

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE



# IPSO JURE

AÑO I N° 3 ^ Noviembre 2008

REVISTA VIRTUAL

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



# PRESENTACIÓN

Me es sumamente grato y reconfortante presentar el tercer número de la Revista Virtual “IPSO JURE”, porque, como medio de proyección de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque y gracias al importante trabajo de la Unidad Académica, se ha convertido en este corto tiempo, en una importante herramienta para transmitir los aportes académicos de Magistrados y personal jurisdiccional interesados en cultivar las Ciencias Jurídicas y transmitir las a la comunidad jurídica de la región y el país. Felicito el esfuerzo y la vocación de permanencia en el tiempo que demuestra este medio.

Es gratificante ver, desde la primera edición, la dedicación y el esfuerzo de la comisión editorial, de los señores magistrados y auxiliares jurisdiccionales de esta Corte Superior de Justicia, quienes con sus valiosos ensayos, comentarios y demás aportes contribuyen significativamente en cada una de las ediciones de esta Revista Virtual que va ganando prestigio en la comunidad jurídica y que sin lugar a dudas seguirá dando una correcta información académica y de calidad en las futuras ediciones.

No olvidemos que los Magistrados estamos obligados a una búsqueda constante de capacitación y actualización de nuestros conocimientos que nos permitan brindar un, cada vez mejor y oportuno, servicio de impartir Justicia, sustentado en valores fundamentales que deben guiar cada una de nuestras acciones; es así que, la Revista Virtual “IPSO JURE” se convierte en un medio no solo para capacitarnos y actualizar conocimientos del profesional del Derecho, sino también, la oportunidad para contribuir a evidenciar realidades problemáticas novedosas en nuestro medio, así mismo, para el planteamiento de soluciones a los mismos de manera tal que contribuya al desarrollo del Derecho, a la labor de la Magistratura y el bienestar de la Nación.

Finalmente, creo pertinente señalar nuestro compromiso con esta significativa expresión de iniciativa y constancia intelectual, la misma que aliento a perdurar en el tiempo por lo que representa: dedicación y por el aporte intelectual que nos brinda. Auguro a los editores éxitos en una cuarta edición antes de culminar el presente año judicial, conforme a las metas que se han propuesto.

**DR. JIMMY GARCIA RUIZ**  
Presidente de la Corte Superior de Justicia  
Lambayeque.



# PRIMER CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA IPSO JURE

- Dr. Jimmy García Ruiz, Presidente de Corte y Presidente del Consejo Directivo de la revista.
- Dr. Edwin Figueroa Gutarra, director de la revista y representante de los señores Vocales Superiores.
  - Dra. Carmen Ravines Zapatel, en representación de los señores Jueces Civiles.
  - Dr. Oscar Burga Zamora, en representación de los señores Jueces Penales.
- Dras. Paola Alvarado Tapia y Jovany Vargas Ruiz, en representación de los señores Jueces de Paz Letrados.

## **Auxiliares jurisdiccionales de apoyo:**

- Dra. Esmeralda Carlos Peralta.



# INDICE

<b>CALIDAD Y REDACCIÓN JUDICIAL</b> MG. EDWIN FIGUEROA GUTARRA	7
<b>LA CRIMINALÍSTICA EN EL HOMICIDIO CULPOSO MÉDICO</b> MG. MARÍA DEL CARMEN CORNEJO LOPERA	9
<b>EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DEL EMPLEADOR</b> MG. CECILIA IZAGA RODRÍGUEZ	15
<b>LA JUSTICIA EN MANOS DE SERES HUMANOS</b> MARÍA YOLANDA GIL LUDEÑA	18
<b>LOS DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO</b> LITA R. PAOLA ALVARADO TAPIA	22
<b>JUSTICIA DE PAZ: ENTRE LA COSTUMBRE Y EL POSITIVISMO</b> MARIA BETTY RODRIGUEZ LLONTOP	26
<b>ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE</b> ROSA BANCES GUEVARA	31
<b>A PROPÓSITO DEL PROCESO DE AMPARO CONTRA LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL PERÚ</b> MG. ELIA JOVANNY VARGAS RUIZ	38
<b>EL PROCESO URGENTE Y LA SENTENCIA N° 1417-2005-AA-TC</b> HAROLD ORTIZ CARRASCO	47
<b>ABOGADOS: CALIDAD Y NO CANTIDAD</b> JOSÉ FRANCISCO HORNA SEGURA	50
<b>SOBRE "CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO" DE EUGENIO BULYGIN</b> DR. MANUEL ATIENZA	53
<b>EL MODELO DEMOCRÁTICO EN LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL DE ITALIA Y ESPAÑA</b> DR. FRANCISCO CARRUITERO LECCA	64
<b>ALGUNAS CRÍTICAS AL CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA PROCEDENCIA DEL AMPARO EN DEFENSA DEL DERECHO AL TRABAJO</b> DR. LUIS CASTILLO CÓRDOVA	75
<b>REFLEXIONES SOBRE EL MANDATO DE DETENCIÓN REVOCADO</b> ROBERTO GELACIO LLONTOP	97
<b>LOS SERVICIOS DE TERCERIZACIÓN: ASPECTOS SUSTANCIALES DE SU REGULACIÓN LEGAL</b> LUIS BRAVO MONTALVO	100



## PALABRAS DEL DIRECTOR

Dentro de una política de inclusión, este número abarca la participación de los señores abogados que han tenido a bien hacer llegar sus trabajos de investigación a esta dirección. ¿Y por qué incluirlos? Fundamentalmente porque consideramos que somos un equipo de trabajo: los Magistrados, desde el ángulo de quien debe decidir un conflicto; y los abogados, como propulsores y metafóricamente guardianes de las pretensiones de los justiciables.

El abogado (del latín *advocatus*, es decir, “el llamado para auxiliar”), como diría Luis Martí, “el defensor de la razón y la civilización”, constituye, desde Cicerón, un baluarte para la defensa de los derechos de la persona, tramontando el oscurantismo de las Edades Antigua y Media, en las cuales el poder se concentraba en una sola persona, la del Rey, como diría Luis XIV “L’etat c’est moi” (“El Estado soy yo”), hasta desarrollar una participación activa en la configuración del moderno Estado Social y Democrático de Derecho, el cual nace con la Ley Fundamental de Bonn en 1949, trasuntando hasta el Estado neoconstitucional de hoy, máxima expresión de los derechos fundamentales.

Quienes hacemos el ejercicio de la judicatura, antes que Magistrados, somos abogados y como tales, nos debemos al ejercicio esforzado, dedicado y profundo de nuestras causas. De esa forma, la defensa en los procesos involucra una forma de apostolado. Una defensa responsable involucra una identificación plena de la causa que va ser defendida. Podrán surgir mil y un obstáculos para el ejercicio de auxilio del derecho del cliente y sin embargo, la mística profesional hace posible rescatar la pretensión justa para mediar ante el Juez en el propósito de

obtener una decisión adecuada. El iter procesal, sin embargo, es muy complejo. Las causas suelen demorar, la carga procesal se hace muchas veces inmanejable y el derecho a veces llega muy tarde. Y el abogado que con convicción defiende una causa justa, se mantiene férreo en la premisa de obtener una decisión fundada en derecho.

De igual forma, el abogado se exige a sí mismo desarrollar un esquema de razonamiento jurídico que ha de exponer al Juez. En un esquema de corrección lógica, el abogado debe asumir convicción de la fuerza de su pretensión, comenzar a escarbar en el silogismo de su petición a plantear, y desarrollar una lógica de argumentos que deben asumir no sólo una técnica persuasiva sino también, una forma facilitadora del conocimiento de la posición ante el decisor, pues no olvidemos que mientras el abogado valora, elige y decide cuáles argumentos han de servir a su posición, al Juez le incumbe asumir una posición de conocimiento objetivo de la pretensión, por sobre la persuasión que busque el abogado.

Y en efecto, ¿qué podemos hacer los jueces si encontramos un planteamiento impecable, pulcro en su análisis argumentativo e interpretativo y sólido en su invocación fáctica y legal? Definitivamente, otorgar la razón, pues debe considerarse que si el abogado asume el análisis de la *quaestio facti* y *quaestio juris* en forma congruente, basando la fuerza de las premisas factuales en una debida subsunción en las proposiciones normativas que impulsa, el Juez tendrá que tener en cuenta que esa convicción que el abogado alega sobre su posición, puede trasvasarse al ejercicio argumentativo que el Juzgador debe desarrollar cuando explique su resolución.



Parafraseando a Hans Reichenbach, el abogado es efectivamente un estudioso racional de la pretensión de su cliente, y hace una apuesta racional del derecho de su patrocinado, conociendo bien las leyes de la probabilidad. Con esto pretendemos afirmar que el abogado resulta un primer punto de fortaleza en el éxito de una pretensión pues asume que el derecho de su patrocinado es susceptible de merecer un resultado favorable y para ello el abogado se encuentra en la posición impostergable de deberse a un estudio objetivo de su caso. El jurista debe armar su propia teoría del caso y asumir la convicción de que la causa puede ser ganada. Superada pues esta valla deontológica inicial, corresponde trazar una ruta argumentativa necesaria, no bastando a este efecto una tarea retórica perelmaniana ni una tópica argumentativa al estilo Viehweg, sino de conocimiento profundo de la pretensión que incoa. Tendrá que argumentar de tal forma que su defensa supere problemas de ambigüedad o vaguedad, tan común hoy en día en demandas que no gozan de la suficiencia probatoria necesaria.

Argumentada convenientemente la causa, el abogado no deberá descuidar que una vez expuestos los hechos, igual importancia merezca la interpretación que deberá efectuar de las normas que invoca, pues debe atender a que la interpretación jurídica es más un arte que una ciencia. Como decía el maestro Asís de Roig, no hay reglas de interpretación estrictas, no hay criterios orientativos que prevalezcan unos sobre otros. Todo caso merecerá un estudio minucioso de su prevalencia y deberá dejarse de lado el principio *in claris non fit interpretatio*, pues

las pretensiones resultan denotar siempre un margen de complejidad y es allí donde el abogado, el primer guardián de la ley, debe interpretar no solo la norma que lo ampara sino, haciendo un reexamen argumentativo, deberá interpretar también los hechos que favorecen el derecho de su defendido, debiendo establecer esa importante relación entre prueba y verdad de la que nos habla el maestro Taruffo.

En tal sentido, desarrolladas las etapas argumentativa e interpretativa, podrá el abogado, figurativamente, dejar servida la mesa para que el Juez pueda motivar su decisión, incumbiendo a este último una “operación total”, que en términos de Diez Picasso, implica un ejercicio de análisis dada la íntima interrelación entre interpretación y aplicación de la norma, más aun cuando la globalidad del proceso de aplicación de la norma, se desarrolla como un todo en la mente del Juzgador, quien debe ejecutar las facetas de selección, interpretación y aplicación de la norma.

Menudos retos pues esperan entonces a todo aquel que asume con convicción, mística y dedicación la defensa de una causa. La abogacía implica, en consecuencia, un profundo estudio de cada caso a asumir y el resultado, si bien puede no resultar taxativamente siempre en un honorario, sí podrá significar la satisfacción de una tarea cumplida, pues alcanzar la justicia, redundará en la más profunda identificación del ser humano consigo mismo. Como decía una cita iluminadora de Voltaire: “Yo hubiera querido ser abogado pues es la más bella profesión del mundo” *“in claris non fit interpretatio”*.

**EL DIRECTOR**





# CALIDAD Y REDACCIÓN JUDICIAL

**MG. EDWIN FIGUEROA GUTARRA**

VOCAL SUPERIOR SALA CONSTITUCIONAL LAMBAYEQUE  
PROFESOR ASOCIADO ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Desde la premisa aristotélica del silogismo identificado en una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión, la teoría de la argumentación jurídica se ha sustentado en identificar a la norma jurídica en la premisa mayor, los hechos en la premisa menor y la decisión aplicada al caso como la conclusión. Chaim Perelman ya establecía en la década de 1960 que el Derecho no es sólo pues aplicación de la lógica sino del poder persuasivo de la argumentación llamada por él “nueva retórica”. Es en ese orden de ideas que la argumentación tiene su correlato en una motivación suficiente para transmitir correctamente su decisión y he aquí que el Juez adquiere relevancia al convertirse en la persona responsable de comunicar la decisión. Como señala Marina Gascón Abellán, en una sociedad moderna, la justificación o motivación tiende a verse como el fundamento mismo de la legitimidad de los Jueces y es de esta forma que la motivación cobra una dimensión político-jurídico garantista, de tutela de derechos y de allí que la base para el uso del poder del Juez resida en la aceptabilidad de sus decisiones, pues el Juez, al comunicar su decisión, debe proporcionar un armazón organizativo racional a su resolución judicial y que las razones que brinda sean explícitas, válidas, suficientes y concluyentes, es decir, brindar resoluciones con calidad.

En el sistema judicial peruano, la calidad de las resoluciones ha pasado a ser un parámetro de calificación a través de los procesos de ratificación de Magistrados. Antes, los procesos de ratificación de Jueces y Fiscales no contaban con la referencia de

evaluación sobre la calidad de las decisiones judiciales. Hoy, se pretende identificar, dentro del rubro idoneidad, la calidad de la decisión judicial y dicha tarea corre, técnicamente, a cargo de un especialista designado por el Consejo Nacional de la Magistratura, a fin de opinar técnicamente sobre cuán idóneo resulta ser el Juez en sus sentencias, o los Fiscales en sus respectivos dictámenes. Se exige, de este modo, presentar en el proceso de ratificación, 14 resoluciones, a razón de dos por año, y correspondientes a los 7 años de ejercicio, tiempo que abarca el proceso de ratificación, a efectos de valorar la calidad de las resoluciones, constituyendo ello un referente permanente en los nuevos procesos de ratificación.

Entre los criterios referentes a calidad expuestos por las resoluciones de ratificación del CNM desde el año 2005, tenemos los siguientes:

- Correcta comprensión del problema jurídico
- Claridad expositiva
- Conocimiento del Derecho
- Adecuada valoración de los medios probatorios ofrecidos durante el proceso (que se ajusten a la normativa señalada y que expresen con toda claridad la solución de los conflictos resueltos)
- Adecuado relato de los hechos.
- Consideraciones de derecho y conclusión de cada caso.
- Congruencia y racionalidad en cuanto a la tesis que se postula y decisión que se adopta en el fallo.
- Seguridad en la sustentación
- Adecuado análisis valorativo de las



- pruebas actuadas
- Citas de jurisprudencia vinculante o doctrina pertinente a los casos por tratarse.
  - Adecuada estructura
  - Resoluciones debidamente fundamentadas
  - Posición crítica y analítica en la valoración de las pruebas
  - Solidez en la argumentación
  - Justa apreciación de los medios probatorios ofrecidos durante el proceso
  - Exposición ordenada de los hechos
  - Que las normas aplicadas a las soluciones de cada uno de los casos sean las pertinentes.
  - Buena redacción, conocimiento jurídico, afán de justicia, sensibilidad social y búsqueda de la verdadera justicia.

Una conclusión trascendente respecto a estos caracteres viene a ser objetivamente que si vamos a exigir como sociedad civil que las resoluciones gocen de estas características, entonces incentivamos una mejora cualitativa en la tarea de los

decisores jurisdiccionales. En dicha forma, desarrollamos una sana competencia pues los Magistrados van a ponderar mejor sus decisiones si los procesos de ratificación van a incluir estos segmentos de calificación de análisis de calidad.

A su turno, las herramientas de gestión para que los Magistrados puedan desarrollar destrezas en dichos rubros, vienen siendo a su vez desarrolladas por la Academia de la Magistratura, la cual en su calidad de órgano de formación y capacitación en todos los niveles de la Magistratura, ha estructurado la implementación de Módulos de Redacción Jurídica a nivel nacional, a efectos precisamente de lograr una mayor claridad expositiva por parte de los Magistrados en sus resoluciones e ir abandonando la excesiva metáfora, el indebido uso de latinazgos y la complejidad argumentativa. En ese horizonte, qué duda cabe que la eficiencia y eficacia de las decisiones judiciales se verá fortalecida, objetivo al cual apunta la sociedad civil en pleno y en el cual, todos nos encontramos involucrados.





# LA CRIMINALÍSTICA EN EL HOMICIDIO CULPOSO MÉDICO

**MG. MARÍA DEL CARMEN CORNEJO LOPERA**  
JUEZ TITULAR DEL SEGUNDO JUZGADO PENAL DE LAMBAYEQUE

## INTRODUCCIÓN

El Derecho considera que algunos bienes como la vida, la libertad, la propiedad, la integridad corporal o moral, tanto de la persona como del no-nacido, etcétera son tan importantes que están justificados amenazar con una pena con castigo a quien los lesione o ponga en peligro.

La responsabilidad penal supone que la actuación profesional ha producido un resultado tipificado como delito o falta en el Código Penal. En este hecho, el Juez puede apreciar un comportamiento doloso (se ha hecho el daño de forma consciente y plenamente voluntaria) o culposo (cuando se trata de una imprudencia, una impericia o negligencia por no guardar el debido cuidado, que produce un perjuicio que no se desea).

La condena por una falta o delito, además de la pena, llevará aparejada la responsabilidad civil correspondiente, es decir la indemnización al paciente por el perjuicio ocasionado. Cuando el médico realiza un delito doloso (voluntario) se le tratará como a cualquier persona en el Código Penal. Cuando se trata de delitos o faltas culposas o imprudentes, es preciso apreciar dicha imprudencia y para ello se deberá comprobar:

- Acción u omisión voluntaria no maliciosa.
- Infracción del deber de cuidado (no realizar la actuación de acuerdo con la norma Lex Artis).
- Haber creado un riesgo previsible y evitable

- La existencia de un resultado dañoso causado por la conducta descuidada.

Es así que la actuación de los profesionales sanitarios, debe regirse por la denominada “Lex Artis Ad Hoc”, es decir, la que se toma en consideración respecto del caso concreto en que se produce la actuación o intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollan y tienen lugar, así como respecto de las incidencias inseparables en el normal actuar profesional. Los profesionales, entonces, deberán seguir la máxima hipocrática donde se resume la “Lex Artis” es decir tratar al enfermo como quisieran ser tratados.

## LA CRIMINALÍSTICA

La definición más común entre la mayoría de los autores es la que concibe la Criminalística como “la disciplina auxiliar del Derecho Penal que se ocupa del descubrimiento y verificación científica del delito y del delincuente”. Aparte algunos otros puntos discutibles, consideremos que la anterior definición adolece de imprecisión en su última parte, al hablar de delito y delincuente.

En efecto la Criminalística, al intervenir en la investigación de un hecho determinado, no puede saber previamente si se trata de un delito o no, por ello que nosotros hablamos de “presuntos hechos delictuosos”, pues la Criminalística como disciplina aplica fundamentalmente los conocimientos, métodos y técnicas de investigación de las ciencias naturales en el examen de material sensible significativo relacionado con un presunto he-



cho delictuoso, con el fin de determinar, en auxilio de los órganos de administrar justicia, su existencia, o bien reconstruirlo o bien señalar y precisar la intervención de uno o varios sujetos en el mismo.

### **DELITO DE HOMICIDIO CULPOSO**

Empezaremos por definir lo que es el Homicidio Culposo, o conocido también en otras legislaciones como Homicidio por Negligencia, no intencional, por imprudencia o por impericia. Este delito se perfecciona cuando el sujeto activo ocasiona la muerte del sujeto pasivo por haber obrado culposamente. El agente obra por culpa cuando produce un resultado dañoso al haber actuado con falta de previsión, prudencia o precaución, habiendo sido el resultado previsible o, previéndole, confía en poder evitarlo. La conducta del agente afecta el deber objetivo de cuidado y como consecuencia directa deviene el resultado letal para el sujeto pasivo.

Entendiendo por imprudencia, todo exceso en la prestación, que implique riesgo para el paciente. “Es la violación activa de las normas de cuidado o cautela que establece la prudencia”. “Imprudente es quien actúa sin cordura, moderación, discernimiento, sensatez o buen juicio”.

Negligencia como la falta de adopción de precauciones. En este caso la actitud se basa en un obrar en menos, carente, o en dejar de hacer. “Es negligente el que no guarda la precaución necesaria o tiene indiferencia por el acto que realiza; el que actúa con descuido u omisión de la diligencia debida”. “Es la forma pasiva de la imprudencia y, por consecuencia, comprende el olvido de las precauciones impuestas por la prudencia, cuya observancia hubiere prevenido el daño”.

Impericia, considerada también una actitud en menos o carencial, donde la falencia del profesional se fundamenta en la falta de conocimientos, aptitud, destreza o técnica. “No se trata, en éste, de reprimir la incapacidad genérica del autor, sino el hecho de haber emprendido una acción para la cual el sujeto se sabía incapaz (imprudencia) o se debía saber incapaz (negligencia), que son las dos formas de la culpabilidad culposa”. Tal cual en los dos casos anteriores, la incriminación se fundamenta en la previsibilidad del resultado dañoso.

Inobservancia de los reglamentos o deberes.- Se configura por una actitud de indiferencia o menosprecio por las “disposiciones de carácter general dictadas por la autoridad competente en la materia de que se traten” (Art. 124 del Código Penal).

Imputabilidad a título de culpa.- Este es un tema de por sí, jurídicamente muy complejo y con distintas vertientes. Tratando de explicarlo en forma simple, existe numerosa jurisprudencia que como principio general establece que “es preciso la configuración -y demostración- de alguna de las formas culposas para que se origine la responsabilidad médica”. Esto es bien claro, si no hay culpa, por más que exista el daño, no habrá responsabilidad del médico. Es por ello que se afirma que la negligencia se da en torno del acto de elección, y que el negligente falla porque su voluntad no está pronta ni atenta”.

Encontrándose en juego la vida de un ser humano se deben extremar los controles para evitar consecuencias derivadas de la falta de observancia del cuidado objetivo. De esta forma, se evidencia en el agente un actuar que en este caso puede rotularse como negligente. Aparece en el marco de la situa-



ción planteada una actitud omisiva, como un defecto de la atención, y de allí el olvido que a la postre genera el resultado muerte. El reproche se funda en que él incluso pudo y debió comportarse de manera distinta, y que con la debida diligencia o deber de cuidado a su cargo, pudo evitarse la consecuencia de la acción.

Nexo de causalidad.- Acreditados la culpa y el daño, deviene clave establecer la relación causa-efecto entre ambos, para hacer viable la acción resarcitoria. "En materia de responsabilidad médica, será igualmente necesario, entonces, con arreglo a los principios generales sobre la materia, la prueba de la relación de causalidad entre la falta o el acto profesional incriminado, y los daños y perjuicios cuya reparación se procure. Tratándose de la responsabilidad del médico, para que proceda el resarcimiento de los perjuicios sufridos, debe acreditarse no sólo que han existido, sino que son consecuencia directa o inmediata de un obrar negligente de aquél a quien se imputa la producción.

El reconocimiento de la relación de causalidad entre el oblitto de un trozo de aguja de sutura que ocurre durante la intervención quirúrgica practicada por el facultativo y el malestar psicofísico posterior de la paciente que originó la extracción por una nueva operación, presupone la existencia de culpa del médico. Probada la relación de causalidad entre una operación quirúrgica y la formación de un cuerpo extraño conteniendo una aguja de uso común en cirugía, alojado en el campo operatorio de aquella intervención, debe responder el profesional médico que la llevó a cabo, siempre que sea corroborado con un examen anatomo patológico que sería determinante para eximirse de responsabilidad, además la aplicación del principio de la

responsabilidad compartida que se dé en el hacer jurídico médico moderno.

Roy Freire enseña que puede definirse el homicidio culposo como la muerte producida por el agente al no haber previsto el posible resultado antijurídico de su conducta, siempre que debiera haberlo previsto y dicha previsión era posible (homicidio con culpa inconsciente) o habiéndole previsto, confía sin fundamento en que no se producirá el resultado letal que el actor se representa (culpa consciente).

Por deber de cuidado debe entenderse el conjunto de reglas que debe observar el agente mientras desarrolla una actividad concreta a título de profesión, ocupación o industria, por ser elemental y ostensible en cada caso como indicadores de pericia, destreza o prudencia. Para efectos de configurarse la infracción al deber objetivo de cuidado se requiere que el agente esté en posición de garante respecto de la víctima. Así tenemos pues la posición de médico-paciente que es el tema que tratamos en el presente artículo.

### **HOMICIDIO CULPOSO POR NEGLIGENCIA MÉDICA**

**BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:** La vida humana independiente dentro de los parámetros naturales y biológicos.

**SUJETO ACTIVO:** Este delito es agravado, debido a que el sujeto activo es la persona que tiene la condición de profesional de las ciencias de la salud y por lo tanto tiene deberes impuestos por su función. Por ejemplo: se imputará homicidio culposo por omisión al médico de guardia que sin importancia al caso sigue hablando por teléfono y no atiende inmediatamente al paciente que se asfixia por aspiración



de contenido gástrico pese que la enfermera le insiste que es urgente su intervención.

**SUJETO PASIVO:** La persona sobre la cual se descarga la acción culposa puede ser cualquiera.

**CONSUMACIÓN DEL DELITO:** Para la imputación a una persona de un homicidio culposo médico, no es suficiente la simple infracción del deber objetivo de cuidado, sino resulta imprescindible que se verifique el resultado muerte de la víctima.

**BASE LEGAL:** La responsabilidad penal supone que la actuación profesional ha producido un resultado tipificado como delito o falta en el Código Penal. Así tenemos el artículo 111 del citado código:

“El que por culpa ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas... la pena será no mayor de cuatro años si el delito resulta de la inobservancia de reglas técnicas de profesión, de ocupación o de industria...”

En este hecho, el Juez está en la obligación de evaluar si se trata de un comportamiento doloso (se ha hecho el daño de forma consciente y plenamente voluntaria) o culposo

(se trata de una imprudencia, una impericia o negligencia por no guardar el debido cuidado, que produce un perjuicio que no se desea).

La condena por este delito, además de la pena, llevará aparejada la responsabilidad civil correspondiente, es decir la indemnización al paciente por el perjuicio ocasionado. Cuando el médico realiza un delito doloso (voluntario) se le tratará como a cualquier persona según el Código Penal. Cuando se trata de delitos o faltas culposas o imprudentes es preciso apreciar dicha imprudencia y para ello se deberá comprobar:

- Acción u omisión voluntaria no maliciosa
- Infracción del deber de cuidado (no realizar la actuación de acuerdo con la norma “Lex Artis”).
- Haber creado un riesgo previsible y evitable.
- Existir un resultado dañoso causado por la conducta descuidada.

### **EL ACTUAR CRIMINALÍSTICO EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE HOMICIDIO CULPOSO MÉDICO**

En la investigación de este delito, el Representante del Ministerio Público que es el titular de la acción penal y quien interpone la denuncia correspondiente, debe solicitar al Laboratorio las pericias idóneas al hecho criminal, tales como las que señalamos a continuación:

**TABLA IDEAL DE PERICIAS**

<b>MUESTRA</b>	<b>PERICIA</b>	<b>MOTIVO DE LA SOLICITUD</b>
Cadáver	Examen anatómico patológico	Solicitar necropsia, para establecer la causa de muerte, observando el cuerpo.



Cadáver	Examen clínico forense	Solicitar examen ectoscópico para determinar lesiones u otras determinaciones.
Historia Clínica	Pronunciamento Médico Forense	Evaluar documentos, historia clínica.
Protocolo de Necropsia	Pronunciamento Médico Forense	Evaluar causas de la muerte que determine como culposo el acto médico.
Instrumental utilizado	Pronunciamento Médico Forense	Determinar si el uso del instrumental ha causado la muerte del sujeto pasivo.
Vísceras	Examen toxicológico	Determinar los fármacos suministrados a la víctima.
Cuerpo Médico y personal auxiliar que atendieron a la víctima	Pronunciamento médico Forense	Delimitar las funciones e intervención de cada uno en el hecho que ocasionó la muerte de la víctima.

La criminalística en el Perú, solo es estudiada como asignatura (y no como carrera profesional) escasamente en el nivel de pre grado o facultades de derecho, así también, ocurre lo propio en el nivel de maestría (en derecho penal, por ejemplo); a excepción de la maestría en criminalística. Es decir, se le impone un encamisetamiento curricular (de estudio, investigación

y análisis) y científico. Olvidando que la naturaleza de los estudios de la criminalística es identificatoria, cualitativa, cuantitativa y comparativa; todo ello sin dejar de lado la estricta observancia metodológica, tecnológica y científica.

La criminalística presenta una amplitud y desarrollo vertiginoso a todo nivel que no se



puede desconocer o postergar, hecho por el cual consideramos que nuestro país cuenta con la insoslayable necesidad de profesionalizarla, es decir, reconocerle y otorgarle su verdadero sitio. En ese sentido, somos de la opinión porque la criminalística sea estudiada, pero, como carrera profesional universitaria, otorgando un título universitario de “criminalistas” a los que se titulen en esa área.

Finalmente, consideramos (sobre todo, en estos tiempos en los que nuestra realidad presenta un índice de criminalidad cada vez en aumento y en que el Ministerio Público y Policía Nacional batallan para obtener sus respectivos laboratorios de criminalística), que la implantación y vigencia de la profe-

sionalización y científica de la criminalística redundará de manera decisiva en el mejor estudio, análisis, desarrollo, investigación y función de la misma; contribuyendo a su vez a potencializarla para beneficio de la investigación de la escena del hecho delictuoso, para la obtención de mejores respuestas o más exhaustivas explicaciones a las “Interrogantes de Oro de la Criminalística” (como son: el ¿qué?, el ¿dónde?, el ¿cómo?, el ¿cuando?, el ¿quién? y el ¿con qué?). De lo expuesto en estas breves líneas tenemos como conclusión final que la Criminalística, en su condición de ciencia auxiliar del Derecho Penal y Procesal Penal, es fundamental para contribuir a la investigación criminal.

#### **BIBLIOGRAFÍA**

CÓDIGO PENAL PERUANO – 1991. Editorial Grijley. Lima Perú.  
DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL. Cabanellas, Guillermo. Edición 1982- Argentina.  
ESTUDIOS DE DERECHO PENAL MÉDICO: MÓDULO VII “RESPONSABILIDAD PROFESIONAL Y DERECHO MÉDICO” del CURSO DE POST GRADO: DIPLOMADO EN MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES DE LA UNIVERSIDAD RICARDO PALMA - FACULTAD DE MEDICINA HUMANA.





# EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DEL EMPLEADOR

**MG. CECILIA IZAGA RODRÍGUEZ**

JUEZ TITULAR DEL 3ER JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO LABORAL DE CHICLAYO

El mundo jurídico se nutre día a día con la realidad social, tanto más el derecho del trabajo, derecho social por naturaleza, por ello Ortolán<sup>1</sup> señala “Si los derechos nacen, si se modifican, si se transfieren de una persona a otra, si se extinguen, es siempre consecuencia o por medio de un hecho. No hay derecho que no provenga de un hecho, y precisamente de la variedad de hechos procede la variedad de derechos”.

Según el maestro Javier Neves Mujica<sup>2</sup> el trabajo objeto de protección por el derecho del trabajo es el trabajo humano, productivo, por cuenta ajena, libre y subordinado, y nuestra Constitución Política en su Art. 22 señala “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”. Si ello es así resulta de vital importancia detenernos y dar una mirada de futuro a las relaciones laborales nacionales de cara a la globalización e internacionalización de los mercados, encontrándonos con lo que se conoce con la Responsabilidad Social Empresarial<sup>3</sup>, la cual se define como el compromiso continuo de la empresa de contribuir al desarrollo sostenible, mejorando la calidad de vida de sus empleados y sus familiares, así como de la comunidad y de la sociedad en general, es decir el empleador no es más el dueño de los medios de producción cuya única finalidad es la generación de riqueza y el trabajador una pieza más del engranaje. En la actualidad el empleador es visto (o debe ser visto) como el estratega, aquél que hace una gestión ética del negocio con una visión global del mismo, donde involucra proveedores, clientes, comunidad, medio ambiente y sobre todo empleados a quien otorga traba-

jo de calidad, capacitación para mejorar los niveles de productividad, quienes son vistos hoy en día como elemento esencial de la rentabilidad pues contribuyen de manera directa con el trabajo que realizan, ubicándose entre los activos más valiosos de la organización.

Así como existen sistemas de calidad basados en certificaciones internacionales que acreditan el cumplimiento de estándares como el ISO 9000 sobre servicios y productos, ó ISO 14000 sobre la gestión del medio ambiente, también existen el SA 8000 referido a estándares de buenas prácticas laborales orientados a asegurar el cumplimiento de los derechos laborales de los trabajadores en una organización, y el OHSAS 18000 referido a estándares de seguridad y salud ocupacional, que miden de alguna forma la responsabilidad social del empleador. Internacionalmente estos estándares de derechos laborales están dados por códigos o estándares privados, que han llegado a ser una práctica generalizada en otros países como el caso de Nike, Adidas, GAP, etc.; sin embargo, es unánime el criterio en el sentido que lo mínimo que deberían respetarse son los estándares laborales de la OIT, pero reflejando las necesidades locales o particulares y la legislación nacional de cada país, estos derechos laborales fundamentales que deben respetarse son: La libertad sindical (Convenio 87 Libertad sindical y protección del derecho de sindicalización), la negociación colectiva (Convenio 98 Derecho de sindicalización y negociación colectiva), la no discriminación (Convenio 100 Igualdad de remuneración, y Convenio 111 Discriminación en el empleo y ocupación), la prohibición del tra-

<sup>1</sup> OTROLÁN, M., Generalización del derecho romano, No. 52, cit. de Vélez Sársfield en nota de la sección segunda del Libro segundo del Código Argentino.

<sup>2</sup> NEVES MUJICA, Javier, Introducción al Derecho Laboral, Fondo Editorial PUCP, Lima – Perú, 2004, p.16 y ss.

<sup>3</sup> WORLD BUSINESS COUNCIL FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT 2000 (WBCSD).



bajo forzoso (Convenio 29 Trabajo forzoso, y Convenio 105 Abolición del trabajo forzoso), la erradicación del trabajo infantil (Convenio 138 Edad mínima, y Convenio 182 Sobre las peores formas del trabajo infantil), esto trae a colación lo que se denomina en la actualidad como Trabajo decente, que no es otra cosa que la puesta en marcha de la Responsabilidad Social del Empleador.

En nuestro país la Responsabilidad Empresarial como estrategia para el desarrollo se ha venido implementando gradualmente, por ello el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) se encuentra evaluando la posibilidad de implementar el proyecto Better Factories (mejores fábricas), destinado a la observación e información de las condiciones de trabajo que se brindan en las fábricas y la verificación del cumplimiento de las normas laborales y seguridad social en el trabajo, donde interviene el Estado como responsable del planeamiento, ejecución y fiscalización de las normas laborales y de seguridad social en el trabajo, asimismo la OIT que diseña, elabora las estrategias, capacita y realiza el monitoreo constante del programa y actúa como observador neutral, y, finalmente los compradores internacionales que solo deben relacionarse con aquellas empresas que se encuentren dentro del comentado programa<sup>4</sup>.

En el Perú para dar el gran salto se cuenta con esfuerzos privados como lo sostiene Nora Donayre Yáñez profesora de la Maestría en Gerencia Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), que señala que con la aplicación del Balance Social (que generalmente se incorpora en las memorias de la empresa junto con los Estados Financieros) se identifican los fenómenos que requieren atención para luego empre-

der planes, y como María Matilde Schwalb, coordinadora del Área de Gestión Empresarial y Responsabilidad Social del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, que señala que en la medida que las empresas continúen aplicando planes de responsabilidad social empresarial incentivadas por la valoración positiva que estos reciben de sus clientes y consumidores, no será necesario que el Estado reglamente su ejecución<sup>5</sup>, incluso el Perú cuenta con la Asociación de Buenos Empleadores – ABE que es una asociación sin fines de lucro patrocinada por Amcham que agrupa a más de cincuenta empresas que respetan a su personal aplicando buenas prácticas de recursos humanos, comprometidas a que sus proveedores también respeten a su personal aplicando las mismas prácticas, los requisitos para ser socio de ABE son: (i) pagar puntualmente a todo su personal, (ii) aplicar las prácticas de recursos humanos exigidas por la asociación (evaluación del desempeño, pago de acuerdo con el desempeño, capacitación y reconocimiento); (iii) tener un ambiente de trabajo seguro e higiénico<sup>6</sup>.

