



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 10, n.º 12, julio-diciembre, 2019
Lima, Perú

ISSN: 1997-6682 ISSN-e: 2663-9130



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 10, n.º 12, julio-diciembre, 2019

Publicación semestral. Lima, Perú

PRESIDENTE

José Luis Lecaros Cornejo (Poder Judicial del Perú, Perú)

DIRECTOR

Francisco Távara Córdova (Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, Perú)

EDITORA

Gladys Flores Heredia (Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, Perú)

COMITÉ EDITORIAL

Javier Arévalo Vela (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú, Perú), Héctor Enrique Lama More (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú, Perú), Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, Perú), Janet Tello Gilardi (Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, Perú), Ernesto Lechuga Pino (Gabinete de Asesores de la Presidencia del Poder Judicial, Perú), Helder Domínguez Haro (Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial del Perú, Perú).

CONSEJO CONSULTIVO

Santiago Muñoz Machado (Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, España), Gerardo Ruiz-Rico Ruiz (Universidad de Jaén, España), Carlos Ramos Núñez (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú), Fernando de Trazegnies Granda (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú), José F. Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú), Iván Rodríguez Chávez (Universidad Ricardo Palma, Perú), Ronald Cárdenas Krenz (Universidad de Lima, Perú).

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: https://doi.org/10.35292/revista_oficial_poder_judicial.v10i12

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2007-13519

DIRECCIÓN POSTAL: Palacio Nacional de Justicia, av. Paseo de la República cuadra 2 s/n, Lima 21, Perú. *E-mail*: revistaoficialpoderjudicial@pj.gob.pe

La revista no se responsabiliza de las opiniones vertidas
por los autores de los artículos.

INDIZACIONES

Crossref

LICENCIA



Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú se encuentra bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)

**SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

José Luis Lecaros Cornejo (presidente)

Francisco Távora Córdova

Vicente Rodolfo Walde Jáuregui

César Eugenio San Martín Castro

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Josué Pariona Pastrana

Ana María Aranda Rodríguez

Javier Arévalo Vela

Jorge Luis Salas Arenas

Elvia Barrios Alvarado

Janet Ofelia Lourdes Tello Gilardi

Ángel Henry Romero Díaz

Héctor Enrique Lama More

Martín Alejandro Hurtado Reyes

Carlos Giovanni Arias Lazarte

Aldo Martín Figueroa Navarro

Mariem Vicky de la Rosa Bedriñana

La *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú* es una publicación de periodicidad semestral, cuyo objetivo principal es la divulgación de artículos inéditos que son el resultado de estudios e investigaciones sobre temas jurídicos, de administración de justicia, informes técnicos, acuerdos o declaraciones de congresos institucionales, así como otra documentación relevante en materia jurídica. Los artículos de la revista son arbitrados de manera anónima por especialistas externos a la institución, quienes toman en cuenta los siguientes criterios de evaluación: originalidad, aporte del trabajo, actualidad y contribución al conocimiento jurídico. La revista se reserva el derecho de publicación y, en caso de que el artículo presentado sea aceptado, podrá realizar las correcciones de estilo y demás adecuaciones necesarias para cumplir con las exigencias de la publicación.

La *Revista Oficial del Poder Judicial* recibe las colaboraciones de todos los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la República, así como los trabajos de jueces nacionales y extranjeros, e investigadores sobre el derecho y la justicia. La presente publicación está dirigida a magistrados, investigadores, docentes universitarios, profesores, estudiantes y a un público interesado en las cuestiones propias de la reflexión académica, el trabajo crítico y la investigación jurídica.



The *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú* [Official Journal of the Judiciary. Research Gazette of the Supreme Court of Justice of the Republic of Peru], published every six months, with the primary objective of disseminating unpublished articles which are the result of studies and investigations on legal, administration of justice issues, technical reports, agreements or statements of institutional congresses, as well as any other relevant legal documentation. The articles published in the journal are anonymously reviewed by independent experts based on the following evaluation criteria: originality, contribution of work, current issues and contribution to legal knowledge. The journal reserves the right to publish the articles and, should a submitted article be accepted, the Journal may make the style corrections and other necessary adjustments to meet the publication requirements.

The *Revista Oficial del Poder Judicial* receives the collaboration of all the judges of the Supreme Court of the Republic, as well as the works of national and foreign judges and law and justice researchers. This publication is aimed at magistrates, researchers, university teachers, professors, students and a public interested in academic thinking, critical work and legal investigation related matters.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 10, n.º 12, julio-diciembre, 2019

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v10i12>

TABLA DE CONTENIDO

Presentación

JOSÉ LUIS LECAROS CORNEJO 13

Artículos de investigación

JAVIER ARÉVALO VELA 17

La regulación jurídica del trabajo dependiente prestado por hombres libres en la antigua Roma

MARTÍN ALEJANDRO HURTADO REYES 27

La medida cautelar de anotación de demanda y una reciente decisión del Tribunal Constitucional

ELISABETTA PALICI DI SUNI 57

Cortes, doctrina y sociedad inclusiva: breves anotaciones a partir de la síntesis de los resultados de una investigación

MARÍA ROSARIO VELÁSQUEZ OYOLA Las medidas cautelares reales civiles en el Código Procesal Penal del Perú	87
OCNER CÓRDOVA LÓPEZ Carga de la prueba en los casos de responsabilidad civil por mala praxis médica	105
ELIZABETH HILDA QUISPE MAMANI La prueba indiciaria. Análisis fenomenológico de la valoración de la prueba indiciaria en los delitos de corrupción de funcionarios	131
CAROLINA AYVAR ROLDÁN La responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo	149
WASHINGTON LUIS BRAVO MONTALVO Causa justa y falta grave: el itinerario del despido	169
Declaraciones	
V Encuentro Internacional de los Poderes Judiciales de Perú e Iberoamerica y VII Encuentro Nacional de los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad	203
X Congreso Internacional de Justicia Intercultural, Tarapoto 2019	207

Reseñas

JAVIER DE TABOADA AMAT Y LEÓN Eddy Chávez Huanca y Helder Domínguez Haro (coordinadores) (2018). <i>Los tribunales de justicia en el cine</i>	213
JORGE ANGEL CHÁVEZ DESCALZI Helder Domínguez Haro (2018). <i>Democracia constitucional. Elementos teóricos, desarrollo jurisprudencial e introducción bibliográfica</i>	219
MARCOS MORÁN VALDEZ Carlos Ramos Núñez (2019). <i>Historia de la Corte Suprema de Justicia del Perú. Tomo 1</i>	225
JORGE ANGEL CHÁVEZ DESCALZI Poder Judicial del Perú (2019). <i>Día del Juez. Discursos de homenaje 2000-2019</i>	231
MIGUEL ÁNGEL CARHUARICRA ANCO Enrique López Albújar (2019). <i>Obras completas. Poesía. Tomo II</i>	241
INSTRUCCIONES A LOS AUTORES	249
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS	265

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 10, n.º 12, julio-diciembre, 2019, 13-14

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v10i12.21>

Presentación

La *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú* presenta el número correspondiente al segundo semestre del año 2019, con la certeza de que se han dado pasos fundamentales en el proceso de indización y de excelencia de la revista.

Somos, por tanto, conscientes del papel central que juegan las publicaciones periódicas que, como la presente, transfieren el conocimiento científico creado, sin otro interés que el avance de las disciplinas jurídicas y el fortalecimiento del rol que estas desempeñan en el progreso y cambio social.

Este cometido se viene realizando bajo la convicción de que los trabajos publicados se han sometido a los criterios de evaluación y selección establecidos por el Comité Editorial con la finalidad de garantizar la calidad de sus contenidos, la aceptación de la comunidad jurídica y, en el más breve plazo, la indización de la revista. Creemos que el celo puesto de manifiesto en el logro de estos objetivos justifica, plenamente, este nuevo esfuerzo del Fondo Editorial del Poder Judicial que ofrece, en las diferentes secciones de la revista, novedades editoriales que invitamos al solícito lector a conocer, comentar y compartir.

La autoridad de toda publicación de esta índole reposa, grandemente, en el prestigio de los autores invitados, en la veracidad

de sus contenidos, en la relevancia y originalidad que tienen los artículos, en la magnitud e importancia de su contribución al progreso científico del derecho y en el cuidado de su edición a cargo de profesionales concedores de cada una de las etapas del proceso editorial. Todos estos aspectos han sido esmeradamente trabajados en la presente edición, con especial énfasis en la certificación de la originalidad de los artículos, porque con ello se asegura no solo el irrestricto respeto de los derechos de autor, sino a su vez el cumplimiento de uno de los principales requisitos para la obtención de la indización como revista científica.

Como ya es habitual, para el presente número de la revista se cuenta en la sección de artículos con la colaboración de magistrados y juristas nacionales y extranjeros; asimismo, en otro apartado, con las principales declaraciones institucionales; y con una sección de reseñas de diversas publicaciones que han merecido el interés de sus autores.

De esta forma, a nombre de todos quienes integramos la *Revista Oficial del Poder Judicial*, presentamos este número que, creemos, consolida lo hasta aquí avanzado, bajo la renovada visión de que este espacio editorial sea el canal de comunicación claramente definido donde jueces e investigadores del derecho divulguen sus valiosas contribuciones al perfeccionamiento del conocimiento jurídico.

Lima, diciembre de 2019

JOSÉ LUIS LECAROS CORNEJO
Presidente del Poder Judicial

Artículos de investigación



Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 10, n.º 12, julio-diciembre, 2019

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 10, n.º 12, julio-diciembre, 2019, 17-26

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v10i12.22>

La regulación jurídica del trabajo dependiente prestado por hombres libres en la antigua Roma

Legal regulations of subordinated work rendered by free men in Ancient Rome



JAVIER ARÉVALO VELA

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: jarevalo@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-3827-8740>

RESUMEN

Con la finalidad de descartar la equivocada idea de algunos abogados y jueces de que el derecho del trabajo surgió en la Roma antigua, en las líneas siguientes explicaremos cuál fue la regulación del trabajo dependiente en la patria de Rómulo, sin dejar de afirmar que el surgimiento histórico del derecho del trabajo no deben buscarlo en el derecho romano, sino en la legislación protectora que, para cierto tipo de trabajadores, surgió como consecuencia de la Revolución Industrial.

Palabras clave: derecho romano, *locatio conductio operarum*, trabajo.

ABSTRACT

With the aim of dismissing the mistaken idea of some lawyers and judges that the right to work and employment was born in Ancient Rome, hereinbelow we shall explain the subordinated labor regulations that existed in Romulus's homeland, affirming that the historical birth of the right to work must not be sought in Roman Law but in the protective laws that, for certain types of employees, arose as a result of the Industrial Revolution.

Key words: Roman law, *locatio conductio operarum*, employment.

Recibido: 31/07/19 Aceptado: 29/08/19

1. ETAPAS DEL DERECHO ROMANO

Antes de entrar en el estudio de la regulación del trabajo en el derecho romano, resulta pertinente hacer una breve referencia a las etapas de desarrollo político y jurídico de Roma.

En el plano político la antigua Roma atravesó por los períodos siguientes:

- a) **La monarquía.** Durante este período gobernaron los reyes, sus orígenes son míticos, se remontan al año 752 a. C. con la fundación de la ciudad de Roma por el primer rey Rómulo y concluyó el año 510 a. C. con la caída del último rey Tarquino el Soberbio.
- b) **La República.** En este período gobernaron los cónsules, se inició el 509 a. C. y terminó el 29 a. C. como consecuencia de las guerras civiles con el triunfo de Octavio sobre Marco Antonio.
- c) **El Imperio.** En este tercer período gobernaron los emperadores, se inicia el año 27 a. C. con la ascensión como César del emperador Augusto (nuevo nombre que adoptó Octavio) y termina el año 476 d. C. con el derrocamiento del último emperador Rómulo

Augústulo por los bárbaros al mando de Odoacro, con lo que se puso fin a la existencia del Imperio romano de Occidente.

En la doctrina romanista no existe unanimidad sobre cuáles fueron las etapas por que atravesó el derecho romano; para el profesor Herrera Paulsen la vida jurídica de Roma pasó por los momentos siguientes:

- a) Época monárquica. Abarca desde la fundación de Roma el año 754 a. C. hasta el 509 a. C. Durante esta etapa el derecho fue mayoritariamente consuetudinario.
- b) Período republicano. Comprende desde el año 509 a. C. hasta el 27 a. C. Durante este período se perfeccionaron las magistraturas romanas (cónsules, cuestores, censores, ediles civiles, pretores, etc.) y también se promulga la famosa Ley de las XII Tablas.
- c) Período clásico del Alto Imperio. Se inicia el 27 a. C. con la ascensión a la dignidad imperatoria de Augusto hasta el advenimiento de Diocleciano el año 284 d. C.
- d) Período clásico del Bajo Imperio. Comienza con el reinado de Diocleciano el año 284 d. C. hasta la muerte del emperador romano de Oriente, Justiniano, el año 565 d. C.
- e) Durante este período se dicta el Corpus Juris Civilis, la más grande obra del derecho romano de la Antigüedad (1999: 13-22).

Por su parte, para Petit el derecho romano atravesó por cuatro períodos:

- 1.º De la fundación de Roma a la ley de las XII tablas (1 a 304 de Roma);
- 2.º De la ley de las XII tablas al fin de la República (304 a 723 de Roma);
- 3.º Del advenimiento del Imperio a la muerte de Alejandro Severo (723 a 988 de Roma, o 235 de la era cristiana);
- 4.º De la muerte de Alejandro Severo a la muerte de Justiniano (225 a 565 de la era cristiana) (1983: 33).

Según el autor Álvarez-Correa el desarrollo jurídico romano puede resumirse en el esquema siguiente:

1. En un primer período, Roma fue una monarquía (753-510 a. C.), durante la cual el derecho consuetudinario existió quizás como única fuente del derecho;
2. En un segundo período correspondiente a la República (510-27 a. C.), aparecieron las leyes votadas por el pueblo y la importante labor del magistrado.
3. En el tercer período, o Imperio (27 a. C.-550 d. C.), aparece una división. En la primera parte del Imperio, o Alto Imperio (27 a. C.-300 d. C.) se desarrolló el derecho en sus cuatro fuentes. Es la época clásica del derecho romano. En la segunda parte, o Bajo Imperio (arbitrariamente entre 300 y 500 d. C.; termina en 476 en Occidente y en 1453 en Oriente), se acusó una decadencia del derecho. Termina con la compilación del derecho por Justiniano (550). El derecho vigente en el Bajo Imperio de Oriente es, propiamente dicho, un derecho bizantino y no un derecho romano (1980: 80).

Silva Vallejo distingue los períodos del derecho romano siguientes:

1. En primer lugar, un período Arcaico o Primitivo que corresponde a la época del así llamado Derecho «Quiritario» (de «quirites»: los descendientes de los fundadores de Roma);
2. Un segundo período que corresponde a la llamada Época Clásica, cuyos límites temporales y conceptuales no están bien determinados, pero que coinciden con el período de máximo esplendor de la Jurisprudencia romana y del Proceso Formulario, entre los fines de la República y los dos o tres primeros siglos del Imperio;
3. En tercer lugar, procede hablar de una época del Derecho Post-Clásico, para indicar la época que va de Alejandro Severo a Diocleciano y que se prolonga hasta el siglo VI, época de decadencia y vulgarización de las doctrinas clásicas; por eso, su nombre de «Vulgarrecht» y;
4. En cuarto lugar, la época que se conoce con el nombre del Derecho Justiniano; debiéndose dejar constancia que la reciente romanística habla de un Derecho

Pre-Clásico y que para nosotros sencillamente constituye la génesis o etapa auroral de la jurisprudencia clásica y que, lógicamente, está incluida dentro del Derecho Clásico (2013: 374).

2. LA FUERZA DE TRABAJO EN LA ANTIGUA ROMA

La sociedad romana fue una sociedad donde imperó la utilización de trabajo esclavo para desarrollar sus principales actividades económicas, que fueron la agricultura y la minería.

Los esclavos no eran considerados personas sino cosas, por lo que carecían de toda clase de derechos, pudiendo su propietario venderlos, alquilarlos, regalarlos, hasta incluso matarlos, sin responsabilidad alguna.

Dada la importancia del trabajo esclavo en la antigua Roma, resulta ilustrativo desarrollar de una manera muy sucinta algunos aspectos jurídicos de cómo se llegaba a caer en tan penosa condición.

En la antigua Roma se podía nacer esclavo o convertirse en esclavo conforme al derecho de gentes o conforme al derecho civil.

La regla general era que los hijos de la mujer esclava nacían esclavos. Con el tiempo esta disposición fue atenuada estableciéndose que si la madre concebía libre y luego se convertía en esclava, el hijo nacía libre; asimismo, se reguló que si la madre había sido libre durante cualquier momento de la concepción, el hijo nacía libre.

Conforme al derecho de gentes se convertían en esclavos los prisioneros de guerra capturados por los romanos en un conflicto armado con una nación enemiga, no así los que eran apresados durante una guerra civil.

En cuanto a la esclavitud, conforme al derecho civil debemos distinguir entre la época prejustiniano y la época justiniana.

Antes del derecho justiniano una persona devenía en esclava por las razones siguientes:

- a) Por no inscribirse en el censo, a fin de eludir el pago del tributo.
- b) Por ser capturado en flagrante delito de robo.
- c) Por rechazar la prestación del servicio militar.
- d) Por haberse hecho vender fraudulentamente como esclavo por otra persona para luego reclamar la libertad y repartirse el beneficio de la estafa al comprador de buena fe.
- e) Por ser condenado a las minas o a las bestias del circo.
- f) La mujer libre que tenía relaciones sexuales con el esclavo de otro, contra el consentimiento de su dueño, si luego de tres apercibimientos no cesaba en su proceder.
- g) Por ingratitud del liberto para con su examo.

De acuerdo con el derecho del emperador Justiniano, las Institutas consideran como causales de esclavitud las siguientes:

- a) Por nacimiento de madre esclava.
- b) Según el derecho de gentes, por cautividad.
- c) Según el derecho civil, cuando un hombre libre, mayor de veinte años, se dejaba vender para tomar parte del precio.
- d) Por ingratitud del liberto (1995: 14-15).

Pese a la importancia mayoritaria del trabajo esclavo, en la sociedad romana también existió trabajo prestado por hombres libres y libertos (esclavos liberados), como veremos detalladamente más adelante.

3. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO EN EL DERECHO ROMANO

En el derecho romano se distinguió entre el arrendamiento de cosas y el arrendamiento de servicios. Por el contrato de arrendamiento de cosas (*locatio conductio rei*) el locador se comprometía a otorgar al conductor el disfrute temporal de una cosa mueble (se incluía a los animales y a los esclavos) o inmueble, a cambio de lo cual percibía un ingreso de dinero llamado *merces*. Por su parte, el arrendamiento de servicios adoptó dos modalidades: el contrato de locación de obra (*locatio conductio operis*) y el contrato de locación de servicios (*locatio conductio operarum*).

El contrato *locatio conductio operis* consistía generalmente en que el locador entregaba al conductor materiales para que los trabaje y los convierta en una obra que pasaba a ser de propiedad del locador, pagando este último al conductor una suma de dinero. En este contrato el objeto del mismo era el producto del trabajo encargado, es decir, la obra, la cual podía ser elaborada por el conductor aun con ayuda de terceros, salvo pacto en contrario. El contrato *locatio conductio operis* vendría a ser en la actualidad un contrato de obra.

No podemos dejar de precisar que por obra debe entenderse todo resultado producto del trabajo humano, tal como sería, por ejemplo, la elaboración de una mesa por un carpintero al cual se le entregaba la madera y se le indicaban las características que dicho mueble debía tener. Otro ejemplo sería elaborar un busto por un escultor al cual se le entregaba el mármol y se le indicaba cómo debía ser la figura del personaje que esculpiría. Era requisito que los materiales fueran entregados por quien encargaba la obra, pues, de lo contrario, se consideraba la existencia de un contrato de compra-venta.

En cuanto al contrato *locatio conductio operarum*, será objeto de un desarrollo especial en el punto siguiente.

4. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE FUERZA DE TRABAJO (*LOCATIO CONDUCTIO OPERARUM*)

En la Roma antigua existieron hombres libres (proletarios) y libertos (esclavos manumitidos) que ejercían labores artesanales y oficios diversos, pero también muchos de ellos no tenían nada que ofrecer salvo su fuerza de trabajo, la que alquilaban a cambio de una paga. A esta forma de contrato se le denominaba *locatio conductio operarum*.

Respecto a esta forma de contratación Campos Rivera nos dice lo siguiente: «Debe quedar claro, sin embargo, que no todo trabajo en Roma fue trabajo esclavo. Había, desde luego, libre contratación laboral, trabajo libre. Y había no solo trabajadores libres, sino también asociaciones de trabajadores libres. Tal era el caso de los *collegia epificum* o corporaciones de trabajadores libres, de una fuerte inclinación mutualista y religiosa» (2003: 16-17).

En el plano jurídico la forma de prestación de servicios antes mencionada careció de mayor desarrollo jurídico y fue considerada una forma de locación de servicios debido a que la fuerza de trabajo realmente importante fue la mano de obra esclava.

En la Roma la *locatio conductio operarum* era vista como una actividad despreciable, pues el locador ponía sus servicios personales a disposición del conductor, sometiéndose a su voluntad, asumiendo una posición similar a la de un esclavo.

Las partes en el contrato *locatio conductio operarum* eran:

Locatario (conductor): era la persona a favor de la cual se prestaba el servicio y su principal obligación era pagar un ingreso económico a favor del obrero.

Locador (obrero): era el hombre libre cuya principal obligación era prestar su trabajo bajo la dirección del locatario en las labores que le fueran encomendadas a cambio de percibir un ingreso económico. Lo que se contrataba eran sus servicios personales, no un resultado.

El contrato de *locatio conductio operarum* implicaba la prestación del trabajo personal a cambio de una remuneración y presentaba las características más importantes siguientes:

- El locador se comprometía a poner a disposición del conductor su fuerza de trabajo en forma personal, sin poder sustituirla por otra persona.
- El conductor se comprometía a pagar al locador una remuneración en función del tiempo de labores prestado.
- El tiempo de prestación de la fuerza de trabajo por parte del locador tenía un límite, no era perpetua como el caso de los esclavos.
- Los riesgos derivados de la prestación de servicios eran de responsabilidad del conductor.
- Si el locador no trabajaba por su culpa, el conductor no estaba obligado a pagarle la remuneración.
- Si el locador no trabajaba por culpa del conductor o por culpa de un tercero, el conductor estaba obligado a pagarle su remuneración.
- El locador debía obedecer las indicaciones del conductor de cómo desarrollar su trabajo.
- El contrato terminaba por las causales siguientes:
 - a) Por muerte del conductor salvo que sus herederos desearan continuar con el contrato.
 - b) Por muerte del locador.
 - c) Por mutuo acuerdo.

5. CONCLUSIONES

1. En el derecho romano encontramos como remoto antecedente del contrato de trabajo la *locatio conductio operarum*, que era el alquiler de su fuerza de trabajo que en relación de subordinación realizaban los hombres libres a cambio de un ingreso económico.
2. Los romanos no conocieron el derecho del trabajo, pues en su época la esclavitud era filosóficamente aceptada y sobre todo porque la principal fuerza de trabajo era la mano de obra de los esclavos; esta situación originó que la regulación especial de la *locatio conductio operarum* resultara poco importante, quedando la misma a cargo del derecho civil bajo la forma de contrato de arrendamiento de servicios.
3. Carece de todo sustento científico que actualmente abogados laboristas y magistrados de trabajo recurran en sus escritos o sentencias a expresiones en latín para fundamentar sus petitorios o decisiones, respectivamente; pues el derecho del trabajo no tiene ningún origen en el derecho romano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ-CORREA, Eduardo (1980). *Curso de derecho romano*. Bogotá: Pluma.
- CAMPOS RIVERA, Domingo (2003). *Derecho laboral*. 7.^a edición. Bogotá: Temis.
- HERRERA PAULSEN, Darío y otro (1999). *Derecho romano*. Lima: Editorial Gráfica Horizonte.
- JUSTINIANO (1995). *Instituciones*. Lima: Cultural Cuzco.
- PETIT, Eugéne (1983). *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos Aires: Albatros.
- SILVA VALLEJO, José Antonio (2013). *Nueva historia general del derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Alas Peruanas.

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 10, n.º 12, julio-diciembre, 2019, 27-56

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v10i12.23>

La medida cautelar de anotación de demanda y una reciente decisión del Tribunal Constitucional

Precautionary measure of
Lis Pendens and a recent decision
of the Constitutional Court



MARTÍN ALEJANDRO HURTADO REYES
Corte Suprema de Justicia de la República del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: mhurtador@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-0731-7644>

RESUMEN

En el artículo se analiza la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente n.º 06920-2013-PA/TC Lima, donde en decisión por mayoría se desestima el recurso de amparo interpuesto contra la resolución judicial que discutió la posibilidad de ordenar que se levante la medida cautelar de anotación de demanda dictada en un proceso laboral, sobre un bien que posteriormente fuese otorgado en propiedad a un tercero adjudicatario. En tal sentido,

precisa la falta de idoneidad de la medida cautelar de anotación de demanda para garantizar decisiones que se vinculen con acreencias laborales, así como su inutilidad para definir la prelación en el pago de créditos. Asimismo, cuestiona que no se haya respetado el presupuesto de adecuación de la citada medida respecto a lo que se pretende proteger; y el hecho de que al no haberse ordenado el levantamiento de la medida cautelar de anotación de demanda, se ha afectado gravemente el derecho de propiedad de la parte que obtuvo la adjudicación del bien por remate.

Palabras clave: anotación de demanda, criterio de adecuación, derechos laborales, prelación, adjudicación, levantamiento de medida cautelar, derecho de propiedad, amparo.

ABSTRACT

This article analyzes the judgment of the Constitutional Court in the matter of Docket No. 06920-2013-PA/TC Lima, in which, by a majority decision, the Court dismissed the appeal for *amparo* filed against the judgment that discussed the possibility of lifting the preventive measure of *lis pendens* dictated in a labor proceeding, on a property that was subsequently granted in ownership to a third person. In this regard, the article examines the unsuitable nature of the precautionary measure of *lis pendens* to guarantee decisions related to labor debts, as well as their lack of utility to prioritize the payment of credits. Furthermore, it questions the fact that the adjustment of the referred measure with respect to the protected interest was not respected; and that the precautionary measure of *lis pendens* was not lifted thereby seriously affecting the property rights of the party who obtained the property in an auction.

Key words: *lis pendens*, criteria of adjustment, labor rights, priority, award, lifting of the precautionary measure, property rights, *amparo*.

Recibido: 26/08/19 Aceptado: 30/09/19

1. INTRODUCCIÓN

Se nos pide realizar comentarios respecto de la sentencia del Tribunal Constitucional en relación con la posición asumida en la sentencia contenida en el Expediente n.º 06920-2013-PA/TC Lima. En dicha sentencia se discutió, en un proceso de amparo contra resolución judicial, la posibilidad de ordenar que se levante la medida cautelar de anotación de demanda dictada en un proceso laboral.

Se trata de una demanda de amparo contra resolución judicial postulada por la empresa Corporación Peruana de Productos Químicos S. A. contra la resolución de la Primera Sala Civil de la Corte de Lima, por la que se declaró infundada la demanda. La empresa alega que el inmueble afectado por esta medida cautelar lo adquirió a través de un remate público; sin embargo, no se lograron levantar las medidas de anotación de demanda que afectan el bien, debido a diversos procesos que iniciaron trabajadores contra la Cooperativa Industrial Cristal Murano.

Se tiene como antecedente que el pedido de levantamiento de medida cautelar de anotación de demanda fue aceptado en primer grado, empero, en segundo grado la decisión fue desestimada (revocada) al considerar que resultaba impredecible que el embargo en forma de retención pueda cubrir el adeudo del trabajador, tras existir diversas incidencias sobre la preferencia del pago tramitada por la propia Sala Laboral emplazada. Asimismo, la demanda de amparo fue estimada por el juez de primer grado tras considerar que, producido el remate judicial, el bien adquirido no puede ser utilizado para pagar las deudas laborales por las cuales se anotaron

las diversas demandas laborales, de modo que ello impide el ejercicio de uno de los atributos del derecho de propiedad. En segundo grado, la Sala Superior revocó la apelada considerando que la recurrente adquirió el bien conociendo sus antecedentes registrales y que de conformidad con lo que dispone el artículo 739 del CPC se debe levantar todo gravamen que pesa sobre el bien, pero no la medida cautelar de anotación de demanda.

En su momento, el Tribunal Constitucional, con cuatro votos, decidió desestimar el RAC y por ello declarar infundada la demanda indicando como argumentos los siguientes:

- a) De levantarse la medida cautelar de anotación de demanda desaparece la posibilidad de que alguno de los acreedores pueda reclamar la prioridad en la satisfacción de sus créditos.
- b) Se trata de una medida necesaria, la cual si bien obstaculiza el poder de disposición del bien, tiene también por finalidad satisfacer ciertas exigencias relacionadas con el principio de seguridad jurídica (satisfacción de derecho laboral).
- c) Es una carga no excesiva que será llevada temporalmente por las personas que adquieren un bien mediante remate judicial.

El voto en minoría y en especial el voto de la profesora Ledesma Narváez presenta una visión diferente del tema:

- a) Acude a la finalidad de las medidas cautelares y concretamente a la finalidad de la anotación de demanda.
- b) Utilidad de la anotación de demanda en las pretensiones dinerarias.
- c) Prelación de las acreencias laborales.
- d) Principio de persecutoriedad.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Existen varios tópicos que se pueden ver involucrados en la situación planteada por el caso que llegó al Tribunal Constitucional, por lo que consideramos necesario plantear algunas interrogantes:

- ¿Se debe levantar la medida cautelar de anotación de demanda cuando se produce la adjudicación del bien por remate derivado de un proceso en el que se discute una acreencia laboral?
- ¿El no levantamiento de la medida cautelar de anotación de demanda, en estos casos, afecta el derecho de propiedad del adjudicatario?

3. APUNTES PREVIOS

3.1. La medida cautelar de anotación de demanda

3.1.1. Concepto

Conocida en doctrina como anotación de litis, para De Lazzari es la cautela que permite alertar sobre la existencia de un juicio, evitando que terceros que contratan sobre bienes registrables en él implicados puedan invocar buena fe frente a quien la obtuvo. Como se advierte, cumple una función esencial de publicidad, sin restringir las facultades de disposición del dueño de la cosa a la cual se refiere la medida (1998: 531).

La anotación de demanda es una medida cautelar distinta al embargo o secuestro, su objeto principal es la publicidad, es decir, poner en conocimiento de una generalidad de personas la existencia de un proceso judicial en trámite por el cual se está cuestionando la realidad jurídica de un bien o derecho registrado. El tercero que se vincule con el bien o derecho, desde que toma contacto con este, tiene la expectativa incierta de que luego de culminado el proceso con sentencia firme, la realidad jurídica registral del bien o derecho inscrito puede sufrir una alteración que lo afecte. La importancia

de la anotación de demanda en el registro correspondiente estriba, según Alsina, en que el tercero adquirente o aquel a cuyo favor se constituye un derecho real, no pueden alegar ignorancia, debiendo soportar, en consecuencia, los efectos de la sentencia (1941-1943: 327, t. III).

Para Monroy Gálvez esta medida cautelar se concede en aquellos procesos en los que sus consecuencias afecten a un bien inscrito (1987: 56).

No interesa si con la demanda se está ejerciendo una pretensión de carácter real o personal, lo significativo es el efecto que producirá la sentencia en el Registro, de ser amparada. Aunque debe tomarse en cuenta que la anotación de demanda debe ser la adecuada a la pretensión postulada, es decir, que tenga concordancia o relación directa con lo que se procura con la pretensión.

La medida cautelar de anotación de demanda se constituye como pilar fundamental en los procesos de cognición, en los cuales la sentencia modificará o generará un determinado efecto jurídico en el Registro, con respecto a los bienes o derechos que se discuten en el proceso judicial.

La anotación de demanda sirve para publicitar una litis a través del Registro, evita que terceros que se vinculen con bienes o derechos registrados puedan alegar buena fe en el futuro, basados en el Registro. Es la mejor forma de garantizar el resultado de un proceso, pues con ella se hace saber a todos los que se vinculen con bienes o derechos registrados, que sobre estos existe un proceso judicial, que se encuentran en litis, que están cuestionados judicialmente; por lo cual, si se vincula con ellos, sufrirá las consecuencias que se deriven (favorables o desfavorables) del resultado del proceso judicial (sentencia firme).

Al igual que el embargo en la modalidad de inscripción, la anotación de demanda tiene gran acercamiento al derecho registral,

pues por su naturaleza en sede registral y además por disposición legal expresa, esta medida cautelar se constituye en una anotación preventiva.

4. ASPECTOS PROCESALES PARA LA CONCESIÓN DE LA ANOTACIÓN DE DEMANDA

En principio debemos tomar en cuenta que la anotación de demanda es una medida cautelar, por lo tanto, debería estar sujeta a los requisitos y exigencias de toda medida cautelar, es decir, debe definirse la verosimilitud, peligro en la demora, adecuación y contracautela. Sin embargo, dada su naturaleza esencialmente de publicidad de un proceso judicial en el Registro, tiene sus propios requisitos que la diferencian de las demás.

4.1. Necesidad de una demanda admitida

Significa que la anotación de demanda presupone siempre la iniciación de un proceso, esto es, la existencia de una demanda admitida previa a su concesión, por lo cual no se concibe la anotación de litis sin que exista un proceso en trámite. No sería congruente, en consecuencia, solicitar una medida cautelar de anotación de demanda fuera del proceso. Sería un contrasentido, ya que se anota o se inscribe en el Registro una demanda admitida (esto es, cuando el proceso se encuentra en trámite), no es posible admitir una demanda que aún no se ha postulado¹.

1 Aunque actualmente se suele utilizar para estos fines la llamada anotación de pretensión futura, que cuadra más con una medida cautelar genérica, que se da en circunstancias en las cuales la anotación de demanda no es admisible, pero, por la urgencia, se necesita anotar la existencia de un proceso futuro. Es una forma de publicitar un proceso que no existe, pero que debería existir en el futuro.

Esto significa que el pedido de anotación de demanda en el Registro depende de la admisión de la demanda postulada. Si no hay demanda admitida, no es posible atender un pedido de esta naturaleza.

4.2. Verosimilitud del derecho

Como en cualquier otra medida cautelar, resulta necesario que el juez termine convencido de la apariencia del derecho que invoca el actor al postular el pedido de anotación de demanda. Sin embargo, no hay una regla específica en cuanto a la anotación de demanda para sustentar la verosimilitud del derecho que se invoca, por lo que me animo a decir que si la verosimilitud del derecho invocado significa tener determinado grado o porcentaje de probabilidad para que el juez estime la pretensión en la sentencia, entonces, el actor debe brindar un grado aceptable de probabilidad al juez para pasar este presupuesto.

Para algún sector de la doctrina, el único recaudo que se debería establecer para la concesión de esta medida cautelar es la existencia de la verosimilitud del derecho. En tal sentido, Alsina sostiene que basta la simple verosimilitud del derecho, que será apreciada discrecionalmente por el juez en cada caso, teniendo en cuenta los fundamentos de la demanda y las circunstancias de hecho que la rodean (1941-1943: 330).

La situación más importante en estos casos, según mi opinión, está en el peligro en la demora, pues me parece que se debe postular la necesidad de anotar la demanda para evitar que el Registro cambie o se modifique por el accionar del demandado o de terceros, de tal manera que se eviten serios perjuicios en el actor, en el futuro, o que se genere una ineficacia de lo decidido. Aunque esta situación encaja más con el peligro en la demora.

4.3. Peligro en la demora

Si la anotación de demanda busca dar publicidad de la existencia de una litis con el objeto de eliminar la buena fe que pudieran alegar con posterioridad terceros registrales que se vinculen con él, entonces resulta totalmente claro que el peligro de la demora forma parte de la demanda. Este se vincula, además, a la verosimilitud del derecho, puesto que el peligro está ligado a la inmediatez con que se debe llegar al Registro, anotar la litis y evitar una modificación —algunas veces provocada— de la realidad registral del derecho o bien inscrito, con el consecuente fracaso irremediable de lo que se puede resolver en la sentencia.

Al respecto, De Lazzari indica que, en cuanto a la verosimilitud del derecho, si bien debe reunirse en todos los casos, siendo la anotación menos grave en sus efectos el embargo, en tanto permite la disponibilidad del bien, la carga de admisibilidad se atenúa manifiestamente. En cuanto al peligro en la demora, citando una jurisprudencia argentina, indica que esta se encuentra presumida o ínsita en la ley, relativa al ofrecimiento de contracautela, aunque la graduación sea más benigna. Igualmente, pueden seguirse perjuicios al titular del dominio, que verá desvalorizada la cosa por la existencia de la prenotación (1998: 334-336).

En síntesis, en la anotación de demanda el juez debe estar convencido de una simple verosimilitud del derecho. Pero debe tener sumo cuidado de que si no se concede la medida cautelar, pueden generarse graves perjuicios en contra del demandante, pues se pierde la oportunidad de anotar la litis y hacerla pública. De tal forma que, si no se hace, la eficacia del proceso simplemente no servirá, o por lo menos no tendrá utilidad para el demandante.

Esta situación se presenta en los procesos de nulidad de acto jurídico, otorgamiento de escritura pública, prescripción adquisitiva, entre otros, en los cuales muchas veces lo más importante resulta

proteger la eficacia del proceso, dando lugar a la anotación de demanda porque el Registro puede variar en minutos y el resultado del proceso no le servirá al actor si no se logra hacer pública la litis, teniendo en cuenta siempre un grado aceptable de verosimilitud.

4.4. Adecuación

La adecuación debe ser entendida como la correlación y coherencia que debe existir entre lo que se pretende cautelar en el proceso principal y la tutela cautelar que se dicta, esto es, que el pedido de tutela cautelar debe adecuarse a la pretensión que se trata de garantizar.

El que una medida cautelar sea «adecuada» depende del nexo que se establece entre el concreto derecho invocado y el peligro que (igualmente) se invoca, en tanto y en cuanto la tutela cautelar tiene por objeto «neutralizar» ese peligro durante toda la pendencia del proceso de fondo (salvo, obviamente, una mutación ulterior de las circunstancias). Por lo cual el profesor Priori ha señalado que la relación entre medida cautelar y pretensión planteada en la demanda es de idoneidad, y a ello se refiere la adecuación como presupuesto de las medidas cautelares (2006: 87).

Para nuestro Tribunal Constitucional «este presupuesto exige que el juzgador deba adecuar la medida cautelar solicitada a aquello que se pretende asegurar, debiendo dictar la medida que de menor modo afecte los bienes o derechos de la parte demandada o, en todo caso, dictar la medida que resulte proporcional con el fin que se persigue» (STC n.º 0023-2005-PI/TC). De lo que se puede inferir que el presupuesto de adecuación tendría los siguientes elementos:

- a) El juez al conceder tutela cautelar debe utilizar criterios idóneos que lo ayuden a sintonizar lo que se pide (con la medida cautelar) con lo que se pretende asegurar. De tal manera que

exista una relación directa entre ambas, lo que implica la presencia de una conexión jurídica entre ellas.

- b) Esta adecuación no debe ser lesiva a los bienes o derechos del destinatario de la tutela cautelar o en todo caso debe serlo en la medida de lo necesario.
- c) La medida concedida no debe ser excesiva ni arrolladora de los intereses del demandado, debe guardar proporcionalidad con respecto a lo que se pretende proteger.

La adecuación consiste en la congruencia y proporcionalidad que debe existir entre el pedido cautelar y la situación jurídica o fáctica que es objeto de la aseguración. La inobservancia de este requisito distorsiona la finalidad de las medidas, convirtiéndolas, en muchas ocasiones, en mecanismos de presión psicológica o medios para obtener una tutela satisfactiva. En otras palabras, en medidas cautelares ilícitas (Monroy Palacios 2002: 364).

En la anotación de demanda es de suma importancia la adecuación, ya que el juez debe tomar en cuenta dos situaciones. La primera, que la medida solicitada tenga relación directa con lo que se busca con la pretensión principal, es decir, que la anotación de demanda procure darle eficacia a la decisión que se obtenga en la sentencia. La segunda, que esta medida no afecte de forma ostensible la esfera jurídica patrimonial del demandado, que no es desproporcionada, sino más bien que responda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Considero que la anotación de demanda es una de aquellas que mejor protección le brinda al demandante en casos en los cuales la pretensión postulada se vincule a situaciones que se verán cristalizadas en el Registro.

4.5. Contracautela

Es significativa la expectativa negativa que genera frente a terceros el hecho de que un bien o derecho registrado se encuentre afectado por una anotación de demanda. Esto implica de alguna forma la disminución de su valor de compra o quizá la desconfianza total de los terceros que quisieran vincularse contractualmente con el titular del derecho inscrito. Es alto el costo que han tenido que pagar aquellos que se vincularon con un bien afectado con esta medida cautelar, pues finalmente luego de concluido el proceso su inversión se fue por la borda.

Si todas estas consecuencias pueden generar la anotación de demanda, entonces resulta necesario establecer un régimen de contracautela que proteja adecuadamente los intereses del demandado y titular del derecho inscrito, si le asiste la razón en el pronunciamiento final.

El régimen de contracautela en las medidas cautelares de anotación de demanda es variado según las circunstancias del caso, pero en la práctica es usual que se exija únicamente una caución juratoria, aunque nada impide que de acuerdo con el caso en particular se pueda solicitar una garantía real u otra que proteja adecuadamente los intereses del demandado.

Podetti señala que ningún profesional con alguna experiencia ignora esas demandas por reivindicación de grandes extensiones de tierras, cuyo valor actual asciende a centenas de miles y aún de millones, que se transan por unos pocos pesos, que el demandado paga para evitarse las consecuencias desastrosas de un pleito con un insolvente o los perjuicios dimanados de un embargo o de una anotación de litis, sin más contracautela que la caución juratoria; pero tampoco ignora la situación inversa, de un demandado que usufructuando el inmueble, dilata por años la terminación del litigio (1943: 150).

5. SITUACIONES ADICIONALES QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA PARA ACCEDER A ESTA MEDIDA CAUTELAR

5.1. Se debe tratar de bienes o derechos registrados

Puede ser que la pretensión que se discute en el proceso principal esté vinculada a una reivindicación, simulación de acto jurídico, prescripción adquisitiva, otorgamiento de escritura pública, nulidad de compraventa, nulidad de testamento, etc.; sin embargo, esto *per se* no garantiza la procedencia de esta medida cautelar. La anotación de demanda tiene trascendencia cuando la pretensión procesal tiene directa relación con un bien o derecho inscrito. En otras palabras, en el ejemplo de la reivindicación de un inmueble se admitirá la anotación de demanda siempre que este se encuentre registrado. O si se pretende efectivizar una obligación de escriturar la cautela solo será procedente si el bien inmueble transferido cuenta con registro.

Entonces, digamos que la característica principal de esta medida cautelar estriba en el binomio pretensión y bien o derecho registrado, la ausencia de estos elementos imposibilita la expedición de esta cautela. Según De Lazzari, es necesario que la pretensión de fondo pueda tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el registro correspondiente (1998: 534).

Consideramos que la anotación de demanda es procedente si se adecua a lo que se busca con la pretensión postulada con la demanda. Pero se requiere que el bien o el derecho que es materia de discusión se encuentre registrado, que tenga referencia en el registro.

5.2. Ejecución

Siendo la anotación de demanda una medida cautelar que en sede registral es considerada un anotación preventiva², esta se debe

2 Para Balarezo Forttini, dependiendo del tipo de anotación preventiva de que se trate, serán preinscripciones que publican la existencia de un derecho en vías

ejecutar por el registrador público con el acceso o anotación al registro correspondiente.

Corresponde al registro realizar la calificación de la rogatoria judicial para definir la procedencia de la inscripción de la medida cautelar, cuidando sobre todo que exista concordancia entre el titular registral y quien aparece como demandado. La idea es que se ejecute la medida cautelar sobre un bien que sea de titularidad del demandado, a fin de evitar perjuicio contra terceros que no son parte en el proceso.

Es a través del registro que se hace pública la afectación del bien con esta medida cautelar, por ello decíamos que la medida cautelar de anotación de demanda sirve para publicitar a través del registro la existencia de un proceso judicial en el que se decidirá con la sentencia firme la variación del registro.

La publicidad registral permite que todos sin excepción sepan que existe en el Poder Judicial un proceso en el que se discute una pretensión que puede variar el Registro. Es la mejor forma de hacer público un litigio.

5.3. Compatibilidad con el derecho inscrito

Debemos ratificar nuestra opinión respecto de la compatibilidad que debe existir con el mandato judicial (medida cautelar de anotación de demanda) y los antecedentes registrales del bien o derecho que se pretenden afectar. Esto quiere decir que el demandado debe aparecer

de inscripción, pero todavía no inscrito (es el caso de los asientos extendidos por defectos subsanables o por no estar inscrito el derecho de donde emane la transmisión o el gravamen); o asientos de contradicción, pues publican una eventual y futura rectificación de registro (como en el caso de la anotación de demanda) o asientos que dotan de determinados créditos de garantía o de preferencia frente a otros (por ejemplo, en la anotación de embargo) (1997: A-107).

con derecho inscrito en el Registro para que se pueda acceder a la inscripción.

La calificación de títulos de origen judicial por parte del registrador debe hacerse respetando los principios registrales que se encuentran involucrados en la calificación, de tal forma que si el titular registral ya no es el demandado, no se deberá acceder al pedido judicial, salvo que el juez insista en la inscripción luego de que el registrador le haga la observación.

En estos casos se debe aplicar el principio de prioridad excluyente, regulado en el artículo 2017 del Código Civil, según el cual «no podría inscribirse ningún título incompatible con otro ya inscrito, aunque este sea de fecha anterior», que tiene concordancia con el artículo 673 del Código Procesal Civil, que señala que «el registrador cumplirá la orden por su propio texto, siempre que la medida resulte compatible con el derecho ya inscrito».

Esta calificación registral tendrá en cuenta igualmente el principio de legitimación establecido en el artículo 2013 del Código Civil, pues las situaciones y titularidades que el Registro publicita se encuentran dotadas de presunción de exactitud, toda vez que el contenido de las inscripciones se presume cierto hasta que se modifique.

De este modo, se tiene que la actividad registral y los principios que la regulan juegan un papel importante en lograr la eficacia de la decisión judicial.

5.4. La medida no impide la enajenación del bien

Como sabemos, la anotación de una medida cautelar en el Registro de un determinado bien o derecho no lo sustrae de la esfera del comercio, es decir, que como cualquier otro bien puede ser transferido, gravado, etc. No se convierte en un bien fuera del comercio, aunque como veremos más adelante la sola inscripción

de una medida de esta naturaleza puede generar una serie de problemas en el titular del derecho, sobre todo respecto del ejercicio del derecho de propiedad.

En este caso la anotación de demanda tiene por finalidad desvirtuar oportunamente la buena fe que pueda alegar el tercero registral³ que se vinculó con el bien, pues tuvo oportuno conocimiento (advertencia) de la existencia de un litigio y de que el resultado de este podía variar la situación registral del bien.

Al respecto, Balarezo concluye que la anotación de demanda tampoco implica la prohibición de disponer del bien, sino que advierte a posibles contratantes de la existencia de un proceso en el que se discuten los derechos inscritos evitando con ello la aparición del tercero registral. En tal virtud, en caso la sentencia dictada en el principal sea favorable al demandante, el tercero no podrá ser mantenido en su adquisición, por no reunir los requisitos contemplados en el artículo 2014 del Código Civil. Agrega además que los contratos de disposición respecto del bien sobre el cual recae la anotación de embargo o la anotación de demanda, según corresponda, no son nulos, ni siquiera anulables, sino que son perfectamente válidos entre las partes, aunque de naturaleza aleatoria, regulados, por ello, por el artículo 1536 del Código Civil (Balarezo 1997: A-110).

3 El concepto de tercero registral se encuentra vinculado con el principio de fe pública registral, ya que la protección que esta origina alcanza a aquel directamente. El artículo 2014 del Código Civil regula esta figura y lo preceptuado por dicho concepto. Podemos definir al tercero registral como aquel que adquirió un derecho a título oneroso, con buena fe, de quien aparece en el Registro con derecho inscrito y que ha procedido a inscribir su adquisición. Habría que agregar, como lo señala la exposición de motivos, que será tercero registral respecto de cualquier acto o contrato en cuya celebración no ha intervenido y que a su vez no se haya inscrito o se inscriba con posterioridad (Balarezo 1997: A-108).

