindada el 29 de abril del presente año por el Presidente de la República Martín Vizcarra se señaló: ***“El poder Judicial es el que debe ayudar porque hay 30 mil presos que no tienen sentencia y están proceso y sobre eso el Poder Ejecutivo no puede hacer nada, pero, el Poder Judicial si podría acelerar la salida de muchos de los que están en proceso en el sistema judicial y que todavía no tienen sentencia, así que este es un trabajo de todos”.***

Ante ello, nos preguntamos cómo es que el Poder Judicial no puede resolver y empezar a tramitar los ceses de prisiones preventivas próximos a vencer o que ya se han vencido en este estado de emergencia, hay que tener en cuenta que si bien es cierto tenemos 45 días de estado de emergencia y de aislamiento social obligatorio, se tiene que en los plazos de las prisiones preventivas se presentan pruebas para que esta sea extendida o se lleve el proceso en libertad, en esos 45 días no se puede alcanzar lo que no se consiguió en el tiempo anterior. Respecto de las continuaciones de juicios por delitos menores o de juicios que en su expediente presenten escasa actuación probatoria y sean rápidos de culminar, los cuales deberían empezar a resolverse, dando celeridad a expedientes más urgentes que ayudarían a bajar la cifra de sobrepoblación y un menor riesgo de contagios y pérdidas de personas inocentes, vulnerables y próximas a cumplir su pena; ya

que, nuestro sistema de justicia no siempre es el más justo, pero término de justicia es amplio y ambiguo, por lo que, hablar de ello sería no llegar nunca a un acuerdo.

Habiendo señalado eso, hay que tener en cuenta los beneficios penitenciarios y que las prisiones preventivas sean cambiadas por detenciones domiciliarias, estableciéndose desde un enfoque humanista y en base a los derechos humanos. Teniendo en cuenta que hasta el momento se ha revocado la prisión preventiva de Keiko Fujimori y se ha sustituido la Prisión Preventiva por detención domiciliaria de Susana Villarán, con esa celeridad es con la que se deben desarrollar y dar respuestas inmediatas a los reos en cárcel que se encuentran a la espera de una resolución judicial.

Por el momento, hasta la fecha del 30 de abril se ha solicitado que los jueces conviertan automáticamente las prisiones preventivas en arrestos domiciliarios y Poder Judicial ha creado comisión de trabajo para que a la brevedad posible alcancen de manera conjunta al Consejo Ejecutiva del Poder Judicial propuestas de medidas que puedan adoptarse para resolver el riesgo de contagio masivo de la población penitenciaria con el Covid-19, por las condiciones de hacinamiento de los penales y vulnerabilidad de muchos internos.



IV. NORMATIVA

1. MANUAL DE DERECHOS HUMANOS APLICADOS A LA FUNCIÓN PENITENCIARIA

Dentro del Manual de Derechos Humanos en el Sistema Penitenciario Nacional del año 2018 del INPE, describe que *“Los derechos humanos pueden ser definidos como derechos que titularizan, en igualdad, todos los seres humanos, y cuyos contenidos protegidos, en esencia, procuran la cobertura de necesidades básicas para su libre desarrollo y garantía de la dignidad”*. (Instituto Nacional Penitenciario, 2018)

La Asamblea General de las Naciones Unidas adopta un conjunto de declaraciones, principios y reglas orientadoras en materia de Ejecución Penal y dentro de todas ellas:

- Reconocen y estimulan el cumplimiento de los Principios de humanidad, legalidad, imparcialidad, y de no discriminación.
- Reconocen el Principio de normalidad como base de la gestión penitenciaria, por el cual, la vida en los establecimientos penitenciarios debe ser lo más afín a la vida en libertad y destacan la importancia de proporcionar a las personas privadas de su libertad con sentencia condenatoria, que a menudo

- proceden de entornos totalmente desfavorecidos, la oportunidad de desarrollarse de manera que les permita optar por una vida respetuosa de ley.

En nuestro Sistema Penitenciario Nacional se establecieron las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (1955, 1957, 1977) siendo el primer documento oficial de las Naciones Unidas para la gestión de las prisiones que fue actualizado en el año 2015 y fueron conocidas como “Reglas de Mandela” las cuales incluyeron aspectos generales y específicos de:

- × Registro.
- × Separación de categorías.
- × Higiene.
- × Disciplina y sanciones.
- × Servicios Médicos.
- × Personal Penitenciario.
- × Alimentación.