El artículo III del Título Preliminar de nuestro Código Procesal Civil aplicable supletoriamente al proceso laboral señala como fines del proceso resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y logrando la paz social en justicia, esperemos que los trabajadores del Perú en un futuro próximo no tengan que acudir a los tribunales para recién hacer realidad los derechos sustanciales, sino que tengan la oportunidad de acceder a un trabajo decente donde el empleador no perciba erradamente que juega en contra del trabajador y sus derechos sino que ambos juegan para el mismo equipo generando riqueza como base del bienestar so-

<sup>4</sup> FUENTE: DIARIO GESTIÓN (viernes, 7 de marzo del 2008).

<sup>5</sup> SOLUCIONES LABORALES No. 02, Revista de Gaceta Jurídica, Perú, Febrero 2008, p. 60.

<sup>6</sup> SOLUCIONES LABORALES No. 01, Revista de Gaceta Jurídica, Perú, Enero 2008, p. 65.



cial, sirviendo paralelamente como medio de realización de la persona. En el Perú ya no se trata de crear más leyes laborales sino de hacer realidad las que ya existen, no por mie-

do a la sanción sino por convicción y responsabilidad social, pues como dijo Platón “Las buenas personas no necesitan de leyes para decirles que actúen con responsabilidad”.



# LA JUSTICIA EN MANOS DE SERES HUMANOS

**MARÍA YOLANDA GIL LUDEÑA**

JUEZ DEL SETIMO JUZGADO PENAL DE CHICLAYO

Los trabajadores de la Carrera Auxiliar Jurisdiccional en sus diferentes grados:

- Secretarios y Relatores de la Corte suprema;
- Secretarios y relatores de las cortes superiores,
- Secretarios de juzgados especializados o mixtos y de paz letrados;
- Oficiales auxiliares de justicia.

Forman parte de la estructura del Poder Judicial y se les define sus Derechos y Deberes para asegurar el cumplimiento y pleno respeto de las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia.

Los trabajadores judiciales desarrollan sus propias capacidades y competencias en las distintas especialidades jurisdiccionales en relación con los diferentes procesos; es decir cada uno llega al término final en la prestación de su servicio al usuario Judicial: Emitir Sentencia.

Tarea que lleva implícita el imperativo de que el elemento humano alcance en el desarrollo de su actividad estándares de eficiencia. Para lograr dicho objetivo, el esfuerzo que se les pide a dichos servidores debe estar equiparado, equilibrado con una mejora en su status de vida en el aspecto remunerativo.

El trabajo del secretario, asistente, auxiliar es uno de los más sacrificados; sin embargo no tiene una contraprestación económica que se acerque a una justicia distributiva económica.

## **VISUALICEMOS:**

Un trabajador jurisdiccional de cualquier grado sentado frente a su herramienta de trabajo: computadora, expedientes, cédulas de notificación, aguja, hilo, etc., comienza a trabajar, ¿Pero qué ocurre cuando le invade pensamientos (tal cual goteo de lluvia torrencial, va penetrando en su ser mental), que dejó en su hogar sin solucionar: necesidades del diario alimentar, gastos básicos: pensión de enseñanza, luz, agua y teléfono, a sus seres queridos que dependen de él o de ella?, y ¿Cómo se libera de esos pensamientos, transformados en gran problema, si le asaltan y se apropian de su libre razonar para convertirlo en un ser esclavo de esa situación que no resolvió antes de ingresar a su centro de labores? Entonces el producto judicial resulta mezclado, bambeado, impuro, lleno de errores y que al salir ese documento está plagado de imperfecciones produciendo una ineficiencia que perjudica al usuario litigante; sin embargo la responsabilidad es atribuida enteramente al secretario que con gran esfuerzo y denuedo trata de sobrellevar esta situación, pero a veces le es imposible, ¿razón?: Ser Humano.

### **Dany es un trabajador judicial**

“Es un mal día para Dany, está agobiado por deudas, preocupado por su hija Daniela a quien no le dejaron dar examen en su colegio, por no haber pagado la pensión de enseñanza. Dany llega a su trabajo, debe cumplir con su rutina laboral: presentar al Señor Juez el despacho proveído. De pronto saltan sus errores ¿qué ocurrió?, ¡falta de concentración!. Dany es un trabajador competente pero desarrolla una actividad mental y debe razonarla, procesarla, asimilarla y argumentarla. Sin embargo la preocupación lo violenta y ¡zas! se equivoca



¿fue su desidia? ¿Negligencia? ¡No!, sencillamente a su reconocida vocación y mística laboral se le cruza, se atraviesa, ingresa a un mundo mental: el problema económico que no puede resolver y que equivocadamente piensa lo había dejado en casa, pero no, se va con él y definitivamente interfiere en su accionar laboral”.

Recientemente escuché una conversación entre dos trabajadores cuya temática versaba sobre el cobro del sueldo. Uno le decía al otro “No, no voy a poder matricularme en ese diplomado porque no me alcanza, con las justas, tengo para pagar mi menú.”; el otro como si fuera su propio eco respondió “Yo tampoco”. Le confieso querido lector que me llamó la atención no por lo novedoso del tema porque es muy frecuente, sino porque tomé conciencia de cómo a veces se nos embota la mente y el corazón ante realidades tan drásticas y tan cerca de nosotros, y ante tal situación vamos perdiendo sensibilidad y no vemos lo que ocurre en nuestro entorno y va deteriorándose hasta el extremo de caer en un inmovilismo magnificante que nos imposibilita asumir una actitud que genere alternativas de solución.

Desde esa arista hay que valorar que el trabajo que desarrollan estos auxiliares jurisdiccionales es uno de los más sacrificados; pero, sin embargo, no tienen una remuneración económica que le solucione la demanda básica de bienestar y si a ello le agregamos la presión jefatural y social, entonces el desequilibrio emocional se apropia de su psiquis construyendo un ser humano inestable, inseguro, frustrado y a veces renegado.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo veintitrés inciso “c” reconoce que: “Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y

satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completado en caso necesario, por cualquier otro medio de protección social”.

En el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 7 inciso a-I reconoce el derecho de toda persona a un salario equitativo igual por trabajo de igual valor.

Nuestra Constitución en su artículo 24 primer párrafo dispone que “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual”. Una remuneración equitativa, es decir de acuerdo al servicio prestado, a la calidad y cantidad del trabajo que presta un trabajador judicial magnificado en ambas dimensiones; por tanto una remuneración suficiente significa el bienestar material y espiritual de ese servidor y su familia y ni siquiera magnificándole sino únicamente lo mínimo requerido, es decir el bienestar material: satisfacción de necesidades para la sobrevivencia: alimentación, vestido, vivienda y salud. El bienestar espiritual: el educarse, descansar y crear condiciones para el progreso personal.

En la doctrina social de la Iglesia se ha sostenido el presupuesto del sueldo ético. Ella recoge sus fundamentos desde las enseñanzas bíblicas: “No explotarás al jornalero humilde y pobre, ya sea uno de tus hermanos o un forastero que reside dentro de tus puertas. Le darás cada día sus salarios sin dejar que el sol se ponga sobre esa deuda; porque es pobre, y, para vivir necesita de su salario, así no apelará por ello a Yahvé contra ti, y no te cargarás con un pecado”(Deut. 24,14-15).



Juan Pablo II publica en setiembre de 1981 su Encíclica *Laborem Excersens* (Trabajo Humano); en ella establece, entre otras propuestas:

**a) El Justo Salario:** defensa del salario y las condiciones del trabajo ante la explotación del trabajador por el capital.

**b) Legislación Laboral:** las leyes deben definir el salario mínimo, realmente suficiente para una existencia digna.

En fin, una remuneración justa es aquella que permite a la persona desarrollarse integralmente, promover su condición humana a un grado más alto de la personalización y trascendencia.

En el Poder Judicial la desigualdad de la distribución del ingreso es perfecta; los niveles salariales son altamente diferenciales. Es por ello que los trabajadores quieren ser jueces... ¡Ya!, y el Juez, Vocal, el Vocal Superior, Vocal Supremo y no tendría objeción alguna sino fuera porque muchos de ellos sin alcanzar la experiencia necesaria y a veces el perfil solicitado, está en proceso de maduración, pero el trabajador requiere necesariamente nivelar su sueldo y se produce un vaivén desestabilizador en el trabajo jurisdiccional, porque van desplegando energías laborables a medias ya que el objetivo principal es superar el nivel económico más que el funcional y se produce un círculo vicioso.

Es bueno el crecimiento en todo el aspecto positivo pero hay que reducir las crecientes brechas en la desigualdad de los trabajadores judiciales, porque ellos no forman parte de un escenario especial para la realización de los eventos judiciales paralelos a los que despliega el Juez, es un mismo escenario formando

un solo un todo, un universo, un mundo jurídico.

La función no es únicamente de magistrado; la resolución judicial surge del trabajo conjunto de jueces y servidores, de allí que la digna y compensatoria remuneración económica debe abarcar ambos: magistrados y trabajadores judiciales.

La crisis remuneratoria económica de dichos trabajadores es una situación que involucra a todos los magistrados, tienen una importante tarea de cumplir en el firme compromiso de intervenir directa o indirectamente a fin de que se logre un incremento remunerativo a dicho personal, en ese entendido es el Congreso y Poder Ejecutivo que debe solucionar, en la Reforma Judicial de la Ley de la Carrera Judicial o vía alternativa, implementar modificaciones legislativas al respecto y cumplir la Ley 28821 que regula la condición de presupuesto entre los poderes ejecutivo y judicial y los artículos 2, 82, 118 y 146 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Felizmente la alta dirección y cabeza de esta institución, Poder Judicial, está accionando para que se resuelva este gran problema que incide profundamente en la justicia, para que se le reconozca y pague un sueldo digno, justo y equitativo a los hijos: Servidores Judiciales, porque si los congéneres reciben y disfrutan de una justa remuneración económica acorde con su función, entonces es deber de ellos velar porque dichos miembros de esa misma familia judicial perciban y disfruten un sueldo decoroso.

Es una responsabilidad y mientras no se cumpla con ella los magistrados no habrán impartido Justicia porque ella debe tener su nacimiento, génesis en su propio recinto institucional.





La idea es crear una empresa de justicia que piense primero en su personal y lo motiven de manera tal que ellos se sientan seguros y a gusto porque en la medida que estimulemos su trabajo estaremos creando seres humanos de calidad, sobre todo trabajadores y eso evidentemente es un beneficio al Poder Judicial y, en consecuencia, a la comunidad que recibe el servicio de justicia, mejorando en el sistema de incentivos a sus trabajadores elevando los niveles de motivación confianza y mística laboral, promoviendo una cultura de adaptación al cambio de creatividad y de innovación. No podemos ser indiferentes a la gran depresión económica por la que atraviesan dichos trabajadores, quienes muchas veces descuidan sus labores y se ven forzados a buscar refugio económico en actividades diferentes que los fatiga y distrae de su labor judicial, ya que esta actividad por naturaleza y esencia es acaparadora, abrasiva, fatigosa, no da tregua para desarrollar actividad paralela a ella, salvo de la enseñanza o docencia universitaria.

Hay que abolir la diferencia económica gigantesca de los diferentes actores de esta empresa denominada: Poder Judicial. Debe propugnarse un paradigma de equilibrio de acuerdo a las acciones en nuestro sistema jurisdiccional, porque su rol no es el de colaborador sino es una función importante porque entre magistrados y trabajadores ejecutan labores no antagónicas sino se cohesionan entre sí para dar un único resultado, en otras palabras el desempeño de ambos se cohesionan bajo un síndrome “suma esfuerzos” y favorece el resultado de producto: JUSTICIA, significando que se debe valorar en su real dimensión el trabajo del servidor judicial, para hacer que su producto perfeccione hay que proporcionarle seguridad económica y pueda

desarrollarse en todas y cada una de las dimensiones que significa el trabajador concentrado y abierto a la libertad que da cuando ha satisfecho sus principales y básicas necesidades de manutención y bienestar en toda su universalidad.

Si bien en el poder judicial existe un importante número de unidades económicas en la magnitud, su distribución es una forma piramidal anversa, es mínima en los trabajadores judiciales. Esta evidencia muestra la inequidad en la distribución económica que hace el poder competente y que erróneamente muestra su incompetencia al no saber efectuar las operaciones resultando sorprendente, pues refleja las características de una remuneración injusta, produciéndose una cultura remunerativa injusta, creando un normal y humano rezago creativo judicial que afecta no solo al litigante sino transgrede el desarrollo funcional del Poder Judicial en su conjunto.

Simultáneamente crea en el trabajador “réplica silenciosa” frente al otro actor, quien de algún modo es partícipe indirecto de esta injusticia al no alzar su voz de apoyo y auxilio frente al titular del pliego correspondiente.

Digo esto no para animar y menos levantar un espíritu de discordia, más bien para asumir posturas de solidaridad que contrarresten el egoísmo al que tendemos los seres humanos; decir que debemos estudiar y plantear estrategias para solucionar el gran problema de fondo que es: Los Sueldos Diminutos de Los Trabajadores del Poder Judicial y así los reclamos de este sector que son legítimos, se conviertan en trabajo más eficiente y por ende más positivo para la Justicia Peruana.



# LOS DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

LITA R. PAOLA ALVARADO TAPIA

JUEZ DEL SEGUNDO JUZGADO ESPECIALIZADO CIVIL DE CHICLAYO  
PROFESORA DE DERECHO CONSTITUCIONAL II DE LA USAT

*“... Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros...”*

*... Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin primordial la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente...”*

## **PREAMBULO DE LA DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE (1948)**

Uno de los rasgos más importantes del constitucionalismo moderno y del derecho internacional de nuestro tiempo es la preocupación por la persona humana y la promoción de sus principales derechos, por lo que se vienen celebrando una serie de declaraciones y tratados en los que se reconoce la supremacía de la dignidad humana y varios de sus primordiales derechos, constituyéndose, además, diversos organismos nacionales e internacionales para reaccionar frente a los atentados de los que son objeto.

Dentro del ordenamiento jurídico nacional, el artículo 1° del Capítulo I Derechos Fundamentales de la Persona, del Título I De La Persona y de la sociedad de la Constitución del Perú de 1993, señala que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la socie-

dad y del Estado”. Este artículo constituye la piedra angular de los derechos fundamentales de las personas y, por ello, es el soporte estructural de todo el edificio constitucional, tanto en el modelo político, como en el modelo económico y social. En tal sentido, fundamenta los parámetros axiológicos y jurídicos de las disposiciones y actuaciones constitucionales de los poderes políticos y de los agentes económicos y sociales, así como también establece los principios y a su vez los límites de los alcances de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos y las autoridades <sup>1</sup>.

Es así que en este primer nivel de interpretación constitucional, se infiere que la dignidad humana de la persona es el fin supremo, fundamento y límites de la actividad del Estado, la sociedad y la economía; es decir, la dignidad humana se sintetiza en el respeto permanente a la persona y en el reconocimiento de sus derechos <sup>2</sup>.

La dignidad humana se incardina en la perspectiva contemporánea de los derechos fundamentales dentro del constitucionalismo social que, partiendo de un status positivo de la libertad, reconoce que todas las personas tienen las mismas capacidades y posibilidades sociales de realizarse humanamente, pero, también cuentan con la promoción y auxilio de los poderes públicos y privados.

En esta perspectiva humanista, la dignidad tiene como sujeto a la persona humana, tanto en su dimensión corporal como en su dimensión racional, que aseguran su sociabilidad, responsabilidad y trascendencia. En

<sup>1</sup> IUS ET VERITAS/ AÑO XI/ Nº 21/ “Dignidad de la Persona Humana: César Landa Arroyo” p. 10.

<sup>2</sup> MIXAN MASS, Florencio. “Cuestiones Epistemológicas de la Investigación y de la Prueba”. Editorial BLG. Segunda Edición, Trujillo- Perú. 2006. p. 103-104.

<sup>3</sup> Teoría institucional: representada por Peter Häberle. Se refiere a la dimensión institucional que define el sentido, alcance y condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales. De ahí que la protección del contenido esencial debe entenderse como una garantía institucional (institutionelle Garantie) que hace referencia a los fines objetivamente establecidos (institucionalizados) por la Constitución y en función de los cuales se reconocen los derechos y libertades fundamentales.



ese sentido, la dignidad se convierte en un principio constitucional portador de los valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres; sin embargo, la dignidad no sólo es un valor y principio constitucional, sino también es un dínamo de los derechos fundamentales. Por ello, sirve tanto de parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, como, también, fuente de los derechos fundamentales de los ciudadanos. De esta forma, la dignidad de la persona humana se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo del hombre, razón por la que sólo puede ser entendida a cabalidad en el marco de la teoría institucional <sup>3</sup>.

Si bien no cabe duda que la dignidad es el principio cardinal que fundamenta y articula el repertorio de los “Derechos Humanos”; sin embargo, éste es un término emotivo, (como lo dijera Gregorio Peces-Barba), que suscita, con mucha frecuencia, diversos sentimientos en la acción social y política de un país.

La significación heterogénea de la expresión derechos humanos en la teoría y en la praxis ha contribuido a hacer de este concepto un paradigma de equivocidad; empero, la locución “derechos humanos” sería la más usual para denominar los derechos naturales positivizados en los instrumentos internacionales, así como aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, la libertad y la igualdad de las personas que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo <sup>4</sup>.

Esta categoría se emplea desde el ámbito internacional, mediante documentos tales como los convenios, los pactos, los protocolos, los tratados y las convenciones, demos-

trando que tiene un enfoque supranacional. Por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y los Pactos de Naciones Unidas (1966) desarrollan su contenido sobre la base de esta acepción, que por lo demás, constituye el género de todas las categorías como “derechos constitucionales”, “derechos fundamentales”, “libertades públicas”, “derechos naturales”, “derechos morales”, etc.

El concepto jus-filosófico derechos humanos, sintetiza la correlación periódica que se concreta en la convergencia de lo óntico (lo humano), lo deóntico (lo jurídico) y lo axiológico (los valores). Por eso, es un concepto cualitativamente superior al concepto jurídico de mera legalidad. Por idéntica razón, el Estado, que asume los derechos humanos, asume también el deber de no aprobar ley alguna que los infrinja; y, a la vez, el imperativo de adoptar todo lo conducente para garantizar la eficacia real de esos derechos <sup>5</sup>.

Por su parte, el Supremo Intérprete de la Constitución Peruana, desde hace más de una década, ha mencionado que “la persona humana, por su dignidad, tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al estado, inmanentes así misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal” <sup>6</sup>.

Independientemente de las concepciones que se le atribuya a dicha locución - “derechos humanos”-, se debe predicar sus principales características:

**a. Autoejecutividad o autoaplicabilidad:**  
Una vez que un tratado o instrumento internacional sobre derechos humanos haya entrado en vigencia dentro de de-

<sup>4</sup> PEREZ LUÑO, Antonio. “Los Derechos Fundamentales”. Editorial Tecno. Cuarta Edición, Madrid- España. 1991. p. 44.

<sup>5</sup> MIXAN MASS, Florencio. “Cuestiones Epistemológicas de la Investigación y de la Prueba”. Editorial BLG. Segunda Edición, Trujillo- Perú. 2006. p. 104.

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú emitida el 6 de agosto de 1996 en el Expediente N° 318-96-HC/TC (primer fundamento), publicada en: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Tomo 1. Período 96-7. Lima: Gaceta Jurídica, 1988. p. 103.



terminado estado, tales derechos resultan directamente aplicables en el derecho interno de ese estado. Como consecuencia de ello, los derechos humanos aparecen, como derechos subjetivos que aseguran el status jurídico de los individuos y su libertad en todos los ámbitos de su existencia, y por otro lado, como elementos objetivos básicos del ordenamiento jurídico estatal por lo que cuentan con propia fuerza normativa de la mayor jerarquía.

**b. Posición preferente:**

Los derechos humanos ocupan una posición preferente sobre cualquier norma de poder, de tal suerte que cada vez que un derecho humano se encuentre en conflicto, o una apariencia de conflicto, con una norma de poder, el conflicto debe ser resuelto dando primacía al derecho. Además implica que el derecho humano debe ser interpretado de tal forma que se favorezca en su virtualidad y contenido (in favor libertatis). Consecuentemente, cualquier acto, norma u omisión que provenga de órganos estatales, de particulares o de cualquier sujeto de derecho en general, que vulnere o amenace algún derecho humano, debe darse por invalidado o sancionado.

**c. Universalidad:**

Lo que quiere decir que los derechos humanos se adscriben a todos los seres humanos o, mejor, a cada uno de los seres humanos. Se trata de una de las características más discutidas de este tipo de derechos, pues, como lo señala Laporta: "... si admitimos el rasgo de universalidad, entonces tenemos que sacar los derechos humanos fuera del ámbito del sistema jurídico positivo. Porque, en efecto, no hablamos de unos derechos

que unos tienen y otros no tienen en función del sistema jurídico en que viven. Hay una imposibilidad conceptual de afirmar simultáneamente que los derechos humanos son universales y que son producto del orden jurídico positivo, porque la condición de sujeto de un sistema jurídico excluye la noción de universalidad de que estamos hablando. A no ser, claro está, que estemos dispuestos a argumentar la existencia de un sistema jurídico positivo cuyas normas sean universales en ese sentido". Sin embargo, tal problema parece verse solucionado cuando concebimos a los derechos humanos como derechos morales, pues allí no había ninguna dificultad para predicar la universalidad de los derechos humanos, es decir, para atribuir su titularidad a cada uno de los seres humanos. Naturalmente, el reclamo ético o moral que se pueda derivar de estos derechos morales se convertirá en una exigencia jurídica cuando éstos sean incorporados en una norma positiva.

**d. Irreversibilidad:**

Se trata de otra característica discutible desde el punto de vista positivo, sobre todo, teniendo en cuenta la derogabilidad de las normas positivas.

Según esta característica, ningún estado puede desconocer la condición del derecho humano o quitarle fuerza normativa a uno que haya sido reconocido por él como tal, particularmente en un instrumento internacional. Para asegurar la aplicación de esta característica, se requiere que el derecho interno del Estado en especial su normativa constitucional- contenga una norma que reconozca como derechos humanos o fundamentales, además de los explícitamente



previstos en su ordenamiento estatal, otros que resulten inherentes a la persona o que se encuentren reconocidos en instrumentos internacionales <sup>7</sup>.

De todo lo esbozado, se desprende que los Derechos Humanos son atributos o facultades esenciales o fundamentales que han sido conquistados histórica y socialmente, que han sido reconocidos política y jurídicamente, que tienen por fin el respeto de la persona humana en sus aspectos sustanciales de existencia, libertad y desarrollo con dignidad y justicia"; <sup>8</sup> por lo que la lucha por la vigencia y el ejercicio de los derechos humanos debe ser tomada en cuenta de acuerdo de lo que son y de lo que significan. No obstante, el desconocimiento por parte de la población civil de la declaración de estos derechos humanos conduce a que órganos de gobiernos y sociedades abusen y violen tales derechos, lo que a la vez conduce a la destrucción material y espiritual del ser humano y de la sociedad en general. Esto ha causado a lo largo del tiempo, esclavitud y miseria; y, en algunos casos se llegado hasta el extremo de causar la muerte de millones de vidas.

Es así que resulta indispensable aclarar cualquier duda posible acerca de la importancia que cobran las instituciones y organizaciones encargadas de la protección a los derechos humanos, por lo que es oportuno citar una definición extraída del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que permite tener un conocimiento más detallado acerca de este tema, y como se explicó, de mucho debate y controversia actualmente. Dicho diccionario señala que proteger es amparar, favorecer y defender; sin embargo, si en lugar de proteger se emplea una palabra más

oportuna jurídicamente hacer cumplir, cuya definición es: ejecutar, llevar a efecto, exigir obediencia; es así que en el contexto de los derechos humanos proteger se conceptualiza como resguardar a las personas o pueblos de cualquier violación de estos derechos. Ahora, si hacer cumplir significa que todos obedezcan las normas de derechos humanos, esa acepción resultaría más efectiva, porque si nadie lo hiciese, se transformarían en puros ideales y simples membretes, lo que daría resultado a grandes vulneraciones de nuestros derechos, los cuales nos son inherentes por nuestra propia dignidad de personas.

La obligación de un Estado es amparar, proteger y ofrecer los recursos jurídicos convenientes para defender los derechos de las personas"; <sup>9</sup> pero, también materializar una actuación o conducta gubernamental que asegure la existencia y eficacia de los mismos. Esta obligación implica el deber de organizar todo el aparato gubernamental, y, en general, todas las estructuras, a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal, que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos y como consecuencia prevenir, investigar y sancionar toda violación de ellos.

Como reflexión final de lo desarrollado en estas líneas, considero que los derechos humanos (al margen de sus diversas acepciones y características), dentro de un moderno Estado de Derecho, deben ser pensados a tenor de su efectiva defensa, así como de su permanente reivindicación y sanción en caso de violación; y, justamente, el operador judicial es uno de los más privilegiados funcionarios públicos en hacer cumplir esta misión.

<sup>7</sup> IUS ET VERITAS/ AÑO XI/ N° 24/ "Positivismo Jurídico y Derechos Humanos- Algunos Problemas Generados por una "Neutralidad Valorativa" en una Teoría Sobre Derechos Humanos-: Reynaldo Bustamante Alarcón" p. 130-131.

<sup>8</sup> ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. Estado Y Ejercicio Constitucional. Marsol Perú Ediciones. Lima. 2003. 262

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ, Aurelio. Compendio de Teología Moral. 2ª edición. Ediciones Palabra. Madrid. 1995. 579





# JUSTICIA DE PAZ: ENTRE LA COSTUMBRE Y EL POSITIVISMO

**MARIA BETTY RODRÍGUEZ LLONTOP**  
JUEZ (P) OCTAVO JUZGADO ESPECIALIZADO PENAL

## 1. COSTUMBRE y JUSTICIA DE PAZ

La costumbre es la principal fuente de derecho, en lo que respecta a la justicia de Paz. Sin embargo deben hacerse algunas precisiones pues “cuando se habla de la costumbre hay una remisión directa al ordenamiento jurídico, al Derecho consuetudinario y a la costumbre como fuente de derecho”.<sup>1</sup>

Se debe distinguir que si bien hay costumbres que son creadoras de Derecho consuetudinario, no todas las costumbres son jurídicas<sup>2</sup> y que no es esta costumbre sobre la cual necesariamente resuelve el Juez de Paz. Estamos de acuerdo con la autora Guerra Cerrón, cuando asevera que “La costumbre que preserva el Juez de Paz cuando resuelve los problemas o conflictos no es precisamente la costumbre Jurídica, aunque no se excluye que pueda serlo, sino simplemente preserva ciertas repeticiones de actos o maneras de obrar o restablecidas a lo largo del tiempo pero que no se mantienen estáticas, sino en constante evolución, enriqueciéndose con la experiencia de la vida diaria en la comunidad u organización social. Cuando se habla de justicia de paz, es mejor hablar simplemente de costumbre, la que además debe estar de conformidad con la moral social de la comunidad y con la equidad<sup>3</sup>.”

De este modo, hay mayor espacio para que la justicia de paz pueda desenvolverse a nivel jurisdiccional y social, toda vez que en

nuestra diversidad, existen costumbres que carecen de alguno de los elementos para ser estrictamente jurídica. Esto manifiestamente ha contribuido para que el Juez de Paz “al decir derecho”, resuelva los casos que se pongan bajo su conocimiento, de acuerdo a las costumbres de su entorno.

No obstante, también el Juez de Paz está sometido a la Constitución y a las leyes; precisamente “una de las características más destacadas de la labor del juez de paz es su actuación entre la costumbre y el derecho, entre las normas legales y el derecho consuetudinario”.<sup>4</sup> Pero fundamentalmente, el Juez de Paz articula su visión de la conflictividad tomando como referencia principal no el Derecho Formal del Estado -las figuras previstas en el Código Civil y en el Código Penal, por ejemplo-, sino valores sociales sustantivos vigentes en la localidad.

La justicia de Paz razona jurídicamente sobre la base de criterios absolutamente diferentes a los que sustenta la Justicia formal. Hasta podría decirse que se trata de posiciones antagónicas. Al respecto Jürgen Brandt considera que debido a la carencia de razonamiento jurídico, el Juez de paz no se concentra en el cumplimiento de normas procesales sino en la búsqueda de un equilibrio justo entre las partes del conflicto. Justamente la “vigencia social de la justicia de paz está asentada precisamente en que el Juez de paz razona de una manera diferente, privile-

<sup>1</sup> GUERRA CERRON; María Elena, Hacia una Justicia de Paz. Un asunto de Interés Nacional. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2005, p. 150

<sup>2</sup> RUBIO CORREA, Marcial, El sistema Jurídico Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2000 son tres los requisitos que debe reunir la costumbre jurídica, los que a la vez la distinguen de la costumbre general, uso generalizado, conciencia de obligatoriedad y antigüedad.

El uso generalizado, se origina en tanto la costumbre jurídica supone que los sujetos involucrados en las conductas que se rigen por la costumbre jurídica, reiteran constantemente y en conjunto, las pautas de comportamiento que ella dicta (consuetudinarias).

La conciencia de obligatoriedad significa, que los sujetos que practican la costumbre, deben tener conciencia que el cumplir con la conducta prescrita, se constituye en una necesidad jurídica obligatoria dentro de la sociedad en que habitan.

Con respecto a la antigüedad, su práctica debe tener una reiteración extensa a lo largo del tiempo, dentro del ámbito correspondiente.

Además de reunir estos requisitos, la costumbre jurídica para ser tal, debe contar con la fuerza del Estado para su cumplimiento.

<sup>3</sup> GUERRA CERRON; María Elena, op, cit, p. 153

<sup>4</sup> BRANT JURGEN, Hans, “Comentario al Diagnostico sobre la justicia de paz elaborado por el IDL”. En la Justicia de paz en debate, Instituto de Defensa Legal, Lima, 1999, p. 52.





giando la solución del conflicto...<sup>5</sup> ". Por ello, el artículo 66º del Texto único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que el Juez de Paz falle, según su leal saber y entender.

Sobre este aspecto, siguiendo a María Elena Guerra Cerrón<sup>6</sup> el leal saber y entender es, según los usos y costumbres, tradiciones, principios y procedimientos propios de cada comunidad. ... Pronunciarse según el leal saber y entender nos remite a un conocimiento no técnico, sino uno común y cotidiano. El sentido común se asimila al leal saber y entender... El hecho de no tener que fundamentar jurídicamente las sentencias es el fundamento del pronunciamiento según el leal saber y entender".

Creemos que el leal saber y entender exige una actitud de fidelidad al propio conocimiento o saber. Es decir, una actuación estricta y rigurosamente ética, que en derecho se traduce a través de la exigencia de buena fe, de la que el Juez de Paz debe estar premunido para no contradecir su propio conocimiento o saber, el cual debe entenderse como el bagaje o contenidos cognitivos, emocionales y sociales que la persona almacena o registra. El entender alude al proceso de asimilación y procesamiento interno y personalísimo de los contenidos cognitivos, emocionales y sociales. Por supuesto, la lealtad hacia el propio entender debe ser de acuerdo, también a la buena fe, es decir, sin tergiversaciones o distorsiones, que perturben el resultado del proceso. También significa, que el proceso de entendimiento, por ser personalísimo, no puede ser delegado a tercero, bajo riesgo de ser desleal no sólo a los interesados, sino también, consigo mismo, que es el sujeto en pleno proceso de entendimiento.

## 2. POSITIVIZACIÓN DE LA JUSTICIA DE PAZ

Como veremos a continuación, pese a que la justicia de paz, tiene como principal fuente a la costumbre, existe una positivización que genera una gran confusión, más teniendo en cuenta que "uno de los aspectos más problemáticos de la justicia de paz es el marco legal que regula sus funciones y competencias..."<sup>7</sup> . No sólo porque existe una legislación diseminada o desarticulada, sino porque convoca la discusión sobre la naturaleza intrincada de la institución.

Vemos que, la Constitución de 1993, en su artículo 149, ha establecido la existencia de tres fueros distintos e independientes del Poder Judicial, como son el fuero militar, el fuero arbitral y el fuero especial de las comunidades campesinas y nativas. Ello pese a que en el artículo 139 inciso primero consagra el principio de la unidad de la función jurisdiccional.

De acuerdo a nuestra misma Carta Magna, el Poder Judicial lo conforman los órganos jurisdiccionales que administran justicia a nombre de la Nación y que son la Corte Suprema de Justicia, las Cortes Superiores y los Juzgados que determine su ley orgánica, señalando además que éstos deben ejercer la potestad judicial, con arreglo a la Constitución y a las leyes, según el artículo 138º de la carta fundamental. Adicionalmente, se indica que los Jueces de Paz provienen de elección Popular, y se encarga a la ley la regulación de dicha elección, sus requisitos, el desempeño jurisdiccional, la capacitación y la duración en sus cargos. Siendo así, la Justicia de Paz tiene sustento en el ordenamiento constitucional, pues en el indicado artículo 149 se le menciona como una de las "instancias del Poder Judicial" que habrán de coordinar con la jurisdicción especial de las

<sup>5</sup> DE BELAUNDE, Javier, " Comentario al diagnóstico sobre la justicia de paz elaborado por el IDL. En la Justicia de paz en Debate, Instituto de defensa Legal, Lima 1999, p. 47s

<sup>6</sup> GUERRACERRON, María Elena, Op. cit. p. 155

<sup>7</sup> LOVATÓN, DAVID y otro, citado por SILES VALLEJOS, Abraham. En la Justicia de Paz y su labor esencialmente conciliadora, IDL, Lima 1999, p. 43



comunidades campesinas y nativas, de conformidad con lo establecido en la ley.

En este orden de ideas, de acuerdo a nuestra actual Constitución Política, la justicia de paz no es pues un fuero informal, ni una entidad ajena al aparato que ejerce, la función jurisdiccional por mandato de la Constitución, de modo único y exclusivo, sino que se haya integrado a éste.

Siguiendo la opinión de Abraham Siles Vallejos<sup>8</sup> “en estrecha conexión con lo anterior, es posible colegir del modelo constitucional peruano que la naturaleza jurídica de las tareas encomendadas a los jueces de paz es auténticamente “jurisdiccional”; sin embargo, los jueces de paz resuelven casi la totalidad de los casos sometidos a su conocimiento mediante el mecanismo de la conciliación y el uso de su sentido común, desestimado en la realidad, la facultad legalmente concedida de expedir sentencia, no obstante, tal actividad conciliatoria se desarrolla en el marco de un proceso y en el ejercicio de la potestad jurisdiccional prevista en la Constitución y en la ley Orgánica del Poder Judicial.

Entonces, podemos decir que los Jueces de Paz como cualquier otro Juez, tramitan y resuelven los conflictos con sujeción únicamente a la Constitución y a la ley; pero a la vez, es precisamente esta sujeción normativa, la que les faculta actuar sobre la base de la conciliación y a su leal saber y entender, lo que viene a constituir el desarrollo de actividad procesal.

Por disposición constitucional, los Jueces de Paz tampoco pueden dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, estando autorizados a recurrir, de acuerdo a la norma constitucional, a los principios generales del derecho y al derecho consuetudina-

rio. Debe también el Juez de Paz, aplicar en las causas a su cargo el principio del debido proceso y la tutela jurisdiccional, contenidos en el artículo 139º inciso tercero de la Carta Magna.