6. ANÁLISIS DEL CASO

6.1. Finalidad de las medidas cautelares

Para hacer un análisis adecuado de la sentencia del TC debemos empezar señalando qué finalidad tienen las medidas cautelares en sentido general, y de forma especial, la finalidad de la anotación de demanda.

Las medidas cautelares tienen como objeto asegurar la eficacia de la decisión final, sirven para asegurar el resultado de esta, así como para brindar, por último, la tutela judicial que se buscaba al postular la pretensión procesal con la demanda.

Podemos decir que las medidas cautelares, sea la que fuere su naturaleza o finalidad, ayudan ineluctablemente a fortalecer el valor «eficacia» del proceso civil. Eficacia que resulta inescindible con la tutela jurisdiccional, pues básicamente son ambas las que de modo implícito busca el justiciable cuando usa el proceso como instrumento para el logro de su pretensión, que según Peyrano puede satisfacer formalmente la sed de justicia o calmarla sustancialmente⁴.

A su momento, el profesor Juan Monroy Gálvez, al referirse al valor eficacia relacionado con la medida cautelar, advierte que resulta imprescindible que el proceso cuente con un instituto que permita asegurar que la duración del proceso no convierta en ilusorio el

4 Sobre la eficacia que pudieran generar las sentencias que crean jurisprudencia, desde el punto de vista de su contenido, Peyrano señala: así es, por ejemplo, que abundan los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que insisten en la necesidad de dictar decisiones jurisdiccionales «eficaces», ven la repulsa de aquellas sentencias cuyo único mérito sea el de constituir un grupo de frases bellamente escritas pero carentes del afán de hacer justicia en serio. Más vale a veces un empeño desmañado en procura de alcanzar el valor «justicia», que una estructura impecable y elegante pero despreocupada por el contenido de la resolución dictada. Continúa diciendo que la pepita de oro de la justicia se halla oculta en el ceno de una sentencia primorosa (1981: 7).

cumplimiento del fallo definitivo. Este instituto no es otro que la medida cautelar. Como se advierte, este se encuentra íntimamente ligado al valor eficacia en el proceso civil. Apreciamos en concreto la finalidad de dicho instituto (1987: 16).

Hemos señalado que las medidas cautelares han basado su desarrollo en la existencia del «proceso» aliado a los valores de «justicia» y «eficacia». Por tanto, siempre encontramos una conexión entre el llamado proceso principal y el proceso cautelar, y entre estos existe un elemento que los convierte en inescindibles: EL TIEMPO.

La duración que tenga el proceso principal, es decir, el tiempo que demore el juez en declarar la certeza de la pretensión contenida en la demanda y el perjuicio que pueda ocasionar tal dilación en contra del pretensor, ha sido motivo también de pronunciamiento por la doctrina, y ha sido considerada como otro elemento en el que se funda la teoría de las medidas cautelares.

Esta relación ya anotada y el tiempo que media entre ambos procesos, fueron apreciados por Montero, quien precisa que ni el juzgar puede realizarse de forma inmediata, ni el hacer ejecutar lo juzgado es instantáneo. Una y otra actividad exigen tiempo, tiempo para poder decidir con justicia, tiempo para sustituir esa conducta al condenado que voluntariamente no quiera realizar (1989: 15). En su oportunidad, Calamandrei —en *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*— sobre el mismo punto nos enseña que el tiempo, en definitiva, es consustancial al proceso y necesario para hacer bien. Definitivamente el tiempo que discurre entre la interposición de la demanda que genera el proceso principal y la emisión de sentencia es siempre en contra de quien solicita tutela.

Tratándose de medidas cautelares, el antiguo principio *litis pendente nihil innovetur*, por el cual la situación jurídica debatida debe mantenerse hasta la emisión de la sentencia, debe dejar de

observarse cuando se aprecie *a priori* la posibilidad de que se frustre la pretensión del actor.

Así, el fenómeno relacionado con el tiempo, llamado duración del proceso principal, hay que mirarlo desde dos aristas totalmente opuestas y contradictorias entre sí. Por un lado, porque este espacio de tiempo ayuda a dar certeza de la petición del actor en cuanto a sus derechos sustantivos; y, por otro lado, porque esta dilación —justificada a veces y otras no— le brinda amplias facilidades al sujeto procesal pasivo para intentar la burla de los derechos que le corresponden al demandante. Esta segunda posibilidad dio opción para crear mecanismos orientados a evitar que la efectividad de una sentencia se vea agravada por la demora del proceso; por ello Chiovenda reparó en considerar que la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en daño para quien teniéndola se ve obligado a acudir a los tribunales.

Guinchard, citado por María Pía Calderón, para referirse a la necesidad de las medidas cautelares y el transcurso del tiempo ocurrido entre la interposición de la demanda y la emisión de la sentencia, nos refiere que el cambio radical que se ha producido en nuestra sociedad añade una perspectiva nueva en la problemática de las medidas cautelares. La estabilidad de las sociedades antiguas se acomodaba relativamente bien a la duración del proceso soportando de forma paciente la espera. Nuestra sociedad contemporánea, agitada e inquieta, necesita sin embargo respuesta inmediata para la solución de sus conflictos (1992: 15). Por ello mientras el legislador no cree mecanismos adecuados para esta acelerada sociedad, el recurso a las medidas cautelares se convertirá en instrumento para combatir la duración del proceso.

Ramos Méndez, citado por Gozaíni, al referirse al tema en cuestión nos habla de que el fundamento que autoriza las medidas cautelares se encuentra en la incidencia del tiempo en el proceso,

el cual, naturalmente, ocupa un largo plazo hasta que llega al reconocimiento del derecho. La lentitud de la justicia se cubre preventivamente con estas medidas provisionales, obrando como paliativos de los riesgos a los que puede llevar la tardanza en obtener un pronunciamiento judicial (1992: 787).

En conclusión, debemos memorar que las medidas cautelares en el proceso civil cumplen dos funciones muy marcadas: la primera porque se columbran como medios de satisfacción de intereses que esperan una respuesta del órgano jurisdiccional; y la segunda porque operan como un reaseguro (Gozaíni 1992: 788) de la sentencia, ya que también está de por medio el interés del mismo órgano jurisdiccional para hacer eficaces sus decisiones.

No cabe duda de que la tutela cautelar juega un papel preponderante en el proceso judicial, su misión principal es garantizar el resultado definitivo del proceso, es decir, sirve para hacer eficaz la decisión obtenida y, en su caso, es el mejor instrumento que hace viable la ejecución de lo decidido.

Por ello, se dice que la tutela cautelar se convierte en el mejor instrumento del proceso para lograr la eficacia de lo que se decida en su interior.

6.2. Finalidad de la anotación de demanda

La anotación de demanda tiene la finalidad de toda medida cautelar: garantizar el resultado de la decisión final, darle eficacia. Pero, como medida cautelar especial, tiene una finalidad concreta: dar publicidad a un proceso judicial a través del Registro.

En ese sentido, la finalidad concreta de la anotación de demanda es hacer saber a todos a través del Registro que existe en el Poder Judicial un proceso judicial iniciado que podría de alguna manera modificar la realidad registral.

La anotación de demanda busca un propósito específico, que todos aquellos que se vinculen con determinado bien a través del Registro sepan de la existencia de un proceso judicial en el cual se encuentra discutiendo un bien o un derecho registrado en la partida en la que se inscribió el mandato judicial y que podría producirse un cambio de relevancia de la información registral.

La idea de esta publicidad que genera la anotación de demanda es quebrar cualquier posibilidad de alegación de buena fe de todo aquel que se vincule con el bien o derecho a través del Registro. Además, si se vincula con el bien o derecho en el Registro después de anotada la demanda, quedará sujeto al resultado final del proceso, lo afectará la cosa juzgada aunque no haya sido parte del proceso.

La profesora Ledesma señala que el objeto de la anotación busca asegurar la publicidad de los procesos relativos a bienes inmuebles o muebles registrables frente a la eventualidad de que las sentencias que en ellos recaigan hayan de ser opuestas a terceros adquirentes del bien litigioso o a cuyo favor se constituya un derecho real sobre este (2016: 100).

6.3. ¿La anotación de demanda sirve para garantizar acreencias dinerarias?

Si la finalidad de la medida cautelar de anotación de demanda es hacer pública la existencia de un proceso judicial cuyo resultado va a modificar el Registro, entonces podríamos sostener que esta medida cautelar podría servir para garantizar procesos que en concreto tienen postuladas pretensiones que busquen de forma directa o indirecta modificar el Registro con la cosa juzgada.

Esto significa que el juez, para dictar una medida cautelar de esta naturaleza, debería tener presente que solo será admisible si busca dar eficacia a lo que se decida con la sentencia firme.

En los procesos en los que se discute el pago de una suma dineraria, se pone en evidencia la existencia de un derecho de crédito, el demandante es titular de este derecho. Ello le permite hacer viable la exigencia del derecho de crédito en el proceso, a través de la demanda, exigiendo que el demandado cumpla con pagarle determinada suma de dinero. Esta acreencia puede ser de orden civil o de naturaleza laboral.

Los procesos de obligación de dar suma de dinero no tienen como referencia el Registro, ya que las acreencias o los derechos de crédito normalmente no tienen vinculación con aquel. En ese sentido, si lo que se busca es garantizar el resultado de la decisión final, la medida cautelar adecuada en estos casos son los embargos, y de ser posible, un secuestro conservativo.

La anotación de demanda no es la medida cautelar que sirve para garantizar el resultado de la decisión final, pues la sentencia terminará ordenando el pago de una suma de dinero. Y si ese es el resultado final del proceso, las medidas cautelares para futura ejecución forzada serían las adecuadas para lograr garantizar las sumas que debe pagar el demandado.

En ese orden de cosas, tenemos que señalar que la anotación de demanda no es la medida cautelar adecuada para garantizar el resultado final del proceso en el que se pretende cobrar una acreencia dineraria⁵. Por el contrario, tiene por objeto poner en conocimiento público la existencia del pleito a fin de que la enajenación o negociación que pudiera recaer sobre tales bienes

5 A través de la anotación de demanda se persigue asegurar la publicidad del proceso a fin de oponer a los terceros la sentencia que respecto de él se dicte, de modo que no puedan invocar buena fe. A través de la publicidad de la litis el tercer adquirente del inmueble, o aquel en cuyo favor se constituye un derecho real, no pueden alegar ignorancia, debiendo soportar, en consecuencia, los efectos de la sentencia; de ahí que dicha cautela no impida o afecte la disposición del bien, el que es susceptible de embargo o enajenación (Ledesma 2016: 105).

(individualizados o como integrantes de un patrimonio) no pueda producir la liberación referida (Rivas 2005: 192).

6.4. La anotación de demanda en el caso particular

Encontramos en el caso materia de estudio dos situaciones diferentes: la primera tiene que ver con la pertinencia (si es adecuada) de la anotación de demanda para garantizar el resultado del proceso en el que al parecer se discute un derecho de naturaleza laboral (acreencia laboral). La segunda se refiere a la posibilidad de levantar la anotación de demanda cuando ya se produjo la adjudicación (después del remate) o si tiene algún propósito mantenerla de acuerdo con las circunstancias.

En cuanto a la primera situación, me parece que la medida cautelar de anotación de demanda no era la adecuada para garantizar el resultado del proceso laboral, puesto que el resultado del caso no iba a lograr una modificación del Registro.

Se publicitó la litis con el objeto de que se supiera que existía un proceso laboral en el que los trabajadores de la demandada pretendían cobrar una acreencia laboral. Sin embargo, la finalidad de este proceso no se vincula por ningún lado con la modificación del Registro, sino más bien con la satisfacción dineraria que cubre los conceptos de naturaleza laboral demandados. Para este propósito simplemente se encuentran previstos los embargos. Por ello en este caso la medida cautelar idónea para cubrir acreencias de naturaleza laboral son los embargos, no funciona la anotación de demanda, no es útil.

Al parecer los trabajadores buscaban que la empresa demandada no realice ningún acto de disposición del bien y que al lograr anotar la demanda se disuadía a cualquier comprador de buena fe de adquirir la propiedad de este o a gravarlo. Un inmueble con anotación de

demanda inscrita disuade a cualquier interesado de vincularse con el bien a través del Registro.

Consideramos que el juez del proceso laboral admitió de forma incorrecta la medida de anotación de demanda, pues se quebrantó el criterio de adecuación del que depende la dación de cualquier medida cautelar, adecuación en el sentido de que la medida cautelar solicitada y ordenada siempre debe tener correspondencia con la pretensión postulada en la demanda, que sirva para garantizar la eficacia de lo que se decida en la sentencia firme. Lo que no se produce en este caso en particular, ya que la medida cautelar que garantizaba la eficacia de lo decidido era el embargo.

Esta situación no fue analizada por el voto en mayoría, que decidió no levantar la medida cautelar, y argumentando un supuesto orden de prelación para el cobro de la acreencia señaló: «La conservación de la anotación de demanda es la única manera de determinar el orden de prelación en el que se tengan que satisfacer las acreencias laborales judicializadas», lo cual, en mi concepto, no es admisible, por dos aspectos muy puntuales:

- a) En este caso, se trata de derechos laborales de la misma naturaleza y en consecuencia se encuentran en la misma situación de paridad o igualdad, ninguno de ellos es mejor que el otro y la anotación de demanda sobre un bien que ya fue vendido por remate no le genera ningún tipo de prelación respecto de otro acreedor laboral que tenga o no anotada la demanda sobre el mismo inmueble, simplemente porque este inmueble ya no es de propiedad del empleador y respecto de él no se podrá realizar ninguna exigencia de naturaleza económica para satisfacer el crédito laboral.
- b) Si la prelación fuera sobre otro acreedor embargante que hubiera anotado el embargo en la misma partida registral, se debe seguir la misma regla, porque con el remate todas las

anotaciones de embargo se levantaron y, en consecuencia, no habría con quién comparar la prelación, salvo que se quiera comparar con otras anotaciones de demanda sobre el mismo bien, situación que ya fue señalada.

Por ello, respecto de la segunda situación, consideramos que no existe razón suficiente en la resolución del Tribunal Constitucional (en mayoría) para haber denegado el levantamiento de la anotación de demanda, en primer lugar, porque no era la medida cautelar adecuada para garantizar acreencias laborales; en segundo lugar, porque no es atendible el argumento de que serviría para lograr una prioridad a través del Registro, ya que el inmueble rematado tiene otro dueño y ya no sirve para el propósito que buscaban los trabajadores titulares de la anotación de demanda; y, en tercer lugar, porque mantener anotadas las demandas en un inmueble que ya no se podrá afectar debido a que fue rematado y tiene otro propietario, y que el monto obtenido debe ser entregado a los acreedores que el juez disponga, afecta gravemente el derecho de propiedad de quien adquirió de buena fe el inmueble.

Si bien el adjudicatario sabía de la existencia de las anotaciones de demanda y que no se podían levantar en este caso por disposición legal, la restricción al derecho de propiedad resulta grave, si tomamos en cuenta que las citadas anotaciones no cumplen ningún fin práctico para los intereses de los acreedores laborales porque el inmueble ya fue rematado. En todo caso, su interés se debe trasladar al monto obtenido en el remate judicial, si eso es lo que buscan con el proceso laboral.

En ese sentido, considero que la negativa de levantar la medida cautelar de anotación de demanda por la Sala Superior y con el voto en mayoría del Tribunal Constitucional afecta el derecho de propiedad del actor, puesto que prácticamente lo saca del tráfico de bienes al mantener anotadas las demandas.

Debe tomarse en cuenta que si bien es cierto que la anotación de demanda en el Registro no impide la enajenación del inmueble, el adjudicatario podría disponer de él aun con estas anotaciones. Pero, en este caso en particular, considero que ese no es el tema de discusión. La controversia se ubica en otro plano, esto es, que las anotaciones de demanda se encuentran involucradas con un proceso en el que discuten acreencias laborales. Por ende, estas anotaciones no garantizan para nada la eficacia de la decisión final que se emita en ese proceso, menos se puede decir que sirven para definir prelación en el pago de las acreencias laborales, debido a que el inmueble ya fue transferido y las acreencias laborales tienen el mismo rango.

7. POSICIÓN DEL TC EN MAYORÍA PARA DESESTIMAR LA DEMANDA

Como hemos señalado en líneas precedentes son tres los argumentos que sustentan la decisión en mayoría para desestimar la demanda de amparo:

- a) De levantarse la medida cautelar de anotación de demanda, desaparece la posibilidad de que alguno de los acreedores pueda reclamar la prioridad en la satisfacción de sus créditos.
- b) Se trata de una medida necesaria, que si bien obstaculiza el poder de disposición del bien, tiene también por finalidad satisfacer ciertas exigencias relacionadas con el principio de seguridad jurídica (satisfacción de derecho laboral).
- c) Es una carga no excesiva que será llevada temporalmente por las personas que adquieren un bien mediante remate judicial.

Veamos cada uno de ellos. El argumento «a» ya lo hemos referido, y me parece que no es el adecuado para sustentar la decisión, puesto que el bien inmueble ya se remató a un tercero y la discusión respecto del pago a cada uno de los trabajadores que tienen procesos laborales

contra la citada cooperativa ya no se relaciona con el bien inmueble rematado, sino con la suma de dinero que se obtuvo en el remate.

Por lo que si hubiera tercerías de derecho preferente o algún trámite de acreedor no ejecutante derivado del proceso en el que remató el bien, las acreencias, en mi opinión, se encuentran en el mismo rango (son créditos laborales). Por ello la suma obtenida debería ser pagada a todos aquellos que la reclaman a prorrata, hasta donde alcance la suma obtenida en el remate. Los presupuestos para la procedencia del pedido del acreedor no ejecutante son, por un lado, que el peticionante tenga proceso con sentencia firme que le reconozca una acreencia impaga y que tenga afectado el mismo bien. Luego será el juez quien regule en su decisión el pago de su crédito según su naturaleza. Si los trabajadores pidieron que se les pague su crédito con la suma obtenida en el remate, esta se debe prorratear entre todos los que la pidan, siempre que cumplan con estas exigencias.

La razón «b» es más débil aun, porque se plantea como argumento que la anotación de demanda de alguna manera garantiza que el trabajador pueda ver satisfecho su crédito laboral, lo cual no es cierto si volvemos a revisar la finalidad de la medida cautelar de anotación de demanda. Esta medida únicamente publicitaba la litis y evitaba que terceros se vinculen con el inmueble y luego puedan alegar buena fe. Pero no es una medida cautelar que pueda brindar satisfacción futura de naturaleza económica a quien la obtuvo.

En relación con el argumento «c», la anotación de demanda es una medida cautelar y como tal tiene efectos provisorios que se vinculan con la finalidad del proceso en el que se obtuvo. Si el proceso laboral terminó y la anotación de demanda no le servirá al trabajador para ejecutar el inmueble porque no es un embargo, sino que solo le servía (y mal) para publicitar la litis, entonces, esa provisoriedad ya concluyó y debía levantarse porque no le representa

ninguna utilidad al demandante en el proceso laboral. Además perjudica enormemente las expectativas del adjudicatario de gozar plenamente el derecho de propiedad que tiene sobre el bien, pues limitan su derecho de disposición, negociación y gravamen.

En suma, considero que las razones mostradas para desestimar la demanda de amparo, en este caso, no son las más adecuadas, y al parecer nos encontramos en un supuesto de motivación aparente, al tener una decisión que no soporta su validez en el plano de la justificación externa.

8. CONCLUSIONES

1. La anotación de demanda es una medida cautelar que no tiene por finalidad garantizar decisiones que se vinculen con créditos laborales. Busca publicitar una litis que podría generar con la sentencia firme un cambio en el Registro.
2. En los procesos laborales donde se discuten acreencias laborales las medidas cautelares idóneas son las medidas para futura ejecución forzada: los embargos o el secuestro conservativo. La anotación de demanda no es la medida cautelar adecuada.
3. Si el inmueble se remató y la medida cautelar de anotación de demanda proviene de un proceso laboral en el que se discute una acreencia laboral, esta perdió utilidad y, por tanto, debe levantarse, pues afecta de forma grave el derecho de propiedad del adjudicatario.
4. Las medidas cautelares de anotación de demanda que provienen de procesos que buscan satisfacer créditos laborales no sirven para definir la prelación en el pago de crédito, ya que estos créditos tienen el mismo rango y se encuentran en plano de paridad. Además, la prelación para fines de cobro del crédito no se establece con una anotación de demanda, sino con un embargo.

5. Mantener las anotaciones de demanda que no tienen ninguna utilidad para aquellos que lograron la cosa juzgada —en el caso en particular— afecta el derecho de propiedad del adjudicatario.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALSINA, Hugo (1941-1943). *Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial*. 3 tomos. Buenos Aires: Cía. Argentina de Editores.
- BALAREZO FORTTINI, Juan Ramón (1997). *Las anotaciones preventivas en normas legales*. Tomo n.º 257, A-107.
- CALDERÓN CUADRADO, María Pía (1992). *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. Barcelona: Civitas.
- DE LAZZARI, Eduardo Néstor (1998). *Medidas cautelares*. Tomo I. La Plata: Editorial Platense.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (1992). *Derecho procesal civil*. Tomo I: *Teoría general del proceso*. Vol. II. Buenos Aires: Ediar.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2016). *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- MONROY GÁLVEZ, Juan (1987). *Temas de proceso civil*. Lima: Studium.
- MONROY PALACIOS, Juan (2002). *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad.
- MONTERO AROCA, Juan *et al.* (1989). *Derecho jurisdiccional II-2*. Barcelona: Librería Bosch.
- PEYRANO, Jorge (1981). *Medida cautelar innovativa*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

PODETTI, J. Ramiro (1943). «Las medidas cautelares y el embargo preventivo de los frutos de las cosas litigiosas». *Revista de Derecho Procesal Civil*, I, 138-153.

PRIORI POSADA, Giovanni (2006). *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA.

RIVAS, Adolfo (2005). *Las medidas cautelares en el derecho peruano*. Lima: Jurista Editores.

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 10, n.º 12, julio-diciembre, 2019, 57-85

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v10i12.24>

Cortes, doctrina y sociedad inclusiva: breves anotaciones a partir de la síntesis de los resultados de una investigación

Courts, doctrine and inclusive society:
brief notes based on the synthesis of the results
of research



ELISABETTA PALICI DI SUNI
Universidad de Turín
(Italia)

Contacto: elisabetta.disuni@unito.it
<https://orcid.org/0000-0003-4281-2202>

RESUMEN

El artículo reúne los resultados acerca del nivel de influencia que tiene la doctrina sobre los fallos de las cortes constitucionales, distinguiéndose en razón de ello entre las cortes que citan y aquellas que no citan. Para esto diferencia las cortes según el ámbito de jurisdicción, pero, además, de estilo, según su pertenencia a determinado sistema jurídico. Del mismo modo, se aborda el tema tanto desde una perspectiva histórica como cultural.

Palabras clave: comparación jurídica, cortes constitucionales, doctrinas, citas, ordenamiento jurídico.

ABSTRACT

This article contains the results of the level of influence exercised by the doctrine on the judgments passed by the constitutional courts, distinguishing between the courts that quote the doctrine and others that do not, based on such influence. To this effect, it differentiates the courts according to their jurisdiction, but, also, of style, according to their specific legal system as well. Likewise, this subject is addressed from both a historical and cultural perspective.

Key words: legal comparison, constitutional courts, doctrines, quotes, legal order.

Recibido: 15/04/19 Aceptado: 29/08/19

1. SÍNTESIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

En el sumario del proyecto de investigación sobre «Cortes, doctrina y sociedad inclusiva: el impacto de los factores doctrinales en las cortes de vértice», el significado y la finalidad de la investigación se sintetizan con estas palabras:

La cultura jurídica en Europa es un factor fundamental de inclusión que favorece las influencias mutuas, superando localismos y los déficits de comunicación, permitiendo la difusión de instrumentos jurídicos capaces de difundir y fortaleciendo la protección de los derechos que se derivan de las tradiciones constitucionales comunes, por medio del Convenio Europeo de Derechos del Hombre y por medio de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La doctrina promueve la circulación de las ideas y la comparación entre las soluciones propuestas en los diferentes ordenamientos, favoreciendo un mayor nivel de protección de los derechos. La investigación tiene la intención de revisar la influencia que la doctrina, a través de la elaboración del pensamiento jurídico

y por su potencial apertura a las necesidades sociales, ejerce sobre la jurisprudencia de los tribunales internacionales, supranacionales y nacionales.

El objetivo de la investigación, por lo tanto, fue medir esta influencia verificando cuánto se menciona o se tiene en cuenta la doctrina durante la redacción de las decisiones en los tribunales de los países europeos, así como los de los países extraeuropeos tomados en consideración¹.

El campo de investigación se ha dividido entre las distintas unidades de investigación, a las que se han asignado países individuales o áreas geográfico-culturales (*common law*, área de habla francesa, área de habla alemana, área mediterránea y países árabes, antigua Unión Soviética, área de América Latina), así como tribunales transnacionales.

La mayor dificultad de la investigación consistió en la enorme diversidad que tienen las cortes en estos ámbitos: cortes que citan y cortes que no citan, cortes que citan mucho y cortes que citan poco, cortes que citan de un modo y por motivos muy diferentes.

Por un lado, se trataba de recopilar datos de la manera más homogénea posible, con la finalidad de comparar el trabajo de las cortes en los ordenamientos considerados, individualizando una red común que superase las diversidades. Por otro lado, resultaba necesario analizar, en profundidad, la relación entre doctrina y jurisprudencia, tal como se manifiesta en los casos individuales, incluso más allá de los datos numéricos.

En el primer caso, uno de los resultados más significativos de la investigación fue la creación de una base de datos especial para

1 Una ilustración de los objetivos de la investigación mucho más amplia y más profunda de mi breve síntesis se puede encontrar en Pegoraro (2015: 5-24).

introducir datos relativos a las sentencias analizadas de varias unidades (<http://godel.ittig.cnr.it/corti/index.php7login>)².

Los datos fueron recolectados por país, por objeto de la decisión (derecho penal, civil, constitucional y así sucesivamente), según el tipo de citación (explícita, implícita o indirecta), por juez ponente, por juez autor de opinión concurrente o disidente, para votos singulares.

Además de la recopilación de datos, las diversas unidades examinaron la realidad de la relación entre la doctrina y la jurisprudencia en los ordenamientos analizados: surgió una imagen compleja y muy variada.

La jurisprudencia de las cortes europeas (Montaldo y De Caria 2015: 89-122) refleja muchas características que se encuentran en la jurisprudencia de las cortes nacionales. En las decisiones de las dos cortes europeas, las citas son escasas o incluso inexistentes: esto se debe, por una parte, a la influencia del *common law*, lo que las lleva a decidir principalmente sobre la base de sus precedentes; y, por otro lado, dentro del *civil law*, a la influencia de la ley francesa, con motivaciones cortas y sin citas³. La falta o escasez de citas también está relacionada con el considerable retraso acumulado y el constante aumento de los juicios, que empujan a las cortes a adoptar muchas decisiones incluso sin profundizar en el análisis a la luz de la literatura jurídica.

-
- 2 La *database* se creó con la ayuda del Instituto de Teoría y Técnicas de Información Legal (ITTIG), órgano del Consejo Nacional de Investigación, con sede en Florencia, cuyos trabajos han sido coordinados en particular por la Unidad de Florencia (profesor Carlo Fusaro, doctora Veronica Federico, doctora Maria Teresa Sagri), así como el profesor Ugo Pagallo de la unidad de Turín y por el profesor Piercarlo Rossi del Piemonte Orientale.
 - 3 Sobre la influencia del estilo francés, y particularmente de la jurisprudencia administrativa francesa, en el Tribunal de Justicia, véase Gorla (1967: 345-346).

Las pocas citas contenidas en las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos son de dos tipos: 1) referencias que sirven para reconstruir el derecho interno, especialmente para los sistemas menos conocidos, sin un impacto real en la decisión; 2) citas hechas para corroborar una cierta tesis. Estas citas están presentes casi exclusivamente en los votos singulares, concurrentes pero sobre todo en los disidentes, como un apoyo adicional a la tesis del juez que se aparta de la opinión de la mayoría. Para esto último, más bien, normalmente es suficiente referirse a los propios precedentes. En el período considerado (2008-2013), la excepción consiste en dos decisiones sobre crímenes de guerra (Kononov y Korbely), en las que fue necesario determinar si el principio de irretroactividad de las leyes debería aplicarse a tales crímenes: dada la complejidad y la sensibilidad de la problemática, la misma mayoría pide apoyo a la doctrina, especialmente en el derecho internacional.

En las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde las opiniones disidentes no aparecen, no se citan. Sin embargo, las citas están presentes en las conclusiones de los «abogados generales»⁴, con la proporción de uno a cuatro. Las citas son más frecuentes para *leading cases* y, sobre todo, en materias de libertad de movimiento y de ciudadanía. Los autores más citados en el período considerado son de Alemania (308), luego, a distancia, de Francia (137), Reino Unido (96), España (79) e Italia (49). Hay pocas citas de autores no europeos (11 en total para los Estados Unidos). Al tomar la decisión, los jueces no están obligados por las conclusiones de los abogados generales: pueden distanciarse de sus opiniones sin tener que motivarlas.

4 Nota del traductor: además de los jueces, el Tribunal de Justicia está compuesto y asistido por once «abogados generales», un secretario y varios asistentes. El «abogado general» del Tribunal de Justicia aporta a los jueces emitiendo su opinión con total imparcialidad e independencia al margen de si esta, finalmente, es tenida en cuenta o no.

En algunos países europeos las citas están completamente ausentes: es el caso de Italia, Francia y Bélgica⁵.

En Italia, como se puede ver, hay una prohibición expresa de citar doctrina contenida en las decisiones por aplicación del Código de Procedimiento Civil de 1941 (art. 1183). Sin embargo, no se prevén sanciones (Serio 2015: 29; Procida Mirabelli Di Lauro 2016) y esta disposición no parece ser vinculante limitación para la Corte Constitucional (Passaglia 2016), que, sin embargo, no cita. No obstante, en tiempos más recientes, tanto la Corte Constitucional como la Corte de Casación se remiten ampliamente a la doctrina o a tesis doctrinales específicas, absteniéndose de citar autores individuales (Serio 2015: 31-ss.; Procida Mirabelli Di Lauro 2016). La ausencia de citas nominales, por lo tanto, no impide la vinculación entre las decisiones y la literatura jurídica. Así se desarrolla un diálogo entre doctrina y jurisprudencia y, con ello, la evolución del derecho en sus principales ramas.

En Francia, respecto al citado de la doctrina, no hay una prohibición explícita; sin embargo, esta se encuentra ausente en las decisiones y no se hace referencia a ella. Esto también se halla conectado con la tradicional brevedad de las sentencias, con motivaciones extremadamente sintéticas y esenciales, en las que no habría lugar para las citas, aun cuando fuesen anónimas. La única referencia a la doctrina, pero de manera muy indirecta, se puede conocer en los informes de las sesiones del *Conseil Constitutionnel* y en los *commentaires* a las *decisiones del Conseil Constitutionnel* elaborados por la Secretaría General, donde se convierten en cada vez más numerosas citas de artículos científicos. La falta de vinculación entre el *Conseil Constitutionnel* y la doctrina está confirmada por la presencia esporádica dentro del *Conseil* de juristas académicos, que

5 Sobre las relaciones entre los tribunales y la doctrina en estos sistemas, véase el extenso trabajo reunido en Passaglia (2015).

alguna vez formaron parte de este, con nombres de gran prestigio como Vedel y Luchaire⁶.

Una prohibición explícita también está ausente en Bélgica y España.

En Bélgica existe una tradición bien establecida de no recurrir en las decisiones a las citas expresas, a pesar de que se puede encontrar cierta influencia de la doctrina en la gestión de los casos encomendados a los *référendaires*, que son asistentes reclutados por concurso, a menudo de origen académico (Passaglia y Ragone 2015: 69 y 72).

En la jurisprudencia española, las citas son muy raras, pero no completamente ausentes. Estas, en la mayoría de casos, hacen referencia a la doctrina en general y solo en raras ocasiones a trabajos específicos. La vinculación entre las citas y la doctrina está asegurada por los asistentes (letrados) (Passaglia y Ragone 2015: 82 y 84-85), así como en Bélgica, estos en su mayoría tienen proveniencia académica.

Los tribunales de Alemania y Austria, como los de Suiza⁷, hacen un uso extenso de citas de la doctrina, refiriéndose casi exclusivamente a la suya y solo raramente a la de otros países. Las obras citadas con mayor frecuencia son los textos que contienen los comentarios de las decisiones de las cortes, que permiten una visión general y concisa del problema⁸.

6 Passaglia y Ragone (2015: 63-87), en especial, las páginas 67 y 77-78.

7 Los datos sobre Suiza fueron recopilados por la unidad de Padua, coordinada por el profesor Sergio Gerotto.

8 Palermo y Trettel (2015: 285-ss.). Véase también Favale (2016): «La decisión del juez y una opinión que cuenta como la de cualquier jurista», pero «las opiniones doctrinales entran en el tejido del sistema legal solo cuando la jurisprudencia las hace».

Al igual que la experiencia de Austria y Alemania, en la República Checa (Stulakova 2015: 239-258) el Tribunal Constitucional utiliza con frecuencia citas de comentarios (a menudo escritos por los mismos jueces constitucionales), manuales y ensayos. La doctrina normalmente se cita en apoyo de una cierta tesis, tanto en mayoría como en las opiniones disidentes. Se invoca la doctrina checa, pero también se utiliza ampliamente la comparación con otros sistemas: en particular, Alemania, Austria, Eslovaquia, Estados Unidos y Reino Unido. Por otra parte, como se ha observado:

el uso de la doctrina extranjera en las sentencias del Tribunal Constitucional checo ha sido [...] fisiológico y necesario en los años noventa, cuando los tribunales checos recurrían tanto a la doctrina como a la jurisprudencia extranjera para profundizar en los nuevos temas jurídicos que son esenciales para un correcto proceso de democratización y de acercamiento del ordenamiento jurídico checo a los ordenamientos legales europeos y occidentales, en general (Stulakova 2015: 255).

El método casuístico propio de la jurisprudencia del Reino Unido, a pesar de la ausencia de una prohibición explícita de citas, igualmente, se opone a la utilización de las contribuciones teóricas de la doctrina: algunas referencias bibliográficas están aun presentes, aunque en un número muy limitado (Serio 2015: 34-ss.).

En los Estados Unidos, la jurisprudencia acostumbra citar la doctrina, pero con el tiempo se ha notado un poco en la relación entre los autores y las cortes (Smorto 2015: 143-ss.). Si las primeras y más prestigiosas revistas científicas académicas nacieron con la intención precisa de ofrecer apoyo a los jueces, en los últimos años se registró una «academización» de la doctrina, más atentos a la teoría general que a las cuestiones prácticas presentadas a las cortes. Por lo tanto, es una doctrina que se dirige principalmente al mundo académico mismo y no a las cortes. Como resultado, en los juicios

ahora tienden a citarse principalmente escritos para necesidades prácticas, y no estudios académicos publicados en revistas prestigiosas. Las citas contenidas en las sentencias también asumen la función de apoyar y dar mayor autoridad a una tesis que se desea defender, en lugar de proporcionar información útil para decidir: se utilizó la metáfora del borracho que utiliza el farol para apoyarse y no para iluminar (Smorto 2015: 159). Sin embargo, los tribunales de los Estados Unidos nunca se refieren a la jurisprudencia extranjera, solo citan a los autores internos⁹.

Numerosas citas están contenidas en las decisiones de los Tribunales de dos países de la Commonwealth of Nations: Canadá y Australia.

En el período considerado (2008-2012), las decisiones de los tribunales australianos que contienen citas doctrinales son aproximadamente del 40 %, mientras que en el caso de las cortes canadienses son aún más: alrededor del 65 %. Las citas en las sentencias australianas están siempre en inglés, mientras que en las sentencias en portugués están tanto en inglés como en francés: estas últimas son más frecuentes en el campo del derecho civil¹⁰.

Existen numerosas citas de doctrina en los tribunales del continente latinoamericano¹¹:

En Ecuador, por ejemplo, en el período considerado (2008-2013), se encuentra el promedio de al menos una referencia doctrinal por oración (Bagni 2015: 371). La doctrina referida, para variar, es extranjera: solo 63 autores ecuatorianos de los 543 autores citados (Bagni 2015: 374) y entre los extranjeros más citados están aquellos

9 Este último aspecto también lo destacan Pegoraro y Figueroa (2016).

10 Canadá y Australia fueron examinadas por la Unidad de Nápoles, Universidad Suor Orsola Benincasa, bajo la coordinación del profesor Tommaso Edoardo Frosini.

11 En América Latina, véase Pegoraro y Figueroa Mejía (2016).

de los países latinoamericanos y de España, seguidos por los de Italia y Alemania (Bagni 2015: 376).

Se identificaron datos similares para la Corte Suprema mexicana al analizar las decisiones tomadas entre el 2001 y el 2012 (Figueroa 2015: 315-ss.). Igualmente en México prevalece la doctrina extranjera y entre ellos los españoles, argentinos, italianos, estadounidenses y alemanes. Las referencias a enciclopedias y diccionarios jurídicos también son muy frecuentes.

En Colombia, las referencias a la doctrina han permitido a la justicia constitucional entre 1993 y 2001, principalmente gracias al juez Carlos Gaviria Díaz, un desarrollo evolutivo fundamental. Por medio del desarrollo de decisiones definidas «heréticas» por el mismo Carlos Gaviria Díaz (Estupiñán y Herrera 2015: 397-ss.).

En los países árabes, la ley religiosa (*sharia*) tiende a tener ventaja sobre la Constitución y sobre los Tribunales Constitucionales y garantiza poca independencia con respecto al poder político. En casos raros, los tribunales están obligados a decidir sobre los derechos y en este tema las citas de doctrina son, por lo tanto, muy limitadas. La doctrina extranjera de referencia, principalmente en materia de organización y funcionamiento de los órganos constitucionales, es casi exclusivamente la francesa¹².

En el sur de África, el ordenamiento de Sudáfrica resumió los tres sistemas: el tradicional africano, el *Roman-Dutch Law* derivado de los colonos holandeses y el *common law* Británico (Federico 2015: 169): el papel de la Corte Constitucional, establecida en 1994, superando el principio de supremacía del Parlamento, ha crecido en los últimos años. Más de la mitad de las sentencias realizadas por el Tribunal Constitucional entre el 2008 y el 2013 contienen una o más

12 Locchi y Oliviero (2015: 259-ss.). Ver también Piccinelli (2013: 369-390; 2015: 169-ss.).

citas de doctrina en las opiniones mayoritarias y, en menor medida, en las opiniones separadas, especialmente en materia de protección de los derechos fundamentales. Más del 72 % de las citas son de autores sudafricanos y el resto de citas son de autores anglosajones (especialmente británicos y estadounidenses) (Federico 2015: 180-ss.). Cabe señalar que la Constitución establece expresamente que los tribunales también pueden considerar el derecho extranjero en la aplicación de la Carta de Derechos, pero el Tribunal Constitucional, que se extiende ampliamente a la jurisprudencia y legislación de otros países, cita mucho más doctrina sudafricana (Federico 2015: 185-186).

Esta última también se cita principalmente en Botsuana y Namibia, donde incluso se hace referencia a autores europeos, principalmente británicos. Las citas son muy frecuentes en el Tribunal Supremo de Namibia, mientras que en el Court of Appeal de Botsuana, que es el único Estado africano que nunca ha conocido regímenes autoritarios, es más raro esto: los Tribunales de Botsuana, por lo tanto, de manera extendida, en el pasado, se han referido a la doctrina extranjera, pero ahora tienden a recurrir a sus precedentes en su mayor parte (Nicolini 2015: 209-ss.).

En la India, la Corte Suprema, competente para decidir las acciones directas para la protección de los derechos fundamentales, siempre ha intervenido de una manera muy creativa (Federico 2015: 170). Analizando la jurisprudencia del Constitucional Bench del Tribunal Supremo, se encontraron una o más citas en el 58 % de las decisiones tomadas entre el 2008 y el 2013. El 31 % de los autores citados son indios, seguidos de los autores británicos y estadounidenses (Federico 2015: 194 y 196).

En el mismo continente de Asia, la jurisprudencia en China no utiliza citas de la doctrina. De hecho, el Supremo Tribunal Popular no se refiere a opiniones académicas, en parte porque tiende a

resolver las disputas de una manera más unificada, garantizando la aplicación de la ley al caso específico (Jie 2015: 123-ss.)¹³. Con referencia al sistema chino, se han resaltado «problemas bizantinos, no fáciles o rápidos de resolver: la dependencia política y económica de los magistrados al poder central o local, la inadecuada preparación técnica y legal de muchos jueces y lo generalizado es la acción irresistible del *guanxi* y de la corrupción» (Crespi 2006: 154).

2. RAZONES PARA CITAR, RAZONES PARA NO CITAR

A partir de la descripción realizada se observan diferencias significativas: existen tribunales que citan (como Suiza, Alemania, Austria, la República Checa, Estados Unidos, Canadá, Australia, América Latina, los países árabes de África del Sur), tribunales que citan con poca frecuencia (como el Tribunal Europeo de derechos Humanos o los tribunales de España y el Reino Unido), tribunales que nunca citan (como el Tribunal de Justicia Europeo, los de Italia, Francia, Bélgica y China).

Entre los tribunales que citan, algunos se refieren solo a la doctrina interior (Estados Unidos, Suiza) o incluso a la extranjera, en una medida limitada [Alemania, Austria, Sudáfrica (Federico 2015: 183)] o predominante [Botsuana, Namibia, India (Federico 2015: 201), Ecuador (Bagni 2015: 374), los países árabes, República Checa (Stulakova 2015: 253-254)].

Pero ¿cuáles son las razones que empujan a no citar y cuáles a citar?

En Italia la prohibición expresa de la cita de autores jurídicos está en el artículo 118, tercer párrafo de las disposiciones de aplicación del Código de Procedimiento Civil de 1941. La norma ha sido

13 Especialmente la página 126.

revisada en el 2009, pero la prohibición de citar se mantiene sin cambios, aunque con una eficacia limitada (Stulakova 2015: 253-254; Serio 2015: 29; Procida Mirabelli Di Lauro 2016).

Se han presentado muchas razones a favor de la ausencia de las citas en las decisiones judiciales.

Se observa que la multiplicidad y la variabilidad de las opiniones de la doctrina constituirían un obstáculo para la seguridad jurídica (Nunziata 1994: 880; Serio 2015: 30).

Las menciones favorables (especialmente de las cortes superiores) también conferirían a las obras citadas un valor casi equivalente al de las fuentes de derecho (Nunziata 1994; Bagni 2015: 394). Sucedió lo mismo, como recordaremos en breve, en tiempos de los romanos.

La prohibición de las citas sirve para evitar un papel excesivamente creativo por parte de la jurisprudencia, a favor de su carácter neutral (Passaglia y Ragone 2015: 85).

Los jueces en general prefieren no tomar expresamente una posición a favor de una escuela o de otra (Passaglia y Ragone 2015: 85; Montaldo y De Caria 2015: 115).

Si el juez estaba obligado a manifestarse sobre las diversas opiniones expresadas por la doctrina, eso implicaría una carga considerable en su trabajo. El creciente número de casos que se examinarán obliga a muchos tribunales a dedicar menos tiempo a las decisiones individuales, instándoles a concentrarse en los elementos esenciales y descuidar los conocimientos teóricos de procedencia académica (Montaldo y De Caria 2015: 121; Smorto 2015: 158; Bagni 2015: 394).

Por otro lado, las citas de la doctrina conducirían a una mayor expansión de las motivaciones que a menudo ya son bastante sustanciales.

Igualmente interesante es verificar qué razones empujan a otras cortes a citar.

En muchos casos se cita para aclarar aspectos extrajudiciales (por ejemplo, técnicos, médicos, etc.)¹⁴, para tomar una decisión en un campo especializado como la bioética puede ser, de seguro, necesario obtener información técnica de manuales, libros o artículos de ese sector.

A veces se hacen citas para apoyar ciertas decisiones, dándoles una mayor confianza en sí mismas (Passaglia y Ragone 2015: 81; Federico 2015: 205; Stulakova 2015: 251-252), en el caso de un *leading case* (Montaldo y De Caria 2015: 110) o cuando se está cuestionando un asunto delicado o controvertido (Smorto 2015: 159-160; Palermo y Trettel 2015: 296 y 308), o para apoyar un voto particular que es de la mayoría (Passaglia y Ragone 2015: 81; Montaldo y De Caria 2015: 95, 97, 102-103; Palermo y Trettel 2015: 297; Bagni 2015: 371)¹⁵.

Las citas de la doctrina, y especialmente de la doctrina extranjera, a veces contribuyen a una mejor comprensión, a aclarar el contexto (Bagni 2015: 365) y pueden jugar un papel propulsor, de innovación (Bagni 2015: 362; Stulakova 2015: 253¹⁶).

En otros casos, las citas tienden a ser puramente banales o de mero «acompañamiento informativo» (Nicolini 2015: 211 y 214) o efectuadas por mera erudición (Federico 2015: 206), para dar mayor autoridad y, por lo tanto, para legitimar la decisión y a su autor (Nicolini 2015: 2010; Bagni 2015: 371).

14 Véase Federico 2015: 185; Nicolini 2015: 212-213; Figueroa Mejía 2015: 337; Pegoraro y Figueroa Mejía 2016.

15 Para algunos tribunales, sin embargo, ha habido una tendencia a citar la doctrina más en opiniones mayoritarias que en opiniones separadas (Federico 2015: 181-182) o en ambas (Stulakova 2015: 252).

16 Que habla de un «enfrentamiento constructivo para seguir mejorando el nivel de su propia doctrina y jurisprudencia».

Las diferencias son tantas y se refieren no solo a la presencia o a la ausencia de citas explícitas: son las diferencias y las especificidades de los sistemas individuales que se vinculan con una relación diferente entre maestros y jueces, entre la doctrina y la jurisprudencia, entre la magistratura y los otros poderes del Estado.

3. HIPÓTESIS SOBRE EL ORIGEN HISTÓRICO-CULTURAL DEL CONTRASTE: LA DOCTRINA ENTRE EL PARLAMENTO Y LOS JUECES

Los datos que surgen de la investigación llevan a preguntarse acerca de las posibles causas del conflicto entre la doctrina y la jurisprudencia, entre las cortes que citan y las cortes que no citan.

Esta oposición difícilmente se remonta a la existente entre el *common law* y el *civil law*. Hay sistemas de *common law* (como en los Estados Unidos) en los que se cita y otros (como en el Reino Unido) donde se cita muy poco. En el *civil law*, los Tribunales de Suiza, Alemania, Austria y la República Checa hacen frecuentes citas, mientras que en Italia, Francia y Bélgica están estrictamente ausentes.

La pregunta es ciertamente muy compleja. Sin pretender dar una explicación completa, se pueden esbozar algunas hipótesis vinculadas a la historia y a la evolución de las formas de gobierno y a las relaciones entre jueces y legisladores.

En la época romana, los trabajos de los juristas eran válidos como fuentes de derecho, y los jueces, que no siempre eran expertos en derecho¹⁷, las utilizaban para resolver disputas. La legislación intervino en este sentido para regular las citas y garantizar la certeza jurídica. En el año 426 d. C. fue emitida por Valentiniano III la «Ley

17 Marongiu señala que en ese momento «el destino de la jurisprudencia romana» había empeorado (1939: 443).

de las citas» para limitar el número de autores que podrían ser citados por los jueces: solo se podía citar a Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo y Modestino¹⁸. En el 533 fue emitido el Digesto: en sus cincuenta libros, una comisión designada por Justiniano y dirigida por Triboniano recogió, después de haber sido modificados y actualizados, fragmentos de textos clásicos de juristas clásicos, siempre el *ius respondendi ex auctoritate principis*, que entonces tenían que tomar en consideración los jueces en sus decisiones (De Bernardi 2013; Bagni 2015: 361).

Se señaló que «tales órdenes de Justiniano han quedado en letra muerta y no se ha detenido, ni siquiera durante su vida, la continuación de la producción científica», especialmente de los glosadores (Marongiu 1939: 447).

En una Pragmática de 1427 Juan II de Castilla prohibió aducir en los juicios «opinión ni determinación, ni decisión ni derecho, ni glosa de cualquier doctor o doctores», mientras que en otra Pragmática de 1499 reiteraron el llamado a la prohibición de citar la doctrina excepto «en cánones a Juan Andrés, y en leyes a Barto» (Marongiu 1939: 452-453).