Todo lo antes mencionado por el manual citado orienta a contar con cárceles seguras, humanas y dignas, las cuales establecen reglas mínimas para tratamiento de los reclusos desde un enfoque resocializador y protector; teniendo en cuenta que la persona privada de su libertad igual goza de sus derechos, entre los más importantes se encuentra el de salud (atención del personal de salud, ambientes con condiciones que promuevan su bienestar como también la de los funcionarios, obtención de medicinas), alimentación, educación, trabajo, asistencia social y legal.



2. RESPECTO DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS

La Constitución Política del Perú en su artículo 139° inciso 22 señala “El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”. El tratamiento penitenciario influye a crear estrategias y actividades de tratamiento, por medio de programas, trabajo, educación y servicios asistenciales para la evaluación de beneficios, los cuales se otorgan en virtud de su comportamiento. Según (Small Arana, 2005):

“Los beneficios penitenciarios son verdaderos incentivos concebidos como derechos expectativos del interno, que le permitirán observar las normas de conducta en el campo penitenciario, tendientes a lograr menor permanencia en el establecimiento penitenciario mediante los mecanismos de la redención de la pena por el trabajo y la educación para luego alcanzar la semilibertad y la libertad condicional, accediendo paulatinamente a la libertad”

Ante la crisis social que estamos atravesando, se están tomando medidas de seguridad y dentro de las cuales considero necesario, aparte de los 3000 indultos que se están dando para personas vulnerables y las

exhortaciones al Poder Judicial y Sistema de Justicia en general a resolver de forma pronta y oportuna los ceses de prisiones preventivas o las conmutaciones por detenciones domiciliarias, a efecto de evitar la propagación del virus; el proporcionar o facilitar la obtención de beneficios penitenciarios (extramuros), se entiende que estos beneficios sería para reos que ya tengan cumplida más de la mitad o las $\frac{3}{4}$ partes de su condena.

Actualmente existe en la página del INPE un reporte estadísticos en la sección de trabajo penitenciario, donde deberían aparecer las cifras de las personas a las que se les ha dado beneficios intramuros y extramuros, pero no existe registro descargado de ello; dentro de esta misma está el Programa Extramuros, que es en lo que nos vamos a enfocar, ya que, la excarcelación de una parte de los internos lograría des-hacinar los establecimientos penitenciarios, y posiblemente menos riesgos de contagios del Covid-19, reinsertando social y positivamente a la población penitenciaria. Existen dos tipos de beneficios penitenciarios extramuros y son:

SEMILIBERTAD

LIBERTAD CONDICIONAL

<p>Se encuentra en el art. 48° al 52° del Código de Ejecución Penal, señala que es un beneficio penitenciario de excarcelación anticipada que permite al interno sentenciado que ha demostrado progresión en su tratamiento penitenciario, poder egresar del establecimiento penitenciario cuando cumpla la Tercera parte de su pena en la generalidad de los delitos y la Dos Terceras partes en los delitos específicos, a fin de que pueda estudiar o trabajar en medio libre.</p>	<p>El artículo 53° al 57° refiere que es un beneficio penitenciario de excarcelación anticipada que permite al interno sentenciado que ha demostrado progresión en su tratamiento penitenciario, poder egresar del establecimiento penitenciario cuando ha cumplido la mitad de su pena en la generalidad de los delitos y las tres cuartas partes en delitos específicos, a fin de que pueda probar en medio libre las acciones rehabilitadoras que adquirió en su reclusión.</p>
---	--

Los requisitos esenciales que influirán para que la resolución de beneficio penitenciario resulte procedente son:

- × Certificado de conducta.
- × Certificado de no tener proceso pendiente con mandato de detención a nivel nacional.

- × Certificado de cómputo laboral o estudio efectivos, en el que se acredite que el interno ha realizado labores al interior del establecimiento penitenciario o ha obtenido nota aprobatoria.
- × Incluirá una descripción de las labores y los estudios realizados.
- × Informe detallado sobre el grado de readaptación del interno, de acuerdo a la evaluación del Consejo Técnico Penitenciario, en el que se establezca que efectivamente se encuentra apto y preparado para su reinserción social
- × Certificado notarial, municipal o judicial que acredite domicilio o lugar de alojamiento.