En lo que respecta a la Ley Orgánica del Poder Judicial, por delegación expresa de la Constitución, en su artículo 26º, entre el listado de los órganos que administran justicia en el fuero común contempla también a los Juzgados de Paz. Asimismo en el párrafo tercero del artículo 66º, dispone que los Jueces de Paz, preservando los valores que la Constitución consagra, han de respetar la cultura y las costumbres del lugar. De este modo, la ley orgánica confirma que la justicia de paz, actúa como una jurisdicción de equidad acorde con las valoraciones culturales y las prácticas consuetudinarias de la comunidad, pudiendo prescindir de consideraciones jurídicas en la solución de los conflictos, pero sin vulnerar el orden constitucional.

El Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, también señala las funciones del Juez de Paz y le atribuye funciones conciliadora, jurisdiccional y notarial. Debido a la función conciliadora del Juez de Paz, que busca mantener o restablecer una cultura de paz a través del diálogo, el Juez descubre los intereses de las partes, para a partir de ellos tratar de entender ambas posiciones y buscar acuerdos.

Precisamente, el alto índice de conflictos resueltos, mediante la conciliación ha permitido que sea una justicia confiable En el aspecto relacionado con la función conciliadora del Juez de Paz. Podemos advertir una dicotomía entre norma y realidad, pues por un lado, como ya se ha indicado, el Texto único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial contiene pro-

<sup>8</sup> SILES VALLEJOS, Abraham, En la Justicia de Paz y su Labor esencialmente conciliadora, IDL, Lima, 1999, p. 47



hibiciones expresas a la facultad conciliatoria del Juez de Paz, y por otro lado, en la práctica cotidiana se puede advertir que éstos, concilian en toda clase de procesos, sin tener en cuenta estas prohibiciones. De ello podemos deducir que no se debe tratar de imponer conceptos y términos positivos a una actividad común y cotidiana, propia de la justicia de paz.

También, el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que el Juez de Paz, al ejercer función jurisdiccional, debe motivar la sentencia- así lo dispone en su artículo 66º: "...la sentencia la pronuncia según su leal saber y entender, debidamente motivada...". Este aspecto es muy importante, ya que las partes tienen el derecho de conocer las razones que se han tenido para decidir en uno u otro sentido"<sup>9</sup>

Los Jueces de paz deben abstenerse de intervenir en casos relacionados con delitos, sólo están facultados para sentenciar en el caso de faltas. En esta área de sus funciones jurisdiccionales, el Juez se encuentra vedado de administrar justicia de acuerdo a sus costumbres, pues sobre la base del principio de legalidad, debe aplicar estrictamente normas puntuales, de modo tal que, se configura a positivización de la Justicia de Paz. Esto, naturalmente, convoca mucha discusión, pues, una posición plantea, el recorte de la competencia penal como solución al problema; otros se inclinarán hacia una óptica económica para prevenir las faltas y delitos, como posibilidad de procesar una realidad, que reporta un alto índice en materia penal.

Como se puede advertir, el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, considera a la justicia de paz, como una instancia jurisdiccional más. Sin embargo, se advierte una contradicción porque formando parte del

Poder Judicial, en el que se imparte una justicia formal, el juez de paz tiene que aplicar en la solución de conflictos, su leal saber y entender, que no es otro, que el adquirido de acuerdo a las costumbres de su propia colectividad; presentándose conflictos, cuando los procesos van en apelación a los Jueces de Paz Letrados, porque el juez formal, a través de su formación positivista, pretende revisar otra concepción de justicia. Consecuentemente, la naturaleza de la justicia de paz estriba en la confluencia de varias concepciones del derecho dentro de una realidad diversa, es decir, la justicia de paz se encuentra vinculada a la pluralidad. Se puede advertir de esta manera, que parte importante de la asimilación de la pluralidad viene a ser el tratamiento adecuado de la dicotomía que existe entre norma y realidad, por un lado los jueces de paz administran justicia teniendo en cuenta las costumbres de la comunidad, y por otro lado, están sujetos a las disposiciones constitucionales y de índole legal.

La Ley Orgánica del Poder Judicial ha recogido también elementos tanto del modelo de equidad como del modelo legalista. La contradicción se aprecia también al interior de la misma ley orgánica, cuando en su artículo 66º establece que "la sentencia la pronuncia según su leal saber y entender, debidamente motivada" y, cuando después agrega, "no es obligatorio fundamentarla jurídicamente, lo que implica que sí puede hacerse, lo que a nuestro criterio, es el reconocimiento de la pluralidad, y que precisamente es lo que ha permitido que esta justicia sea exitosa, frente a la justicia formal.

Se puede pues apreciar claramente la existencia de dos tendencias o modelos de justicia de paz que Abraham Siles propone llamar el modelo de equidad y el modelo legalista<sup>10</sup>, que están marcadamente diferenciados. Según palabras de Silvia Loli<sup>11</sup> "la

<sup>9</sup> GUERRA CERRÓN, María Elena, Op. Cit. P. 134

<sup>10</sup> SILES VALLEJOS, Abraham, Op. cit. p. 61

<sup>11</sup> LOLI, Silvia, citada por SILES VALLEJOS, Abraham, Op. cit. p. 61



coexistencia de dos estilos de administración de Justicia manifiestamente contradictorios, sustentados en racionalidades diferentes añadiendo que la existencia de posturas acerca de perfil que debe tener la justicia de paz es obvia. Una apunta al fortalecimiento de la institución basándose en una opción clara por validar una modalidad de administración de Justicia sustentada en cánones distintos a los del Poder Judicial, pero igualmente válidos; la otra propone la desaparición de este espacio progresivamente, desarrollados de acciones de capacitación permanente para transmitir co-

nocimientos legales a fin de paliar los efectos negativos de este nivel del poder judicial”

A manera de conclusión podemos decir que efectivamente el Estado ha legislado en materia de justicia de paz, entre las dos concepciones, predominando desafortunadamente, la segunda concepción, pese a que es la justicia de paz, que resuelve los conflictos en base a las costumbres y a la conciliación, la que ha tenido éxito y es respetada por la comunidad.

#### BIBLIOGRAFIA

- ARDITO VEGA, Wilfredo. “Competencias y Atribuciones del Juez de Paz”. En La Justicia de Paz en debate, Instituto de Defensa Legal, Lima, 1999.
- ARDITO VEGA, Wilfredo. “Justicia de Paz y Derecho Indígena: Propuesta de Coordinación”, Guatemala, 2004 (Documento no publicado)
- DE BELAUNDE, JAVIER. “Comentario al Diagnóstico sobre la justicia de paz elaborado por el IDL”. En La Justicia de Paz en debate, Instituto de Defensa Legal, Lima, 1999.
- GAGO PRIALE, Horacio. Sociedad Espontánea y derecho, Editorial Civitas, Madrid, 2000.
- GARCÍA TOMA, Víctor. Introducción a las ciencias Jurídicas, Segunda edición, Jurista Editores 2007.
- GUERRA CERRON, María Elena. Hacia una Justicia de Paz, un asunto de interés nacional, Editora Jurídica Grij ley, 2005.
- GUIBOURG, Ricardo A. Fuentes del Derecho..En Ernesto Garzón Valdez (coordinador), El Derecho y la Justicia, Trotta, Madrid, 2000, Madrid, Trotta, 2da edición, 2001
- JIRGEN BRANDT, Hans. Justicia Popular. Nativos Campesinos, Fundación Freidrich Naumann, Lima, 1986.
- JURGEN BRANDT, Hans. “Comentario al Diagnóstico sobre la justicia de paz elaborado por el IDL”. En La Justicia de Paz en debate, Instituto de Defensa Legal, Lima, 1999.
- JURGEN BRANDT, Hans. En nombre de la paz comunal. Un análisis de la Justicia de Paz en el Perú. Fundación Friedrich Naumann Lima, 1990.



# ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE

**ROSA BANCES GUEVARA**

JUEZ DE PAZ LETRADO DE LAMBAYEQUE

## INTRODUCCIÓN

“La educación humaniza y personaliza al hombre cuando logra que éste desarrolle plenamente su pensamiento y su libertad, haciéndolo fructificar en hábitos de comprensión y de comunión con la totalidad del orden real por los cuales el mismo hombre humaniza su mundo, produce cultura, transforma la sociedad y construye la historia” (Documento de Puebla número 1025, año 1979).

Tal cita, ratifica la importancia de la educación impartida al niño y al adolescente, porque de ello dependerá el desarrollo de su personalidad. Previo al comentario sobre el tema, es preciso hacer referencia a disposiciones en defensa y protección de los derechos del Niño y del adolescente.

Niño, de acuerdo al artículo I del Título Preliminar del Código del Niño y del adolescente, es todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad, y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad”. En su calidad de tal, a su favor, se ha establecido muchos derechos que merecen atención, además de los inherentes a la persona humana; así, en el Título Preliminar del Texto referido, se dispone que el niño y el adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo”; “es deber del Estado, la familia, las instituciones públicas y privadas y las organizaciones de base, promover la correcta aplicación de los Principios, derechos y normas establecidos en dicho Código y en la Convención sobre los Derechos del Niño”; “en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del

Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del adolescente y el respeto a sus derechos” “el Estado garantiza un sistema de administración de Justicia especializada para los niños y adolescentes. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos”.

El derecho a percibir alimentos, previsto en el artículo 472 del Código Civil y 92 del Código del Niño y del Adolescente, que comprende, además del sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente”.

En el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se hace referencia al derecho a la educación, como el derecho de toda persona, gratuito, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental, que es obligatoria, cuyo objeto es el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales, estableciendo el derecho de los padres a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

La Norma Fundamental regula el derecho a la educación en los siguientes artículos: 6: “... Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos...”; 13: “la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de





educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo”; 14: “la educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad... La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar. La educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de las conciencias. La enseñanza se imparte en todos sus niveles, con sujeción a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa. Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural”; 15: “... El educando tiene derecho a una formación que respete su identidad, así como al buen trato psicológico y físico”; 16: “es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas” y el Tribunal Constitucional, se ha pronunciado en casos de vulneración a este derecho, en las Sentencias del Tribunal Constitucional emitidas en los expedientes Número 3879- 2004- AA/ TC y 4646- 2007- AA/ TC.

## EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

El término educación proviene del latín “educere”, que significa guiar, conducir o “educare”, formar, instruir. Puede definirse como el proceso bidireccional, mediante el cual se transmite conocimientos, valores, costumbres y formas de actuar. La educación no sólo se produce a través de la palabra: está presente en todas nuestras acciones, sentimientos y actitudes; es el proceso de vinculación y concienciación cultural, moral y conductual, a través de la misma, las nuevas generaciones asimilan y aprenden los conocimientos,

normas de conducta, modos de ser y formas de ver el mundo de generaciones anteriores, creando otros nuevos.

Como derecho, la educación está reconocida en nuestra Legislación por la Constitución Política vigente, el Código del Niño y del Adolescente y la Ley General de Educación N° 28044 (artículo 3). El Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2002- 2010 incorpora como cuestión prioritaria que la educación pública garantice la formación integral de los estudiantes, asegurando la calidad educativa y la inclusión de todos los estudiantes. Reconoce el derecho de cada niño y niña a ser educado en su propia lengua y aprender el castellano, con acceso en igualdad de oportunidades a los servicios educativos y con respeto a sus tradiciones e identidad cultural.

El Estado asegura que la educación básica comprenda el desarrollo de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño y el adolescente hasta su máximo potencial, así como prepararlos para una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de solidaridad, comprensión, paz, tolerancia, igualdad entre los sexos y amistad entre los pueblos, grupos étnicos nacionales y religiosos. Enfatiza la capacitación para el trabajo productivo y para el manejo de conocimientos técnicos y científicos. Regula la relación de los educadores y los directores de los centros educativos, de respeto y buen trato hacia los alumnos. Este marco normativo reconoce nuestra realidad pluricultural, la diversidad étnica, cultural, social, religiosa y geográfica del país y establece relaciones de equidad e igualdad de oportunidades a la educación básica para los niños, niñas y adolescentes. El cumplimiento de estas leyes está bajo la responsabilidad del Ministerio de Educación, órgano del Estado encargado de promover, elaborar, ejecutar y supervisar las





políticas, programas y servicios educativos en el ámbito nacional.

El objetivo de la educación es incentivar el proceso de estructuración del pensamiento, de la imaginación creadora, las formas de expresión personal y de comunicación verbal y gráfica; favorecer el proceso de maduración de los niños en lo sensorio motor, su manifestación, la iniciación deportiva y artística, el crecimiento socio afectivo y los valores éticos; estimular hábitos de integración social, de convivencia grupal, de solidaridad y cooperación y de conservación del medio ambiente, desarrollar la creatividad; fortalecer la vinculación entre la institución educativa y la familia; prevenir y atender las desigualdades físicas, psíquicas y sociales originadas en diferencias de orden biológico, nutricional, familiar y ambiental mediante programas especiales y acciones articuladas con otras instituciones comunitarias.

En suma, la educación tiene por noble finalidad, promover al hombre, hacer que el niño y el joven aprendan a desarrollar su personalidad: un proceso de crecimiento continuo, de personalización, para elevarlo mediante el desarrollo de solidaridad y mejorar su entorno, proceso que implica participación con amor de los padres, dedicación de los educandos y cuidado de la colaboración de los otros.

### **EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN**

El derecho a la educación, importa el derecho al acceso a una educación adecuada, la libertad de enseñanza, la libre elección del centro docente, el respeto a la libertad de conciencia de los estudiantes, el respeto a la identidad de los estudiantes, un buen trato psicológico y físico, la libertad de cátedra, así como la libertad de creación de centros do-

centes y universidades.

El Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el expediente número 0091- 2005-PA/ TC, ha sostenido que son características esenciales del Derecho a la Educación: disponibilidad (deben ponerse a disposición de la población los suficientes centros de educación y programas de enseñanza), accesibilidad (todos deben poder acceder a los centros educativos y a los programas de enseñanza en igualdad de condiciones), aceptabilidad (los programas de estudio y métodos deben adecuarse a las necesidades de cada sociedad.

### **CIRCUNSTANCIAS DE VULNERACIÓN AL DERECHO A LA EDUCACIÓN**

La representación de niños y adolescentes ansiosos de aprender todo lo que en los centros educativos les enseñan y proceder sin incurrir en faltas, así como el cumplimiento de parte de los padres de las normas administrativas de los centros educativos, entre éstas el pago puntual de las pensiones mensuales y otros conceptos- en el caso de menores que reciben educación en centros particulares- es un ideal que la realidad desmiente; pues frecuentemente se presenta casos de menores que no observan la conducta establecida por el Reglamento de la escuela, así como de aquellos, cuyos padres no se encuentran en posibilidades de pagar la pensión mensual de enseñanza u otros conceptos, dando lugar a que de la escuela, en decisión unilateral se de por finalizada la prestación del servicio –de impartir educación- y con ello vulnere una gama de derechos, entre éstos, el derecho del menor a recibir educación.

El caso del menor renuente a someterse a las reglas establecidas en el colegio: A la escuela, los menores concurren a aprender, a recibir enseñanzas, que no sólo incidirán en



sus conocimientos matemáticos, de Historia, Ciencia, Tecnología, sino también de tipo conductual, que contribuirán a reforzar lo aprendido en el interior de su familia; cuando algunos docentes ponen el acento en el aspecto instructivo de educar y pretenden ajustarse estrictamente a contenidos curriculares, sin tener en cuenta a sus alumnos reales, dan lugar a que otros docentes si observen, además de lo anotado, la conducta del menor, produciéndose circunstancias de tensión, pues no todos los alumnos se ciñen a las normas de la escuela; los docentes deben ejercer su autoridad, es verdad, pero evitando la confusión de autoridad con autoritarismo, que se manifiesta como defecto en el ejercicio del poder, pues se basa en un poder arbitrario, donde alguien se erige en el lugar de la Ley, intenta dirigir esperando sólo sumisión y obediencia, desconociendo al alumno en su integridad. Uno de los recursos más utilizados por un docente autoritario es la intimidación, que puede generar tanto, miedo a la sanción disciplinaria, a repetir de grado, como por el contrario, generar ira, desobediencias, actos de violencia, que con frecuencia da lugar a la separación del alumno, con invitaciones a los padres a matricularlos en otros colegios sin precisar las razones de la decisión.

Es verdad, también que el docente que “deja hacer”, porque no se puede constituir como autoridad es promotor de situaciones de desorden, apatía y violencia y que esta posición, como la autoritaria obstaculizan la constitución de un sujeto autónomo y responsable; por lo que es preciso establecer límites para favorecer el aprendizaje de los menores, evitando excesos, que en su mayoría, además de vulnerar más de un derecho del menor, no conduce al resultado esperado, es preciso entender y difundir que la palabra disciplina tiene un doble significado estrechamente vinculado a lo educativo. Hace referencia tanto a las áreas del conocimiento, como a las reglas

que mantienen el orden y la obediencia. Un aspecto positivo de esta acepción relaciona la disciplina con una forma de autodominio, que permite a un sujeto conducirse de tal manera que alcance sus metas a pesar de los obstáculos. Alude al esfuerzo, al trabajo, a la constancia que son necesarios asumir, para apropiarse de los conocimientos. En su aspecto negativo la disciplina se orienta más a enseñar a obedecer que a ayudar a reflexionar. Tanto en la familia como en la escuela la prohibición, la censura y el castigo suelen ser los métodos pedagógicos privilegiados, los más lesivos a los derechos del menor y los menos efectivos a los fines de la educación.

Ante una situación en la que el docente decida sancionar, sería importante diferenciar entre un mero castigo y una acción que pudiera tener una finalidad educativa. La urgencia en tomar una medida disciplinaria, la creencia en el castigo ejemplificador, puede tener efectos indeseados. ¿Por qué no tomarse un poco de tiempo para evaluar la situación? ¿para convocar a reuniones con los padres del menor, con psicólogos, para reflexionar, con otros, sobre diferentes alternativas de solución? La escuela mediante un trabajo pedagógico esmerado y comprometido con la inclusión debe seguir haciendo su tarea formativa cada vez con mayor calidad y pertinencia y evitar situaciones lesivas a los derechos del niño y del adolescente.

Es objetivo del Estado, sensibilizar y comprometer a la comunidad, influyendo en la construcción de una cultura de Respeto y Buen Trato de nuestra niñez y adolescencia; propendiendo a que se priorice el Desarrollo Integral de las niñas, niños y adolescentes, el cumplimiento de sus Derechos. En caso se encuentre amenazados o vulnerados sus derechos debe hacerse prevalecer el principio del interés superior del Niño y del adolescente.

Tal circunstancia, lesiva al derecho a la



educación del menor, ha sido analizada por el Supremo Intérprete de la Constitución, en el Exp. N° 3879- 2004-AA/TC, HUAURA, en sentencia de fecha 26 de enero de 2005, en la que se verificó que se venía impidiendo al menor hijo del demandante, matricularse en el colegio de su elección, al haberse dado el caso que el año escolar ya había culminado, el Tribunal Constitucional, estableció que en tal caso no cabe invocar la existencia de sustracción de materia justiciable, habida cuenta que no se presenta situación de irreparabilidad de los derechos invocados, ni tampoco, stricto sensu, el cese de la alegada violación, determinando que la vulneración existió en su momento y que no fue superada por decisión propia de la entidad demandada o de quien la representa; que el hecho de que la vulneración alegada haya existido en su momento y que la misma haya sido corregida sólo mediante los mecanismos del propio proceso constitucional, obligó a que el Tribunal pondere la necesidad, dadas las características del supuesto lesivo en discusión, de definir su parecer respecto de la controversia planteada a efectos de anticipar cómo es que habrá de resolver en casos similares; arribando a la conclusión que la demanda resulta legítima en términos constitucionales, pues:

- a) el hecho de que la demandada haya cursado una carta al padre del menor, en la que lo invita a que su hijo continúe sus estudios en otra institución, sin precisar las razones o las circunstancias que motivan dicha decisión, resulta un proceder notoriamente unilateral, además de lesivo de las reglas elementales de debido proceso, en este caso, de carácter corporativo particular;
- b) aunque, los padres del citado menor conocían que su hijo atravesaba por ciertos problemas de comportamiento a raíz del Compromiso de Honor que ellos mismos suscribieron junto con él durante el año 2003, tal documento resulta notoriamente

insuficiente, pues sólo representa un instrumento de protección para el centro educativo, mas no la garantía de que ha de emprender un conjunto de acciones tendientes a recuperar al alumno que atraviesa por deficiencias en el aspecto psicológico y moral. Con mucho acierto expone “No debe olvidarse que los centros educativos no sólo constituyen instituciones de aprendizaje académico, sino de formación personal y perfil vocacional. Aunque en ellos la disciplina es un elemento esencial, los problemas de conducta no se solucionan con la sola individualización de los responsables y su eventual exclusión, sino con la determinación del origen de los problemas y la aplicación de soluciones razonables para los mismos, lo que, no se agota con compromisos de tipo moral, como parece creerlo la demandada”; asimismo se anota que resulta acentuadamente traumático y perjudicial para el menor excluirlo del centro educativo en el que ha recibido toda su educación; tal medida es desproporcionada e irrazonable. Es importante referirnos a la cita de otros derechos que se lesiona en casos semejantes, además del derecho a recibir educación, a la protección preferente del menor, reconocidos en los artículos 4° y 13° de la Constitución Política del Estado; al libre desarrollo y bienestar, al respeto de su Dignidad, establecidos también en la Norma Fundamental.

Casos como el expuesto, llevan a la reflexión que sin la educación, un niño o adolescente estará en desigualdad de oportunidades y será más difícil que desarrolle todas sus potencialidades. Sin duda alguna la no accesibilidad de la educación no sólo tiene graves consecuencias para la vida de los niños y adolescentes, sino que también dificulta el desarrollo del país, por lo que la educación



debe impartirse en el entendido que no es un servicio únicamente a quien la recibe, sino a la sociedad.

El caso del menor cuyos padres registran deudas a favor del Centro Educativo.

Esta circunstancia ha sido analizada por el Tribunal Constitucional en el expediente número 4646-2007-PA/TC, recordando que la educación es un derecho fundamental, que en una sociedad democrática y regida bajo parámetros constitucionales debe reforzar lazos de empatía y la noción de igualdad, fomentándose con ello la solidaridad, que es un valor troncal de nuestro sistema constitucional, que implica un proceso de incentivación del despliegue de las múltiples potencialidades humanas, cuyo fin es la capacitación de la persona para la realización de una vida existencial y coexistencial genuina y verdaderamente humana; y, en su horizonte, permitir la cristalización de un “proyecto de vida”; destacando la relación obvia e incuestionable entre la Educación y la Dignidad, explicando con tales fundamentos por qué la Constitución Política vigente ha establecido que la educación inicial, primaria y secundaria es obligatoria. Asimismo recuerda los principios que conforman el proceso educativo, Principio de coherencia, Principio de libertad y pluralidad de la oferta educativa, Principio de Responsabilidad, Principio de Participación, Principio de obligatoriedad y Principio de contribución y los fines constitucionales del proceso educativo: promover el desarrollo integral de la persona, promover la preparación de la persona para la vida y el trabajo, y el desarrollo de la acción solidaria, que por mandato constitucional se protege las principales manifestaciones del derecho a la educación, las que fluyen del propio texto constitucional: el acceder a una educación; la permanencia y el respeto a la dignidad del escolar; y la calidad de la educación, por lo que el proceso educativo merece especial tutela.

En cuanto, al acceso a la educación, para el caso de la educación básica, el tercer párrafo del artículo 16° de la Constitución ordena al Estado “asegurar que nadie sea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas.”, en virtud de ello ha precisado el Tribunal Constitucional que la obligación de fiscalización no debe ser comprendida exclusivamente para las escuelas públicas, sino también para las instituciones escolares privadas, porque ello está vinculado con lo que expone el artículo 17° de la Constitución en cuanto se especifica que la educación inicial, primaria y secundaria es obligatoria. Es decir, se configura un derecho pero al mismo tiempo un deber para los menores y los padres o tutores responsables. Esta manifestación tiene dos aristas fundamentales, Cobertura educativa y Acceso a la educación en sentido estricto; ésta última, está relacionada con los criterios de admisibilidad requeridos por los centros educativos, que deben basarse en criterios que proscriban cualquier tipo de discriminación, los centros escolares, públicos y privados, deben proscribir los criterios de admisión irrazonables o desproporcionados, pues afectan de manera directa el derecho de educación de los menores, además de afectar el derecho fundamental de los padres a escoger el centro de educación que estimen pertinente; sin embargo, precisa que en casos en que se esté frente a escuelas privadas, el derecho a la educación encontrará su correlativa obligación en el pago de la matrícula y ante la ausencia de dicho pago, la entidad educativa puede negarla, lo que no implicaría una lesión del derecho a la educación del menor, ni al derecho de los padres aludido; frente a una negación de la entidad educativa de admitir a un escolar, cabe analizar si las razones que la sustentan son conformes con la Constitución y en tal análisis debe tenerse en cuenta el Interés Superior del Niño y del Adolescente,



estableciendo que la permanencia tendrá que ser efectuada con pleno respeto de su dignidad, sin perder de vista que la educación no es sólo un derecho, sino un auténtico servicio público que explica una de las funciones-fines del Estado, cuya ejecución puede operar directamente o a través de terceros –entidades privadas–, aunque siempre bajo fiscalización estatal, dejando claro que la educación debe ser accesible a todos en términos universales sin discriminación alguna, menos por razones de índole económica.

Ya en la STC N.º 4232-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional había establecido que el derecho a la educación, dentro del marco del Estado Social y Democrático de Derecho, ostenta una prelación del más alto rango; a su juicio, si bien la educación puede ser dispensada tanto por el Estado como por organizaciones de privados, en uno u otro caso debe ser administrada de manera que resulte compatible con los objetivos de toda persona en el plano cultural, moral y social. La proyección que se realiza de cada persona que la recibe no puede quedar subordinada a eventuales conflictos o incidencias entre los participantes del proceso educativo – el padre de familia y el Jefe del Departamento de Educación– sino que debe estar por encima de ellos, a menos que estos se encuentren indisolublemente ligados al comportamiento del educando y no sea posible otra fórmula distinta a la negativa del acceso a la matrícula, la sanción

o, en su defecto, la separación. En tales circunstancias, es obvio que el Estado prioriza la defensa del educando por encima de cualquier otra situación. En tal caso, el Tribunal arribó a la conclusión que la decisión asumida por el emplazado y el Centro Educativo Especial no responde al estándar de conducta o desenvolvimiento que el Estado impone a quienes tienen a su cargo la administración del proceso educativo, independientemente de que se trate de particulares, pues los derechos fundamentales, cualquiera que sea su naturaleza o alcance, vinculan en su respeto u observancia tanto a los sujetos de derecho público como a los de derecho privado, no siendo posible aceptar que los centros educativos se constituyan en campos aislados del ordenamiento, en función de su carácter público o privado. Con tal decisión el Tribunal no alienta prácticas morosas ni conductas orientadas a desconocer el pago que corresponda, ni establece que siempre y en todos los casos la educación debe ser gratuita, sino que de acuerdo con los propios reglamentos de los centros educativos no estatales como los Liceos Navales, corresponde que el padre de familia cumpla con pagar la aportación correspondiente en la proporción que determinen las disposiciones vigentes, pero lo que no puede tolerarse- explica en el caso concreto-, es que por una deuda que registra el padre por educación de uno de sus hijos, se impida la matrícula de sus otros tres.

## BIBLIOGRAFÍA

Sar, Omar A. Constitución Política del Perú. Con la Jurisprudencia artículo por artículo del Tribunal Constitucional. 3era. edición 2006.

[www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe). Página del Tribunal Constitucional.

Talleres de especialización para Jueces de Paz Letrados. Derechos de los niños, niñas y adolescentes. Lecturas complementarias. Academia de la Magistratura 2008.






# A PROPÓSITO DEL PROCESO DE AMPARO CONTRA LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL PERÚ

**MG. ELIA JOVANNY VARGAS RUIZ**

JUEZ DE PAZ LETRADO DE TUMÁN

 El 31 de mayo del año 2004 se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ley N° 28237, mediante la cual se regula el Código Procesal Constitucional, a regir en el Perú desde diciembre del mismo año por mandato de la propia norma. A través de dicho cuerpo normativo se regulan en forma unitaria y sistemática los procesos constitucionales existentes en el Perú, como el amparo, el hábeas corpus, el hábeas data, cumplimiento, acción popular, inconstitucionalidad y el conflicto de competencia. Este nuevo Código está conformado por 13 títulos, 121 artículos, 7 disposiciones finales y 2 transitorias.

Es importante destacar el proceso de gestación del Código Procesal Constitucional, surgido en el seno de un grupo de profesores y juristas especializados desde hace por lo menos diez años, quienes desde sus propias y diferentes aproximaciones al tema constitucional han logrado cristalizar y hacer concreto el deseo de contar con uno de los primeros códigos nacionales en la materia, en toda América, junto con el de Costa Rica, Ley de Jurisdicción Constitucional y el Código Procesal Constitucional de Tucumán.

En cuanto se refiere al proceso de amparo, específicamente el amparo contra resoluciones judiciales, el Código plantea nuevos desafíos, particularmente para jueces y abogados.

La concepción subsidiaria otorgada al proceso de amparo y las particularidades con las que ha sido regulado, reconoce un mayor margen de discrecionalidad en el juez, quien desde el primer momento se convierte en un

verdadero garante de la constitucionalidad de los actos y en el primer peldaño de acceso a la justicia constitucional, demandando para ello el máximo grado de responsabilidad y prudencia. Asimismo, el rol que toca a los abogados es el de coadyuvar a definir los perfiles que deberá ir asumiendo el proceso de amparo dentro del nuevo Código, recurriendo solo a dicha vía en los casos estrictamente necesarios y urgentes.

## ANTECEDENTES:

Los datos registrados en el debate constituyente de 1978-79 revelan que, en un primer momento, existía la firme idea de hacer procedente el accionar contra resoluciones judiciales firmes y ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. Esto último estaba contemplado dentro de las atribuciones del novel Tribunal de Garantías, al cual se colocaba por encima la Corte Suprema, ya que en el momento y muy fresca aún la experiencia de la dictadura, se tenía una enorme desconfianza del Poder Judicial y el Tribunal de Garantías, colocado por encima de este, venía a ser, de tal suerte, un vigilante de la constitucionalidad y de la legalidad; pero esto desapareció durante el debate, por las fuertes críticas que se hicieron al proyecto y fruto de esta conciliación quedó la fórmula actual, que permite al Tribunal de Garantías conocer, en casación, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus y amparo, con lo cual decididamente dejaron de lado el problema <sup>1</sup>.

En efecto, la Carta de 1979 no establecía de manera específica la procedencia o improcedencia de la Acción de Amparo contra resoluciones judiciales, sino mencionaba en

<sup>1</sup> GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. El amparo contra resoluciones judiciales: Nuevas perspectivas. En: Lecturas Constitucionales 6. Primeras edición. Comisión Andina de Juristas. Lima-Perú. 1990. pág. 67. Nos remitimos en este punto a lo expuesto por citado autor, quien explica detalladamente el marco en el que se desarrolló este proceso.





forma genérica en el segundo párrafo del artículo 295º que la Acción de Amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona. Definición de la cual podría interpretarse que se autorizaba dicha acción de garantía contra resoluciones judiciales; pero como no se establece en forma expresa una posición permisiva o restrictiva, estaba encargándose al legislador instrumentar su ejercicio <sup>2</sup>.

Por ello, constitucionalmente la Acción de Amparo contra resoluciones judiciales ha sido regulada por primera vez, en forma expresa, en la Carta Fundamental de 1993.

El problema es concreto, esto es, si procede o no el amparo contra resoluciones judiciales, si bien fue objeto de amplia discusión, no quedó resuelto. Como quiera que no había en la Carta Política de 1979 una norma o concreción al respecto, solo cabe hacer una interpretación o construcción a partir de los pocos datos existentes. Por ello, pese a las limitaciones anotadas, es posible extraer una conclusión favorable a la utilización del amparo contra resoluciones judiciales; pero en ámbito muy restringido. Tal como lo entendió la Comisión Revisora del ante-proyecto de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, de la que derivó, sin variantes en este punto, la Ley 23506.

La Ley 23506 configuró una permisividad débil en materia de amparo contra resoluciones judiciales y, por otro lado, cierta imprecisión de sus términos provocó una verdadera avalancha de amparos contra fallos judiciales, incluso sentenciados y ejecutoriados.

Este excesivo número de amparos contra resoluciones judiciales se conecta con la crisis de la administración de justicia en nuestro país. El abogado, aún el que actúa de buena fe, sea por una deformación profesional, sea por petición de su patrocinado, busca siempre nuevas salidas o nuevas alternativas a su caso, con la esperanza de no perder nunca: de esta suerte el amparo se ha convertido en un juicio contradictorio del juicio ordinario, como una cuarta instancia (en un país que solo tiene tres) o como una articulación no prevista dentro de las causas de nulidad procesal <sup>3</sup>.

Asimismo, la justicia no demuestra o no inspira seguridad, se desconfía del aparato judicial, de los jueces y secretarios e incluso de los largos y tediosos procedimientos; lo que hace que nuestro amparo, trámite sumario, ágil y que tampoco tiene etapa probatoria, en lugar de ser una acción residual o heroica (como lo califica la doctrina brasileña), y sólo para casos realmente excepcionales, se convirtió en arma común, de uso cotidiano, que amenazó desplazar, por inútil, al resto de nuestro ordenamiento procesal <sup>4</sup>.

La Ley 23056 en su artículo 5º establecía que las acciones de garantía proceden si una autoridad judicial, fuera de un procedimiento que es de su competencia, emite una resolución que lesiona un derecho constitucional. El problema serio que aquí creó el Parlamento, es que agregó una palabra que lo complicaría todo: competencia. En efecto, la idea original del proyecto es que la acción de garantía procedía contra un mandato judicial emitido fuera de un procedimiento. Y esto es así, por cuanto los jueces

<sup>2</sup> Cfr. CHURAMPI GARIBALDI, Andrés Arturo. Op. cit., pág. 46. Puntualiza el autor que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el numeral 1) del artículo 25 señala que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. De lo que se puede colegir que dentro de la definición de "personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales" la Convención estaría incluyendo a los jueces de todas las jerarquías.

<sup>3</sup> GARCÍA BELAÜNDE, Domingo. "El amparo contra resoluciones judiciales...": págs. 65, 66.

<sup>4</sup> Ibid.: pág. 66. Agrega el autor que en descargo de lo anterior, ... dentro de nuestro actual Estado de Derecho se cometen a diario tropelías de diverso calibre, que si fuesen atacadas por las vías ordinarias correspondientes, seguramente no se obtendrá resultado alguno: esto explicaría –en algunos casos– por qué se recurre al amparo en asuntos que son manifiestamente improcedentes.



actúan siempre dentro de un procedimiento y nunca fuera de él. Por tanto, al emitir una orden judicial fuera de un procedimiento, el juez incurría en acto arbitrario, desnudo de toda legalidad, contra la cual operaba, en principio, la acción de garantía.

Resultando que al momento de la revisión y aprobación del texto de la sede legislativa, se agregó la palabra competencia, lo cual significaba que se podían presentar dos soluciones distintas: i) si el juez que actúa lesionando un derecho constitucional es competente, entonces la acción de garantía no procede, y ii) si quien actúa es juez incompetente, la acción de garantía procede.

Lo incomprensible es que en el primer caso, prácticamente se cierra toda posibilidad de accionar y en el segundo, se abren todas las puertas. Todo estaría en función de la competencia; de esta manera un juez competente podría hacer cualquier barbaridad y por ese solo motivo estaría cubierto frente a cualquier acción de garantía. Así, un juez instructor competente podría ordenar detener arbitrariamente a una persona, sin motivo o razón alguna y no podría interponerse contra él una acción de hábeas corpus.

La interpretación literal de la norma, que lleva a una conclusión absurda, no ha prosperado y más bien, la jurisprudencia y la doctrina se inclinan por interpretarla de manera congruente con lo que pensó la comisión redactora del anteproyecto o sea que procede cuando un juez actúa fuera de un procedimiento, cualquiera que éste sea, con independencia a que goce de competencia por razón de la materia, sede, cuantía, etc. Cuando el acto arbitrario se realice dentro de un procedimiento, la solución sería otra y a eso está encaminado el artículo 6º, inciso 2º.