En el Reino de Nápoles, Fernando IV con despacho real del 23 de septiembre de 1774 dispuso que todos los tribunales «expliquen la razón de decidir, o sea los motivos sobre los cuales las decisiones están fundamentadas», evitando al mismo tiempo referirse a «la autoridad de doctores, quienes durante demasiado tiempo con sus opiniones han alterado o hecho incierto y arbitrario el derecho»¹⁹.

18 Como dice Marongiu, las obras de estos cinco autores fueron de hecho «en la práctica las mejores obras, y por lo tanto más extendidas y más fáciles de controlar» (1939: 445).

19 Prohibiciones similares de recurrir a las «autoridades de los médicos» se incluyeron en las Constituciones piemontesas de 1723 y 1729, en las de 1770, en el Código Estense de 1771. Véase Marongiu (1939: 462); Gorla (1969: 119-ss.; 1967: 359-360); Nunziata (1994: 878-879); Serio (2015: 25-26).

Como se ha señalado, «los gobernantes del siglo XVIII imputaban a la doctrina [...] el socavar su autoridad, o incluso su sustitución por sus respuestas [...] El peligro era que la jurisprudencia podría llegar a ser *os doctorum* en lugar de *os regis*» (Serio 2015: 27).

La disposición de Fernando IV, sin embargo, «tuvo una corta vida y fue revocada debido a las presiones corporativas del orden judicial, declarándose lesiva en sus más celosas prerrogativas» (Nunziata 1994: 878; Gorla 1969: 121 y 126).

La preocupación del soberano de limitar los poderes de los jueces también se manifestó en los franceses del *ancien régime*. Parece una prueba de esto la práctica, difundida desde la primera mitad del siglo XIV, de la presentación de las ordenanzas reales a las cortes soberanas (los *Parlements*) y la lectura solemne con la finalidad de que los procedimientos fueran bien realizados y notificados a los tribunales inferiores. Los parlamentos a veces exponían observaciones (*remontrances*) suspendiendo el registro hasta la respuesta del príncipe. Para imponer el registro, el rey se valía de la renovación expresa de la orden o, en los casos más graves, del *lit de justice*, y eso significaba una intervención en forma solemne en las sesiones del Parlamento con las insignias reales y los dignatarios de las cortes sobre un gran sillón de dosel para eliminar toda autoridad al colegio, al cual el rey lo había delegado, reconcentrándolo nuevamente en sí mismo (Lattes 1908: 25; Lombardi 1962: 36).

En Francia las sentencias no fueron motivadas. En el período de los francos y durante la Edad Media, los procesos eran solo orales. El procedimiento comenzó a escribirse desde finales del siglo XII, pero muy sucintamente: la decisión fue generalmente informada y algunas veces, aunque no siempre, incluso las razones. Desde finales del siglo XIII hasta la Revolución, las decisiones ya no fueron motivadas (Sauvel 1955: 9-ss.; Gorla 1967: 318-ss. y 360).

En mayo de 1789, los Estados Generales condenaron a las antiguas Cortes de Justicia por haber defendido durante mucho tiempo aquello que se consideraban sus prerrogativas, afirmando que todos los juicios, y no solo los penales, debían estar motivados (Sauvel 1955: 43-44)²⁰. En Francia, por lo tanto, solo después de la Revolución, la Ley del 24 de agosto de 1790, precedida por un debate profundo, se impuso la obligación de la motivación (Sauvel 1955: 45-46). La *Cour de Cassation*, establecida por un decreto del mismo año, adoptó, pronto seguida por los otros jueces, un «estilo severo, autoritario, en una sola oración» que comenzó con la fórmula *attendu que*: «de este modo, más que las razones o motivaciones por las cuales fue interpretada de una manera determinada la ley» eran «enunciadas las normas de ley y el caso al cual estas normas debían aplicarse» (Gorla 1967: 318-319 y 321²¹; Sauvel 1955: 46-47). La tarea de la casación fue, en efecto, solo la de garantizar «que los jueces apliquen el texto expresado por la ley y no lo contravengan» (Gorla 1969: 124).

Después de la Revolución francesa, aquello que se tutela ya no es la voluntad del soberano, sino la voluntad del pueblo expresada a través de sus representantes en la ley. El poder ilimitado del monarca es reemplazado por el poder ilimitado de la representación parlamentaria: el Parlamento se convierte en la boca del pueblo y la ley es la expresión de la voluntad general.

La revolución había exaltado el papel de la nueva clase política y redimensionado el papel de los jueces. La aversión de la Francia posrevolucionaria de oponerse a la magistratura es evidenciada con especial atención a esta frase que Jellinek usa en el proyecto de una

20 Según Gorla, los revolucionarios estaban de hecho «obsesionados con el espectro de los odiados parlamentos y con los amplios poderes de interpretación que habían arrogado» (1969: 124).

21 Las referencias citadas están en la página 321. Ver también Sauvel (1955: 46-47).

declaración de derechos del hombre elaborada por Robespierre: «Toute institution qui ne suppose pas le peuple bon et le magistrat corruptible, est vicieuse» (2013: 42).

Así la supremacía del Parlamento en forma de gobierno se consolida con la revolución, pero también la supremacía del Parlamento legislador frente a la magistratura. Tal supremacía implica la sujeción de los jueces a la ley y además el límite máximo de sus facultades discrecionales, interpretativas y creativas: no hay espacio, por lo tanto, para los cálculos teóricos de los jueces o para la doctrina en las decisiones judiciales.

En Italia, la prohibición de citar autores fue reafirmada en 1865 por el reglamento general judicial para la aplicación del Código Procesal Civil (R. D. n. 2641/1865), cuyo artículo 265, segundo párrafo, estableció que:

al compilar la motivación de las sentencias deben separarse las cuestiones de hecho de las cuestiones de derecho; se exponen los artículos de la ley sobre los cuales se fundamenta la sentencia y se hace una mención de los principios generales del derecho que han influido en la decisión, sin extenderse a refutar todos los argumentos adoptados en sentido contrario por las partes, y sin invocar la autoridad de los escritores legales.

Como hemos visto, la formulación fue retomada por el artículo 118 de las Disposiciones para la Aplicación del Código Procesal Civil de 1941, todavía vigente, que en el tercer párrafo reitera la regla de que «en cualquier caso, debe omitirse toda cita de los autores jurídicos».

Tanto en Francia como en Italia parece que la idea básica es aquella según la cual la ley contiene ciertas disposiciones que no necesitan de explicación: simplemente deben aplicarse. De esta manera, el poder discrecional de los jueces se limitó, refiriéndolo únicamente

a lo prescrito de modo específico por la ley para evitar un papel creativo de la autoridad judicial (Lombardi 1986: 43-44)²².

Como ya se había afirmado:

si bien es verdad que hoy en día no tiene mayor sentido volver a proponer la negada ecuación entre el juez y el repetidor de los contenidos de las disposiciones normativas, es, sin embargo, igualmente cierto que la tradición, al menos en sus formas exteriores, no ha sido eliminada por la mera constatación de la superación en los hechos de los presupuestos sobre los cuales la ecuación se apoyaba (Passaglia 2015: IX).

El hecho de que los sistemas jurídicos francés e italiano sigan siendo (junto con Bélgica) los pocos ordenamientos europeos en los cuales las cortes no citan, parece evidenciar que la tradición histórica no está del todo carente de influencias en cuanto a este aspecto.

Una confirmación en este sentido proviene del análisis de las diversas tradiciones propias de los sistemas legales en los que los tribunales hacen amplia referencia a la doctrina, como Austria y Alemania.

Jellinek observó que:

[la] Concesión de la Constitución por parte del monarca, la responsabilidad ministerial, la libre votación del presupuesto, aparecen como medios de tutela que están asegurados especialmente en la tradición estatal de los pueblos latinos, mientras la formación de una justicia administrativa autónoma como una garantía del derecho individual contra los abusos del poder estatal, en Europa, es un producto específico de la tradición constitucional alemana (2013: 42).

De hecho, Austria tiene una gran tradición en este sentido, como es particularmente evidente desde la denominada «Constitución

22 Ahora también en Lombardi (2011: 831-832), que trata de un juez «posjacobino».

de diciembre», es decir, desde las cinco leyes fundamentales del 21 de diciembre de 1867, incluida la Ley Fundamental n.º 144 sobre el Poder Judicial, que garantizaba la independencia de los jueces (artículo 6) y la oralidad y publicidad de las audiencias (artículo 10); la Ley Fundamental n.º 142, que contiene un catálogo de los derechos a los que todavía se refiere la Constitución actual de Austria; la Ley Fundamental n.º 143, que estableció el Tribunal del Imperio, competente para juzgar los conflictos de competencia entre las autoridades judiciales y administrativas, entre las autoridades territoriales y gubernamentales y entre los Länder, así como las apelaciones de los ciudadanos por la violación de los derechos garantizados en el catálogo.

Para Alemania y Austria, donde el derecho ha sido codificado como en el resto de Europa, también se ha resaltado oportunamente que el importante papel de la doctrina, al que la jurisprudencia se refiere en gran medida, está relacionado con la tradición pandectística y en atención desde siempre reservada a la interpretación sistemática y teorías generales (Palermo y Trettel 2015: 309-310).

Una interpretación más amplia de la ley por parte de los jueces, con el apoyo de la doctrina, pueda quizás también ser favorecida gracias a una estructura federal y multinacional más flexible y menos centralizada que las tradiciones de Francia y de Italia.

Del mismo modo, para Suiza la estructura federal y los instrumentos de la democracia directa hacen que el papel del legislador sea menos absoluto. Por consiguiente, incluso la doctrina puede ayudar a aclarar el significado de las leyes, apoyando a la actividad de los jueces en un sistema multilingüe y multirreligioso.

Las numerosas citas de la doctrina contenida en las sentencias de los Estados Unidos corresponden a una jurisprudencia creativa, sujeta únicamente a la Constitución y no a las leyes: un Poder Judicial que no está tan subordinado, pero se encuentra en una posición de

igualdad frente al Parlamento. Asimismo, la justicia constitucional puede afirmarse con el famoso caso *Marbury vs. Madison*, partiendo de la suposición de que los jueces, al igual que el legislador, están sujetos únicamente a la Constitución²³.

Desde este punto de vista, las pocas citas de doctrina utilizadas por los tribunales británicos se pueden remontar al hecho de que el Reino Unido es un orden de *common law* como los Estados Unidos, pero en el que se basa el principio de supremacía del Parlamento.

La forma de gobierno de los países latinoamericanos no es completamente asimilable a la de los Estados Unidos (Lombardi 1986: 53-ss.)²⁴: aún existen diferencias significativas, pero ciertamente no se trata de formas de gobierno caracterizadas por el dominio parlamentario.

El peso adquirido por los jueces en los sistemas latinoamericanos, que como hemos visto muy frecuentemente hacen referencia a las citas doctrinales, también está relacionado con las formas de protección judicial de los derechos constitucionalmente garantizados que se han afirmado desde 1841 con la Constitución de Yucatán, en la cual luego de haber enumerado las garantías individuales en el artículo 7, dispuso en el artículo 8 que los tribunales de primera instancia protejan (amparán) la plena aplicación de los derechos previstos en el artículo anterior (Pallici di Suni 2016). La protección de los derechos individuales por parte de los jueces es una constante de todos los ordenamientos latinoamericanos, aún cuando establezcan sistemas altamente diferenciados de justicia constitucional.

A continuación, se puede plantear la hipótesis de que la presencia o ausencia de referencias doctrinales en las sentencias se conecta, al

23 Volvamos a Pallici di Suni (2016: 2 y 7).

24 Especialmente las páginas 64-65.

menos en parte, al papel que se concede al Parlamento y los jueces de acuerdo con la tradición y la historia constitucional de su derecho.

4. ¿HACIA UN NUEVO ACERCAMIENTO?

En conclusión, a pesar de todo, debe enfatizarse que la línea que parece dividir las cortes que citan y las que no citan, revisando bien, es siempre menos profunda.

De hecho, como se ha observado oportunamente, las cortes que no citan (como las italianas) recurren de forma cada vez más frecuente a las citas anónimas (Serio 2015: 31-ss.) y en las sentencias son siempre más numerosas las referencias implícitas a la doctrina (Procida Mirabelli Di Lauro 2016).

El papel que la doctrina está llamada a desempeñar hoy está vinculado a las transformaciones que la ley ha experimentado en los últimos años.

En efecto, por un lado, es necesario considerar la importancia asumida por las cortes soberanas de los derechos y las cortes llamadas a garantizar su correcta interpretación. La Convención Europea de Derechos Humanos, la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos está asumiendo cada vez más regulaciones internas, incluso mediante la jurisprudencia de las respectivas cortes.

Por otro lado, este fenómeno se encuentra estrechamente vinculado a la comparación y confrontación con otros sistemas en un mundo globalizado. Y señala la tendencia de la jurisprudencia a referirse a las decisiones de los tribunales supranacionales, pero también a las de los extranjeros (Andenas y Fairgrieve 2015; Pegoraro y Figueroa 2016; Cukani, Dicosola, Nicolini y Poggeschi 2015).

En este contexto, la doctrina desempeña una función muy importante como puente entre el derecho supranacional comparado y la jurisdicción. Es un rol de la doctrina comprender y estudiar las transformaciones e influencias mutuas, proporcionando las herramientas para efectuar las conexiones entre el derecho interno, el derecho comparado y el derecho supranacional.

La investigación ha demostrado que no todos los tribunales que citan hacen referencia a la doctrina extranjera: los Estados Unidos y Suiza, por ejemplo, mencionan solo a los autores internos. Sin embargo, para la mayoría de las cortes que se citan no corresponde dicha regla. Asimismo, debe tenerse en cuenta que incluso la doctrina interna a veces puede proporcionar a los jueces información y perspectivas de derecho comparado.

Independientemente de la presencia o ausencia de citas expresas y la referencia a la doctrina interna o extranjera, para los tribunales es cada vez más necesario decidir no solo sobre la base del propio sistema, sino también teniendo en cuenta la ley supranacional y la comparación con otros sistemas. Para estos aspectos es necesario hacer evaluaciones teóricas y elaboraciones que solo la doctrina puede ofrecer.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDENAS, Mads y FAIRGRIEVE, Duncan (eds.) (2015). *Courts and Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press.

BAGNI, Silvia (2015). «Le citazioni dottrinarie nelle sentenze della Corte costituzionale dell'Ecuador, tra funzione creativa e dialogo inter-formanti». *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 359-395.

CRESPI REGHIZZI, Gabriele (2006). «Evoluzioni del nuovo diritto commerciale cinese». *Il Politico*, 71, 93, 142-171.

- CUKANI, Entela, DICOSOLA, Maria, NICOLINI, Matteo y POGGESCHI, Giovanni (2015). *Rischi e potenzialita del dialogo costituzionale globale. Per la costruzione di un «itinerario» geo-giuridico mediante la comparazione nel diritto pubblico*. «Introducción» de F. Palermo. Nápoles: Esi.
- DE BERNARDI, Matteo (2013). «La “legge delle citazioni” del 426 d. C. e l’art. 118 delle disposizioni per l’attuazione del vigente codice di procedura civile italiano». *Rivista di Diritto Romano*, XIII, 1-11. Recuperado de <https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano13DeBernardi-Citazioni.pdf>
- ESTUPIÑÁN ACHURY, Liliana y HERRERA BEDOYA, Óscar Elías (2015). «La circulación de la doctrina en las “sentencias herejes” de la Corte Constitucional colombiana». *Anuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 397-ss.
- FAVALE, Rocco (2016). «La circolazione del formante dottrinale nella giurisprudenza tedesca». En BAGNI, Silvia, NICOLINI, Matteo, PALICI DI SUNI, Elisabetta, PEGORARO, Lucio, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino y SERIO, Mario (eds.). *Giureconsulti e giudici. L’influsso dei professori sulle sentenze*. Vol. II: *La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia*. Turín: Giappichelli, 21-34.
- FEDERICO, Veronica (2015). «Sudafrica e India: l’uso della dottrina in ordinamenti giuridici complessi e stratificati». *Anuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 165-207.
- FIGUEROA MEJÍA, Giovanni (2015). «Influencia de la doctrina, los diccionarios y las enciclopedias en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia mexicana (2001-2012)». *Anuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 315-ss.

- GORLA, Gino (1967). «Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa». *Il Foro Italiano*, 90, 12, 314-362.
- ____ (1969). «I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)». *Il Foro Italiano*, 92, 10, 111-112, 131-132.
- JELLINEK, Georg (2013) [1885]. *Una Corte costituzionale per l'Austria*. Traducción de Elisabetta Palici di Suni. Turín: Giappicelli.
- JIE, Jiang (2015). «A study of effect and impact of scholarly opinions on judgments in the Spc of P. R. China». *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 123-ss.
- LATTES, Alessandro (1908). *L'interinazione degli editti. Studio di storia del diritto pubblico piemontese*. Turín: Clausen.
- LOCCHI, Maria Chiara y OLIVIERO, Maurizio (2015). «La circolazione della dottrina straniera nella giurisprudenza delle Corti costituzionali dei paesi arabi: il caso libanese». *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 259-284.
- LOMBARDI, Giorgio (1962). «Note sul controllo degli atti del sovrano negli Stati Sabaudi ad opera delle supreme magistrature nel periodo dell'assolutismo». *Annali della scuola speciale per archivisti e bibliotecari dell'Università di Roma*, a.2, fasc. 1, 1-40.
- ____ (1986). *Premesse al Corso di Diritto Pubblico Comparato. Problemi di metodo*. Milán: Giuffrè.
- ____ (2011). *Scritti scelti*. Editado por Elisabetta Palici di Suni y Stefano Sicardi. Nápoles: Esi.
- MARONGIU, Antonio (1939). «Legislatori e giudici di fronte all'autorità dei giuristi. Dalla legge delle citazioni all'art. 265 CPV. Reg. Gen. Giud.». En BESTA, Enrico. *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta per il XL anno del suo insegnamento*. Tomo III. Milán: Giuffrè, 441-464.

- MONTALDO, Stefano y DE CARIA, Riccardo (2015). «L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza delle Corti europee». *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 89-122.
- NICOLINI, Matteo (2015). «Sovversione del paradigma etnocentrico e formante dottrinale nella giurisprudenza dell'Africa Australe». *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 209-238.
- NUNZIATA, Massimo (1994). «“In ogni caso [nella motivazione della sentenza] deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici”»: la persistente attualità dell'art. 118, comma 3 disp. att. C.P.C.». *Il nuovo diritto*, 71, 878-881.
- PAGALLO, Ugo, SAGRI, María Teresa y ROSSI, Paolo (2015). «I profili metodologici della ricerca e la costruzione di una banca dati». *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 43-ss.
- PALERMO, Francesco y TRETTEL, Martina (2015). «Formante dottrinale e giurisprudenza costituzionale nella costruzione del federalismo «vivente» in Germania e Austria». *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 285-ss.
- PALICI DI SUNI, Elisabetta (2016). «Tre modelli di giustizia costituzionale». *AIC Rivista* 1, 1-24.
- PASSAGLIA, Paolo (ed.) (2015). *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina. Atti delle giornate italo-franco-belghe di diritto comparato. Pisa, 6 e 7 de marzo de 2015*. Nápoles: Esi.
- _____ (2016). «Je t'aime... moi non plus: qualche considerazione (ed una sensazione) sui rapporti tra giurisdizione costituzionale e dottrina in Italia, Francia e Belgio». En BAGNI, Silvia, NICOLINI, Matteo, PALICI DI SUNI, Elisabetta, PEGORARO, LUCIO, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino y SERIO, Mario (eds.). *L'influsso dei professori sulle sentenze. Vol. II: La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia*. Turín: Giappichelli, 87-104.

- PASSAGLIA, Paolo y RAGONE, Sabrina (2015). «Un attore lontano dalle luci della ribalta: la dottrina nella giurisprudenza costituzionale di Belgio, Francia e Spagna». *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 6, 63-87.
- PEGORARO, Lucio (2015). «L'influenza della dottrina scientifica sulla giurisprudenza: una ricerca sulla circolazione inter-formanti nel mondo». *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 5-24.
- PEGORARO, Lucio y FIGUEROA MEJÍA, Giovanni (2016). «Corti costituzionali, corti supreme, professori. Le citazioni dottrinali nella giurisprudenza del mondo (con particolare riferimento all'America latina)». En BAGNI, Silvia, NICOLINI, Matteo, PALICI DI SUNI, Elisabetta, PEGORARO, Lucio, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino y SERIO, Mario (eds.). *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze. I, Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*. Turín: Giappichelli, 22-75.
- PICCINELLI, Gian Maria (2013). «Continuità del formante dottrinale nell'Islam? Riflessioni sulla classificazione del diritto dei paesi islamici». *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 369-390.
- _____ (2015). «Le rôle de la chari'a dans la classification du droit des pays musulmans: réflexions d'un juriste italien». *Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement*, 124, 169-ss.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino (2016). «Quando la dottrina si fa giurisprudenza». En BAGNI, Silvia, NICOLINI, Matteo, PALICI DI SUNI, Elisabetta, PEGORARO, Lucio, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino y SERIO, Mario (eds.). *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze. Vol. I: Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*. Turín: Giappichelli, 113-177.

- SAUVEL, Tony (1955). «Histoire du jugement motivé». *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 5-53.
- SERIO, Mario (2015). «Le ragioni del silenzio (apparente): l'atteggiamento della giurisprudenza italiana rispetto alle citazioni dottrinarie a confronto con quello della giurisprudenza inglese». *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 25-42.
- SMORTO, Guido (2015). «L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza nel common law americano». *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 143-164.
- STULAKOVA, Jaroslava (2015). «L'uso della dottrina nelle pronunce della Corte costituzionale ceca». *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 239-258.

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 10, n.º 12, julio-diciembre, 2019, 87-104

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v10i12.25>

Las medidas cautelares reales civiles en el Código Procesal Penal del Perú¹

Real civil precautionary measures in the Peruvian Criminal Procedural Code



MARÍA ROSARIO VELÁSQUEZ OYOLA
Corte Superior de Justicia de Ventanilla
(Lima, Perú)

Contacto: mvelasquezo@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0001-9025-1943>

RESUMEN

En el presente trabajo se reflexiona sobre las medidas cautelares reales civiles en el Código Procesal Penal del Perú, que se encuentran contempladas de manera dispersa dentro de nuestra codificación y carecen de una ordenación sistemática; sobre todo si se considera que las reglas para decretarlas se encuentran en el Acuerdo Plenario n.º 7-2011/CJ-116, adoptado por la Sala Plena de la Corte Suprema. En

1 El presente artículo contiene algunas nociones, reflexiones y conclusiones de la tesis denominada *Medidas cautelares reales civiles en Perú*, que he presentado ante la Universidad de Medellín, Colombia, para optar el grado académico de magíster en Derecho, en febrero de 2018.

tal virtud, la investigación brinda una visión general de la regulación de las medidas cautelares reales en el Código Procesal Civil y en el Código Procesal Penal del Perú, a fin de concordar su articulación en ambos cuerpos normativos, así como en su aplicación.

Palabras clave: medidas cautelares reales, Código Procesal Penal, Acuerdo Plenario, consecuencias patrimoniales del delito, procedimiento cautelar, eficacia del proceso.

ABSTRACT

This paper reflects on the real civil precautionary measures in the Peruvian Criminal Procedural Code that are included sparsely in our code and lack a systematic order, particularly if one considers that the rules to dictated them can be found in Plenary Agreement No. 7-2011/CJ-116, adopted by the Supreme Court Plenary Division. As a result of the foregoing, this research offers an overall view of the regulation of the real precautionary measures in the Civil Procedural Code and Criminal Procedural Code of Peru, to articulate them in both bodies of law, as well as in their enforcement.

Key words: real precautionary measures, Criminal Procedural Code, Plenary Agreement, property consequences of crime, precautionary procedure, efficacy of the process.

Recibido: 29/05/19 Aceptado: 30/09/19

1. EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL PERÚ Y LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES

El Código Procesal Penal del Perú (Decreto Legislativo n.º 957, de fecha 29 de julio de 2004) contiene una sección III denominada «Las medidas de coerción procesal», el título IX se denomina «Otras medidas reales» (arts. 310 al 315) y el título X regula la incautación (arts. 316 al 320).

1.1. Las medidas cautelares

Son resoluciones o disposiciones que se dictan por las autoridades competentes para garantizar la efectividad de decisiones o sentencias que se expedirán en un proceso cognitorio, de ejecución, no contencioso, en un proceso penal. Se dictan para proteger los derechos que se declararán o serán reconocidos en un proceso, y tienen peculiaridades propias según la naturaleza del proceso en que se dicten. En determinados casos sirven como medio para asegurar la prueba al admitir la existencia de una apariencia de derecho y peligro que puede significar la demora producida por la actuación de la prueba (Velásquez 2018); están reguladas en el Código Procesal Civil del Perú y en el Código Procesal Penal del Perú, en este último son reconocidas como medidas de coerción procesal o medidas cautelares reales civiles, una u otra denominación se utiliza para referirse a las medidas cautelares de fisonomía procesal. En el Código Procesal Civil se encuentran reguladas de manera ordenada, sistematizada, situación que no ocurre en el Código Procesal Penal. Este hecho ha orientado a la Sala Plena de la Corte Suprema a tomar decisiones para precisar el procedimiento para decretarlas (Acuerdo Plenario n.º 7-2011/CJ-116).

Para su eficacia, el proceso principal (de conocimiento, de ejecución, no contencioso, el proceso penal) requiere del proceso cautelar. Igualmente, el proceso cautelar tiene vigencia y adquiere relevancia solo en función e interés de la pretensión principal, existe para el proceso principal. Así, puede ser comprendido en su mutua correspondencia y complementariedad. El proceso cautelar es autónomo, un conjunto de actos ordenados secuencialmente para la obtención de la medida cautelar, es una autonomía formal. Su carácter instrumental le otorga universalidad, las medidas cautelares pueden solicitarse en procesos contenciosos o no contenciosos. El proceso cautelar tiene su propia sustantividad, por ello la medida cautelar se adopta bajo presupuestos procesales y con un procedimiento distinto del principal.

El derecho a la cautela o al aseguramiento de la tutela plena de las sentencias es exclusivamente procesal, es un derecho frente al Estado, por el que se pide que se asegure la efectividad plena de la futura sentencia en tanto se tramita el proceso principal, es el derecho constitucional a la seguridad. Respecto a esto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el artículo 25 de la Convención, al referirse al derecho a la protección judicial señala que es posible identificar dos responsabilidades concretas del Estado:

La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven la determinación de los derechos y obligaciones de estas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. Esto último debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2009: 26).

En el Perú requerimos de herramientas jurídicas que coadyuven a garantizar el resultado del proceso (medios de prueba-medidas cautelares reales penales), a garantizar la efectividad de las sentencias (medidas cautelares reales civiles); sin embargo, así reguladas las medidas cautelares reales civiles no constituyen una herramienta jurídica eficaz para los fines en mención.

El caso Fujimori es un ejemplo del incumplimiento de la sentencia penal que en el extremo de la reparación civil no se cumple. El expresidente de la República como consecuencia de las sentencias por corrupción que recibió de la justicia peruana debe

en la fecha por concepto de reparación civil un aproximado de 51 689 282.84 soles o 15.6 millones de dólares. No es el único caso, están también los casos por corrupción seguidos contra José Villanueva Ruesta, Eslevan Bello, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Oscar Enrique Saucedo, Samuel Winter, Víctor Joy Way, Oscar Enrique Dufour, que por informe de la Procuraduría Anticorrupción del Perú deben más de 14 000 millones por concepto de reparación civil. ¿Qué mensaje le estamos enviando a la población con el incumplimiento de las sentencias en el extremo que se refiere a la reparación civil?

Consideramos que las medidas cautelares reales civiles e incluso las medidas cautelares reales penales se encuentran reguladas de manera dispersa dentro del ordenamiento jurídico (léase Código Procesal Penal, Decreto Legislativo n.º 635, Ley n.º 9024, Decreto Ley n.º 1190, Ley n.º 27379, Ley n.º 30077, Decreto Ley n.º 988, Acuerdo Plenario n.º 7-2011/CJ-116). Así reguladas no constituyen una herramienta jurídica eficaz que permita garantizar la ejecución de la sentencia penal con respecto a la reparación civil. Por esto nos formulamos la siguiente pregunta: ¿existe en el Código Procesal Penal del Perú una regulación sistemática de las medidas cautelares reales civiles? Hoy nos permitimos decir que la respuesta es negativa, en el sentido de que las medidas cautelares reales civiles se encuentran reguladas de manera dispersa en diversos artículos del Decreto Legislativo n.º 635, en la Ley n.º 9024, en el Decreto Ley n.º 1190, en la Ley n.º 27379 y en el Decreto Legislativo n.º 988. Ello no permite considerar al Código Procesal Penal como herramienta jurídica eficaz en materia de medidas cautelares reales civiles.

La Corte Suprema de la República del Perú ha emitido el Acuerdo Plenario n.º 7-2011/CJ-116, de fecha 6 de diciembre de 2011. En este documento se definen las medidas de coerción real como actos de autoridad, plasmados a través de una resolución jurisdiccional, y regidas por el principio dispositivo. Reconoce también el poder

cautelar genérico de que está investida la autoridad jurisdiccional, y la aplicación supletoria del Código Procesal Civil para la aplicación de medidas cautelares de naturaleza civil en el proceso penal, y autoriza aplicar las medidas cautelares innovativas y de no innovar. Las primeras para reponer el estado de hecho o de derecho cuya alteración sería el sustento del delito cometido en agravio de la víctima; y las segundas conservan la situación de hecho o de derecho presentada al incoarse el proceso. En tal sentido, las medidas cautelares reguladas en el Código Procesal Civil del Perú pueden aplicarse en el proceso penal, desde la investigación preliminar hasta la etapa intermedia con el fin de garantizar la efectividad de la sentencia (multa, reparación civil, costas, consecuencias accesorias), teniendo en consideración, claro está, las características propias de una medida cautelar en sede penal, como es el *fumus delicti comissi* y el *periculum in mora*.

1.2. Medidas cautelares reales

La coerción procesal es real cuando el conjunto de medidas que la integran recaen sobre objetos materiales (derechos reales de los involucrados en un proceso penal, o sobre los objetos vinculados al proceso), afectan elementos probatorios distintos de la persona misma, o bienes del imputado o de terceros, para asegurar la prueba material o la responsabilidad pecuniaria (multa, reparación civil, costas, consecuencias accesorias) ante la eventualidad de una condena (Clariá 2018: 385). Dentro de estas pretensiones puede comprenderse a la pena; cuando se trata de la multa, su cumplimiento se asegura con la medida cautelar de embargo (Díaz 2014: 17).

Se hace uso de determinadas medidas dependiendo de qué es lo que peligra en el proceso; de las pretensiones que se procura asegurar. En tal sentido, coincidimos con la posición de Málaga Diéguez, al considerar que lo ideal sería iniciar un proceso penal que garantice

las pretensiones pecuniarias que corresponden, y a su culminación, ejecutar la resolución final del Tribunal (2002: 11-262).

Las medidas cautelares reales deberían cumplir una función de protección cautelar de las consecuencias jurídico económicas del delito (la multa, la reparación civil, las costas, las consecuencias accesorias), desde las perspectivas de las personas naturales y de las personas jurídicas (Gálvez 2016: 501). Afectan el patrimonio del imputado o del tercero civil, pero en ciertos casos no están referidas al patrimonio de estos, como sucede con la incautación (medida cautelar real penal), que afecta activos o bienes sobre los cuales el afectado no tiene derecho real alguno, se encuentra en posesión de estos a causa de la comisión del delito; en la incautación el objeto es impedir que se realicen determinados actos perjudiciales para ciertos sujetos procesales durante un juicio pendiente.

Además de las medidas cautelares reales, hay otras medidas que se dictan sobre los bienes y activos para asegurar la prueba, tal es el caso del secuestro (acto de investigación dictado por el fiscal sobre alguno de los bienes de cualquier persona con la finalidad de esclarecer los hechos, no el secuestro conservativo de vehículos motorizados a que se refiere el Decreto Legislativo n.º 1190).

Lo cautelar es instrumental de la sentencia o resolución final del proceso, tiene como fin asegurar su ejecución, criterio establecido en el artículo 608 del Código Procesal Civil del Perú, lo que determina que la medida cautelar sea accesoria del proceso y de la sentencia o resolución final, sigue la suerte de lo principal, que es la resolución final. En este sentido, si se absuelve al imputado, se sobresee la causa o por cualquier motivo fenece la investigación o el proceso, la medida cautelar caduca de pleno derecho, salvo la incautación, así lo establece la jurisprudencia vinculante N. CAS. n.º 136-2013-Tacna, ejecutoria que se refiere a la incautación como una medida cautelar para asegurar los elementos de prueba en una investigación penal.

Las medidas cautelares reales se dictan y ejecutan sin notificar a las partes y sin audiencia previa. Se busca evitar que los afectados o eventuales terceros oculten los bienes, efectos o ganancias materia de la medida cautelar, para imponerlas se exige un nivel de simple probabilidad de la imputación o de la pretensión, a diferencia de las medidas personales en que se exige una probabilidad cercana a la certeza (que se exige para la condena).

El Código Procesal Penal del Perú regula las siguientes medidas:

- **El embargo** (arts. 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308 y 309). Vinculado al aseguramiento del pago de la multa, la reparación civil y las costas procesales (Gálvez 2013: 689 y 691).
- **El secuestro conservativo** de vehículos motorizados de servicio de transporte (D. Leg. n.º 1190). Debemos tener en consideración que el secuestro de vehículo también se encuentra regulado en el artículo 647 del Código Procesal Civil del Perú.
- **La orden de inhibición** (art. 310 del Código Procesal Penal). Que impide realizar actos de disposición o de gravamen sobre bienes sujetos al pago de la reparación civil o sujetos a decomiso.
- **Anotación preventiva** (art. 15.1 del Código Procesal Penal y art. 673 del Código Procesal Civil).
- **Medida cautelar genérica.** No prevista en el derecho procesal penal (regulada en el art. 629 y 1.ª disposición final del Código Procesal Civil), para asegurar de la forma más adecuada y razonable el cumplimiento de la decisión definitiva.
- **Medida de no innovar.** Prevista en el artículo 687 del Código Procesal Civil. Se busca mantener los hechos en el estado en que se encuentran al momento en que se solicita la medida. Esta medida no se encuentra regulada en el Código Procesal Penal del Perú.

El Decreto Legislativo n.º 635 (Código Penal), de fecha 8 de abril de 1991; la Ley n.º 9024, de fecha 16 de abril de 1940 (Código de Procedimientos Penales), vigente aún en Lima y en los distritos judiciales y fiscales en que no se aplica aún el Código Procesal Penal; así como el Código Procesal Penal (Decreto Legislativo n.º 957, de fecha 29 de julio de 2004, el Decreto Legislativo n.º 1190), que ha establecido el secuestro de vehículos motorizados de servicio de transporte, Ley n.º 27379, «Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares», modificada por la Ley n.º 30077 y el Decreto Legislativo n.º 988 (prevé la medida de inhibición para disponer o gravar bienes), establecen la procedencia de las medidas cautelares orientadas a evitar perjuicios irreparables a los agraviados en el proceso penal, se hace referencia a la anotación preventiva de la demanda de nulidad. Con ello no se quiere decir que estas medidas proceden solo cuando se ejercita la acción anulatoria de actos de disposición fraudulenta en el proceso penal, pueden solicitarse y disponerse para evitar los actos de disposición o gravamen y, por tanto, ya no habrá necesidad del ejercicio de la acción anulatoria. Pueden interponerse una vez que se ha iniciado la investigación preliminar y también cuando se ha logrado la nulidad de los actos de disposición o gravamen fraudulentos, para garantizar que ya no se vuelva a disponer o gravar el patrimonio que garantiza el pago de la reparación civil.

En definitiva, las medidas cautelares reales se ordenan o disponen una vez que se inicia el proceso, una vez formalizada la investigación preparatoria o la instrucción conforme a la norma procesal penal vigente en los distritos judiciales donde aún no se aplica el Código Procesal Penal. También pueden disponerse y ejecutarse en la indagación o investigación preliminar, como en el caso de la incautación (Acuerdo Plenario n.º 05-2010) (Jurista Editores 2017b: 523).

1.2.1. Presupuestos para su procedencia

Los presupuestos de las medidas de coerción real son dos:

A. El *fumus delicti comissi*, que consiste en la existencia de indicios racionales de criminalidad —es la denominada «apariencia y justificación del derecho subjetivo»—, que en el proceso penal importa [...] «una razonada atribución del hecho punible a una persona determinada». Ha de existir, pues, una imputación formal contra una persona determinada. El juicio de probabilidad delictiva es mencionado por el artículo 303.3 del NCPP, aun cuando se refiere solo al embargo y, por extensión expresa, a la orden de inhibición. El *fumus* debe referirse, de un lado, a un delito que haya ocasionado un daño o perjuicio material o moral; y de otro, a que los referidos indicios —ciertamente, «procedimentales»— evidencien una relación de causalidad contra el sujeto contra el que se adoptan: imputado o tercero civil. No es necesaria una acreditación específica cuando se dicta sentencia condenatoria, aun cuando fuera impugnada.

B. [...] el *periculum in mora*, es el peligro o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento. Consiste en el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso principal. Se debe acreditar la concreta probabilidad de que se produzcan, durante la pendencia del proceso, situaciones que impidan o dificulten la eficacia del procedimiento penal y civil de condena, que pueda incorporar a la sentencia penal —peligro de infructuosidad—. En el proceso penal, se concreta por el «peligro de fuga» o de ocultamiento personal o patrimonial del imputado [VICENTE GIMENO SENDRA, *Ibidem*, p. 592].

Lo relevante del *periculum* es la comprobación de la extensión del daño causado por el imputado como consecuencia del delito perpetrado. Pero, también, el tiempo que dure el proceso, cuyo retraso puede hacer ineficaz la respuesta jurisdiccional si no se adoptan medidas tendentes a mantener la situación presente, o a evitar maniobras lesivas para los derechos de la víctima —en el caso del lavado de activos, al Estado— derivadas del comportamiento del imputado (Poder Judicial 2011, considerando 19.º).

2. CONTRACAUTELA

El artículo 303 del Código Procesal Penal ha establecido en forma expresa que el actor civil, para solicitar el embargo, debe presentar contracautela. Se reitera este criterio en el artículo 303.4, que señala que la prestación de la contracautela sea «siempre previa a cualquier acto de cumplimiento o ejecución del embargo acordado», salvo que se trate del embargo solicitado luego de haberse dictado una sentencia condenatoria en primera instancia y esta fuera impugnada, caso en el que procede el embargo sin necesidad de contracautela (art. 303.7).

En todos los casos, será el juez quien determine la naturaleza y magnitud de la contracautela, para lo cual deberá tener presente las expectativas resarcitorias del agraviado o actor civil, o de quien solicite alguna medida, y la necesidad del aseguramiento, así como la probabilidad de que la ejecución de la medida cautelar pueda causar un daño específico.

Cuando la medida cautelar fuera solicitada por el Ministerio Público o los representantes (procuradores de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial), los órganos constitucionales autónomos, los gobiernos regionales y locales y las universidades, no se exigirá contracautela, conforme lo autoriza el artículo 614 del Código Procesal Civil. Las personas que se encuentren en las condiciones señaladas en el artículo 179 del Código Procesal Civil, pueden solicitar al juez de la causa la concesión de auxilio judicial, y de ser concedido dicho beneficio, no estarán obligadas a prestar contracautela cuando soliciten la medida cautelar con la finalidad de garantizar el pago de la reparación civil. ¿Qué ocurre en los casos en que el solicitante de la medida cautelar es el agraviado o cualquier otra parte, y estos solicitan al fiscal que, a su vez, la requiera ante el órgano jurisdiccional? Es necesario diferenciar lo siguiente:

1. Los casos en que el agraviado se ha constituido en parte o actor civil. De conformidad con el artículo 11.1 del Código, el Ministerio Público pierde legitimidad para continuar con el ejercicio de la pretensión resarcitoria, quedando esta potestad únicamente a disposición del agraviado, si es que este se constituye en actor civil. Siendo así, este último no podrá pedirle al fiscal que realice una actuación orientada al pago de una pretensión respecto de la cual ya ha perdido toda legitimación procesal.

2. Los casos en los que el agraviado no se ha constituido en parte civil o actor civil. Al estar legitimado el fiscal para pretender el objeto civil del delito, puede solicitar la medida cautelar orientada a asegurar el pago de la reparación civil, por propia iniciativa y sin necesidad de ofrecer contracautela. Si el agraviado, que no se ha constituido en actor civil, solicita al fiscal que pida la medida cautelar al juez, el fiscal podrá evaluar si existen razones por las que el agraviado no ha podido constituirse en actor civil, pese a comparecer en la investigación o en el proceso, y en función de ello deberá tomar una decisión al respecto. Puede orientar al agraviado para que se constituya en actor civil y solicite la medida cautelar directamente al juez, o si asume el pedido del agraviado, lo encamina ante el juez, sin que el agraviado ofrezca contracautela. Esto último será posible cuando circunstancias especiales y razonables así lo aconsejen, como, por ejemplo, la insolvencia para ofrecer contracautela, o la imposibilidad de comparecer como actor civil por alguna razón. Lo dicho está referido al embargo con fines de pago de la reparación civil.

En cuanto a otras medidas cautelares reales, para asegurar el cumplimiento de otras pretensiones ejercitadas en el proceso penal, el juez deberá evaluar la disposición de este presupuesto, siempre que sean sujetos procesales particulares quienes soliciten las medidas cautelares. La contracautela resulta exigible cuando se trata de solicitudes de medidas cautelares de carácter patrimonial, como

embargo, orden de inhibición, anotación preventiva de denuncia, no cuando se trate de medidas cautelares reales penales (incautación).

¿Cómo diferenciamos las medidas cautelares en general de las medidas coercitivas que cumplen otras finalidades? En esta últimas no será posible la exigencia de la contracautela, tal sería el caso, por ejemplo, de la medida de coerción del desalojo preventivo, que es una medida que no tiene finalidad cautelar sino por el contrario se dicta para proteger los bienes jurídicos patrimoniales afectados por un delito de usurpación, y el desalojo busca poner fin a la situación de antijuricidad creada por el delito. Esta medida cumple una finalidad en sí misma y no es instrumental o cautelar para asegurar lo que se tenga que resolver en el principal o en otro proceso.

3. CONCLUSIONES

Para lograr la eficacia de la sentencia penal se requiere contar con herramientas jurídicas eficaces que prevean los daños que pudiera ocasionar la demora del proceso penal. Sin embargo, desde mi punto de vista el Código Procesal Penal en materia de medidas cautelares reales no resulta aún una herramienta adecuada para el fin en referencia, en la medida que no ha regulado de manera clara un procedimiento específico para la imposición de las medidas cautelares reales civiles en general. De una lectura del Código Procesal Penal, en lugar de encontrar una respuesta oportuna, más bien nos preguntamos: ¿en qué artículos se ubica el procedimiento para el dictado de las medidas cautelares reales? La Corte Suprema, a través del Acuerdo Plenario n.º 7-2011/CJ-116, ha dado respuesta a esta interrogante, por ello considero que estas líneas nos permitirán reflexionar sobre la falta de regulación sistemática de las medidas cautelares reales civiles en el Código Procesal Penal del Perú, y sentar bases para el debate respecto al tema e investigaciones afines, con el objeto de encontrar soluciones a la problemática que se plantea.

Una manera de disuadir a los ciudadanos en la comisión del delito la constituye hacer eficaz la aplicación de las consecuencias patrimoniales del delito contra el agente del delito; elaborando teorías de caso que tengan como finalidad la investigación orientada a reunir la prueba de la comisión del delito, así como investigar el patrimonio del imputado y dictar de forma inmediata las medidas cautelares que aseguren la eficacia de lo que se resuelva en la sentencia penal.

Nuestra propuesta es que debemos contar con una regulación sistemática de las normas sobre medidas cautelares reales civiles en el Código Procesal Penal del Perú, para evitar la dispersión de normas existentes, y de esta manera el Código Procesal Penal se convierta en una herramienta eficaz para los operadores del derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAZI, Roland (dir.) (1997). *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Astrea.
- AZ EDITORA (1993). *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: AZ Editora.
- BARONA, Silvia (2001). «El proceso cautelar». En MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia. *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*. 10.^a edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ____ (2007). «Las medidas cautelares: concepto y características». En MONTERO AROCA, Juan *et al.* *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*. 15.^a edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BOTERO, José *et al.* (2015). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos*. Medellín: Sello Editorial de la Universidad de Medellín.
- CÁCERES, Roberto e IPARRAGUIRRE, Ronald (2014). *Las medidas cautelares en el proceso penal*. Lima: Juristas Editores.

- CAMARENA, Gerson y HEREDIA, Ana Lucía (2014). «La contracautela en las medidas de coerción real del proceso penal. Criterios para su imposición». *Gaceta Penal y Procesal Penal*, 64, 265-280.
- CASTILLO, José Luis (2001). *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*. Lima: Idemsa.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. (2018). *Tratado de derecho procesal penal*. Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (1994). *Las medidas cautelares*. Madrid: Editorial Mateu Cromo.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009). *Caso Acevedo Buendía y otros («Cesantes y jubilados de la Contraloría») vs. Perú*. Sentencia del 1 de julio de 2009.
- DE LÁZZARI, Eduardo (1988). *Medidas cautelares*. Tomos I y II. La Plata: Librería Editora Platense.
- DÍAZ SOLIMINE, Omar Luis (2014). «Aspectos referenciales de la medida cautelar, la tutela anticipada y la medida autosatisfactiva». En PEYRANO, Jorge W. (dir.). *Medidas autosatisfactivas: parte general*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni.
- EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE (1994). *Código de Procedimiento Civil*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- FORERO SILVA, Jorge (2014). *Medidas cautelares en el Código General del Proceso*. Bogotá: Temis.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás A. (2013). *Nuevo orden jurídico y jurisprudencia*. Lima: Jurista Editores.
- _____ (2016). *La reparación civil en el proceso penal*. 3.^a edición. Lima: Instituto Pacífico.
- GONZALES, Jesús (1985). *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 2.^a edición. Madrid: Civitas.

- GOZAÍNI, Osvaldo A. (1992). *Derecho procesal civil*. Tomos I y II. Buenos Aires: Ediar.
- HINOSTROZA, Alberto (1998). *El embargo y otras medidas cautelares*. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas.
- JOVÉ, María Ángeles (1995). *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*. Barcelona: Bosch.
- JURISTA EDITORES (2017a). *Código Civil. Código de Procedimientos Civiles*. Lima: Jurista Editores.
- ____ (2017b). *Código Penal. Código Procesal Penal*. Lima: Jurista Editores.
- LEGAL PUBLISHING (2009). *Código Procesal Penal de Chile*. Santiago de Chile: Legal Publishing.
- LEGIS (2016). *Código Penal. Ley 599 de 2000. Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004. Ley 600 de 2000*. Bogotá: Legis.
- MADRIGAL, José Ignacio y NAVARRO, Liliana (2015). *Medidas cautelares de embargo de bienes estatales en procesos ejecutivos ante la jurisdicción contenciosa-administrativa*. Tesina para optar el título de magíster en Derecho Procesal Contemporáneo. Medellín: Universidad de Medellín, Facultad de Derecho.
- MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco (2002). «El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal». *Revista de Derecho Procesal*, 1-2, 111-262.
- MARTÍNEZ, Raúl (1990). *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Editorial Universo.
- MARONDA, Juan Luis y TENA, María Isabel (2003). «El comiso y secuestro de objetos para fines probatorios no cautelares». *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*. Madrid: Osezno Editores-España, Consejo General del Poder Judicial.

- ORÉ GUARDIA, Arsenio (2011). *Principios del proceso penal*. Lima: Reforma.
- PALACIO, Lino Enrique (1993). *Manual de derecho procesal civil*. Tomos I y II. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- PEÑA CABRERA, Alonso *et al.* (2013). *Las medidas cautelares en el proceso penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- PODER JUDICIAL (2010). *Acuerdo Plenario n.º 5-2010/CJ-116*. VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias. Lima: 16 de noviembre de 2010.
- _____ (2011). *Acuerdo Plenario n.º 7-2011/CJ-116*. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Lima: 6 de diciembre de 2011.
- _____ (2014). *Casación n.º 136-2013-Tacna*. Sala Penal Permanente. Lima: 11 de junio de 2014.
- PRIORI, Giovanni (2006). *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*. Lima: Ara Editores.
- PEYRANO, Jorge (1981). *Medida cautelar innovativa*. Buenos Aires: Depalma.
- PÉREZ RÍOS, Carlos (2010). *Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano*. Tesis para optar el grado académico de doctor en Derecho. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política.
- PODETTI, J. Ramiro (1956). *Derecho procesal civil comercial y laboral*. Tomo IV: *Tratado de las medidas cautelares*. Buenos Aires: Aguiar.
- RIVAS, Adolfo (2007). *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- RODRÍGUEZ, Luis (1987). *La detención*. Madrid: Akal.