V. POSIBLES SOLUCIONES A APLICARSE

- Las autoridades deberían invertir en la ampliación de los penales de la región, así como adecuar patios y pabellones que permitan aumentar los talleres productivos para que así se desarrollen y puedan desenvolverse en un futuro fuera del centro penitenciario; estos talleres les permiten resocializarse y además a reducir un porcentaje de su pena.
- Proponer un proyecto de ley en los cuales el Poder judicial otorgue beneficios penitenciarios de oficio, lo cual ayudaría en gran porcentaje a reducir el número de personas reclusas y les da la oportunidad de recuperar su libertad.
- Proponer programas de reinserción e incentivar la participación de empresas e instituciones privadas, ya que, ellos al salir de prisión no tienen trabajo y muchos de los que no cumplen su pena aspiran a obtener un beneficio penitenciario y así volver a hacer su vida, ¿pero que se los impide? Se los impide la falta de trabajos, la falta de personas que apuestan por ellos y que simplemente les cierran las puertas por haber ingresado a un penal. Si bien es cierto todos ellos han cometido un delito, por el cual pasaron tantos años de su vida tras una reja, sin ver a su familia, tal vez algunos estén solos, pero la realidad la ven cuando aspiran a un beneficio y se les cierra las puertas por los errores cometidos ya sea por dolo o culpa. Porque no actúa dentro de este ámbito las empresas privadas o públicas, brindándoles un contrato de trabajo por un período determinado que les permita demostrar sus capacidades dentro del área, y ello que sea remunerado por un sueldo mínimo, donde ellos puedan obtener experiencia y dicho de esta manera ir limpiando su hoja de vida.



CONCLUSIONES:

Habiendo señalado todo lo anterior correspondiente a la situación de emergencia mundial que atravesamos; se puede ver que no solo está en crisis nuestro sistema de salud, nuestra economía, educación, etc. Si no, también parte de la población que se encuentra restringida de su libertad y que hasta la fecha han acontecido un sinnúmero de protestas por parte de los internos y de los familiares los cuales buscan información de ellos pues hasta el momento se tienen prohibidas las visitas.

Se están tomando medidas para evitar la propagación de la enfermedad, pero ello no resultara posible, siempre y cuando, se doble o triplique la capacidad de internos en los penales de la región; no solo se quieren pruebas, medidas y atención médica; se quieren soluciones que ayuden, por lo menos, a disminuir el porcentaje de sobrepoblación ya sea con los procesados, por medio de los ceses de prisiones preventivas o las conmutaciones de penas por detenciones domiciliarias; y posteriormente, con proveer los beneficios penitenciarios.

Lo que plantea en el presente trabajo es que la concesión de los beneficios penitenciarios debe cumplir los requisitos formales, según sea el beneficio solicitado, debe cumplir con los dictámenes **favorables**, tal y como se establecen en la parte posterior del presente; pero además por la situación por la que se atraviesa deberían otorgárseles a población que no representa peligro para la sociedad de esta manera se reduciría el hacinamiento penitenciario ayudaría principalmente a evitar la propagación de esta enfermedad.



REFERENCIAS

Rubio Azabache, C. (18 de abril de 2020). Problemas y desafíos de las cárceles frente al COVID-19 en el Perú. *La Ley, el ángulo legal de la noticia*.

Corzo Vargas, S. (09 de abril de 2020). El espejo cóncavo. Sobre el coronavirus y las prisiones. *Instituto de Defensa Legal*.

Del Rio, P. (30 de abril de 2020). Tu muerte me sienta bien. *El Comercio*.

Instituto Nacional Penitenciario. (2018). Manual de los Derechos Humanos en el Sistema Penitenciario Nacional. Lima.

Small Arana, G. (2005). *Situación Carcelaria en el Perú y Beneficios Penitenciarios*. Lima.

LINKOGRAFIA:

<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/04/M%C3%B3dulo-3TRAMITE-Y-CRITERIOS-PARA-CONCEDER-BENEFICIOS-PENITENCIARIOS.pdf>

https://www.minjus.gob.pe/defensapublica/contenido/publicaciones/manual_beneficios.pdf

https://www.inpe.gob.pe/inpe_extramuro.html

<https://laley.pe/art/9579/problemas-y-desafios-de-las-carceles-frente-al-covid-19-en-el-peru>.

<https://www.inpe.gob.pe/estad%C3%ADstica1.html>.

<https://lpderecho.pe/piden-que-jueces-conviertan-automaticamente-las-prisiones-preventivas-en-arrestos-domiciliarios-y-pj-crea-comision/>



IPSO JURE

REVISTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

La República

SOMOS DIARIO JUDICIAL - LAMBAYEQUE 2021