Sin embargo quedó como problema irresuelto el inciso 2 del artículo 6º; el mismo que se haya colocado dentro de un artículo más general que establece la improcedencia de las acciones de garantía, el que indica que no proceden contra resolución judicial dentro de un procedimiento regular.

Respecto a este artículo, en el seno de la Comisión se trabajó, en este punto, con un proyecto preparado por uno de sus miembros, Alberto Borea O.<sup>5</sup>, quien había propuesto algo más riesgoso: su texto hablaba de resoluciones firmes. Este texto, al ser debatido fue eliminado, pues se consideró que podría dar pie a intentar acciones contra las resoluciones judiciales que no eran firmes, que son la mayoría, creándose de esta suerte un verdadero caos.

Otra propuesta que se analizó fue la de poner “procedimiento ordinario” en lugar de “procedimiento regular” la que, a la postre, también fue rechazada por considerarse y con razón, que la mentalidad legalista de muchos abogados y magistrados podrían interpretar que nos estábamos refiriendo tan sólo a los juicios ordinarios y no a los especiales. La idea de la comisión al aprobar este texto que fue finalmente sancionado sin enmiendas por las cámaras, era de que quien utilizaba las vías ordinarias existentes en los códigos procesales y hacía uso pleno de ellos, con todas las seguridades y garantías que otorgan las mismas leyes procesales, la amplitud de la prueba y en general del derecho de defensa, así como el mínimo de dos instancias que consagra nuestro ordenamiento jurídico, no tenía porqué acudir a la acción de garantía. Esto es, si se había seguido religiosamente un procedimiento con todas sus etapas, que generalmente es tedioso, no podía irse al pequeño juicio, su-

---

<sup>5</sup> Véase BOREA ODRÍA, Alberto. La Defensa Constitucional. Deza. Lima. 1977.



marísimo, del de la ley de garantías; pues era no solo contraproducente sino inconsecuente buscar en un pequeñísimo juicio lo que no se pudo obtener en un juicio largo, con todas las defensas posibles <sup>6</sup>.

Esto guarda relación con el inciso 3 del mismo artículo 6º, que establecía que esas acciones de garantía no proceden cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria (los juicios previstos en las leyes procesales).

Pero, en la práctica, acaeció que, promulgada la Ley 23056, se presentó una fiebre de las acciones de garantía, en especial el amparo.

Ocurrió que las acciones de garantía, en especial la de amparo, se dirigieron contra resoluciones judiciales, en elevado porcentaje; y, generalmente, conectadas con largos procesos perdidos en todas las instancias en materia de vivienda (desahucio y aviso de despedida), así como de cobro de dinero (pago de soles y de intis). Se alegaba que durante el largo proceso que las partes habían seguido ante sus jueces naturales, se habían cometido diversas irregularidades procesales que significaban desconocer, adulterar o festinar trámites lo que, al ser una ilegalidad manifiesta iba contra el texto constitucional, procediendo en consecuencia la acción de amparo.

Lo que buscaban en el fondo era alargar el tiempo de que disponían antes de un lanzamiento o impedir el cobro inmediato de una determinada suma de dinero, ya que las irregularidades eran en realidad periféricas y los aspectos básicos se habían cumplido. En tener acceso a la justicia, el derecho a la colisión, el derecho que tenemos a que los jueces se pronuncien, no significa que tenemos el expreso derecho al acceso a que se

falle a nuestro favor.

Por así creerlo, y para evitar abudamiento innecesario en cada cliente, las sucesivas resoluciones judiciales recaídas en estos amparos, los declaraban improcedentes, alegando que no cabría cuestionar en amparo lo que se había agotado en la vía ordinaria. Tal ha sido la tendencia general y consiste en entender como procedimiento regular -no atacable por una acción de garantía- perseguir ordenada y metódicamente, ante la autoridad judicial, un proceso preexistente en nuestro ordenamiento procesal. Así lo entendieron los tribunales, lo que como punto referencial, es un buen criterio, ya que es la única manera como se pueden establecer la paz y la seguridad, que son también los fines o valores del derecho y de todo el sistema jurídico.

Por su parte, Abad señala que con relación al proceso regular, el anteproyecto de la ley de Acción de Amparo consideraba como regular todo procedimiento seguido ante el Poder Judicial, porque en ese momento la posición de los integrantes de la Comisión era la de permitir únicamente la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales per se sin la existencia de un proceso previamente establecido y fijado por la Ley <sup>7</sup>. Por tanto, no habría sido intención de la Comisión que procediera el amparo contra resoluciones judiciales por las irregularidades que se pudieran cometer al interior de un proceso judicial.

Empero, en 1984 empezó a abrirse paso a una nueva corriente, lo que se reflejó en la jurisprudencia y la doctrina. Sucedió que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Tribunal de Garantías Constitucionales empezaron a sostener que pueden existir irregularidades dentro de un proceso que den ori-

<sup>6</sup> GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. Op. cit.: pág. 70.

<sup>7</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel. "¿Procede el Amparo contra resoluciones judiciales?". Citado por CHURAMPI GARIBALDI, Andrés Arturo. Op. cit., págs. 46, 47.



gen a una acción de garantía, precisamente destinada a enderezar tales irregularidades.

Ahora bien, no se trata de que toda irregularidad dentro de un proceso habilite el proceso de amparo, porque, como es sabido por los litigantes, en todo proceso pueden existir irregularidades, las cuales son enmendadas, porque a la larga no afectan el resultado del proceso o simplemente porque se enmiendan o corrigen dentro del proceso mediante los medios que las respectivas leyes procesales señalan. Vale decir, no cualquier irregularidad, sino sólo aquellas muy graves que afectan al resultado del proceso y que no tienen otra forma de enmendarse que necesariamente nos lleve a recurrir al proceso de amparo.

Sobre ello, sostiene García Belaúnde que eso habilitaría la interposición de una acción de garantía tan sólo contra resoluciones finales de la Corte Suprema, ya que las emitidas por las instancias inferiores son susceptibles de corrección en la misma instancia o por la superior. No obstante, si el litigio acaba en instancia inferior -con sentencia ejecutoriada y consentida- debe entenderse la procedencia del amparo contra esta última. En cuanto a las irregularidades que, de cometerse, dan origen a la interposición del amparo, la jurisprudencia indica que ellas existen cuando no se observan la llamadas "garantías de la administración de justicia".

No obstante, todo proceso tiene como fin la realización del derecho humano básico y como son hechos para solucionar esos conflictos, es ahí en donde debe encontrarse la paz entre los miembros de la sociedad. En cambio, los procesos extraordinarios como el amparo, sólo deben ser utilizados en casos realmente extremos. En consecuencia,

lo que interesaba era saber si todo lo que nuestra Constitución señala como garantías de la administración de justicia es o no susceptible de amparo ante un procedimiento irregular.

Sostiene García que no todo el texto constitucional en este punto es de tenerse en cuenta; pues es un armazón de naturaleza muy variada y sin una adecuada jerarquización entre ellas.

Más bien, debemos considerar tan sólo aquellos aspectos básicos, nucleares para que un procedimiento, en cuanto tal, puede considerarse irregular, en tanto que viola principios básicos de todo proceso y además - y esto lo consideramos importante- teniendo presente otro hecho: que la comisión de tal irregularidad sea de tal magnitud, que ha comprometido el resultado del proceso. Es decir, que corrigiendo tal irregularidad fundamental, el resultado sea distinto. Son criterios muy exigentes y que deben ser utilizados de una manera muy restrictiva, para no abrir una compuerta peligrosa que a la larga afecta el ordenamiento jurisdiccional.

Ya en mayo de 1984 se constituyó una comisión presidida por Domingo García, a fin de preparar un anteproyecto de reglamento de la ley 23506, que fuera finalmente entregado en enero de 1985, el mismo fue objeto de análisis y consultas de los miembros del foro de la judicatura, etc., abordados en un problema que ya en el que entonces era patente; y que parecer tuvo imprudencia en pronunciamientos posteriores. En dicho ante proyecto sería lo siguiente:

**Artículo 10:** Las irregularidades que pudieran cometerse dentro de un proceso regular al que se refiere el inciso 2 del artículo



6 de la ley, deberán ventilarse y resolverse dentro de los mismos procedimientos, mediante el ejercicio de los recursos que las normas procesales específicas establecen.

No podrá bajo ningún motivo detenerse mediante una acción de garantía, la ejecución de una sentencia contra la parte vencida en un proceso regular, en el que ha sido debidamente citada o se haya apersonado en juicio.

**Artículo 11:** Son procedentes las acciones de garantía cuando la ejecución de una sentencia derivada de un procedimiento judicial regular afecta a un tercero ajeno a la relación jurídico-procesal, salvo los casos especiales contemplados en las leyes.

Sin embargo, a partir de 1985 se replanteó dicha problemática. Sólo la existencia de un proceso irregular hace procedente al amparo, entendiéndose por este a un caso grave, resuelto en última instancia, cuando ya no hay forma de corregirlo y sólo si se trata de irregularidades que podríamos llamar estructurales y siempre cuando, salva dicha irregularidad, tengamos la certeza de que el resultado del proceso sería otro. Ello por cuanto no tiene sentido tramitar un juicio que tenga como fin al obtener la misma sentencia.

Lamentablemente, dicha legislación dio lugar a la existencia de una cantidad enorme de amparos, redundando en mayor dilación e ineficiencia del sistema de justicia. El amparo en la Corte Suprema debía ser resuelto en 20 días; pero en la práctica demoraba más de dos años; por lo que la solución era otra.

Hay otros dos aspectos, en caso de no admitirse la demanda, no dándole el

trámite correspondiente, en el hipotético caso de que todas las instancias resulten adversas y nadie quiera dar trámite a la demanda, en este caso sería procedente el amparo; debe entenderse en este caso el amparo directo y más que atacaron a la solución judicial sui generis, se está teniendo derecho a la acción consagrada en la Constitución. El otro aspecto en lo referido a la cosa juzgada; en este caso se debe tener presente que la cosa juzgada brota de un procedimiento bien llevado, debiendo permanecer la cosa juzgada; pero si los aspectos básicos de un debido proceso legal no se cumplen, no puede pensarse que exista una verdadera cosa juzgada. Es decir la intangibilidad de la cosa juzgada está condicionada por la regularidad del proceso (debido proceso legal).

#### **DEFINICIÓN:**

Se puede definir el amparo contra resoluciones judiciales, como el mecanismo constitucional de carácter alternativo, que se interpone contra cualquier resolución judicial que atente contra los derechos fundamentales, sin importar el órgano jurisdiccional que la emitió o la etapa en que fue expedida, con la finalidad de reparar el daño que pudiera ocasionarse<sup>8</sup>.

Dicho en otros términos, como ha sentado la parte de la jurisprudencia argentina, si hay lesión de los derechos esenciales de la persona y si no hay trámite que resuelva idóneamente el problema, debe operar el amparo, sin tomar en cuenta “el origen de la restricción ilegítima a cualquiera de los derechos fundamentales de la persona humana, sino estos derechos, en sí mismos, a fin de que sean salvaguardados”<sup>9</sup>.

#### **ACTOS JUDICIALES MATERIA DE AMPARO**

<sup>8</sup> Cfr. SAGÜES, Néstor Pedro. “Derecho Procesal Constitucional”; y CHURAMPI GARIBALDI, Andrés Arturo. Op. cit., pág. 49.

<sup>9</sup> CSJN, Fallos, 241:291.





Resulta complejo determinar qué resoluciones judiciales son susceptibles de amparo. En principio como se ha señalado, de una interpretación contrario sensu del referido inciso 2 del artículo 200º de la Constitución vigente, se desprende que la Acción de Amparo (hoy Proceso de Amparo), procede contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento irregular”; no habiendo formulado dicho dispositivo constitucional ninguna restricción respecto al tipo de resoluciones que podrían ser objeto de un proceso constitucional de amparo.

No obstante, al recortar el Código Procesal Constitucional el ámbito de aplicación de este instituto, al señalar en el primer párrafo de su artículo 4º que el amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes, habría establecido así una limitación que no guarda concordancia con la Carta Política.

Además, el término empleado por el legislador no resulta adecuado, por cuanto el referirse a resoluciones judiciales firmes, no despeja la duda que suscita, como así también puede apreciarse en el inciso 6 del mencionado artículo 5º del Código adjetivo constitucional, el cual señala que no proceden los procesos constitucionales cuando se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia, debiendo interpretarse que el legislador hace referencia a una resolución firme que haya respetado el debido proceso, es decir, que haya recaído en un proceso regular.

Al respecto se ha señalado que ante un proceso irregular que atente contra la tutela procesal efectiva y el debido proceso, así este se trate de un proceso de amparo, procederá el amparo contra la resolución ju-

dicial recaída en dicho proceso <sup>10</sup>.

La irregularidad del proceso, al que se considera basado en sus dos elementos (debido proceso y tutela judicial), es la novedad respecto a la legislación anterior y sustituye a la expresión “procedimiento regular”; pero como señala Castillo Córdova, sin que en uno u otro caso se esté hablando de cosas distintas en la medida que el basamento constitucional es el mismo<sup>11</sup>. Asimismo, se considera que recoge los principales criterios jurisprudenciales existentes tanto en materia de amparo, como en lo relativo al proceso de Hábeas Corpus.

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha respondido señalando que no hay un debido proceso o lo que es lo mismo, existe un proceso irregular, cuando se han afectado cualquiera de los principios o derechos contenidos en el artículo 139 del CP, coligiéndose, asimismo, de los pronunciamientos emitidos, que los criterios para determinar la irregularidad de un proceso son, por un lado la afectación del precitado artículo <sup>12</sup> y, por otro lado, que tal afectación se haya producido de manera manifiesta, sin que quede duda sobre ella <sup>13</sup>.

No obstante, resulta necesario determinar tanto el tipo de resoluciones susceptibles de amparo, como las que deben estar excluidas de su ámbito. Siguiendo en este punto a Pérez Tremps<sup>14</sup>, considero que dada la naturaleza formal de los actos procesales, a priori no existe restricción alguna en cuanto al objeto del amparo. Todas las actuaciones jurisdiccionales, adopten forma de sentencia, auto o decreto, pueden ser objeto del recurso de amparo.

#### **ÁMBITO SUBJETIVO DEL AMPARO CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES**

<sup>10</sup> CARRIUTERO LECCA, Francisco y Fernando ANGELES GONZÁLES. Op. Cit., pág. 185

<sup>11</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional. ARA editores. Perú. 2004; pág. 137.

<sup>12</sup> Lo que no excluye que se estime la irregularidad de un proceso, sobre la base de la vulneración de otro dispositivo distinto al art. 139 del CP.

<sup>13</sup> Ibid.; pág. 140.

<sup>14</sup> Véase PÉREZ TREMP, Pablo. Op.cit.; págs. 117 y ss.





La parte final del inciso 2 del artículo 200º de la Constitución del año 1993, indica que la Acción de Amparo, “No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular”, interpretándose, contrario sensu, que procede respecto de las resoluciones judiciales emanadas de procedimiento irregular, no obstante, posteriormente, el primer párrafo del artículo 4º del Código Procesal Constitucional, estableció que el amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso.

En tal sentido, el glosado dispositivo constitucional, que da lugar a una interpretación más genérica, se acerca a la regulación establecida en otros países, como en el caso español, donde, como señala Pérez Tremps, son susceptibles de amparo, en la medida en que cumplan los correspondientes requisitos procesales, los actos u omisiones procedentes de cualquier órgano jurisdiccional<sup>15</sup>. Debiendo tenerse presente que la lesión denunciada en amparo debe ser imputable al órgano judicial y nunca a las partes presentes en el correspondiente proceso, ya que sólo la decisión puede vulnerar el derecho.

Aún así, respecto al término empleado por el texto constitucional, del que se desprende su ámbito, se requiere hacer algunas necesarias precisiones. Sostener que el amparo contra resoluciones judiciales procede cuando estas emanan de procedimiento irregular, parece convincente; pero no ofrece una respuesta a la siguiente pregunta: ¿cuándo o bajo qué circunstancias puede calificarse a un proceso de “irregular”?

Al respecto, refiere Carpio Marcos que la respuesta que se ha dado, después de muchas idas y vueltas, particularmente a nivel jurisprudencial, esencialmente ha sido esta: es irregular si la resolución judicial se dicta en el seno de un proceso donde se lesiona uno o algunos de los derechos que integran el debido proceso y la tutela jurisdiccional; pero advierte que no es la única interpretación posible<sup>16</sup>.

### **OBJETO MATERIAL DEL AMPARO CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES**

Respecto al contenido de las decisiones judiciales objeto de recurso de amparo, son los fallos de las mismas los que constituyen propiamente el objeto material del recurso, ya que difícilmente será la motivación aisladamente considerada o mucho menos razonamientos no relevantes para la causa decidida (obiter dicta) los que causen lesión<sup>17</sup>.

En tal sentido, es pertinente hacer una breve enumeración tanto del tipo de resoluciones susceptibles de amparo, como las que deben estar excluidas de su ámbito.

Como ya se ha indicado, la motivación aisladamente considerada o los razonamientos no relevantes contenidos en los considerandos de una resolución están excluidos. Exclusión que no deriva tanto del acto en sí, sino más bien de la imposibilidad (o poca probabilidad) de que dichos actos puedan lesionar derechos fundamentales<sup>18</sup>. Sólo excepcionalmente, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, se ha aceptado que una lesión de derechos puede proceder de sus fundamentos, por lo que debe admitirse el recurso. Cabiendo deducir que si el derecho vulnerado es un derecho funda-

<sup>15</sup> PÉREZ TREMP, Pablo. “El recurso de amparo”; pág. 114. Señala el autor que se incluye tanto a la jurisdicción ordinaria como a la castrense. Excluyéndose el amparo contra las sentencias del tribunal Constitucional.

<sup>16</sup> CARPIO MARCOS, Edgar. Amparo contra resoluciones judiciales. Una lectura heterodoxa. En: Actualidad Jurídica. Tomo 143. Octubre. 2005. Perú.; pág. 143.

<sup>17</sup> Seguimos en este punto lo expuesto PÉREZ TREMP, Pablo. Op.cit.; pág. 118.

<sup>18</sup> En la STC 157/2003, se señala que “es perfectamente imaginable la existencia de supuestos en los que las declaraciones de la resolución judicial, contenidas en su fundamentación jurídica, generen un perjuicio para el recurrente, con independencia absoluta del contenido de la parte dispositiva”.



mental protegido por el amparo, será posible la impugnación de la resolución por la lesión generada en los fundamentos jurídicos de una resolución judicial con independencia del sentido del fallo o parte resolutive.

Asimismo, la doctrina excluye a la interposición del amparo contra decisiones relativas a la imposición de costas en el proceso, la que sería una cuestión de mera legalidad.

También se excluye la posibilidad de impugnar en amparo directamente resoluciones interlocutorias, producidas en un determinado procedimiento, esto en congruencia con el principio de subsidiaridad. El fundamento para esta exclusión no radica en la idea de que dichas resoluciones no sean susceptibles de lesionar derechos fundamentales, sino al principio general de que dichas lesiones deben intentar repararse dentro del proceso mismo en que se producen y sólo subsidiariamente, si dicha reparación no se consigue, podrá interponerse el amparo, una vez concluido el proceso judicial <sup>19</sup>.

Si existe un tipo de decisión en el que se ha excluido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, toda posibilidad de que sean impugnadas mediante amparo, la negativa de los órganos jurisdiccionales a plantear cuestiones de inconstitucionalidad.

Respecto a la exclusión de la posibilidad de lesionar derechos fundamentales en el caso de las negativas a plantear cuestiones prejudiciales, se estima que dicha negativa en ciertos casos puede constituir una lesión del derecho, como por ejemplo cuando se afecte el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

Sobre las resoluciones exequator, si bien no cabe la posibilidad de examinar las sentencias extranjeras por no pertenecer a los tribunales locales, sí se puede controlar la decisión que disponga dar o no ejecución a una sentencia extranjera.



<sup>19</sup>No obstante, en supuestos donde dada la importancia de la lesión y su sustantividad propia con independencia de la causa principal, si se han admitido en el derecho comparado, como en el caso de España, recurso de amparo contra resoluciones judiciales producidas dentro de un proceso aun no concluso. Ver STC 27/1997, donde se señala que asimismo han de comprenderse los supuestos de resoluciones interlocutorias que infrinjan derechos fundamentales de carácter material distintos a los contenidos en el art. 2224 CE.



# EL PROCESO URGENTE Y LA SENTENCIA Nº 1417-2005-AA-TC

**HAROLD ORTIZ CARRASCO**

SECRETARIO DE LA SALA COSTITUCIONAL DE LAMBAYEQUE

**M**ediante Decreto Legislativo N° 1067, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" con fecha 28 de junio del año en curso, se ha modificado el artículo 24° de la Ley 27584 – Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo -, creándose un nuevo proceso judicial: **EL PROCESO URGENTE**, se tramitan según esta vía procedimental "las pretensiones relativas a materia previsional en cuanto se refieran al contenido esencial del derecho a la pensión". Esto es, en la práctica, **EL PROCESO URGENTE** está destinado a reemplazar al **PROCESO DE AMPARO**, que como vía procedimental estableció con carácter vinculante el Tribunal Constitucional en la sentencia normativa Nº 1417-2005-PA/TC, en cuyo fundamento 37 b), estableció: "(...) por pertenecer al contenido esencial dicho derecho fundamental o estar directamente relacionados a él, merecen protección a través del proceso de amparo: (...) los supuestos en los que presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia".

Frente a esta duplicidad de vías procedimentales; una como parte del proceso contencioso administrativo (proceso urgente), y otra como parte de los procesos constitucionales (proceso de amparo). Resulta válido formularse las siguientes interrogantes:

- a) ¿El proceso urgente se constituye en vía alternativa al proceso de amparo?
- b) ¿El proceso urgente al igual que el proceso de amparo, carece de etapa probatoria?.

- c) ¿Qué materias previsionales se tramitarán vía proceso de amparo si las pretensiones relativas al contenido esencial del derecho a la pensión se tramitarán vía proceso urgente?

Llevemos esta inquietud al terreno de los hechos. A manera de ejemplo, supongamos lo siguiente: La Oficina de Normalización Previsional ha denegado a una persona el otorgamiento de una pensión de jubilación, a pesar de cumplir con los requisitos legales para acceder a ella: ¿El justiciable deberá demandar vía proceso contencioso administrativo (proceso urgente) o vía proceso de amparo?. Asumamos que el justiciable invocando el precedente vinculante contenido en la sentencia 1417-2005-PA/TC, recurre al proceso de amparo para ejercitar su derecho; sin embargo, el Juez, declara improcedente la demanda, con la siguiente fundamentación jurídica: "Existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado (...)" – artículo 5° inciso 2 del Código Procesal Constitucional -. Esto es, el demandante debe demandar su pretensión vía proceso contencioso administrativo según las reglas del Proceso Urgente creado por el Decreto Legislativo 1067.

El demandante no conforme con lo resuelto - vía recurso de apelación - alega que los precedentes constitucionales vinculantes tienen efectos similares a una Ley, pues, el Tribunal Constitucional en la sentencia Nº 0024-2003-AI/TC, respecto del precedente constitucional vinculante ha establecido: "(...) aquella regla jurídica expuesta en un



caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homologa". "Ergo, parece decirnos el Tribunal, el "precedente constitucional vinculante" constituye una "regla preceptiva común" que se integra a nuestro ordenamiento jurídico pari gradu con la contenida en una ley. Si ello, fuera realmente así, el tribunal estaría diciéndonos que bajo el rótulo de "precedente constitucional vinculante" se escondería una "norma con rango de ley... su "poder normativo", se limita a decir que la "competencia" para ello le deriva (cosa que todos sabemos) del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional...". (Precedentes vinculantes y pirámide normativa; Eugenia Ariano Deho, página 82, Diálogo con la Jurisprudencia N° 75).

En efecto, la sentencia 1417-2005-AA/TC – Fundamento 37 y 54 – establece reglas procesales aplicables a las demandas de amparo en materia previsional, las cuales operan como normas jurídicas procesales de cumplimiento obligatorio para la judicatura nacional y que vienen siendo aplicadas e invocadas por los operadores del derecho e incluso la referida sentencia en el fundamento 54 estableció: "Una vez que el Juez competente del proceso contencioso administrativo se avoque al conocimiento de la causa, deberá entenderse presentada y admitida la demanda contenciosa administrativa, y, en aplicación del principio de suplencia previsto en el inciso 4 del artículo 2° de la Ley 27584, se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecúe su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso contencioso administrativo (...)"

Así por ejemplo, si un justiciable interpone su demanda vía proceso urgente y el Juez considera que ésta no reúne las exigencias previstas en el artículo 24° de la Ley 27584 modificado por el Decreto Legislativo 1067 (interés tutelable cierto y manifiesto, necesidad impostergable de tutela y que sea la única vía eficaz para la tutela del derecho invocado), deberá declararla improcedente sin posibilidad de adecuación a otro procedimiento; adecuación que sí se hallaba prevista como un deber impuesto al Juez en la sentencia 1417-2005-AA-TC.

Si el proceso urgente – que al parecer carece de etapa probatoria - es similar al proceso de amparo: ¿Para qué crear el proceso urgente? o se trata de un proceso de coyuntura para descargar al Tribunal Constitucional

De ser esa su finalidad: ¿Cómo queda la teoría jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional respecto de los derechos previsionales que configuran el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, ampliamente desarrollada en la sentencia 1417-2005-AA/TC?. El legislador parece sostener que los supuestos relacionados con el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión - fundamento 37 - han perdido su carácter de derecho fundamental al crear una vía procedimental distinta al proceso de amparo, trastocando los fines de los procesos constitucionales en materia previsional, previstos en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional cuál es "... garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales", pues qué duda cabe que el derecho a la pensión es un derecho constitucional. Interrogantes que de seguro



serán respondidas por los órganos jurisdiccionales con la casuística que se producirá a la luz del proceso urgente y la sentencia antes citada. En todo caso, habrá que esperar la elaboración y publicación del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 – Ley que regula el proceso contencioso administrativo - para advertir el verdadero alcance del proceso urgente y sus implicancias sobre la sentencia 1417-2005-AA/TC. (Segunda Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 1067)

En este contexto, cobra vigencia la discusión jurídica que el doctor Juan Monroy Galvez, planteara respecto de la STC 00006-2006-PC/TC - casinos y tragamonedas - en su artículo denominado “Poder Judicial vs Tribunal Constitucional”. En este artículo el citado jurista cuestiona la Tesis del Tribunal Constitucional que otorga a su jurisprudencia vinculante el carácter de fuente primaria

del derecho (norma con rango de ley) frente a la primacía de la Ley como fuente primaria, cuya competencia en cuanto a su expedición corresponde solo al Congreso, por mandato constitucional.

Esto es, actualmente en nuestro sistema jurídico encontramos dos vías procedimentales distintas para el trámite de pretensiones previsionales relacionadas con el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión. Una cuya fuente formal ha sido establecida por el Tribunal Constitucional a través de un precedente vinculante (sentencia 1417-2005-AA/TC: Proceso de Amparo); y otra, el Decreto Legislativo N° 1067, que crea el Proceso Urgente como parte del contencioso administrativo. En todo caso, corresponderá a la judicatura nacional con sus pronunciamientos jurisdiccionales aclarar y dar respuesta a las interrogantes planteadas.



# ABOGADOS: CALIDAD Y NO CANTIDAD

JOSÉ FRANCISCO HORNA SEGURA

ESPECIALISTA LEGAL 7MO. JUZGADO CIVIL

Quiero compartir con ustedes un artículo periodístico que data de agosto del 2004 redactado por el especialista en educación León Trahtemberg, columnista dominical del diario La Industria de Chiclayo y de muchos otros medios importantes del ámbito nacional y que me llamó mucho la atención.

En su artículo periodístico manifiesta que de acuerdo a últimos informes periodísticos de aquella época, dan cuenta que existen 60,000 abogados, 30,000 egresados por titularse y 44,000 estudiantes distribuidos en 46 facultades de Derecho que egresarán en los próximos cinco años; es decir que en la actualidad éstos 44,000 estudiantes se han convertido en egresados o en el mejor de los casos ya son abogados, incrementándose la cifra a casi 100,000; como diría Miguel Ángel Osorio en una de sus más notables obras “El Alma de la Toga: **...dentro de poco todo el mundo será abogado mientras no se pruebe lo contrario**”. Cifra extremadamente preocupante para un padre de familia que esté pensando en que su hijo opte por elegir estudiar la carrera de Derecho. Sin embargo, lamentablemente, la mayor parte de ellos no podrán ejercer su profesión, por diferentes factores, que estoy seguro, todos conocemos.

Por otro lado, los analistas denuncian esta “descontrolada oferta” de abogados, su precaria formación académica y la corrupción que está asociada a nuestra profesión; lo que es muy preocupante, si tomamos en cuenta que nosotros los abogados, de alguna manera u otra tenemos a nuestro cargo la defensa del patrimonio, los derechos Fun-

damentales y las Libertades de miles de peruanos; más aún si asumimos funciones de Jueces o de Fiscales.

Concuerdo con los expertos, en que una de las medidas erróneas que ha sido parte de este exceso de profesionales del Derecho y también de otras carreras que, desde luego, debe REVERTIRSE es el D. Legislativo N° 739 del 8/11/1991 que elimina el requisito de la Tesis para obtener el bachillerato, hoy automático; y la Ley N° 2750 “Ley de filiales” del año 2001 que permite a cuanta Universidad lo desee abrir filiales por todo el Perú, más allá de la ciudad en la que se encuentra la sede de la Universidad, ley modificada recientemente, sólo respecto a formación docente. Además, agregan los analistas, son parte de esta sobreoferta de profesionales, la particular irresponsabilidad de las llamadas nuevas “Universidades – empresas”, nacidas al amparo del DL N° 882 “Ley de Promoción de la inversión en educación” del año 1996.

Veamos; si bien hay consenso que la formación académica y ética de los futuros abogados debe reformarse. Valdría la pena confrontar otros argumentos:

1º) En cuanto a la corrupción, no se puede culpar a las “Universidades – empresas” por estos males, ya que si vemos, su primera promoción egresó en el año 2001. El excedente de abogados y la corrupción denunciada en el Congreso de la República, Poder Judicial y Ministerio Público, corresponde a abogados formados en universidades públicas y privadas “sin fines de lucro”, mucho antes de la entrada





en vigencia del DL N° 882; casos como el golpe del 5 de abril de 1992, la destitución de Magistrados Constitucionales, la famosa “interpretación auténtica” del artículo 112 de nuestra Carta Fundamental, que permitió al gobierno de aquel entonces continuar en el poder; fueron avalados por abogados-congresistas, o abogados-ministros que se formaron y hasta dictaban cátedra en las universidades más reputadas del país.

Al respecto, el reconocido Doctor en Derecho Luis Pasara, de quien tuvimos el honor, hace muy poco tiempo de tenerlo en nuestra sede Institucional dictando una notable conferencia, hizo un estudio para el Ministerio de Justicia: los Magistrados que trabajan en el Poder judicial (Jueces y Vocales), Ministerio Público (titulares y provisionales) y el Consejo Nacional de la Magistratura (nombrados entre el 2000 y 2003), estudiaron en universidades como San Marcos (22.1%); San Martín de Porres ( 15.5%) y Federico Villarreal (10%). Le llamó la atención que entre los abogados egresados de las Universidades privadas de mayor prestigio no había mayor interés por la carrera de Juez o Fiscal. Así que la corrupción no viene particularmente de las nuevas universidades.

**2º)** Resulta iluso pensar que en un país, como el nuestro, cuyo sistema político y judicial son considerados altamente corruptos, los futuros abogados, aún si se formaran en otros términos, limpiarían la corrupción. Un Estado corrupto produce gran cantidad de abogados (o maestros, médicos, economistas, etc.) corruptos. Cambiar eso no depende de las universidades, sino de los gobernantes, congresistas, Jueces, fiscales y abogados en ejercicio en quienes

los estudiantes se inspiran. Mientras haya estudios de abogados en que los congresistas o líderes políticos sacan ventajas de su cercanía al poder, congresistas que legislan de modo que las universidades no tengan que someterse a ningún sistema de acreditación, ni sus egresados a examen alguno en el colegio profesional, y permitan que las universidades formen abogados a distancia o que se creen filiales por todo el país, estaremos condenados a oler mediocridad y corrupción asociadas al ejercicio profesional. La mayor corrupción de todas es la de otorgarle un título profesional a alguien cuya competencia profesional e idoneidad ética nadie ha constatado fuera de la institución formadora, pero que en algún momento, tendrá en sus manos, como ya lo dije líneas arriba, el patrimonio, la defensa de los derechos y libertades de peruanos de buena voluntad que por mandato del Estado deben confiar en estos profesionales.

No puede ser posible, por ejemplo, que algunas universidades locales ofrezcan hasta “cinco” exámenes de admisión al año, cuando la ley permite sólo dos, obviamente están transgrediendo a toda luz la ley y, quien vulnera la ley comete delito y quien delinque se le denomina “delincuente”; y, lo más lamentable es que sus estudiantes sin siquiera saberlo se convierten en “cómplices”; por lo tanto, si partimos que el cómplice también tiene responsabilidad, a nadie se le ocurriría pensar que los estudiantes, sean tildados también como “delincuentes”.

En la hipótesis de que se pudiera generar una excelente propuesta de reforma universitaria para la formación de abogados, pregunto: ¿quién neutralizará las lecciones de vida que a diario se vive?. Durante los próximos



treinta años de vigencia que en promedio tendrán los abogados que ya están en el mercado profesional ¿quién garantizará su idoneidad ética?, ¿qué camino seguirán los estudiantes que quedaron sorprendidos al ver las montañas de dinero con que se compraban conciencias, para a cambio, manejar a su antojo el país, además de ver repartirse el botín estatal?; y que hoy descubren con frustración que los últimos gobiernos han sido incapaces de marcar la diferencia, reproduciendo similares patrones de corrupción e impunidad.

Finalmente, queridos amigos, el saneamiento ético del país, que repercutirá también en las universidades, si bien es cierto, depende de la calidad ética de sus autoridades electas que los lideran; también lo es que depende mucho de nosotros mismos, el cambio de actitud es fundamental. Si elegimos a corruptos para que sean alcaldes, gobernantes regionales, congresistas o presidentes, de ninguna manera podemos esperar que los nuevos profesionales eliminen la corrupción del país.



# SOBRE “CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO” DE EUGENIO BULYGIN

MANUEL ATIENZA

Discutir con Eugenio Bulygin es siempre una operación de alto riesgo. No conozco a nadie que haya osado poner en cuestión alguna de las tesis que él considera centrales en su concepción del Derecho y que haya salido, por así decirlo, indemne de la batalla. Quienes asumen en relación con su obra (con el paradigma de Normative Systems) un punto de vista, por así decirlo, interno y aceptan las tesis fundamentales del mismo tienen, desde luego, mucho que temer de Eugenio si lo que dicen carece del rigor necesario (que él juzga necesario y que suele suponer una medida bastante elevada); pero pueden encontrar en él una actitud abierta y receptiva hacia las críticas: el requisito para ello, como digo, es que se trate de una crítica interna, que no se salga del paradigma. Pero los críticos externos (los no-bulyginianos) tenemos las cosas mucho peor. Yo diría que francamente mal. Como Eugenio no es un sectario, y sí una persona generosa y que ama la discusión, no suele escatimar epítetos del tipo de “excelente artículo”, “lindísimo trabajo” o incluso “obra de arte”, pero esas afirmaciones son, para él, perfectamente compatibles con “pernicioso”, “completamente equivocado” o “que incurre en cierta incongruencia”.