- ROSAS, Jorge (2015). *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo I. Lima: Jurista Editores.
- RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo (2003). «Ganancias de origen (ilícito) delictivo y fraude fiscal». En SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (coord.). *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Madrid: Marcial Pons, 207-262.
- SAGÁSTEGUI, Pedro (1993a). *Instituciones y normas de derecho procesal civil*. Lima: Editorial San Marcos.
- ____ (1993b). *Procesos de ejecución y procesos cautelares*. Lima: Editorial San Marcos.
- SAN MARTÍN, César (2002). «La tutela cautelar de las consecuencias jurídicas económicas del delito». *Ius et Veritas*, 13, 25, 310-338.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2005a). *Expediente n.º 0091-2004-AA/TC*. Callao, Fidel Esteban Reynoso Martínez. Lima: 16 de noviembre de 2005. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00091-2004-AA.pdf>
- ____ (2005b). *Expediente n.º 00023-2005-PI/TC*. Lima, Defensoría del Pueblo. Lima: 27 de noviembre de 2005. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00023-2005-AI.html>
- ____ (2006a). *Expediente n.º 3075-2006-PA/TC*. Lima, Escuela Internacional de Gerencia High School of Management-Eiger. Arequipa: 29 de agosto de 2006. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03075-2006-AA.html>
- ____ (2006b). *Expediente n.º 1209-2006-PA/TC*. Lima, Compañía Cervecería Ambev Perú S. A. C. Lima: 14 de marzo de 2006. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01209-2006-AA.pdf>
- VELÁSQUEZ OYOLA, María Rosario (2018). *Medidas cautelares reales civiles en Perú*. Tesis para obtener el grado académico de magíster en Derecho. Colombia: Universidad de Medellín.

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 10, n.º 12, julio-diciembre, 2019, 105-129

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v10i12.26>

Carga de la prueba en los casos de responsabilidad civil por mala praxis médica¹

Burden of proof in cases of civil liability for
medical malpractice



OCNER CÓRDOVA LÓPEZ

Corte Superior de Justicia de Lima Este

(Lima, Perú)

Contacto: ocordoval@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-3242-0811>

RESUMEN

Una de las funciones principales de la institución de la responsabilidad civil es reparar el daño sufrido por la víctima a través de un resarcimiento económico. Sin embargo, para que la víctima del daño producido como consecuencia del ejercicio de una actividad profesional pueda obtener la reparación del causante del daño, es preciso que se haya acreditado en el proceso judicial instaurado,

1 El presente artículo inédito forma parte de una tesis para obtener el grado de magíster en Derecho Civil sustentada por el suscrito.

aparte de la existencia del daño y la relación causal, los factores de atribución, que pueden ser *subjetivos*, es decir, cuando existe dolo o culpa; u *objetivos*, cuando se prescinde de ellos. El presente artículo se enmarca dentro del factor de atribución, que para este caso es de carácter subjetivo, se analiza la carga de la prueba de la culpa inexcusable en la responsabilidad civil por mala praxis médica ocurrida en las instituciones sanitarias; más específicamente, se analiza sobre quién debe probar que el daño producido al paciente se debió o no a una culpa inexcusable del profesional de la salud.

Palabras clave: responsabilidad civil, institución sanitaria, carga de la prueba, facilidad probatoria, inversión de la carga probatoria.

ABSTRACT

One of the main functions of the institution of civil liability is to repair the damages suffered by the victim through an economic compensation. However, for the victim of the damages produced as a result of the practice of a professional activity, to obtain compensation for the damages caused, the attributed factors, that may be subjective, that is when there is negligence; or objective, when there is not, must be accredited in trial in addition to the existence of the harm and the causal relationship. This article addresses the attributed factor, which in this case is subjective, it analyzes the burden of proof of the inexcusable fault in civil liability for medical malpractice in health institutions; more specifically, it analyzes who must prove that the harm produced to the patient was due to the inexcusable negligence or not of the health professional.

Key words: civil liability, health institution, burden of proof, evidentiary facility, reversal of the burden of proof.

Recibido: **31/05/19** Aceptado: **31/10/19**

1. INTRODUCCIÓN

Para que exista responsabilidad civil y la obligación de resarcir económicamente a un perjudicado, se requiere que este no solo acredite la existencia del daño y el nexo de causalidad (entre el daño y el agente), sino además el factor de atribución, es decir, a título de qué es responsable el causante del daño, si a título de dolo o de culpa. En los casos de la ocurrencia de un daño a un paciente como consecuencia de un acto médico practicado dentro de una institución sanitaria, para que exista obligación de resarcir a favor del paciente perjudicado, se requiere que se pruebe, aparte del daño y del nexo causal, la culpa inexcusable del profesional de la salud. El presente artículo se enmarca, precisamente, dentro de este último presupuesto, esto es, respecto de la carga de la prueba de la culpa inexcusable por mala praxis médica ocurrida dentro de las instituciones sanitarias; más específicamente, se analiza respecto de quién debería probar que el daño producido al paciente se debió o no a una culpa inexcusable del profesional de la salud y quién está en mejores condiciones de acreditar la causa del daño o la inexistencia de culpa inexcusable.

2. RELACIÓN JURÍDICA EXISTENTE ENTRE EL PACIENTE Y LA INSTITUCIÓN SANITARIA

Cuando una persona acude a una institución sanitaria, llámese hospital, clínica, policlínico, centro de salud, etc., en busca del mejoramiento de su salud y bienestar, se relaciona jurídicamente con dicha entidad sanitaria de manera contractual, pues por un lado la institución sanitaria al aceptar el requerimiento del paciente asume una serie de obligaciones frente a este, por ejemplo, se obliga a prestar el servicio médico de manera diligente y eficiente, convirtiéndose así en deudora de dicha prestación. Por su parte, el paciente también cumple con el requerimiento efectuado por la institución, convirtiéndose en acreedor. La institución sanitaria

para cumplir con su obligación frente al paciente, esto es, brindar el tratamiento adecuado para mejorar su salud de modo diligente y seguro, recurre a los profesionales de salud que tiene a su disposición (médicos, enfermeros, técnicos, etc.).

En este sentido, se señala que «actualmente, la doctrina predominante considera que la relación entre paciente y centro de salud pública es de naturaleza contractual y que el contrato queda celebrado en el momento de la “aceptación” del paciente en el centro de salud» (Alpa 2006: 922). También se ha indicado que «es evidente que estamos frente a una típica relación de naturaleza contractual, puesto que existe un acuerdo de voluntades de ambas partes así como derechos y obligaciones también de ambas partes» (Mosset 2005: 313); y que «el paciente se convierte en un acreedor de un servicio de salud y la institución sanitaria en una deudora del paciente de brindar el servicio de manera eficiente y diligente» (Woolcott 2002: 438). En efecto:

la relación jurídica entre el privado y el ente público es una típica relación obligatoria, estructurada en un derecho subjetivo del primero y en un correspondiente deber del segundo, donde la regulación de esta relación se adapta exactamente a la regulación de la relación contractual, donde está comprendida la regulación de la responsabilidad, aunque la fuente de la relación no conste en un documento programático de las partes, pero sí en un simple acto de aceptación del paciente al interior de la estructura sanitaria (Morales 2007: 24).

Por tanto, cuando dentro de la institución sanitaria se ocasiona un daño al paciente por culpa inexcusable (negligencia, impericia o imprudencia) del profesional de la salud, la institución sanitaria incumple su prestación consistente en actuar de manera diligente y eficiente. En este contexto, cuando el paciente sufre un daño a su persona como consecuencia de una mala praxis médica (llámese

negligencia, impericia o imprudencia), el responsable no solamente es el médico que directamente ocasionó el daño, sino también la institución sanitaria en donde se produjo el daño; supuesto de hecho que se encuentra subsumido en el artículo 1325.º del Código Civil, que establece: «El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de estos, salvo pacto en contrario».

3. IMPORTANCIA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR MALA PRAXIS MÉDICA

Hemos de partir de que la prueba tiene por objeto verificar las afirmaciones expuestas por las partes y producir certeza en el juez respecto de la controversia (o puntos controvertidos). Por tanto, es de suma importancia que las partes prueben las afirmaciones que hacen en su demanda, en caso contrario, el juez no tendrá certeza respecto de ello, entonces la pretensión será declarada infundada. Precisamente, con mayor razón, en materia de responsabilidad civil en general, la prueba es la médula de dicho proceso, sin la prueba del daño, de la relación de causalidad y de la culpa o dolo (factor de atribución), no habrá resarcimiento alguno a favor del demandante por el daño que hubiera sufrido como consecuencia de la actuación médica. En este sentido, se señala que: «El tema de la prueba de los presupuestos de la responsabilidad, en general, y de los presupuestos de la responsabilidad profesional, en particular, es de importancia decisiva. Probar o perecer» (Mosset 2005: 174). En efecto, se ha señalado que «el éxito de una acción judicial por responsabilidad civil por mala praxis médica depende del resultado de la pericia técnica, y la carga de la prueba, por parte del paciente, se basa en ella esencialmente» (Alpa 2006: 905). Para que la víctima de un daño, derivado del ejercicio de una actividad profesional, dentro de la responsabilidad de naturaleza contractual, pueda obtener el resarcimiento económico por este, es preciso que

se haya acreditado en el proceso instaurado la existencia del daño, la relación de causalidad y los factores de atribución (culpa o dolo). Son estos tres elementos los que deberán probarse en el proceso sobre responsabilidad civil si la víctima del daño pretende un resarcimiento por el daño sufrido.

Nuestro ordenamiento jurídico admite como criterios de imputación de responsabilidad los siguientes: el subjetivo (la culpa y el dolo) y el objetivo (el riesgo). En efecto, los factores de atribución presentan variantes, dependiendo de la esfera de responsabilidad civil en que nos encontremos. Así, en el ámbito de la responsabilidad por inejecución de obligaciones (contractual) tenemos: 1) factores de atribución subjetivos, tales como el dolo, la culpa inexcusable y la culpa leve (artículo 1321.º del Código Civil); y 2) factores de atribución objetivos: responsabilidad del deudor cuando se hace valer por un tercero para el cumplimiento de la obligación (artículo 1325.º del Código Civil, el cual señala que el deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de estos, salvo pacto en contrario).

En consecuencia, los factores de atribución subjetivos, tales como el dolo, la culpa inexcusable o culpa leve, en el ámbito de la responsabilidad contractual, también deben ser acreditados en el proceso de responsabilidad civil para que la víctima del daño reciba un resarcimiento económico.

4. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA CULPA INEXCUSABLE DEL PROFESIONAL DE LA SALUD

Tal como lo prescribe el citado artículo 1325.º del Código Civil, aplicado a nuestro caso, tendríamos que la institución sanitaria que se vale de los profesionales de salud —médicos o enfermeros— para cumplir la obligación asumida con el paciente, será responsable por los hechos dolosos o culposos en que incurran estos. Cabe precisar,

sin embargo, que de acuerdo con el artículo 1762.º del Código Civil, en la mayoría de los casos, al tratarse de una prestación de servicios que implica la «solución de asuntos profesionales», la institución sanitaria junto con los médicos solo responderían a título de culpa inexcusable, descartándose así cualquier responsabilidad por culpa leve de los profesionales de la salud, pues el citado artículo 1762.º establece que: «Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable».

Ahora bien, para que judicialmente el paciente pueda obtener de la institución sanitaria una reparación o resarcimiento económico por el daño sufrido como consecuencia de una mala praxis médica, el artículo 1330.º establece que es el perjudicado por la inejecución de la obligación (en este caso el paciente) quien tiene que probar que la falta de cumplimiento (o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso) de la obligación se debió a la culpa inexcusable del obligado. Así lo prescribe textualmente el artículo 1330.º del Código Civil: «La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso». Lo que significa que corresponderá al paciente perjudicado con la obligación acreditar que ese daño que sufrió se produjo por culpa inexcusable del profesional de la salud que actuó en representación de la institución sanitaria. Es decir, si la institución sanitaria incumple con ejecutar su obligación o lo hace de manera parcial, tardía o defectuosa, ocasionando como consecuencia de ello un daño al paciente, será este último quien tendrá la carga de probar que ese daño se debió a una culpa inexcusable del profesional de la salud (del cual se valió la deudora para cumplir con su obligación). Por tanto, de acuerdo con el artículo 1330.º del Código Civil, corresponderá a la misma víctima del daño demostrar y probar, dentro de un proceso

judicial de responsabilidad civil, que el daño sufrido fue por culpa inexcusable (negligencia grave) de los profesionales de salud, lo que significa que la carga de la prueba la tiene el paciente perjudicado.

Sobre la carga de la prueba en los procesos civiles, el artículo 196.º del Código Procesal Civil señala que: «Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos». Es decir, si el paciente perjudicado interpone una demanda de responsabilidad civil por mala praxis médica contra la institución sanitaria alegando y afirmando en su demanda que sufrió un daño por culpa inexcusable del profesional de salud, le correspondería a él, y no a la institución sanitaria, la carga de la prueba, pues tendrá que demostrar y probar en el proceso judicial que el acto médico que le provocó un daño fue como consecuencia de culpa inexcusable del profesional de la salud.

«Por tanto, si el sujeto demandante presenta en su argumentación, como dato de hecho, que el responsable actuó con culpa inexcusable o dolo (como criterio de imputación), tendrá que demostrarlo, usando para ello los datos de demostración indispensables para crear convicción en el magistrado, de lo contrario se verá perjudicado» (Beltrán 2004: 990).

Ante esto consideramos que imponer o establecer que sea el paciente perjudicado con el acto médico (o sus herederos en caso de fallecimiento de este) quien pruebe que el daño sufrido fue como consecuencia de la culpa inexcusable del profesional de la salud, crea una situación de desventaja y de desigualdad del paciente frente a la institución sanitaria. Esto ocasiona que muchas veces, ante la dificultad y retardo en obtener los medios probatorios indispensables que acrediten la causa del daño, no se indemnice dicho daño o el proceso judicial se torne demasiado dilatado, con un elevado costo económico para el perjudicado, o no se otorgue

la indemnización que realmente corresponde por el daño inferido al paciente; generando como consecuencia que el paciente muchas veces se desista de solicitar una indemnización judicialmente y así el daño quede sin resarcimiento. En efecto, ¿qué sucede si el paciente no pudiera probar en el proceso judicial que el daño sufrido fue como consecuencia del actuar culposo del médico? Es evidente que, correspondiendo la carga de la prueba de la culpa inexcusable al paciente perjudicado, el juez no tendría más opción que declarar infundada la demanda por no haberse probado la pretensión.

5. FACILIDAD DE ACCESO A LA PRUEBA POR PARTE DE LA INSTITUCIÓN SANITARIA Y DIFICULTAD DE ACCESO PARA EL PACIENTE PERJUDICADO

Como ya se ha señalado, en los casos de responsabilidad civil por mala praxis médica, la carga de la prueba de la culpa inexcusable corresponderá a la víctima o paciente perjudicado con el acto médico. Es claro que en estos casos la institución sanitaria demandada (clínica u hospital) no tendrá la carga de probar la culpa inexcusable de los profesionales de la salud de los cuales se valió para cumplir con su obligación. ¿Cuál sería la consecuencia jurídica si la víctima del daño no pudiese probar la culpa inexcusable del profesional de la salud? Evidentemente, al no existir prueba alguna en el proceso que acredite la culpa inexcusable en el acto médico que produjo el daño, la demanda será declarada infundada por el juez, conforme lo establece el artículo 200.º del Código Procesal Civil.

Estando a que, conforme al artículo 1330.º del Código Civil, es el paciente perjudicado con el acto médico a quien corresponde probar la existencia de culpa inexcusable, debemos preguntarnos: ¿es factible para el paciente perjudicado probar la causa del daño sufrido? ¿Le será factible demostrar la culpa inexcusable del profesional de la salud? ¿Será posible para el paciente probar que el daño sufrido se debió a una actuación culposa (negligencia grave) del profesional de

salud perteneciente a la institución sanitaria? ¿Tendría el paciente los conocimientos técnicos necesarios y las facilidades económicas para llegar a obtener las pruebas y así determinar que ese actuar fue culposo? ¿Tiene el paciente a su disposición las pruebas? ¿Cuánto tiempo demandaría para el paciente dañado el obtener finalmente dichas pruebas? ¿Cuál es el costo económico que debe asumir el perjudicado para obtener las pruebas de la causa del daño recibido?

La dificultad probatoria es el gran problema que enfrentan las víctimas de negligencia médica cuando inician un proceso judicial de responsabilidad civil médica contra las instituciones sanitarias. Dificultad probatoria que va, inclusive, desde la negación del acceso a la historia clínica hasta la comprensión de los términos, procedimientos y actos médicos quirúrgicos realizados. En estos casos, el paciente para acreditar la prueba de la culpa inexcusable tendrá que recurrir a peritos médicos especializados y deberá sufragar el costo que ello implica, situación que no hace sino agravar y perjudicar más a la víctima (económica y moralmente) dado el costo probatorio que deberá asumir, más el tiempo que transcurre hasta la obtención de la prueba idónea. Esta situación legal desprotege a la víctima de negligencia médica y la perjudica impidiendo, dificultando y dilatando la obtención de un resarcimiento justo en un proceso judicial de responsabilidad civil contra la institución sanitaria; y por el contrario beneficia a la institución sanitaria.

Frente a este problema, consideramos, de manera contraria a lo establecido por nuestro Código Civil en su artículo 1330.º, que quien debería probar y acreditar que el daño inferido al paciente no fue como consecuencia de un actuar culposo grave del profesional de la salud, es la misma institución sanitaria (deudora), y no el paciente (acreedor), por las siguientes razones:

- a) La ejecución de la obligación a cargo de la clínica u hospital (deudora) comprende la aplicación de una serie de procedimientos técnicos, desconocidos para el acreedor (víctima) y a la vez ajenos

al conocimiento común de la experiencia; sin embargo, sí son propias y bastante conocidas, específicamente, por la deudora, que es, en el caso, un especialista en el ejercicio de la profesión médica.

- b) Por su función o especialidad, la institución sanitaria está en mejores condiciones de acreditar los hechos.
- c) La institución sanitaria y los profesionales de la salud poseen el conocimiento en medicina; por tanto, están en mejores condiciones técnicas, profesionales y fácticas para acreditar que su actuación, que produjo el daño al paciente, no fue como consecuencia de un actuar negligente.

En consecuencia, le resulta más fácil a la institución sanitaria probar la ausencia de culpa inexcusable en el daño producido al paciente. La institución sanitaria posee la prueba, la tiene a su disposición.

Por ello, consideramos que en materia de responsabilidad civil médica por inejecución de obligaciones, a cargo de las instituciones sanitarias, debería invertirse la carga de la prueba; esto es, que sea la institución sanitaria, por estar en mejores condiciones y en mejor posición en el alcance de las pruebas, quien pruebe la causa del daño ocasionado al paciente, es decir, quien demuestre que el daño ocasionado al paciente no fue por culpa inexcusable del profesional de la salud sino por otras causas no imputables; y correspondería únicamente al paciente perjudicado acreditar la existencia del daño o la inexactitud del incumplimiento y la relación de causalidad.

Sin embargo, nos preguntamos: ¿cuán factible es para el paciente perjudicado (o sus herederos) acreditar la existencia de culpa inexcusable en el acto médico que le causó el daño? Más bien nos preguntamos: ¿por qué no debería ser la institución sanitaria quien pruebe la ausencia de culpa inexcusable en el acto médico que produjo el daño? Podría decirse fácilmente que «es la parte que interpone la demanda, que formula sus afirmaciones, a la que

corresponde aportar la prueba para no sufrir las consecuencias». No obstante, corresponde preguntarnos: ¿quién está en mejores condiciones de probar que el daño sufrido por el paciente se debió o no a una culpa inexcusable del médico? ¿El paciente demandante o la institución sanitaria demandada? ¿A cuál de las partes le resulta más fácil probar que el acto médico que produjo el daño al paciente no se debió a culpa inexcusable? ¿A cuál de las partes le resulta más fácil, más rápido y menos costoso acreditar si existió o no culpa inexcusable en el daño? ¿Quién tiene mejor acceso a la historia clínica del paciente y a las demás pruebas? ¿Quién conoce el procedimiento médico, la terminología médica y el tratamiento que se le debe suministrar al paciente?

Consideramos que es la institución sanitaria a quien le resulta más fácil, menos costoso y más rápido probar la causa del daño irrogado al paciente, es ella quien podría desvirtuar que el daño producido al paciente no fue por causa de culpa médica (negligencia, imprudencia o impericia). En este sentido, es preciso tener en cuenta lo que afirma el jurista Mosset al precisar que «de nada sirve una construcción jurídica que reconoce a la víctima de una relación un derecho a la indemnización, si a la hora de regular el tema de la carga probatoria, quién y cómo debe demostrar los extremos exigibles, coloca a una de las “partes”, y mucho más si es la “parte débil”, en una situación de imposibilidad probatoria, de prueba imposible o diabólica» (2005: 174). En efecto, señala la doctrina nacional que:

Resulta irracional e injusto pretender cargar sobre la víctima de los daños la difícil y delicada prueba de la «culpa profesional» cuando esta tiene lugar, sumándose a la correspondiente de los otros presupuestos de la responsabilidad civil. Lo fundamental en una regla para la distribución de una carga probatoria viene a ser la posición sustancial de la parte en el proceso respecto del efecto jurídico que del hecho debe deducirse conforme a la norma jurídica por aplicar (Woolcott 2002: 565).

Consideramos que existen suficientes razones (de facilidad, de disponibilidad, de equidad, de economía, de celeridad y de justicia) para trasladar la carga de la prueba de la culpa inexcusable a la institución sanitaria en favor del paciente o víctima del daño por culpa médica. Por tanto, se debe establecer legalmente o cuanto menos jurisprudencialmente que en casos de responsabilidad civil por mala praxis médica, la carga de la prueba de la culpa inexcusable corresponda a la institución sanitaria y al profesional de la salud, por ser estos los que se encuentran en mejor posición y situación para demostrar la causa del daño inferido al paciente, pues disponen de la prueba suficiente.

6. ¿CÓMO VIENE RESOLVIENDO LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y EXTRANJERA CON RESPECTO A LA CARGA DE LA PRUEBA?

6.1. Jurisprudencia extranjera

La doctrina y jurisprudencia extranjeras han evolucionado creando diversos mecanismos tendientes a aliviar al actor de esta difícil carga probatoria; observamos que la jurisprudencia internacional ha ido esbozando una serie de soluciones para superar esta situación de desventaja en perjuicio del paciente-víctima.

a) En España, la sentencia del Tribunal Supremo del 23 de diciembre de 2002 determinó lo siguiente:

Las sentencias de instancia son claramente equivocadas por no hacer una aplicación correcta de la doctrina de la carga de la prueba al fundar la decisión absolutoria en una falta de prueba que despeje la duda causal haciendo recaer sus efectos o consecuencias desfavorables sobre la parte perjudicada —el demandante— que no tenía más posibilidades de aportación de prueba en orden a tal extremo que las desplegadas, en tanto que, por el contrario, la otra parte —médico ginecólogo— omitió aportar las pruebas que

tenía a su disposición, y en su caso las que debía tener, de forma que al facilitar una información adecuada pudiera descartarse la suposición sumamente verosímil acerca del cómo y porqué de la grave lesión al recién nacido (Fundamento jurídico tercero).

- b) En España, la sentencia expedida por la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 16 de mayo de 2005, en el Recurso n.º 187/2004, estableció lo siguiente:

En cualquier caso, como establece la STS [Sentencia del Tribunal Supremo] de 15 de setiembre de 2003, no se trata de que «no se ha probado la culpa» sino de que el médico no ha probado que el resultado dañoso no se ha producido por su actuación; en este sentido, la sentencia de 2 de diciembre de 1996, reiterada por la de 29 de noviembre de 2002, declara que el deber procesal de probar recae, también y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa, y por los medios poderosos a su disposición, gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión, muchas veces, sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a lo que, qué duda cabe, aquellos tienen mucho más fácil acceso por su profesión (Sentencia Audiencia Provincial de Madrid, sección 12.ª, 16 de mayo de 2005, n.º 345/2005, 187/2004).

- c) También en España, el Tribunal Supremo en sentencia del 8 de noviembre de 2007 señaló:

con base en jurisprudencia, tanto del Supremo cuanto, incluso, del Tribunal Constitucional, se asume en la argumentación de la sentencia de instancia, en cuya virtud al propio médico demandado, al contar una mayor disposición probatoria, le corresponde acreditar la ausencia total de responsabilidad en su actuación médica, produciéndose, de tal modo, un desplazamiento de la carga probatoria (Bello 2011: 290).

d) En Argentina, la Cámara Nacional Especializada en lo Civil y Comercial, Segunda Sala, indica en la sentencia de fecha 15 de agosto de 1985:

En ausencia de historia clínica, cabe presumir que el paciente, que estaba solo afectado de un oído, el izquierdo, y poco tiempo después sufre una otitis en el otro, las padeció como consecuencia de un tratamiento que sin duda se efectuó aunque su extensión se encuentra discutida. Es por la existencia de esta discusión que la carga de la prueba ha de considerarse invertida ya que no es el paciente el que puede llevar documentadamente la prueba de las prácticas a que se le somete, y sí el establecimiento asistencial a través de la historia clínica. [...] En ausencia de constancias circunstanciadas en la historia clínica, la prueba de que el tratamiento no tuvo la extensión pretendida debió producirla la demandada (Vásquez 1996: 400).

e) Igualmente, la Sala 2.^a de la Cámara Civil y Comercial de Morón, en Argentina, en la sentencia de fecha 10 de abril de 1990 estableció:

Si la historia clínica ostenta importantes omisiones, es una situación que en modo alguno puede perjudicar al reclamante, pues reconocida la especial relevancia de los asuntos médicos, el obrar omisivo de la demandada dificulta o entorpece a la actora para determinar la culpa del galeno. Es decir, se ha quebrantado un deber de colaboración del demandado en facilitar la prueba, sea del obrar culposo, fuese del obrar impecable, con lo que solo él puede perjudicarse en ausencia de acreditación de uno u otro extremo, ya que el cumplimiento de la carga de la otra parte se vio obstaculizada por el accionar suyo, que de por sí es negligente, dado que le era exigible la aportación de datos para coadyuvar a la difícil actividad esclarecedora de hechos de la naturaleza de los que se trata (Vásquez 1996: 400).

f) En Argentina, la Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, Sala Segunda, con fecha 14 de febrero de 1995, señaló lo siguiente:

Aun cuando como principio incumba al reclamante acreditar la negligencia imputada al establecimiento asistencial, pesa también sobre el demandado el deber jurídico y moral de colaborar en el esclarecimiento de la verdad, pues muchas veces es él quien está en mejores condiciones de aportar los elementos enderezadores a la consecución de ese fin. [...] Por tratarse de hechos, es posible recurrir a todo tipo de pruebas y aunque, obviamente, la relevante en este tipo de juicios es la pericial médica, también resulta admisible la de presunciones, prueba que a veces es la única a que pueden echar mano las víctimas o sus derechohabientes (Rabinovich 1999: 261).

g) En Colombia, la sentencia del Consejo de Estado, expedida por la Sala en lo Contencioso Administrativo de Santafé de Bogotá, D. C., con fecha 30 de julio de 1992, dijo lo siguiente:

Ahora bien, por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas [...]. Sin duda resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente al actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueran estos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real, por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan (Ruiz 2016: 143).

h) En Colombia, la sentencia expedida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo de Santafé de Bogotá, D. C., de fecha 13 de agosto de 1992, Expediente n.º 7274, señaló lo siguiente:

Es por ello por lo que la Sala entiende que en estos eventos la carga de la prueba se traslada del paciente común y corriente, lego e ignorante en la ciencia médica, a quienes son expertos en la misma y sobre todo quienes han llevado la parte activa en el comportamiento profesional censurado [...]. Bajo el anterior entendimiento al actor le corresponde probar, de una parte, que hubo una intervención quirúrgica o un tratamiento médico y, de otra, que se produjo un daño, presumiéndose entonces que este último lo ocasionó el servicio médico. Frente a esta presunción, probatoriamente la conducta del ente oficial a través de sus profesionales no será otra que la de acreditar que hubo diligencia y cuidado en la prestación del servicio, como demostración en contra de las manifestaciones que conllevan los cargos formulados en la demanda y que por su naturaleza se tornan difíciles de probar (Suárez 1999: 49).

i) En Colombia, la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo de Santafé de Bogotá, de fecha 24 de octubre de 1990, Expediente n.º 5902, estableció:

Si tampoco se demostró cuál fue la dosis administrada, en principio y salvo prueba en contrario, que debe suministrar el deudor (la parte demandada), no pudo ser sino precisamente por falta de la diligencia y cuidados debidos o por fuerza mayor. En ausencia de demostración sobre esta, la conclusión a que hay que llegar no puede ser sino lo de que hubo falta de diligencia y cuidado (Acosta-Madiedo 2010: 17).

j) En Colombia, la sentencia expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, de fecha 13 de julio de 1995, en el Expediente n.º 9220, dijo lo siguiente:

Teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación que no permite garantizar el resultado esperado (la curación del paciente) y tal resultado no se obtuvo, a la entidad demandada le correspondía, para eximirse de responsabilidad, demostrar que no obstante no haberse alcanzado el resultado, como quedó dicho, cumplió adecuadamente con su obligación, pues como también lo ha sostenido la Sala, es el profesional médico quien está en condiciones de poder demostrar que su conducta fue idónea, siendo por el contrario extremadamente difícil que el propio paciente logre acreditar que la conducta del profesional fue adecuada (Acosta-Madiedo 2010: 18).

k) En Italia, la Corte de Casación (Corte di Cassazione) mediante la Sentencia n.º 11488, de fecha 21 de junio de 2004, estableció lo siguiente:

[...] cuando la ejecución de la prestación consiste en la aplicación de reglas técnicas, desconocidas para el acreedor y a la vez ajenas al bagaje del deudor, que es, en el caso, un especialista en el ejercicio de una profesión protegida.

Atendiendo [...] al principio de «cercanía de la prueba», la Corte di Cassazione considera que lo correcto era exigir al ecografista el descargo por falta de culpa, y no la prueba de la culpa por parte de los demandantes, ciertamente extraños al campo de la actividad médica (León 2005).

l) También en Italia la Corte de Casación, el 21 de diciembre de 1978, en la Sentencia n.º 6141, estableció que:

se considera, en efecto, que la anormalidad del resultado negativo obtenido pueda —donde sea adecuadamente probado el daño— ser suficiente para fundar una presunción de inadecuada o no diligente ejecución de la prestación profesional; y haciendo, de tal manera, gravar sobre el profesional la carga de proveer la prueba contraria: de haber ejecutado adecuadamente y diligentemente la prestación profesional (Zana 2005: 218).

6.2. Jurisprudencia nacional

Contrariamente al criterio que viene adoptando la jurisprudencia extranjera, en nuestro país observamos algunas tendencias jurisprudenciales en donde se viene aplicando muchas veces de manera inflexible las reglas de la carga de la prueba, esto es, imponiendo al perjudicado la carga de la prueba de la culpa inexcusable en el acto médico; situación que dificulta, cuando no imposibilita, a la víctima el ejercicio de su derecho de acción a efectos de obtener un resarcimiento por el daño sufrido.

- a) En la Casación n.º 1258-2013 Lima Norte se indica: «[...] por lo que es insuficiente imputar al profesional o técnico responsabilidad por el solo hecho de no curar al paciente o no haberle salvado la vida, sino que se debe acreditar que no le ha prodigado los cuidados propios de la ciencia y pericia que su atención y tratamiento particular requería».
- b) La Corte Superior de Justicia de Lima, en la sentencia de fecha 15 de octubre de 1998, recaída en el Expediente n.º 1701-98, luego de constatar que la prestación brindada al paciente era de naturaleza contractual, desestima la demanda por el hecho de que «Los medios probatorios actuados no han acreditado la existencia del dolo o culpa inexcusable en el accionar de los demandados» (Monge 2010: 61).
- c) En la Casación n.º 2729-2007 Lima, de fecha 23 de agosto de 2007, en un caso específico en el cual la operación quirúrgica de histerectomía laparoscópica asistida por vagina, practicada a la demandante, dio lugar a la obstrucción distal del uréter izquierdo, situación que hizo imposible la evacuación de la orina contenida en el riñón izquierdo por lo que la paciente fue sometida posteriormente a cinco operaciones quirúrgicas, se declaró infundada la demanda de responsabilidad civil por mala praxis médica, y se señaló que «es un hecho incontrovertible que

la operación practicada a la demandante resultaba de riesgo e implica la solución de un asunto profesional de especial dificultad, por tanto, no habiendo la parte perjudicada acreditado el dolo o la culpa inexcusable», casaron la sentencia de vista.

d) La Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de fecha 11 de setiembre de 1998, declaró infundada la demanda en razón a lo siguiente:

Que, la pericia referida fue explicada además, a iniciativa del juzgado en la audiencia de pruebas de fojas 366 sin ninguna observación por parte de los demandantes, concretándose su defensa a hacer algunas preguntas aclaratorias que en modo alguno desvirtúan el mérito de dicho peritaje. Que, no habiéndose acreditado la negligencia de los demandados en la muerte de la víctima, se encuentran exentos de responsabilidad (Barchi 2012).

Se advierte de la jurisprudencia antes citada que, en todos los casos en que no fue posible acreditar la culpa del profesional de la salud, se ha desestimado la demanda de indemnización por daños, lo cual obviamente perjudica al paciente que ha sufrido un daño. En efecto, de la jurisprudencia nacional antes descrita se observa que cuando la carga de prueba de la culpa inexcusable recae sobre la víctima del daño, esto es, el paciente perjudicado con la mala praxis, es muy difícil y hasta a veces imposible que el paciente perjudicado pueda demostrar la culpa inexcusable del actuar del médico. Esto dificulta o hace imposible que obtenga un resarcimiento por el daño sufrido de la institución sanitaria, lo que otorga cierta inmunidad a los profesionales de la salud y a dichas entidades por su actuar negligente, imprudente o imperito.

7. ¿CÓMO DEBERÍA REGULARSE LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA CULPA INEXCUSABLE EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR MALA PRAXIS MÉDICA?

En nuestro Código Civil no existe norma jurídica que regule la carga de la prueba de la culpa inexcusable en materia de responsabilidad civil por mala praxis médica, tampoco una tendencia jurisprudencial. Lo que existe es una norma jurídica que establece de manera general a quién corresponde la carga de la prueba de la culpa inexcusable en materia de inejecución de obligaciones, esta es el artículo 1330.º del Código Civil. Si bien, como hemos visto, dicha norma jurídica resultaría plenamente aplicable al caso materia de investigación, por cuanto la relación jurídica entre la institución sanitaria y el paciente es una típica relación contractual; sin embargo, consideramos que debería dictarse una disposición normativa, o en todo caso promover una tendencia jurisprudencial, que establezca específicamente la carga de la prueba de la culpa inexcusable en los casos de responsabilidad civil por mala praxis médica, en favor de la parte más débil de la relación. Ello en atención a que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y porque es la persona que no tiene la prueba.

De esta manera, al corresponder la carga de la prueba de la culpa inexcusable a la institución sanitaria, tendrá que probar que el daño que se produjo al paciente no fue como consecuencia de culpa inexcusable de alguno de los profesionales de la salud del cual se valió para cumplir la obligación, sino por causas imprevisibles (caso fortuito o fuerza mayor). En caso que la institución sanitaria no logre probar ante el juez cuál fue la causa real del daño sufrido por la persona o que el daño no se produjo por alguna causa imprevisible, entonces se presumirá en su contra que el daño sí ocurrió como consecuencia de culpa inexcusable del profesional de la salud (negligencia, impericia o imprudencia). Por tanto, la demanda de

resarcimiento por el daño producido a consecuencia de una mala praxis médica entablada por el perjudicado será declarada fundada y consecuentemente el daño será resarcido en menos tiempo.

Una norma jurídica que viene aplicando el Tribunal Supremo español para los casos de responsabilidad civil por negligencia médica, es el numeral 7 del artículo 217.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dice: «Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio».

8. A MODO DE CONCLUSIONES

1. De manera general se concluye que si se estableciera que la carga de la prueba de la culpa inexcusable corre a cargo de la institución sanitaria, se facilitaría a la víctima de negligencia médica la obtención de un resarcimiento de manera más pronta y sin mucho gasto; puesto que si la institución sanitaria no probara la ausencia de culpa inexcusable en el daño ocasionado al paciente, se presumiría en su contra que el daño se produjo por culpa inexcusable del profesional de la salud. Por tanto, la demanda será declarada fundada a favor del paciente; consecuentemente, a efectos de demostrar lo contrario, la institución sanitaria aportará todas las pruebas necesarias que tiene a su disposición, evitando así que el paciente incurra en gastos para obtener la prueba que no posee y la demora que ello le genera.
2. La ejecución de la obligación a cargo de la institución sanitaria comprende una serie de procedimientos técnicos de amplio conocimiento para la institución sanitaria. Por consiguiente, le será más fácil y menos costoso probar la inexistencia de culpa inexcusable en el daño o la actuación diligente de acuerdo con las circunstancias; en razón de que la institución sanitaria dispone

de la fuente de prueba, tiene a su disposición la historia clínica del paciente, el testimonio de los profesionales de la salud que intervinieron en el acto médico y los peritos especializados en medicina que podrían explicar y demostrar con suma facilidad las razones por las cuales se produjo el daño al paciente.

3. Aplicar la regla de la carga de la prueba conforme al artículo 1330.º del Código Civil para los casos de negligencia médica, importaría requerir la prueba a quien no la posee, a quien no tiene acceso a ella (historia clínica, informes médicos, peritos médicos), aunado a ello el costo probatorio que deberá asumir el paciente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA-MADIEDO, Carolina Deik (2010). «Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba». *Revista de Derecho Privado*, 43, 3-26. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/3600/360033192001.pdf>
- ALPA, Guido (2006). *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Traducción de Leysser León. Lima: Jurista Editores.
- BARCHI VELAOCHAGA, Luciano (2012). *Responsabilidad civil en la atención médico-quirúrgica de emergencia*. Recuperado de <http://www.sideme.org/doctrina/articulos/art0010-pe.htm>
- BELLO JANEIRO, Domingo (2011). «La responsabilidad civil del médico». En COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis (dir.). *Derecho de daños. Una perspectiva contemporánea*. Lima: Motivensa, 273-324.
- BELTRÁN PACHECO, Jorge (2004). «Prueba del dolo o culpa inexcusable». En VIDAL RAMÍREZ, Fernando *et al.* *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo VII. Lima: Gaceta Jurídica.

- LEÓN, Leysser (2005). «Apuntes sobre la prueba de la responsabilidad civil del médico dependiente de un centro de salud». Recuperado de <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/apuntes-sobre-la-prueba-de-la-responsabilidad-civil-del-medico-dependiente-de-un-centro-de-salud/>
- MONGE TALAVERA, Luz (2010). «Responsabilidad civil de los médicos: aplicación de los artículos 1970 y 1762 del Código Civil ¿acerto o despropósito?». *Revista del Foro*, XCII, 95, 57-62.
- MORALES HERVÍAS, Rómulo (2007). «Responsabilidad civil de las estructuras sanitarias y del Ministerio de Salud por transfusión de sangre infectada». *Diálogo con la Jurisprudencia*, 109, 21-27.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge (2005). *Responsabilidad por daños*. Tomo VIII. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo (1999). *Responsabilidad del médico: aspectos civiles, penales y procesales*. Buenos Aires: Astrea.
- RUIZ OREJUELA, Wilson (2016). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. 3.^a edición. Bogotá: Ecoe Ediciones.
- SUÁREZ HERNÁNDEZ, Daniel (1999). «La responsabilidad de las entidades territoriales en la prestación de los servicios médicos. Particularidades que puede presentar este régimen en el campo de la ginecología, la obstetricia y la genética». *Revista de Derecho Privado*, 4, 47-67. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/viewFile/664/627>
- TRIBUNAL SUPREMO (SALA 1.^a de lo Civil). *STS 1288/2002, 23 de diciembre de 2002*.

VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto (1996). «La importancia de la historia clínica en los juicios por mala praxis médica». *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVII, 389-402.

WOOLCOTT OYAGUE, Olenka (2002). *La responsabilidad civil de los profesionales*. Lima: Ara Editores.

ZANA, Mario (2005). «La responsabilidad del profesional». *Derecho PUCP*, 58, 203-227.

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 10, n.º 12, julio-diciembre, 2019, 131-148

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v10i12.27>

La prueba indiciaria. Análisis fenomenológico de la valoración de la prueba indiciaria en los delitos de corrupción de funcionarios

Circumstantial evidence. Phenomenological analysis of the value of the circumstantial evidence in crimes of corruption of officials



ELIZABETH HILDA QUISPE MAMANI
Corte Superior de Justicia de Ica
(Ica, Perú)

Contacto: equispem@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0001-8219-8011>

RESUMEN

El presente aporte formula reflexiones sobre lo que debería significar una correcta valoración de la prueba indiciaria cuando de juzgar delitos de corrupción de funcionarios se trata; y de cuáles deberían ser las directrices y lineamientos que deben observar los operadores de justicia.

Palabras clave: prueba indiciaria, corrupción de funcionarios.

ABSTRACT

This article reflects on what the proper valuation of the circumstantial evidence should signify when judging crimes of corruption of officials and which guidelines should be observed by the justice operators.

Key words: circumstantial evidence, corruption of officials.

Recibido: **07/05/19** Aceptado: **31/10/19**

El primer signo de la corrupción en una sociedad que todavía está viva es «el fin justifica los medios».

GEORGES BERNANOS

La corrupción va de la mano del poder. ¿Habrà manera de separarlos?

LORD ACTON

1. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, el tema en análisis está remeciendo los cimientos más importantes del sistema judicial peruano, pues es bastante conocido que diversos pronunciamientos por la presunta comisión de delitos de corrupción de funcionarios han dado lugar a una serie de acontecimientos singulares que vienen marcando hitos trascendentales en la historia judicial peruana. No debemos perder de vista que «los jueces están comprometidos no solo para saber gobernarse bien, sino también para propiciar cambios sistémicos sustanciales con miras a su desarrollo institucional» (Salas 2012: 314).

Cabe destacar la importancia de la prueba en la averiguación de los hechos investigados, pues esta se erige como la piedra angular

de todo el razonamiento jurídico; por ende, deviene en un aspecto fundamental para la aplicación del derecho porque a través de ella se logra la conexión de los hechos con la realidad. Por ello la valoración de la prueba es fundamental, más aún cuando se trata de una «prueba indiciaria». La naturaleza intrínseca de los delitos de corrupción de funcionarios, de por sí, implica *el quiebre de la imparcialidad del funcionario público en el ejercicio de sus labores*, toda vez que el cargo conferido o actividad encomendada le sugiere al servidor el deber de lealtad que le alcanza para con el Estado. No debemos dejar de lado el quiebre de la confianza depositada por la sociedad en los funcionarios que eligen en busca de una nación cada día mejor.

Sabido es que países como Brasil están soportando las consecuencias de una sociedad que lucha día a día para enfrentar el fenómeno de la corrupción incrustada en todos los estratos sociales, con mayor énfasis en las actividades que le han sido encomendadas a los funcionarios y servidores elegidos por voluntad popular. Esta situación no se aleja mucho de nuestra realidad, pues es harto conocido que la lucha frontal adoptada por nuestro sistema de justicia contra la corrupción ha levantado voces de protesta de opiniones sociales divididas, que cuestionan las decisiones adoptadas por los jueces, quienes, en su gran mayoría, valiéndose del aporte probatorio de las pruebas indiciarias —no directas—, han emitido pronunciamientos de trascendencia nacional e internacional al resolver cuestiones relacionadas con medidas coercitivas de carácter personal.

Hace algunos meses Transparencia Internacional presentó la última versión de su Índice de Percepción de la Corrupción (IPC), y sus conclusiones nos dejaron un gusto amargo. El retroceso fue notorio en once países: México registró la mayor caída y Venezuela se consolidó como uno de los países más corruptos del mundo. Recordemos que, últimamente, han surgido diversas denuncias de corrupción vinculadas al caso Odebrecht, que han tenido serias

repercusiones en Brasil así como en nuestro país. Hasta el momento ya se han iniciado investigaciones en Panamá, Venezuela, Colombia y hasta Chile, considerado uno de los países menos corruptos de América Latina. Todos estos países han dejado entrever que tienen algo que esconder. En el Perú, las consecuencias de la corrupción —hasta el momento— se han traducido en la mayor organización criminal que ha involucrado a grandes personajes de la política, pues nunca antes habían sido acusadas tantas personas cercanas al poder en tantos países de Sudamérica al mismo tiempo (Perú 21 de junio de 2017).

Luego de estas breves reflexiones sobre la importancia de la prueba indiciaria en los delitos de corrupción de funcionarios, pasaremos a analizar el tema que nos convoca. Adelantamos que nuestro análisis no se avoca únicamente a casos determinados de polémica actual, dada la condición de las personas comprendidas como investigados, lo que se pretende es dar luces a los operadores de justicia sobre la importancia que deben otorgar a la prueba indiciaria cuando se trate de dar valor probatorio a esta.

2. LA CORRUPCIÓN EN LOS SISTEMAS JUDICIALES

El 9 de diciembre de 2015 se celebró, en el Perú y en todos los países miembros de las Naciones Unidas, el Día Internacional contra la Corrupción. Esto nos demuestra el real interés por combatir este flagelo humano y los retos que están asumiendo los Estados partes a fin de promover y fortalecer las medidas tendientes a prevenir y combatir de manera eficiente y eficaz el fenómeno de la corrupción, que hoy en día se ha intensificado en las sociedades modernas y viene adoptando nuevas facetas para su realización.

En el caso de Brasil:

Un estudio de Transparencia Internacional (TI) señala que la corrupción es un cáncer del mundo que data desde hace 3,500 años. Brasil, cuyo sistema de gobierno no es autoritario políticamente

hablando, pero sí ceñido de corrupción desde el gobierno de Luiz Inácio Lula da Silva, pues veinticinco personas fueron condenadas en 2012 por usar fondos públicos para conseguir respaldo político. Actualmente, la mandataria brasileña Dilma Rouseff, está siendo investigada por temas de corrupción, más de un millón de personas han protestado en las calles demandando su renuncia por el caso de Petrobras (González 19 de marzo de 2016).

Pero es necesario precisar que la corrupción no solo está presente en América Latina, se encuentra, asimismo, en otros países del mundo. En Corea del Sur, en el año 1995 murieron quinientas dos personas al desplomarse un edificio mal construido. Se descubrió que funcionarios edilicios fueron sobornados por los constructores a fin de que dejaran pasar la construcción en la que utilizaron materiales de baja calidad. Mientras que en el año 2013, más de veintidós mil funcionarios en Sudáfrica fueron acusados de malversación. En Guatemala también se han asomado los tentáculos de la corrupción. Se sindicó a la exvicepresidenta Roxana Baldetti de comandar la trama del ente regulador de los impuestos. En este caso también estaría implicado el expresidente Otto Pérez Molina. Ambos han sido procesados penalmente, y lo más resaltante de la situación es que no finalizaron su período de gobierno, pues el parlamento guatemalteco los destituyó por sus presuntos vínculos con la corrupción. Nicaragua tiene, igualmente, un alto índice de corrupción de ex funcionarios públicos que causaron perjuicio al Estado, sin embargo, ninguno está tras las rejas aún.

Mientras que en el Perú, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) señaló que la corrupción desplazó a la delincuencia como el principal problema que afecta al país, según la última Encuesta Nacional de Hogares (ENAHOG) realizada entre noviembre de 2016 y abril de 2017 (Perú21 12 de junio de 2017). Altas autoridades y funcionarios públicos, alcaldes y exalcaldes provinciales y

distritales del país están siendo investigados y algunos ya fueron sentenciados por diversos delitos de corrupción; en su gran mayoría estos llegaron a tejer sofisticadas redes para cometer delitos contra el Estado. A manera de referencia tenemos el caso Carlos Renato Moreno Chacón¹ (negociación incompatible), el caso fiscal Víctor Rosell Espino² (cohecho pasivo específico), el caso Miguel Chehade (cohecho activo genérico), entre otros.

3. LA VALIDACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

3.1. La prueba indiciaria

Para analizar la prueba indiciaria, es preciso definir en primer lugar el concepto de esta. Conocida también como prueba indirecta, es aquel elemento probatorio que permite dar por acreditados en un proceso judicial hechos sobre los que no existe una prueba directa, pero que a partir de estimar probados otros hechos relacionados con los que se pretende probar, cabe deducir razonadamente la certeza o acreditación de estos últimos.

Veamos algunas otras definiciones sobre la prueba indiciaria:

San Martín Castro dice que por prueba indiciaria se debe entender aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado; señala, además, que ha de motivarse en función de un nexo causal

-
- 1 Exp. n.º 00092-2011-6-1826-JR-PE-01, sentencia de fecha 10 de junio de 2013, expedida por la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima (D. D. Susana Castañeda Otsu).
 - 2 Exp. n.º 0003-2013-6-1826-JR-PE-0, sentencia de fecha 17 de diciembre de 2014, expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima (D. D. Susana Castañeda Otsu).

y coherente entre los hechos probados —indicios— y el que se trate de probar —delito.

Por su parte, Mixán Mass conceptúa la prueba indiciaria como una actividad probatoria de naturaleza necesariamente discursiva e indirecta, cuya fuente es un dato comprobado, y se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia correcta.

Cabanillas Barrantes dice que la prueba de indicios está basada en todo hecho cierto y conocido que lleva, merced a un razonamiento inductivo, a la determinación de un hecho desconocido, dando por resultado un juicio sintético, esto es, agregando a un ente algo nuevo que se descubre.

En conclusión, consideramos la prueba indiciaria —también conocida como prueba indirecta— como aquella que se dirige a mostrar la certeza de un(os) hecho(s) (indicios), explicitando a través del razonamiento basado en un nexo causal y lógico entre los hechos probados y los que se trata de probar, debiendo estos estar relacionados directamente con el hecho delictivo, existiendo una coherencia y concomitancia que descarte la presencia de los llamados conraindicios (Rosas 2004: 290-291).

La doctrina considera que los indicios, en términos autónomos, son estimados sin lugar a dudas como «medios de prueba», solo que no son representativos, ni muestran directamente el hecho, solo lo indican (Montero Aroca citado en Miranda 2012: 34). Es preciso señalar que en las actividades relacionadas con el delito de corrupción de funcionarios, el conocimiento de los hechos ilícitos investigados —en su gran mayoría— no se logra a través de los medios de prueba que los puedan constatar, sino indirectamente, mediante la prueba de determinados hechos que no están constituidos por la representación de estos (Echandía citado en Kielmanovich 1996), y a partir de los cuales se les induce mediante un argumento probatorio (Lamas Puccio 2017).

3.2. Importancia de la prueba indiciaria

Se entiende como prueba por indicios aquella que se dirige a convencer al órgano judicial de la verdad o certeza de hechos que no constituyen hipótesis de incriminación, pero que en atención a leyes científicas, reglas de la lógica o máximas de la experiencia, permiten tenerla razonablemente por cierta (García 2011: 33).

El análisis fenomenológico en la valoración de la prueba indiciaria permite advertir que, antes de la imposición de una sanción de connotación penal, se requiere de un juicio previo en el que se declare la culpabilidad del procesado por un hecho penalmente relevante. Sucede, sin embargo, que no siempre se cuenta con prueba «directa» previa a la imposición de dicha sanción, en especial cuando de investigar datos relacionados con el delito de corrupción de funcionarios se trata, pues a la actividad procesal dirigida a formar convicción en el juez respecto a los hechos penalmente relevantes se le conoce doctrinariamente como prueba o elemento probatorio.

Es importante precisar que, en el proceso penal, la prueba es apreciada por el juzgador atendiendo a la sana crítica racional, es decir, según su libre albedrío (artículo 158.1 del Código Procesal Penal), lo que de modo alguno debe ser confundido con «discrecionalidad» o «arbitrariedad». En ese orden de ideas, el juez debe exponer cuál es la actividad probatoria que se ha desarrollado en el juicio, y cómo esta prueba conduce razonablemente a tener acreditado el hecho que califica como delito y los aspectos que sustentan la responsabilidad penal del procesado (Sánchez 2009: 270)³.

En esa línea de razonamiento es preciso indicar que para que el juez llegue a la certeza respecto a la responsabilidad penal del procesado en los hechos investigados, no solo es exigible la presencia de pruebas directas que vinculen al imputado con el delito, sino,

3 Aporte importante sobre el deber de motivar la valoración de la prueba.

además, que la condena o sanción penal que se va a imponer puede ser el resultado de la valoración efectuada a una prueba indirecta o indiciaria, que una vez corroborada con otros elementos de convicción de carácter periférico sustenten su imposición.

3.3. Aplicación de la prueba por indicios

Según Trazegnies (2010), la prueba indiciaria es, ante todo, una verdadera prueba, esto significa que sus resultados no solo deben ser admitidos como válidos por el derecho, sino —y como condición para lo primero— que es necesario que tenga las características de seriedad, rigor, consistencia, que toda prueba debe tener si se quiere que sea utilizada. Mientras que para Perelman y Olbrechts-Tyteca:

La prueba indiciaria exige que se proceda a varias selecciones de elementos indispensables para que funcione: selección de datos que se consideran relevantes, selección de hipótesis, selección de teorías que se piensa que deben ser confrontadas con los hechos, selección de los elementos mismos que constituyen los hechos. Cada una de estas selecciones implica decidir a su vez sobre criterios para hacer la selección. En consecuencia, la construcción de la certeza final está basada en múltiples elementos subjetivos o cuando menos altamente controvertibles (1970: 25).

Es evidente que la prueba indiciaria es sumamente importante en el proceso penal, y de modo más específico cuando se investigan delitos cometidos por funcionarios públicos, puesto que, atendiendo a su naturaleza, es posible alcanzar la *verdad objetiva*, que permitirá pasar más allá de toda duda razonable, salvaguardando en todo momento, claro está, el derecho constitucional a la presunción de inocencia. El término «más allá de toda duda razonable» no se encuentra expresamente establecido en nuestro ordenamiento; sin embargo, podemos hacer uso, si se desea, del control convencional

bajo el tenor del artículo 66.º del Estatuto de Roma (del cual somos parte desde el 7 de diciembre de 2000), el cual establece que «Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado, más allá de toda duda razonable» (Cusi 2016: 225).

Qué duda cabe, al ser un término exclusivo del ámbito penal, la prueba indiciaria tiene la capacidad de fundar una sentencia condenatoria, pero en estricta observancia de ciertas reglas exhaustivas y concretas, a fin de no vulnerar la libertad, pues la prueba indiciaria no es una prueba residual. En ese sentido, la prueba indiciaria es aquella que se dirige a demostrar la certeza de los hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero a través de la lógica y de las reglas de la experiencia se puede inferir la comisión de los hechos delictivos y la participación del presunto autor (Neyra 2010: 549).

3.4. La valoración de la prueba indiciaria en los delitos de corrupción de funcionarios

Es claro que los operadores de justicia, y más específicamente los magistrados del Poder Judicial, al emitir pronunciamiento —con mayor énfasis en aquellos casos relacionados con delitos de corrupción de funcionarios— están obligados a significar garantía de democracia para la ciudadanía. Por ello es exigible que los indicios estén debidamente probados, ya que dependiendo de la fuerza acreditativa de aquellos el juzgador estará en la posibilidad de imponer una sentencia condenatoria al procesado.

El capítulo II del Código Penal regula los delitos cometidos por funcionarios públicos, en tanto que en la sección IV se encuentra tipificado el delito de «corrupción de funcionarios». Este último, en sus diversas modalidades, prevé como elemento común la violación de sus obligaciones funcionales, mediante un hacer o dejar de hacer. Por la diversidad de modalidades de los actos de corrupción, donde

muchas veces no hay testigos y tampoco evidencias directas de su comisión, se complica y dificulta su probanza, pues es usual que en la práctica los elementos de prueba se encuentren en la esfera privada, esto es, dentro de la propia organización delictual. Por ese motivo, para su probanza se requiere acudir a la acreditación de otros hechos de carácter periférico o indirectos como los indicios, ya que es bastante conocido que el fundamento de todo juicio es necesariamente la prueba.

En el Nuevo Código Procesal Penal, la prueba indiciaria se encuentra regulada en el artículo 158, inciso 3, donde se precisa los requisitos exigibles para su aplicación:

- a) **Que el indicio esté probado.** Se entiende que debe estar acreditado por medios de prueba válidos. Por ello la importancia de no confundir «indicios» con los «medios de prueba» que sirven para la comprobación de la imputación fáctica contenida en la tesis fiscal o los argumentos sostenidos por la defensa para sustentar su posición.
- b) **Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia.** Lo que permite a los operadores de justicia vincular ambos presupuestos —indicios y medios de prueba— a fin de establecer entre ellos el nexo o relación de causalidad. A su vez esto sustentará la decisión emitida en un caso concreto.
- c) **Que cuando se trate de indicios contingentes, estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten conraindicios consistentes.** Este requisito de admisibilidad de la prueba por indicio le exige al juzgador observar con rigurosidad el derecho a probar o generar prueba de descargo que le asiste a los justiciables al ser garantías reconocidas constitucionalmente, por cuanto posibilita al juzgador convicción sobre la veracidad de sus argumentos.

En la actualidad, somos testigos de que la aplicación de la prueba indiciaria está cobrando mayor realce en nuestro país, con mayor énfasis respecto a personajes que han ejercido altos cargos en el poder, quienes se encuentran en el ojo de la tormenta. Es por ello que en la aplicación de la prueba indiciaria resulta ineludible e impostergable emplear la lógica para obtener correctamente el «argumento probatorio» que se refleja en las conclusiones de las inferencias realizadas válidamente. Toda vez que la inferencia es un eslabón necesario en la dinámica cognoscitiva que se emprende partiendo del significado del indicio para descubrir aquello hacia lo que este conduce. Esta operación genera en el juez convicción o no sobre un hecho concreto.

Es importante precisar también que la prueba indiciaria se conecta de modo directo con la presunción de inocencia consagrada en la Constitución, ya que, en razón de este derecho constitucionalmente reconocido, entre la resolución de inicio de investigación (diligencias preliminares a nivel fiscal) y la ulterior resolución final que declara la culpabilidad o la inculpabilidad del procesado (sentencia), se genera un estado de sospecha que determina la necesidad del advenimiento de la actividad probatoria. Solamente a través de esta se puede acentuar o desvanecer la sospecha, pues solo al concluir la actividad probatoria se sabrá si la citada presunción es descartada o si se mantiene.

4. LA PRUEBA INDICIARIA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El derecho a la prueba es un derecho fundamental de todo ser humano, dado que es inherente a la persona. Su contenido esencial es la posibilidad que tiene toda persona de utilizar los medios posibles a fin de convencer al juez sobre la verdad del interés material perseguido. Se define como aquello que tiene mérito suficiente para formar en el juez la certeza de haber alcanzado la verdad concreta a

lo largo del desarrollo del proceso y, con ello, tener por desvirtuada la presunción de inocencia.

Es, asimismo, un instrumento que alcanza a toda persona, por lo que de manera alguna puede expandirse hasta el límite de violar los demás derechos fundamentales. Se trata de un derecho subjetivo exigible al juez, cuyo propósito es accionar la actividad probatoria en conexión con el derecho al acceso a la justicia; por ello, le está prohibido al juez utilizar directa o indirectamente las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de derechos fundamentales.

El contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona es un concepto nuevo en nuestra legislación procesal penal, pero, de primera importancia para una lectura constitucional del mismo. El contenido esencial es el núcleo duro de los derechos fundamentales, que restringe su disponibilidad frente a otros derechos fundamentales, dependiendo del caso concreto, teniendo como referencia a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Abad Yupanqui nos dice que: «El contenido esencial de un derecho fundamental es un “concepto jurídico indeterminado”, cuyo alcance y significado no puede fijarse de manera general, sino que ha de ser precisado en relación a cada derecho fundamental» (Ugaz s. f.: 2).

El Tribunal Constitucional, respecto al debido proceso constitucional y el derecho fundamental a la prueba, establece lo siguiente:

8. [...] el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un derecho comprendido en el contenido esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. Una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la

prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales –límites extrínsecos–, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión –límites intrínsecos–.

9. Sin embargo, el reconocimiento del derecho a la prueba en la normatividad es restringido y se lo relaciona casi exclusivamente con la presunción de inocencia. Por eso, normalmente aparece bajo la fórmula siguiente: «la persona se considera inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad». Este es el enunciado utilizado en el artículo 2, inciso 24, acápite e, de la Constitución, que reproduce lo estipulado por el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y, en cierta forma, lo prescrito en los artículos 11, inciso 1, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14, inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

10. No obstante, es menester considerar también que el derecho a la prueba lleva aparejada la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor. Por ello, no se puede negar la existencia del derecho fundamental a la prueba. Constituye un derecho fundamental de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según esta dimensión subjetiva del derecho a la prueba, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa (Tribunal Constitucional 2007).

Queda claro que el derecho a la prueba es un derecho fundamental complejo, cuyo contenido está determinado por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de

medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia (STC 6712-2005-HC/TC⁴ y STC 1014-2007-PHC/TC).

El principio de legitimidad de la prueba ha sido recogido por el artículo VIII.1 del título preliminar del nuevo Código Procesal Penal, que establece que todo medio de prueba solo podrá ser valorado si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. El Tribunal Constitucional peruano al desarrollar los alcances del derecho a la prueba, en su Sentencia n.º 1014-2007-PHC/TC, considera que conforme a este derecho se exige la constitucionalidad de la actividad probatoria, que implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba (Talavera 2015).

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En la actualidad, el tema en análisis está remeciendo los cimientos más importantes de nuestro sistema judicial, pues es bastante conocido que diversos pronunciamientos por la presunta comisión de delitos de corrupción de funcionarios han dado lugar a una serie de acontecimientos que vienen marcando hitos trascendentales en la historia judicial peruana.

Atendiendo al escenario en el que se desenvuelven los delitos de corrupción de funcionarios, es muy probable que no se cuente con pruebas directas, es por ello que los juzgadores deben recurrir a la

4 Exp. n.º 6712-2005-HC/TC. Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana. Sentencia expedida el 17 de octubre de 2005 por el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo.

acreditación de los hechos fácticos postulados por el Ministerio Público a título de imputación penal, valiéndose de la acreditación de otros hechos de carácter periférico o indirecto, como son los indicios, para imponer sentencia condenatoria cuando se trate de sanciones penales.

La prueba indiciaria, conocida también como prueba indirecta, es la que se dirige a mostrar la certeza de hechos (indicios), explicitando a través del razonamiento basado en un nexo causal y lógico entre los hechos probados y los que se trata de probar. Estos últimos se relacionan directamente con el hecho delictivo, por lo que existe coherencia y concomitancia que descarte la presencia de los llamados contraindicios.

Los operadores de justicia, principalmente los magistrados del Poder Judicial, al emitir pronunciamiento están obligados a garantizar la democracia para la ciudadanía. Es exigible, por este motivo, que los indicios se encuentren debidamente probados, pues dependiendo de su fuerza acreditativa el juzgador estará en la posibilidad de imponer una sentencia condenatoria al procesado.

Queda claro, entonces, que la prueba indiciaria tiene estrecha relación con la presunción de inocencia que consagra nuestra Constitución Política, pues en razón de esta, entre la resolución de inicio de las investigaciones y la sentencia que concluye con la responsabilidad o no del inculcado, se genera un estado de sospecha que determina inexorablemente la necesidad del advenimiento de la actividad probatoria y solo mediante esta pueda acentuarse o desvanecerse esa sospecha.

Finalmente, se puede concluir que la prueba indiciaria o indirecta constituye una prueba en sí misma, por lo que de modo alguno podría aplicarse de manera supletoria o subsidiaria. Al ser la prueba indiciaria una que vale por sí misma, queda totalmente descartada la posibilidad de que en caso sea insuficiente la prueba

material o directa se pueda recién recurrir a la prueba indirecta. No corresponde a los operadores de justicia aplicar este razonamiento al resolver procesos por corrupción de funcionarios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CUSI RIMACHE, Jhon Eber (2016). «Patologías de la prueba indiciaria». *Actualidad Penal*, 24, 224-257.
- GARCÍA CAVERO, Percy (2011). *La prueba indiciaria en el proceso penal*. Lima: Ara Editores.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Pedro David (19 de marzo de 2016). «La corrupción en el mundo». *La Prensa*. Recuperado de <https://www.laprensa.com.ni/2016/03/19/opinion/2005456-la-corrupcion-en-el-mundo>
- KIELMANOVICH, Jorge (1996). *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- LAMAS PUCCIO, Luis (2017). *La prueba indiciaria en el delito de lavado de activos*. Lima: Instituto Pacífico.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2012). *La prueba en el proceso penal acusatorio*. Lima: Jurista/Cedpe.
- NEYRA FLORES, José Antonio (2010). *Manual del nuevo proceso penal y de litigación oral*. Lima: Idemsa.
- PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie (1970). *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*. Bruselas: Univ. Bruxelles.
- PERÚ21 (12 de junio de 2017). «La corrupción es el principal problema del Perú, según INEI». *Perú21*. Recuperado de <https://peru21.pe/economia/corrupcion-principal-problema-peru-inei-80745-noticia/>
- PODER JUDICIAL (2013). *Exp. n.º 00092-2011-6-1826-JR-PE-01*. Corte Superior de Justicia de Lima: 10 de junio de 2013.

- ____ (2014). *Exp. n.º 0003-2013-6-1826-JR-PE-0*. Corte Superior de Justicia de Lima: 17 de diciembre de 2014.
- ROSAS YATACO, Jorge (2004). «Prueba indiciaria: doctrina y jurisprudencia nacional». *La reforma del proceso penal peruano. Anuario de Derecho Penal*, 287-302.
- SALAS VILLALOBOS, Sergio (2012). «El Poder Judicial peruano como objeto de estudio para la calidad de la democracia y administración de justicia en el Perú. Ventajas y dificultades». *Revista Oficial del Poder Judicial*, 7, 8-9, 313-334.
- SAN MARTÍN CASTRO, César (1999). *Derecho procesal penal*. Tomo II. Lima: Grijley.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo (2009). «Aporte importante sobre el deber de motivar la valoración de la prueba». *El nuevo proceso penal*. Lima: Idemsa.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo (octubre de 2015). *La prueba ilícita* [diapositivas]. Recuperado de https://www.mpf.n.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4055_prueba_ilicita.pdf
- TRAZEGNIES, Fernando (2010). *La teoría de la prueba indiciaria*. Recuperado de <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafad.htm>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2003). *Exp. n.º 010-2002-AI/TC Lima*. Lima: 3 de enero de 2003.
- ____ (2005a). *Exp. n.º 4831-2005-PHC/TC Arequipa*. Lima: 8 de agosto de 2005.
- ____ (2005b). *Exp. n.º 6712-2005-HC/TC Lima*. Lima: 17 de octubre de 2005.
- ____ (2007). *Exp. n.º 1014-2007-PHC/TC Lima*. Lima: 5 de abril de 2007.
- UGAZ ZEGARRA, Ángel (s. f.). «Algunas reflexiones en torno a la prueba ilícita». Recuperado de https://www.minjus.gob.pe/defensapublica/contenido/actividades/docs/303_9_reflexiones_prueba_il%C3%ADcita.pdf

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 10, n.º 12, julio-diciembre, 2019, 149-168

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v10i12.28>

La responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo

Civil liability derived from occupational accidents



CAROLINA AYVAR ROLDÁN
Corte Superior de Justicia de Arequipa
(Arequipa, Perú)

Contacto: cayuar@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-7674-7034>

RESUMEN

La responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo proviene de la relación trabajador-empleador, pues el empleador garantiza la protección de la vida, la salud y el bienestar de sus trabajadores en el centro de labores, y debe asumir las implicancias de orden económico o legal que se generen por estos, respondiendo por el daño ocasionado, sea este lucro cesante, daño emergente, daño moral y aun el daño a la persona, ya que la jurisprudencia ha establecido sus alcances. Sin embargo, dada la realidad en la actividad laboral respecto a las obligaciones, en especial de riesgo, esta supera largamente las previsiones doctrinarias

o jurisprudenciales, sobre todo para determinar el *quantum* indemnizatorio y establecer en cada caso la responsabilidad del empleador y la reparación del daño.

Palabras clave: responsabilidad civil, daño, trabajador, empleador, accidente de trabajo, prueba, *quantum* indemnizatorio.

ABSTRACT

Civil liability resulting from work related accidents stems from the employer-employee relationship, since the employer undertakes to protect the life, health and welfare of his employees at the workplace and must assume the legal or economic implications produced by them, responding for the damages caused, regardless of whether such damages imply loss of profit, ensuing damages, moral damages and even personal harm, since the existing case law has established their scope. However, given the reality in the occupational realm, especially in relation to risky work obligations, it largely exceeds the doctrinal or jurisprudential provisions, particularly in terms of determining the amount of compensation and the establishment in each case, of the liability of the employer and the reparation of the damages.

Key words: civil liability, damages, employee, employer, occupational accident, evidence, amount of compensation.

Recibido: 04/05/19 Aceptado: 04/11/19

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la casuística judicial especializada en materia laboral es frecuente que se entablen demandas por indemnización de daños y perjuicios, derivadas de un accidente en la actividad laboral, no siempre de una actividad riesgosa o peligrosa, aunque en su mayoría sí. Aunque contamos con una ley que regula las normas y los alcances de la responsabilidad del empleador en estos casos, ni esta ni su reglamento establecen los alcances de dicha responsabilidad, como por ejemplo

cuál es su naturaleza jurídica, los tipos de responsabilidad, y mucho menos establece criterios para determinar el *quantum* indemnizatorio. Por ello es necesario acudir a las normas civiles para llenar los vacíos de la normatividad laboral; y aún así, sobre todo al determinar el monto indemnizatorio, resultan insuficientes estas disposiciones legales.

En este trabajo académico queremos responder precisamente a estas interrogantes y determinar los alcances de la responsabilidad derivada de accidentes de trabajo, haciendo un análisis de la normatividad, la jurisprudencia y la casuística.

2. CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y SUS ELEMENTOS

Para iniciar el análisis del tema, es necesario en principio conocer lo que se entiende por accidente de trabajo; al efecto, el Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo n.º 005-2012-TR, lo define como:

Todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, y aun fuera del lugar y horas de trabajo.

La Corte Suprema de Justicia, mediante la sentencia recaída en la Casación Laboral n.º 1225-2015 Lima, emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, señala que «se considerará accidente de trabajo como aquel que se produce dentro del ámbito laboral, tratándose normalmente de un hecho súbito y violento que ocasiona un daño psíquico o físico verificable en la salud del trabajador».

2.1. Elementos del accidente de trabajo

La misma sala suprema en la Casación Laboral n.º 4258-2016, que se ha emitido como precedente de obligatorio cumplimiento, establece que los elementos del accidente de trabajo son los siguientes:

- a) **Causa externa**, está referida al agente productor extraño a la víctima.
- b) **Instantaneidad**, se refiere al tiempo breve de duración del hecho generador.
- c) **Lesión**, son los daños sufridos por el trabajador como consecuencia del hecho.

3. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD

El Tribunal Supremo, en la Casación n.º 1225-2015 Lima, acoge la posición doctrinaria de Juan Carlos Cortés Carcelén sobre responsabilidad del empleador frente a los accidentes de trabajo, al manifestar que el trabajo es realizado conforme a las instrucciones del empleador con sometimiento a sus directrices respecto al modo, intensidad, tiempo y lugar, integrándose el trabajador a un todo organizado, el que no controla y, más bien, se encuentra impedido de establecer por sí mismo las medidas de seguridad necesarias para realizar su labor, por lo que ellas recaen en el empleador.

Es así que la responsabilidad del empleador se extiende a la protección íntegra del trabajador, su salud y seguridad, siendo suficiente con que el daño se produzca como causa de la prestación laboral para que se proceda al análisis de los demás elementos de la responsabilidad contractual a fin de determinar si el daño se deriva de un incumplimiento contractual del empleador. Por ende, la Corte Suprema concluye que la responsabilidad del empleador frente a un accidente de trabajo o enfermedad profesional es contractual.

Del mismo pensamiento de cuenta la Casación Laboral n.º 4258-2016-Lima, que señala que el deber de otorgar higiene y seguridad en el trabajo emana del contrato de trabajo. En ese sentido, su cumplimiento es de trascendencia superior y de simple obligación de una de las partes en un negocio jurídico; agrega que las medidas de seguridad e higiene muchas veces están contenidas en normas legales y reglamentarias, esto no desvirtúa el carácter contractual del deber de seguridad porque este no se agota con solo acatar estas disposiciones legales para reducir al mínimo los riesgos laborales. Por ello considera que la responsabilidad civil del empleador por incumplimiento de sus obligaciones es de carácter contractual.

Entonces dado que la relación laboral es de carácter contractual, en la que ambas partes tienen derechos y obligaciones, es claro que el incumplimiento de las obligaciones previstas por ley en materia de seguridad y salud por parte del empleador, determina responsabilidad y es de naturaleza contractual.

4. RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR

El empleador resulta responsable de las consecuencias en la salud y bienestar de sus trabajadores por accidentes de trabajo, más allá del seguro de riesgo que están obligados a contratar, pues deriva de su deber de prevención. Así, la Ley n.º 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, reconoce en su título preliminar los principios de prevención y de responsabilidad:

a) PRINCIPIO DE PREVENCIÓN

El empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores. Debe considerar factores

sociales, laborales y biológicos, diferenciados en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral.

b) PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

El empleador asume las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él, conforme a las normas vigentes.

En ese contexto, el deber esencial de todo empleador es cumplir las obligaciones fijadas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales, garantizando la protección, seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todo lo relacionado con el trabajo, lo que comprende evaluar, evitar y combatir los riesgos.

Para la Corte Suprema ya no es suficiente contar con un seguro para que asuma los daños del accidente, sino que el empleador o empresa deberá acreditar el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo, a fin de evitar su responsabilidad.

El artículo 53.º de la Ley n.º 29783 establece los alcances de la responsabilidad del empleador por incumplimiento de su deber de prevención: «El incumplimiento del empleador del deber de prevención genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales».

El citado artículo 53.º establece el deber de prevención que debe ejercer y ejecutar todo empleador, y en su artículo 54.º determina: «El deber de prevención abarca también toda actividad que se desarrolle durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, o en el desplazamiento a la misma, aun fuera del lugar y horas de trabajo». En esta misma línea de ideas tenemos que el Decreto Supremo n.º 005-2012-TR, reglamento de la ley antes mencionada, establece en su artículo 93.º:

El desplazamiento a que hace referencia el artículo 54 de la Ley comprende todo desplazamiento que realice el trabajador en cumplimiento de una orden del empleador o la ejecución de una labor por encargo de este, como parte de las funciones asignadas, incluso si esta se desarrolla fuera del lugar y las horas de trabajo. No se incluye el desplazamiento entre el domicilio del trabajador al lugar de trabajo y viceversa, salvo que ello esté contemplado en una norma sectorial por la naturaleza de la actividad, sea una condición de trabajo o el desplazamiento se realice en un medio de transporte brindado por el empleador, de forma directa o a través de terceros.

Por lo señalado antes, queda claro que el deber de prevención y la responsabilidad del empleador se derivan precisamente de sus obligaciones en seguridad y salud en el desarrollo de las actividades cotidianas de los trabajadores, en especial de aquellos que realizan actividades de riesgo, por lo que el cumplimiento de las normas de seguridad tiene especial relevancia. De allí que el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de estas obligaciones acarrea responsabilidad civil por los daños que pudiera causar al trabajador.

Las obligaciones de seguridad y salud del empleador se hallan reguladas en el artículo 49.º de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo:

Artículo 49. Obligaciones del empleador

El empleador, entre otras, tiene las siguientes obligaciones:

- a) Garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor, en el centro de trabajo o con ocasión del mismo.
- b) Desarrollar acciones permanentes con el fin de perfeccionar los niveles de protección existentes.
- c) Identificar las modificaciones que puedan darse en las condiciones de trabajo y disponer lo necesario para la adopción de medidas de prevención de los riesgos laborales.
- d) Practicar exámenes médicos cada dos años, de manera obligatoria, a cargo del empleador. Los exámenes médicos de salida son

facultativos, y podrán realizarse a solicitud del empleador o trabajador. En cualquiera de los casos, los costos de los exámenes médicos los asume el empleador. En el caso de los trabajadores que realizan actividades de alto riesgo, el empleador se encuentra obligado a realizar los exámenes médicos antes, durante y al término de la relación laboral. El reglamento desarrollará, a través de las entidades competentes, los instrumentos que fueran necesarios para acotar el costo de los exámenes médicos.

- e) Garantizar que las elecciones de los representantes de los trabajadores se realicen a través de las organizaciones sindicales; y en su defecto, a través de elecciones democráticas de los trabajadores.
- f) Garantizar el real y efectivo trabajo del comité paritario de seguridad y salud en el trabajo, asignando los recursos necesarios.
- g) Garantizar, oportuna y apropiadamente, capacitación y entrenamiento en seguridad y salud en el centro y puesto de trabajo o función específica, tal como se señala a continuación:
 1. Al momento de la contratación, cualquiera sea la modalidad o duración.
 2. Durante el desempeño de la labor.
 3. Cuando se produzcan cambios en la función o puesto de trabajo o en la tecnología.

5. DE LA COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS LABORALES

El artículo 2.º, inciso 1.b, de la Nueva Ley Procesal del Trabajo establece que los jueces especializados de trabajo son competentes para conocer de los procesos sobre responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios; y el Pleno Jurisdiccional Laboral del año 2000 estableció que:

la competencia de los jueces de trabajo para conocer y resolver las demandas de indemnización por daños y perjuicios originadas por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, considerando que este es un acto bilateral en que ambas

partes asumen obligaciones, y si en su ejecución se generan daños por dolo, culpa inexcusable o culpa leve que afecten a una de las partes, corresponde la indemnización por responsabilidad contractual.

Por lo que se concluye que los jueces laborales son competentes para conocer de los procesos sobre indemnización de daños y perjuicios derivados de accidentes de trabajo.

6. DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

Al no contener el derecho del trabajo normas sustantivas que regulen el régimen jurídico sobre la responsabilidad contractual por incumplimiento de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, resultan de aplicación las disposiciones contenidas en los artículos 1321.º al 1332.º del Código Civil.

Para la determinación o no de la existencia de la responsabilidad contractual del demandado, debe verificarse la concurrencia de los requisitos que la configuran, tales como el daño, la antijuricidad de la conducta dañosa, la relación de causalidad y el factor de atribución.

La Corte Suprema en el precedente contenido en la Casación n.º 4258-2016 conceptualiza estos elementos, a saber:

Antijuricidad. Está constituida por aquellas conductas que implican una violación del ordenamiento jurídico a través de hechos ilícitos, hechos abusivos o hechos excesivos. Esta antijuricidad siempre es típica, pues implica el incumplimiento de obligaciones previamente determinadas. Téngase en cuenta que el artículo 39 de la Ley n.º 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, señala las obligaciones del empleador, y por tanto su incumplimiento determinará la antijuricidad de su conducta.

En materia de responsabilidad contractual, el factor de atribución siempre será la culpa, que se clasifica en tres grados: culpa leve,

culpa grave o inexcusable y dolo. El artículo 1321.º del Código Civil señala: «Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve».

Relación de causalidad. Está constituida por el nexo entre la conducta antijurídica con el daño causado, y esta relación causal permite determinar cuáles son los hechos determinantes del daño.

El factor de atribución. Son aquellas conductas que justifican la transmisión de los efectos económicos del daño de la víctima al responsable de este.

Daño. Es todo detrimento o lesión que en sus bienes jurídicos sufre un sujeto de derecho por acción u omisión de un tercero, pudiendo incidir ese menoscabo en su esfera personal, patrimonial o ambas.

7. TIPOS DE DAÑO

- **Lucro cesante.** Son los ingresos dejados de percibir por el trabajador como consecuencia de la incapacidad para el trabajo, por el accidente sufrido.
- **Daño emergente.** Es el empobrecimiento que sufre el afectado con el daño en su patrimonio. Está referido a todo aquello que resulte necesario para la recuperación del trabajador.
- **Daño moral.** Afecta al aspecto sentimental o autoestima del dañado, es el llamado dolor interno.

En la responsabilidad contractual propiamente no se reconoce los daños a la persona que sí están reconocidos en la responsabilidad extracontractual; sin embargo, en el diario de los conflictos judicializados se aprecia que los trabajadores hacen especial énfasis en el reclamo del *daño a la persona*, sea como daño

biológico y psicológico, así como al proyecto de vida. Si bien tal daño no aparece regulado entre las posibilidades de cobro por responsabilidad contractual; sí está regulado en las disposiciones sobre responsabilidad extracontractual, más exactamente en el artículo 1985.º del Código Civil, sobre lo que al efecto indica Lizardo Taboada: «No obstante lo cual pensamos que el daño a la persona es también indemnizable en el campo de la responsabilidad civil contractual en nuestro sistema jurídico, pues no existe ninguna razón para limitar su aplicación únicamente al campo extracontractual» (2003: 68). En consecuencia, tratándose de responsabilidad contractual es posible reclamar el pago de daño a la persona. Sobre este último, Fernández Sessarego, en su artículo «Hacia una nueva sistematización del daño a la persona», sostiene que puede diferenciarse el daño psicosomático y el daño al proyecto de vida y en el primero considera al daño biológico y el daño a la salud o daño al bienestar.

Sobre el daño biológico el antes citado autor señala:

El daño biológico se identifica con la lesión, considerada en sí misma, causada en relación con algún aspecto de la mencionada unidad psicosomática de la persona víctima del daño. En el daño denominado biológico se compromete, en alguna medida, la integridad psicosomática del sujeto, de modo directo e inmediato, causándole heridas de todo tipo, lesiones varias, fracturas, perturbaciones psíquicas de diversa índole y magnitud (2003: 27).

La Ley de Seguridad y Salud señala el tipo de lesiones que puede ocasionar un accidente de trabajo. Según su gravedad, los accidentes de trabajo con lesiones personales pueden ser de estos tipos:

1. Accidente leve: Suceso cuya lesión, resultado de la evaluación médica, que genera en el accidentado un descanso breve con retorno máximo al día siguiente a sus labores habituales.

2. Accidente incapacitante: suceso cuya lesión, resultado de la evaluación médica, da lugar a descanso, ausencia justificada al trabajo y tratamiento. Para fines estadísticos, no se tomará en cuenta el día de ocurrido el accidente. Según el grado de incapacidad los accidentes de trabajo pueden ser:

- Total temporal: cuando la lesión genera en el accidentado la imposibilidad de utilizar su organismo; se otorgará tratamiento médico hasta su plena recuperación.
- Parcial permanente: cuando la lesión genera la pérdida parcial de un miembro u órgano o de las funciones del mismo.
- Total permanente: cuando la lesión genera la pérdida anatómica o funcional total de un miembro u órgano; o de las funciones del mismo. Se considera a partir de la pérdida del dedo meñique.

3. Accidente mortal: Suceso cuyas lesiones producen la muerte del trabajador. Para efectos estadísticos debe considerarse la fecha del deceso.

Por tanto, el daño biológico del trabajador, en atención a las lesiones que ha sufrido, puede ser leve, permanente o mortal, si a consecuencia del accidente pierde la vida.

7.1. El daño al proyecto de vida

El mismo Fernández Sessarego sostiene:

Se designa como «proyecto de vida» el rumbo o destino que la persona otorga a su vida, es decir, el sentido existencial derivado de una previa valoración. El ser humano, en cuanto ontológicamente libre, decide vivir de una u otra manera. Elige vivenciar, preferentemente, ciertos valores, escoger una determinada actividad laboral, perseguir ciertos valiosos objetivos. Todo ello constituye el «proyecto de vida». Lo que la persona decide hacer con el don de su vida (2002: 25).

Asimismo, a decir de Lizardo Taboada, en lo relativo a la frustración del proyecto de vida:

pensamos que no se trata de cualquier posibilidad de desarrollo de una persona, que puede ser incierta, sino que deberá tratarse de la frustración de un proyecto evidenciado y en proceso de ejecución y desarrollo que se frustra de un momento a otro. No se debe confundir proyecto de vida con cualquier posibilidad respecto de la cual no exista ningún tipo de evidencia comprobada. Como tampoco se debe confundir proyecto de vida con las simples motivaciones de los sujetos (2003: 69).

Se concluye, por esto, que también son atendibles ante los órganos jurisdiccionales el pago de indemnizaciones por daño a la persona, más aun si se trata de accidentes de trabajo donde la salud y el bienestar del trabajador se ven afectados.

7.2. Sobre el daño por lucro cesante

En referencia al lucro cesante, este se encuentra constituido como renta o ganancia frustrada o dejada de percibir (Taboada 2003: 62), daño que puede ser resarcido dentro de las responsabilidades contractual, como lo señala el artículo 1321.º del Código Civil. Se tiene que la doctrina ha aceptado de forma amplia que está constituido por:

[la] ganancia dejada de obtener o pérdida de ingresos [...] Este daño tiene en su propia naturaleza una dosis de incertidumbre, pues la realidad es que no se llegó a obtener la ganancia, por eso hay que manejarse en términos de cierta probabilidad objetiva, de acuerdo con las circunstancias concretas para evitar que bajo este daño pretenda el perjudicado obtener la compensación por pérdidas que nunca se hubieran producido (Reglero 2008: 330).

Sobre ello debe tenerse presente que nos encontramos ante un caso de indemnización por daño patrimonial, y no de cobro de remuneraciones.

La Corte Suprema se ha pronunciado al respecto en la Casación Laboral n.º 992-2012 Arequipa, de fecha 3 de setiembre de 2012, en que la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, en su undécimo considerando, indica:

Que, siendo así, es necesario puntualizar que no existe derecho a remuneraciones por el período no laborado, interpretación que también es concordante con el criterio del Tribunal Constitucional respecto de este derecho constitucional, lo cual, obviamente, no implica negar que efectivamente pueda existir clara verosimilitud sobre la existencia de daños al impedirse el ejercicio de los derechos del trabajador, los mismos que deben ser evaluados e indemnizados, según los hechos de cada caso concreto y ante el juez y vía procedimental predeterminados por ley.

En atención a dicha jurisprudencia, y como se ha expresado anteriormente, no corresponde calcular el derecho reclamado de modo matemático, sino considerarlo como referente para la determinación del *quantum* indemnizatorio, en aplicación de lo previsto en el artículo 1332.º del Código Civil.

De otro lado, la Casación Laboral n.º 12263-2014-Arequipa, de fecha 11 de mayo de 2016, emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, señala en su fundamento décimo segundo:

En ese sentido, las figuras jurídicas antes señaladas tienen naturaleza jurídica distinta, mientras que el lucro cesante es una forma de daño patrimonial que consiste en la pérdida de una ganancia legítima o de una utilidad económica como consecuencia del daño; las remuneraciones devengadas son las remuneraciones que el trabajador no pudo cobrar por falta de contraprestación efectiva de trabajo, tiene naturaleza retributiva y no indemnizatoria a diferencia del primero, lo que implica establecer una diferencia conceptual y de categoría jurídica, cuyo resarcimiento y *quantum* debe efectuarse teniendo en cuenta el artículo 1332.º del Código Civil que señala:

«Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa».

Por ello, en la actividad judicial, el monto de las remuneraciones dejadas de percibir solo es referencial para establecer la indemnización, y al parecer esto colisiona con el contenido estricto de lucro cesante.

7.3. Sobre el daño moral

Manuel Tafur citando a Carlos Fernández Sessarego señala respecto al daño moral:

El llamado daño moral, en cambio, no compromete la libertad del sujeto sino que es un daño sicosomático que afecta la esfera sentimental del sujeto en cuanto su expresión es el dolor, el sufrimiento. Es, por lo tanto, un daño que no se proyecta en el futuro, que no está vigente durante la vida de la persona. Por el contrario, las consecuencias del daño moral tienden a disiparse y a desaparecer, por lo general, con el transcurso del tiempo (s. f.: 14).

Esto quiere decir que el daño moral se caracteriza por su eventualidad, su temporalidad, y no se proyecta en el futuro, pues escaparía de la esfera del daño moral para convertirse en un daño psicosomático. Así lo indica Fernández Sessarego cuando expresa «que tales repercusiones pueden expresarse a través de un daño emocional, pasajero o transitorio, designado tradicionalmente como “daño moral”, o puede derivar en un transtorno mental, en una patología que puede llegar a ser duradera (2002: 28).

8. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

La Corte Suprema en el precedente en la Casación Laboral n.º 4258-2016 Lima ha establecido una interpretación del antes citado artículo 53.º de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, que más constituye una presunción *iuris tantum*:

Probada la existencia del daño sufrido por el trabajador, a consecuencia de un accidente de trabajo debe atribuirse el mismo al incumplimiento por el empleador de su deber de prevención, hecho que genera la obligación patronal de pagar a la víctima o sus derechohabientes una indemnización que será fijada por el juez conforme al artículo 1332 del Código Civil, salvo que las partes hubieran aportado pruebas documentales o periciales sobre el valor del mismo.

9. SOBRE LA PRUEBA EN EL PROCESO SOBRE INDEMNIZACIÓN Y EL *QUANTUM INDEMNIZATORIO*

En los procesos sobre indemnización por accidentes de trabajo, resalta la importancia de la prueba de parte del trabajador primero respecto a la existencia del vínculo laboral y luego del daño (art. 23.3 NLPT).

Conforme lo señala el artículo 23.1 de la NLPT, «la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos»; y conforme la Corte Suprema lo ha expresado en la Casación n.º 2660-2006-Lima: «La carga de la prueba o llamada también “onus probandi” consiste en que quien tiene la titularidad de la carga de la prueba es la parte que persigue los efectos jurídicos en función de los hechos que sustentan su pretensión».

Entendiéndose al medio de prueba, según Rodríguez Espejo, «como la persona o caso y, excepcionalmente, también los hechos que suministran al órgano jurisdiccional del Estado los conocimientos necesarios para que pueda determinar la verdad o falsedad jurídica de un tema de prueba» (Hinostroza 2010: 25); es decir, que las partes se hallan obligadas a probar sus alegaciones a efectos de que el juzgador pueda decidir sobre las pretensiones propuestas y la contradicción formulada.

El reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, en su artículo 94.º establece que «Para efecto de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley, la imputación de la responsabilidad al empleador por incumplimiento de su deber de prevención requiere que se acredite que la causa determinante del daño es consecuencia directa de la labor desempeñada por el trabajador y del incumplimiento por parte del empleador de las normas de seguridad y salud en el trabajo».

Sin embargo, como ya se ha indicado, la Corte Suprema ha manifestado que existe más bien una presunción de la responsabilidad del empleador por incumplimiento de las normas de seguridad y salud, y más competará a este probar que cumplió con las normas y pese a ello ocurrió el accidente.

En este tipo de procesos son importantes las investigaciones policiales sobre el accidente, la historia clínica del trabajador luego del accidente de trabajo, los informes médicos sobre las dolencias o secuelas del accidente, los informes psicológicos y psiquiátricos sobre la salud psíquica del trabajador; pero estos no demuestran matemáticamente la intensidad del daño ni son traducidos estos daños en términos económicos, en especial si se trata del daño moral o el daño a la persona. Por estos motivos corresponde al juzgador fijar el monto indemnizatorio teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 1332.º del Código Civil (tal como la jurisprudencia también lo ha determinado). A mi parecer, muchas veces las decisiones jurisdiccionales tienen un carácter subjetivo más que uno objetivo, al verse limitadas al fijar los parámetros para establecer el *quantum* indemnizatorio, por lo que se requiere de mayor jurisprudencia al respecto, o tal vez mejores alcances legales que regulen este extremo de la responsabilidad contractual derivada de accidentes de trabajo.

El artículo 1322.º del Código Civil que señala: «El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de

resarcimiento» y el artículo 1332.º del citado código establece que «Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa». Respecto a este tema, el I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral Lima-2012 ha indicado sobre la forma de señalar el *quantum* indemnizatorio: «En cuanto al daño moral, si bien *prima facie*, no es posible su estimación crematística, no obstante, a efecto de no dejar sin reparación este tipo de daño, surge la necesidad operacional de intentar una cuantificación pecuniaria, con arreglo al ya citado artículo 1332 del Código Civil».

De tal forma que queda a criterio del órgano jurisdiccional, atendiendo, por supuesto, a los medios probatorios aportados, el fijar el *quantum* indemnizatorio; sin embargo, considero que es necesario contar con parámetros normativos que nos permitan establecer objetivamente los montos indemnizatorios, aunque no pienso que deban ser tasados como ocurre en la legislación comparada como la española.

10. CONCLUSIONES

1. El incumplimiento de las obligaciones del empleador en materia de seguridad y salud genera responsabilidad civil y esta es de naturaleza contractual.
2. En la línea de la responsabilidad civil, el trabajador que ha sufrido un accidente de trabajo puede reclamar todos los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud por parte del empleador.
3. Existe una presunción de responsabilidad del empleador por incumplimiento de su deber de prevención, tratándose de accidentes laborales. Se encuentra obligado este a probar el cumplimiento de sus deberes y en todo caso la responsabilidad del trabajador en el hecho ocurrido.

4. La fijación del *quantum* indemnizatorio obedece a la probanza que haya efectuado el trabajador en el proceso, y en todo caso el juzgador deberá aplicar el artículo 1332.º del Código Civil.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2002). «Apuntes sobre el daño a la persona». *Ius et Veritas*, 25, 14-38. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16195/16612>
- ____ (2003). «Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”». *Foro Jurídico*, 2, 15-51.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto (2010). *Derecho procesal civil*. Tomo III. Lima: Jurista Editores.
- PODER JUDICIAL (2007). *Casación n.º 2660-2006 Lima*. Sala Constitucional y Social Transitoria. Lima: 11 de abril de 2007.
- ____ (2012). *Casación Laboral n.º 992-2012 Arequipa*. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. Lima: 3 de setiembre de 2012.
- ____ (2016a). *Casación Laboral n.º 1225-2015 Lima*. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Lima: 7 de abril de 2016.
- ____ (2016b). *Casación Laboral n.º 12263-2014-Arequipa*. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Lima: 11 de mayo de 2016.
- ____ (2016c). *Casación Laboral n.º 4258-2016 Lima*. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Lima: 30 de setiembre de 2016.
- REGLERO CAMPOS, Fernando (coord.) (2008). *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo I. Navarra: Thomson-Aranzadi.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo (2003). *Elementos de la responsabilidad civil*. 2.^a edición. Lima: Grijley.

TAFUR MARQUEZ, Manuel Omar (s. f.). «Daño a la persona o daño moral». Recuperado de <http://img7.xooimage.com/files/0/9/0/motm004-f68f7f.pdf>

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 10, n.º 12, julio-diciembre, 2019, 169-200

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v10i12.29>

Causa justa y falta grave: el itinerario del despido

Just cause and gross misconduct:
the dismissal itinerary



WASHINGTON LUIS BRAVO MONTALVO
(Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo)
(Lima, Perú)

Contacto: Imageninstitucional@unprg.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-1254-369X>

RESUMEN

La causa justa y la falta grave constituyen dos grandes conceptos que un trabajador común suele asociar con el despido, y a este, a su vez, con la arbitrariedad y el abuso. No siempre es así, dado que la única posibilidad abierta en el Perú para despedir, por lo menos en teoría, digámoslo así, es el despido con causa justa, es decir, con total arreglo a ley.

Este artículo analiza el tratamiento regulado por el Decreto Supremo n.º 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo n.º 728, y el modo como, jurisprudencialmente, se han ido precisando y consolidando los alcances de dichos institutos, evolución que ha permitido que si bien no se aleje del espectro laboral la idea del

despido nocivo, por lo menos se puede entender desde dos ópticas valiosas de tratamiento: el mejoramiento de la calidad del servicio que debe ser inherente a una relación o contrato de trabajo y el respeto por la calidad del trabajador y el derecho al trabajo.

Palabras clave: causa justa, falta grave, derechos fundamentales, debido proceso, despido.

ABSTRACT

Just cause and gross misconduct constitute two major concepts that a regular employee usually associates with dismissal and, at the same time, with arbitrariness and abuse. This is not always so, given that the only possibility in Peru to dismiss an employee, at least in theory, is his dismissal for a just cause, that is, in accordance with the law.

This article analyzes the treatment of these concepts regulated by Supreme Executive Order No. 003-97-TR, Consolidated Text of Legislative Executive Order No. 728 and the manner how the case law has gradually shaped and consolidated their scope, an evolution that has not, albeit, removed the idea of the arbitrary dismissal from the labor spectrum, has allowed us to understand it from two valuable perspectives: the improvement of the quality of the service that must be inherent to an employment contract or relationship and respect for the quality of the employee and the right to work.