No es la primera vez que discuto con Eugenio. En la última ocasión en que lo hice, él entendió (en su contestación escrita) que yo empleaba “un tono conciliador” que le había “descolocado” y obligado a “moderar...mi habitual agresividad para tratar de alcanzar el mayor grado de acuerdo posible” (p. 173). Pero, claro está, eso iba acompañado, unas pocas líneas después, del juicio de que las

críticas que yo le dirigía “están basadas en algunos prejuicios y/o malentendidos” (p. 174). En todo caso, lo que él interpretó como “tono conciliador” de mi artículo consistía básicamente en que yo consideraba (y sigo considerando) que la teoría del Derecho de Bulygin tiene una notable (admirable) coherencia interna, pero falla por el tipo de teoría que es; o sea, que lo que hay que discutir con él son más bien cuestiones metateóricas que teóricas; o, si se quiere, que las críticas a hacerle son precisamente críticas externas efectuadas desde otra concepción del Derecho y de la teoría jurídica.

Como acabamos de ver, la exposición de Eugenio Bulygin se dirige fundamentalmente contra lo sostenido por Fernando Atria y Juan Ruiz Manero en diversos trabajos que forman parte de un libro colectivo titulado “Lagunas en el Derecho” (Marcial Pons, 2005) y en el que participaron también, además del propio Eugenio Bulygin (su presentación en este seminario es, por un lado, una síntesis y, por otro, una ampliación de su contribución en ese libro), Pablo Navarro, Jorge Rodríguez y José Juan Moreso. Quizás no sea necesario añadir que la postura de los tres últimos era favorable (o, al menos, no contraria) a las tesis de Eugenio. Moreso, por ejemplo, termina su contribución afirmando que la noción de sistema normativo de Normative Systems es “independiente de nuestra posición acerca de la naturaleza del derecho y compatible, por lo tanto, con el iusnaturalismo y con el iuspositivismo” (p.203). En cualquier caso, y a pesar de que muchos de (por no decir, todos) los puntos tratados aquí por Bulygin han sido analizados y discutidos con extraordinario detalle y agudeza en esa obra, yo me referi-



ré a ella exclusivamente a efectos de aclarar algún aspecto de lo sostenido por Atria, Ruiz Manero y el propio Bulygin.

La tesis fundamental de Atria es –me parece- la de que “las lagunas normativas, en caso de existir, no implican que el juzgador tenga discreción” (p. 46). Lo que quiere decir con ello es que los jueces no tienen discreción en sentido fuerte (más o menos, en el sentido en que lo entendió Dworkin), o sea, que en los casos difíciles (por ejemplo, en los supuestos de laguna) el juez propiamente no “crea” Derecho, sino que “adecua” o desarrolla las reglas existentes y que para ello necesita utilizar argumentos morales no basados en fuentes (p. 67). Su crítica, por lo tanto, va dirigida contra la tesis de Bulygin de que en los supuestos de laguna normativa o de conflicto de normas (cuando no es aplicable ni el criterio de jerarquía ni el de especialidad o posterioridad) los jueces tienen discreción, pueden decidir en un sentido o en otro ( aceptando o rechazando la demanda), con el único límite de que, para justificar su decisión, tienen que apoyarse en una norma general creada por ellos y que funja como premisa mayor en la que subsumir el correspondiente caso. A mí me parece que en esto Atria (y Ruiz Manero) llevan razón y diría incluso que la argumentación de Bulygin para negarlo hace pensar en que está cometiendo una falacia: al discutir los tres ejemplos propuestos por Atria (pp. 41-42), da la impresión de que pasa de constatar que es posible construir argumentos en ambos sentidos ( a favor de aceptar -el abogado del demandante- o de rechazar la demanda –el abogado del demandado-), a dar por sentado que los dos argumentos son igual de buenos, o sea, que no hay razón para considerar a uno mejor (o peor) que el otro.

También me parece que tiene razón Atria cuando subraya que para entender su polé-

mica con Bulygin (en general, el problema de las lagunas en el Derecho), hay que ir al trasfondo de la misma, a la concepción positivista del Derecho defendida en *Normative Systems* y en el resto de la producción de Bulygin. Este es, de nuevo, un punto central de lo defendido por Dworkin en “Los derechos en serio”. Con la agudeza que le caracteriza, Dworkin se plantea ahí el siguiente problema: “Si la teoría de la discreción judicial de los positivistas es trivial porque usa el término “discreción” en un sentido débil, o bien carece de fundamento porque los diversos argumentos que podemos aportar en su apoyo son insuficientes, ¿por qué la han adoptado tantos juristas cuidadosos e inteligentes?” (p. 92). Que resuelve así: “si un abogado [un jurista] entiende el derecho como un sistema de normas [reglas] y reconoce sin embargo, como debe, que los jueces cambian las viejas normas e introducen otras nuevas, llegará naturalmente a la teoría de la discreción judicial en el sentido fuerte” (p. 93). O sea, que es la concepción del Derecho como conjunto de reglas lo que lleva a sostener que, en caso de laguna, el juez tiene discreción.

Lo que, sin embargo, puede resultar más discutible es la manera como Atria justifica su posición. Para decirlo rápidamente, su argumentación (de una agudeza y sutileza incuestionables) resulta quizás excesivamente artificiosa y, en algún aspecto, presenta debilidades que han sido hábilmente aprovechadas por Bulygin. En concreto, hay cuatro elementos o pasajes que juegan un papel importante en la defensa de su tesis y que Bulygin critica con cierta razón. Las tesis de Atria, telegráficamente expuestas, serían:

**A)** Debe hacerse una diferencia entre estas dos preguntas: 1) ¿qué establece el



Derecho para un caso genérico?; y 2) ¿cuál es la solución correcta para este caso concreto (para un caso individual incluido en el caso genérico)? Atria considera que se trata de la misma diferencia que, en términos de Raz, habría entre los “enunciados jurídicos puros” y los “enunciados jurídicos aplicados”. Bulygin (y Alchourrón) sostendrían (según él, equivocadamente) que una respuesta a 1) es también una respuesta a 2) (p. 18)

- B)** Lo característico o distintivo de la actividad judicial no es resolver conflictos, sino proveer determinaciones autoritativas del hecho de la violación de normas primarias (en el sentido de Hart); o, dicho de otra manera, “la determinación de la realización (o no) de los hechos operativos de una regla válida y de las consecuencias de ello para el caso” (p. 56-7). Eso parece tener como consecuencia que la actividad judicial debe verse en términos auto-referentes, que el juez no debe buscar una orientación hacia el sistema social.
- C)** Hay una asimetría (en los casos civiles) entre acoger y rechazar la demanda: “para acoger la demanda (declarar que hay consecuencias jurídicas que se siguen de los hechos que la constituyen) el juez requiere una regla válida; para rechazarla (declarar que no hay consecuencias jurídicas que se sigan de ciertos hechos), el juez no requiere regla alguna” (p. 65).
- D)** Es importante mantener una diferencia (que sería oscurecida si se adoptara una postura como la de Bulygin) “entre el juez que adecua la aplicación al caso particular de una norma cuya validez no discu-

te (el caso insignia de Dworkin “Riggs v. Palmer” es un buen ejemplo de esto) y el juez que cree que su deber moral es violar el derecho porque éste es demasiado injusto. La diferencia entre estas posiciones es importante porque sólo si las distinguimos es posible dar plausibilidad a la idea de fidelidad a la ley” (p. 48).

Frente a ello, los argumentos aducidos por Eugenio Bulygin vendrían a ser:

**Ad A)** Si el Derecho es un conjunto de normas (de reglas) y no hay ninguna que regule un determinado caso genérico, entonces tampoco está regulado el caso individual perteneciente a ese caso genérico. El Derecho no establece, en consecuencia, ninguna solución para ese caso individual.

**Ad B)** Es cierto que hay una diferencia entre el Derecho penal (liberal) y el Derecho civil (entendida esta última expresión en sentido muy amplio). En el primero no habría lagunas, puesto que hay una regla de clausura. La tesis de la discrecionalidad judicial (la tesis defendida por Bulygin) vale, en consecuencia, donde puede haber lagunas. En los procesos civiles (los no penales) “cuando son contradictorios siempre hay conflictos de intereses que el juez debe resolver. El conflicto en un juicio civil consiste en que el actor pretende que el demandado debe hacer algo(...) y el demandado niega que tenga tal obligación” (p. 39).

**Ad C)** Tanto cuando se admite como cuando se rechaza la demanda, la decisión del juez es una norma individual (no una proposición normativa). Para



justificar esa norma se necesita usar como premisa una norma general. Si esa norma no existía previamente (se trata de un caso de laguna), el juez, para justificar su decisión, tiene que haberla creado.

**Ad D)** El concepto de laguna normativa es relativo.

Lo esencial es determinar cuáles son las propiedades relevantes en relación con las cuales se dice que existe una laguna en el sistema. En Normative Systems se distinguía entre las propiedades que son de hecho relevantes y las que deberían ser relevantes conforme a un criterio valorativo del intérprete; cabe hablar, en consecuencia, de relevancia descriptiva y relevancia prescriptiva. Bulygin reconoce, siguiendo a Rodríguez, que hay “dos sentidos en los que puede hablarse de relevancia descriptiva: una propiedad puede ser relevante para el sistema normativo dictado por el legislador y también puede ser relevante para el sistema valorativo que subyace a la actividad del legislador” (p. 82). Eso permitiría distinguir entre enunciados en los que se critica al sistema normativo por no haber dado relevancia a una propiedad que en la opinión del intérprete debería tenerla (relevancia prescriptiva) y enunciados interpretativos, en los que se interpretan las normas a la luz del sistema de valores del legislador; estos últimos enunciados son descriptivos y susceptibles de ser verdaderos o falsos; el juez que usa ese enunciado en la justificación de una decisión no estaría, por tanto, creando nada (se mantendría fiel al Derecho establecido).

Pues bien, me parece que el camino más expedito para llegar a donde —me parece— pretende Atria llegar consiste en partir de una concepción del Derecho, según la cual: 1) el Derecho no es simplemente un conjunto de reglas, sino de reglas y principios; 2) en las normas puede distinguirse un aspecto directivo y otro justificativo (no importa únicamente lo establecido como obligatorio, prohibido o permitido, sino también las razones subyacentes para ello); 3) el Derecho no es sólo un sistema (un conjunto de normas), sino también una práctica. Estas son ideas que Juan Ruiz Manero y yo hemos defendido en varios trabajos conjuntos, como “Las Piezas del Derecho” e “Ilícitos atípicos”, y que están muy presentes (quizás con la excepción de la tercera) en el planteamiento de Ruiz Manero en su crítica a Bulygin. Sin embargo, me parece que Juan no ha extraído todas las consecuencias a las que conduce ese planteamiento. Veámoslo.

Ruiz Manero arranca en su brillante artículo (en la parte expositiva del mismo) señalando que la concepción de Bulygin (y Alchourrón: en Normative Systems) supone ver el Derecho como un conjunto de reglas (entendidas como correlaciones entre casos genéricos y soluciones). Según esa visión, frente a un caso individual puede ocurrir que el mismo sea subsumible en una regla o que no o sea. Si no lo es (y es un caso jurídicamente relevante), el juez tiene discreción (discreción en sentido fuerte).

A la tesis de Bulygin, Ruiz Manero le opone dos primeras críticas que tienen que ver con las consecuencias inaceptables que se seguirían de esa manera de ver el Derecho:

1) “De acuerdo con la concepción de Alchourrón y Bulygin no hay espacio para





hablar de la existencia, en el derecho, de casos respecto de los cuales sea controvertible cuál sea la solución exigida por el derecho” (p. 109). O sea, no habría propiamente casos difíciles o, si se quiere, la solución de los mismos no caería dentro de lo que puede entenderse por “método jurídico”.

- 2) Al igual que ocurre con el planteamiento de Raz (pero por otras razones), la aproximación de Bulygin da una imagen del Derecho “fuertemente contrastante con las creencias compartidas por los juristas” (p. 111). Para estos últimos (a diferencia de para Bulygin y Alchourrón en la mencionada obra) los desacuerdos aparecen “como genuinos desacuerdos jurídicos y no como meros contrastes de preferencias personales” (p. 112). Ruiz Manero se anticipa aquí a la posible objeción de Bulygin de que bien pudiera ser que fueran los juristas los que se equivocan en su visión del Derecho, de la misma manera que son los “fanáticos religiosos” los que yerran en cuanto al origen del hombre: “la evolución de las especies está constituida por hechos por completo independientes de cualesquiera creencias al respecto, mientras que la existencia y el modo de operar del derecho son hechos dependientes de creencias compartidas” (p. 112).

En la segunda parte de su trabajo, Ruiz Manero defiende una “visión alternativa” en relación con la de Bulygin: rechaza la tesis de la discreción fuerte y “reformula” los conceptos de laguna normativa y de laguna axiológica que aparecen en Normative Systems. Pero antes de hacerlo muestra su discrepancia con Bulygin en relación con los dos siguientes extremos:

- 1) El primero es el del status normativo de las acciones no reguladas por el Derecho. El objetivo de Ruiz Manero aquí es oponerse a la distinción trazada por Bulygin y Alchourrón entre permisos fuertes (explícitos) y débiles: “la relevancia de las reglas permisivas [permisos fuertes] parece poder explicarse enteramente en términos de reglas prohibitivas, de derogación o excepción de las mismas y de definiciones” (p. 119); “la ausencia de regulación (de prohibición [el permiso débil]) y la permisión [fuerte] son situaciones equivalentes para el sujeto” (p. 119); “la no regulación equivale pragmáticamente a la regulación permisiva” (p. 123).
- 2) El segundo se refiere a que, en su opinión, en los juicios civiles no hay una simetría entre aceptar y rechazar la demanda: “las condiciones de justificación de la aceptación o del rechazo de la demanda no son simétricas: para que la aceptación de la demanda esté justificada es preciso que en relación con la conducta del demandado sea aplicable una norma y que el demandado la haya violado; para que el rechazo de la demanda esté justificado (...) es (...) suficiente con que se trate de una conducta no sujeta a norma” (p. 119).

Despejados así lo que considera “obstáculos preliminares” (p. 118), Ruiz Manero procede a construir su “visión alternativa” que entiende como “adaptaciones (o reformulaciones) de los conceptos correspondientes que encontramos en Normative Systems” (p. 126). Consiste en definirlos así:

“Un cierto caso constituye una laguna normativa de un cierto sistema jurídico si y sólo



si (1) ese sistema jurídico no contiene una regla que correlacione el caso con una solución normativa y (2) el balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico exige una regla que correlacione el caso con una solución normativa que califique la conducta de que se trate como obligatoria o prohibida”

Un cierto caso constituye una laguna axiológica de un cierto sistema jurídico si y sólo si (1) ese sistema contiene una regla que soluciona el caso, pero (2) sin que dicha regla considere como relevante una propiedad que, de acuerdo con las exigencias que derivan del balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico, sí debiera considerarse como relevante”. (p. 123)

Pues bien, aunque mi opinión sobre el asunto o es coincidente con, o muy parecida a, la de Juan Ruiz Manero, me parece que, en su exposición, éste ha ofrecido también algún flanco débil oportunamente explotado por Eugenio Bulygin. Dicho con más precisión: sus dos primeras críticas iniciales me parecen enteramente acertadas; las tesis intermedias son discutibles o, por lo menos, no están expuestas con toda la claridad deseable; y su “visión alternativa” se queda corta: en este último punto es como si Juan se hubiera visto aquejado por una especie de “temor reverencial” que le ha impedido mostrar en toda su extensión sus diferencias con Eugenio.

En relación con el estatus normativo de las acciones no reguladas, Eugenio tiene, en mi opinión, razón al afirmar que sí que hay una diferencia pragmática entre la no regulación y la regulación permisiva, aunque es posible que yo entienda lo de “diferencia pragmática” en un sentido distinto a Eugenio. Aunque en los dos casos pueda decirse –como lo afirma Juan- que “el sistema no impone restricción

alguna sobre la conducta” (p. 118), lo que parece obvio es que para llegar a esa conclusión, a ese juicio, las cosas son –o pueden ser- muy distintas en un supuesto y en otro; digamos que, al menos normalmente, el esfuerzo argumentativo requerido será menor cuando existe una permisión expresa, lo cual supone una diferencia pragmática importante. Y en cuanto a lo de la no simetría entre las sentencias de condena y las absolutorias, yo diría que a Eugenio no le falta tampoco razón al sostener lo que sostiene (y con lo que tampoco Juan discreparía): “ambas requieren que su parte dispositiva contenga una norma y no una mera proposición normativa” (p.8 del texto del seminario), o sea, la justificación de un enunciado normativo singular requiere necesariamente una premisa normativa de carácter general. Con lo que no estoy de acuerdo es con la consecuencia que Eugenio extrae de ello y con la que termina su texto: “y, por lo tanto, los jueces tienen discreción en los casos de lagunas normativas”.

En realidad, es muy posible que, en relación con estos dos puntos, no haya una verdadera discrepancia entre Eugenio y Juan y que se trate más bien de malentendidos en relación con cuestiones pertenecientes a la categoría de lo que Juan acostumbra a llamar “quisicosas”: quisicosas, en este caso, de los –o de ciertos- filósofos del Derecho que probablemente no interesen a un público de juristas más amplio; en todo caso, me parece que esa discusión no afecta al fondo de la cuestión, por lo que quizás sea mejor dejarla aquí al margen.

Voy a la “visión alternativa” propuesta por Juan. La primera observación que cabe hacer es que, para considerar que sus dos definiciones constituyen en realidad una alternativa a lo sostenido por Bulygin, Ruiz



Manero procede a una “restricción” en su definición de laguna normativa que suena un poco ad hoc y que consiste en restringir la existencia de lagunas normativas a los supuestos en los que (requisito (2)) el balance de razones exigiría una regla de mandato; excluye, pues –como en seguida lo aclarar los casos “no cubiertos por una regla pero en relación con los cuales el balance de los principios relevantes del sistema determinaría que esta permitiese tanto la realización como la omisión de la conducta” (p. 123). Eso le permite afirmar que no sería una laguna el dichoso caso de las “vacaciones matrimoniales”, pero la verdad es que no se entiende bien por qué. Quiero decir que parecería más lógico poner como requisito para que pueda hablarse de laguna el que el caso sea relevante para el sistema jurídico (y si el balance de los principios relevantes del sistema determina que está permitido tanto realizar como omitir la conducta –plegarse o no plegarse a los deseos del otro cónyuge–, entonces parece que ese caso sí que es relevante). Por lo demás, cuando digo que sus definiciones quizás no sean una alternativa a la visión de Bulygin, no me refiero al Bulygin de *Normative Systems*, sino al que acepta los dos sentidos de “relevancia descriptiva” antes mencionados (y que Juan no podía haber tenido en cuenta, pues Eugenio lo hace en un artículo de fecha posterior al de Juan). Me parece, por cierto, que con esa concesión Eugenio abre una vía importante de aproximación hacia las tesis de sus críticos y que probablemente vaya a utilizar en el futuro más de un bulyginiano.

La segunda observación es que la reformulación llevada a cabo por Juan (y, como digo, probablemente aceptable en lo fundamental por Eugenio) supone en realidad liquidar la distinción (la relevancia de la distinción) entre

lagunas normativas y lagunas axiológicas, puesto que la determinación de ambas supone efectuar un juicio axiológico, un juicio de valor. Parece obvio que el concepto fundamental a definir tendría que ser uno que abarcase como especies suyas (junto, quizás, con otras especies) ambas situaciones y que vendría a ser algo así como el de “desajuste entre las reglas y sus razones subyacentes”.

Paso entonces a sugerir algunos elementos (algunas tesis) que, en mi opinión, tendrían que vertebrar una visión verdaderamente alternativa a la de Eugenio Bulygin.

- 1) En contra de lo defendido por Bulygin y Alchourrón en *Normative Systems*, la visión del pensamiento jurídico “tradicional”, negando la existencia de lagunas (de lo que ellos llaman “lagunas normativas”) es básicamente acertada. La afirmación que hace un civilista como Jesús Delgado al respecto me parece plenamente compatible: “En un ordenamiento como el nuestro, en el que son fuentes, junto a la ley y la costumbre, los principios generales (1.4 Cc.), y en que “Los jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido” (art. 1.7 Cc.) no hay lagunas. Las de la ley, se colman con la analogía y los principios.” Frente a ese argumento (que podría sintetizarse así: no hay lagunas, porque hay jueces) Alchourrón y Bulygin objetaban (en *Normative Systems* –ed. española, p. 182) lo siguiente: “¡Esto es exactamente lo mismo que afirmar que un traje no puede tener agujeros porque el sastre siempre puede remendarlos! Como dice Carrió: “No parece serio...sostener que no hay lagunas porque los jueces las colman”.



Ahora bien, ese contraargumento, que al lector desprevenido de Normative Systems puede parecerle irresistible, deriva su fuerza de un simil que no hay por qué aceptar. Quiero decir que si pensamos en el Derecho como en un traje (un objeto que, simplemente, está ahí, dado del todo en un momento determinado) entonces, efectivamente, no cabe duda de que los trajes pueden tener agujeros y, paralelamente, los Derechos, lagunas. Pero si nuestra visión del Derecho fuera otra, si lo contempláramos como una empresa, como una actividad, como una práctica, entonces no hay nada de raro en decir que los Derechos no tienen lagunas. O sea, si el simil no lo trazamos con el traje, sino con la empresa encargada de confeccionar y de tener los trajes dispuestos para que puedan ser usados en debidas condiciones, entonces parece claro que no puede haber trajes con agujeros en el sentido de que, aunque en algún momento de la actividad de la empresa podrá detectarse la existencia de algún agujero, hay también otro en el que (si es una empresa seria) alguien se ocupará de remendarlo. Lo que acabo de decir puede parecer un mero truco verbal, pero no lo es. Supone que la noción de laguna de Bulygin no es sólo relativa a la de sistema jurídico, sino que depende de una cierta forma de entender el Derecho: como un sistema de normas (exactamente, de reglas) y no como una práctica social. No es tan cierto, como parecía suponer Moreso, que los conceptos elaborados en Normative Systems poseen un valor que es totalmente independiente del tipo de teoría del Derecho que se sustente.

2) Bulygin identifica la postura de Atria y

Ruiz Manero que critica en su trabajo así: “Ellos no niegan la posibilidad de lagunas normativas, es decir, situaciones no resueltas por el derecho, pero consideran que a pesar de eso los jueces pueden resolver todos los casos individuales...incluso los casos no resueltos por el derecho, sin modificar el derecho existente” (p. 5 del texto). Pues bien, esa afirmación no es, me parece, del todo cierta: Atria era cauteloso al señalar (en lo que he considerado como el núcleo de su posición) que “las lagunas normativas, en caso de existir...”; y las definiciones de laguna normativa y laguna axiológica de Ruiz Manero dan a entender que las lagunas sólo existirían en relación con las reglas. Pero a ambos les ha faltado, para construir una visión verdaderamente alternativa a la de Normative Systems, sostener con rotundidad que Bulygin se equivoca en sus dos afirmaciones fundamentales: no existen lagunas (o, en todo caso, de existir, sería un fenómeno absolutamente excepcional) en el Derecho adecuadamente entendido y los jueces no gozan de discreción en el sentido fuerte de la expresión.

3) Josep Aguiló, en un trabajo inédito, ha expresado con mucha claridad en qué consiste, a los efectos que aquí nos interesan, la diferencia entre el paradigma positivista (legalista) que representa Bulygin, frente al paradigma post-positivista (constitucionalista). Para los primeros (para el modelo de las reglas y de la oposición fuerte entre creación y aplicación de normas), “la clasificación más importante (o más significativa) de los casos jurídicamente relevantes es la que distingue entre “casos regulados” (resueltos por el sistema de reglas) y “casos no re-



gulados” (no resueltos por el sistema de reglas)... [L]a discrecionalidad se concibe fundamentalmente como libertad del aplicador, esto es, como “permitido” elegir cualquiera de las opciones posibles. En este sentido, las decisiones discrecionales están más próximas a la creación de normas (son más una cuestión de voluntad y de preferencias) que a la aplicación de normas (conocimiento y subsunción)” “Por el contrario [para el post-positivismo] un caso es difícil cuando la solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sino que hay que buscarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa(...) Desde el nuevo paradigma, la discrecionalidad del sujeto llamado a resolver el caso, el aplicador, no se concibe ya como libertad en el sentido de permitido elegir cualquier opción, sino más bien en el sentido de responsabilidad, de ese tipo especial de deberes que llamamos responsabilidades”.

- 4) Una pieza fundamental para un tratamiento dinámico de las “lagunas”, acorde con la consideración del Derecho no únicamente como un sistema sino también (fundamentalmente) como una práctica social, tendría que ser una tipología de los casos difíciles que tendría que ir más allá de la sugerida por Bulygin. Ya se ha visto que la distinción entre laguna normativa y laguna axiológica es menos relevante de lo que pudiera parecer. En el apartado 2 del trabajo que acaba de presentar hace una distinción fundamental (a propósito de los problemas con los que tiene que enfrentarse un juez) entre problemas de “clasificación” y problemas “normativos” que, en mi opinión, no re-

sulta muy satisfactoria. Por ejemplo, el concepto de “problema de clasificación” es excesivamente genérico, en cuanto que a la categoría parecen pertenecer no únicamente los problemas que los juristas llamarían de clasificación o de calificación (“Juan es comerciante”), sino también los de prueba (“José mató a Federico”). Y parece bastante extraño que entre los problemas normativos (que para él serían de lagunas y de contradicciones), no se mencionen los de interpretación; esto último puede deberse a que Bulygin entiende que los problemas de interpretación tienen una naturaleza semántica y que no hay muchos elementos peculiares en la interpretación jurídica.

- 5) La defensa, frente a Bulygin, de que los jueces no tienen discrecionalidad en sentido fuerte supone aceptar que existen ciertas reglas (en el sentido de guías racionales) del método jurídico. O, dicho de otra manera, que el uso de la analogía y de los principios (en realidad, no son cosas distintas) supone un procedimiento racional aunque, efectivamente, no consista únicamente en subsumir; la crítica que Bayón le dirigía en el trabajo que Bulygin ha calificado de “pequeña obra maestra” se refería precisamente a esto: a la concepción subsuntiva de la racionalidad que Bayón juzgaba inadecuada por excesivamente limitada. También creo que está conectado con ello un aspecto muy importante del planteamiento de Atria: para entender cómo se resuelve el tipo de problemas que se denominan “lagunas” no es adecuado pensar simplemente en términos de creación y aplicación de normas; o, si se quiere: en un cierto sentido existe creación, y en otro sentido, aplicación (p.





48) lo que, por cierto, es una forma de expresar lo que los juristas suelen llamar “integración”.

- 6) Para justificar que el juez, en un supuesto de laguna, puede elegir discrecionalmente entre aceptar o rechazar lo solicitado en la demanda, Bulygin utiliza un ejemplo (referido al código civil argentino antes de 1968) referido a un adquirente de buena fe, por título oneroso que obtuvo un bien de un enajenante de buena fe. El propietario del inmueble reclama al juez su restitución. Según Atria, el juez debería rechazar la petición, pero Bulygin construye un argumento con el que, según él, el juez podría justificar también la aceptación, esto es, la restitución del inmueble. Sería así: “a) El actor es legítimo propietario del inmueble, b) la acción reivindicatoria es inherente al derecho de propiedad, c) no hay ninguna norma que se refiera al caso, es decir, no hay ninguna norma que autorice al demandado a no restituir el inmueble. d) Por lo tanto, condeno al demandado a restituir el inmueble” (p. 6). Pues bien, el argumento (que quizás pueda interpretarse de más de una manera) debe entenderse, me parece a mí, como un argumento por analogía, cuyo esquema sería éste: “el caso C, caracterizado por las propiedades X, Y y Z, no está regulado por ninguna regla específica del sistema; hay una regla que regula un caso, C’, en el que se da una propiedad que también se da en éste (por ejemplo, X: ser legítimo propietario) y que establece la consecuencia S (debe concederse la acción reivindicatoria). Por lo tanto, en el caso C debe ser la consecuencia S”. Ahora bien, parece claro que nadie consideraría que éste es un buen argumento (un argumento que pueda servir para justificar la de-

cisión del juez), si no se le añade alguna premisa; exactamente, dos. Una es un principio general del Derecho que viene a decir que los casos que tienen las mismas propiedades esenciales deben ser resueltos de la misma manera. La otra, que la propiedad X (y no las propiedades Y ó Z) son las esenciales en los dos casos. Naturalmente, la dificultad de argumentar por analogía estriba en aducir buenas razones a favor de esta segunda premisa y que puedan derrotar a otras posibles razones que pudieran existir para decir que las características esenciales son más bien Y (la buena fe del adquirente) y Z (el título oneroso) y que hay una regla que establece que si se da ese caso (C’), entonces debe ser la consecuencia no-S. A donde quiero ir con todo esto es a mostrar: 1) que la posible justificación de esa decisión es mucho más compleja de lo que el argumento utilizado por Bulygin parece sugerir y que, si se toma en consideración toda esa complejidad, su tesis resulta mucho menos intuitivamente plausible de lo que pudiera parecer a primera vista; 2) que la posibilidad (como cuestión de hecho) de que, en relación con un mismo caso, C, se propongan argumentaciones que llevan a soluciones opuestas no quiere decir que ambas sean igualmente correctas; 3) que (como me lo indica Jesús Delgado reproduciendo una observación de los “Elementos de Derecho civil” de Lacruz) “en la práctica, lo que suele haber es exceso de normas posiblemente aplicables a un mismo caso, más que falta de ellas”.

- 7) En último término, pues, el problema de las lagunas no es otro que el de si existen o no criterios de corrección en la utilización de la analogía. Si existieran esos





critérios, entonces parece obvio que la tesis de la discreción en sentido fuerte de Bulygin carecería de justificación. Pues bien, a mí me parece que esos criterios existen y que de alguna forma se condensan en la idea de coherencia. Anticipándome a una crítica que alguna vez me ha dirigido Eugenio, yo no creo que ese criterio se pueda formular de la misma manera como se formula una regla de inferencia de la lógica. Pero tampoco creo que la racionalidad se termine con la lógica formal.

No me siento capaz de exponer de manera completa (y no sólo por razones de tiempo) en qué consiste la coherencia, pero sí creo poder señalar algunos rasgos significativos de ese concepto (por cierto, no sólo fundamental en el Derecho, sino también en ética, en epistemología o en lingüística). Si tuviera tiempo para ello, me parece que no me sería difícil mostrar que es esa noción (con los rasgos que voy a señalar) la que sirve como guía a los juristas cuando argumentan por analogía. Serían los siguientes:

- 1) Coherencia no es lo mismo que consistencia lógica; si se quiere, siguiendo a MacCormick, podría decirse que la coherencia es la consistencia en sentido axiológico.
- 2) A diferencia de la consistencia, la coherencia es graduable, en el sentido de que una decisión o una norma puede

ser muy coherente o poco coherente y más o menos coherente que otra.

- 3) El concepto de coherencia es relativo, en el sentido de que una decisión o una norma son coherentes (más o menos coherentes) en relación con un conjunto de principios y valores.
- 4) La coherencia es una propiedad (relacional) esencialmente dinámica, en un doble sentido: lo que haya que entender por coherencia cambia a medida que lo hagan los principios y valores a los que remite; la decisión de un caso influye en las decisiones posteriores y en las que se tomen de manera simultánea: por ejemplo, aunque en un principio pudieran considerarse como igualmente coherentes, en relación con el problema P, las decisiones D1 y D2, el haber optado por D1 puede hacer que el criterio incorporado en D2 deje de ser coherente para resolver problemas de ese tipo.
- 5) De manera parecida a lo que ocurre en una lengua, la analogía es un mecanismo fundamental para innovar el sistema manteniendo sus señas de identidad; ese tipo de “cambio conservador” sólo es posible si está presidido por la idea de coherencia. A ese desarrollo interno del Derecho es precisamente a lo que se opone la tesis de la discrecionalidad.



# EL MODELO DEMOCRÁTICO EN LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL DE ITALIA Y ESPAÑA

FRANCISCO CARRUITERO LECCA



El órgano de gobierno de todo Poder Judicial, por la especial naturaleza de su función y de los actos de control que desarrolla, debe tener las siguientes características <sup>1</sup>:

- Ser un órgano autónomo o independiente, respecto del órgano que elegirá, y controlará, pero también de otros factores externos, que brinde confianza.
- Estar integrado por personas libres de cualquier dependencia en el ejercicio de su cargo, respecto del órgano o sujetos que organiza o controla.
- Ser accesible y actuar en forma rápida ante las quejas de los ciudadanos comprendidos en el ámbito de competencias del órgano que organiza o controla.
- Respetar los derechos y potestades del órgano o sujeto que organiza o controla.
- Contar con mecanismos que permitan realizar su labor con transparencia y eficiencia.

Siendo ello así, a continuación realizamos un estudio comparativo de los dos órganos que ejercen el gobierno del Poder Judicial en Italia y España, dos sistemas que pese a tener una misma línea de orientación, también tienen algunas diferencias significativas, que los hacen particulares.

Así, empezaremos por hacer una revisión del modelo italiano, que es más antiguo y que a la vez es la base del modelo español,

para después compararlo con el caso español, y de esta manera, identificar sus similitudes y diferencias en el marco del modelo democrático que ambos han adoptando y que además van perfilando.

## 1. EL CONSEJO SUPERIOR DE LA MAGISTRATURA ITALIANO

El Consejo Superior de la Magistratura (Consiglio Superiore Della Magistratura) es el órgano de autogobierno del Poder Judicial en Italia, el mismo que cuenta con reconocimiento constitucional <sup>2</sup>. Se regula por la Ley 195/1958, el Decreto del Presidente de la República N° 916/1958; y por su Reglamento Interno aprobado por él mismo.

El Consejo Superior de la Magistratura tiene como funciones tres aspectos esenciales: tutelar la independencia de los jueces, regular las actividades necesarias para el ejercicio de la jurisdicción y aplicar las sanciones disciplinarias. Entre sus atribuciones concretas se encuentran el nombramiento, ascenso, designación de destino y traslado de los jueces; el nombramiento y la revocación de jueces honorarios o de expertos que forman parte de alguno de los órganos judiciales; y la imposición de sanciones disciplinarias a jueces y magistrados.

De este modo, cumple un rol fundamental en el desarrollo de la Administración de Justicia, siendo que se subordinan a él los órganos que integran el Poder Judicial: las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia, así como los demás órganos

<sup>1</sup> COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, El control disciplinario en la función judicial, Documento de trabajo elaborado, en el marco de un estudio que se viene realizando sobre el fenómeno de la Corrupción Judicial en el Perú con el apoyo de la agencia de cooperación National Endowment of Democracy, por el Area de Justicia de la Comisión Andina de Juristas ([www.cajpe.org.pe/RIJ/BASES](http://www.cajpe.org.pe/RIJ/BASES)).

<sup>2</sup> Artículo 104 de la Constitución de Italia: "La Magistratura constituye un orden autonomo e independiente de cualquier otro poder. El Consejo Superior de la Magistratura estará presidido por el Presidente de la Republica. Formaran parte de él, como miembros natos, el primer Presidente y el Fiscal General del Tribunal Supremo. (...)"



jurisdiccionales con atribuciones gubernativas en sus respectivos ámbitos orgánicos (Presidentes de los Tribunales y Audiencias, Jueces Decanos, Juntas de Jueces y Jueces). Es decir, las funciones que cumplen todos estos organismos se encuentran directamente vinculados al control del Consejo Superior de la Magistratura.

Ante tal responsabilidad, es preciso garantizar la autonomía tanto de la jurisdicción como del Consejo Superior de la Magistratura, en aras de que este órgano pueda cumplir a cabalidad sus verdaderos fines y no se convierta en la práctica, un medio de presión que sea un obstáculo para el normal desempeño de los órganos que ejercen función jurisdiccional. Precisamente, el sistema italiano parece ofrecer las condiciones para que se produzca una autonomía razonable, en tanto, por un lado reconoce como órgano constitucionalmente autónomo al Consejo Superior de la Magistratura (la Constitución establece de manera taxativa la autonomía de la Magistratura respecto a cualquier otro poder), y por el otro, ha logrado institucionalizar que sus magistrados sean de carrera, asumiendo el cargo por concurso público y con carácter vitalicio.