Key words: just cause, gross misconduct, fundamental rights, due process, dismissal.

Recibido: 31/05/19 Aceptado: 04/11/19

1. LA CAUSA JUSTA

En nuestro país, en perspectiva de la proscripción emanada del artículo 22 de la Constitución, que cautela el derecho al trabajo y se irradia al artículo 27, es factible que un empleador pueda

despedir a un trabajador siempre que para ello medie «causa justa»; naturalmente, también lo puede hacer sin ella, empero resulta ser la existencia de esta, es decir, de la causa justa, la que en cierto modo legaliza el despido, no generando en consecuencia responsabilidad alguna para el empleador que hiciera uso de ella. La causa justa funciona como una suerte de exigencia jurídica de respeto a la protección del despido, en la medida que, si bien no impide la libertad de un empleador para poner fin, unilateralmente, a una relación laboral, lo limita, obligándolo a despedir, de manera justificada, solo en los casos supuestos por la ley. Este es, por ejemplo, el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional al reseñar:

el contenido esencial del derecho al trabajo implica dos aspectos: por una parte, acceder a un puesto de trabajo, y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. En el primer caso, el derecho al trabajo supone principalmente la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades económicas del Estado. El segundo aspecto trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa (2017: 3).

Y que comparte en la doctrina nacional el profesor Javier Neves, al anotar que «el derecho al trabajo tiene un doble contenido: “facilitar el acceso a quienes no lo tienen y permitirles conservarlo a quienes ya lo poseen”» (citado en Granara 2002: 250). Vista así, entonces, la causa justa resulta ser el fundamento justificativo de aquella voluntad del empleador para despedir, la cual, sin embargo, «no opera de modo automático para extinguir el contrato sino que integra unos hechos que pueden motivar la decisión resolutoria del empresario, que de ese modo no es antijurídica, cosa que será si no se apoya en una causa admitida por el ordenamiento o la misma es insuficiente». Entonces, ¿qué se entiende por «causa justa»?

Si pretender delimitar la sola denominación de *causa justa* es ya un problema, habida cuenta de la diversidad de términos con que se le conoce:

Definir este concepto puede resultar complicado porque cada sistema jurídico-laboral lo puede enunciar en forma diferente. En algunas legislaciones la *justa causa* queda circunscrita a la conducta imputable a uno de los sujetos de la relación laboral, pero en otras, la expresión se toma en una acepción más amplia, dentro de la cual se incluyen no solo los actos humanos, sino también las razones económicas y técnicas que obligan a una reducción definitiva del personal y las circunstancias, ajenas a la voluntad de las partes, que imponen la disolución del vínculo laboral, como acontece con el caso de fuerza mayor o la impericia o ineptitud del trabajador (Alburquerque 1988: 21).

Lo cierto es que, originada por cualquiera de los supuestos previstos en el Decreto Supremo n.º 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo n.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral —en adelante la Ley—:

La necesidad de que exista una causa justificada para proceder al despido de un trabajador constituye una protección de su derecho a retener el empleo, que genera su único o principal ingreso y le habilita para el ejercicio de otros derechos. A la vez, limita el derecho del empleador a decidir acerca del tamaño y composición del personal de la empresa. Ambos derechos se ubican en los polos de un mismo eje, de manera tal que el fortalecimiento de uno erosiona al otro (Morgado 1997: 569).

Recogiendo la doctrina, la Ley se alinea relacionando la causa justa con la «capacidad» o con la «conducta» del trabajador conforme a las pautas señaladas en sus artículos 23 y 24. En el primer caso, vinculándolas con:

- a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevinida, determinante para el desempeño de sus tareas;
- b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares;
- c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

En el segundo caso, asociándola a

- a) La comisión de falta grave;
- b) La condena penal por delito doloso;
- c) La inhabilitación del trabajador.

Agrupadas así las causas justas de despido en dos categorías, para Jorge Toyama: «Fuera de estas no existe motivo que permita al empleador despedir» (2009: 134). Nos interesa, sin embargo, la causa justa derivada en función del primer concepto, es decir, de la conducta de uno de los sujetos de la relación de trabajo, contexto en el cual, y siguiendo al maestro uruguayo Américo Plá Rodríguez, la «causa justa» es la «conducta insoportable que hace imposible la continuación del vínculo laboral» (Pasco 1985: 269), o, en palabras de Wagner Giglio, «todo acto que implica falta grave, efectuado por una de las partes, que autoriza a la otra a rescindir el contrato de trabajo, sin responsabilidad» (1987: 51). Pero la causa justa tiene sus notas de precisión: es propia del despido relacionado con la capacidad o conducta del trabajador. En efecto, se utiliza la causa justa para «el despido», cuando la extinción del contrato de trabajo tiene su fundamento en la voluntad unilateral del empleador en general, lo cual supone que se involucre dentro de él; el despido fundado en un incumplimiento previo del trabajador, es decir, la

«comisión de falta grave»; pero también en cualquiera de las otras causas justas insertadas en los artículos 23 y 24 de la Ley, como son «El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevinida, determinante para el desempeño de sus tareas», «El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares», «La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes», «La condena penal por delito doloso» y «La inhabilitación del trabajador».

En relación estricta con el despido como modo de extinguir el contrato de trabajo, la causa justa sirve de derrotero para establecer qué tipo de trabajadores resultan idóneos para su invocación, resultando por tanto merecedores de su protección. Al respecto, debe quedar claro que la causa justa que permite al empleador despedir y al trabajador cuestionar el ser despedido fundamentándose en la misma causa justa, no opera en función de la sola calidad de trabajador que pudiera tener el afectado con la extinción del contrato de trabajo, sino de la cantidad de horas que este cumple y es exigida como mínimo por la ley para la consolidación de derechos laborales en general. Dicho requisito sugiere, en consecuencia, que la eventual impugnación o contradicción a la extinción de un contrato de trabajo por parte de un empleador, cual fuere que haya sido la causa justa que lo motivó y que constituiría propiamente la «protección contra el *despido*», no podría ser alegada sino exclusivamente por quien cumple una jornada laboral de cuatro o más horas diarias para un mismo empleador. La razón es obvia, solo el trabajador que labora cuatro o más horas diarias tiene acceso a la estabilidad en el empleo, y ya hemos visto que a eso apunta la causa justa.

La causa justa no funciona *per se*. Si bien ella condiciona y, eventualmente, podría legitimar el despido, lo hará siempre que su invocación y subsecuente probanza esté en plena correspondencia con la inobservancia de las obligaciones y deberes a los que se deben cada una de las partes de la relación o contrato laboral, y que además se estimen graves. Esta condicionalidad presupone que, de un lado, solo sea cuestionable la infracción que tenga por origen un incumplimiento del contrato de trabajo, lo que supondría mantener al margen cualquier otra implicancia no derivada de este, como lo serían, por ejemplo, sus comportamientos privados (con excepción del que generaría tanto «La condena penal por delito doloso» como «La inhabilitación del trabajador», al configurar conductas que trascienden en la esfera laboral); y, de otro lado, que revista gravedad como requisito *sine qua non*, es decir, que no se trate de cualquier infracción o conducta indebida.

Aunque la gravedad bien podría resultar de un solo hecho o de la reiteración de una serie de actos, se exige que la causa justa se sustente en un hecho de relevancia y magnitud manifiesta, plena. Dando luces, el maestro Mario Pasco señalaba al respecto:

La gravedad de la falta deviene por lo general de la naturaleza intrínseca del hecho, aunque a veces deriva de su reiteración, lo que hace que la aplicación de la sanción deba ejecutarse sobre la base de la evaluación de la infracción cometida y de los antecedentes del sujeto. Sin embargo, estos antecedentes en el caso laboral solo tienen valor cuando corresponden al mismo ilícito; por ejemplo, en las ausencias consecutivas que constituyen abandono del trabajo o las discontinuas que se acumulan (1985: 270).

No obstante, ha sido la Corte Suprema quien ha precisado que la gravedad debe ser de tal dimensión que «haga irrazonable la continuidad de la relación laboral» y que, además, «se haya producido por acto doloso o culposo del trabajador», para lo cual será necesario

valorar la antigüedad del trabajador, el hecho de que no haya sido sancionado con anterioridad; y los elementos que caracterizan el incumplimiento imputado al trabajador (Poder Judicial 2017f: 5).

La causa justa se encapsula en relación con el efecto producido y la falta cometida. El despido, como efecto y sanción, no debe obedecer al poder caprichoso y discriminado del empleador, sino derivar única y exclusivamente de los daños y perjuicios resultantes de la falta del trabajador, debidamente probada y además encajada en el abanico de faltas graves previstas por la Ley; debe responder así solo al equilibrio y medida. Aun cuando la falta debe ser concreta, ello no significa cerrar la posibilidad de la imputación de otras faltas, recién detectadas, siempre que se respete el derecho del trabajador, ampliando el plazo para su descargo. Esta es la postura que adopta la Ley al señalar en su artículo 32, parte *in fine*, que «El empleador no podrá invocar posteriormente causa distinta de la imputada en la carta de despido. Sin embargo, si iniciado el trámite previo al despido, el empleador toma conocimiento de alguna otra falta grave en la que incurriera el trabajador y que no fue materia de imputación, podrá reiniciar el trámite». Sobre este extremo, para Emilio Morgado «una vez invocada una causal como justificativa de un despido disciplinario, no puede luego invocarse otra, en reemplazo de la inicialmente aducida. Así se evita que se pretenda justificar *ex post facto* despidos fundados en incumplimientos que no tuvieron la naturaleza y características requeridas para motivar la aplicación de esa sanción extrema» (1997: 577). Sin embargo, agrega el mismo autor:

Lo señalado no excluye la posibilidad de que a la causal inicialmente invocada —de por sí suficiente y determinante— se agreguen una o más causas de iguales características, que tornan aún más difícil e inconveniente la mantención de la relación de trabajo. Si en presencia de una determinada falta, el empleador decide no despedir y aplica al incumplidor una sanción diferente, no puede luego recurrir

al despido invocando, como causal o como agravante, la falta ya sancionada. En virtud del principio de singularidad laboral de la sanción (*non bis in idem*), el incumplimiento contractual puede ser sancionado solo una vez (1997: 577).

De nuevo, la causa justa no funciona *per se*. La sola causa justa no basta para surtir efecto jurídico, pues requiere de otra condición sustancial: el procedimiento de despido que, a su vez, debe seguir las reglas y garantías del debido proceso, e involucra el trámite, realización, preparación y formalización del despido, que se lleva a cabo en el propio centro de trabajo, con plena participación o intervención de la parte (que tiene derecho, como mínimo, a probar o a ser oído) a quien se quiere afectar o sancionar, lo que significa desarrollarse y circunscribirse a lo dispuesto en los artículos 31 y 32 de la Ley. En efecto, aunque se trata de un procedimiento privado de índole sancionadora, su inobservancia, que en la práctica acarrearía la vulneración del derecho de defensa del trabajador o la transgresión de un principio laboral, tendría como única trascendencia jurídica la nulidad de la decisión del empleador de sancionar o despedir al trabajador.

No necesariamente la causa justa y la extinción del contrato de trabajo al que sirve de sustento caminan juntos. Por ejemplo, el artículo 25 de la Ley estipula la tipología de faltas graves que configuran causales y que potencialmente cometidas por un trabajador darían lugar al despido y subsecuente extinción del vínculo laboral; no obstante ello, podría suceder que no se obtenga tal resultado si el empleador decide, aun cuando exista una falta grave, no sancionar la falta grave con despido, permitiendo la continuidad laboral del infractor. Existe entonces la causa, pero no la voluntad del empleador para sancionar. Otro ejemplo sería el despido que efectúa el empleador pese a que la infracción no reviste la gravedad que la ley exige, o que haya o no causa que la sustente.

La causa justa que, como hemos visto, aborda tanto la capacidad como la conducta del trabajador, puede dar margen a dos consecuencias totalmente distintas una de otra, según resulte de su acreditación o no: el despido justificado, si se acredita la causa justa; y el despido arbitrario, con sus demás variantes, si carece de causa justa o se materializa sin expresión de esta. En el primer caso, el efecto jurídico inmediato es la extinción del vínculo laboral por decisión unilateral, mientras que el segundo, pese a su carácter abusivo, también tiene eficacia extintiva, aunque luego sea desvirtuada, de ser cuestionada, en sede judicial.

2. EL DESPIDO

En un contexto en el que la moderna doctrina laboral lo entiende, en general, como «un acto de fuerza, un fenómeno de violencia inserta en los itinerarios de la autoridad empresarial» (Lastra 2011: 432), parte componente de la desregulación de las relaciones laborales, «el *despido* y su regulación jurídica constituyen elementos básicos para entender el funcionamiento de los equilibrios de poder que sostienen y dan sentido al derecho del trabajo» (Baylos 2012: 21), interpretado este como el derecho a acceder a un puesto de trabajo, pero también como proscripción de ser despedido salvo por causa justa. En efecto:

el despido como acto irruptivo expulsa al trabajador a un espacio desertizado —el no trabajo— en donde se plantea la pesadilla del sin trabajo, es decir, de la precariedad como regla de vida, con repercusiones en los vínculos afectivos, familiares y sociales. La tensión entre el carácter general de esa noción y los distintos momentos particulares que encierran es muy grande. La violencia es típica en su gravedad en determinados sujetos, en los que se precia una especial vulnerabilidad en atención a la edad: los trabajadores de edad madura, en donde el despido les hace caer en la invalidez: no válido, inservible por no trabajar ni poder volver a hacerlo.

Y en los trabajadores jóvenes en los que cada vez más el despido es una muestra de autoritarismo generacional que cuestiona una profesionalidad infravalorada y de(s)preciada sobre la base de indemnizaciones simbólicas calculadas siempre sobre la antigüedad en el empleo (Baylos 2012: 45-46).

Su regulación, entonces, nos permite advertir que el acto de extinguir unilateralmente un contrato de trabajo, aun cuando lo pareciera, por el hecho de estar asociado históricamente a un poder disciplinario que en sus orígenes obedecía a una decisión unilateral sin freno, en todos sus sentidos, no responde al mero poder absoluto y discrecional del empleador, de los que el trabajador carece, sino más bien al «ejercicio de una función que el ordenamiento considera necesaria en el marco de una adecuada organización de la producción y como expresión de la facultad general de resolver el contrato que se reconoce a una de las partes cuando la otra incumple injustificadamente sus obligaciones en los contratos de prestaciones recíprocas», como sostiene Carlos Blancas (2003: 160). Por cierto, no propiamente con el Código de Napoleón de 1804 sino con la modificación a su artículo 1780.º, introducida mediante ley del 27 de diciembre de 1890, Francia, pionera del nacimiento del derecho del trabajo, con la regulación del trabajo de menores en 1841 y la inspección de trabajo en 1874, fijó las pautas referenciales de protección al trabajador en caso de despido. Así, aunque aludiendo al contrato de servicios, refiere que «este puede cesar siempre por la voluntad de una de las partes contratantes. No obstante, la rescisión del contrato por la voluntad de uno solo de los contratantes puede dar lugar a daños y perjuicios» (Legislación francesa s. f.).

El despido regulado tiene por finalidad básica, precisamente, mantener la violencia que genera al trabajador miedo de perder su único sustento, la certeza del futuro y de hasta cuándo alcanzarán sus ahorros, bajo control, lo que significa mantenerlo

solo como una excepción del principio de continuidad inherente a la estabilidad laboral al que se contraponen; a través de reglas de restricción, prohibición y limitación del modo abusivo, arbitrario, libre o injustificado de dar término a un contrato de trabajo, que tuvieron como punto inicial a la reacción del movimiento obrero de hacer frente a la extinción *ad nutum* del vínculo laboral. Sirve, pues, como contención a esa potencialidad lesiva del empleador que se expresa a través de la arbitrariedad encubierta en la exigibilidad de obligaciones por parte del trabajador, cuando la verdad obedece a otra completamente distinta. Es, por tanto, a través de la vigilancia de las arbitrariedades a las que puede echar mano un empleador en su decisión de extinguir un contrato de trabajo, la manera como se concreta el control de esta violencia, y este control a su vez, en la exigencia de que tenga que existir una causa para, primero, dar curso a la viabilidad de un despido, y segundo, la sostenibilidad del trabajo.

Aunque inicialmente se añadía a su noción —alentada sobre todo por autores españoles—, la ruptura del vínculo laboral propiciada por voluntad del trabajador, la dinámica doctrinaria del despido ha oscilado entre dos tendencias, una restringida y otra amplia. Según refiere Juan C. Cortés: «la extinción del contrato de trabajo por decisión del empresario, basada en un incumplimiento grave y culpable del trabajador», tenga como «causa la conducta reprochable del trabajador, lo que se ha denominado como —despido disciplinario—»; o «la voluntad unilateral del empresario» (1996: 82), en cuyo caso se podrían diferenciar varios tipos de despido: despido disciplinario, despido por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas, despido por fuerza mayor, etcétera. En esta coyuntura, la Ley ha asumido una mixtura de ambas tendencias, si se tiene en cuenta que si bien se admite el despido por la comisión de falta grave, típica expresión del despido disciplinario, también lo admite por otras causales relacionadas con la capacidad y conducta

del trabajador, no necesariamente ligadas a la falta grave, pero sí a la decisión unilateral del empleador; excluyendo del todo a las causas objetivas que pueden ser materia de extinción del vínculo laboral, vía terminación, que es la expresión que se utiliza, pero no de despido.

En la doctrina suscribe este criterio el maestro español Manuel Alonso Olea, que conceptúa el despido estimándolo como «resolución unilateral del contrato de trabajo por decisión del empresario, fundado en un incumplimiento previo del trabajador» (Alonso y Casas 1991: 445), derrotero que sigue de cerca en el Perú y Latinoamérica el maestro Neves Mujica, estipulando que «El despido es la resolución del contrato decidida unilateralmente por el empleador ante la presentación de una causa calificada como justificada por el ordenamiento» (2001: 25) y, siguiendo al maestro uruguayo Plá Rodríguez, la «causa justa» es la «conducta insoportable que hace imposible la continuación del vínculo laboral» (Pasco 1985: 269). Como se podrá advertir, aparejan de manera unánime a los conceptos dados del despido, el estar caracterizado por ser «unilateral», es decir, siempre supone que la extinción del vínculo laboral opera con la sola voluntad del empleador, sin participación alguna del trabajador. No obstante, presenta otras características, como la de ser «un acto [...] recepticio que contiene la voluntad extintiva del empleador», como sostiene el profesor Arce Ortiz, a las que suma Alfredo Montoya Melgar el ser un «acto constitutivo» y, además, un acto que produce la «extinción contractual» (Poder Judicial 2017a: 4). Pero presenta otra característica medular, en la medida que determina la procedencia o improcedencia de un despido: su causalidad. Veámoslas todas muy sucintamente.

El despido es un acto recepticio porque solo se perfecciona con la comunicación de la decisión del empleador al trabajador. En consecuencia, resulta irrefutable que el despido no se presume ni la comunicación que lo materializa constituye un acto de mero trámite,

pues, contrariamente, involucra una trayectoria que se debe seguir, en cuanto se refiere a su exteriorización. Esa es la razón por la que ante una eventual extinción del vínculo laboral, la única posibilidad que tiene el trabajador de ejercer su derecho de defensa es que previamente haya tenido debido conocimiento del mismo, de lo que se desprende que necesaria y obligatoriamente deberá ser notificado con esta decisión por escrito. Por ello, el despido es un acto formal que exige que la voluntad extintiva asumida por el empleador deba ser comunicada, no de manera cualquiera, sino observando los requisitos de forma y contenido que la propia ley ha establecido. La finalidad de esta exigencia legal es garantizar el derecho del trabajador a invocar la tutela judicial si desease desvirtuar la decisión extintiva de la que hubiere sido objeto. Esta comunicación dirigida por el empleador al trabajador, de manera expresa e indubitable, haciéndole conocer su desvinculación laboral, surte efectos en distintos sentidos, empezando por considerar que es a partir de dicha comunicación, es decir, de la puesta en conocimiento del trabajador del despido, que este adquiere real eficacia; crea además a su vez un impacto sobre otras posibles acciones, como por ejemplo, de un lado, la ocasión potencial pero posterior del trabajador a ejercer su derecho a la tutela judicial si decide demandar; y, de otro, dotar al empleador de una prueba valiosa, aunque valedera a futuro, toda vez que le permitirá probar, por lo menos en teoría, haber despedido con arreglo a ley, en el caso de ser demandado.

El despido «es un acto constitutivo, por cuanto el empresario no se limita a proponer el despido sino que él lo realiza directamente». Esta característica, si bien referenciada por la doctrina y la propia jurisprudencia nacionales, de la que citamos tres fallos casatorios (Casación Laboral n.º 1939-2017, Cañete; Casación Laboral n.º 6047-2016, Lima; y Casación Laboral n.º 3090-2015, Cusco), aunque no profundizada en su tratamiento, por lo menos en la que hemos consultado, recoge como fuente exclusiva el criterio de Alfredo

Montoya Melgar, a quien se cita textualmente. De modo sustancial, deja entrever la autonomía del empleador para despedir en el momento que así lo crea conveniente. Al respecto, Antonio Baylos comentando una sentencia del Tribunal Central de Trabajo de España, luego de referir que una postura jurisprudencial avalaba el «carácter definitivo del acto de extinción (el momento del despido) aunque su eficacia tuviera un carácter precario mediante el control judicial posterior)», citaba una frase del también autor español J. A. Sagardoy, respecto que «La decisión del empresario sería así —el primer y último eslabón de la cadena del proceso extintivo—» (Baylos 1981: 229). Esta es, a nuestro criterio, la apreciación que refleja por qué el despido es un acto constitutivo, es decir, que en la línea que significa la relación de trabajo y al margen del procedimiento previo que debe involucrar, el empleador en franca materialización de su voluntad unilateral, modifica, altera o anula la situación jurídica del trabajador, en este caso, produciendo un efecto extintivo del contrato de trabajo que lo vinculaba al primero.

El despido es, jurídicamente, un acto causal porque responde a un acto real o motivación objetiva, fundamentado en hechos concretos, usualmente relacionados con el incumplimiento —por acción u omisión— de los deberes y obligaciones que el contrato de trabajo impone al trabajador, y que derivan de su capacidad o de su conducta. «Por ser causal el acto de despido [...] debe existir una íntima relación entre la comisión u omisión efectuada por el trabajador y la relación laboral que lo vincula» (Gómez 1996: 257). Se trata de una característica no solo coherente sino sustancial en un marco de tratamiento en el que la regla general admitida es que «la relación de trabajo solo puede ser disuelta válidamente cuando exista algún motivo justificado» (Toyama 2009: 134). En este contexto, la causa que sustenta un despido está referida en dos extremos:

- a) No puede sustentarse en acciones u omisiones posibles o potenciales, dado que conforme al artículo 37 de la Ley: «Ni el

despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos».

- b) Debe regirse por los principios jurídicos de legalidad y tipicidad, en virtud de los cuales solo se admiten como causas justificativas del despido a aquellas que de modo expreso se encuentran previamente tipificadas en la ley. Según Martín Carrillo: «el Tribunal Constitucional peruano explica la necesidad de que el derecho imponga la exigencia de la causalidad en el despido, en la “proclividad” de los empleadores a ejercerlo en forma abusiva» (2011: 185).

Advertidas en conjunto las notas de precisión de la causa justa, así como las características del despido, es factible detectar ciertas particularidades o peculiaridades en el desarrollo de un contrato de trabajo o relación laboral, que si bien pueden resultar propias de determinadas situaciones y aplicables a estas, no pueden surtir el mismo efecto respecto de otras. Como sucede, por ejemplo, con el caso del despido que tiene en común y origen el incumplimiento laboral del trabajador derivado de una «falta grave» (prevista como causa justa relacionada con la conducta) y del «rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares» (causa justa relacionada con la capacidad). Es evidente que aun cuando la consecuencia de la decisión adoptada operaría por la exclusiva voluntad del empleador, la causa que lo motiva no es lo misma, requiere, pues, de un tratamiento distinto.

La doctrina ha efectuado una disgregación respecto del ámbito de comprensión del término «despido», de modo que, con acierto, respecto al despido en general, ha individualizado su tipo sustentado en una falta grave, estimándolo con suma corrección como «despido disciplinario», que es como se conoce al despido relacionado con la conducta del trabajador, el cual afirma Jorge

Toyama «se verifica a partir de la comisión de una falta grave laboral tipificada legalmente» (2009: 136), o, en palabras de Emilio Morgado, está «motivado por un incumplimiento —doloso o culpable— de los deberes y obligaciones que el contrato de trabajo impone al trabajador» (1997: 573).

Ahora bien, sobre la base del despido disciplinario, como nuestro particular «despido tipo», veamos cuándo un despido es justificado, cuándo es un despido arbitrario, y cuándo se da pie al surgimiento de otras clases de despido que obedecen a circunstancias no precisadas ni previstas en la Ley.

2.1. El despido justificado

El despido justificado es el despido válido, es decir, aquel que se funda en la existencia de causa justa contemplada en la Ley y debidamente comprobada, y que además no genera indemnización como responsabilidad subsecuente para el empleador. Tiene, como es natural, sus debidos filtros, los cuales han ido dilucidándose jurisprudencialmente, adoptándose en consecuencia criterios más rígidos para su aplicación, que lo distancian de su posición original. Si esto es así, entonces, ¿qué características debe asumir el despido justificado?

Las causas justas por las que se puede producir este despido giran alrededor de la «falta grave», definida por el artículo 25 de la Ley, como «La infracción efectuada por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación laboral». Se trata de faltas *numerus clausus*, originadas en un incumplimiento grave y culpable del trabajador, que provocan una lesión irreversible al vínculo laboral, a tal punto que hacen irrazonable su continuidad. Estas faltas responden a tres aspectos a tener en cuenta: el deber esencial que emana del contrato de trabajo, la gravedad de la

infracción y la culpabilidad del trabajador. El criterio de la Corte Suprema estipulado en la Casación Laboral n.º 1099-2015, Lima Norte (Reposición por despido fraudulento) es que «Las faltas imputadas al trabajador deben estar formuladas de manera clara, con precisión de las pruebas que llevan al empleador a la conclusión de que se incurrió en falta grave, ello con el objeto de determinar si el despido es contrario a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales o es producto de una “fabricación de pruebas”» (Poder Judicial 2016b: 4).

Conforme a la posición esgrimida por la Corte Suprema en la Casación Laboral n.º 11068-2018-Lima (Nulidad de despido): «los deberes esenciales que emanan del contrato de trabajo, no se limitan únicamente a las obligaciones pactadas en este, sino que las mismas derivan también de las disposiciones normativas que regulan deberes centrales del trabajador, tales como el deber de poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo en el marco de obediencia, buena fe y diligencia». En este sentido, también resultan extensivos los deberes que «están previstos o son propios de la relación laboral sin importar la fuente de las obligaciones: los deberes pueden provenir de un contrato de trabajo, política o reglamento empresarial, las normas legales, convenios colectivos, etcétera» (Toyama 2009: 125). *A contrario sensu*, entonces, es factible alegar una falta grave fundada en un incumplimiento de los deberes laborales, ya sea por dolo, culpa o negligencia por parte del trabajador, no necesariamente originados a partir del contrato de trabajo.

La graduación o determinación de la gravedad depende de cada supuesto de despido previsto en la Ley, de tal modo que este, concebido como la sanción más importante y de mayor intensidad, solo sea impuesto como una sanción proporcional al incumplimiento del trabajador. Según lo dispone la Corte Suprema, al resolver la Casación Laboral n.º 7394-2015-Arequipa (Indemnización por

despido arbitrario), para valorar si el trabajador devino en una circunstancia que califique como falta grave, deberá tenerse en cuenta:

«[...] toda una serie de circunstancias, en primer lugar, relacionadas con el propio trabajador, como su [sic] antigüedad del trabajador, el hecho de que no haya sido sancionado con anterioridad; los elementos que caracterizan el incumplimiento imputado al trabajador, tales como la existencia o no de advertencias previas al trabajador, la habitual tolerancia a ciertas conductas, la reiteración en el incumplimiento, las circunstancias personales del trabajador en el momento del incumplimiento; y también las consecuencias del incumplimiento del trabajador, como las repercusiones económicas del mismo, el hecho de que el incumplimiento se haya escenificado públicamente o no, etc.»
(Poder Judicial 2017f: 6-7).

No todo incumplimiento laboral supone falta grave estima la Casación Laboral n.º 419-2014-Ayacucho (Poder Judicial 2014: 4), por lo que es necesario acreditar la conducta dolosa intencional del trabajador en el despido por falta grave. En consecuencia y dependiendo estrictamente del tipo de falta laboral que se invoque, se asume como criterio que para determinar si esta es grave o no, se debe distinguir entre una conducta dolosa (o intencionada) de un trabajador, de aquella otra que pudiese entrañar un dolo bueno; entendido en el sentido de tener la creencia de que al proceder de la manera que lo hizo, aun en contra de las reglas impuestas, lograba subsanar los yerros en que pudiese haber incurrido en su actuar.

Ante la inexistencia de un plazo legal para evaluar la inmediatez, la observancia de este principio en un proceso laboral de despido por comisión de falta grave, dependerá de la complejidad de la falta y la dificultad de los hechos que son materia de investigación como los actos que articulan el procedimiento de despido, que dependen en gran medida de cómo se organiza la empresa en su interior. Esta es la

posición esgrimida por el Tribunal Constitucional en el Expediente n.º 3860-2013-PA/TC sobre demanda de amparo (2014: 12), y deja entrever que más allá de tener que sancionarse al trabajador por la comisión de falta grave tan pronto esta sea conocida y de estimarse como condonada u olvidada una falta no sancionada oportunamente, el plazo de inmediatez puede ser elástico o flexible en ciertos casos particulares; como en efecto lo ha reconocido la Corte Suprema en la Casación Laboral n.º 3090-2015-Cusco (Reposición), aceptando el despido después de un año y ocho meses entre la ocurrencia de los hechos y el inicio del procedimiento de despido (Poder Judicial 2017e: 10).

En términos similares, la Casación Laboral n.º 1939-2017-Cañete (Nulidad de resolución administrativa) refiere tres extremos:

- a) Si el empleador, durante el procedimiento de despido, no respeta el principio de inmediatez, se entenderá que ha perdonado la infracción cometida por el trabajador, perdiendo así el derecho de ejercer su facultad disciplinaria.
- b) Implica una limitación al despido a través de la exigencia de una relación causal y de contemporaneidad entre este y el hecho que lo causa.
- c) Para determinar la razonabilidad del período que debe mediar entre el conocimiento de la falta grave y el inicio del procedimiento de despido y la imposición de la sanción, se debe tener en cuenta la estructura del procedimiento de despido, el cual está compuesto por tres etapas: *la etapa previa*, que se inicia con el conocimiento de la comisión de la falta cometida y la forma en que es conocida por el empleador; *la etapa procedimental*, cuando se envía la carta de imputación de cargos para que el trabajador efectúe sus descargos; y *la etapa de la decisión*, donde el empleador, luego de efectuado el descargo o de vencido el plazo para hacerlo, dentro de

un período inmediato, toma la decisión de despedir o no al trabajador (Poder Judicial 2017a: 2).

En lo que respecta al cumplimiento del procedimiento de despido por falta grave, el criterio de la Corte Suprema, esgrimido en la Casación Laboral n.º 19856-2016-Lima Este (sobre nulidad de despido), es que el empleador cumpla con el procedimiento de despido, para salvaguardar los derechos fundamentales y la dignidad del trabajador, así como garantizar su derecho de defensa, para lo cual debe seguir los siguientes pasos:

1) remitir al trabajador carta de preaviso de despido (carta de imputación de cargos), otorgando plazo razonable para que ejerza su derecho de defensa el trabajador, salvo la excepción prevista en la norma; 2) el empleador puede exonerar al trabajador de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y sus derechos laborales; y 3) comunicación por escrito al trabajador del despido, bajo los presupuestos contenidos en la norma (Poder Judicial 2017c: 6).

En este contexto, la finalidad de este procedimiento es que, compulsadas sobre la base del principio de razonabilidad, se adopten decisiones que respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias, es decir, debe hallarse una relación razonable entre los medios empleados y la finalidad perseguida, a fin de justificar un tratamiento diferente para no dejar de lado la razón de ser del despido, configurándose por la falta grave incurrida por el trabajador.

El procedimiento previo es, pues, obligatorio; sin embargo, no lo es en todos los casos pese a que también exista falta grave: la excepción la constituye el artículo 31 de la Ley, la falta grave flagrante, supuesto que posibilita que ante ella no sea necesario el preaviso, procediendo el despido en el término de la distancia.

La exoneración del procedimiento previo al despido solo será viable si se configuran dos supuestos: primero, que la falta grave sea efectivamente flagrante; y segundo, que esta revista tal gravedad que haga irrazonable la posibilidad de concederle el derecho de defensa al trabajador. Así lo dispone el precedente establecido por el Tribunal Constitucional mediante la sentencia recaída en el Expediente n.º 00764-2011-PA/TC La Libertad sobre demanda de amparo (Tribunal Constitucional 2012: 10). Sin dejar de reseñar que la ley no define qué se entiende por *falta flagrante*, circunstancia ante la cual, o la concordamos con el concepto de flagrancia reservado para la legislación penal o la entendemos conforme al Convenio 158 de la OIT. El colegiado estimó que las faltas graves imputadas al trabajador demandante no pueden ser consideradas flagrantes, pues el despido se realizó quince días después de que ocurrieron los hechos en que se sustentan las faltas. Igualmente, mediante otro fallo judicial (sentencia expedida por la primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Expediente n.º 21349-2011), se restringe el despido por falta flagrante a solo cuando la conducta se ejecute y pueda comprobarse en ese momento, extremo que sugiere que no tendrán la connotación de faltas flagrantes las faltas «evidentes», es decir, aquellas que no necesariamente se prueban en el acto, pero sí son muy graves u obvias.

2.2. El despido arbitrario

La Corte Suprema, conforme al criterio esgrimido en la Casación Laboral n.º 7394-2015 Arequipa (Indemnización por despido arbitrario), lo define como el tipo de despido que «carece de causa justa o que se materializa sin expresión de esta y establece la nulidad del despido que no se funda en alguno de los motivos específicos que dicha Ley establece en su artículo 29º, todos vinculados a conductas lesivas a determinados derechos del trabajador» (Poder Judicial 2017f: 4).

El trabajador tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual, por cada año completo de servicios, con un máximo de doce remuneraciones (ocho años de servicio), como única reparación por el daño sufrido, sin perjuicio de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente de pago.

Frente a la estabilidad absoluta que imperaba en nuestra legislación laboral, posteriormente se establece que el despido es arbitrario cuando se da sin haberse expresado causa o no puede demostrarse esta en juicio, estableciendo que la forma de resarcir es el pago de la indemnización, equivalente a una remuneración y media por cada año laborado hasta un máximo de doce remuneraciones. A diferencia de los dos tipos de despidos antes mencionados, solo importa la decisión del empleador en terminar el vínculo laboral, desde luego que sin afectar los derechos constitucionales (despido nulo). En ese sentido, si es que un empleador decide prescindir de los servicios de un subordinado, bastará comunicarle y pagarle la indemnización antes descrita.

2.3. El despido nulo

Es una modalidad que busca proteger el contenido esencial de ciertos derechos fundamentales en el ámbito laboral, desde una perspectiva constitucional, y limita su acción a los casos precisados tanto en el artículo 29.º del Decreto Supremo n.º 003-97-TR, modificado por la Ley n.º 29973 en cuanto corresponde a su literal d, como de la Ley n.º 26626. La Corte Suprema en la Casación Laboral n.º 003505-2016-Del Santa (nulidad de despido), asume como criterio que el despido nulo «se configura cuando el empleador basa el despido en una causa ilícita, lesionando derechos fundamentales; por lo cual, está concebido para salvaguardar el derecho a la estabilidad laboral absoluta, siempre y cuando el supuesto de hecho se encuentre contemplado en la norma» (Poder Judicial 2017b: 3). Exige, sin

embargo, que «debe existir una relación de causa a efecto, entre los motivos enumerados en el artículo 29º citado, y el hecho del despido del trabajador, esto es lo que la jurisprudencia de manera uniforme ha establecido como la existencia de un “nexo de causalidad”, lo que evidentemente requiere de conocimiento del empleador, porque mal puede obrarse como consecuencia o reacción de un hecho que no se conoce» (Poder Judicial 2016a: 4).

El despido nulo declarado judicialmente produce la reposición o reincorporación inmediata del trabajador al centro de trabajo, sin perjuicio de pagársele las remuneraciones devengadas.

2.4. El despido incausado

Responde a una creación jurisprudencial del Tribunal Constitucional (como una modalidad del despido arbitrario, según la Casación Laboral n.º 12737-2016-Lima, sobre reposición por despido incausado y otro (Poder Judicial 2017d: 3) y, en tal sentido, se explica su naturaleza, literalmente en la sentencia recaída en el Expediente n.º 976-2001-AA/TC Huánuco, señalando lo siguiente:

Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de julio de 2002 (Caso Telefónica, expediente N.º 1124-2002-AA/TC). Ello a efectos de cautelar la vigencia plena del artículo 22º de la Constitución y demás conexos.

Se produce el denominado despido incausado cuando:

- Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique (Tribunal Constitucional 2003: 16).

2.5. El despido fraudulento

Al igual que el despido incausado, es también una creación jurisprudencial del Tribunal Constitucional y la misma sentencia aludida líneas arriba nos explica literalmente su naturaleza:

aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido implícitamente en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.º 0628-2001-AA/TC, de fecha 10 de julio de 2002. En aquel caso se pretendió presentar un supuesto de renuncia voluntaria cuando en realidad no lo era. En tal caso, este Tribunal consideró que «El derecho del trabajo no ha dejado de ser tuitivo conforme aparece de las prescripciones contenidas en los artículos 22º y siguientes de la Carta Magna, debido a la falta de equilibrio de las partes, que caracteriza a los contratos que regula el derecho civil. Por lo que sus lineamientos constitucionales, que forman parte de la gama de los derechos constitucionales, no pueden ser meramente literales o estáticos, sino efectivos y oportunos ante circunstancias en que se vislumbra con claridad el abuso del derecho en la subordinación funcional y económica...». (Fun. Jur. N.º 6) (Tribunal Constitucional 2003: 15).

Añade que el despido fraudulento se produce cuando:

- Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, 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 28-2001-AA/TC) o mediante la «fabricación de pruebas» (Tribunal Constitucional 2003: 15).

La corriente generada por el Tribunal Constitucional respecto de la existencia del despido fraudulento se ha ido consolidando a través de diversos pronunciamientos trazados en la Casación Laboral n.º 2531-2015-Moquegua, en la que se advierte:

en el Expediente N° 2158-2006-PA/TC estimó que se configuró este despido porque al trabajador se le imputó el incumplimiento de las obligaciones de trabajo; sin embargo, se logró demostrar que tales obligaciones no le correspondían al trabajador; en el Expediente N° 03002-2006-PA/TC, se menciona la inexistencia o falsedad notoria o manifiesta de los hechos incriminados; en el Expediente N° 3169-2006-PA/TC, se atribuyó un despido fraudulento porque la sanción impuesta al trabajador resultaba desproporcionada o irrazonable; en la causa N° 02750-2007 PA/TC se menciona que no se configura el despido fraudulento porque la falta grave imputada además de no ser inexistente está prevista en el artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, y porque el demandante no ha alegado la existencia de pruebas fabricadas o imaginarias, ni haber sido coaccionado para dar por concluido el vínculo laboral; y en el Expediente N° 02893-2009-PA/TC se estableció la existencia de despido fraudulento porque se imputó una falta no prevista legalmente (Poder Judicial 2017g: 6).

3. EFECTOS DEL DESPIDO INCAUSADO Y EL DESPIDO FRADULENTO

En ambos casos, los efectos han sido fijados en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, en el cual se determinó:

En los casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo, además podrá acumular simultáneamente el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, las que incluyen el daño emergente [menoscabo en el patrimonio como consecuencia del despido, se toma como indicador al valor de las remuneraciones dejadas de percibir], lucro cesante [no percepción

de ganancias futuras como consecuencia del despido] y el daño moral [daño personal, afectación psicológica, dolor, derivado del despido].

Finalmente, como hemos visto, para la ley, el despido es solo una de las formas de extinción del contrato de trabajo en el abanico de supuestos legales previstos en su artículo 16, con lo que así el concepto debe entenderse como estrictamente limitado a la extinción del contrato de trabajo, por iniciativa del empleador, ante un motivo imputable al trabajador. Sin embargo, el despido no pone fin, *per se*, al contrato de trabajo, aun incluso tratándose de despido sustentado en causa justa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBURQUERQUE, Rafael (1988). «Despido, retiro y justa causa». *Themis*, 11, 20-29.
- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAHAMONDE, María Emilia (1991). *El derecho del trabajo*. 12.ª edición, revisada. Madrid: Universidad de Madrid. Facultad de Derecho.
- APARICIO TOVAR, Joaquín (2012). «Las causas del despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa». *Revista de Derecho Social*, 57, 145-164.
- BAYLOS GRAU, Antonio (1981). «La obligación de cotizar por los salarios de tramitación (Comentario a la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 25 de noviembre de 1980)». Facultad de Derecho Universidad Complutense Madrid. Recuperado de <http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MzExMjUmaWRlPTEwMzcmdXJsPTEwJm5hbWU9UlBTXzEzMV8yMjkucGRmJmZpbGU9UlBTXzEzMV8yMjkucGRmJnRhYmxhPUFydGljdWxvJmNvbmlbnQ9YXBwbGljYXRpb24vcGRm>

- _____ (2012). «Economía, sociedad y política en el despido». En BAYLOS GRAU, Antonio y PÉREZ REY, Joaquín. *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid: Trotta, 25-50.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (2003). «La protección contra el despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional». *Derecho & Sociedad*, 21, 154-171.
- CARRILLO CALLE, Martín (2011). «La estabilidad de entrada y de salida como expresiones del principio de continuidad. Una aproximación desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano». *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 12, 179-186.
- CORTÉS CARCELÉN, Juan C. (1996). «¿El cese colectivo por causas objetivas puede ser considerado como despido?». *Ius et Veritas*, 12, 81-88.
- GIGLIO, D. Wagner (1987). «La extinción de la relación de trabajo en Brasil». En COSMÓPOLIS PASCO, Mario (coord.). *La extinción de la relación laboral*. Lima: Aele, 9-71.
- GÓMEZ VALDEZ, Francisco (1996). «Las causas justas del despido». *Derecho del trabajo*. Lima: Editorial San Marcos, 256-292.
- GRANARA GARCÍA, Fernando (2002). «El derecho al empleo y el despido arbitrario». *Derecho & Sociedad*, 19, 247-252.
- LASTRA LASTRA, José M. (2011). «Reseña de *El despido o la violencia del poder privado* de Baylos Grau, Antonio y Pérez Rey, Joaquín». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 44, 130, 429-435. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42719904013>
- MORGADO VALENZUELA, Emilio (1997). «El despido disciplinario». En BUEN LOZANO, Néstor de y MORGADO VALENZUELA, Emilio (coords.). *Instituciones de derecho del trabajo y de la*

seguridad social. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 569-590.

NEVES MUJICA, Javier (2001). «Libertad de trabajo, derecho al trabajo y derecho de estabilidad en el trabajo». *Derecho & Sociedad*, 17, 24-26.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario (1985). «La falta grave laboral». *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, 39, 269-311.

PODER JUDICIAL (2014). *Casación Laboral n.º 419-2014 Ayacucho*. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima: 26 de setiembre de 2014. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ac5fd000490b410499159d0ace91a86e/CAS+LAB.+419-2014-Laboral.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ac5fd000490b410499159d0ace91a86e>

_____ (2016a). *Casación n.º 020111-2015 La Libertad*. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima: 30 de marzo de 2016. Recuperado de https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Cas.Lab_.-12060-2015-La-libertad-Legis.pe_.pdf

_____ (2016b). *Casación Laboral n.º 1099-2015 Lima Norte*. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima: 6 de setiembre de 2016. Recuperado de <http://mafirma-noticias2.s3.amazonaws.com/2016-12-26/Cas.%20Lab.%201099-2015-Lima%20Norte.pdf>

_____ (2017a). *Casación n.º 1939-2017-Cañete*. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima: 13 de julio de 2017. Recuperado de <https://legis.pe/casacion-1939-2017-canete-presuncion-perdon-empleador-falta-grave/>

- _____ (2017b). *Casación n.º 003505-2016 Del Santa*. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República: Lima: 23 de agosto de 2017. Recuperado de <https://app.vlex.com/#PE/search/jurisdiction:PE/casaciones+laborales/PE/vid/696083229>
- _____ (2017c). *Casación n.º 19856-2016 Lima Este*. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima: 19 de setiembre de 2017. Recuperado de <http://mafirma-noticias2.s3.amazonaws.com/2017-10-03/Cas.%20Lab.%2019856-2016%20Lima%20Este.pdf>
- _____ (2017d). *Casación n.º 12737-2016 Lima*. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima: 3 de octubre de 2017. Recuperado de <https://legis.pe/cas-lab-12737-2016-lima-trabajador-indemnizacion-despido-tutela-restitutoria/>
- _____ (2017e). *Casación Laboral n.º 3090-2015 Cusco*. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima: 11 de abril de 2017. Recuperado de <http://mafirma-noticias2.s3.amazonaws.com/2017-07-05/Cas.%20Lab.%203090-2015%20Cusco.pdf>
- _____ (2017f). *Casación Laboral n.º 7394-2015-Arequipa*. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima: 5 de abril de 2017. Recuperado de <http://mafirma-noticias2.s3.amazonaws.com/2017-06-16/Cas.%207394-2015-Arequipa.pdf>
- _____ (2017g). *Casación Laboral n.º 2531-2015 Moquegua*. Lima: 8 de marzo de 2017. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/375539684/Cas-Lab-2531-2015-Moquegua>
- _____ (2018). *Casación Laboral n.º 6047-2016 Lima*. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima: 11 de enero de

2018. Recuperado de <http://mafirma-noticias2.s3.amazonaws.com/2018-05-14/Casaci%C3%B3n%20Laboral%20N%C2%BA%206047-2016.pdf>

_____. (2019). *Casación Laboral n.º 11068-2018-Lima*. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima: 11 de julio de 2019. Recuperado de <https://prcp.com.pe/wp-content/uploads/2019/07/CAS-LAB-11068-2018-Lima-conflicto-de-intereses.pdf>

(s. .a.). (s. f.). *Legislación francesa*. Recuperado de https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge (2009). «El despido disciplinario en el Perú». *Ius et Veritas*, 38, 120-154.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y NEYRA SALAZAR, Carole (2016). «Criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema sobre el despido nulo». *Ius et Veritas*, 52, 232- 257.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1998). *Expediente n.º 019-96-AA/TC*. Huánuco: 2 de julio de 1998. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/00019-1996-AA.html>

_____. (1999a). *Expediente n.º 482-99-AA/TC*. Lima: 22 de julio de 1999. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/1999/00482-1999-AA.html>

_____. (1999b). *Expediente n.º 712-99-AA/TC*. Lima: 4 de noviembre de 1999. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/00712-1999-AA.html>

_____. (2000). *Expediente n.º 150-2000-AA/TC*. Lima: 12 de julio de 2000. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/00150-2000-AA.html>

_____. (2003). *Expediente n.º 976-2001-AA/TC Huánuco*. Lima: 13 de marzo de 2003.

- _____ (2012). *Expediente n.º 00764-2011 PA/TC La Libertad*. Lima: 18 de setiembre de 2012.
- _____ (2014). *Expediente n.º 3860-2013-PA/TC San Martín*. Lima: 26 de junio de 2014. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03860-2013-AA.pdf>
- _____ (2017). *Expediente n.º 00278-2014-AA/TC Cajamarca*. Lima: 25 de enero de 2017. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00278-2014-AA.pdf>

Declaraciones



Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 10, n.º 12, julio-diciembre, 2019

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 10, n.º 12, julio-diciembre, 2019, 203-206

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v10i12.30>

V Encuentro Internacional de los Poderes Judiciales de Perú e Iberoamérica y VII Encuentro Nacional de los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad



COMPROMISO DE ICA

En la ciudad de Ica, los días 26, 27 y 28 de noviembre de 2018 se llevó a cabo el V Encuentro Internacional de los Poderes Judiciales de Perú e Iberoamérica y el VII Encuentro Nacional de los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia y Responsables del Programa Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad.

REAFIRMANDO el compromiso institucional del Poder Judicial para la defensa y promoción de los derechos fundamentales de las personas en condición de vulnerabilidad, la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y

Justicia en tu Comunidad, los presidentes de las 34 Cortes Superiores de Justicia y sus responsables distritales declaran lo siguiente:

CONMEMORAMOS el décimo aniversario de la aprobación de las 100 Reglas de Brasilia en la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, a las cuales el Poder Judicial se adhirió para efectivizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad en todo el país.

RESALTAMOS que el Poder Judicial se encuentra ejecutando exitosamente las actividades y cumpliendo con los objetivos de los ejes de trabajo del Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad 2016-2021, al bicentenario de nuestra nación, para la eficacia de las Reglas de Brasilia.

GARANTIZAREMOS el efectivo acceso a la justicia de todas las personas en condición de vulnerabilidad por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

ASEGURAREMOS la protección de las niñas, niños y adolescentes y los cuidados que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de ellos ante la ley y, con ese fin, tomando todas las medidas respectivas y en consideración primordial de su interés superior.

FORTALECEREMOS las actividades y servicios judiciales a favor de los adolescentes en conflicto con la ley penal, promoviendo la aplicación de la mediación penal juvenil bajo el enfoque de la justicia restaurativa.

NOS COMPROMETEMOS a luchar contra todas las formas de discriminación y violencia hacia las niñas, adolescentes y mujeres, como grupo en situación de vulnerabilidad por su condición de género.

APLICAREMOS el servicio de justicia itinerante en todas las regiones del país para garantizar el efectivo acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad que no puedan trasladarse a las instalaciones judiciales por razones económicas, sociales o culturales.

RECONOCEMOS la plena capacidad de ejercicio de las personas adultas mayores y de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.

PROPICIAREMOS que la condición migratoria de una persona no puede ser obstáculo en el acceso a la justicia para la defensa de sus derechos fundamentales.

VELAREMOS por la dignidad de la persona privada de libertad, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo, y por sus garantías fundamentales, conforme a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

NOS ASEGURAREMOS de que el trato que reciban las personas pertenecientes a pueblos indígenas, por parte del sistema de justicia ordinario, sea respetuoso con su dignidad, idioma y tradiciones culturales.

SUSCRIBIREMOS convenios y encuentros de cooperación interinstitucional con otros países de la región iberoamericana, como el suscrito con el Superior Tribunal de Corrientes de Argentina y el Encuentro Binacional Perú-Ecuador contra la Trata de Personas,

para la promoción de los derechos fundamentales de las personas en condición de vulnerabilidad y compartir buenas prácticas judiciales, para la ejecución de las Reglas de Brasilia.

SALUDAMOS el esfuerzo, la hospitalidad y el compromiso institucional de la Corte Superior de Justicia de Ica, representada por el señor presidente Julio César Leyva Pérez, y los magistrados y servidores que integran su equipo de trabajo, como anfitrión de los encuentros internacional y nacional antes referidos.

AGRADECEMOS la participación y aportes de suma importancia de las experiencias y buenas prácticas judiciales de los representantes de los países hermanos de Argentina, Brasil y Ecuador, para la implementación de las Reglas de Brasilia.

ACORDAMOS que la próxima sede donde se llevará a cabo el VI Encuentro Internacional de los Poderes Judiciales de Perú e Iberoamérica y el VIII Encuentro Nacional de Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia y Responsables del Programa Nacional de Acceso a la Justicia y Responsables del Programa Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad será Ucayali.

RATIFICAMOS el compromiso del Poder Judicial, a través de las acciones que realiza la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad, aplicando los enfoques de derechos humanos, género, discapacidad e interculturalidad, en concordancia con los objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas.

Ica, 28 de noviembre de 2018

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 10, n° 12, julio-diciembre, 2019, 207-209

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v10i12.31>

X Congreso Internacional de Justicia Intercultural, Tarapoto 2019



DECLARACIÓN DE TARAPOTO

Recuperar la memoria histórica de la justicia intercultural para un futuro de cooperación y armonía

En Tarapoto, a los veintiocho días del mes de setiembre del año 2019, las autoridades de las comunidades campesinas, de las comunidades nativas, de las rondas campesinas, los líderes y lideresas del pueblo afroperuano, los jueces de paz y los jueces ordinarios, reunidos en el X Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural:

SALUDAMOS la voluntad permanente de los representantes de los pueblos indígenas y las juezas y jueces de todo el Perú, por dialogar durante los diez congresos internacionales sobre justicia intercultural llevados a cabo desde el año 2010. Ello refleja cambios significativos que nos animan a enfrentar los retos pendientes y los nuevos.

RECONOCEMOS que, en el marco de ese sostenido proceso de cambio del Poder Judicial, en aras de lograr un genuino diálogo intercultural, seguimos identificando importantes dificultades para

lograr un efectivo acceso a la justicia de los pueblos indígenas y afroperuano del país.

OBSERVAMOS con preocupación que el actual marco normativo nacional e internacional, así como los instrumentos construidos por el Poder Judicial, relacionados con los derechos de los pueblos indígenas, continuarían siendo desconocidos o inaplicados por algunos sectores de la judicatura nacional.

VERIFICAMOS en estos años de trabajo la persistencia de la demanda de las autoridades de la justicia especial por mejorar su relación con el Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú.

CONSTATAMOS, en la línea de brindar un servicio de justicia con pertinencia cultural, que nuevos desafíos relacionados con los derechos colectivos de los pueblos indígenas, como la consulta previa, libre e informada, deben ser estudiados y atendidos por los jueces y juezas del país.

RESPALDAMOS el acuerdo tomado en el I Pleno Regional sobre Justicia Intercultural, realizado en la ciudad de Pucallpa en el año 2016, respecto a la preferencia en la aplicación de penas alternativas al encarcelamiento para los integrantes de las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas.

REITERAMOS el compromiso de continuar con la política de acercamiento del Poder Judicial a los problemas particulares de la población afroperuana respecto de su acceso a la justicia, con el objetivo de combatir los actos de discriminación que continúan sufriendo.

CONSIDERAMOS que el fortalecimiento de capacidades con enfoque intercultural debe ser una tarea permanente y obligatoria, pues permitirá conocer y utilizar adecuadamente las herramientas con las que cuentan las autoridades de los sistemas de justicia, para así garantizar los derechos de los pueblos indígenas y afroperuano.

RATIFICAMOS el compromiso de las autoridades de la justicia especial y ordinaria con los objetivos de respeto y asistencia mutua que deben orientar la consolidación de una justicia de enfoque intercultural en el bicentenario nacional.

Tarapoto, 28 de setiembre de 2019

Reseñas



Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 10, n.º 12, julio-diciembre, 2019

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 10, n.º 12, julio-diciembre, 2019, 213-218

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v10i12.32>

Eddy Chávez Huanca y Helder Domínguez Haro (coordinadores) ***Los tribunales de justicia en el cine.***

Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú/Red
Iberoamericana de Cine y Derecho, 2018, 376 pp.



Aunque quizá aún algunos catedráticos o jueces los miren con desdén, lo cierto es que los estudios sobre derecho y cine —así como sobre derecho y literatura— han proliferado en los últimos años hasta el punto de constituirse en un campo disciplinar por sí mismo. Si bien las ventajas pedagógicas de incorporar películas para dinamizar la enseñanza de las a veces abstrusas y excesivamente técnicas doctrinas jurídicas resultan evidentes, tal vez lo es menos el reconocer cuánto puede aportar el cine a la investigación jurídica, o viceversa.

Esta recopilación de artículos es una muestra de cómo el acercamiento al cine puede iluminar y enriquecer el ámbito jurídico. Es también una muestra, como lo señalan los coordinadores de la colección en su breve prólogo, de cómo este nuevo campo se va afianzando e institucionalizando en nuestro país, tanto con la creación en 2011 de la Red Iberoamericana de Cine y Derecho



como por la realización de diversas actividades desde el Poder Judicial, entre las cuales se cuenta también la publicación anterior de una compilación similar titulada *Los jueces en el cine. La administración de justicia y la argumentación en el séptimo arte* (2016).

En este libro la relación entre cine y derecho es más de una sola que de doble vía, ya que la casi totalidad de los autores son abogados de formación y magistrados o docentes de profesión. Esto no quiere decir, sin embargo, que la comprensión del fenómeno cinematográfico tenga que ser necesariamente limitada o parcial, pues si bien esto ocurre algunas veces, en muchos artículos los autores muestran un dominio del discurso académico sobre cine que no se aleja demasiado del de un especialista. De hecho, son los mejores autores los que nos advierten contra el uso empobrecedor y poco informado del séptimo arte:

[...] una las razones es que los abogados afanan sus conocimientos jurídicos eclipsando o escondiendo la película que comentan, otra es el desconocimiento de las teorías cinematográficas o más aun de las herramientas fílmicas que componen o con las que se hacen las películas, ello fomentado por un punto de vista donde un grupo no poco importante de comentaristas ven esta actividad como algo solamente de esparcimiento y hasta de adorno (194).

Si bien en un primer momento de constitución del campo disciplinar era importante determinar y catalogar el corpus, el desarrollo actual exige un análisis más sofisticado de los filmes:

Al principio fue interesante e incluso importante que hiciéramos del cine y derecho una materia descriptiva, con fichas técnicas y artísticas de las películas, una narrativa sencilla que exponía las imágenes de una práctica, de sus practicantes o de los espacios en los que dicha práctica se desarrolla; pero ahora es imprescindible dar ese otro paso para hablar de las emociones que los directores quieren que esos elementos tengan en nosotros; mirar más profundamente, una hermenéutica de segundo plano, ver los detalles, los encuadres, las ideas entre líneas del guion. Este ejercicio por sí solo es valiosísimo, porque prepara al jurista para un análisis más complejo, justo como es la realidad, compleja (189).

No es una casualidad, creemos, y sí un buen augurio, que quienes muestran esta mayor claridad sobre la exigencia del campo, y quienes ensayan una teorización sobre las posibilidades y metodología de los estudios de cine y derecho junto con sus análisis de películas, sean el director y el secretario académico de la Red Iberoamericana de Cine y Derecho, grupo de investigadores de intensa actividad, y de quienes seguramente podemos esperar más publicaciones y congresos en los próximos años.

El espectro filmográfico que cubre esta compilación es muy amplio; sin embargo, la mayoría de los artículos se concentran en el análisis de una sola película, son pocos los que prefieren ofrecer una visión panorámica o de un grupo de películas. Entre estos últimos, el más panorámico puede ser el de José Santiago Yanes Pérez, «La mujer abogada y su acceso a los tribunales en el wéstern americano», que ofrece una filmografía muy completa de películas que representan a mujeres abogadas en todas las décadas del cine (¡42 solo entre 1910 y 1957!), con énfasis en las que localizan sus relatos a fines del siglo XIX, cuando recién se permitió el ejercicio de la abogacía a las damas. También es panorámico el artículo de Juan Antonio Gómez García, «La sala de juicios como escenario cinematográfico», que recurre al cine clásico de Hollywood, pero

también a otras tradiciones filmicas (Lang, Bergman, cine chino) para mostrar cómo la construcción clásica de la sala de juicios ofrece también posibilidades alternativas. Aún más notable en su conocimiento de la historia del cine es el texto de Benjamín Rivaya García «Reflexiones sobre el derecho a un juicio justo y su imagen filmica», que acompaña con un generoso número de ejemplos sus puntos sobre la representación de la (in)correcta administración de justicia y sus garantías procesales. Apuntando a un grupo más restringido de películas se encuentra el artículo de Javier André Murillo Chávez, «Mr. Chief Justice, and may it please the Court... Tres visiones cinematográficas sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos», que recuenta tres películas que permiten comprender el funcionamiento y la importancia que cobra el tribunal supremo dentro del orden político norteamericano.

En cuanto a los trabajos enfocados principal o totalmente en una sola cinta, destaca asimismo la heterogeneidad de las fuentes, aunque hay una clara preferencia por lo contemporáneo. La película más antigua estudiada *in extenso* es la producción europea de Orson Welles basada en la novela de Kafka, *El proceso*, de 1962 (Agudelo Ramírez). Junto con *Los ojos vendados*, película de Carlos Saura realizada en la época de la transición española, en 1978 (Narváez Hernández), constituyen la dupla representante del cine europeo clásico. No hay artículos dedicados al Hollywood clásico (30-60), aunque sí se mencionan muchas de estas películas y se les trata brevemente en los artículos más panorámicos. Luego hay algunos ensayos enfocados en el Hollywood de fines del siglo XX, en particular *La hoguera de las vanidades* (1990), de Brian de Palma y basada en la novela de Tom Wolfe (Arias Suárez); y el telefilm *La trompeta de Gideón*, de 1980 (Bustamante del Castillo). Sin embargo, la mayoría se ocupa de películas no solamente del siglo XXI, sino de esta última década que aún no concluye. Aquí podemos mencionar a *The Social Network* (2010), de David Fincher (Rejanovinschi Talledo);

The Lincoln Lawyer (2011), del novel director Brad Furman (De la Guerra Zúñiga); y *Molly's Game* (2017), de Aaron Sorkin, conocido guionista en su primera aventura en la dirección fílmica, esta es la película más reciente tratada en el libro (Alvarado Marín), apenas un año anterior a la publicación. Pero el interés por el cine actual no se limita al de Hollywood, ya que también hay un espacio para el cine latinoamericano con *El patrón. Radiografía de un crimen* (2014), del joven director argentino Sebastián Schindel (Chávez Huanca), y *El soborno del cielo* (2016), del experimentado director colombiano Lisandro Duque (Saldarriaga y Londoño); e incluso queda sitio para el cine hindú con *Court* (2014), del debutante Chaitanya Tamhane (Oliveros Aya).

Finalmente, en cuanto a los tópicos jurídicos que se desarrollan en los artículos, también son variados y van desde detalles históricos de la vestimenta judicial en togas y pelucas (Cancio Fernández) hasta temas de derecho comercial y de autor (Rejanovinschi Talledo, Alvarado Marín). Sin embargo, la mayoría de los ensayistas se preocupan por dos temas principales: el derecho a la defensa y el sistema judicial. En cuanto al primero, se puede mencionar la necesidad de contar con un abogado para sortear el complejo sistema legal (Bustamante del Castillo, Chávez Huanca), así como la presentación de las pruebas y su licitud o ilicitud (Rivaya García). Con respecto al sistema judicial, podemos describir y admirar su estructura equilibrada y piramidal, como se refleja en la Corte Suprema (Murillo Chávez); o su solvencia moral, como en el Tribunal Russell (integrado por Bertrand Russell, Sartre y Cortázar, entre otros), que se pronunció sobre los crímenes de guerra en Vietnam (Narváez Hernández); o podemos enfocarnos más bien en las fallas y grietas que presenta el sistema, ya sea en la relación abogado-cliente (De la Guerra Zúñiga), en la desigualdad social de un sistema que solo se acuerda de los excuidos para castigarlos (Chávez Huanca, Oliveros Aya), o la posibilidad siempre presente

del error judicial, que tanto ha aprovechado el cine de suspenso (Rivaya García).

En conclusión, un libro importante para abogados, estudiantes de derecho y funcionarios públicos, quienes podrán no solamente ilustrar, agregar ejemplos y depurar sus conocimientos jurídicos, sino también aprender mucho sobre cine, porque la compilación no decepciona tampoco a los aficionados al séptimo arte. Recomendamos su lectura.

JAVIER DE TABOADA AMAT Y LEÓN
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)
Contacto: pchujtab@upc.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-8026-3817>

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 10, n.º 12, julio-diciembre, 2019, 219-223

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v10i12.33>

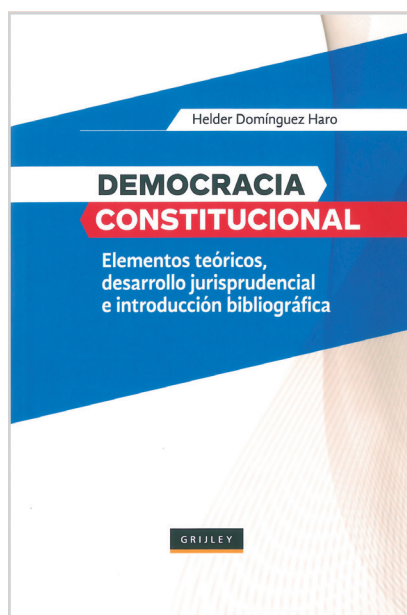
Helder Domínguez Haro. ***Democracia constitucional. Elementos teóricos, desarrollo jurisprudencial e introducción bibliográfica.***

Lima: Grijley, 2018, 220 pp.



La democracia, como objeto de estudio, tiene dentro del universo de la literatura jurídica un lugar privilegiado por ser una de las creaciones políticas más logradas de la cultura occidental y, por su complejidad, ha suscitado la atención de una pléyade de autores de los que se da oportuno recuento en la obra reseñada. Ello, adicionalmente, nos dice de la trascendencia que dicha institución posee como forma de organización social y como modelo de participación política.

Democracia constitucional. Elementos teóricos, desarrollo jurisprudencial e introducción bibliográfica es un libro que reúne en sus páginas las líneas estructurales que construyen el concepto de democracia, pero ligadas, íntimamente, a la aparición y evolución del llamado pensamiento constitucional, nacido a partir de la consagración de la Constitución como norma político fundacional en el Estado moderno.



La relación conceptual surgida a partir de la simbiosis entre democracia y Constitución, o entre democracia y constitucionalismo, sitúa a la temática tratada por el autor en una posición aún más elevada. Se constituye de este modo en fuente de inspiración para nuevos estudios y variadas interpretaciones, que se acercan con acuciosidad a sus orígenes, evolución histórica, problemática actual, así como para plantear nuevos y mayores desafíos a la democracia constitucional en la sociedad contemporánea.

Presentada y prologada, respectivamente, por constitucionalistas de nota como Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, profesor de la Universidad de Jaén, España, y José Palomino Manchego, profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Decana de América, la obra nos ubica —a decir del autor— «dentro del universo de ideas sobre la experiencia democrática», con el propósito de ingresar a esa cosmovisión que permita a los lectores desarrollar apego hacia lo que se ha dado en llamar «sentimiento constitucional», tan necesario para valorarla en toda su importancia, bajo la comprensión de que la democracia constitucional no es otra cosa que el cénit de la evolución democrática.

Democracia es un concepto que hemos rescatado del mundo clásico por la proximidad del modelo con la práctica social que aspiramos para nuestros días y con las nuevas formas de gobierno que surgieron tras el derrumbe de las monarquías en Occidente. La idea de un gobierno que naciera de la voluntad del pueblo, de la libre participación política e igualdad de todas las personas, ha seducido por generaciones a los pensadores sociales como la

mejor receta para prevenir los peligros de la opresión absolutista y de la tiranía, pues si bien la democracia desarrollada en el mundo helénico escondía numerosos errores, propios de la época (como la esclavitud), la experiencia griega, sobre todo ateniense, es de innegable valor para no repetir las lecciones negativas del pasado y recorrer, por el contrario, el camino de la virtud política y cívica.

Dicho camino no es uno exento de vicisitudes y peligros; no obstante, pese al desencanto por la democracia —producto ya sea de la corrupción e ineficiencia en las instituciones públicas, el obstruccionismo parlamentario, jueces venales o la inoperancia de la clase política—, llegado un momento en el progreso social, filosófico, económico y político de la humanidad, gran parte de ella se ha decantado por la democracia como modelo social e, incluso, como experiencia vital.

Para comprender las complejidades inherentes a esta evolución, el autor perfila el fenómeno democrático presentando ideas introductorias como paso previo a reconstruir un modelo conceptual integral y sistemático de la democracia, de la mano con el paradigma constitucional-democrático de nuestro tiempo, modelo cuyo estudio implica discurrir por la gran variedad conceptual sobre lo que es la democracia, iniciando por el pensamiento de Rousseau, padre de la democracia moderna, que sintonizaba con los conceptos de democracia y soberanía popular; ideario que sería enriquecido con los desarrollos teóricos de politólogos, jusfilósofos y constitucionalistas cuyas teorías contribuyeron a la formación de una concepción moderna de la democracia y de un moderno Estado democrático.

Pero, independientemente de la gran variedad de desarrollos teóricos o de las divergencias y convergencias que puedan suscitarse, si algo merece enfatizarse con certeza es que «la democracia implica necesariamente el derecho», como refiere de modo esclarecedor

el autor al hacerse eco del pensamiento del jurista y pensador contemporáneo Luigi Ferrajoli, quien afirma que la democracia constitucional «es un modelo de democracia producto de un cambio radical de paradigma acerca del derecho iniciado aproximadamente en el quinquenio 1945-1949, en las circunstancias culturales y políticas que vieron nacer a la Carta de las Naciones Unidas (1945)». Y no le falta razón al ilustre jurisconsulto italiano, cuyo país vio el surgimiento del fascismo, régimen totalitario que junto con el nazismo asumió un esquema político donde los derechos de las personas se subordinaban a los intereses y objetivos del Estado, es decir, donde el ciudadano estaba al servicio del Estado y no el Estado al servicio del ciudadano. Bajo ese modelo autoritario, el avasallamiento de las libertades públicas y derechos individuales, primero en Europa y luego en otros continentes, fue posible sin que el derecho pudiera ofrecer una respuesta certera que previniera a las personas de los abusos del poder.

En tal contexto, tanto la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Constitución italiana y la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de ese mismo año, representaron la definitiva consagración de los derechos humanos y de los derechos fundamentales de la persona, es decir, aquellos derechos humanos positivados, generalmente en el texto mismo de la Constitución, con el fin de que gocen de tutela especial. El Estado constitucional vendría a ser, entonces, un sistema de garantías de los derechos fundamentales.

El cambio de paradigma fue irreversible y evidente, la persona es ahora el centro de imputación de derechos y el Estado se encuentra, definitivamente, al servicio de ella. Dicha configuración es recogida por las Constituciones de los países que se precian de poseer un sistema democrático, y, en nuestro caso, es la fuente de inspiración del artículo 1.º de la Constitución peruana de 1979, según el cual la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Democracia constitucional. Elementos teóricos, desarrollo jurisprudencial e introducción bibliográfica es un libro que tiene la virtud de ser, pese a la complejidad de la temática elegida, de sobria y amena lectura, de ahí que sea altamente recomendable para quien desee elucidar el fenómeno democrático desde sólidas bases teóricas y analizar, con perspectiva crítica, las referencias ilustradoras a los problemas que suele afrontar la gobernabilidad democrática.

Podemos decir —en gran parte debido al autor— que la democracia es un principio de organización estatal, un estilo vital y de proyección de la filosofía humanista, y, —hasta el momento— una de las mejores formas de realizar la dignidad del ser humano; porque vivir y luchar por la democracia nos ayuda a comprender que, por más obstáculos que se enfrente, es una conquista de la civilización que no estamos dispuestos a perder.

JORGE ANGEL CHÁVEZ DESCALZI
Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial
(Lima, Perú)

Contacto: jchavezd@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-4653-7922>

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 10, n.º 12, julio-diciembre, 2019, 225-229

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v10i12.34>

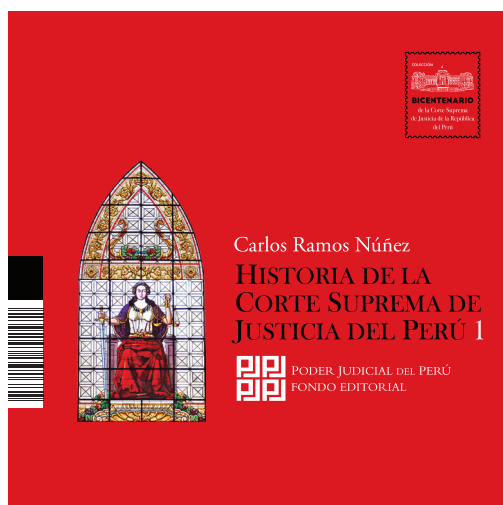
Carlos Ramos Nuñez. ***Historia de la Corte Suprema de Justicia*** ***del Perú. Tomo 1.***

Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 2019, 720 pp.



El título de la obra que nos honramos en reseñar, *Historia de la Corte Suprema de Justicia del Perú*, indica por sí solo el contenido del libro. De acuerdo con nuestra carta magna, la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jurisdiccionales con arreglo a la Constitución y a las leyes. La Corte Suprema de Justicia de la República es, dentro del ordenamiento jerárquico de este poder del Estado, la máxima instancia jurisdiccional y su competencia se extiende a todo el territorio de la República.

Para conocer el origen de nuestra Corte Suprema debemos remontarnos al año 1823, cuando el Congreso Constituyente promulgó la Constitución Política del 12 de noviembre de ese año, la cual consagraba la división de poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Y precisamente en el artículo 98.º se creaba la Suprema Corte de Justicia, que tenía como atribuciones, entre otras, dirimir todas las competencias que entre sí tuvieran las Cortes Superiores;



conocer las causas criminales de los ministros de Estado; conocer de los recursos de nulidad que se interpongan contra las sentencias dadas en última instancia por las Cortes Superiores, para el efecto de reponer y devolver; conocer de las causas concernientes a los negocios diplomáticos y de los contenciosos entre los ministros, cónsules, o agentes diplomáticos.

Sin embargo, recién al año siguiente, Simón Bolívar, presidente de Colombia y encargado del Poder Dictatorial en el Perú, mediante decreto provisorio del 19 de diciembre de 1824, formalmente establece la Corte Suprema de Justicia.

No está de más decir que el principal rol de la Corte Suprema de Justicia como máximo órgano jurisdiccional del Poder Judicial, frente a un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica con relevancia jurídica, sea resolverlo en forma definitiva; esta función le es encomendada desde sus orígenes; empero también cumple otras funciones de suma importancia como la de unificar la jurisprudencia emitida por la judicatura nacional con la finalidad de propender a la predictibilidad de las resoluciones jurisdiccionales y, como consecuencia, alcanzar la tan ansiada seguridad jurídica.

Dada la importancia de la obra que reseñamos, nos presenta algunos de los conflictos resueltos por los tribunales nacionales para que el lector pueda formarse una apreciación sobre la actuación de los jueces en aquellos casos emblemáticos que han marcado la justicia en el Perú. En el ámbito penal, por ejemplo, el proceso seguido contra Jorge Villanueva Torres, conocido por la prensa nacional como el Monstruo de Armendáriz, quien fuera acusado de

violar y matar al menor Juan Hidalgo Zavala, y luego sentenciado a la pena de muerte por acusaciones de raptó y homicidio en agravio del menor, por el delito contra las buenas costumbres en su calidad de pederasta y por el delito contra la libertad individual en agravio de otras personas (470-476). Igualmente, el caso del asesinato de Luis Banchemo Rossi, empresario pesquero, productor y exportador de harina de pescado, quien fuera asesinado a golpes con un objeto contundente en su casa de campo en Chaclacayo (547-548).

Sin embargo, este rol de la Corte Suprema de Justicia no solo se circunscribe a resolver los conflictos de acuerdo con la ley, sino, como lo menciona acertadamente el juez supremo titular de la Corte Suprema, Francisco Távara Córdova, involucra analizar cuál es la actuación de sus órganos de gobierno a lo largo de nuestra historia republicana. Es por ello que muchas de las decisiones de nuestra Corte Suprema han incidido directamente en la vida política, social y económica nacional (19).

Y es que la Corte Suprema de Justicia actúa también como órgano de gobierno, y dentro de sus órganos de dirección, la Sala Plena es el órgano máximo de deliberación del Poder Judicial que, debidamente conformado por los jueces supremos titulares, decide la marcha institucional de este poder del Estado.

El autor de la obra en comento, Carlos Ramos Núñez, director general del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, discurre en el tiempo para explicar el rol asumido por la Corte Suprema de Justicia del Perú en su devenir histórico pasando por los gobiernos de José de San Martín, Torre Tagle, Simón Bolívar, Santa Cruz, Gamarra, Cáceres, Piérola, Pardo y Barreda, Leguía, Belaunde, Velasco y Morales Bermúdez. Además, nos muestra cómo el Poder Judicial ha sufrido la intromisión del Poder Ejecutivo, pero no solo en términos políticos sino inclusive

jurisdiccionales, como aquellas reformas judiciales de los años 1839, 1855 y 1866. Es así que en el año 1839 se autorizó al Poder Ejecutivo, a cargo de Agustín Gamarra Messia, a nombrar vocales y fiscales de la Corte Suprema. Sin lugar a dudas, esto generó que el Poder Judicial —a decir del autor— funcionara conforme a la voluntad del Gobierno o, al menos, no existía ni el ánimo ni la voluntad de enfrentarlo; carecía de legitimidad y fuerza obligatoria a la hora de imponer el Estado de derecho (190-191).

Empero, en contraposición a esas intromisiones, también nos resalta las continuas luchas de este poder del Estado en la búsqueda de su independencia del poder político, como es el episodio del año 1933 en el cual la presidencia del Poder Judicial frente al pedido del Ejecutivo para que se abstuviera de conocer las causas contra los miembros de la Guardia Civil, bajo el argumento de que no debería conocerse en el fuero común, determinó:

es atribución de la Corte Suprema resolver en última instancia estos conflictos de jurisdicción conforme al Código de Procedimientos en Materia Criminal. El Poder Ejecutivo tiene únicamente la obligación de cumplir y hacer cumplir bajo responsabilidad, las resoluciones del Poder Judicial según la Constitución del Estado. Causa, pues, penosa impresión en el ánimo de los señores miembros de este Tribunal, que el Ministerio de Gobierno se considere autorizado para hacer inculpaciones y censuras a los actos del Poder Judicial (420-421).

La importancia de la publicación que nos ha presentado Carlos Ramos Núñez, gracias a un nuevo esfuerzo del Fondo Editorial del Poder Judicial y que pertenece a la Colección Bicentenario de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, creemos que va más allá de una mirada cronológica de la vida de este Alto Tribunal y devela la necesidad de que la comunidad en general conozca sus logros, dificultades, carencias, injerencias políticas, reformas

de justicia y su continua lucha por su independencia, porque solo conociendo el pasado institucional podemos comprender el presente y construir un futuro mejor para la justicia en el Perú.

MARCOS MORÁN VALDEZ

Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial

(Lima, Perú)

Contacto: mmoran@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0001-8788-6825>

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 10, n.º 12, julio-diciembre, 2019, 231-240

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v10i12.35>

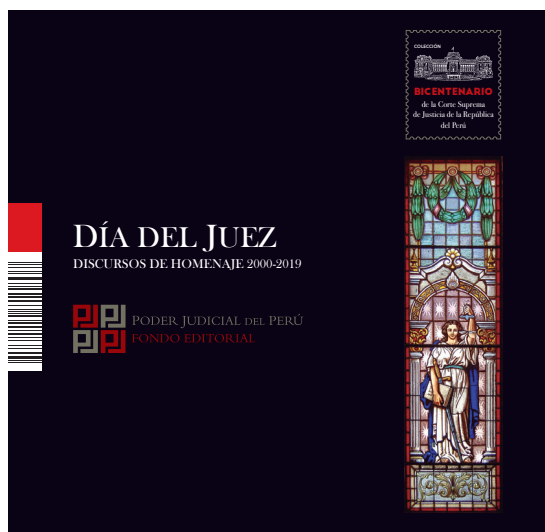
Poder Judicial del Perú. ***Día del Juez. Discursos de homenaje*** **2000-2019.**

Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 2019, 452 pp.



Día del Juez. Discursos de homenaje 2000-2019, editado por el Fondo Editorial del Poder Judicial, pone en valor la trayectoria humana y profesional de destacados jueces nacionales que, de otra forma, continuarían secularmente ignorados, tanto por la comunidad jurídica local como por el público en general.

Se trata de una obra que, literariamente, puede asimilarse dentro del género biográfico puesto que reúne en sus páginas la vida y obra de magistrados ejemplares, pero que incorpora, a su vez, elementos de la historiografía al momento que relata buena parte del camino que ha desandado la institución judicial y, con ella, la referencia a los grandes sucesos que han marcado la historia de los tribunales de justicia a lo largo de los casi doscientos años de experiencia republicana.



Quizá por ello diríase que —parafraseando el título de una de las famosas obras del procesalista florentino Piero Calamandrei¹— cada discurso homenaje ha sido pensado a modo de «elogio a los jueces» pero escrito por los magistrados, así como de reafirmación de la función de impartir justicia que consagra la Constitución del

Estado. Desde luego, se trata de un ejercicio discursivo no exento de duda, visto que son los propios jueces, oportunamente designados, quienes a su criterio eligen la personalidad merecedora de la alta consideración pública inherente a ser objeto de un homenaje de tal naturaleza en tan señalado día.

Independientemente de la imparcialidad o parcialidad de los juicios ante los ojos de la historia y de la consideración social, creemos que para juzgar de forma adecuada a los personajes públicos, se requiere partir, también, de reseñar su vida privada porque, a pesar de ser objeto del interés y dominio general, el biógrafo o el historiador no debe darse la licencia de omitir los aspectos y cualidades más destacables y personales de los elogiados que, en buena cuenta, solo contribuyen a exaltar los orígenes, formación familiar, el sustento de que se han servido para surgir, es decir, los medios y valores personales que les han servido para ser mujeres u hombres notables social o corporativamente hablando.

1 Se trata de la obra *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, cuyo título original es *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* (Firenze, 1935).

Tal creemos que es el propósito de la obra materia de recensión, pues en cada discurso se examina el recorrido de destacados jueces en su integridad, es decir, desde la perspectiva de que sus esfuerzos y sacrificios no han poseído otra motivación que la de servir al ideal de justicia como valor supremo. En tal sentido, la publicación incorpora los discursos de homenaje a dieciocho jueces y, como sola excepción, el homenaje a la Corte Suprema; en total, diecinueve discursos ordenados cronológicamente de acuerdo con la fecha en que fueron expuestos. Ayuda para este propósito el hecho de que tales disertaciones se realicen cada año el 4 de agosto con motivo de las solemnes ceremonias por las celebraciones del Día del Juez en el Palacio Nacional de Justicia, sede, a su vez, de la Corte Suprema de Justicia de la República.

A modo de ilustración y para quienes no estén familiarizados o carezcan de referencia detallada de las anotadas celebraciones que periódicamente la judicatura lleva a cabo en nuestro país, comentaremos que el Decreto Ley n.º 18918, dictado el 3 de agosto de 1971 por el autodenominado Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas del general de división Juan Velasco Alvarado, designó el 4 de agosto como Día del Juez (artículo 1.º) y dispuso en el artículo 2.º que: «Anualmente la Corte Suprema de Justicia de la República y las Cortes Superiores de Justicia realizarán en esa fecha sesiones solemnes destinadas a recordar la obra de los magistrados peruanos que han contribuido a la correcta administración de justicia, al progreso de la cultura jurídica del país y a la emancipación social, política y económica de la República».

El motivo declarado en la norma para sancionar el citado decreto era la creación de la Alta Cámara de Justicia por el general don José de San Martín el 4 de agosto de 1821, pero esta motivación bien puede ser considerada falaz o aparente, porque, a la sazón, so pretexto de la reforma judicial, se había intervenido el Poder

Judicial, hecho que no fue sino el correlato de los postulados ideológicos del gobierno militar de facto, por los que se acusaba que «la administración de los tribunales era lenta, morosa y parcial a favor de los poderosos» (Zimmermann 1974: 119); asimismo, que el Poder Judicial carecía de autonomía, que los magistrados honestos carecían de programas de preparación y estaban, calculadamente, mal pagados para propiciar la corrupción, y que, por tanto: «Habría que ser duro» (Zimmermann 1974: 120). En el «Plan del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada» o también llamado «Plan Inca», en efecto, entre las acciones contempladas respecto al Poder Judicial estaba «Cesar a los magistrados que no reúnan los requisitos necesarios para la administración de justicia y el apoyo a la moralización» (Velasco 1968). A consecuencia de dicha acción de injerencia en la administración de justicia, como refiere Ramos «se destituía masivamente a los jueces ordinarios, en especial, a los menos permeables a los actos de gobierno» (2019: 510), pero los primeros afectados serían los jueces de la Corte Suprema: «En octubre de 1968 la Corte Suprema fue decapitada» (2019: 511).

Este episodio de clara injerencia del Ejecutivo en el Poder Judicial, es recordado por el juez San Martín Castro en su discurso «Homenaje a la Corte Suprema: historia y perspectivas», donde se menciona cómo la Junta Militar de Gobierno dirigida por el general Juan Velasco Alvarado:

Entre sus múltiples actos de fuerza expidió el Decreto Ley n.º 18060, del 23 de diciembre de 1969, que modificó la composición de la Corte Suprema, estableció tres salas de cinco miembros cada una, suprimió las fiscalías, declaró en estado de reorganización el Poder Judicial y dispuso el cese de los vocales y fiscales supremos. Mediante Decreto Ley n.º 18061 se nombraron nuevos vocales supremos. A su vez encargó a la nueva Corte Suprema, hija de la dictadura, una ratificación extraordinaria del conjunto de jueces, vocales y fiscales,

que ocasionó el alejamiento arbitrario de numerosos magistrados, e inauguró una etapa de funcionamiento del Poder Judicial a todas luces insatisfactoria y en extremo condescendiente con el régimen, al punto de cohonestar sus arbitrariedades y desconocer la vigencia y tutela de las libertades públicas (200-201).

Aranda Rodríguez, por su parte, en su discurso de orden en homenaje al juez y jurista Juan Vicente Ugarte del Pino, hace también memoria de los sucesos de dicha época y refiere cómo las posiciones principistas de Ugarte del Pino, fundamentadas en el retorno al Estado de derecho, así como en la defensa de las instituciones, generaron desagrado en el Gobierno de facto de entonces, y que todo ello fue el detonante para que los funcionarios del Gobierno lo hostigaran y finalmente lo detuvieran de una manera arbitraria, un 19 de noviembre de 1974, para ser llevado a Seguridad del Estado y luego con rumbo desconocido; precio que pagó por luchar para el restablecimiento del orden democrático y la institucionalidad en nuestra patria, lo que fuera destacado por el gran maestro sanmarquino, Max Arias Schreiber, quien lo llamó el «Decano de la Resistencia» (253).

No fueron los únicos casos de jueces incómodos que tuvieron que enfrentar escenarios similares; diríase que parte de ser juez incluye estar avisados para lidiar tarde o temprano con los excesos del poder de turno, solo que para ello no existe preparación alguna que no sea la propia templanza. El caso es que los discursos presentes en la publicación que reseñamos hablan no solo de las vicisitudes de los enfrentamientos de los otros poderes estatales con el judicial, sino también de virtud y abnegación en el ejercicio del cargo. Desde Manuel Lorenzo de Vidaurre y Encalada (Lima, 1773-1841), hasta Luis Felipe Almenara Bryson (Lima, 1941-2016), la obra discurre a lo largo de la vida personal y profesional de prestigiosos jueces que han dejado su impronta en la administración de justicia.

Del primer presidente de la entonces denominada «Suprema Corte», Vásquez Cortez en su «Homenaje al Sr. Dr. Manuel Lorenzo de Vidaurre y Encalada», dice que «es historia, pasado y presente, político y jurista, peruano del tránsito de la Colonia a la República, fue un personaje de la época de la fundación de la República que representó claramente la élite criolla, y que durante las guerras continentales optó por la moderación y el compromiso» (128), y que: «Pocos hombres como él estuvieron tan identificados con el ideal de la libertad de América y con la inquietud por la organización definida de su estructura democrática, por eso se le conoce como ideólogo, como estadista y como magistrado» (131). Otra figura temprana de nuestra república es también retratada por Távora Córdova en su «Homenaje al Sr. Dr. Francisco Javier Mariátegui y al Sr. Dr. José Gabriel del Castillo Santillán». Francisco Javier Mariátegui, relevante figura política del proceso independentista, fue también un magistrado, el cual «no solamente destacó por el dominio de la legislación positiva y su vasta formación doctrinaria, sino, además, tuvo visión cabal de las circunstancias que lo rodeaban, por cuyo motivo vivió pensando que la independencia del Poder Judicial era una conquista por arrebatar al poder político; pero que, una vez lograda, importaba nuevas y decisivas acciones para preservarla y hacerla constructiva» (77).

Pues bien, la sola referencia a estos jueces egregios bastaría para ilustrar el valor de la obra en comento, pero al ser tantas las figuras de la judicatura objeto de homenaje, cuya sola referencia ocuparía muchas páginas, para el propósito de esta breve reseña y con aquiescencia del lector, solo se agregarán las referencias a dos figuras de la judicatura nacional: Elcira Vásquez Cortez y Enrique López Albújar. Sobre la primera, Tello Gilardi, en su discurso de orden, dibuja una hermosa escena, una anécdota que refleja con exactitud el significado de la lucha de las mujeres por abrirse paso en el, hasta entonces, excluyente espacio de la Corte Suprema. La señorita

Vásquez —dice Tello—, como relatora titular, debía cumplir con un encargo en la Presidencia de la Corte Suprema y luego retornar a la Sala Civil al fondo del pasillo, pero el secretario general de ese entonces le señaló de manera enfática:

«la mujer no puede pisar la alfombra roja por la que pasan los vocales de la Corte Suprema, es la regla». Desafiando el *establishment*, *ese statu quo*, la señorita Vásquez no hizo caso y emprendió rauda carrera pisando la alfombra roja por donde pasaban los vocales de la Suprema, desde la Presidencia hasta la Sala Civil, y escuchó a lo lejos que el secretario general le decía: «¡Se lo he pedido, allí nomás, señorita!» (311).

Años más tarde, en 1993, Elcira Vásquez Cortez fue nombrada como jueza suprema titular de la Corte Suprema de Justicia de la República, la primera del Perú independiente. En una valiosa reflexión Tello finaliza diciendo que:

la doctora Elcira Vásquez al cruzar el umbral aquel día de enero del año 1963, no supo que su menuda figura iba a contrastar, desde ese momento en adelante, con la fuerza de su carácter y espíritu para encarar un mundo netamente masculino. Quizá tampoco se percató de que iba a dar inicio al derrumbe de los muros que separaban a los hombres de las mujeres en la carrera judicial. Toda puerta que abrió, todo paso que dio, ha servido y servirá para que miles de mujeres tengan las mismas oportunidades en condiciones de igualdad. Menos aún se daría cuenta de que esa carrera que dio sobre la alfombra roja iba a constituir el aleteo de las alas de una mariposa que, como reza la teoría del caos, iba a ocasionar los cambios de los cuales hoy somos testigos (322-323).

Enrique López Albújar es el caso excepcional del juez que ejerció el cargo sin hacer a un lado su vocación de escritor, ni viceversa. En nuestra historia reciente se han dado casos de escritores que, no obstante haber ingresado u obtenido el licenciamiento en la

carrera de derecho, han abandonado luego esta para avocarse por completo a la literatura, tales los casos de Alfredo Bryce Echenique y del Premio Nobel Mario Vargas Llosa; pero tal no sucedió con López Albújar, quien llegó a incursionar con notable impulso en variados géneros literarios como la novela, el cuento y la poesía, e incluso en el teatro y el periodismo, pero sin olvidar que era, ante todo, un jurista. Desde las letras aguzaba su profundo conocimiento de la naturaleza humana, especialmente del hombre andino, al punto de convertirse en precursor de un nuevo género: la narrativa indigenista, y, como juez, se adelantó al pensamiento jurídico de su época al resolver las causas con criterios de equidad y justicia, aún a costas de las incomprensiones y perjuicios reinantes, lo que le costó, incluso, en una ocasión, ser suspendido por la Corte Suprema en el ejercicio de sus funciones como juez en Huánuco, acusado de prevaricato. Presidente de la Corte Superior de Justicia de Tacna y Moquegua, López Albújar, a decir de Rodríguez Tineo en su discurso de orden, « fue un precursor del porvenir. Los jueces podemos seguir su camino, aunque la justicia parezca —a veces— una utopía inalcanzable».

No queremos finalizar sin antes reconocer que no es usual que se considere elogiosamente la vida y obra de los jueces. No olvidemos que, como refiere el insigne jurista fiorentino: «En la “República” de Platón, médicos y jueces son confundidos bajo una misma desconfianza, como síntomas reveladores de las enfermedades físicas y morales que sufren los ciudadanos» (Calamandrei 2009:139). En cierto modo, la publicación que reseñamos es una obra que surge en momentos en que las instituciones tutelares del país atraviesan circunstancias difíciles. La sociedad peruana, en una admirable exaltación de virtudes cívicas, ha reclamado la decidida acción de sus clases dirigentes y que se imparta pronta y recta justicia. Este último apremiante deber recae en manos de los jueces de la república y es entonces que las miradas se centran en aquellos protagonistas que, desde los tribunales, velan por la estricta vigencia del Estado de

derecho y la severa sanción de aquellos actos que atenten contra el libre ejercicio de los derechos ciudadanos.

Verdaderamente, abrazar la judicatura aquí o en cualquier otro lugar, es una experiencia vital de la que se desprende un cúmulo de enseñanzas aleccionadoras que permiten reflexionar profundamente sobre la carrera judicial y la justicia. Estas deben ser aprovechadas por quienes estén ciertamente interesados o vigilantes respecto a todos los aspectos de la marcha de las instituciones del sistema de justicia, en las personas que las integran y, particularmente, en el ejercicio del poder jurisdiccional. *Día del Juez. Discursos de homenaje 2000-2019* es una publicación del Fondo Editorial del Poder Judicial que, creemos, servirá de guía e inspiración para todos aquellos que al enfrentar, en algún momento de su trayectoria profesional, la decisión de elegir entre cualquiera de las otras profesiones jurídicas y la de ejercer la función jurisdiccional, y opten por abrazar esta última vocación, comprendan que inician un noble pero sacrificado camino: ser jueces que impartan pronta e ineluctable justicia en el Perú.

JORGE ANGEL CHÁVEZ DESCALZI
Centro de Investigaciones del Poder Judicial
(Lima, Perú)
Contacto: jchavezd@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-4653-7922>

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALAMANDREI, Piero (2009) *Elogio de los jueces escrito por un abogado*. Madrid: Editorial Reus.

RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2019). *Historia de la Corte Suprema de Justicia del Perú*. Tomo I. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.

VELASCO ALVARADO, Juan (1968). «Plan del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada». Recuperado de <http://revolucion3octubre.com/wp-content/uploads/2018/10/PLAN-DEL-GOBIERNO-REVOLUCIONARIO-DE-LA-FUERZA-ARMADA.docx>

ZIMMERMANN ZAVALA, Augusto (1974). *El Plan Inca. Objetivo: revolución peruana*. Lima: Empresa Editora del *Diario Oficial El Peruano*.

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 10, n.º 12, julio-diciembre, 2019, 241-248

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v10i12.36>

Enrique López Albújar. ***Obras completas. Poesía. Tomo II.***

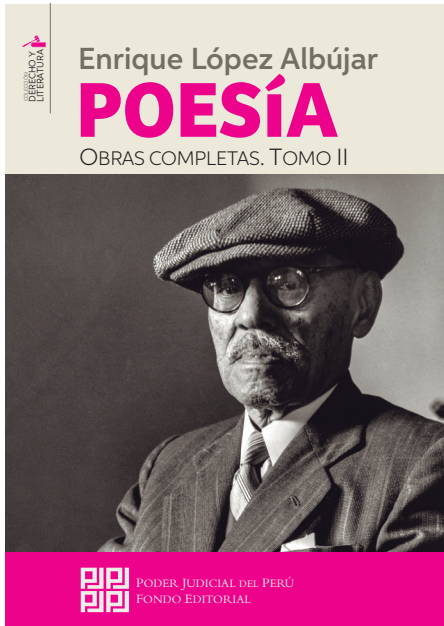
Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, 2019, 532 pp.



De Enrique López Albújar conocemos buena parte de sus narraciones, en menor medida su labor como juez y, en mínima proporción, su producción poética. A mi entender, este reducido conocimiento de su poesía es ocasionado por dos motivos:

1. La dificultad para acceder a sus poemarios.
2. La complejidad de encontrar la originalidad poética del autor de «Ushanam Jampi».

Sin duda, estos motivos animan a que lectores y críticos dirijan sus miradas hacia poetas y poemarios de mayor accesibilidad. En ese sentido, la apuesta intelectual del Poder Judicial del Perú y el trabajo bibliográfico de Gladys Flores Heredia, expresados en *Obras completas. Poesía. Tomo II*, permiten subsanar la primera dificultad: acceder a una edición de la poesía de Enrique López Albújar, edición que reúne poemarios inhallables y rescata poemas publicados en revistas y periódicos de la época. Encontrar la originalidad del escritor será una tarea del lector y tras esa estela poética se encaminará la presente reseña.