Es de resaltar que se haya dado al Consejo tal autonomía, que la propia Constitución la reconozca no sólo sobre cualquier órgano estatal, sino puntualmente respecto de los Poderes Públicos. En efecto, en el modelo italiano el Consejo Superior de la Magistratura se sitúa en una posición institucional de paridad con el Gobierno, el Congreso de los Diputados, el Senado, y el Tribunal Constitucional, siendo que está investido de las garantías de superioridad e independencia características de estos órganos. Una muestra de ello es que se encuentra legitimado para

plantear conflictos de atribuciones ante el Tribunal Constitucional frente a los demás órganos constitucionales en defensa de sus competencias.

Ello es coherente con la propia razón de la existencia del Consejo Superior de la Magistratura: el autogobierno del Poder Judicial, es decir un gobierno autónomo de la Magistratura, en contraposición del modelo italiano antecesor, donde el Poder Ejecutivo tenía participación. Debe recordarse que el Consejo Superior de la Magistratura tiene sus antecedentes en la Ley N° 511 del año 1907, donde se le instituyó dentro del Ministerio de Justicia, cumpliendo sus funciones como órgano consultivo. Asimismo, la Ley N° 689 del año referido, que reguló de manera específica al Consejo, mantuvo su subordinación al Ejecutivo. Así, sólo hasta la Constitución de la República de 1947<sup>3</sup>, el órgano consultivo-administrativo sujeto al Ministerio de Justicia, se transforma en el órgano de autogobierno de la Magistratura<sup>4</sup>.

**El Consejo Superior de la Magistratura ha reemplazado totalmente las funciones del Ministro de Justicia**, quien en la actualidad no tiene competencia alguna en relación a los jueces, pues si bien las funciones que realiza el Consejo son administrativas, las ejerce sin sujetarse al Poder Ejecutivo.

En esa línea, se ha establecido que los miembros del Consejo tienen todas las competencias respecto al status o al régimen de los magistrados y que es el único ente que nombra, transfiere, traslada o incluso puede someter a un procedimiento disciplinario a un magistrado. En consecuencia, ningún magistrado puede ser transferido ni siquiera de un tribunal a otro, sin que dicha decisión haya sido aprobada por el Consejo Superior de la Magistratura.

<sup>3</sup> Aprobada el 22 de diciembre de 1947, publicada el 27 de diciembre del mismo año, entrando en vigencia el 1 de enero de 1948.

<sup>4</sup> VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Marco, Las atribuciones del Consejo Superior de la Magistratura en Italia: estudio comparado con el derecho español, en: Revista de Derecho Procesal N° 2, 1994, pp. 307.



Lo anterior, tiene base en que comporta el vértice de la estructura encargada de la administración de la jurisdicción y, como tal, gestiona el personal judicial. Más aún, de conformidad con el artículo 105º de la Constitución de Italia, tiene como función organizar los Departamentos judiciales, con la finalidad de garantizar que todo juez, al ejercer sus funciones, esté sujeto sólo y exclusivamente a la Ley.

Ello reviste especial importancia, pues garantiza la independencia de los magistrados, tanto respecto del Ministerio de Justicia como de la propia Corte de Casación, que no tiene ningún poder ni influencia sobre el nombramiento o traslado de magistrados. De esta manera, el Consejo se encuentra en capacidad de cautelar la independencia de los jueces sobre la posible injerencia de otros poderes, como el Poder Ejecutivo.

La política descrita responde al hecho que para garantizar la independencia de los jueces no sólo se debe prestar prioridad a la independencia externa respecto de otros poderes (recuérdese que el Consejo General del Poder Judicial se crea para garantizar la independencia externa del mismo, al asegurar que las condiciones de ejercicio de la función jurisdiccional no dependan del Ejecutivo), sino también debe tomarse en consideración la independencia interna de cada juez; la que se encuentra prevista en el sistema italiano a través de la regulación constitucional que impone que los jueces deben sujetarse solamente a la ley. Ello, guarda correspondencia asimismo, con un tipo de organización judicial horizontal, donde existe poder jerárquico de los jefes de las oficinas sobre los jueces, siendo que los primeros ejercen funciones meramente administrativas, no pudiendo, en ningún caso, influir en

las decisiones particulares de cada juez.

En todo caso, dicha política es coherente con un aspecto ampliamente reconocido, en términos de un modelo democrático: que para que el control pueda ser eficaz (cumplimiento de sus objetivos), en el extremo de garantizar la tutela de los valores de que se trate, debe ser independiente. Dicha independencia implica que “la necesidad de que el órgano contralor esté investido de calidades y atribuciones que lo desvinculen plenamente de cualquier injerencia o relación de favor con los sujetos controlados”<sup>5</sup>.

Ahora bien, en el aspecto de su conformación, se tiene que, de acuerdo con la Ley que regula el Consejo Superior de la Magistratura<sup>6</sup>, este se encuentra formado por veintisiete miembros. De ellos, tres son miembros de derecho: el Presidente de la República, el Primer Presidente y el Procurador General del Tribunal de Casación, lo cual se encuentra respaldado a nivel constitucional en el artículo 104º de la Constitución italiana. De los restantes veinticuatro, la distribución es la siguiente: ocho (llamados “laicos”) elegidos por el Parlamento y dieciséis elegidos (“togados”) por los propios magistrados. Los miembros son elegidos por un período de cuatro años y está prohibida la reelección inmediata.

Es de apreciar que el sistema de elección de los magistrados es un sistema de representación proporcional, lo que permite que distintas listas (y por lo tanto, diferentes posiciones) tengan representación. Por ejemplo, de los 20 que han sido elegidos sólo dos pertenecen a la Corte de Casación; los otros 18 son magistrados de instancias inferiores.

Finalmente, es de resaltar, que coheren-

<sup>5</sup> GONZÁLES MANTILLA, Gorki, El control como sistema: importancia y naturaleza jurídica, en: Reforma Judicial, Oficina Técnica de Proyectos de Cooperación Internacional del Poder Judicial, Lima, 2007, p. 122.

<sup>6</sup> La nueva conformación fue introducida mediante la Ley N° 44/2002 de 28 de marzo. Anteriormente el Consejo Superior de la Magistratura era un órgano formado por 33 miembros. Tres miembros de derecho (el Presidente de la República, el Presidente de la Corte de Casación y el Procurador General de Casación), y 30 son elegidos. De estos 30, 20 eran elegidos por los magistrados entre los magistrados, y 10 eran elegidos por el Parlamento entre abogados y profesores universitarios.



temente con su poder autónomo, el Consejo Superior de la Magistratura cuenta con cierta capacidad normativa. Así, puede adoptar su reglamento interno y el reglamento de administración y contabilidad; el reglamento para las prácticas de los auditores judiciales, que regula las prácticas de los magistrados que ingresan en la carrera judicial; y circulares, resoluciones y directivas para el ejercicio de sus funciones.

## 2. EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL ESPAÑOL Y SU RELACIÓN CON SU SIMILAR ITALIANO

Al igual que el Consejo Superior de la Magistratura italiano, el Consejo General del Poder Judicial español (que es su equivalente) tiene reconocimiento constitucional<sup>7</sup>. Es decir, en ambos casos el órgano de gobierno del Poder Judicial se encuentra expresamente reconocido en la Constitución, lo cual abona a favor de su autonomía, sin embargo, como veremos, dicha autonomía no es del todo equivalente en los dos casos.

Ciertamente, el Consejo General del Poder Judicial es el encargado de la selección, formación, provisión de destinos, perfeccionamiento, ascensos, asuntos administrativos y régimen disciplinario de jueces y magistrados.

Así, en el ámbito de la atribución del nombramiento de jueces, se diferencia de su similar italiano, en el sentido que lo hace mediante Real Decreto expedido por el Rey y refrendado por el Ministro de Justicia, previa propuesta formulada por el Congreso de los Diputados o el Senado. Es decir, en

los hechos posee una autonomía relativa<sup>8</sup>, en tanto sus decisiones están sujetas a la coparticipación de otros órganos. Efectivamente, para que su decisión pueda tener efectos, debe estar convalidada por el Poder Ejecutivo (Ministerio de Justicia), que es una situación precisamente superada por el Consejo italiano, que seguía esta tendencia hasta antes de la reforma en esta materia, y que ahora postula una autonomía prioritaria, en el entendido que su propia Constitución la reconoce en relación con los Poderes del Estado.

Si bien existen razones para defender la regulación española, como tener la virtud de considerar una decisión consensuada de dos órganos directamente vinculados con la Administración de Justicia, y que además poseen una corresponsabilidad, en el entendido que el refrendo ministerial por naturaleza genera la responsabilidad del titular del Ministerio, no creemos que sea una opción que en la actualidad guarde correspondencia con la institucionalización de un sistema de Administración de Justicia que haga efectivos los principios de independencia e imparcialidad en la función jurisdiccional.

El Consejo General del Poder Judicial está integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo preside, y por veinte miembros (vocales) nombrados por un período de cinco años no renovable. Salvo el período, que en el caso italiano es de cuatro años, y el número de miembros, que en el caso italiano es de veintisiete, el régimen de prohibición de reelección inmediata también opera en el caso del Consejo español.

<sup>7</sup> “Artículo 122º.- (...)”

2. El Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo. La Ley Orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario. (...)”.

<sup>8</sup> La definición de autonomía la podemos encontrar en su procedencia: del griego auto, “uno mismo”, y nomos, “norma”, es decir, en términos generales, se refiere a la capacidad de tomar decisiones sin ayuda de otro, oponiéndose de esta forma a la heteronomía. Asimismo, debe recordarse que la autonomía tiene que ver con la capacidad del individuo de autodeterminarse, ya sea porque por propia voluntad cae en la cuenta de la ley universal (Kant), o porque nada interfiere con su decisión (Mill).





El Presidente del Consejo General del Poder Judicial es nombrado por el Rey a propuesta del Consejo saliente. Es elegido entre miembros de la carrera judicial o juristas de reconocida competencia, con más de quince años de antigüedad en la carrera o en el ejercicio de su profesión, respectivamente, pudiendo ser reelegido.

Ahora bien, los veinte Vocales son elegidos de la siguiente manera: 12 son jueces y magistrados de todas las categorías judiciales, de los que el Congreso propone seis y el Senado otros seis, en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros (previamente las Cámaras seleccionan estos miembros de entre los hasta 36 candidatos presentados por las asociaciones profesionales de jueces y magistrados o por un grupo que represente al menos el dos por ciento de los jueces y magistrados en servicio activo); 8 son abogados u otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en la profesión (4 de ellos son propuestos por el Congreso y 4 por el Senado, por mayoría de tres quintos). Como es de apreciarse si bien el Congreso tiene una participación importante en la elección, es de resaltar que dicha elección pase por un filtro constituido por asociaciones o grupos representativos, lo cual es un aspecto interesante, en el sentido que permite dotar de mayor legitimidad a los integrantes del Consejo.

Lo anterior es una diferencia sustancial con el régimen italiano, en tanto los magistrados no sólo tienen directa participación (elección directa y no a través del Congreso), sino que duplican al Congreso en el número de miembros que eligen. Así, mientras los Magistrados eligen 16 miembros, el Parlamento elige 8 miembros. Asimismo, el Consejo italiano,

para compensar la ausencia de la participación del Poder Ejecutivo, ha previsto la existencia de tres miembros de derecho, dentro de los que se encuentra el Presidente de la República y el Primer Presidente. Esto último resulta una medida razonable, considerando que responde a una medida democrática que no genera algún riesgo de injerencia a la luz de la minoría que representa en relación al total de miembros; situación que no sucede, o al menos no se garantiza, en el caso español donde la participación del Ministerio de Justicia es decisiva en el ámbito de los nombramientos de los jueces.

Es de destacar que el sistema español permite la propuesta de Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales que se hallen en servicio activo y no sean miembros del Consejo saliente o presten servicios en los órganos técnicos del mismo. Esto, constituye una medida democrática y con base en el principio-derecho de igualdad, ya que considerando que la función de los miembros del Consejo es exclusiva, debe responder a una elección objetiva que procure la representación de todas las instancias, en el entendido que todas son parte de los problemas y las soluciones en el servicio de justicia.

Efectivamente, el Consejo General del Poder Judicial no tiene participación en la función jurisdiccional, ya que dicha atribución, por mandato constitucional, está reservada para los juzgados y tribunales que conforman el Poder Judicial. Esto implica que ni el Consejo ni ningún otro órgano subordinado de gobierno del Poder Judicial pueden impartir instrucciones de carácter general o particular respecto de la interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico que los jueces y magistrados efectúen en el desempeño de sus competencias judiciales.





El Consejo General del Poder Judicial tiene, entre sus principales competencias, proponer el nombramiento por mayoría de tres quintos, del Presidente del Tribunal Supremo, del Consejo General del Poder Judicial y del Vicepresidente de este último, así como de los miembros del Tribunal Constitucional, de los Presidentes de Sala y Magistrados del Tribunal Supremo y de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

Como puede advertirse, el Consejo español tiene activa participación en la facultad de proponer los cargos más altos del Poder Judicial, e incluso de órganos vinculados con la Administración de Justicia, como es el Tribunal Constitucional. Ello, es de resaltar, atendiendo a las funciones del Consejo General del Poder Judicial, sin embargo, el hecho que no tenga facultad para realizar los nombramientos ni revocar a jueces y magistrados, como sí lo tiene su similar italiano, refleja que aún tiene problemas relacionados con su autonomía, como se ha mencionado anteriormente.

En todo caso, es importante que se determine que para efectuar las propuestas de nombramiento, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial velará por el cumplimiento de los principios de mérito y capacidad.

Al igual que el Consejo Superior de la Magistratura de Italia, el Consejo español dirige la ejecución y controla el cumplimiento de su presupuesto y tiene potestad reglamentaria en lo relativo a su personal, organización y funcionamiento, así como otros aspectos que desarrollen la Ley Orgánica del Poder Judicial de manera específica.

Es de resaltar que el artículo 107º de la

Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) señala que el Consejo tiene, entre sus competencias, la “Inspección de Juzgados y Tribunales”, en tanto que en el artículo 171º se dispone que “el Consejo General del Poder Judicial ejerce la superior inspección y vigilancia sobre todos los juzgados y tribunales para la comprobación y control del funcionamiento de la Administración de Justicia”.

Al respecto, debe señalarse que la inspección comprende el examen de cuanto resulte necesario para conocer el funcionamiento del Juzgado o Tribunal y el cumplimiento de los deberes del personal judicial, ello, con la finalidad de cumplir con las exigencias de una pronta y eficaz tramitación de todos los asuntos. Es decir, esta disposición se encuentra vinculada al principio de celeridad procesal que como tal, también rige los procedimientos administrativos.

A mayor abundamiento, para garantizar una inspección razonable y no arbitraria, la propia Ley ha previsto que la interpretación y la aplicación de las leyes hechas por los Jueces o Tribunales cuando administran justicia no podrá, en ningún caso, ser objeto de aprobación, censura o corrección con ocasión o a consecuencia de actos de inspección. Además, debe tenerse presente que el Servicio de Inspección ejerce sus labores mediante la realización de las actuaciones y visitas que le sean ordenadas únicamente por el Pleno del Consejo o su Presidente.

Dicho Servicio es el encargado de recibir y comprobar las denuncias, quejas y reclamaciones que se dirijan al Consejo sobre el funcionamiento de los distintos órganos judiciales y sobre el cumplimiento de sus deberes por parte de todo el personal judicial<sup>9</sup>,

<sup>9</sup> Al respecto, es preciso señalar que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial aprobó en diciembre de 1998 el Reglamento de Quejas y Reclamaciones, donde se describe la tramitación que habrá de darse a las denuncias, sugerencias, quejas y reclamaciones de los ciudadanos españoles sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia. Este Reglamento se complementa con la Instrucción 1/1999 que contiene el Protocolo de servicio y los formularios de tramitación de quejas y reclamaciones y la previa información al ciudadano.



dando cuenta de las mismas a la Comisión Disciplinaria. Es decir, el Servicio de Inspección actúa como órgano complementario del régimen disciplinario judicial de España, no teniendo atribuciones jurisdiccionales. Así, es a la Comisión Disciplinaria a la que le compete la instrucción de expedientes disciplinarios, así como la imposición de sanciones a jueces y magistrados que no sean competencia del Pleno.

Al respecto, es pertinente señalar que tanto el caso español como el italiano han previsto que los órganos que ejercen control disciplinario no realizan labor jurisdiccional. Ello es importante porque la función de control disciplinario no debe mezclarse con cualquier otra, atendiendo a que dicha función debe ser prioritaria y exclusiva a fin de que se realice en cumplimiento de sus fines. Asimismo, debe recordarse que el control disciplinario resulta indispensable para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia en su conjunto. La razón elemental que justifica el control sobre los órganos jurisdiccionales es que el servicio de justicia es un tema que interesa a todos los ciudadanos (ello por cuanto incluso los que no tienen procesos en trámite son sujetos potenciales legítimos de reclamar sus derechos cuando estos se vean afectados y, a la par, el Estado se encuentra en la obligación de garantizarlos).

Según el artículo 132º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Pleno del Consejo elige anualmente, de entre sus vocales, a los componentes de la Comisión Disciplinaria. Dicho órgano está integrado por cinco miembros: tres de ellos, elegidos entre los vocales que pertenezcan a la carrera judicial y los dos restantes ajenos a esta. La deter-

minación del número máximo de candidatos que corresponde presentar a cada asociación y del número máximo de candidatos que pueden presentarse se ajusta a criterios estrictos de proporcionalidad<sup>10</sup>, lo cual no queda como una disposición abstracta sino que tiene un mecanismo legal concreto que apunta a su garantía.

El criterio de proporcionalidad responde a la finalidad del control disciplinario, que consiste en mantener la disciplina que el orden de la sujeción supone para que el organismo controlado se desenvuelva sólo en función de su estructura y fines, siendo que los actos que contradicen ese orden son aquellos que lesionan los diferentes aspectos de la relación de sujeción pública, tales como la diligencia, la fidelidad, el respeto, la obediencia, el decoro y moralidad relacionados con su función<sup>11</sup>. Como es evidente, dicha finalidad comporta una dimensión ética, propia del derecho Disciplinario, en tanto el "ilícito disciplinario se vincula personalmente con el sujeto del deber: es un ilícito personal. Ello es consecuencia de la influencia de la ética en el derecho disciplinario, y de estibar su fundamento en las relaciones especiales de sujeción"<sup>12</sup>.

### 3. CONCLUSIONES: EL MODELO DEMOCRÁTICO EN LOS SISTEMAS JUDICIALES ITALIANO Y ESPAÑOL

Existen dos modelos teóricos fuertemente afianzados en materia de organización del gobierno del Poder Judicial, que son el modelo burocrático y el modelo democrático. Así, el primero es uno fuertemente jerarquizado y burocrático, que concede valor a la antigüedad en el cargo, y subyace en la

<sup>10</sup> Así por ejemplo, según su Ley Orgánica, los 36 candidatos se distribuirán en proporción al número de afiliados de cada asociación y al número de no afiliados a asociación alguna, determinando este último el número máximo de candidatos que pueden ser presentados mediante firmas de otros Jueces y Magistrados no asociados; todo ello, de acuerdo con los datos obrantes en el Registro constituido en el Consejo General del Poder Judicial conforme a lo previsto en el artículo 401 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y sin que ningún Juez o Magistrado pueda avalar con su firma más de un candidato.

<sup>11</sup> AFTALION, Enrique, Tratado de Derecho Penal Especial, Vol. 5, Buenos Aires, La Ley, 1971, p.113.

<sup>12</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos, Dogmática del derecho Disciplinario, Universidad Externado de Colombia y Editorial Cordillera, Lima, 2004, p. 210.



idea de la naturaleza técnica y no política del servicio de justicia<sup>13</sup>.

Normalmente, dicho modelo ha sido estudiado para el caso de la selección y nombramiento de jueces, en tanto postula una selección mediante concursos o la previa obtención de títulos especializados, encontrándose dentro de sus ventajas una supuesta mayor estabilidad y previsibilidad de las decisiones judiciales.

No obstante, debemos señalar que dicha teoría aplicada al ámbito del control disciplinario judicial no resulta del todo satisfactoria, en el sentido que la disciplina, como hemos visto, implica, en el marco del contenido de la responsabilidad judicial, una dimensión ética y valorativa que trasciende el aspecto técnico. Y no es que el control disciplinario no se dote de aspectos técnicos especializados, claro que sí, y por ello existe una reglamentación y procedimientos determinados, sino que él no puede ser desarrollado en términos exclusivamente técnicos, como postula la teoría burocrática<sup>14</sup>.

En efecto, si bien los logros esperados de la teoría burocrática son legítimos: coherencia del empleado, eliminación de conflictos, mejor supervisión, la prioridad de la especialización; también es cierto que en la actualidad, el papel de los miembros de los órganos de la Administración, dentro de los cuales se encuentra el que desempeña el control organizacional y disciplinario judicial, no puede resultar totalmente impersonal, en el entendido que el Estado Constitucional de Derecho no permite que las soluciones se acaben con las reglas y los procedimientos especializados, sino que en algunos casos, será preciso recurrir a los principios

y normas constitucionales, que hagan posible finalmente la coherencia con el orden constitucional. Esto, para citar un ejemplo, ha hecho que hoy en día se reconozca para la Administración Pública el control difuso, la obligatoriedad del principio de interdicción de la arbitrariedad, la relativización de los actos discrecionales y la descendente influencia del principio de legalidad de los actos administrativos (como verdadero obstáculo para la impugnación que realizan los administrados).

Es decir, una teoría burocrática, con base en el formalismo como la medida acabada de solución en el escenario del aspecto organizacional y disciplinario judicial, no tiene cabida en el tipo de órganos de la Administración que el Estado de Derecho vigente exige.

Frente al modelo burocrático, se presenta el modelo democrático, que acentúa las vinculaciones del Poder Judicial con el sistema político y con la sociedad civil<sup>15</sup>. Así, para el caso de la selección de jueces mantiene el sistema de elección y nombramientos técnicos, pero haciendo participar en el proceso a todos los sectores del Estado, mediante los Consejos de la Magistratura, por ejemplo.

Otra de las características de este modelo es que pretenda evitar que las funciones jurisdiccionales se confundan con las de gobierno en un solo órgano, pues ello desnaturaliza la especialización funcional y la propia independencia interna de los jueces.

A la luz de ello, es claro que los dos sistemas estudiados, tanto el italiano como el español, han adoptado un modelo democrático, aunque con algunos matices diferenciadores. Ello, se desprende de la conformación del Consejo Superior de la Magistratura

<sup>13</sup> MONTOYA, Iván, Poder Judicial y Estado democrático de derecho en el Perú, IDL, Lima, 1997, p. 39.

<sup>14</sup> La Teoría de la Burocracia, como sabemos, tiene como su más representativo representante a Max Weber. Una de sus características es que la selección y promoción del personal son fundamentales en la formación técnica y en el rendimiento, y de ahí que se de prioridad a conductas formales e impersonales, siendo que las relaciones entre los miembros de la organización deben ser impersonales para evitar una pérdida de racionalidad y eliminar el favoritismo.

<sup>15</sup> COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, Corrupción Judicial: Mecanismos de control y vigilancia ciudadana, CAJ, Lima, 2003, p.37.



y del Consejo General del Poder Judicial, los cuales no sólo están compuestos por miembros del Poder Judicial, sino que también consideran a otros poderes y órganos representativos del Estado, y en su caso, a la sociedad civil.

La conformación del Consejo Superior de la Magistratura (veintisiete miembros) integra al Poder Ejecutivo (Presidente de la República y Primer Presidente) al Procurador General del Tribunal de Casación, así como la participación del Poder Legislativo (a través de la elección de los denominados “laicos”) y evidentemente del Poder Judicial (con la elección de dieciséis miembros por parte de los magistrados). Asimismo, el sistema de elección de los magistrados es un sistema de representación proporcional, lo que permite que distintas listas tengan representación, siendo que, como se ha señalado, de los 20 que han sido elegidos sólo dos pertenecen a la Corte de Casación, siendo que los otros 18 son magistrados de instancias inferiores. Es decir, si bien no existe participación directa de la sociedad civil, en la conformación del órgano de gobierno del Poder Judicial existe una representación razonable de diversos sectores, lo que hace que las decisiones que se tomen en su seno respondan a criterios democráticos, que sin duda, contribuyen a su legitimidad.

Por su lado, el Consejo General del Poder Judicial, elige a su Presidente entre miembros de la carrera judicial o juristas de reconocida competencia, con más de quince años de antigüedad en la carrera o en el ejercicio de su profesión, respectivamente. Del mismo modo, de los veinte Vocales 12 son jueces y magistrados de todas las categorías judiciales, de los que el Congreso propone seis y el Senado otros seis (lo que

hace que el Poder Legislativo participe en la elección), 8 son abogados o juristas, de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en la profesión. Como es evidente, en este extremo, el Consejo español tiene cierta ventaja sobre su similar italiano, porque no sólo considera una participación (indirecta) de otros órganos como el Poder Legislativo, sino que incluye a la sociedad civil a través de la determinación de que lo integren abogados o juristas.

Al respecto, debe anotarse que la participación de la sociedad civil busca institucionalizar un criterio democrático de control disciplinario de los órganos que realizan el servicio de justicia, servicio que reviste prioritario interés general atendiendo a que este permite materializar la democracia y el Estado de Derecho. De ahí, que se alegue que la sociedad civil es un aliado en la lucha contra la corrupción y las inconductas funcionales.

En relación con ello, es preciso señalar que el establecimiento de condiciones reales para hacer de la participación de la sociedad civil una realidad, es decir, implementar un real mecanismo de participación, es siempre positivo. Recuérdese que “la relación entre el Estado y la sociedad opera en términos de la construcción de una ciudadanía política y social. En consecuencia, representación y participación constituyen los ejes en torno a los cuales se articula el sistema democrático”<sup>16</sup>.

Efectivamente, la representación no es contradictoria de la participación, sino todo lo contrario, son elementos consustanciales que permiten un sistema de organización democrática, en el entendido que la representación no es una carta abierta exenta de límites, pues el límite precisamente lo cons-

---

<sup>16</sup> VELÁSQUEZ, Favio. La veeduría ciudadana en Colombia: en busca de nuevas relaciones entre el Estado y la sociedad civil, Bogotá, 1996, p. 260.



tituye una participación permanente y razonable por parte de los representados.

Ahora bien, en el caso del control disciplinario<sup>17</sup> dicha participación cobra mayor relevancia, considerando que la impartición de justicia es un servicio de tipo directo respecto de los ciudadanos y que asimismo la sociedad civil es un verdadero límite al poder, legitimando su propia autoridad<sup>18</sup>. La legitimidad constituye un presupuesto esencial de toda institución democrática, lo que sólo se puede conseguir a través de órganos de control que cuenten con la confianza de los sujetos vinculados a sus decisiones. Sólo una labor de control con mayoritaria legitimidad, es la que nos dirá que el sistema de control disciplinario judicial está funcionando eficientemente y con justicia. De ahí, que se afirme que son características de una persona dotada de autoridad “que sea querida y sobre la cual se tenga confianza, o por lo menos sea aceptada como digna de su posición, ello hace posible que sus preceptos generen un deber de ser seguidos implícitamente”<sup>19</sup>.

El caso español es además significativo

en el sentido que evidencia cómo la adopción de un modelo democrático no implica que se deje de lado la cuestión técnica. Ello, se refleja en la exigencia de contar con “reconocida competencia” y quince años de ejercicio profesional. Más aún, la alusión a la “reconocida competencia” integra también un valor ético que tiene respaldo en los años exigidos, siendo que la solvencia moral está implícita en el referido requisito.

Así, como hemos visto, en ambos sistemas existe una evidente tendencia por asumir un modelo democrático, ya sea en la conformación de los miembros tanto del Consejo Superior de la Magistratura italiano como del Consejo General del Poder Judicial español, en los requisitos que se exigen para asumir tal encargatura y en la participación de los órganos que se encargan de la elección. Es de apreciar sin embargo, que si bien el caso italiano en el ámbito de la autonomía es mejor que el español, este último también tiene otras ventajas como el hecho de incluir a la sociedad civil directamente en su Consejo, lo que hace consolidar un gobierno con mayor legitimidad.

## BIBLIOGRAFÍA

AFTALION, Enrique, Tratado de Derecho Penal Especial, Vol. 5, Buenos Aires, La Ley, 1971.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, Corrupción Judicial: Mecanismos de control y vigilancia ciudadana, CAJ, Lima, 2003.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, El control disciplinario en la función judicial, Documento de trabajo elaborado, en el marco de un estudio que se viene realizando sobre el fenómeno de la Corrupción Judicial en el Perú con el apoyo de la agencia de cooperación National Endowment of Democracy, por el Area de Justicia de la Comisión Andina de Juristas ([www.cajpe.org.pe/RIJ/BASES](http://www.cajpe.org.pe/RIJ/BASES)).

Constitución de Italia de 1947.

---

<sup>17</sup> Como se ha podido ver, tanto el sistema judicial italiano como el español han previsto órganos que desempeñan la función de control disciplinario. A la luz de ello, se ha podido apreciar que ambos modelos consideran los tres aspectos esenciales de este tipo de función: 1) la materia de control, 2) los órganos que realizan el control y 3) los mecanismos para efectivizar el control. Dichos aspectos son considerados en muchos Estados del mundo, que en su generalidad, han instalado sistemas de control de los jueces con la finalidad de garantizar un servicio de justicia verdaderamente garantista para los ciudadanos.

<sup>18</sup> REILLY, Charles. Redistribución de derechos y responsabilidades: ciudadanía y capital social, México D.F., 1998, p. 47.

<sup>19</sup> John. Teoría de la Justicia, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2000, p. 422.



Constitución de España de 1978.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos, Dogmática del derecho Disciplinario, Universidad Externado de Colombia y Editorial Cordillera, Lima, 2004.

GONZÁLES MANTILLA, Gorki, El control como sistema: importancia y naturaleza jurídica, en: Reforma Judicial, Oficina Técnica de Proyectos de Cooperación Internacional del Poder Judicial, Lima, 2007.

Ley Nº 44/2002 del Congreso italiano, de fecha 28 de marzo.

Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial.

MONTOYA, Iván, Poder Judicial y Estado democrático de derecho en el Perú, IDL, Lima, 1997.

RAWLS, John. Teoría de la Justicia, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2000.

Reglamento de Quejas y Reclamaciones, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en diciembre de 1998.

REILLY, Charles. Redistribución de derechos y responsabilidades: ciudadanía y capital social, México D.F, 1998, p. 47.

VELÁSQUEZ, Favio. La veeduría ciudadana en Colombia: en busca de nuevas relaciones entre el Estado y la sociedad civil, Bogotá, 1996.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Marco, Las atribuciones del Consejo Superior de la Magistratura en Italia: estudio comparado con el derecho español, en: Revista de Derecho Procesal Nº 2, 1994.





# ALGUNAS CRÍTICAS AL CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA PROCEDENCIA DEL AMPARO EN DEFENSA DEL DERECHO AL TRABAJO

LUIS CASTILLO CÓRDOVA

## I. PROTECCIÓN DE LA DIMENSIÓN DE LIBERTAD DEL DERECHO AL TRABAJO

Como ya lo he argumentado en otra parte, los derechos fundamentales tienen una doble dimensión en su contenido constitucionalmente protegido: una dimensión de libertad o subjetiva y una dimensión prestacional u objetiva<sup>1</sup>. Esta doble dimensión –y como no podía ser de otra forma– puede ser predicada igualmente del contenido constitucional del derecho al trabajo. Así, el derecho al trabajo tiene una dimensión de libertad y una dimensión prestacional. En lo que respecta a la dimensión de libertad, el derecho al trabajo atribuye a su titular la facultad de elegir libremente acceder o no a un puesto de trabajo, y –consecuentemente– elegir libremente permanecer en él. Esta dimensión de libertad del derecho al trabajo está recogida en el artículo 2.15 CP: todos tienen el derecho a trabajar libremente, con sujeción a ley.

La libertad de trabajo ha sido definida por el Tribunal Constitucional “como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella”<sup>2</sup>. Con otras palabras, el derecho a la libertad de trabajo “comprende de manera enunciativa: el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, la libre elección del trabajo, la libertad para aceptar o no un trabajo y la libertad para cambiar de empleo”<sup>3</sup>.

A nadie se le puede obligar a trabajar, o a trabajar en un determinado puesto de trabajo. En particular, esta dimensión de libertad del derecho al trabajo viene especialmente vinculada con los trabajadores independientes. Una persona que se decide crear una empresa, no sólo está ejerciendo su libertad de empresa, sino también se está decidiendo por una concreta actividad ocupacional, es decir, ejercita igualmente su libertad de trabajo, por lo que el empresario se constituye también en un trabajador independiente. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, el Estado “debe proteger tanto al trabajador dependiente como a la persona que realiza actividades económicas por cuenta propia, ejerciendo la libertad de empresa que la Constitución reconoce”<sup>4</sup>.

Es indiscutible la relación existente entre libertad de trabajo y libertad de empresa. De hecho, el Tribunal Constitucional prácticamente las ha definido del mismo modo. Según este Alto Tribunal, “[l]a libertad de empresa se manifiesta como el derecho de las personas a elegir libremente la actividad ocupacional o profesional que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual”<sup>5</sup>. Y, como ya se indicó, para este mismo Tribunal, la libertad de trabajo se define como “el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual”<sup>6</sup>.

Obviamente, esta libertad de trabajo y de empresa no son ilimitadas, deben ejercerse con sujeción a la ley. Como ha dicho el

<sup>1</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general, 2ª edición, Palestra 2005, en particular capítulos V y VI.

<sup>2</sup> EXP. N.º 0008–2003–AI/TC, de 11 de noviembre de 2003, f. j. 26.c.

<sup>3</sup> EXP. N.º 0661–2004–AA/TC, de 16 de agosto de 2004, f. j. 5.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> EXP. N.º 3330–2004–AA/TC, de 11 de julio de 2005, f. j. 11.

<sup>6</sup> EXP. N.º 0008–2003–AI/TC, citado, f. j. 26.c.



Tribunal Constitucional, en referencia la primera de las mencionadas libertades “dicha facultad autodeterminativa [que supone la libertad de trabajo] deberá ser ejercida con sujeción a la ley. Por ello es que existen limitaciones vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público”<sup>7</sup>. Igualmente, en relación a la libertad de empresa, ha manifestado el Tribunal Constitucional que esa libertad no supone “que no se pueda exigir al titular requisitos razonablemente necesarios, según la naturaleza de su actividad”<sup>8</sup>. De manera general, toda actividad empresarial deberá realizarse “dentro de las limitaciones básicas que se derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente”<sup>9</sup>.

Pues bien, cuando el contenido constitucional de esta dimensión de libertad del derecho fundamental al trabajo sea afectado de modo manifiesto, nace para su titular la facultad de reclamar su protección y defensa a través del proceso constitucional de amparo.

## II. PROTECCIÓN DE LA DIMENSIÓN PRESTACIONAL: EL DERECHO DE ACCESO

La otra dimensión del contenido constitucional del derecho al trabajo es la dimensión prestacional u objetiva. Esta dimensión está referida a dos momentos: el acceso de la persona a un puesto de trabajo, y su permanencia en él. En lo que respecta al primer momento, el derecho al trabajo no otorga a su titular la facultad de acceder a un concreto puesto de trabajo. Lo que constitucionalmente se ha dispuesto a este respecto es que el poder político tiene la obligación de promover las condiciones para el progreso

social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo (artículo 23 CP). Consecuentemente, la demanda de amparo no procede para solicitar del Estado (ni mucho menos de ningún particular), un concreto puesto de trabajo. Esta pretensión no forma parte del contenido constitucional del referido derecho fundamental y, por tanto, no es procedente el amparo en esta hipótesis.