En coautoría con Aurelio Arnao, López Albújar publica *Miniaturas. Álbum de bellezas limeñas en 1895*. Entre versos románticos y una prosa impresionista, el autor nos comparte su contemplación modernista de la belleza de las damas capitalinas. En la «Confidencia. A vosotras», expresa su principal deseo: «por un momento, olvidar todos los convencionalismos retóricos, todas las ceñidas fórmulas de las estéticas universitarias, que no cuadrarían bien a la espontánea e ingenua

forma con que debe ser tratada vuestra hermosura» (2019: 5). De esta confesión, reconocemos su intención de alejarse de la retórica romanticista, aunque continúa hablando de belleza y mujer. En mi opinión, creo que no logra distanciarse y, por el contrario, extraña el romanticismo, por ello, en «Sultaneta» evoca la rima XXIII de Gustavo Adolfo Bécquer:

Sultaneta, predilecta de Alá, pongo a tus pies diminutos mi puñal damasquino, mi gumía, mi espingarda, mis esclavos, mis palacios, mis tesoros, por una sonrisa tuya, por una mirada tuya (2019: 19).

Si bien este primer poemario muestra su deuda con el romanticismo, también ayuda a reconocer su tránsito hacia el modernismo. Al respecto, algunos títulos esteticistas resultan sugerentes: «Hada Azul», «Primavera», «Princesa Sol» y «Parnasianas». Sin embargo, algunos poemas nos hacen escuchar un rasgo singular de la voz poética: la emoción imaginativa, vale decir, la exaltación acompañada de imágenes poéticas. La estancia III de «Hada Azul» permite identificar huellas de esta singularidad:

III

¡Hada Azul!, espejismo que arrastras
con tus dulces caprichos de niña;
¡Hada Azul!, ilusión que te llevas
jirones del alma por cada sonrisa (14).

Aprovechando la atmósfera modernista, la voz poética «imagina» y «canta» la belleza femenina. No obstante, la exclamación ¡Hada Azul! es contenida justamente por la responsabilidad de apelar sensorialmente al lector a través de las imágenes «espejismo que arrastras / con tus dulces caprichos de niña» e «ilusión que te llevas / jirones del alma por cada sonrisa». Curiosamente son imágenes construidas básicamente por códigos romanticistas e idealistas: «espejismo», «ilusión» y «alma». Por lo explicado, *Miniaturas. Álbum de bellezas limeñas* es un poemario que muestra más intención que acción, pues el poeta no consigue sacudirse de «las exigencias dogmáticas de toda escuela literaria» (5); no obstante, frente al uso recurrente de la descripción y la narración, las emociones imaginativas quedarán como esencia de sus próximas creaciones poéticas.

Un acercamiento a la poética de Enrique López Albújar se transmite en «Imposible», poema publicado el 14 de julio de 1900 en el n.º 7 de *La Tunda*. En sus primeros versos, la voz poética asevera:

Yo cantaré del mundo las grandezas;
la miseria que gime,
y sacaré de mi alma una epopeya
en que el siglo palpíte;
yo animaré a este pueblo a levantarse
al eco de mis versos
en busca de la gloria y de lo grande
para envolverse en ello (437).

El ánimo social y el tono reivindicativo resultan irrecusables. Vemos, también, que la emoción imaginativa se ha transformado en una emoción cívico-patriótica, pues la voz poética asume el designio de cantar «del mundo las grandezas» a modo de «una epopeya» para motivar «a este pueblo a levantarse». De estos versos, podemos inferir que el arte poética de López Albújar apuesta por el contenido temático y atiende poco las formas expresivas, tal como se observa en *De la tierra brava. Poemas afroyungas* (1938), poemario con predominio de la descripción y la alabanza de la geografía piurana. Los títulos anuncian directamente la información del poema, por ejemplo, «La abuela gloriosa. El cuatricentenario de Piura», «Huancabamba» y «La chicha».

En el «Prólogo», Clemente Palma afirma que, en este poemario, López Albújar transmite «una brillantez y fuerza de concepción lírico-épica y una energía originalísima de forma, que le ha colocado de golpe en sitio preferencial en nuestro moderno Parnaso» (105). A más de ochenta años, resulta necesario tomar esta apreciación más como un merecido elogio que como un juicio crítico. Efectivamente existe una concepción épica de objeto lírico de cada poema, pero no alcanza una brillantez, pues más que poetizar, existe preocupación por la información y la narración de una realidad local y que, por ello, incluye un breve glosario de terminología regional. Lo que sí me parece una audacia literaria es que, en pleno posvanguardismo, López Albújar, fiel a su palabra de treinta y ocho años antes, continúe apostando por una poesía escolar, geográfica y, por decirlo de algún modo, funcional, es decir, con un propósito. Particularmente destaco el poema «El río de mi aldea», cuya primera estrofa inicia con estos versos aclaratorios:

El río de mi aldea no es un río
como esos ríos, americanos y europeos,
que se saben los chicos de memoria (110).

Y continúa en la tercera estrofa:

El río de mi aldea no es como aquellos ríos
blancos, azules, verdes, colorados y negros,
llenos de historias trágicas, pavorosas, sangrientas (111).

Al parecer son muchas palabras para transmitir poca información, pues la voz poética no menciona cómo es el río, sino como «no es». Sin embargo, podemos reconocer una estrategia retórica bastante pertinente: la transmisión de un saber vicario. De los versos presentados, se coligen dos ideas:

1. El río de mi aldea es un río real.
2. El río de mi aldea es un río vital.

En la presentación del poemario, López Albújar señalaba que el río de su aldea era un ser vivo «trashumante y paradójico» (89). Efectivamente, podemos observar esta percepción cuando humaniza al río a través de un símil y la descripción:

No; el río de mi aldea es como el hombre:
nace y muere como él y, como él, tiene alma y cuerpo;
un cuerpo que se reparten, como una hostia, mil tierras,
y un alma, que se queda prendida en el recuerdo (111).

A diferencia de los demás ríos, la voz poética considera que el río de su aldea se asemeja biológica y ontológicamente al hombre, ya que es un ser que nace, muere y «tiene alma y cuerpo». Además, formalmente estamos frente a versos que sacrifican la exclamación, pero conserva el tono admirativo apoyado en símiles (el hombre) y gradaciones (alma y cuerpo) con referentes que transitan entre lo abstracto y lo concreto. Todo ello revela una virtud del vate chiclayano: buscar una imagen poética de mayor comunicación y trascendencia universal. Ejemplo de esta maduración expresiva lo constituye «La bandera», poema representativo de *La bandera y Anoche estuve en Piura* (1954), del cual comparto algunos versos:

La bandera tiene vida,
la bandera tiene alma,
y ama el sol y ama la altura
porque es águila
y padece como ella la nostalgia de las cumbres
y es más grande y más soberbia cuanto más del suelo se alza (214).

Estos versos anuncian el propósito poético de *Lámpara votiva* (1964). Nos dice el autor en el «Prefacio lírico»: «Estos cantos son cantos de glorificación, / hechos, más que con arte, solo con el corazón». En estricto, nos esclarece la honestidad poética con la cual contemplará a Tacna y sus pobladores y empezará a recordar sus 28 de julio. Sin embargo, en realidad, constituye una falsa modestia, pues sus versos no solo han sido escritos «con el corazón», sino también con el ánimo de la argumentación. Así tenemos que Tacna es denominada como «La bien amada» y la voz poética aclara la motivación de su canto:

Déjame, pues, que sea yo tu bardo,
ya que tú fuiste ayer la castellana
por quien sufrí más de una vez al verte
en un penal infame secuestrada (256).

De la misma manera, en «Tacna es una emoción» la anáfora revela el potencial argumentativo. Por su pasado, sus mujeres, la belleza de sus flores, el Tacora y sus desfiles escolares, la voz poética afirma, a modo de estribillo, que «Tacna es una emoción». La siguiente estrofa esclarece la dimensión argumentativa del poema:

Por ese himno que al oírse
decir parece con dolor,
«¡Ya está otra vez la patria aquí!»,
Tacna es una emoción (267).

En estos versos patrióticos, notamos suficiente serenidad para transmitir una emoción imaginativa sobre la Ciudad Heroica. Observamos que la voz poética ha ido asumiendo su creación con mayor consciencia y versatilidad, pues sus versos coordinan objetividad («Por ese himno que al oírse», «Tacna es una emoción») y subjetividad («decir parece con dolor», «¡Ya está otra vez la patria aquí!»).

En el caso de «Mis 28 de julio», la imagen poética construida por la enumeración constituye un argumento para señalar que Tacna es el lugar donde «más hondo el Perú habla / y donde más hondo / sentimos a la patria» (389). Esta imagen evidencia mayor logro, pues construye un espacio natural a través de sustantivos que aluden a la naturaleza (huerta, quebrada, pampa), a la presencia de seres vivos (flor, hombre, ave) y a las sugerencias de vitalidad (lo que se agita, lo que palpita, corre, vuela o se arrastra). En su conjunto, la enumeración se encarga de construir una totalidad que «está ungido o sellado o regado con sangre» (389). Reconozcamos estas ideas en la siguiente imagen:

Porque en Tacna la huerta, la cabaña y el pago,
la calle, el río, el cerro, la quebrada, la pampa,
la flor, el hombre, el ave, todo lo que se agita,
todo lo que palpita, corre, vuela o se arrastra
está ungido o sellado o regado con sangre (389).

Hemos visto que, entre poemario y poemario, el autor de *Matalaché* nos transmite un caudal de imágenes poéticas expresadas en momentos de exaltación, moderación y serenidad. Además, hemos reconocido que, en la búsqueda de su originalidad poética, Enrique López Albújar recurre al tono romántico, al lenguaje modernista y a la atmósfera local para, de ese modo, transmitir un sentir patriótico. Asimismo, mediante el comentario breve de algunos poemas

hemos comprobado que, aun cuando el poeta aclare que sus cantos revelan solo una emoción, sus versos trazan su recorrido desde una emoción imaginativa, pasan por una emoción patriótica y arriban a la emoción argumentada.

En estas líneas finales, resulta importante realizar una confesión de parte. En los «Criterios de edición», Gladys Flores Heredia señala que la inclusión de los prólogos perseguía «recuperar los momentos iniciales de la recepción de las obras lopezalbujuanianas, y con ello formar también en el lector la imagen de cómo eran leídos los textos del patriarca de nuestras letras» (XLVII). Estimo que ha sido una decisión bastante acertada, puesto que algunas de las ideas expuestas se han originado a partir de la valoración de dichos prólogos y que, de seguro, serán aprovechados con mayor solvencia en posteriores estudios. Además, añade que, con esta publicación, no solo pretende «alentar las relecturas interdisciplinarias, sino las relecturas intertextuales con otras obras del autor» (L). Creo que la presente reseña solo ha reconocido con cierta opacidad algunas huellas de la poesía de López Albújar y que, indudablemente, los estudios intertextuales nos revelarán luces más claras de su quehacer poético.

MIGUEL ÁNGEL CARHUARICRA ANCO
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)
Contacto: angel_edu20@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-3819-8350>

Instrucciones a los autores

Los trabajos presentados a la *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú* deben adecuarse a las siguientes indicaciones:

1. Tratar asuntos relacionados con la investigación sobre temas jurídicos, de administración de justicia, informes técnicos, acuerdos o declaraciones de congresos institucionales, así como otra documentación relevante en materia jurídica.
2. Ser originales.
3. Ser inéditos.
4. No deberán postular simultáneamente a otras revistas u órganos editoriales.
5. Los *artículos* deberán presentar título principal tanto en castellano como en inglés, además de un resumen/*abstract* (10 líneas como máximo) y un mínimo de tres palabras clave, todo en ambos idiomas. Debajo del título se debe indicar el nombre del autor, el nombre de la institución a la que pertenece, su dirección de correo electrónico institucional y su código de investigador ORCID (*Open Researcher and Contributor ID*, en español Identificador Abierto de Investigador y Colaborador). Deberán precisar, además, en una nota al pie de página, el contexto de

investigación en el cual se inserta el artículo (título del proyecto global, fondo con el que se financia, número de proyecto, si se trata de un fragmento de una tesis, si se trata de una ponencia presentada en un congreso, etc.). Los *artículos* deberán tener una extensión mínima de 15 páginas y máxima de 30. Deberán estar compuestos en tipo Times New Roman de 12 pts., con interlínea a espacio y medio.

6. Si los artículos incluyen gráficos, fotografías, figuras o portadas de libros, las imágenes deben tener una resolución mayor de 500 dpi y deben tener su leyenda respectiva.
7. Para las *reseñas*, la extensión máxima será de cuatro páginas y deberán tener los datos bibliográficos completos del material reseñado (autor, título, ciudad, editorial, año y número de páginas).
8. Las palabras o frases extranjeras deberán ir solo en cursivas, sin comillas, ni negritas, ni subrayadas.
9. La *Revista Oficial del Poder Judicial* considera un proceso editorial de dos a tres meses, tomando en cuenta las etapas de recepción, evaluación y confirmación de publicación. La editora de la revista se reserva el derecho de distribuir en los distintos números de la *Revista Oficial del Poder Judicial* los textos evaluados según los requerimientos de cada edición; y estos se orientarán generalmente por criterios temáticos.
10. Los autores de los textos son responsables del contenido y los comentarios expresados, los cuales no coinciden necesariamente con la dirección y los comités de la revista.
11. Los interesados en publicar en la *Revista Oficial del Poder Judicial* deben enviar su artículo haciendo clic en la pestaña «Enviar un artículo» de la página web de la revista, para que de este modo sean evaluados por el sistema de revisión anónima por pares.

NORMAS PARA LAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Los trabajos presentados deben cumplir con las siguientes normas de referencias bibliográficas para ser sometidos al proceso de evaluación:

1. CITACIÓN DE REFERENCIAS

Todas las citas, ya sean textuales o mediante paráfrasis, deben tener al final una referencia bibliográfica, que es la información que servirá al lector para conocer la fuente de donde se ha tomado la cita. Esta referencia bibliográfica será indicada al final de la cita, anotando entre paréntesis el apellido del autor, seguido del año de publicación y del número de página:

«Necesitamos repensar el modelo de un juez de vigilancia penitenciaria, porque esto no es un tema administrativo, la ejecución de los juzgados es parte de la potestad jurisdiccional y tenemos que ver modelos de roles» (San Martín 2017: 38).

Sin embargo, cuando el nombre del autor se menciona antes de insertar la cita, ya no será necesario incluir su apellido en la referencia parentética:

Propone el juez César San Martín que «Necesitamos repensar el modelo de un juez de vigilancia penitenciaria, porque esto no es un tema administrativo, la ejecución de los juzgados es parte de la potestad jurisdiccional y tenemos que ver modelos de roles» (2017: 38).

Si el autor citado tiene más de un texto en la bibliografía final, el año de la publicación identifica el texto citado. Y si se presenta

coincidencia de autor y año, se identifica la referencia mediante letra minúscula:

«La primera idea fundamental desde la perspectiva legal es que nuestro legislador reconoce que la fórmula esencial en la materia es el juicio oral, público y contradictorio» (San Martín 2017b: 11).

Si el texto citado tiene dos autores, se colocarán los apellidos de los dos autores separados por la conjunción «y». En caso haya más de dos autores, solo se citará al primero, seguido por «*et al.*».

«A nivel internacional, se concede cada vez mayor importancia a la tutela de los intereses de los menores, anteponiendo estos a cualesquiera otros intereses (de los padres, familiares, Estado...) hasta el punto de haberse convertido en un principio de orden público en el ámbito del Derecho de familia» (Ruiz-Rico y Castaños 2008: 161-162).

Si el texto citado no consigna el nombre del autor, se colocará el nombre de la institución o la entidad responsable de la publicación:

En el caso de los nombramientos judiciales de primera y segunda instancia estos eran: «[...] ratificados por la Corte Suprema cada cinco años» (Congreso de la República 1929: artículos 148 y 152).

«Si bien los plenos jurisdiccionales superiores se inician en la década de 1990, será a partir del presente siglo, que tendrán regularidad y vocación de permanencia en la práctica. Por primera vez se han organizado plenos exclusivamente en materia contencioso administrativa, comercial y abuso y explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes» (Poder Judicial 2012: 19).

«El año del nacimiento de Ciro Alegría fue determinado por la viuda Dora Varona» (El Comercio 1995: 9-10).

Si los textos citados no presentan el año de publicación, colocaremos la abreviatura s. f. («sin fecha de impresión o de edición») en lugar del año:

«La Tierra o el mundo en que habitamos es uno solo y uno mismo para todos, parece decirnos Vallejo» (Guevara s. f.).

Téngase en cuenta que, cuando se utiliza la cita parentética, las notas al pie de página se usan solo para comentarios y explicaciones del autor del artículo.

1.1. Citas textuales

Si la cita textual tiene menos de cinco líneas de extensión, se señala con comillas y se incorpora como parte del texto:

El Presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, anunció que: «[...] está en marcha un proyecto para área verde en la azotea de este Palacio de Justicia que antes era depósito de chatarra, así como la instalación del primer Panel Solar en el Poder Judicial [...]» (Rodríguez 2017: 26).

Si la cita textual excede las cinco líneas de extensión, deberá ir sin comillas y en un párrafo aparte, con sangría a la izquierda, con interlineado y tipografía menor (Times New Roman 10):

El Presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, anunció que:

[...] está en marcha un proyecto para área verde en la azotea de este Palacio de Justicia que antes era depósito de chatarra, así

como la instalación del primer Panel Solar en el Poder Judicial, que permitirá con energía limpia iluminar por lo menos la Presidencia de la Corte Suprema, siendo al mismo tiempo un mensaje a los jueces del Perú para que asuman la defensa del medio ambiente como bien jurídico y la salud de nuestro gran hogar que es el planeta Tierra (Rodríguez 2017: 26-29).

Si la cita textual no corresponde al inicio de una oración, se debe colocar antes puntos suspensivos encerrados entre corchetes. De modo similar, si la cita textual no termina en punto, se debe colocar al final puntos suspensivos encerrados entre corchetes, tal como observamos en el primer ejemplo de cita textual.

1.2. Parfraseo o resumen

Si la cita no es textual y se parafrasea o resume la idea, no se tiene que incluir el número de la página, solo es necesario mencionar el autor y el año:

El Presidente del Poder Judicial, en su *Mensaje* al Perú, afirmó que la defensa del medio ambiente es un bien jurídico que los jueces del Perú deben implementar en su gestión (Rodríguez 2017).

2. BIBLIOGRAFÍA

Al final del artículo se deberá incluir solo la bibliografía citada y organizada alfabéticamente. Si se citó dos o más textos de un mismo autor, se ordenará por antigüedad, empezando por el texto más antiguo. Y en caso de que se citaran dos o más textos de un autor publicados el mismo año, estos se diferenciarán con las letras a, b, c, etc., después del año de publicación:

SAN MARTÍN CASTRO, César (2017a). «Jueces y seguridad ciudadana». En PODER JUDICIAL (ed.). V, VI, VII, VIII y IX *Congresos Nacionales de Jueces*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 33-39.

SAN MARTÍN CASTRO, César (2017b). «Oralidad y proceso penal». En PODER JUDICIAL (ed.). *Boletín informativo del X Congreso Nacional de Jueces*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 11.

2.1. Libro

- Impreso

APELLIDOS, nombres del autor (año). *Título*. Ciudad: Editorial.

ESCOBEDO SÁNCHEZ, Jaime (2017). *Justicia de Paz del Perú. Rurasqanchikmi*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial/ Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena- ONAJUP/Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo- PNUD.

NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón (2016). *Los jueces en el cine. La administración de justicia y la argumentación en el séptimo arte*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial/Red Iberoamericana de Cine & Derecho.

NOMBRE DEL AUTOR INSTITUCIONAL (año). *Título*. Ciudad: Editorial o imprenta.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (1958). *Constitución Política del Perú promulgada el 9 de abril de 1933: concordada con las modificaciones contenidas en las leyes n.ºs 8237, 9166, 9178, 11874 y 12391*. Lima: Cámara de Diputados.

- **Versión electrónica de libro impreso**

APELLIDOS, nombres del autor (año). *Título*. Recuperado de dirección URL

NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón (2016). *Los jueces en el cine. La administración de justicia y la argumentación en el séptimo arte*. Recuperado de <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3fdd98004f2f29918bd4abecaf96f216/Los+jueces+en+el+cine.pdf?MOD=AJPERES>

- **Exclusivamente electrónico**

APELLIDOS, nombres del autor (año). *Título*. Recuperado de dirección URL

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo, RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, PÉREZ SOLA, Nicolás, GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel y DELGADO MARTÍN, Joaquín (coords.) (2016). *Nuevas dimensiones del derecho judicial*. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a0c40a004de411058814da73e0b6364e/Nuevas+dimensiones+del+derecho+judicial-100816.pdf?MOD=AJPERES>

Nota: hay libros electrónicos que no presentan la fecha de publicación. En ese caso, se debe consignar la abreviatura s. f.

2.2. Capítulo de libro

- **Impreso**

APELLIDOS, nombres del autor (año). «Título del capítulo». *Título del libro*. Ciudad: Editorial, páginas del capítulo.

RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2014). «La parte artesanal de la tesis: el registro y recolección de datos». *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. 2.^a edición. Lima: Editora Jurídica Grijley, 175-223.

- **Versión electrónica**

APELLIDOS, nombres del autor (año). «Título del capítulo». *Título del libro* (páginas del capítulo). Recuperado de dirección URL

RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2008). «El levantamiento del Palacio Nacional de Justicia». *Historia del Palacio Nacional de Justicia. Dos perspectivas* (35-92). Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c72d170046f959a49f72ff199c310be6/HISTORIAPALACIONACIONALJUSTICIA.pdf?MOD=AJPERES>

2.3. Artículo en un libro colectivo

APELLIDOS, nombres del autor (año). «Título del artículo». En APELLIDOS, nombres del editor (ed.), el compilador (comp.) o el coordinador (coord.). *Título del libro*. Ciudad: Editorial, páginas del capítulo.

TÁVARA CÓRDOVA, Francisco (2014). «La justicia en *Escalas*, de César Vallejo». En FLORES HEREDIA, Gladys (ed.). *Vallejo 2014. Actas del Congreso Internacional Vallejo Siempre*. Lima: Editorial Cátedra Vallejo, 323-343.

- **Versión electrónica**

APELLIDOS, nombres del autor (año). «Título del artículo». En APELLIDOS, nombres del editor (ed.), el compilador (comp.) o

el coordinador (coord.). *Título del libro* (páginas del artículo). Recuperado de dirección URL

SAN MARTÍN CASTRO, César (2017). «Jueces y seguridad ciudadana». En PODER JUDICIAL (ed.). V, VI, VII, VIII y IX *Congresos Nacionales de Jueces* (33-39). Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f7ba0b0043b73730a3e9afd60181f954/V%2C+VI%2C+VII%2C+VIII+Y+IX+CONGRESOS+NACIONALES+DE+JUECES.pdf?MOD=AJPERES>

2.4. Artículo de revista

- **Impreso**

APELLIDOS, nombres del autor (año). «Título del artículo». *Título de la revista*, número, páginas que comprende el artículo.

RAMÍREZ, Nelson (2010). «La revisión de las sentencias constitucionales». *Revista Peruana de Derecho Público*, 21, 57-90.

- **Versión electrónica**

APELLIDOS, nombres del autor (año). «Título del artículo». *Título de la revista*, número, páginas que comprende el artículo. Recuperado de dirección URL

LECAROS CORNEJO, José Luis (2017). «Libertad de culto e instituciones públicas». *Revista Oficial del Poder Judicial*, 10, 63-98. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9ec7ab8042efe50c869db6d49215945d/2.+Libertad+de+culto.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9ec7ab8042efe50c869db6d49215945d>

2.5. Artículo de periódico

- **Impreso**

APELLIDOS, nombres del autor (día, mes y año). «Título del artículo». *Título del periódico*, página.

PATRÓN SALINAS, Carlos (4 de diciembre de 1999). «Crisis adolescente del Código Civil». *El Comercio*, B-3.

- **Versión electrónica**

APELLIDOS, nombres del autor (día, mes y año). «Título del artículo». *Título del periódico*. Recuperado de dirección URL

ENCINAS, Abelardo (28 de diciembre de 2017). «La ética en la práctica jurídica». *Diario Oficial El Peruano*. Recuperado de <http://elperuano.pe/noticia-la-etica-la-practica-juridica-62493.aspx>

2.6. Tesis

- **Impresa**

APELLIDOS, nombres del autor (año). *Título*. Tesis de grado. Ciudad: Universidad.

PAREDES VARGAS, César Augusto (2002). *La exigente de miedo insuperable en el código penal peruano de 1991, su aplicación por los juzgados y Salas penales de Junín*. Tesis para optar el grado de doctor en Derecho. Lima: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

- **Versión electrónica**

APELLIDOS, nombres del autor (año). *Título*. Tesis de grado. Ciudad: Universidad. Recuperado de dirección URL

UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego (2009). *La exigente de «obediencia debida» en el Derecho Penal peruano*. Tesis para optar el título de abogado. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1381/UGAZ_HEUDEBERT_JUAN_DIEGO_EXIMENTE_OBEDIENCIA.pdf?sequence=1

2.7. Expedientes

- **Impreso**

NOMBRE DEL AUTOR INSTITUCIONAL (año). *Nombre y número del expediente-año-código del juzgado y cualquier información descriptiva adicional*. Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: fecha de sentencia.

PODER JUDICIAL (2015). *Expediente n.º 03671-2015- 0-1801-JP-CI-08*. Lima: 6 de mayo de 2015.

- **Versión electrónica**

NOMBRE DEL AUTOR INSTITUCIONAL (año). *Nombre y número del expediente-año-código del juzgado y cualquier información descriptiva adicional*. Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: fecha de sentencia. Recuperado de dirección URL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2015). *Expediente n.º 08238-2013-PHD/TC-Lambayeque*. Lima: 6 de mayo de 2015. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/08238-2013-HD.pdf>

2.8. Resoluciones

- **Impreso**

NOMBRE DEL AUTOR INSTITUCIONAL (año). *Nombre y número de la resolución-año-código del juzgado y cualquier información descriptiva adicional.* Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: fecha de resolución.

PODER JUDICIAL (2013). *Resolución Administrativa n.º 120-2013-P-PJ.* Lima: 12 de abril de 2013.

MINISTERIO DE JUSTICIA (1993). *Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS, Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil.* Lima: 23 de abril de 1993.

- **Versión electrónica**

NOMBRE DEL AUTOR INSTITUCIONAL (año). *Nombre y número de la resolución-año-código del juzgado y cualquier información descriptiva adicional.* Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: fecha de resolución. Recuperado de dirección URL

PODER JUDICIAL (2016). *Resolución Judicial n.º 4-2016- JP-CI-08.* Lima: 20 de julio de 2016. Recuperado de http://cej.pj.gob.pe/cej/forms/documento.html?numUnico=2015036711801252&numIncidente=0&fec=2016-07-20%2018:45:54.04&anio=2016&sec=40630&tipo=S&flg_ind_bd=S

2.9. Casaciones, autos, decretos, leyes y otros textos jurídicos

- **Impreso**

NOMBRE DEL AUTOR INSTITUCIONAL (año). *Nombre y número de la casación-año y cualquier información descriptiva adicional.* Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: fecha de la casación, del auto o del decreto.

PODER JUDICIAL (2015). *Casación n.º 3671-2014-Lima*. Lima: 5 de noviembre de 2015.

- **Versión electrónica**

NOMBRE DEL AUTOR INSTITUCIONAL (año). *Nombre y número de la ley y cualquier información descriptiva adicional*. Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: fecha de la publicación de la ley. Recuperado de dirección URL

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2017). *Ley n.º 30709. Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres*. Lima: 27 de diciembre de 2017. Recuperado de http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/ADLP/Normas_Legales/30709-LEY.pdf

2.10. Medios audiovisuales

- **Película**

APELLIDOS, nombres del productor (productor), APELLIDOS, nombres del director (director) (año). *Título de la película*. [Película]. País de origen: Estudio.

KRAMER, Josh y otros (productores), LUMET, Sidney (director) (1996). *El lado oscuro de la justicia*. [Película]. Estados Unidos: Paramount Pictures.

- **Documental**

APELLIDOS, nombres del productor (productor), APELLIDOS, nombres del director (director) (año). *Título del documental*. [Documental]. País de origen: Estudio.

DE RUITER, Jan y otros (productores), RAMOS, Maria Augusta (directora) (2004). *Justiça*. [Documental]. Brasil:

Coproducción Brasil-Países Bajos (Holanda): Selfmade Films/
Limite Produções/NPS Television.

- **Entrevista**

APELLIDOS, nombres del entrevistador (entrevistador) (día, mes y año). «Título de la entrevista». [Entrevista]. En *Título del programa*. País: Medio de difusión. Recuperado de dirección URL

RÍO, Patricia del, MARIÁTEGUI, Aldo y CARVALLO, Fernando (entrevistadores) (31 de mayo de 2017). «Entrevista al presidente del Poder Judicial, Dr. Duberlí Rodríguez Tineo». [Entrevista]. En *Ampliación de Noticias*. Perú: Radio Programas del Perú. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=66VA3ckK0mg>

Instructions for authors

The works presented to the *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú* must meet the following instructions:

1. Address topics related to the research of legal, administration of justice issues, technical reports, agreements or statements of institutional congresses as well as any other relevant documentation on the subject of law.
2. Be original.
3. Unpublished.
4. You must not have simultaneously applied to other journals or publishing houses.
5. The *articles* must have a main title both in Spanish and English in addition to a summary/abstract (10 lines maximum) and a minimum of three key words, all in both languages. The name of the author, the institution to which he/she belongs, his/her institutional e-mail address and his/her ORCID (*Open Researcher and Contributor ID*) researcher code. Likewise, the context of the research in which the article is placed (title of the global project, funds with which it is financed, project number, whether it is a fragment of a thesis, a paper presented in a congress, etc.)

must be included in a footnote. The *articles* must have a minimum of 15 and a maximum of 30 pages and must be written in Times New Roman 12 with a 1,5 spacing.

6. If the articles include graphs, photographs, figures or book covers, the images must have a resolution of 500 dpi and over and their respective caption.
7. In the case of *reviews*, they shall be a maximum of 4 pages long and must contain full bibliographical data of the reviewed material (author, title, city, publishing house, year and number of pages).
8. Foreign words or phrases must only be consigned in cursive letters, with no inverted commas, underlining or highlighting.
9. The *Revista Oficial del Poder Judicial* considers a publishing process of two to three months, taking into account the stages for the receipt, assessment and confirmation of the publication. In the different editions of the *Revista Oficial del Poder Judicial*, the editor reserves the right to distribute the texts evaluated according to the requirements of each edition, which shall usually favor thematic criteria.
10. The authors of the articles are responsible for their content and comments expressed therein, which do not necessarily coincide with the Board of Directors and committees of the journal.
11. Persons interested in publishing their works in the *Revista Oficial del Poder Judicial* must send their articles by clicking on the tab «*Enviar un artículo*» [Send an article] of the web page of the journal, for ongoing evaluation by the anonymous peer-reviewing system.

RULES FOR BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

The presented works must comply with the following rules for bibliographic references to be eligible for evaluation:

1. QUOTATION OF REFERENCES

All quotes, either textual or paraphrased, must have a bibliographical reference at the end, which is the information useful to the reader to learn the source of the quotation. This bibliographical reference shall be consigned at the end of the quotation, mentioning the surnames of the author followed by the year of publication and the number of pages in brackets:

«Necesitamos repensar el modelo de un juez de vigilancia penitenciaria, porque esto no es un tema administrativo, la ejecución de los juzgados es parte de la potestad jurisdiccional y tenemos que ver modelos de roles» (San Martín 2017: 38).

However, when the name of the author is mentioned prior to inserting the quotation, the inclusion of his surnames in brackets in the reference will no longer be necessary:

Propone el juez César San Martín que «Necesitamos repensar el modelo de un juez de vigilancia penitenciaria, porque esto no es un tema administrativo, la ejecución de los juzgados es parte de la potestad jurisdiccional y tenemos que ver modelos de roles» (2017: 38).

If the quoted author has more than one text in the final bibliography, the year of publication identifies the quoted text. And if the name of the author and the year coincide, the reference is identified in small letters:

«La primera idea fundamental desde la perspectiva legal es que nuestro legislador reconoce que la fórmula esencial en

la materia es el juicio oral, público y contradictorio» (San Martín 2017b: 11).

If the quoted text has two authors, the surnames of the two authors shall be separated by the conjunction «and». In the event of the existence of more than two authors, only the first shall be quoted, followed by «et al».

«A nivel internacional, se concede cada vez mayor importancia a la tutela de los intereses de los menores, anteponiendo estos a cualesquiera otros intereses (de los padres, familiares, Estado...) hasta el punto de haberse convertido en un principio de orden público en el ámbito del Derecho de familia» (Ruiz-Rico and Castaños 2008: 161-162).

If the quoted text fails to consign the name of the author, the name of the institution or entity responsible for the publication shall be consigned:

En el caso de los nombramientos judiciales de primera y segunda instancia estos eran: «[...] ratificados por la Corte Suprema cada cinco años» (Congreso de la República 1929: articles 148 and 152).

«Si bien los plenos jurisdiccionales superiores se inician en la década de 1990, será a partir del presente siglo, que tendrán regularidad y vocación de permanencia en la práctica. Por primera vez se han organizado plenos exclusivamente en materia contencioso administrativa, comercial y abuso y explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes» (Poder Judicial 2012: 19).

«El año del nacimiento de Ciro Alegría fue determinado por la viuda Dora Varona» (El Comercio 1995: 9-10).

If the quoted texts do not include a year of publication, we shall consign the abbreviation “n.d.” («no date of edition or publication») instead of the year:

«La Tierra o el mundo en que habitamos es uno solo y uno mismo para todos, parece decirnos Vallejo» (Guevara n.d.).

Please bear in mind that when quoting in brackets, the footnotes shall only be used for the author’s comments on and explanations of the article.

1.1. Textual quotations

If the textual quotation has less than five (5) lines, it shall be consigned in inverted commas and incorporated as part of the text:

El Presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, anunció que: «[...] está en marcha un proyecto para área verde en la azotea de este Palacio de Justicia que antes era depósito de chatarra, así como la instalación del primer Panel Solar en el Poder Judicial [...]» (Rodríguez 2017: 26).

If the textual quotation has more than five (5) lines, it must be consigned without inverted commas and in a separate paragraph, with a left indent, line spacing and a smaller font (Times New Roman 10):

El Presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, anunció que:

[...] está en marcha un proyecto para área verde en la azotea de este Palacio de Justicia que antes era depósito de chatarra, así como la instalación del primer Panel Solar en el Poder Judicial, que permitirá con energía limpia iluminar por lo menos la Presidencia de la Corte Suprema, siendo al mismo tiempo un mensaje a los jueces del Perú para que asuman la defensa del medio ambiente

como bien jurídico y la salud de nuestro gran hogar que es el planeta Tierra (Rodríguez 2017: 26-29).

If the quoted text does not coincide with the start of a sentence, it must be preceded by an ellipsis between brackets. Similarly, if the quoted text does not end with a full stop, an ellipsis between brackets shall be consigned at the end as we may observe in the first example of a textual quotation.

1.2. Paraphrasing or summary

If the quotation is not textual and the overall idea is paraphrased or summarized, the page number does not have to be included and only mention of the author and the year shall be necessary:

El Presidente del Poder Judicial, en su *Mensaje* al Perú, afirmó que la defensa del medio ambiente es un bien jurídico que los jueces del Perú deben implementar en su gestión (Rodríguez 2017).

2. BIBLIOGRAPHY

Only the quoted and alphabetically organized bibliography must be included at the end of the article. If two or more texts of the same author were quoted, they shall be included according to its antiquity, starting with the oldest text. And, should two or more texts of an author published in the same year be quoted, they shall be differentiated with the letters a.b.c. etc., after the year of publication:

SAN MARTÍN CASTRO, César (2017a). «Jueces y seguridad ciudadana». In PODER JUDICIAL (ed.). *V, VI, VII, VIII y IX Congresos Nacionales de Jueces*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 33-39.

SAN MARTÍN CASTRO, César (2017b). «Oralidad y el proceso penal» In PODER JUDICIAL (ed.) *Boletín informativo del X Congreso Nacional de Jueces*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 11.

2.1. Book

- **Printed**

SURNAMES, first names of the author (year). *Title*. City: Publishing House.

ESCOBEDO SÁNCHEZ, Jaime (2017). *Justicia de Paz del Perú. Rurasqanchikmi*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial/ Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena- ONAJUP/Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo- PNUD.

NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón (2016). *Los jueces en el cine. La administración de justicia y la argumentación en el séptimo arte*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial/Red Iberoamericana de Cine & Derecho.

NAME OF THE INSTITUTIONAL AUTHOR (year). *Title*. City: Publishing House or printer.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (1958). *Constitución Política del Perú promulgada el 9 de abril de 1933: concordada con las modificaciones contenidas en las leyes n.^{os} 8237, 9166, 9178, 11874 y 12391*. Lima: Cámara de Diputados.

- **Electronic version of the printed book**

SURNAMES, first names of the author (year). *Title*. Retrieved from URL address

NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón (2016). *Los jueces en el cine. La administración de justicia y la argumentación en el séptimo arte*. Retrieved from <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3fdd98004f2f29918bd4abecaf96f216/Los+jueces+en+el+cine.pdf?MOD=AJPERES>

- **Exclusively electronic version**

SURNAMES, first names of the author (year). *Title*. Retrieved from URL address

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo, RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, PÉREZ SOLA, Nicolás, GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel and DELGADO MARTÍN, Joaquín (coords.) (2016). *Nuevas dimensiones del derecho judicial*. Retrieved from <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a0c40a004de411058814a73e0b6364e/Nuevas+dimensiones+del+derecho+judicial-100816.pdf?MOD=AJPERES>

Note: There are electronic books with no date of publication in which case the abbreviation “n.d.” must be consigned.

2.2. Book chapter

- **Printed**

SURNAMES, first names of the author (year). «Chapter Heading». *Book Title*. City: Publishing House, pages of the chapter.

RAMOS NUÑEZ, Carlos (2014). «La parte artesanal de la tesis: el registro y recolección de datos». *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Second Edition. Lima: Editora Jurídica Grijley, 175-223.

- **Electronic version**

SURNAMES, first names of the author (year). «Chapter Heading». *Book Title* (pages of the chapter). Retrieved from URL address

RAMOS NUÑEZ, Carlos (2008). «El levantamiento del Palacio Nacional de Justicia». *Historia del Palacio Nacional de Justicia. Dos perspectivas* (35-92). Retrieved from <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c72d170046f959a49f72ff199c3101bc6/HISTORIAPALACIONNACIONALJUSTICIA.pdf?MOD=AJPERES>

2.3. Article in a book by a collection of authors

SURNAMES, first names of the author (year). «Article Heading». In SURNAMES, first names of editor (ed.), the compiler (comp.) or the coordinator (coord.). *Book Title*. City: Publishing House, pages of the chapter.

TÁVARA CÓRDOVA, FRANCISCO (2014). «La justicia en Escalas, de Cesar Vallejo». In FLORES HEREDIA, Gladys (ed.). *Vallejo 2014 Actas del Congreso Internacional Vallejo Siempre*. Lima: Editorial Cátedra Vallejo, 323-343.

- **Electronic version**

SURNAMES, first names of the author (year). «Article Heading». In SURNAMES, first names of editor (ed.), the compiler (comp.) or the coordinator (coord.). *Book Title* (pages of the article). Retrieved from URL address

SAN MARTÍN CASTRO, César (2017). «Jueces y seguridad ciudadana». In PODER JUDICIAL (ed.). *V, VI, VII, VIII y IX Congresos Nacionales de Jueces* (33-39). Retrieved from <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f7ba0b0043b73730a3e9afd60181f954/>

V%2C+VI%2C+VII%2C+VIII+Y+IX+CONGRESOS+NACIONALES+DE+JUECES.pdf?MOD=AJPERES

2.4. Magazine article

- **Printed**

SURNAMES, first names of author (year). «Article Heading». *Name of magazine*, number of pages of the article.

RAMÍREZ, Nelson (2010). «La revisión de las sentencias constitucionales». *Revista Peruana de Derecho Público*, 21, 57-90.

- **Electronic version**

SURNAMES, first names of author (year). «Article Heading». *Name of magazine*, number of pages of the article (if any). Retrieved from URL address

LECAROS CORNEJO, José Luis (2017). «Libertad de culto e instituciones públicas». *Revista Oficial del Poder Judicial*, 10, 63-98. Retrieved from <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9ec7ab8042efe50c869db6d49215945d/2.+Libertad+de+culto.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9ec7ab8042efe50c869db6d49215945d>

2.5. Newspaper article

- **Printed**

SURNAMES, first names of the author (day, month and year). «Article Heading». *Name of newspaper*, page.

PATRÓN SALINAS, Carlos (4 December 1999). «Crisis adolescente del Código Civil». *El Comercio*, B-3.

- **Electronic version**

SURNAMES, first names of the author (day, month and year). «Article Heading». *Name of newspaper*. Retrieved from URL address.

ENCINAS, Abelardo (28 December 2017). «La ética en la práctica jurídica». *Diario Oficial El Peruano*. Retrieved from <http://elperuano.pe/noticia-la-etica-la-practica-juridica-62493.aspx>.

2.6. Thesis

- **Printed**

SURNAMES, first names of the author (year). *Title*. Thesis. City: University.

PAREDES VARGAS, César Augusto (2002). *La eximente de miedo insuperable en el código penal peruano de 1991, su aplicación por los juzgados y salas penales de Junin*. Thesis to opt for the title of lawyer. Lima: School of Law of the Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

- **Electronic version**

SURNAMES, first names of the author (year). *Title*. Thesis. City: University. Retrieved from URL address

UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego (2009). *La eximente de «obediencia debida» en el Derecho Penal peruano*. Thesis to opt for the title of lawyer. Lima: School of Law of the Pontificia Universidad Católica del Perú. Retrieved from http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1381/UGAZ_HEUDEBERT_JUAN_DIEGO_EXIMENTE_OBEDIENCIA.pdf?sequence=1

2.7. Dockets

- **Printed**

NAME OF INSTITUTIONAL AUTHOR (year). *Name and number of docket-year-court code and any additional descriptive information.* Court of Appeals or Judicial District: date of judgment.

PODER JUDICIAL (2015). *Expediente n.º 03671-2015- 0-1801-JP-CI-08.* Lima: May 6, 2015.

- **Electronic version**

NAME OF INSTITUTIONAL AUTHOR (year). *Name and number of docket-year-court code and any additional descriptive information.* Court of Appeals or Judicial District: date of judgment. Retrieved from URL address

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2015). *Expediente n.º 08238-2013-PHD/TC-Lambayeque.* Lima: May 6 2015. Retrieved from <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/08238-2013-HD.pdf>

2.8. Resolutions

- **Printed**

NAME OF INSTITUTIONAL AUTHOR (year). *Name and number of resolution-year-court code and any additional descriptive information.* Court of Appeals or Judicial District: date of judgment.

PODER JUDICIAL (2013). *Resolución Administrativa n.º 120-2013-P-PJ.* Lima: April 12, 2013.

MINISTERIO DE JUSTICIA (1993). *Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS. Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil.* Lima: April 23, 1993.

- **Electronic version**

NAME OF INSTITUTIONAL AUTHOR (year). *Title and number of resolution-year-court code and any additional descriptive information.* Court of Appeals or Judicial District: date of judgment. Retrieved from URL address

PODER JUDICIAL (2016). *Resolución Judicial n.º 4-2016-JP-CI-08.* Lima: July 20, 2016. Retrieved from [http://ccj.pj-gob.pe/ccj/forms/documento.html?numUnico=2015036711801252&numIncidente=0&fec=2016-07 20%21:18:45:54.04&anio=2016&sec=40630 &tipo=S&flg_ind_bd=S](http://ccj.pj-gob.pe/ccj/forms/documento.html?numUnico=2015036711801252&numIncidente=0&fec=2016-07%20%21:18:45:54.04&anio=2016&sec=40630 &tipo=S&flg_ind_bd=S)

2.9. Cassation, records, decrees, laws and other legal texts

- **Printed**

NAME OF INSTITUTIONAL AUTHOR (year). *Title and number of cassation - year and any additional descriptive information.* Court of Appeals or Judicial District: date of cassation, file/record or decree.

PODER JUDICIAL (2015). *Casación n.º 3671-2014-Lima.* Lima: November 5, 2015.

- **Electronic version**

NAME OF INSTITUTIONAL AUTHOR (year). *Title and number of the law and any additional descriptive information.* Court of Appeals or Judicial District: date of publication of the law. Retrieved from URL address

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2017). *Ley n.º 30709. Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres.* Lima: December 27, 2017. Retrieved from http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/ADLP/Normas_Legales/30709-LEY.pdf

2.10. Audiovisual means

- **Film**

Full name of the producer (producer). Full name of the Director (director) (year). *Title of the film* [Film]. Country of Origin: Film Studio.

KRAMER, Josh and others (producers), LUMET, Sidney (director) (1996). *The dark side of justice* [Film]. United States: Paramount Pictures.

- **Documentary**

Full name of the producer (producer). Full name of the Director (director) (year). *Title of the documentary* [Documentary]. Country of Origin: Film Studio.

DE RUITER, Jan and others (producers), RAMOS, Maria Augusta (director) (2004). *Justiça* [Documentary]. Brazil: Coproduction Brazil-Netherlands (Holland): Selfmade Films/Limite Produções/NPS Television.

- **Interview**

Full name of interviewer (interviewer), (day, month and year). «Title of the Interview» [Interview]. In *Name of Program*. Country: Broadcasting means. Retrieved from URL address.

RIO, Patricia del, MARIATEGUI, Aldo and CARVALLO, Fernando (interviewers) (31 May, 2017). «Interview of the President of the Judiciary, Dr. Duberli Rodriguez Tineo». [Interview]. In *Ampliación de Noticias*. Peru: Radio Programas del Peru. Retrieved from <https://www.youtube.com/watch?v=66VA3ckK0mg>.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 10, n.º 12, julio-diciembre, 2019

Publicación semestral. Lima, Perú

La edición de este duodécimo número
de la revista estuvo a cargo de Gladys Flores Heredia;
el diseño lo realizó Rodolfo Loyola Mejía;
la diagramación, Miguel Condori Mamani;
la corrección de textos, Yuliana Padilla Elías;
y el apoyo editorial, Jorge Chávez Descalzi y Daniel Vélez Otani.

La *Revista Oficial del Poder Judicial* n.º 12
se terminó de imprimir el 7 de diciembre de 2019
en Editora y Librería Jurídica Grijley
Jr Azángaro 1077, Lima, Perú.

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: https://doi.org/10.35292/revista_oficial_poder_judicial.v10i12

Presentación

José Luis Lecaros Cornejo

Artículos de investigación

Javier Arévalo Vela

La regulación jurídica del trabajo dependiente prestado por hombres libres en la antigua Roma

Martín Alejandro Hurtado Reyes

La medida cautelar de anotación de demanda y una reciente decisión del Tribunal Constitucional

Elisabetta Palici di Suni

Cortes, doctrina y sociedad inclusiva: breves anotaciones a partir de la síntesis de los resultados de una investigación

María Rosario Velásquez Oyola

Las medidas cautelares reales civiles en el Código Procesal Penal del Perú

Ocner Córdova López

Carga de la prueba en los casos de responsabilidad civil por mala praxis médica

Elizabeth Hilda Quispe Mamani

La prueba indiciaria. Análisis fenomenológico de la valoración de la prueba indiciaria en los delitos de corrupción de funcionarios

Carolina Ayvar Roldán

La responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo

Washington Luis Bravo Montalvo

Causa justa y falta grave: el itinerario del despido

Declaraciones

V Encuentro Internacional de los Poderes Judiciales de Perú e Iberoamérica y VII Encuentro Nacional de los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad

X Congreso Internacional de Justicia Intercultural, Tarapoto 2019

Reseñas

Javier de Taboada Amat y León

Eddy Chávez Huanca y Helder Domínguez Haro (coordinadores) (2018). *Los tribunales de justicia en el cine*

Jorge Angel Chávez Descalzi

Helder Domínguez Haro (2018). *Democracia constitucional. Elementos teóricos, desarrollo jurisprudencial e introducción bibliográfica*

Marcos Morán Valdez

Carlos Ramos Núñez (2019). *Historia de la Corte Suprema de Justicia del Perú. Tomo 1*

Jorge Angel Chávez Descalzi

Poder Judicial del Perú (2019). *Día del Juez. Discursos de homenaje 2000-2019*

Miguel Ángel Carhuaricra Anco

Enrique López Albújar (2019). *Obras completas. Poesía. Tomo II*

Instrucciones a los autores

Instructions for authors