Sin embargo, cabe plantear la siguiente cuestión. Si el contenido constitucional del derecho al trabajo no incluye la pretensión de solicitar y acceder a un concreto puesto de trabajo, sino que lo que abarca es la obligación del poder político de promover la plena vigencia del derecho al trabajo a través de políticas de fomento del empleo, ¿cabe interponer una demanda de amparo para exigir del Gobierno una concreta política laboral, o para evitar la ejecución de una política laboral que se considera no fomenta adecuadamente el empleo? La respuesta a esta cuestión es que no es posible la interposición de la demanda de amparo en uno y otro caso, no porque no se considere que forma parte del contenido constitucional del derecho al trabajo la obligación estatal de promover el empleo, sino porque –entre otras razones– constitucionalmente el encargado de proponer y aprobar las políticas laborales es el Poder político (el Gobierno, y eventualmente el Legislativo) y no los ciudadanos, y el poder político goza de determinados márgenes para concretar y definir una política laboral. Por lo demás, es un asunto litigioso, no discutible a través de un amparo constitucional, el hecho de determinar si una concreta política laboral fomenta el empleo o no, y si lo hace en qué medida lo hace.

## III. PROTECCIÓN DE LA DIMENSIÓN

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> EXP. N.º 2802–2005–PA/TC, de 14 de noviembre de 2005, f. j. 4.

<sup>9</sup> EXP. N.º 3330–2004–AA/TC, citado, f. j. 32.



## PRESTACIONAL: EL DERECHO DE PERMANENCIA

### 1. Protección contra el despido arbitrario

#### A) Despido incausado y despido fraudulento como despidos arbitrarios

El otro momento en el que se configura la dimensión prestacional del derecho al trabajo está referido a la permanencia del trabajador en su puesto de trabajo. Este momento enlaza directamente con la figura del despido laboral, por lo que conviene estudiar la procedencia del amparo en referencia a los tipos de despido que pueden producirse. Los despidos pueden ser arbitrarios y nulos. A su vez, los despidos arbitrarios pueden ser incausados y fraudulentos. Los despidos (arbitrarios) serán incausados cuando el empleador ha despedido al trabajador sin que haya invocado causa alguna: “[s]e despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarles causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique”<sup>10</sup>. En estos casos, no es que la causa por la que se despide al trabajador sea justa o injusta, sencillamente no existe.

En los despidos fraudulentos, por el contrario, el empleador ha invocado una causa cuando ha despedido al trabajador, pero es una causa no prevista legalmente como causa justa de despido recogidas en los artículos 23 y 24 del TUO del decreto legislativo 728. En palabras del Tribunal Constitucional, existe despido fraudulento cuando “[s]e despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el en-

gaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, como lo ha señalado, en este último caso, la jurisprudencia de este Tribunal (Exp. N.º 415-987-AA/TC, 555-99-AA/TC y 150-2000-AA/TC); o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (Exp. N.º 628-2001-AA/TC) o mediante la ‘fabricación de pruebas’ ”<sup>11</sup>.

#### B) La doble protección frente a un despido arbitrario

Cuando un trabajador es despedido arbitrariamente, según el Tribunal Constitucional, la adecuada protección a la que se refiere el artículo 27 CP es doble: “a) la primera, general y de carácter indemnizatorio (resarcimiento por el daño causado), en la que el juez laboral, respecto de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, ordena el pago de la indemnización correspondiente, y b) la segunda, especial y de carácter reparador (readmisión en el empleo), en la que el juez constitucional, en el ámbito del amparo, debe ‘reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional’, como expresamente lo indica el artículo 1º de [el Código Procesal Constitucional], lo que supone restituir al trabajador en su centro de trabajo, siempre que quede acreditada la existencia de un despido

<sup>10</sup> EXP. N.º 0976–2001–AA/TC, de 13 de marzo de 2003, f. j. 15.b.

<sup>11</sup> Idem, f. j. 15.c.

<sup>12</sup> EXP. N.º 1058–2004–AA/TC, 18 de agosto de 2004, f. j. 3.



(...) incausado o fraudulento”<sup>12</sup>.

En oposición al texto de la Constitución que ordena que sea el legislador quien defina la protección adecuada del trabajador frente a despidos arbitrarios, ha establecido el Tribunal Constitucional que esa labor de definición finalmente recaerá en el trabajador, al darle a elegir entre la indemnización y la reposición. Y más aún, la reposición del trabajador –no prevista por el legislador como adecuada protección contra el despido arbitrario–, es justificado por el Tribunal Constitucional en el hecho que el amparo tiene por finalidad regresar las cosas al estado anterior de la violación del derecho fundamental, sin reparar tan siquiera que no procede en este caso el amparo porque la reposición frente al despido arbitrario no forma parte del contenido constitucional del derecho al trabajo<sup>13</sup>.

En estos casos de despido arbitrario, la procedencia del amparo se define por la concurrencia de los siguientes dos elementos: el no cobro de la indemnización, y la existencia de fraude. Como ha dicho el Tribunal Constitucional “[r]especto al despido sin imputación de causa, la jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado. En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, sólo será procedente la vía del

amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitadamente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos”<sup>14</sup>.

En lo que respecta al primer elemento, el proceso de amparo sólo procederá si es que el trabajador despedido arbitrariamente (sin causa o fraudulentamente) no ha cobrado la indemnización otorgada por el empleador en virtud del artículo 38 del TUO del decreto legislativo 728. Si la ha cobrado, el amparo es improcedente. Si sólo ha iniciado el proceso laboral ordinario para el cobro de la indemnización, puede renunciar a la acción e interponer la correspondiente demanda de amparo<sup>15</sup>.

A este primer criterio se refiere el Tribunal Constitucional cuando afirma que la jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella para determinar cuando procede el amparo como vía idónea y eficaz para salvar el derecho constitucional al trabajo. Son muchos los casos en los que el Tribunal Constitucional ha rechazado la demanda de amparo interpuesta por un trabajador despedido arbitrariamente solicitando la reposición, por el hecho de haber cobrado la indemnización<sup>16</sup>. Poco importa que el particular haya tomado la decisión de cobro de la indemnización porque ignoraba que podía pedir la reposición, o poco importa que por miedo o por asegurarse un dinero el trabajador se haya apresurado en tomar la indemnización.

<sup>13</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. El contenido constitucional del derecho al trabajo y el proceso de amparo, en “Asesoría Laboral”, 167, noviembre 2004, ps. 9–14.

<sup>14</sup> EXP. N.º 0206–2005–PA/TC, de 28 de noviembre de 2005, f. j. 8.

<sup>15</sup> EXP. N.º 2793–2004–AA/TC, de 23 de noviembre de 2004, f. j. 1 y 4.

<sup>16</sup> EXP. N.º 1350–2004–AA/TC, de 27 de agosto de 2004, f. j. 3; EXP. N.º 1798–2003–AA/TC, de 12 de octubre del 2004, f. j. 4; EXP. N.º 2392–2004–AA/TC, de 12 de octubre de 2004, f. j. 3; EXP. N.º 3310–2003–AA/TC, de 20 de mayo de 2005, f. j. 8, entre otras.



El trabajador ha elegido la indemnización y esa manifestación de voluntad es irrevocable: “la demandante eligió, voluntariamente, cobrar la indemnización por despido arbitrario, quedando con ello resarcida por el daño sufrido”<sup>17</sup>. La justicia, ciertamente, escasea en estos supuestos.

El contenido constitucional del derecho fundamental, habrá que recordarle al Tribunal Constitucional, no se define subjetivamente según los deseos de los particulares, o según sus decisiones acertadas o desacertadas, pensadas o irreflexivas. Por el contrario, el contenido constitucional de un derecho fundamental se define objetivamente a partir de la norma constitucional. Lo que es constitucional o inconstitucional no deja de serlo porque así lo decida un particular. Lo seguirá siendo al margen de su voluntad.

Este primer criterio define la procedencia del amparo en casos de despidos arbitrarios en su modalidad de incautados. Si no hay causa en el despido, y el trabajador despedido no ha cobrado la indemnización, y ha decidido que lo adecuado de la protección es la reposición, tiene abiertas las puestas del amparo. Sin embargo, para el caso de los despidos arbitrarios en la modalidad de fraudulentos, se hace necesario una exigencia adicional, por lo demás propia de los procesos constitucionales como el amparo: para la procedencia del amparo por despido fraudulento, el demandante deberá acreditar fehaciente e indubitablemente que existió fraude.

Según el Tribunal Constitucional, el amparo no procederá “cuando haya controversia o duda sobre los hechos, [en ese caso] corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos”<sup>18</sup>.

Repárese en que los hechos imputados al trabajador son hechos que de haberse producido realmente habrían configurado alguno de los supuestos previstos como causas de despido justo por el legislador. Porque de lo contrario, si se hubiesen imputado hechos –ocurridos realmente o ficticios– que no se ajustan a ninguno de los supuestos previstos legalmente como causas justas de despido, el despido también sería fraudulento, pero por vulneración del principio de tipicidad en materia laboral. En estos casos, se configura el despido fraudulento porque al trabajador despedido “se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad”<sup>19</sup>.

Comprobado que los hechos imputados son hechos que no configura ninguna de las situaciones de causa justa, quedará plenamente acreditado el fraude y, por tanto, la procedencia del amparo. En estos supuestos no hay que acreditar si los hechos ocurrieron realmente o no, porque el fraude se configura con el intento de despedir al trabajador con base en supuestos de hechos legalmente no sancionados con el despido por el trabajador.

Pero el principio de tipicidad predicado de la atribución de faltas al trabajador para despedirle, no sólo abarca el supuesto de imputación de hechos

<sup>17</sup> EXP. N.º 1350–2004–AA/TC, de 27 de agosto de 2004, f. j. 3.

<sup>18</sup> EXP. N.º 0206–2005–PA/TC, de 28 de noviembre de 2005, f. j. 8.

<sup>19</sup> EXP. N.º 0976–2001–AA/TC, citado, f. j. 15.c; EXP. N.º 3331–2004–AA/TC, de 12 de enero de 2005, f. j. 3; EXP. N.º 2275–2004–AA/TC, de 23 de noviembre de 2004, f. j. 6.





no previstos en la ley como causas de despido, sino que abarca también la invocación imprecisa de la causa de despido. Así, el Tribunal Constitucional sólo acoge las demandas de amparo en las que se haya denunciado un despido en el que la imputación de los hechos o de la causal de despido, se ha realizado de manera imprecisa. Así, por ejemplo, en un caso concreto tiene declarado el Tribunal Constitucional que “[s]e aprecia de las cartas de imputación de cargos y de despido que al demandante se le imputó la comisión de faltas graves, determinándose de manera precisa en qué consistieron las infracciones punibles en que incurrió, las cuales están expresamente tipificadas en la ley; por consiguiente, no se ha vulnerado el principio de tipicidad”<sup>20</sup>.

También, dentro del intento de definición del principio de tipicidad, se entenderá quebrantado el principio de tipicidad cuando la infracción imputada al trabajador requiera de remisiones o delimitaciones posteriores. Por ejemplo, tiene dicho el Tribunal Constitucional en un caso concreto que la imputación hecha al trabajador “supone el respeto al principio de tipicidad aplicado al campo de la falta grave laboral en la medida en que este principio, (...), solo se ve lesionado cuando el grado de indeterminación de la conducta sancionable sea tal que requiera, para su comprensión, de delimitaciones posteriores”<sup>21</sup>.

## **C) Amparo y despido nulo**

### **a. Definición del despido nulo**

Una situación distinta a los despidos incausados y a los despidos fraudulentos, lo constituye los llamados despidos nulos. En el artículo 29 del TUO del decreto legislativo 728 se ha establecido la nulidad del despido cuando este tenga por causa “

- a)** La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;
- b)** Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- c)** Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, (...);
- d)** La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
- e)** El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir”.

Sin embargo, estas no son las únicas causales por las que debe considerarse como nulo a un despido.

En general, todos los despidos que se produzcan en vulneración del contenido constitucional de algún derecho fundamental, deben ser considerados como despidos nulos y, por tanto, sin eficacia jurídica alguna.

En este sentido, acierta el Tribunal Constitucional cuando afirma que “la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en

<sup>20</sup> EXP. N.º 4074–2004–AA/TC, de 12 de febrero de 2005, f. j. 2.

<sup>21</sup> EXP. N.º 3893–2004–AA/TC, de 26 de enero de 2005, f. j. 9.

<sup>22</sup> EXP. N.º 0976–2001–AA/TC, citado, f. j. 18.





la voluntad del empleador, está afectada de nulidad – y por consiguiente el despido carecerá de efecto legal– cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona, reconocidos por la Constitución o los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos”<sup>22</sup>.

Así, por ejemplo, en el caso en que una trabajadora de SERPOST fue despedida –según la carta de despido– por “haber utilizado indebidamente los recursos públicos dentro del horario de trabajo para realizar actividades de índole particular, totalmente ajenas al servicio, constatándose el envío de material pornográfico a través del sistema de comunicación electrónico, denotando falta de capacidad e idoneidad para el desempeño del cargo e inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo”<sup>23</sup>, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y ordeno la reposición, entre otras razones, por considerar que el despido se llevó a cabo en vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Dijo el Tribunal Constitucional que “[l]a demandada, por otra parte, tampoco ha tenido en cuenta que en la forma como ha obtenido los elementos presuntamente incriminatorios, no solo ha vulnerado la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, sino que ha convertido en inválidos dichos elementos. En efecto, conforme lo establece la última parte del artículo 2º, inciso 10), de la Constitución, los documentos privados obtenidos con

violación de los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal (...). Se trata, pues, en el fondo, de garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no permitan desnaturalizar los derechos de la persona ni, mucho menos, y como es evidente, que generen efectos en su perjuicio”<sup>24</sup>.

#### **b. Procedencia del amparo por despido nulo**

Por propia definición, el despido nulo supone la vulneración del contenido constitucional de un derecho fundamental. Así, por ejemplo, se vulnera el derecho fundamental de libertad sindical y el derecho de sindicación, cuando se despide a un trabajador por su afiliación a un sindicato o por su participación en actividades sindicales; o por ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad.

Se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva (que supone el derecho de acción), cuando el trabajador es despedido por presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes. Y, en fin, se vulnera el derecho de igualdad, cuando se despide a un trabajador por razones de sexo, raza, religión, opinión o idioma, o por embarazo de la mujer trabajadora.

En la medida que existe la violación de un derecho fundamental, el amparo resulta siendo la vía procesal constitucionalmente prevista para hacer cesar esa violación. En palabras del

<sup>23</sup> EXP. N.º 1058–2004–AA/TC, citado, antecedentes.

<sup>24</sup> Idem, f. j. 22.

<sup>25</sup> EXP. 0206–2005–PA/TC, citado, f. j. 9.



Tribunal Constitucional, “[c]on relación al despido nulo, si bien la legislación laboral privada regula la reposición y la indemnización para los casos de despido nulo conforme a los artículos 29.º y 34.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el Tribunal Constitucional ratifica (...) su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados”<sup>25</sup>.

Debido a que el despido se ha producido en violación de un derecho fundamental, el trabajador puede solicitar la reposición en el puesto de trabajo. Esto es así debido a que el despido debe entenderse como jurídicamente inválido, es decir, como si nunca se hubiese producido. En estos casos de despido nulo, la procedencia del amparo en el que se solicita la reposición dependerá de que sea clara y manifiesta la vulneración del contenido constitucional del derecho fundamental. Si los hechos no están claros y son litigiosos, la pretensión deberá tramitarse en el proceso laboral ordinario. En buena cuenta, se trata de la aplicación de las reglas generales sobre la procedencia del amparo. Así, debe ser indubitable la agresión de un derecho fundamental; y, al haberse producido la violación de un derecho fundamental, el amparo se interpone para hacer cesar la agresión de ese derecho fundamental, y al hacer cesar la agresión, hacer desaparecer la cau-

sa de despido y, consecuentemente, el despido mismo, de manera que se procedente la reposición del trabajador en su puesto de trabajo.

No cabe duda que la procedencia del amparo frente a un despido nulo está dirigida a proteger el derecho fundamental –distinto al trabajo– vulnerado con la causa del despido (nulo). Como ha dicho el Tribunal Constitucional, “en rigor, en la vía del amparo no se cuestiona, ni podría cuestionarse, la existencia de una causa justa de despido; sino la presencia, en el despido, como elemento determinante del mismo, de un motivo ilícito, que suponga la utilización del despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional; por lo que, en verdad, el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales. Así ocurre, por ejemplo, con el despido discriminatorio, en el cual el despido es tan sólo el medio utilizado para practicar un acto discriminatorio en perjuicio de un trabajador a causa de su raza, color, sexo, idioma, religión, actividad sindical, opinión política o cualquier otra condición”<sup>26</sup>.

Pero, no sólo se trata de la defensa del derecho fundamental agredido con la causa del despido (nulo) del trabajador, sino que se trata también de la defensa del derecho al trabajo. El derecho al trabajo se vulnera por ser despedido el trabajador en quebrantamiento de cualquier otro derecho fundamental. Forma parte del derecho constitucional al trabajo, la exigencia

<sup>26</sup> EXP. N.º 0976-2001-AA/TC, citado, f. j. 13.

<sup>27</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. La libertad de cátedra en una relación laboral con ideario, tirant lo blanch, Valencia 2006, ps. 109 y ss.



de que el trabajador sea tratado dignamente en la relación laboral. Y se incurre en trato indigno cuando el empleador vulnera los derechos fundamentales del trabajador. En efecto, los derechos fundamentales se definen como la traducción jurídica de una serie de exigencias y características de la dignidad humana, de manera que vulnerar estos derechos significa agredir la dignidad del hombre titular del derecho agredido. Pues bien, el trabajador cuando entra a formar parte de una relación laboral no se despoja de su naturaleza y dignidad humana y, consecuentemente, no renuncia a sus derechos fundamentales<sup>27</sup>.

Esto significa que cuando se interponga una demanda de amparo por despido nulo, no sólo se invocará el derecho al trabajo como derecho fundamental agredido, sino también aquel otro derecho fundamental agredido por los hechos imputados al trabajador como causa del despido. Para la procedencia del proceso de amparo bastará, sin embargo, que la agresión del derecho fundamental distinto al trabajo sea manifiesta, para que se entienda configurado el despido nulo y, por tanto, el quebrantamiento adicional del derecho al trabajo.

## **2. Improcedencia de la demanda de amparo**

### **A) No corresponde tramitar por amparo cuestiones litigiosas**

Con carácter general, se debe manifestar que el amparo se muestra esencialmente ineficaz para dilucidar

cuestiones litigiosas. La agresión del derecho fundamental al trabajo debe ser clara y manifiesta para que pueda ser permitida la procedencia del amparo. En palabras del Tribunal Constitucional, “conforme a la línea jurisprudencial en materia de derechos laborales de carácter individual (...), se ha establecido que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo”<sup>28</sup>.

En efecto, continuará diciendo el Alto Tribunal, “es claro que, en este supuesto, para que se produzca certeza en el juzgador, respecto de los puntos controvertidos, y pueda así sustentar su fallo en determinado sentido, necesariamente tendrá que desarrollar la actividad probatoria a través de sus diversas etapas, en particular respecto de la actuación y valoración de la prueba que, entre otras muchas, se relacionarán con declaraciones de parte, testigos, documentos (libros de planillas, informes), peritajes y, especialmente, las pruebas de oficio”<sup>29</sup>.

Adicionalmente, pueden plantearse otras dos cuestiones relativas a la procedencia del amparo. La primera de ellas es la improcedencia del amparo en aquellos supuestos legalmente tramitables ante la jurisdicción ordinaria la-

<sup>28</sup> EXP. 0206–2005–PA/TC, citado, f. j. 19.

<sup>29</sup> Ibidem.



boral; y la segunda cuestión es tratar de establecer si el amparo es procedente para los casos relacionados con la indemnización en despidos arbitrarios.

**B) ¿Corresponde tramitar por amparo los asuntos competencia de los juzgados laborales?**

**a. Posición del Tribunal Constitucional**

Empecemos con la primera de las cuestiones planteadas. Tiene establecido el Tribunal Constitucional que “los amparos que se refieran a la materias descritas (fundamentos 17 y 18), que por mandato de la ley son competencia de los jueces de trabajo, serán declaradas improcedentes en la vía del amparo”. El referido fundamento 17 recoge las materias más relevantes de las pretensiones individuales por conflictos jurídicos que corresponde resolver a los Juzgados de trabajo (artículo 4.2 de la Ley Procesal del Trabajo). Las que menciona el Tribunal Constitucional son las cuatro siguientes:

- a)** Impugnación de despido (sin reposición);
- b)** Cese de actos de hostilidad del empleador, incluidos los actos de hostigamiento sexual, conforme a la ley sobre la materia;
- c)** Incumplimiento de disposiciones y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza;
- d)** Pago de remuneraciones y beneficios económicos”.

En el mencionado fundamento 18 se hace referencia a lo que el legislador considera constituyen actos de hostilidad (artículo 30 del TUO del decreto legislativo 728). De manera que son actos de hostilidad “

- a)** La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador.
  - b)** La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría.
  - c)** El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio.
  - d)** La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador.
  - e)** El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia.
  - f)** Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.
  - g)** Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador”.
- Para el análisis que se pretende hacer aquí es suficiente la referencia a estos dos dispositivos legales. Lo que se puede concluir de lo afirmado por el Tribunal Constitucional es que lo constitucio-

<sup>30</sup> Idem, f. j. 20. La cursiva de la letra es añadida.



nalmente protegido por el amparo viene definido por el orden legal. Es decir, aquello que legalmente esté asignado como competencia a los órganos judiciales laborales, no puede ser objeto de cuestionamiento a través del amparo. Así lo confirma el mencionado Tribunal Constitucional cuando ha manifestado que “aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, (...), no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria, a cuyos jueces corresponde, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales y de orden legal que se vulneren con ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito laboral privado”<sup>30</sup>.

Esta es la regla general. Todas las controversias que legalmente deban ser tramitadas ante un juzgado laboral, no podrá ser objeto de procesamiento en la vía constitucional del amparo, incluso aunque se trate de controversias que han supuesto la agresión de un derecho fundamental. De manera que en los casos en los que hay una agresión de un derecho fundamental y se haya previsto legalmente que esas controversias se resuelvan en la jurisdicción ordinaria laboral, el trabajador debe renunciar al amparo e intentar hacer valer su derecho en esa vía judicial ordinaria.

Precisamente por eso es que le intere-

sa poner de relieve al Tribunal Constitucional que corresponde a los jueces, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales. Sin embargo, esta regla tiene excepciones. Ha dicho el Tribunal Constitucional que “[s]ólo en defecto de tal posibilidad [de que la solución de una controversia haya sido asignada a un Juez] o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo”<sup>31</sup>.

#### **b. Crítica a la posición del Tribunal Constitucional**

No escapa a críticas esta postura del Tribunal Constitucional. En primer lugar, no acierta el Alto Tribunal de la Constitución cuando manifiesta que el objeto de trámite a través de un proceso de amparo viene definido –al menos en materia laboral– por lo que la ley procesal laboral ha establecido como competencia de la vía judicial ordinaria. Lo que es objeto de los procesos constitucionales ha venido definido por la Constitución misma, y ahí se ha dispuesto que mediante los procesos constitucionales –el amparo, por ejemplo–, se tramitan vulneraciones (violaciones efectivas o amenazas ciertas e inminentes) del contenido constitucional de derechos fundamentales. Si una norma de inferior jerarquía, una ley, por ejemplo, dispone que la afectación de un derecho fundamental debe ser objeto de protección no a través del proceso de amparo, sino a través del proceso ordinario laboral ante el Juez o Sala

<sup>31</sup> Ibidem.



labora, esa ley está incurriendo en inconstitucionalidad.

Se debe insistir en que esto que se acaba de decir no significa que cualquier controversia en la que se ha invocado algún derecho fundamental deba ser tramitada a través del amparo. Deberá ser tramitada a través del amparo sólo aquellas controversias en las que de manera fehaciente se ha agredido el contenido constitucional de un derecho fundamental. Pero no porque así lo exija el Código Procesal Constitucional (artículo 5.2), sino porque así lo exige la naturaleza misma del proceso constitucional.

En efecto, el proceso constitucional es un proceso que no se confunde con el proceso judicial ordinario, que ofrece una protección más rápida y eficaz que el proceso ordinario, debido a la importancia del objeto de protección: los derechos fundamentales. Pero esta protección ni será más rápida ni será más eficaz que el proceso ordinario si no se prevé una tramitación especial. Un elemento que caracteriza esta tramitación especial es la ausencia de una etapa de actuación de pruebas, por lo que se requiere que la agresión del derecho fundamental sea manifiesta.

Por ejemplo, según el Tribunal Constitucional debe ser tramitado a través del proceso laboral ordinario y no a través del amparo el cese de actos de hostilidad del empleador. A su vez, el legislador ha dispuesto que son actos de hostilidad los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o

idioma (artículo 30.f TUO del decreto legislativo 728). ¿Quiere decir que frente a actos de discriminación, que vulneran el derecho fundamental a la igualdad, el trabajador deberá encontrar la salvación de su derecho a través de la vía judicial ordinaria y no a través del amparo?

Bastante dudosa sería la constitucionalidad de una respuesta afirmativa, porque frente a una agresión manifiesta del derecho a la igualdad (el acto de discriminación), lo constitucionalmente previsto es el amparo y no la vía judicial ordinaria laboral. Habrá que llamar la atención del Tribunal Constitucional en que si realmente es su intención proteger al trabajador, no debe circunscribir su protección a las situaciones de despido, sino que deberá hacerla extensiva a toda situación que agreda de modo manifiesto alguno de los derechos fundamentales del trabajador.

La segunda crítica que puede formularse al Tribunal Constitucional tiene que ver con la respuesta a la pregunta siguiente: ¿corresponde a los jueces ordinarios el primer nivel de protección de los derechos fundamentales a través de los procesos judiciales ordinarios? La respuesta del Tribunal Constitucional, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, es afirmativa.

Sin embargo, si bien se ha de coincidir con él en que procesalmente el primer llamado a proteger los derechos fundamentales es el juez ordinario, no acierta cuando indica que esa primera protección debe realizarse a través de los procesos judiciales ordinarios.

<sup>32</sup> Idem, f. j. 5.

<sup>33</sup> En el artículo 53.2 CE se ha dispuesto que "Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30".





Luego de advertir el cambio que el Código Procesal Constitucional ha supuesto para el proceso de amparo, convirtiéndolo de un proceso alternativo en un proceso subsidiario, el Tribunal Constitucional manifiesta que “en la jurisdicción constitucional comparada es pacífico asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios”<sup>32</sup>.

Sin embargo, no repara el Alto Tribunal de la Constitución peruana en que eso es así en el derecho comparado porque son sistemas en los que lo que se ha constitucionalizado es precisamente la excepcionalidad del amparo. Por ejemplo, en el sistema español, los primeros encargados de la defensa de los derechos fundamentales son los jueces a través de vías judiciales (preferentes y sumarias), y en segundo lugar el Tribunal Constitucional a través del proceso de amparo<sup>33</sup>. Y esto es así porque constitucionalmente en el ordenamiento jurídico español está establecida la excepcionalidad del amparo, al preverse –también desde la norma constitucional–, que la demanda de amparo se presenta directamente ante el Tribunal Constitucional como primera y única instancia, y no –como en el caso peruano– ante el juez o sala del Poder judicial.

En el sistema peruano, no sólo no se ha recogido en el texto constitucional la excepcionalidad del amparo, sino que este proceso constitucional empieza a tramitarse en los juzgados de primera

instancia del Poder judicial y termina en el Tribunal Constitucional al actuar como instancia última de los procesos de amparo (artículo 200.2 CP). Por lo que en el sistema peruano, a los jueces del Poder judicial les corresponde el primer nivel de protección de los derechos fundamentales pero a través del amparo, y ello porque frente a la violación manifiesta de un derecho constitucional la Constitución permite y exige el inicio del proceso de amparo ante los juzgados y tribunales ordinarios. Esa constatación de que en jurisdicciones comparadas los jueces constituyen el primer nivel de protección de los derechos constitucionales a través de los procesos judiciales ordinarios no sirve para aplicarla al caso peruano.

Por tanto, es verdad que el juez del Poder Judicial es el primer encargado de brindar protección constitucional a las personas cuyos derechos fundamentales han sido agredidos. Pero esto es así porque procesalmente se ha previsto que los procesos constitucionales de amparo, de hábeas corpus y de hábeas data se inicien en los juzgados ordinarios y terminen en la jurisdicción del Tribunal Constitucional. No puede considerarse que el juez es el primer encargado de proteger derechos constitucionales a través de la vía judicial ordinaria, sino a través del proceso constitucional porque –digámoslo una vez más–, el proceso de amparo ha sido recogido constitucionalmente como un proceso alternativo y no como un proceso excepcional.

Y la tercera crítica está relacionada



a la excepción que plantea el Tribunal Constitucional a la regla general. Como se ha indicado, el mencionado Tribunal es del criterio de que el amparo procederá sólo en el caso que existiendo la vulneración de un derecho fundamental, la solución de una controversia no haya sido asignada a un Juez laboral, o que habiéndose asignado la vía laboral ordinaria para la solución de la controversia, no es la vía idónea porque se trata de un asunto que requiere una solución urgente o se trata de un asunto respecto del cual el trabajador ha demostrado objetiva y fehaciente de que efectivamente no es la vía idónea.

La crítica consiste en que el Tribunal Constitucional ha dispuesto que quien debe cargar con la prueba y demostrar que una vía judicial laboral es menos idónea o no idónea que el amparo es el demandante –en este caso el trabajador– que se dice afectado en alguno de sus derechos constitucionales. Es decir, el trabajador no sólo tendrá que demostrar que ha habido una agresión efectiva a su derechos constitucional, sino que tendrá que demostrar –además objetiva y fehacientemente–, que tiene derecho a intentar salvar su derecho constitucional a través del amparo y no a través de la vía judicial ordinaria.

A este despropósito llega el Tribunal Constitucional como producto de su desafortunada opción de poner como regla general lo que es la excepción, y mantener como excepción lo que realmente constituye la regla general. En efecto, en los procesos constituciona-

les la regla general es que las agresiones de los derechos fundamentales se tramitan a través del amparo, y excepcionalmente –cuando la agresión no es manifiesta–, a través de los procesos judiciales ordinarios. Sin embargo, y equivocadamente, para el Tribunal Constitucional –contraviniendo la letra y el espíritu de la Constitución–, la regla es que el afectado deberá acudir a la vía judicial ordinaria para proteger su derecho constitucional, y la excepción es que cuando la vía ordinaria no sea la idónea –y además objetiva y fehacientemente demostrado por el trabajador–, recién podrá acudir al proceso de amparo.

Dichas estas tres críticas, se debe poner de manifiesto que admitirlas no significa admitir que la solución de las controversias legalmente atribuidas a los jueces laborales deban tramitarse a través del amparo. Lo único que se ha intentado poner de manifiesto a lo largo de estas críticas es una concepción no afortunada por parte del Tribunal Constitucional, concepción que conlleva las deficiencias puestas de manifiesto, y que tiene como resultado una deficiente protección de los derechos fundamentales del trabajador en especial y de todos los particulares en general.

E igualmente, se ha intentado poner de manifiesto que la procedencia del amparo se supedita no a la previsión legal de vías judiciales ordinarias que puedan llegar a obtener la salvación de un derecho fundamental, sino que está solamente supeditada a que exista la agresión del contenido cons-

<sup>34</sup> EXP. N.º 1058–2004–AA/TC, citado, f. j. 3.



titucional de un derecho fundamental, y que esa agresión deba ser clara y manifiesta. Si se cumplen estos requisitos, constitucionalmente se abren las puestas del amparo para el trabajador, a quien no se le podrá obligar que demuestre que la vía laboral no es la vía idónea para la salvación de su derecho constitucional, ni mucho menos, se le podrá negar acudir al proceso constitucional de amparo, no al menos sin incurrir en inconstitucionalidad.

Por lo que no todo amparo que se refiera a materias descritas por la ley como de competencia de los jueces de trabajo, debe ser declarado improcedente, como inexactamente ha manifestado el Tribunal Constitucional. Lo que se debe examinar es si en la controversia está realmente en juego un derecho fundamental para definir la procedencia del amparo. De ahí que se ha de insistir en que la principal cuestión a la que se enfrenta el operador jurídico es la correcta delimitación del contenido constitucional de los derechos fundamentales.

### **C) ¿Procede el amparo para conseguir la indemnización en un despido arbitrario?**

#### **a. La indemnización como parte del contenido del derecho constitucional a la adecuada protección frente al despido arbitrario**

Parece ociosa la pregunta que trae consigo la segunda de las cuestiones apuntadas anteriormente: ¿es procedente la demanda de amparo para

reclamar la indemnización frente a un despido arbitrario? Y parece así por la sencilla razón de que la concreta indemnización frente al despido arbitrario lo ha dispuesto la ley y no la Constitución, por lo que no estaríamos ante un derecho constitucional sino ante un derecho legal.

Conviene recordar los niveles de protección que el Tribunal Constitucional ha establecido para los despidos arbitrarios. Según el mencionado Tribunal de la Constitución, “la protección adecuada contra el despido arbitrario, prevista en el artículo 27° de la Constitución, ofrece dos opciones: a) la primera, general y de carácter indemnizatorio (resarcimiento por el daño causado), (...), y b) la segunda, especial y de carácter reparador (readmisión en el empleo), en la que el juez constitucional, en el ámbito del amparo, debe (...) restituir al trabajador en su centro de trabajo”<sup>34</sup>.

Según el Tribunal Constitucional, frente a un despido arbitrario, el trabajador despedido puede obtener como respuesta a su derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario cualquiera de las siguientes dos alternativas: o una indemnización, o la reposición en el puesto de trabajo, a elección del mismo trabajador. Es decir, el mandato constitucional de proteger adecuadamente al trabajador frente a despidos arbitrarios tiene por contenido –a decir del Tribunal Constitucional– tanto la indemnización como la reposición, una u otra, siempre a elección del trabajador.

<sup>35</sup> Páginas a tras se ha puesto de manifiesto las críticas que pueden formularse a este parecer del Tribunal Constitucional.

<sup>36</sup> EXP. N.º 1981–2004–AA/TC, de 19 de noviembre de 2004; EXP. N.º 1372–2005–PA/TC, de 31 de marzo de 2005; EXP. N.º 4519–2004–AA/TC, de 17 de mayo de 2005; EXP. N.º 3434–2004–AA/TC, de 28 de junio de 2005; entre muchas otras.

<sup>37</sup> EXP. N.º 1417–2005–AA/TC, de 8 de julio de 2005, f. j. 10.

<sup>38</sup> Idem, f. j. 11.

<sup>39</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales, en “Actualidad Jurídica” (Gaceta Jurídica), Tomo 139, junio 2005, ps. 144–149.



El Tribunal Constitucional no tiene objeción en considerar que la reposición forma parte del contenido constitucional de la adecuada protección contra el despido arbitrario siempre que lo haya decidido así el trabajador<sup>35</sup>; de hecho, precisamente porque este es el parecer del Tribunal Constitucional ha admitido demandas de amparo contra despidos arbitrarios para ordenar la reposición del trabajador despedido<sup>36</sup>.

Pero igualmente, no tiene objeción para considerar que la indemnización prevista en el texto legal forma parte del contenido constitucional del derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario. Tiene dicho el Alto Tribunal de la Constitución que “[u]n derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa. Correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente”<sup>37</sup>.

¿Existe este marco de referencia para cuando se trata del mandato constitucional de otorgar protección adecuada contra el despido arbitrario? A entender del Tribunal Constitucional sí existe. A dicho este Colegiado que “existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser delimi-

tado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Carta Fundamental (vg. el artículo 27º de la Constitución en relación con el derecho a la estabilidad laboral) o en razón de su propia naturaleza (vg. los derechos sociales, económicos y culturales). En estos casos, nos encontramos ante las denominadas leyes de configuración de derechos fundamentales”<sup>38</sup>.

No cabe duda que el Constituyente ha reconocido en el artículo 27 CP un derecho cuyo contenido debe ser configurado legislativamente. Y no cabe duda también, como ya se puso de manifiesto en otro lugar<sup>39</sup>, que una ley es un elemento que ayuda a determinar el contenido constitucional de un derecho fundamental. Se dijo entonces que no todo contenido previsto legalmente debe ser considerado por esa sola circunstancia como contenido legal y, por tanto, no amparable a través del proceso constitucional.

En estos casos, es importantísimo determinar si la ley está o no está estableciendo como contenido del derecho fundamental de configuración legal, una cualidad o facultad que brota de la esencia misma del derecho en cuestión. Por eso, los llamados derechos fundamentales de configuración legal, conforman su contenido constitucionalmente protegido tanto con la norma constitucional como con la norma legal.

Por eso es que acierta el Tribunal Constitucional cuando dice que “[l]os derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia

<sup>40</sup> EXP. N.º 1417–2005–AA/TC, citado, f. j. 12.



de la ley no carecen de un contenido per se inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito sine qua non para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental<sup>40</sup>.

Cuando en cumplimiento del artículo 27 CP el legislador establece que la adecuada protección contra el despido arbitrario es la indemnización, esta pasa a formar parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario. Por lo tanto, de lo que se lleva dicho se puede concluir que forma parte del contenido constitucional del derecho fundamental al trabajo, en su dimensión objetiva de permanencia –el trabajador– en el puesto de trabajo, la indemnización frente a un despido arbitrario. Igualmente forma parte de este contenido, según el parecer del Tribunal Constitucional, la reposición en caso de despido arbitrario, siempre y cuando así lo haya decidido el trabajador.

#### **b. Improcedencia del amparo por no ser la vía idónea para resolver cuestiones litigiosas**

Como se acaba de argumentar, tanto la reposición como la indemnización forman parte del contenido constitucional del derecho al trabajo, cuando el trabajador despedido ha decidido que la reposición o que la indemniza-

ción respectivamente es la adecuada protección contra el despido arbitrario. Esta afirmación lleva necesariamente a esta otra: como regla de procedencia del amparo, cuando se vulnere de forma manifiesta este contenido constitucional tanto es su aspecto indemnizatorio como reparador, debe ser procedente la demanda de amparo.

De esta manera, el amparo procedería para los siguientes dos supuestos. Primero, cuando un trabajador sea despedido arbitrariamente y el empleador le ha ofrecido la indemnización respectiva, pero el trabajador no la ha cobrado debido a que ha decidido que lo que más conviene a sus intereses es la reposición. En este caso, podrá interponer el amparo para solicitar la reposición, porque se viola el mandato constitucional de adecuada protección del artículo 27 CP. Y segundo, si el trabajador es despedido arbitrariamente y el empleador no le ofrece ninguna indemnización, y el trabajador se ha decidido por la indemnización y no por la reposición, podrá reclamar se le otorgue ésta a través de un proceso de amparo, ya que se ha violado la protección adecuada contra el despido arbitrario que le reconoce el artículo 27 CP.

De estos dos supuestos, el primero es el que menos complicación trae, y de alguna manera ha sido comentado anteriormente. Más problemático es el segundo, aunque menos de lo que inicialmente pudiera parecer. Pensar en una situación en la que el trabajador es despedido sin pago alguno de indemnización es colocarse en el



supuesto en el que el empleador ha invocado una causa justa de despido. En estos casos, como bien se sabe, el trabajador ha incurrido en una de las causales previstas en la ley para despedir al trabajador, sin que este tenga derecho a indemnización alguna.

Pues bien, en este supuesto la controversia que podrá darse es la siguiente. Por un lado, que el empleador haya invocado una de las causales previstas en la ley como de despido justo, y no haya –por tanto– entregado indemnización alguna al trabajador. Mientras que, por otro lado, el trabajador haya impugnado ese despido por arbitrario debido a que la causal invocada por el empleador no se llegó a producir realmente. Sin duda, esta controversia será litigiosa, y como tal no podrá ser tramitada a través del amparo, sino del proceso laboral respectivo. Otra controversia que puede darse es que el empleador despida arbitrariamente al trabajador, el trabajador decida que la adecuada protección contra ese despido arbitrario es la indemnización y esté dispuesto a cobrarla, pero no está de acuerdo con el monto indemnizatorio entregado por el empleador. En este caso, tampoco procederá el proceso de amparo porque se requerirá de una etapa de actuación de pruebas en la que se pueda dilucidar el monto exacto de la indemnización que le corresponde.

Por lo demás, en estos casos resulta claro que el amparo no se muestra como la vía idónea para cuestionar la violación del derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario

(artículo 27 CP), sino que la vía idónea resulta siendo la vía procesal laboral (Ley 26636). No es que esta vía ordinaria laboral sea igualmente satisfactoria que el amparo para resolver las controversias, y por eso hay que acudir a ella (artículo 5.2 CPC). Lo que ocurre es más radical: el amparo no es ni tan siquiera idóneo para salvar el derecho constitucional invocado, y por eso no se debe acudir a él.

Sólo una hipotética situación en la que sea manifiesto e indubitable que la causa justa de despido no se ha verificado realmente (o porque no ha ocurrido, o porque habiendo ocurrido es manifiesto que no configura ninguna de las causas justas de despido previstas en la ley), y que el empleador ha despedido al trabajador sin indemnización alguna, podría dar lugar a un proceso de amparo. Igualmente, podría pensarse en el amparo si es manifiesto e indubitable tanto que el empleador está entregando una indemnización por debajo del monto debido, como indubitable es la suma que corresponde al trabajador por indemnización ante el despido el despido arbitrario. En uno y otro caso, obviamente, estamos ante el supuesto que el trabajador ha decidido que la protección adecuada contra su despido arbitrario es el cobro de la indemnización.

Sin embargo, se debe poner de manifiesto que estos supuestos fácticos son más teóricos que reales, pues o el empleador despide arbitrariamente al trabajador y está dispuesto a entregar la indemnización que corresponde





al trabajador, por lo que no habrá necesidad de impugnar nada; o no está dispuesto a entregarla y se inventa la causal o altera dolosamente los datos para entregar una indemnización por debajo de la que corresponde legalmente, supuesto litigioso este que colocaría la cuestión no sobre el amparo, sino sobre la vía laboral ordinaria.

#### **IV. EN PARTICULAR SOBRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO DE SERVIDORES PÚBLICOS**

##### **1. Un mismo punto de partida: la vigencia de los derechos fundamentales**

Hasta ahora, todas las reflexiones formuladas acerca de la procedencia del amparo por agresión del derecho al trabajo, en cualesquiera de las modalidades vulneradoras, ha sido en referencia del trabajador de la actividad privada. Corresponde ahora hacer referencia a los trabajadores del régimen público o servidores públicos.

Se debe empezar afirmando que los principios generales sobre el derecho al trabajo son predicables por igual de todos los trabajadores por el sólo hecho de serlo, al margen de su régimen privado o público. Así, se debe empezar afirmando que la persona humana no pierde sus derechos fundamentales por el hecho de entrar a formar parte de alguna relación jurídica contractual o funcional. Esto significa que toda relación (laboral o funcional) debe desenvolverse con plena sujeción a los derechos fundamentales del trabajador o servidor público. Por tanto, el empleador –la Administración pública– no podrá utilizar su poder de dirección para

vulnerar derechos fundamentales.

El régimen del servidor público está regulado por una legislación especial (en general por el decreto legislativo 276), en la cual se regula el acceso, mantenimiento y destitución del servidor público. Habrá que estar a esta legislación especial cada vez que, sancionado o incluso destituido un servidor público, se quiera impugnar la resolución administrativa por el que se dispone la sanción o la destitución. Se deberá tener muy en cuenta que en la medida que son actuaciones de la Administración, son actuaciones regladas, es decir, que se desenvuelven según unos procedimientos y formalidades determinadas. Pues bien, en los casos de sanción o destitución de los servidores públicos juega un papel principalísimo el derecho al debido proceso (administrativo). De manera que, con carácter general, podrá impugnarse –por ejemplo– una destitución, por vulneración del debido proceso.

No se olvide, por otra parte, que el debido proceso como exigencia constitucional tiene una dimensión no sólo formal sino también material. Igualmente deberá recordarse que se vulnera el debido proceso administrativo cuando se sanciona a una persona sin haberle seguido el procedimiento legalmente previsto, el mismo que sólo podrá iniciarse por los supuestos que haya previsto la ley, y deberá desenvolverse según los cauces y etapas que la ley haya previsto. De esta manera, no podrá ser sancionado ni destituido ningún servidor público al margen de las causales expresamente reguladas en la ley como faltas, o a través de un procedimiento distinto al ahí también previsto.

<sup>41</sup> EXP. N.º 0206–2005–PA/TC, citado, f. j. 21.

<sup>42</sup> Idem, f. j. 23.



## 2. Procedencia del amparo

### A) Criterio del Tribunal Constitucional

Si bien es cierto, los principios que sobre este tema subyacen en la Constitución son igualmente predicables de todos los trabajadores por el sólo hecho de serlo, al margen de su régimen privado o público, lo cierto es que se hace necesario poner de manifiesto algunos elementos que caracterizan la situación de los trabajadores de la actividad pública en lo referido a la procedencia del amparo. Y no habrá mejor manera de hacerlo, que siguiendo los criterios formulados por el Tribunal Constitucional.

Según este Alto Tribunal, cuando se discute la permanencia del trabajador o servidor público en el puesto de trabajo, la regla general es que la controversia deberá ser dilucidada en la vía contenciosos administrativa y no a través del amparo. Así dijo el mencionado Tribunal: “[c]on relación a los trabajadores sujetos al régimen laboral público, se debe considerar que el Estado es el único empleador en las diversas entidades de la Administración Pública. Por ello, el artículo 4.º literal 6) de la Ley N.º 27584, que regula el proceso contencioso administrativo, dispone que las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública son impugnables a través del proceso contencioso administrativo. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que la vía normal para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública es el proceso contencioso administrativo,

dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares”<sup>43</sup>.

Esta regla general se mantiene igualmente para el caso de “las pretensiones por conflictos jurídicos individuales respecto a las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública y que se derivan de derechos reconocidos por la ley, tales como nombramientos, impugnación de adjudicación de plazas, desplazamientos, reasignaciones o rotaciones, cuestionamientos relativos a remuneraciones, bonificaciones, subsidios y gratificaciones, permisos, licencias, ascensos, promociones, impugnación de procesos administrativos disciplinarios, sanciones administrativas, ceses por límite de edad, excedencia, reincorporaciones, rehabilitaciones, compensación por tiempo de servicios y cuestionamiento de la actuación de la administración con motivo de la Ley N.º 27803, entre otros”<sup>44</sup>.

La razón de esta regla general, la localiza el Tribunal Constitucional en el hecho de entender que la vía administrativa es una vía judicial igualmente efectiva que el amparo: “si en virtud de la legislación laboral pública (Decreto Legislativo N.º 276, Ley N.º 24041 y regímenes especiales de servidores públicos sujetos a la carrera administrativa) y del proceso contencioso administrativo es posible la reposición, entonces las consecuencias que se deriven de los despidos de los servidores públicos o del personal que sin tener tal condición labora para el sector público (Ley N.º 24041), deberán dilucidarse en la vía contenciosa administrativa por ser la idónea, adecuada e

<sup>43</sup> Idem, f. j. 21.

<sup>44</sup> Idem, f. j. 24.

<sup>45</sup> Ibidem.



igualmente satisfactoria, en relación al proceso de amparo, para resolver las controversias laborales públicas”<sup>43</sup>.

Consecuentemente, y debido a la causal de improcedencia de la demanda de amparo prevista en el artículo 5.2 CPC, en todos estos supuestos no procede la demanda de amparo: “conforme al artículo 5.º, inciso 2.º del Código Procesal Constitucional, las demandas de amparo que soliciten la reposición de los despidos producidos bajo el régimen de la legislación laboral pública y de las materias mencionadas en el párrafo precedente deberán ser declaradas improcedentes, puesto que la vía igualmente satisfactoria para ventilar este tipo de pretensiones es la contencioso administrativa”<sup>44</sup>.

Sin embargo, siempre dentro del parecer del Tribunal Constitucional, esta regla general tiene excepciones: “[s]ólo en defecto de tal posibilidad [que la vía contencioso administrativa no sea igualmente satisfactoria] o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental conforme a los fundamentos 10 a 15 supra [referidos a la procedencia del amparo contra despidos nulos]”<sup>45</sup>.

## **B) Crítica al criterio del Tribunal Constitucional**

Algunas críticas pueden formularse a este entender del Tribunal Constitucional. En primer lugar, sigue siendo criticable que se asuma como regla general lo que debería ser la excepción. Lo que en la norma constitucional se ha previsto es la procedencia del amparo frente a las agresiones que puedan sufrir alguno de los derechos fundamentales constitucionalmente previstos (expresa o implícitamente). Por exigencias de la propia naturaleza del proceso de amparo que ofrece una protección rápida y eficaz, no pueden tramitarse más que aquellas cuestiones que supongan una clara y manifiesta vulneración de un derecho fundamental.

Esta debe ser la regla general. Y la excepción debe ser que sólo cuando no se clara y manifiesta la titularidad del derecho fundamental invocado, o no sea clara y manifiesta la agresión del derecho fundamental, o no sea claro y manifiesto que la pretensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido, sólo en estos casos, el que se dice agraviado debe acudir a la vía judicial ordinaria (por ejemplo, a la vía contencioso administrativa), para intentar la salvación de su derecho constitucional. Esto es lo que brota del texto y del espíritu de la Constitución. Por tanto, pretender que con la entrada en vigor del artículo 5.2 CPC la regla general debe convertirse en la excepción, y la excepción en la regla general, no es ajustado al mandato constitucional.

Una vez más se ha de insistir en que lo realmente trascendente en la protección de los derechos fundamentales es la determinación de su contenido constitucio-



nalmente protegido. Se debe contar con las herramientas hermenéuticas adecuadas para abordar con éxito la tarea de determinar cuando está en juego realmente el contenido constitucional de un derecho fundamental. De esta manera se podrá concluir acertadamente si una concreta pretensión forma o no parte del referido contenido. O dicho de otra forma, sólo así se podrá concluir acertadamente si se ha violado o no un derecho fundamental. Esto debe ser lo realmente trascendente. De manera que si se ha constatado fehacientemente la violación de un derecho constitucional, se ha de acudir al proceso constitucional para su defensa, y al margen de la vía judicial ordinaria. Es lo que ha decidido el Constituyente peruano.

Así, se puede llegar a afirmar, como ha hecho el Tribunal Constitucional, que no serán objeto de trámite a través del amparo todos aquellos conflictos respecto a las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente de la Administración derivadas de derechos reconocidos en la ley; y en general, todas las controversias que no involucre la afectación del contenido constitucional de un derecho fundamental. Pero no porque la vía contencioso administrativa resulte siendo

igualmente satisfactoria que el amparo, como mal apunta el Tribunal Constitucional, sino porque el amparo no procede más que para proteger el contenido constitucional de un derecho fundamental efectivamente vulnerado.

Igualmente, partiendo de la determinación del contenido constitucional de un derecho fundamental y de su protección a través del amparo, es que se puede llegar a coincidir con el Tribunal Constitucional cuando afirma que el amparo es la vía idónea para cuestionar despidos de servidores públicos producidos por su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental, que son los supuestos que la ley de relaciones laborales privada (TUO del decreto legislativo 728), prevé como circunstancias que convierten en nulo a un despido. En estos casos, es procedente el amparo porque el despido se ha producido como consecuencia de la violación de un derecho fundamental (libertad sindical o de igualdad). Obviamente, la cuestión debe ser una clara vulneración de un derecho fundamental, porque si es litigiosa la vía idónea (no la igualmente eficaz), es la



# REFLEXIONES SOBRE EL MANDATO DE DETENCIÓN REVOCADO

ROBERTO GELACIO LLONTOP

ABOGADO

Dentro de las medidas coercitivas personales que adopta nuestro ordenamiento procesal penal tenemos: la detención, la comparecencia, la incomunicación, y el impedimento de salida. De todas ellas, la que más ríos de tinta ha convocado es: la Detención. Por más de diecisiete años, los Juristas, tratadistas y otros estudiosos del Derecho han escrito sobre ello, por lo que parecería ocioso y trillado volver a ocuparnos de un tema ampliamente debatido; empero, dado que en mi experiencia profesional como abogado litigante en diferentes distritos judiciales he podido apreciar una constante, esta es, que más del treinta por ciento de mandatos de detención son revocados por las Salas Penales Superiores. Por ello me veo en la imperiosa necesidad de hacer algunas reflexiones sobre este punto.

Es sabido que la detención es una medida excepcional, ya que la libertad ambulatoria es un derecho fundamental consagrado en el Art.2 inc. 11 de la Constitución Política del Perú, el mismo que no puede ser subvertido de forma alguna, salvo en los casos expresamente contemplados constitucionalmente, estos son: flagrancia del delito, mandato judicial y pena privativa de la libertad.

En este sentido, la Doctrina ha señalado hasta tres clases de detención:

**A) Detención preventiva extrajudicial.-** Es aquella realizada por los miembros de la Policía Nacional en caso de flagrante delito. Esta se puede realizar por 24 horas tratándose de delitos comunes y hasta

por quince días, en los delitos de Terrorismo, Tráfico Ilícito de Drogas, Espionaje, dando cuenta al Ministerio Público y al Juez Penal.

**B) Detención preliminar judicial.-** Debido a que nuestro país asumía el reto de juzgar y condenar a varios altos Funcionarios vinculados con actos de corrupción cometidos en la Dictadura Fujimorista, se expide la Ley N° 27379 del 21 de diciembre del 2000, mediante la cual se podía ordenar la detención sin proceso judicial, de personas involucradas en delitos cometidos por organizaciones criminales, utilizando recursos públicos o con la intervención de funcionarios y servidores públicos cuando hubiera prueba suficiente y peligro procesal. Para tal efecto, se requería que exista una orden judicial y comunicación escrita, la aludida detención no podría durar más de 15 días.

**C) Detención preventiva judicial.-** Roy Freyre, la define como “la privación de la libertad ambulatoria decretada por el Juez penal al inicio o en el curso del proceso, tanto para asegurar el sometimiento del encausado a la aplicación de la pena con prognosis grave o relativamente grave, como también para evitar, al mismo tiempo, que perturbe la actividad probatoria”<sup>1</sup>.

Es sobre esta clase detención que me permito hacer algunas reflexiones, con el ánimo de que los Señores Magistrados de los diferentes Juzgados Penales, tengan mucho cuidado al momento de

<sup>1</sup> ROY FREYRE, Luis. “Derecho Procesal Penal”, pp 54, Grijley – Perú 2007



decretar la reclusión de los denunciados en algún establecimiento penitenciario.

Los presupuestos materiales para poder optar por esta medida se encuentran contemplados en el art. 135 del Código Procesal Penal del año 1991, es decir, este artículo que se encuentra en los reflectores de toda la comunidad jurídica, tiene más de diecisiete años de vigencia; pero, a pesar de su larga data, su aplicación, en muchos casos, resulta cuestionable.

Según el dispositivo legal antes citado para que el Juez Penal pueda decretar mandato de detención debe presentarse tres presupuestos, todos ellos juntos, ya que de faltar uno de ellos se debería ordenar mandato de Comparecencia. El artículo 135 del C.P.P. literalmente prescribe lo siguiente: “El juez puede dictar mandato de detención si atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el Fiscal Provincial sea posible determinar: 1. Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.....2. Que la sanción a imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de libertad o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente al delito. 3. Que existan suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intente eludir la acción de la justicia o perturbe la acción probatoria...”.

De acuerdo a mi experiencia, casi siempre no hay problema en la aplicación del primer requisito, es en los otros dos restantes donde surge el enredo normativo. Digo ello por cuanto al momento de analizar el segundo presupuesto, referido a la prognosis de la pena que podrá recaer en el inculpado,

en muchos casos, solo se tiene en cuenta la pena conminada y no otras variables importantes como: el grado de participación, las condiciones personales etc.

Ahora bien, respecto al tercer presupuesto referido al peligro procesal, que resulta ser el verdadero sustento de la medida cautelar existe un criterio errado respecto a considerar la gravedad de la pena por sí sola como elemento para probar el peligro de fuga, lo que el Juez tiene que verificar es la posibilidad de que el imputado por sus antecedentes u otras circunstancias, rehúya el juzgamiento o perturbe la actividad probatoria; además, también se debe tener en cuenta el arraigo del imputado en el país, su profesión, domicilio, recursos, lazos familiares etc.

Ningún artículo del C.P.P. condensa tanta atención como el reseñado artículo 135, referida a la detención preventiva judicial. La razón es sencilla, su mala aplicación puede ocasionar una injusta reclusión de semanas o meses en el penal, en cambio en las detenciones: preventiva extrajudicial y detención preliminar judicial, el denunciado solo es recluido en una carceleta

Al ordenarse una injusta detención preventiva judicial, se le obliga al imputado, debido a la recargada carga procesal, a tener que quedarse confinado en un penal por varias semanas o meses hasta que la Sala Superior Penal pueda corregir el yerro jurídico. Las consecuencias de tal internamiento son desastrosas a tal punto que difícilmente se pueda superar el trauma.

Por más que después el Magistrado trate de enmendar su desacierto con una sentencia absolutoria, nada podrá reparar el





daño; solo existirá el recuerdo que un Juez convertido en faquir de la justicia, cambió tristemente la vida de una persona.

A esto se añade que la sociedad, desafortunadamente, trata con crueldad a las personas que tienen en su historia personal, un ingreso al penal, no importándole si después fue absuelto.

Los problemas económicos, laborales, familiares, sociales, se acentúan en la vida del ex recluso y si éste es profesional, el rótulo de presidiario lo perseguirá por toda su vida, impidiéndole crecer sin esos be-moles.

Con profundo estupor he comprobado que en la mayoría de procesos donde se discuten delitos Contra el Honor Sexual se comenten estos excesos, y si a esto le añadimos que algunos cuestionados legis-ladores, sin fundamento alguno, a cada mo-

mento agravan las penas de los menciona-dos tipos penales, se tiene que los referidos errores judiciales aumentarán; razón por la cual invocamos a los Señores Jueces Pe-nales a tener especial cuidado al momento de hacer uso del artículo 135 del C.P.P.

Varios colegas nos hemos reunido para analizar esta situación, y hemos llegado a la conclusión de que resulta necesario to-car las puertas de algunos legisladores para viabilizar la modificación de la normatividad procesal vigente e incorporar algunos su-puestos – claro está no en todos los casos- donde el mandato de detención no pueda ser ejecutado de forma inmediata, sino, que el mismo tiene que esperar ser revisado por el Superior Jerárquico.

Sabemos que tal iniciativa implica una gran inversión de recursos; pero, estamos convencidos que la misma fortalecerá nues-tro sistema de justicia.



# LOS SERVICIOS DE TERCERIZACIÓN, ASPECTOS SUSTANCIALES DE SU REGULACIÓN LEGAL

**LUIS BRAVO MONTALVO**

ABOGADO LABORALISTA  
EX – DIRECTOR DE TRABAJO

Con cierto retraso, se publicó el D.S. N° 006-2008-TR, que aprueba las normas reglamentarias de la Ley de Tercerización Laboral ( N° 19245), dispositivo cuyos alcances fueron precisados inicialmente con el Decreto Legislativo N° 1038, cuya característica principal radicó en flexibilizar las reglas de juego respecto de la pluralidad de clientes y la responsabilidad solidaria cuando las obras o servicios empresariales se prestan con desplazamiento de los trabajadores a los establecimientos de la empresa principal. Entre las novedades que contiene el Reglamento, encontramos que propone por primera vez una definición respecto de lo que es la tercerización, extremo que resulta un avance significativo en relación con lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento de la Ley N° 27626, que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, modificado por el D.S. N° 020-2007-TR, el cual solo determinaba los supuestos que no calificaban como intermediación laboral. Analizando tanto la ley como sus normas reglamentarias, veamos pues, las notas más saltantes que constituyen el marco actual en materia de tercerización aplicada a relaciones de trabajo.

Concebida como contrato de carácter civil, regulado en este contexto originariamente por el derecho civil y conocido en la doctrina como **Outsourcing**, la tercerización es prevista en la legislación comparada donde se la reconoce para las empresas que contratan a entidades tercerizadoras; empero, a partir de la nueva regulación legal y con el fin de “evitar la evasión del pago de beneficios”, según es el propósito del le-

gisador, se ha oficializado su concurso, definiéndola el reglamento, como **una forma de organización empresarial por la que una empresa principal encarga o delega el desarrollo de uno o más partes de su actividad principal a una o más empresas tercerizadoras, que le proveen de obras o servicios vinculados o integrados de la misma.** Nos pone pues la nueva legislación frente a frente a dos tipos de empresas en medio del cual se encuentra un trabajador cuya característica principal distintiva es su traslado o desplazamiento continuo al centro de trabajo o de operaciones al que hay que “proteger” laboralmente en el caso de distorsionarse la relación: Una, denominada **Empresa Principal**, que encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal y otra, denominada **Empresa Tercerizadora**, que lleva el cabo el servicio u obra contratada por la empresa principal, a través de sus propios trabajadores, quienes se encuentran bajo su exclusiva subordinación.

A diferencia de la modalidad contractual más cercana que nos puede servir como antecedente, esto es, las muy utilizadas pero impopulares empresas de intermediación laboral o “services” y por cierto salvando enorme distancia de éstas, cuya connotación más importante estribaban en la sola provisión de personal, el destaque de personal para labores mayormente complementarias, lo que en la práctica conllevaba a la más plena desprotección laboral, las nuevas normas han puesto distintivos para cualificar este nuevo método de vinculación empresarial empezando por delimitar su ámbito de comprensión. En efecto, solo comprende a las empresas prin-



cipales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadas a los centros de trabajo o de operaciones de aquéllas, y no comprende o no es aplicable la tercerización de servicios en el sector público o las operaciones que bajo este mecanismo realice el Estado, en tanto ésta es regulada por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y normas especiales que se expidan sobre la materia.

Si bien, con la implementación de la tercerización habrá protección especial de los derechos laborales estará supeditada en estricto sensu a los casos en que exista desplazamiento continuo del personal de la empresa tercerizadora hacia los locales de la empresa principal, lo cual se configurará cuando éste ha ocurrido por más de un tercio del tiempo contratado para la obra o los servicios o el desplazamiento exceda de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo consecutivos o no dentro de un semestre. Queda claro, en consecuencia, el supuesto en que opera la protección laboral: la configuración del desplazamiento continuo.

Pues bien, asumiendo la configuración de este extremo, esto es, la acreditación del desplazamiento continuo y ratificando que la ley tiene por fines evitar la evasión de beneficios a “favor del trabajador”, la nueva normatividad exhibe otras bondades, por lo menos sobre el papel que creemos de justeza, al señalarse que la tercerización como método de vinculación empresarial, no podrá utilizada ni invocada por los empleadores con la intención o efecto limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en las actividades de las organizaciones

sindicales o sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical. En tales circunstancias la ley es permeable al permitir el accionar del trabajador en resarcimiento de sus derechos conculcados, ya sea interponiendo denuncia ante la autoridad de trabajo o el poder judicial, según sea el caso, para solicitar la protección de sus derechos colectivos e incluso denunciar la mala utilización de los contratos de tercerización. Empero, van más allá los beneficios explicitados, posibilitando que incluso un trabajador solicite la verificación de la naturaleza de los contratos sujetos a modalidad, de acuerdo con la legislación laboral vigente; impugne la no renovación de un contrato para perjudicar el libre derecho de la libertad sindical y de negociación colectiva o en violación del principio de no discriminación hasta llegar a plantear su reposición y si correspondiera su reposición como trabajador de la empresa principal, etc.

Dado el rol de “herramienta empresarial” que tiene la tercerización y cuyo trasfondo no es otro que el de constituirse en una verdadera alianza entre firmas colaboradoras para hacer eficientes las tareas fundamentales, la ley consigna reglas de juego para tratar la regulación contractual remarcando para tal efecto derechos, obligaciones y sanciones que pudieran recaer sobre sus actores, esto es, empresas y trabajadores inmersos en una tercerización. Hemos visto líneas arriba las que provienen del lado de los trabajadores, en lo que corresponde a las empresas, cabe resaltar las exigencias que estipula el reglamento, gravitantes para la buena marcha de la actividad empresarial, so pena en caso de inobservancia, de que se produzca la desnaturalización de la tercerización, para lo cual tendrán que cumplir todos y cada uno de los cuatro requisitos



señalados por la ley, esto es, la pluralidad de clientes, el equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. Si bien la ley fue inicialmente rigurosa en cuanto al cumplimiento de estos elementos característicos en tanto son también características de las obras especializadas u obras asumidas por cuenta y riesgo a las que está dirigida esta modalidad de contratación, reglamentariamente han sido flexibilizados de modo tal que solo se producirá la desnaturalización de la tercerización si como consecuencia de la evaluación de éstos en cada caso concreto y considerando la actividad económica, no solo se compruebe sino se acredite la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora; por ende, el matiz de falta de autonomía empresarial será causal suficiente para producir la desnaturalización ofrecida como sanción. Empero, las empresas se reitera, deberán cumplir exactamente todos los requisitos por tener condición de copulativos.

La Pluralidad de Clientes, por ejemplo, con la estipulación que consignaba el Decreto Legislativo N° 1038 en el sentido que podían adecuarse dentro del plazo señalado, si bien constituye obligatoriedad para la empresa tercerizadora y que podía ser obviado en casos excepcionales y por razones objetivas y demostrables conforme lo explicitaba la ley, ahora incluso no será indicio a valorar en los casos que se señala taxativamente en el reglamento. Así “funcionará” este supuesto, cuando: a) El servicio contratado solo sea requerido por un número reducido de empresas dentro del ámbito geográfico, del mercado o del sector en que la empresa tercerizadora se encuentre acogida al régimen de la microempresa, criterio que estimamos correcto. Con el requisito relacionado con el Equipamiento sucede

algo similar, se tendrá por cumplida la exigencia no solo cuando la empresa acredite la propiedad de las herramientas o equipos que utilicen sus trabajadores, sino incluso aún cuando éstos no le pertenezcan (bienes arrendados), en el caso de equipos y locales, pero a condición que se encuentren bajo su ámbito de administración o formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral; se trata pues de un criterio de razonabilidad. Ahora bien, adicionalmente el reglamento también señala otros dos supuestos de configuración de desnaturalización de la tercerización: a) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora estén bajo la subordinación de la empresa principal, y b) En caso que continúe la prestación de servicios pese a haberse producido la cancelación del registro de la empresa en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras.

Conforme estriba del segundo párrafo del artículo 2° de la Ley, en ningún caso se admite la sola provisión de personal, criterio que no hace sino diferenciar la tercerización de su antecedente inmediato que es la Intermediación, modalidad contractual en la que a lo sumo el personal involucrado solo se encuentra sometido al poder de dirección de la empresaria usuaria y nada más; allí apunta la ley. En efecto, a diferencia de la intermediación en la que solo se provee de personal a otra empresa para que esta última utilice dicho recurso humano, dirigiendo la prestación de su servicio, sin que dicho destaque implique el registro del personal involucrado en la planilla de la empresa usuaria, la tercerización implica una autonomía en la prestación del servicio y la centralización de los poderes de dirección, fiscalización y sanción en un solo emplea-



dor constituido por la empresa tercerizadora. En este extremo resulta coherente que, haciéndose cargo la empresa tercerizadora de manera integral de una parte de las operaciones de la empresa principal o de su proceso productivo, es decir, de las labores principales de la empresa y permanentes en el tiempo, los trabajadores que laboren en esta parte integral mantengan relación laboral directa con ella y no con la empresa principal. Acorde a esta óptica de apreciación entonces, deviene razonable la exclusión de la sola provisión de personal debido a su naturaleza propia de ser un contrato de carácter civil sin implicancia laboral alguna, en cuanto se agota con el cumplimiento de una labor específica y determinada. Es, en consecuencia, condición sine qua non que el trabajador esté bajo la subordinación de la empresa tercerizadora para que no se configure la desnaturalización.

¿Cómo opera la inscripción de las Empresas Tercerizadoras? Por regla general que introduce el artículo 9 del Reglamento, una empresa tercerizadora se considerará inscrita en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras no cuando se constituya como tal, sino cuando cumpla con registrar el desplazamiento de su personal a empresas principales en la Planilla Electrónica regulada por el D.S. N° 018-2007-TR, normas modificatorias y complementarias. Esta observancia de la ley por parte de la empresa tercerizadora posibilita la viabilización de sus servicios y por tanto la vigencia de la habilitación de su inscripción en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras, vigencia que en la práctica está condicionada simple y llanamente al hecho que no tenga que incurrir en ninguna de las causales de desnaturalización previstas en el artículo 5 del Reglamento. Este registro en el, valga la redundancia, Registro Nacio-

nal de Empresas Tercerizadoras, se trata de una mera inscripción que no tiene carácter de fijeza en el tiempo y por tanto susceptible de cancelación en cualquier momento, y que en todo caso durará mientras dure la observancia por parte de la empresa de cada uno de los supuestos regulados en el aludido artículo 5 del Reglamento consignados como causal de desnaturalización. Sin embargo, si bien es factible de producirse la cancelación una vez detectada la infracción, ésta no se produce de modo automático en la medida que deberá materializarse previa inspección de la autoridad de trabajo que verifique o que la empresa tercerizadora no tiene autonomía empresarial, que sus trabajadores en realidad estén subordinados a la empresa principal.

Respecto de los alcances de la solidaridad, aunque ya estaba regulada en otras materias de nuestra legislación y no específicamente de las derivadas de la relación laboral, se introdujo como novedad, esgrimiéndose inicialmente el criterio que la empresa principal, en cierto modo, debería convertirse en la verdadera auditora o fiscalizadora de las obligaciones de sus empresas tercerizadoras con las que contrata, ello si se tiene en cuenta que, vía Decreto Legislativo N° 1038, se estipuló que la solidaridad se contraía únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social de la empresa tercerizadora establecidos por norma legal y no a las de origen convencional o unilateral, supuesto que daría lugar a que la empresa principal ejerza su derecho de repetición contra ésta, pudiendo incluso adquirir los derechos y privilegios del crédito laboral en caso de insolvencia o quiebra. Con el reglamento se establece que la extensión de la solidaridad alcanza tanto al empresario principal como al contratista e incluso al subcontratista, quienes son deu-



dores solidarios frente al trabajador impago de sus beneficios laborales o a la entidad de previsión social por obligaciones de seguridad social devengados durante el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. En todo caso, es menester tener en cuenta dos aspectos importantes: a) Que la solidaridad se extiende a los incumplimientos que se produzcan durante el período de desplazamiento, y b) Que todo incumplimiento deberá ser invocada con observancia del plazo de prescripción establecido por la ley, esto es, un año contado a partir de la culminación del período de desplazamiento; plazo que, sin embargo, no es aplicable al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) que se sigue rigiendo por propia norma, esto es, por el Decreto Supremo N° 003-98-SA.

Finalmente, si bien nos agrada el im-

pulso dado por la nueva normatividad cuyo fin es alentar activamente la participación de agentes privados en la generación de empleos, pues la tercerización es una herramienta de gestión que, a la fecha es de aplicación mundial, debido a que permite el uso eficaz de las inversiones y concentrar la energía en lo que la empresa realmente puede y sabe hacer, al final y al cabo todo quedará en manos de la buena intención que pudieran tener las partes intervinientes, como siempre ha sido así, y continuará así mientras no se entienda que el mejor capital que puede tener una buena empresa, y obviamente un buen empleador, es el recurso humano, el trabajador óptimo cuyo resultado será una empresa óptima. Cuando ello suceda habrá justeza no solo en el papel sino también en la relación laboral y naturalmente en la gestión eficaz de la empresa.

